

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
“ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ”

НАУЧНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ ЦЕНТР
“КАФЕДРА ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ
И ДРУГИМ ПРАВАМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ”

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 1 (том XII)
2013

Москва



United Nations
Educational, Scientific and
Cultural Organization

Организация
Объединенных Наций по
вопросам образования,
науки и культуры



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY

The UNESCO Chair on copyright
and other intellectual property rights
Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву
и другим правам интеллектуальной собственности



Главный редактор:

М. А. Федотов (Советник Президента Российской Федерации, Председатель Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, директор Научно-методического центра “Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности”, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

Редакционный совет:

Ю. М. Батурин (член-корреспондент РАН, доктор юридических наук, профессор), **И. Л. Бачило** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации), **И. А. Близнец** (доктор юридических наук, профессор), **М. М. Богуславский** (доктор юридических наук, профессор), **Ю. Л. Бошицкий** (кандидат юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Украины), **Э. П. Гаврилов** (доктор юридических наук, профессор), **М. А. Краснов** (доктор юридических наук, профессор), **А. Н. Козырев** (доктор экономических наук, профессор), **В. В. Орлова** (доктор юридических наук, профессор), **М. И. Пастухов** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Республики Беларусь), **С. В. Потапенко** (доктор юридических наук, профессор), **И. М. Рассолов** (доктор юридических наук, профессор), **А. П. Сергеев** (доктор юридических наук, профессор), **Л. С. Симкин** (доктор юридических наук, профессор), **В. Н. Синельникова** (доктор юридических наук, профессор), **С. В. Степашин** (доктор юридических наук, профессор), **А. А. Тедеев** (доктор юридических наук, профессор), **И. Г. Шаблинский** (доктор юридических наук, профессор), **С. К. Шайхитдинова** (доктор философских наук, профессор), **С. М. Шахрай** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ
КАФЕДРЫ ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ
И ДРУГИМ ПРАВАМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 1 (том XII)
2013

Москва

Научный журнал **“Труды по интеллектуальной собственности”**
зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи
и массовых коммуникаций.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-45963
от 15 июля 2011 г. ISSN 2225-3475.

Учредитель и издатель:

АНО “Творческий Центр ЮНЕСКО”, г. Москва

Адрес редакции:

117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.
Тел. +7-499-238-31-39

Адрес для корреспонденции:

119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО
www.unescochair.ru
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Издается с 1999 г. (бюллетень “Труды по интеллектуальной собственности” зарегистрирован Госкомпечати России 28 мая 1999 г., свидетельство № 018878). Журнал посвящен актуальным проблемам авторского права, информационного права, прав интеллектуальной собственности. Плата за публикацию материалов в журнале не взимается ни в какой форме. Все представленные материалы в обязательном порядке проходят научное рецензирование. Перепечатка статей без согласия правообладателей запрещена в соответствии с п. 3 ст. 1274 ГК РФ.

Подписные индексы:

Объединенный каталог “Пресса России” - 11287

© Составление.

Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и
другим правам интеллектуальной собственности, 2013.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРОБЛЕМЫ ДОКТРИНЫ

Батурин Ю. М. Феномен конституционности: 4
правовое и нравственное измерения

ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Федотов М. А. Интеллектуальная собствен- 26
ность и (или) интеллектуальные права: рас-
крывая скобки

Будник Р. А. Внимание пользователя – деньги 87

Гутникова А. С. Особенности защиты субъек- 108
тивных гражданских прав при обороте ис-
ключительных прав на программы для ЭВМ
или прав использования программ для ЭВМ

Матвеев А. Г. Исключительность исключи- 129
тельных авторских прав: семантические под-
ходы и их критика

Дейнеко А. Г. К вопросу о новых видах 157
контрафакции в российском праве

Макарцев А. А. Проблемы разрешения изби- 176
рательных споров, осложненных нарушением
законодательства об интеллектуальной соб-
ственности

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Войниканис Е. А. Классическая немецкая 194
философия в поисках обоснования авторского
права: Кант, Гегель и Фихте

ИНФОРМАЦИЯ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

Околёснова О. А. Информационно-правовое 226
регулирование общественного контроля в
контексте развития новых информационно-
коммуникационных технологий

ЮРИДИЧЕСКИЙ АРХИВ

Синайский Э. Д. Об адвокатской этике 243

ПРОБЛЕМЫ ДОКТРИНЫ

Ю. М. БАТУРИН

Институт истории науки и техники имени С. И. Вавилова Российской академии наук, директор, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Российской академии наук (117861, г. Москва, ул. Обручева, д. 30а; тел.: (495) 988-22-80; postmaster@ihst.ru)

ФЕНОМЕН КОНСТИТУЦИОННОСТИ: ПРАВОВОЕ И НРАВСТВЕННОЕ ИЗМЕРЕНИЯ

Ключевые слова: конституционность; правовое измерение; нравственное измерение; конституционный кризис; Верховный Совет Российской Федерации; Конституционный Суд Российской Федерации

Аннотация: Статья посвящена анализу Послания Президента России Б. Н. Ельцина от 24 марта 1993 года «О конституционности», содержание которого осталось практически незамеченным.

24 марта 1993 года Президент России Б. Н. Ельцин направил Верховному Совету Российской Федерации Послание «О конституционности». Газе-

ты, за редким исключением¹, не опубликовали его, а Верховный Совет на сессии уделил ему всего лишь несколько минут. Таким образом, содержание Послания осталось практически неизвестным, как для народа, так и для значительной части юристов-конституционалистов. Здесь мы хотим восполнить этот пробел, обсудив некоторые идеи, высказанные первым Президентом России.

Текст Послания весьма краток, поэтому приведем его здесь полностью.

ПОСЛАНИЕ
Президента Российской Федерации
Верховному Совету Российской Федерации
О КОНСТИТУЦИОННОСТИ

Президент Российской Федерации с тревогой следит за нарастанием конституционного кризиса в стране, особенно в связи с последними решениями Верховного Совета Российской Федерации и Конституционного Суда Российской Федерации.

Президент Российской Федерации не намерен входить в данном меморандуме в конкретности применительно к указанным решениям. Президент исходит из того, что сами высшие органы представительной власти и конституционного контроля могут и должны добиваться правовой и нравственной чистоты собственных постановлений, если они со своей стороны хотят оспаривать конституционность и правильность мер, предпринимаемых главой исполнительной власти.

¹ Известия. 1993. 25 марта.

Озабоченность Президента Российской Федерации в данном случае связана с более фундаментальным вопросом. Он касается природы становящегося российского конституционализма, опасностей, которым он сегодня подвергается, а также отношения к нему со стороны властей.

Полагаю необходимым довести настоящие сообщения до сведения Верховного Совета Российской Федерации во избежание неправильного понимания моей позиции в данном вопросе и последующих шагов.

1. Забвение конституционности

26 февраля 1993 г. мною было направлено Послание Верховному Совету Российской Федерации с просьбой внимательно отнестись к ежегодному Посланию Конституционного Суда Российской Федерации о состоянии конституционной законности в стране. Прежде обратился к Председателю Конституционного Суда с настоятельной просьбой ускорить подготовку ежегодного Послания.

Крайне сожалею, что Конституционный Суд отнесся к моему беспокойству нарастающим углублением конституционного кризиса в стране в значительной степени формально, подготовив рядовой отчет о проделанной работе.

Но Съезд народных депутатов поступил еще более формально, переадресовав послание Верховному Совету и отведя на содоклад о состоянии конституционной законности всего несколько минут. Неужели депутаты полагают, что рассмотрение такого сложного вопроса как конституционность в стране – минутное дело?

Предлагаю народным депутатам вспомнить о забытом конституционном Послании и начать свои слушания об антиконституционности тех или иных шагов именно с него. Здравый смысл подсказывает, что действовать надо последовательно. Перепрыгивая правовые ступеньки на пути к заветной цели в противоборстве властей, вы принимаете на себя свою долю вины за распад конституционности. Прошу народных депутатов помнить, что народ должен получить отчет о результатах рассмотрения направленных вам посланий.

2. Шаткость конституционности

Конституционное состояние страны сегодня весьма шаткое. Закрывать глаза на это недопустимо. За словами "конституционность", "конституционная законность", "конституционный контроль" стоит довольно приблизительное содержание, их все чаще толкуют в зависимости от политической конъюнктуры. Но каково их соотношение, какова их процессуальная взаимосвязанность, каковы их правовые, справедливые рамки? Такими вопросами ни Верховный Совет, ни Конституционный Суд, к сожалению, не задаются. Нет ответа и на самый главный вопрос: с точки зрения правовой справедливости или справедливости права – какова конституционность Конституции? Зато утверждения об антиконституционности действий, решений и даже слов даются с беспримерной легкостью. Глубоко сомневаюсь, что все выступления руководителей Верховного Совета, Конституционного Суда четко соответствуют высоким конституционным стандартам.

Ни для кого не секрет, что конституционная основа у нас противоречива уже на уровне конституционных аксиом. В Верховном Совете имеются десятки экспертных заключений, да и собственных проработок на этот счет, касающихся действующей Конституции Российской Федерации.

Противоречивая база с неизбежностью порождает и противоречивые оценки. Одно и то же деяние может быть признано как конституционным, так и неконституционным и даже антиконституционным и все три приговора будут доказаны безупречно в смысле правильной расстановки номеров статей, частей и ссылок на действующую Конституцию. Но с позиции права как справедливости из этих трех решений верно только одно. Есть у депутатов уверенность в собственной категоричной правоте? И не обернется ли их ошибка трагедией для судьбы России?

3. Конституционная ошибка

На противоречивом конституционном фундаменте не может быть возведена прочная, безошибочно рассчитанная правовая постройка. Поэтому ошибочные и опротестованные или могущие быть опротестованными решения всех ветвей власти исчисляются десятками, если не сотнями.

Российская государственность только-только формируется. Хорошо бы иметь безупречную Конституцию, абсолютно выверенные решения и безошибочно действующие органы власти. Но где же их взять сегодня и даже завтра. Это дело послезавтрашнего дня. Поэтому нужно признавать право на ошибку и создавать механизмы их исправления, а не

запускать процесс саморазрушения конституционного строя.

*И речь не о том, в чью пользу счет ошибок. А о том, чтобы право на ошибку не подменялось действиями, в основе которых – **не-право**.*

***Не-право**, а не армия и служба безопасности, является **фактической силой**, которое уже вмешивается в происходящее, разрушает конституционность и подобно вулканической лаве, погребает мирно, конституционно возникающую демократию.*

4. Переходный конституционный период

Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика конституционным образом сменилась Российской Федерацией. Таким образом, мы вступили в переходный конституционный период. Легитимность избранных прежде органов власти требует, как минимум, подтверждения. Это подтверждение можно и должно сделать, ориентируясь на верховного арбитра – народ. Он остался неизменным, остался тождественным самому себе.

***Голосование о доверии**, на которое я решил выйти первым, – вот формула, которая дает силу народу отстаивать свое собственное лицо, свободу своего "Я", одним словом, – верность самому себе, своему выбору.*

Одновременно готов предложить проект новой Конституции, потому что считаю, что затяжка с ее принятием смертельно опасна для российской демократии. Не исключаю, что новая Конституция впоследствии будет дополнена и утверждена Кон-

ституционной ассамблеей или новым федеральным парламентом.

Сегодня мы имеем переходный, промежуточный конституционный порядок, непосредственно следующий за ушедшим социалистическим порядком и являющийся колыбелью нового конституционного строя.

Мостик между прошлым и будущим пока слаб. Промедление уводит почву из-под его опор. Пока власти занимаются выяснением отношений, мостик может рухнуть.

Голосование по новой Конституции пройдет 25 апреля сего года. Предостерегаю все органы государственной власти, общественные движения, должностных лиц от посягательств на стабильность в период конституционного перехода.

5. Конституционный контроль

Конституционный контроль в России ослабляет себя недопустимой вовлеченностью в политическую борьбу, поспешностью, граничащей с "конституционной неприличностью" и снижением собственного авторитета в глазах общественного мнения и с позиции общественной морали.

Конституционный Суд должен действовать со спокойствием и правильностью, поддерживая конституционную стабильность, не прогибаясь. Молодая российская демократия нуждается в высоко стоящем на страже права судебном авторитете. Не стоит ронять свой престиж.

Хотел бы надеяться, что Съезд народных депутатов Российской Федерации, как орган власти, избравший судей Конституционного Суда России, ре-

комендует ему открыто объясниться перед народом о своей роли в нынешнем конституционном кризисе.

** * **

Время своей мощью неизбежно превратит Россию в новую конституционную державу и таким образом решит вопрос о природе нового строя, грядущей Конституции – вопрос, ответ на который сегодня столь неопределен из-за противостояния властей, борьбы за власть – борьбы по существу политической, но нередко принимающей юридизированный, а иногда и псевдоюридический облик.

Предостерегаю от сотворения конституционных иллюзий для народа, от придания конституционной формы отсутствию содержания, от создания конституционной видимости.

Предупреждаю, что я, как Президент Российской Федерации, остаюсь гарантом конституционности и буду защищать ее как от посягательств, так и от пренебрежения или оскорбления.

Послание отражает ситуацию политической борьбы в условиях временного компромисса, который был достигнут враждующими властными группировками президента России Б. Н. Ельцина и председателя Верховного Совета Р. И. Хасбулатова после того, как кризис власти достиг своего пика в декабре 1992 года. Тогда посредничество председателя Конституционного Суда В. Д. Зорькина помогло принять

на Съезде народных депутатов постановление «О стабилизации конституционного строя Российской Федерации», предписывавшее Верховному Совету вынести 11 апреля 1993 года на всероссийский референдум проект основных положений новой Конституции, который предварительно необходимо было согласовать с Президентом и обнародовать не позднее 31 марта 1993 года.

Но компромисс был весьма непрочным, и президент Б. Н. Ельцин попросил председателя Конституционного Суда ускорить подготовку предусмотренного законом о Конституционном Суде РСФСР 1991 года ежегодного послания Съезду народных депутатов о состоянии конституционной законности в стране. Когда это послание было подготовлено и поставлено в повестку дня Съезда, тот его переадресовал Верховному Совету. Президент, понимая, что вопрос постараются заволокитить, обратился к Верховному Совету с просьбой подробно и тщательно обсудить его, чтобы можно было сделать выводы и принять необходимые решения. Однако и Конституционный Суд представил формальную отписку, и, соответственно, Верховный Совет отвел на этот вопрос (26 февраля) всего пять–десять минут. Именно это послужило причиной недовольства Б. Н. Ельцина и появления через месяц Послания президента России «О конституционности» – документа, к которому Президента ни российская Конституция, ни иные законодательные акты не обязывали.

А в это время противоборствующие стороны предпринимали скрытые и явные шаги с целью склонить чашу весов в свою пользу. В середине марта VIII Съезд народных депутатов признал проведение ре-

ферендума нецелесообразным. Президент Б. Н. Ельцин потерпел поражение. 20 марта 1993 года Б. Н. Ельцин выступил по телевидению с Обращением, в котором сообщил, что подписал Указ «Об особом порядке управления до преодоления кризиса власти» (на самом деле, указ обнародован не был ни в тот день, ни позже; в урезанном виде он появился лишь 25 марта, на следующий день после публикации в «Известиях» Послания «О конституционности»), целью которого было удержать достигнутый в декабре 1992 года компромисс. В Обращении, в частности, говорилось: «Страна больше не может жить в обстановке постоянного кризиса... Фактически запущен маховик антиконституционного переворота»¹. Не имея никаких текстов, кроме записи телевизионного Обращения Президента, Конституционный Суд признал ряд его положений не соответствующими Конституции. И тогда Президент Б. Н. Ельцин решил поставить на всенародное голосование вопрос о доверии и новой Конституции.

Итак, система власти в России к 1993 году оказалась существенно неустойчивой («шаткость конституционности» – по терминологии Послания, раздел 2). Прямым следствием этого стала потеря устойчивости состояния огромной страны, сползание ее в хаос. Нобелевский лауреат Илья Пригожин и его коллеги, представители брюссельской школы, предложили теорию возникновения структур порядка вдали от равновесия. Эти структуры названы

¹ Эпоха Ельцина. Очерки политической истории. М.: Вагриус, 2001. С.291–292, 297–301.

«диссипативными»¹. Проще говоря, утрата стабильности чревата развалом, беспорядком, но именно в хаосе рано или поздно зарождаются структуры порядка. «Распад конституционности», о котором говорится в Послании (см. раздел 1), это и есть переход к хаосу. Хаос страшен своей неуправляемостью: никакие оптимистично-теоретические выводы о возникновении в будущем нового порядка не могут служить политическим ориентиром для ответственных государственных деятелей. Президент не знает ответа на вопрос, как долго будет длиться «конституционный переходный период» (раздел 4 Послания), каким будет «переходный конституционный порядок», этот «мостик между прошлым и будущим» (раздел 4). Почва уходит из-под опор, – использованная в Послании метафора близящегося крушения, хаоса. Но в Послании чувствуется подспудная уверенность в близости «острова» стабильности – «становление конституционализма», которое должно привести к «конституционной стабильности» (раздел 5 Послания).

В таких неравновесных условиях даже малое ошибочное действие может иметь огромные последствия, тем более опасными оказываются действия неправовые, «действия, в основе которых не-право» (раздел 3 Послания). Послание не просто прямо трактует «право как справедливость»² (раздел 2 Послания), но и вводит антонимичное понятие – «не-право». В соответствии с логикой жанра, требующе-

¹ Пригожин И. От существующего к возникающему. Время и сложность в физических науках. М.: Наука, 1985. С. 99.

² У римлян *jus* – право, *justitia* – справедливость.

го краткости, данное понятие в Послании не определяется. Но из контекста видно, что имеются в виду не только неправовые юридические нормы в смысле концепции нетождественности права и закона¹, нормы неправового закона, но также и определенные действия, в том числе и правонарушения. Возникает понятийная пара: «право как справедливость» и «не-право». В этих рамках в Послании и ставятся вопросы о состоянии конституционности в России.

С этой точки зрения обсудим методологический аспект Послания. Он особенно интересен в связи с тем, что именно в описываемый период президент Б. Н. Ельцин заинтересовался правом как возможным инструментом, который мог бы ему помочь одолеть политических противников. Он начал интенсивно встречаться с группой известных российских юристов, проходил в спешном порядке, образно говоря, «юридические университеты», задавал вопросы, искал исторические и юридические прецеденты.

Итак, каким образом «не-право» становится источником юридических норм?

Такой процесс может быть запущен «сверху», когда новая юридическая норма или политическая практика изменяют действующее право по инициативе либо с молчаливого согласия верховной власти. Именно это, главным образом, имеется в виду в Послании, обращенном к Верховному Совету. Можно привести и немало исторических примеров. Так, в конце 1849 года австрийский король Франц-Иосиф отменил конституцию, которую он сам даровал в начале того же года, то есть в основу нового порядка было заложено «не-право». В 1850 году прусский ко-

¹ *Нерсесянц В. С.* Право и закон. М., 1983. С. 342–343.

роль Фридрих Вильгельм IV своей единоличной властью, в нарушение конституции, отменил закон 1848 года о выборах в парламент. Тем же путем в 1907 году в России был отменен старый и создан новый закон о выборах в Госдуму. Акт 3 июня 1907 года о выборах в Госдуму, сам по себе неправомерный, явился источником права, регулировавшего государственную жизнь Российской Империи в течение следующего десятилетия (1907–1917) и мог бы регулировать и далее, если бы не революционная смена правопорядка уже не сверху, а снизу. Выдающийся русский юрист С. А. Котляревский пишет: «Что касается акта 3-го июня, то защита его легальности в смысле соответствия положительному государственному праву есть дело безнадежное»¹, или о том же акте: «Он юридически безупречен»². Разрешение данного противоречия дается им через «право нарушать обычную, так сказать, легальность во имя высшей исторической миссии»³.

«Снизу», такой процесс развивается, например, в ходе революции, которая сама по себе противоречит действующему праву, одновременно творя новые нормы вопреки воле прежней верховной власти. Революция – экстремальное и сравнительно редкое явление. Относительно чаще встречаются случаи, когда некое правонарушение, по общему правилу не могущее служить источником какого-либо права, происходит вследствие политической потребности, нарастающей до масштабов непреодолимой силы.

¹ *Котляревский С. А.* Юридические предпосылки русских Основных законов. М., 1912. С. 161.

² Там же. С. 158.

³ Там же. С. 162.

Действие такой непреодолимой силы приводит правопорядок к гибели, а, следовательно, вводит общество в состояние крайней неустойчивости. Поэтому обычно, как свидетельствует история, одним и тем же актом не только ниспровергается старый порядок, но и создается новый.

Конвент в своем первом заседании 21 сентября 1792 года¹, провозгласив уничтожение монархии, он тем самым установил во Франции Республику, хотя прямо ничего об этом не постановил: в самой отмене монархии имплицитно содержалось провозглашение «не-монархии», а это есть не что иное, как республика. В самом деле, 21 сентября Конвент постановил, что «королевская власть во Франции отменяется», но в том заседании слово «республика» ни одним оратором даже не было произнесено. Республика не была провозглашена официально и на вечернем заседании того же 21 сентября. Между тем, 22 сентября, после прочтения протоколов вчерашних заседаний, Конвент постановил, чтобы в будущем все акты помечались словами: «первый год Французской Республики». Таким образом, Конвент не выносил специального постановления об учреждении республики, но истолковал отмену монархии как учреждение республики и самой этой отменой основал новый государственный строй.

Истории известно множество фактов, доказывающих, что новое право часто возникало из нарушения или разрушения старого права. Разрушение не только

¹ Когда Президент России обнародовал свое Послание, никто, в том числе и он сам, еще не знал, что Указ № 1400 будет подписан день в день через 201 год после этого знаменитого решения Конвента.

является реальной силой, которая прекращает действующий правопорядок, но создает правопорядок новый. Иными словами, порядок сначала переходит в хаос, и уже потом хаос рождает новый порядок. Но теоретическое рассмотрение всегда абстрагируется от практической жизни. Даже очень кратковременный с исторической точки зрения период хаоса весьма тяжел и длителен для людей. Можно себе представить ситуацию, когда новый правопорядок создается революционной властью, что называется, с нуля. Пока новая власть разберется в огромном массиве старого права и решит, что отменять и что сохранять, перестанут действовать многочисленные нормы, на которых основана вся жизнь государства и общества: налоги перестанут поступать в казну, государственные чиновники будут вправе бросить бразды государственного управления на всех уровнях вплоть до города и района, вооруженные силы сложат оружие, государственные границы окажутся открытыми, преступления не будут пресекаться, наследство оформляться, договоры заключаться, споры разрешаться...

Поэтому возник и действует принцип непрерывности права. Так, возвращаясь к истории Первой французской революции, напомним, что Конвент, конституировавшись 20 сентября 1792 года, уже на следующий день принял декрет о том, что впредь до новых распоряжений, неотмененные законы должны исполняться. Этот принцип действовал с известными ограничениями и в России после революции 27 февраля, а отчасти и после 25 октября 1917 года. Таким образом, день, когда «не-право» непреодолимой силой свергло прежний правопорядок, одновременно

является правовой датой, с которой начался отсчет нового правопорядка¹.

Мы видим из приведенного примера, что революция оперирует не принципами и понятиями, а словами. Но довольно быстро и она ощущает в них необходимость – уровень простых, даже убеждающих слов оказывается недостаточным. Своеобразие «не-права» как основы политических действий, о которых говорится в Послании, состоит также в том, что «не-право» сопровождается правоубеждением и параллельно – мифологизацией «не-права». С одной стороны, «неправосоздатель» убежден, что создаваемое им правило – правомерно, хотя бы только на будущее время. С другой, – происходит «сотворение конституционных иллюзий для народа», по формулировке заключительной части Послания.

В Послании также содержится тезис, который можно интерпретировать как метафору, но можно поискать в нем и более глубокий смысл: «Конституционная основа у нас противоречива уже на уровне конституционных аксиом» (раздел 2). В теории права не были чем-то необычным подходы, опирающиеся на юридическую аксиоматизацию². В самом деле, еще со времен «Начал» Евклида аксиоматический метод являлся образцом систематизации научного знания. Достаточно упомянуть в этой связи «Математические начала натуральной философии» Ньютона, излагавшего механику как аксиоматическую си-

¹ Так же позднее поступит президент Б. Н. Ельцин, издав 21 сентября 1993 года указ № 1400.

² Манов Г. Н. Аксиомы в советской теории права // Советское государство и право. 1986. № 9. С. 29–36.

стему, и «Этику» Спинозы, где он использует идеи аксиоматики для изложения своего учения о морали.

Однако в наше время воззрения на этот счет несколько изменились¹. Выяснилось, что никакая аксиоматическая система не может исчерпать всего богатства развивающейся содержательной теории, каковой является, в частности, и право. Этот общий тезис получил подтверждение в известных теоремах Гёделя о неполноте. Согласно одной из них всякая достаточно богатая аксиоматическая система, если она непротиворечива, то неполна. Иначе говоря, в какой-то момент любая правовая конструкция окажется внутренне противоречивой в каких-то своих нормах. Для устранения противоречия, необходимо вернуться к аксиомам, изменить или дополнить их (что является чрезвычайно трудным делом) таким образом, чтобы избежать коллизии норм, в том числе и при дальнейшем расширении системы законодательства.

Надо признать, что к описываемому периоду российская конституция подвергалась частым, многочисленным корректировкам, что, безусловно, привело ее к кризису противоречивости. Однако в Послании Президент не делает акцент на этот, тогда всем известный и понятный факт, чтобы не усиливать конфронтацию, а указывает на ошибки в действиях всех ветвей власти и предлагает «признавать право на ошибку и создавать механизмы их исправления» (раздел 3).

Но проявление в праве «ограничения Гёделя» можно значительно отдалить путем обобщения орга-

¹ Рузавин Г. И. Научная теория (логико-методологический анализ). М., 1978. С. 50–56.

низации нормативной системы. Такое обобщение связано с непосредственным выходом на неюридические (социальные, политические, моральные) факторы. Иначе говоря, аксиоматическая теория права в целом, или, в частности, конституционных конструкций, неминуемо приходит к саморасширению до аксиоматической социально-правовой теории либо даже социально-политически-правовой теории, а это момент весьма существенный. Поэтому, когда речь заходит о «безупречной конституции», о «прочной, безошибочно рассчитанной правовой постройке» (раздел 3 Послания), в первую очередь, имеется в виду не метод Евклида, а формирование социально-политического, юридического и морального климата, благоприятного для государственной жизни, повышения эффективности конституционного механизма. Вот почему в Послании говорится о «правовой и нравственной чистоте» (преамбула). Это двойное (внешнее и внутреннее) условие гарантирует общество от «не-права». Право – фактор внешний по отношению к человеку и действует на него извне, опосредованно. Нормы нравственности, напротив, составляют часть его сознания, они действуют на человека внутренне, непосредственно. В этой непосредственности и заключается источник той силы норм нравственности, которая может заставить человека не подчиниться «не-праву».

«Не-право», вступая в противоречие с нравственным сознанием человека, оказывается бессильным даже при угрозе тяжелого наказания за его нарушение. Трагизм коллизии юридического и морального законов прекрасно описан в классической литературе, начиная с античной (например, «Антигона» Со-

фокла). Во Франции в эпоху директории был издан явно несправедливый закон, воспрещавший под угрозой смертной казни оказывать материальную помощь французам-эмигрантам. Перед судом предстал глубокий старик, уличенный в отсылке денег эмигрировавшему сыну.

— Разве вы не знали, — спросил судья обвиняемого, — закона, воспрещающего помогать эмигрантам?

— Да, я знал этот закон, — отвечал старик, — но я также знаю более старый человеческий закон, который повелевает отцу поддерживать своего сына.

Этот исторический пример, сегодня воспринимаемый как притча, убедительно объясняет посылку о «правовой и нравственной чистоте». В то же время двойное условие «правовой и нравственной чистоты» содержит в себе некий парадокс. Требования, которые предъявляет право, всегда имеют строго определенные границы, доступные всем. Предписания права точны и конкретны. Они устанавливают своего рода нижний предел, границу поведения. В противоположность этому требования нравственности беспредельны. Здесь каждый достигнутый уже уровень служит лишь ступенью дальнейшего совершенствования и точкой отсчета новых требований. Норма, предписывающая любить ближнего, не устанавливает пределов этой любви. Различие между предельностью требований права и беспредельностью требований морали хорошо иллюстрируется библейской притчей о том, сколько раз нужно прощать обиды. Законы Моисея, являвшиеся действующим правом, предписывали прощать обиды только семь раз. В то же время нравственность требует большего: «Тогда Петр приступил к нему и сказал:

Господи! сколько раз прощать брату моему, согрешающему против меня? до семи ли раз? Иисус говорит ему: не говорю тебе: «до семи», но до седмижды семидесяти раз» (Мф. 18:21 – 18:22), т. е. практически бесконечно. Парадокс в том, что оба требования исходят, в конечном счете, из одного источника.

Право редко пытается (да и не может этого сделать) оценивать внутреннюю сферу человеческого поведения, его помыслы и настроения. Если уголовное право еще заботится об обнаружении мотивов человеческих действий (бездействия), то в области конституционного (государственного) права значение заблуждения, ошибки или внутренних мотивов не оцениваются. В Послании Президента России «О конституционности» предпринята необычная для политика попытка углубить конституционные оценки введением нравственного измерения. Надо ли говорить, что субъекты «кулачной политики» того периода, прочитав в Послании президента о «правовой и нравственной чистоте», разве что пожалели плечами («чудит Б. Н., чудит...»), да тут же и забыли.

29 апреля 1993 года, когда самая опасная фаза кризиса миновала, выступая в Кремле на совещании руководителей республик в составе Российской Федерации, глав администраций краев, областей, автономных образований, городов Москвы и Санкт-Петербурга, Президент Б. Н. Ельцин кратко выразил основную мысль Послания: «Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика мирным путем стала Российской Федерацией. Государство сменило не только свою «юридическую личность», но и общественный строй... Конституция у нас пока старая, с большим количеством изменений

и дополнений. Этот Основной закон тянет государство назад в прошлое. С прошлым, понятно, порвать нельзя, историческую память нужно сохранять, но надо идти вперед, жить по новым нормам и правилам, конечно, если эти правила соответствуют действительности, ясны и понятны и, самое главное, внутри не противоречат друг другу, как это имеет место сейчас в действующей Конституции. Поэтому Российской Федерации нужен новый Основной закон (Конституция)»¹.

Ни о каких нравственных началах уже не было сказано и слова. Впереди страну ожидал короткий, но энергичный этап подготовки новой Конституции России, кульминационный момент которого парадоксальным образом трансформировал «не-право», против которого выступал президент Б. Н. Ельцин, в правотворящий факт (президентский указ № 1400), а архитекторы Конституции получили возможность, выбрав нужную аксиоматическую основу, попытаться сконструировать новую непротиворечивую Конституцию. Этот опыт, как бы ни относиться к драматическим событиям 1993 года (от января до декабря), сам по себе ценен и достоин изучения.

Список использованных источников:

1. Эпоха Ельцина. Очерки политической истории. М.: Вагриус, 2001.

¹ Конституционное совещание: Стенограммы. Материалы. Документы. 29 апреля – 10 ноября 1993 г. Том 1. 29 апреля – 4 июня 1993 г. М.: Юридическая литература, 1995. С. 4.

2. *Пригожин И.* От существующего к возникающему. Время и сложность в физических науках. М.: Наука, 1985.
3. *Нерсисянц В. С.* Право и закон. М., 1983.
4. *Котляревский С. А.* Юридические предпосылки русских Основных законов. М., 1912.
5. *Манов Г. Н.* Аксиомы в советской теории права // Советское государство и право. 1986. № 9.
6. *Рузавин Г. И.* Научная теория (логико-методологический анализ). М., 1978.
7. Конституционное совещание: Стенограммы. Материалы. Документы. 29 апреля – 10 ноября 1993 г. Том 1. 29 апреля – 4 июня 1993 г. М.: Юридическая литература, 1995.

ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

М. А. ФЕДОТОВ

Советник Президента Российской Федерации; Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, Председатель; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», директор Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел.: (495) 771-32-32; hse@hse.ru)

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И (ИЛИ) ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЕ ПРАВА: РАСКРЫВАЯ СКОБКИ

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; интеллектуальные права; Гражданский кодекс; интеллектуальная деятельность

Аннотация: Статья посвящена исследованию правовых понятий «интеллектуальная собственность» и «интеллектуальные права», закрепленных в Гражданском кодексе Российской Федерации.

Вот уже десять лет с нами нет
доктора юридических наук,
профессора Виктора Абрамови-

ча Дозорцева, одного из крупнейших мыслителей современной цивилистики, одного из основателей нашей Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности. Его светлой памяти и немеркнущему провидческому таланту посвящает автор эту статью.

«В числе многих и многие годы я восхищался его оригинальными, непокорными словами, которые он вбивал, как гвозди, в точно соответствующие им понятия, – любовался его горячими жестами и чудесной архитектурой речей, неотразимая логика которых соперничала с глубокою их психологией и указаниями долгого и основанного на опыте житейского раздумья».

*Кони А. Ф. «Отцы и дети
Судебной реформы»*

Правовые понятия «интеллектуальная собственность» и «интеллектуальные права» впервые вместе появились в российском законодательстве лишь с 1 января 2008 года, когда вступила в силу Часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК4Ч). Причем, понятие «интеллектуальная собственность» к тому моменту уже получило даже конституционное закрепле-

ние¹, прочно найдя свое место во многих федеральных законах².

Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года³ не использовали термин «интеллектуальная собственность», обходясь более нейтральным и интуитивно, на уровне обыденного сознания, более понятным – «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

¹ Так, ч. 1 ст. 44 Конституции РФ гласит: «Интеллектуальная собственность охраняется законом», а пункт «о» ст. 71 Конституции РФ относит правовое регулирование интеллектуальной собственности к исключительному ведению Российской Федерации – наравне с уголовным, гражданским и некоторыми другими отраслями законодательства.

² В качестве примера можно привести Закон РСФСР от 24 декабря 1990 г. № 443-1 «О собственности в РСФСР», Закон РСФСР от 04 июля 1991 г. № 1545-1 «Об иностранных инвестициях в РСФСР», Федеральный закон от 24 июня 1999 г. № 121-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», Федеральный закон от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ (в ред. от 21 июля 2005 г.), «Патентный закон Российской Федерации» от 23 сентября 1992 г. № 3517-1 (в ред. от 02 февраля 2006 г.) и т. д.

³ Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

иных результатов интеллектуальной деятельности» (пп. 5 п. 2 ст. 2 Основ).

Термин «интеллектуальная собственность» впервые появился в Законе Российской Федерации от 24 декабря 1990 г. № 443-1 «О собственности в РСФСР», где был определен через понятие «объект интеллектуальной 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».

Отсюда следовало, что интеллектуальная собственность представляет собой некую субстанцию, с помощью которой субъект получает возможность воздействовать на некий нематериальный объект. Если признать, что субъектом является ав-

¹ Понятием «экспертная система» обычно обозначают 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. *Абызгильдин С. Ш.* База знаний экспертной системы в области промышленной безопасности: Автореф. дис. ... канд. тех. наук. Уфа, 2006.

тор, а объектом – созданное его интеллектуальным трудом произведение, то интеллектуальную собственность следует определить как совокупность прав субъекта (автора) в отношении объекта (произведения) применительно к любым возможным притязаниям третьих лиц.

Термин «интеллектуальная собственность» получил позднее закрепление в части первой ст. 44 Конституции РФ, а также в ст.ст. 2, 128, 138 ГК РФ. Анализ указанных статей позволяет заключить, что под интеллектуальной собственностью здесь понимается 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.)». При таком понимании скульптурный памятник Петру Первому работы Зураба Церетели представлял собой объект интеллектуальной собственности, то есть объект исключительных прав. Представление об исключительных правах как одном из объектов гражданских прав вполне вписывалось в концепцию статьи 128 ГК РФ, где указываются также имущественные права и нематериальные блага. Примечательно, что интеллектуальная собственность при таком понимании не включала личные неимущественные права в отношении объекта интеллектуальной собственности: они рассматривались отдельно, как нематериальные блага.

Однако Вводный закон, вводящий в действие ГК4Ч, внес принципиальные изменения в ст.ст. 2, 128 ГК РФ, а ст. 138 «Интеллектуальная собственность» исключил 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, как и прежде, **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.

Подводя итог сказанному, можно заключить, что ст. 1225 ГК4Ч, взятая в совокупности с новой редакцией ст.ст. 2 и 128 ГК РФ, представляет собой *радикальное изменение взглядов законодателя на понятие интеллектуальной собственности*, как следствие появления понятия «интеллектуальные права».

«Интеллектуальные права»: генеалогия доктрины

Если понятие интеллектуальной собственности уже обрело определенный статус и в отечественном и в международном правовом пространстве, то

понятие «**интеллектуальные права**» к началу 2008 года было абсолютной новеллой.

Это понятие, «интеллектуальные права» возникло в зарубежной, в частности, во французской правовой доктрине задолго до появления этого термина в ГК4Ч. Исторически сложилось несколько концепций, описывающих правовую природу интеллектуальной собственности. С появлением английского закона от 10 апреля 1710 г., вошедшего в историю как «Статут королевы Анны», зародилась доктрина, рассматривавшая интеллектуальную собственность как разновидность права собственности. В 1747 г. в Лондоне вышла брошюра «A letter from an author to a Member of Parliament concerning literary Property», в которой конструкция собственности оправдывается, главным образом, тем соображением, что автор создает полезность.

Эта позиция получила впоследствии научное обоснование в трудах Лабулэ (Laboulaye), Франка (Franc), Эйзенлопа (Eisenlohr), Вагнера (Wagner), Шрётера (Schröter). Созданная ими «теория права собственности» породила понятия «литературная и художественная собственность», «промышленная собственность», «интеллектуальная собственность», лингвистически приравнивающие права на результат интеллектуального труда к праву собственности «Мы утверждаем без колебания, – писал Франк в своей книге «Философия гражданского права», – что литературная и художественная собственность представляет настоящую собственность, не безусловно, конечно, сходную с последней, но покоящуюся на тех же основаниях, а пото-

му и соединенную со всеми последствиями, которые влечет за собой право собственности материальной»¹. Сторонником этой доктрины в русской цивилистике был профессор И. Г. Табашников².

С течением времени становилось все яснее, что приравнивание прав на результат интеллектуального труда к праву вещной собственности не вполне адекватно их юридической природе. Учитывая это, с середины XIX века во Франции и Италии права интеллектуальной собственности начинают определять как право *sui generis*, а в Германии возникают школы «дуалистов» (они предлагали разделять права, признаваемые за авторами, на моральные и имущественные) и «монистов» (они толковали эти права как аспекты единого и целостного права).

Среди «дуалистов» следует назвать Колера (Kohler), автора так называемой «теория нематериальных ценностей», согласно которой создателю результата интеллектуальной деятельности принадлежит имущественное право для экономической эксплуатации нематериальной ценности, однако сама эта ценность не является ни вещественной, ни подлежащей отчуждению. Наряду с этим правом автор имеет личные неимуществен-

¹ *Franc A. Philosophie de droit civil. Paris, 1886. P. 235.*

² *Табашников И. Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права и постановлением законодательств: Северная Германия, Австрии, Франции, Англии и России: Литературная собственность, ее понятие, история, объект. Исследование. Т. 1. СПб: Тип. М. И. Попова, 1878.*

ные права, которые являются конкретным проявлением универсальных личных прав.

В отличие от Колера великий философ Иммануил Кант считал права автора сугубо личным правом, «*jus personalissimum*». Авторское произведение он толковал как обращение автора к публике через издателя. Вот почему никто кроме автора не может ни обладать правом на книгу, ни приобрести это право. Свое юридическое обоснование так называемая «теория личных прав» получила в работах Блюнчли (Bluntschli), Ортлофа (Ortloff), Гирке (Gierke), Гарейса (Gareis).

Сторонники данной доктрины полагали, что все права, гарантируемые автору законом, проистекают из первоначального права автора сохранить свое произведение в тайне или же обнародовать его, а, следовательно, речь может идти только о личном праве, которое имеет неограниченную продолжительность и не может быть объектом каких-либо действий со стороны кредиторов, т. к. автор всегда сохраняет права на свое произведение как гарантию защиты своей личности. Так, Гирке определял права автора как исключительное господство лица над частью самого себя, охраняемое законом против вторжения в эту сферу посторонних лиц, при том понимании, что «личность на техническом языке юриспруденции значит то же, что и правоспособность»¹.

Промежуточная позиция, согласно которой права автора непосредственно связаны с его личностью,

¹ *Gareis C.* Das juristische Wesen der Autorrechte sowie des Firmen – und Markenschutzes // Büchs Archiv für Theorie und Praxis. 1877. V. XXXV. S. 198.

но одновременно имеют имущественный характер, получила развитие как «теория лично-имущественного права» в трудах Беселера (Beseler), Штоббе (Stobbe), Деренбурга (Derenburg), Алфельда (Allfeld), Рейцлера (Reitzler) и других.

Отметим также теории, исходящие из признания прав автора в качестве монополии. Так, французский правовед Ренуар (Renouard) впервые обратил внимание на монопольный характер прав автора на результат интеллектуального труда.

В русской цивилистике эти воззрения получили отражение в трудах профессора Г. Ф. Шершеневича, который в конце XIX века писал: «Закон предоставляет автору исключительное право печатать данное сочинение, чем устраняются все прочие от такого действия. Дело идет не о разработке той же идеи, о создании новых сочинений, но о распространении данного произведения, и несомненно, что в этом отношении автор пользуется монопольным правом перед всеми другими, которые могут совершить те же действия только с согласия автора». Поясняя экономические, социальные и нравственные основания прав автора, он подчеркивал: «Это одна из тех немногочисленных монополий, которые не могут возбудить общественного неудовольствия ввиду безусловной их необходимости и справедливости»¹.

Идеи Колера об имущественных правах в отношении нематериальных ценностей были подхвачены бельгийским правоведом Пикаром (Picard),

¹ *Шершеневич Г. Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань. 1891. С. 61, 15.

предложившим дополнить классическую классификацию прав – личные, вещные и обязательственные – еще одной обособленной группой прав под названием «*droits intellectuels*», в буквальном переводе – «интеллектуальные права». В эту группу он включал «авторское, художественное и музыкальное право, привилегии на изобретения, право на фабричные рисунки и модели, на торговое и фабричное клеймо, право на фирму»¹. Сторонниками этой теории являются Муше (Mouchet), Радаэлли (Radaelly) и Сатановски (Satanowsky), опубликовавшие свои основные работы в середине прошлого века.

Как замечает видный французский правовед Ролан Дюма, в основе доктрины интеллектуальных прав лежит убежденность в том, что права автора невозможно включить ни в категорию вещных прав, ни в категорию личных прав, а посему «они должны послужить основой для создания третьей категории прав, так называемых «интеллектуальных прав», которые лишь приравнены, но не являются интеллектуальной собственностью»².

Наконец, существует еще целый ряд других теорий, описывающих юридическую природу прав на результат интеллектуальной деятельности, в том числе: теории естественного права, теория права

¹ *Picard E. Embriologie Juridique // Journal de Droit International Privé. 1883. P. 582; Picard E. Le Droit Pur. Paris: Flammarion, 1908.*

² *Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции / Пер. с фр.; отв. ред. И. В. Савельева. М.: Международные отношения. 1989. С. 18.*

запрета на подражание, теория права клиента, теория права на труд, теория личного права требования и др.¹ В последнее время появляются еще более экзотические доктрины вроде теорий творческих сообществ (Лоуренс Лессиг)², символического обмена (Жан Бодрийяр, Александр Долгин)³ или инклюзивного права автора (Руслан Будник).

Почему «интеллектуальные права»?

Почему же российский законодатель избрал – если действительно избрал? – в качестве доктринальной основы законодательного регулирования интеллектуальной собственности именно теорию интеллектуальных прав? Ответ на этот вопрос следует искать в трудах одного из крупнейших российских цивилистов советского времени и постсоветского периода, профессора В. А. Дозорцева, который предлагал использовать термин «интеллектуальные права» наряду с «исключительными правами» и дифференцировать их на «художественные права», «промышленные права», «сельскохозяйственные права» и «генетические права»⁴. И

¹ Baylos Corroza H. Tradado de derecho industrial: Propiedad Industrial; Propiedad Intellectual; Derecho de la Competencia Economica; Derecho de la Competencia Desleal. Madrid: Civitas, 1978.

² Лессиг Л. Свободная культура. М.: Фонд научных исследований «Прагматика культуры», 2007.

³ Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М.: Добросвет, 2013; Долгин А. Б. Экономика символического обмена. М.: Инфра-М, 2006.

⁴ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут; Исслед. центр частного права, 2003. С. 56.

как бы мы ни оценивали сам факт проникновения понятия «интеллектуальных прав» в российское законодательство об интеллектуальной собственности, одно несомненно: этот факт доказывает, что роль личности ученого-правоведа в истории развития правовой системы прямо пропорциональна масштабу этой личности и обратно пропорциональна степени развитости национального законодательства, а также демократической системы «сдержек и противовесов».

Именно необыкновенная, противоречивая, питаемая самыми возвышенными чувствами личность профессора В. А. Дозорцева, одного из основателей нашей Кафедры ЮНЕСКО по интеллектуальной собственности, предопределила в огромной степени и достоинства, и недостатки правовых конструкций, реализованных в нынешней редакции ГК4Ч. В своем настойчивом стремлении свести все многообразие интеллектуальной собственности в некоторую, подобную менделеевской, «периодическую таблицу элементов», Виктор Абрамович смело отбрасывал казавшиеся незыблемыми научные представления, предлагая принципиально новый взгляд на правовую природу рассматриваемых им явлений. К сожалению, подобная безоглядность, крайне полезная в эвристическом научном поиске и в учебном процессе, когда важно зажечь огонь дискуссии, чтобы увидеть нехоженные пути, которые могут оказаться перспективными, имеет очень ограниченные возможности в сфере законотворчества. Особенно в сфере интеллектуальной собственности, где национальному законодателю приходится лавировать в узких рам-

ках того, что дозволено международными конвенциями, а также двусторонними и многосторонними договорами.

В свою очередь, включение понятия «интеллектуальные права» в гражданское законодательство неизбежно должно было сопровождаться достаточно радикальной перестройкой всего отечественного законодательства в соответствующей сфере и порождать многочисленные противоречия с устоявшимися концептуальными конструкциями международного права интеллектуальной собственности, в котором данное понятие пока отсутствует. Наверняка так бы и произошло, если бы законодатель шире использовал понятие «интеллектуальные права» в ГК4Ч в духе тех теоретических изысканий профессора В. А. Дозорцева, которыми по праву может гордиться отечественная цивилистика.

Согласно концепции профессора В. А. Дозорцева, «интеллектуальные права содержательно обладают существенными особенностями и значительно более разнообразны, чем права на результаты материального производства. Они охватывают права на творческие результаты и на объекты, не обязательно требующие творчества. Будучи нематериальными, не ограниченными в пространстве, они могут быть использованы одновременно неограниченным кругом лиц. Способы распоряжения интеллектуальными правами включают в себя не только отчуждение прав, но и выдачу лицензий. Не все субъекты интеллектуальных прав обладают абсолютными правами, лицензиатам, например, принадлежат только обязательственные права. Круг субъектов

шире, чем круг обладателей права. Традиционная модель построения охраны вызывает ряд трудностей. В частности, сложнее становится установление справедливого баланса прав и интересов разных участников процесса, отсутствие которого грозит превратиться в тормоз дальнейшего развития»¹.

Нельзя не согласиться с профессором В. А. Дозорцевым и в том, что права на результаты интеллектуальной деятельности порой представляют для субъектов правоотношений настолько жгучий интерес, что инспирируют острую борьбу за определение в законе оснований возникновения прав каждого из них. В частности, он отмечал, что «права на служебные результаты в Российской Федерации приобрели особую значимость в связи с переходом к рыночной экономике, сейчас они строятся по аналогии с правами на результаты материального производства, но там другая система правообладателей. Последствия такой аналогии порой достаточно тревожны, происходит путаница в отличающейся системе правообладателей, появляется опасность нарушения баланса их интересов»².

Однако эффект от внедрения понятия «интеллектуальные права» в российское гражданское законодательство оказался не столь радикальным, как можно было ожидать. Даже применительно к служебным результатам интеллектуальной деятельности, на которые обращал внимание профессор В. А. Дозорцев, понятие «интеллектуальные пра-

¹ Там же. С. 277–278.

² Там же. С. 278.

ва» законодателем не используется. Так, в п. 1 ст. 1295 «Служебное произведение» ГК4Ч говорится: «Авторские права на произведение науки, литературы или искусства, созданное в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (служебное произведение), принадлежат автору». При этом уже в следующем пункте указывается, что «исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, если трудовым или иным договором между работодателем и автором не предусмотрено иное».

Здесь не было бы никакого противоречия, если бы в п. 1 ст. 1255 «Авторские права» ГК4Ч не устанавливалось: «Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства являются авторскими правами», а согласно статье 1226 ГК4Ч исключительные права являются составной частью интеллектуальных прав. Следовательно, либо автору служебного произведения принадлежат не все авторские права, либо интеллектуальные права в той части, в которой они «являются авторскими правами», не включают исключительные права на служебное произведение.

Это лишь один из многочисленных примеров того, к каким последствиям для стройности, полноты и непротиворечивости гражданского законодательства приводит стремление законодателя к искусственной унификации с использованием доктринально не устоявшихся понятий.

В то же время те категории прав, которые статья 1226 ГК4Ч объединяет общим понятием «интеллектуальные права», существовали в отечественном законодательстве и ранее. Так, исключитель-

ные имущественные права на объекты интеллектуальной собственности были предусмотрены ст. 16 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», разделом IV Патентного Закона РФ, ст. 4 Закона РФ о товарных знаках и т. д.

В свою очередь, личные неимущественные права в отношении объектов интеллектуальной собственности также были закреплены в ряде статей этих законов. Впрочем, данная категория прав получила крайне пунктирное отражение в законе о селекционных достижениях, в преамбуле которого лишь упоминаются «личные неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и использованием селекционных достижений». Подчеркнем, что правовая природа личных неимущественных прав такова, что они непосредственно связаны с личностью автора результата интеллектуальной деятельности. Вот почему применительно к средствам индивидуализации использование категории личных неимущественных прав представляется вообще довольно сомнительным. Как, к примеру, можно говорить о личных неимущественных правах применительно к наименованию места происхождения товара? Не случайно в Законе о товарных знаках отсутствует всякое упоминание о данной категории прав.

Примечательно, что само понятие «интеллектуальных прав» довольно редко и почти исключительно во вспомогательных целях используется законодателем при выстраивании правовой материи ГК4Ч:

в статье 1226 ГК4Ч формулируется понятие интеллектуальных прав как совокупности исключи-

тельных прав, личных неимущественных прав и иных прав в отношении результата интеллектуальной деятельности или приравненного к нему средства индивидуализации. При этом термин «иные права» призван преодолеть недостаток классификации, построенной на дихотомии между имущественными и неимущественными правами. Впрочем, сама эта дихотомия также далеко неоднозначна, но эта тема выходит за пределы данной статьи, поскольку представляет самостоятельный предмет для серьезного научного спора;

в статье 1227 ГК4Ч закрепляется презумпция независимости интеллектуальных прав от права вещной собственности;

в статье 1231 ГК4Ч термин «иные интеллектуальные права» используется для их отграничения от двух других категорий интеллектуальных права – исключительных и личных неимущественных – в контексте определения действия тех и других на территории Российской Федерации. При этом само название статьи 1231 «Действие исключительных и иных интеллектуальных прав на территории Российской Федерации» вступает в противоречие с частью второй пункта 1 данной статьи, где проводится уже другое разделение: «личные неимущественные и иные интеллектуальные права, не являющиеся исключительными». При этом законодатель забывает, что за понятием «иные интеллектуальные права» уже закреплено определенное правовое содержание в статье 1226 ГК4Ч, и они равноположены исключительным правам и личным неимущественным правам. С учетом изложенных соображений более корректным было бы

иное название статьи 1231 ГК4Ч – «Действие интеллектуальных прав на территории Российской Федерации»;

в статье 1248 ГК4Ч термин «интеллектуальные права» используется для того, чтобы распространить на них презумпцию судебного рассмотрения споров, связанных с их защитой, что на самом деле излишне, поскольку пункт 1 статьи 11 ГК РФ распространяет эту презумпцию на все гражданские права;

в статье 1250 ГК4Ч термин «интеллектуальные права» используется как средство логической генерализации механизмов их защиты, хотя две последующие статьи – 1251 и 1252 – вкуче с основополагающей статьей 12 ГК РФ «Способы защиты гражданских прав», лишают ее какого-либо значения, поскольку разграничивают механизмы защиты личных неимущественных и исключительных прав;

в статье 1255 ГК4Ч термин «интеллектуальные права» используется для выделения из них авторских прав, в статье 1303 – смежных прав, в статье 1345 – патентных прав, в статье 1408 – прав на селекционные достижения и т. д.

Феномен «информационного посредника»

Особо следует остановиться на использовании понятия «интеллектуальные права» при формировании принципиально нового для отечественной цивилистики механизма ответственности «информационного посредника» (статья 1253.1 ГК4Ч была введена федеральным законом 02 июля 2013 г. № 187-ФЗ). Понятно, что фантазмагорические

масштабы интернет-пиратства в отношении объектов интеллектуальной собственности не могут не порождать желание законодателя найти максимально эффективный способ борьбы с ним.

Разные страны по-разному и с разной степенью неэффективности решают эту задачу. Причем уровень эффективности находится, на наш взгляд, в прямой зависимости от того, насколько далеко уходит законодатель от общепризнанных принципов правового государства, от многовековых догматов римского права и т. п. Например, возложение на зрителя ответственности за просмотр аудиовизуального произведения, незаконно размещенного в Интернете, равносильно наказанию за чтение книги, украденной другим лицом из библиотеки.

Безусловно, «пират», разместивший контрафактную копию фильма в Интернете и открывшей к ней доступ (ради заработка на рекламе, например), как и вор, похитивший книгу в библиотеке, заслуживает наказания. Но какое правонарушение совершила телефонная компания, два абонента которой сговорились ограбить старушку-процентщицу? Ведь эта компания гарантировала всем абонентам, что не будет подслушивать чужие разговоры (тайна переписки гарантирована конституцией любого современного государства), да и не в силах это делать, имея многие миллионы абонентов.

Но в логике статьи 1253.1 ГК4Ч именно телефонная компания должна нести ответственность «на общих основаниях». Здесь налицо красноречивый пример того, как сложнейшую проблемы

охраны интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях (Интернет и т. п.) и возложения ответственности за их нарушения предлагается решить максимально простыми и очень приблизительными юридическими средствами.

Конечно, идея возложения ответственности на провайдера доступа привлекательна своей простотой и легкостью реализации. Зачем заинтересованным правообладателям и правоохранительным органам в дебрях киберпространства искать того, кто разместил в Интернете, например, охраняемую авторским правом поэму, если можно всю вину возложить на провайдера доступа, который известен всегда. Правда, в его действиях по предоставлению доступа к сайту не больше вины, чем у трамвайного депо, если убийцы доехали до места преступления на трамвае.

Но в той редакции, которая содержится в пункте 1 анализируемой статьи 1253.1 ГК4Ч, так называемый информационный посредник «несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационной сети на общих основаниях, предусмотренных настоящим Кодексом». О каких «общих основаниях» идет речь, не сказано. Можно было бы предположить, что законодатель имел в виду статьи 1250–1253 ГК4Ч, но там говорится не об ответственности нарушителей интеллектуальных прав, а о средствах защиты этих прав. Еще одно возможное объяснение – ссылка на статью 1253 ГК4Ч, где речь идет именно об ответственности, но, во-первых, только юридических лиц, во-вторых, в случае не-

однократного или грубого нарушения прав и, в третьих, только исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Следовательно, и в данном случае логическая цепочка не выстраивается.

Следует признать, что статья 1253.1 ГК4Ч вызывает очень много вопросов. В частности, как можно возлагать на так называемого «информационного посредника» ответственность за нарушение интеллектуальных прав, если он не только не нарушал этих прав, но даже никак не соприкасался с объектами этих прав. Он, как сказано в анализируемой статье, лишь осуществлял «передачу материала», либо предоставлял «возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения».

Но ни «материалы», ни «информация» не являются объектами интеллектуальных прав (редкое исключение составляют материалы, содержащиеся в базах данных). Следовательно, законодатель по сути дела возлагает ответственность за нарушение интеллектуальных прав на субъектов, которые не осуществляли никаких действий в отношении объектов интеллектуальных прав, а проводили обычные операции по оказанию информационных услуг или услуг связи, что регулируется информационным законодательством, а вовсе не законодательством об интеллектуальной собственности.

Завершая анализ новообретенной статьи 1253.1 ГК4Ч, обратим внимание на откровенную приблизительность использования здесь понятия «интеллектуальные права». Совершенно очевидно, что в Интернете при всем желании нельзя нарушить,

например, такие, прямо указанные в статье 1226 ГК4Ч «иные интеллектуальные права», как право следования и право доступа – да еще путем «размещения материала».

Всё это лишний раз доказывает ошибочность пути, при котором бессистемное «латание законодательных дыр» заменяет создание комплексного нормативно-правового акта (комплекса актов), формирующего правовые основы деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях¹.

«Интеллектуальные права» как юридико-технический прием

Представляется, что понятие «интеллектуальных прав» в значительной степени используется в ГК4Ч вовсе не для реализации развернутой научной доктрины интеллектуальных прав, как это предполагал профессор В. А. Дозорцев, а почти исключительно как юридико-технический прием, когда для удобства законодателя и правоприменителя конструируется короткий термин, объемлющий несколько различных понятий. И в тех случаях, когда законодателю нужно сформулировать правило, касающееся всех включенных сюда понятий, он использует этот искусственный термин.

Безусловно, термин «интеллектуальные права» значительно короче, чем тождественный ему «исключительные, личные неимущественные и иные права на результат интеллектуальной деятельности

¹ Федотов М. А. Возможные концептуальные подходы к формированию российского Cyberspace Law. // Труды по интеллектуальной собственности. 2012. № 1 (том X). С. 4-44.

и приравненные к нему средства индивидуализации». Но ведь есть и другой вариант: «интеллектуальная собственность». Кстати, в общем нормативно-текстовом массиве ГК4Ч словосочетание «интеллектуальная собственность» встречается во много раз чаще, чем «интеллектуальные права», – прежде всего, за счет постоянного упоминания уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляющего «нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности».

Профессор В. А. Дозорцев крайне негативно относился к понятию «интеллектуальная собственность». По его мнению, традиционная терминология «интеллектуальная собственность» представляется неудачной, она влечет за собой смешение с правом собственности на материальные объекты, которое имеет совершенно другое юридическое содержание¹.

В его представлении права на результаты творческой деятельности распадаются на две группы – личное неимущественное *право авторства* (не подлежащее обращению на рынке) и основанные на нем *имущественные права*, состоящие в товарном обороте, обозначаемые во всех актах действующего законодательства термином «*исключительные права*». «Представляется, – писал В. А. Дозорцев, – что в современных условиях, при широком развитии интеллектуальной деятельности есть все основания для введения и более широкого термина, охватывающего обе эти группы прав, –

¹ Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 3, 6.

«интеллектуальные права» (термин «интеллектуальная собственность» не в состоянии выполнить подобную функцию). Это позволило бы различать более широкую категорию и более узкое понятие, относящееся только к имущественным правам. Использование разных терминов тем более обоснованно, что они относятся к почти совпадающим в экономическом обороте категориям, только характеризуют их с разных сторон – через характер и содержание *прав* (их «исключительность») или через свойства объекта, определяемые в большой мере его происхождением («интеллектуальность»). Как общий представляется предпочтительным более широкий термин – «интеллектуальные права», тем более что он обеспечивает тот же подход к родовой категории, что и традиционное наименование отдельных ее разновидностей – «художественные права», «промышленные права» и т. п.

«Интеллектуальные права» включают в себя, как права на результаты творческой деятельности (произведения, охраняемые авторским правом, результаты исполнительства, изобретения, селекционные достижения и т. п.), так и права на другие нематериальные результаты умственного труда, при создании которых творчество не обязательно (фирменные наименования, товарные знаки, наименования места происхождения товаров, секреты промысла, известные как «ноу-хау», и т. п.)»¹.

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут; Исслед. центр частного права, 2003. С. 277–278.

Почему «интеллектуальная собственность»?

Однако не будем забывать и аргументы в пользу термина «интеллектуальная собственность», закрепленного в части первой ст. 44 Конституции Российской Федерации: «Интеллектуальная собственность охраняется законом» и многократно использующегося в самых разных отраслях российского законодательства. Так, согласно части первой ст. 42 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации», редакция обязана соблюдать «права на интеллектуальную собственность». С учетом требований ст. 1225 ГК4Ч данная норма должна толковаться как обязывающая редакцию СМИ соблюдать права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, но вовсе не интеллектуальные права.

Аналогичные устаревшие нормы сохранились, например, в Законе Российской Федерации от 20 февраля 1992 г. № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле»¹, в Основы законодательства Российской Федерации о культуре от 09 октября 1992 г. № 3612-1² и других федеральных законах. Каких-либо опасных коллизий этих норм с поло-

¹ «Биржевым товаром не могут быть недвижимое имущество и объекты интеллектуальной собственности» (п. 2 ст. 6).

² «Профессиональный и непрофессиональный творческий работник равноправны в области авторского права и смежных прав, права на интеллектуальную собственность, охрану секретов мастерства, свободу распоряжения результатами своего труда, поддержку государства» (ч. 3 ст. 10).

жениями ст. 1225 ГК4Ч не просматривается, хотя терминологическая путаница налицо.

Очевидная правовая неопределенность возникает в тех случаях, когда законодатель прямо ссылается на «законодательство об интеллектуальной собственности». Например, в п. 1.1. ст. 56 ФЗ от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (в ред. ФЗ от 05 декабря 2006 г. № 225-ФЗ) закреплено: «Запрещается агитация, нарушающая законодательство Российской Федерации об интеллектуальной собственности». В нынешней ситуации невозможно однозначно определить, какие именно правовые нормы относятся к законодательству об интеллектуальной собственности, т. к. интеллектуальная собственность включает произведения, исполнения, изобретения, товарные знаки и т. д., однако самостоятельного законодательства ни о каждом из этих объектов исключительных прав, ни обо всех вместе с 1 января 2008 года не существует.

Проблемы могут возникнуть также в тех случаях, когда законодатель говорит о правах на «объекты интеллектуальной собственности» (см. напр. п. 5 ст. 2 Федерального закона от 08 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (в ред. от 28 июля 2012 г.) Представляется, что в этом случае правоприменитель должен толковать соответствующую правовую норму как относящуюся к интеллектуальным правам, но не интеллектуальной собственности, понимаемой как результат ин-

теллектуальной деятельности или средство индивидуализации.

Рассматривая данную проблему в контексте международно-правовых обязательств Российской Федерации, подчеркнем, что они сопрягаются исключительно с теми актами международного права, в которых интеллектуальная собственность выступает как единый, хотя и многогранный объект правового регулирования. К таким актам относятся, прежде всего, Стокгольмская Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности, 1967 года, действие которой охватывает все виды объектов интеллектуальной собственности.

То же самое можно сказать и о Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. (TRIPS), которое распространяется на все категории интеллектуальной собственности, являющиеся предметом Соглашения: авторское право и смежные права, товарные знаки, географические указания, промышленные образцы, патенты, топологии интегральных схем, охрана закрытой информации (ноу-хау).

Подчеркнем, что право интеллектуальной собственности относится к числу наиболее бурно развивающихся отраслей и в наибольшей степени испытывающих на себе процесс конвергенции правовых механизмов. Как подчеркивает профессор А. П. Сергеев, «не вызывает сомнений правомерность постановки вопроса о введении правовой охраны научных идей, гипотез, теорий и иных по-

добных научных результатов»¹. В свою очередь, профессор В. А. Дозорцев, провидчески предрекая неизбежное появление на рынке интеллектуальной собственности «существенно новых объектов», подчеркивал важность закрепления в ГК РФ таких общих положений, «которые имели бы руководящее значение для регламентации отдельных видов прав и до введения специального законодательства распространялись бы на вновь появляющиеся виды интеллектуального продукта»².

Примем во внимание, что в существующих системах правовой охраны отдельных видов интеллектуальной собственности объективно есть много общего. В то же время существует специфика в разных видах охраны интеллектуальной собственности. В каждом из них – свои представления об объектах, субъектах, правовых средствах охраны, защиты и т. д. Однако каждый раз в связи с появлением новых видов интеллектуальной собственности приходится решать задачу обогащения арсенала правовой охраны. При этом неизбежно большее или меньшее отставание правового регулирования. Так возникает тенденция распространения на новые виды интеллектуальных продуктов традиционных видов охраны, тенденция естественная, вполне объяснимая, но далеко не всегда оптимальная. Этот способ может быть использован только

¹ *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М.: Проспект, 1999. С. 17.

² *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут; Исслед. центр частного права, 2003. С. 53, 57.

до определенных пределов, – когда традиционные правовые механизмы более или менее соответствуют особенностям нового вида интеллектуальных продуктов или когда его распространенность еще весьма ограничена. Многие примеры показывают, что развитие новых сфер интеллектуальной деятельности выявляет полное несоответствие применяемых традиционных видов охраны к объектам, составляющим результат интеллектуальной деятельности. Отсюда неэффективность охраны, массовый характер нарушений исключительных и личных неимущественных прав.

Проблема усугубляется тем, что ряду «промежуточных» и по существу временных решений придается международный конвенциональный характер и их уже нельзя изменить односторонним решением одного государства. Наглядный пример – распространение авторского права на компьютерные программы, а патентного – на топологии интегральных микросхем. Другой пример – введение неэффективной системы правовой охраны коммерческой тайны в отношении никак не формализуемых «сведений», которые могут быть результатами интеллектуальной деятельности и которые известны в ГК4Ч как секрет производства (ноу-хау).

В отсутствие универсальных основ правовой охраны мировое сообщество до сих пор не может решить, например, вопрос о правовой охране идей, принципов, концепций, а наш законодатель – более частные, но весьма практические задачи о правовой охране управленческих и организационных построений, газетно-журнального дизайна, телеви-

зионных форматов и т. д. Более того, везде, где появляются новые виды интеллектуальной собственности, возникает объективная потребность в новых правовых механизмах ее охраны.

Обратим внимание и на то, что ситуация, при которой объект интеллектуальной собственности охраняется только каким-то одним средством правовой охраны, больше не отвечает объективным потребностям. В этой связи позволим себе привести в качестве примера хранящееся в Эрмитаже расписное блюдо, датированное 550 годом до н. э. На нем есть примечательная надпись: "Гесхил сделал. Эпиктет расписал". Это, видимо, намек на то, что в отношении данного объекта нужно было бы применять, как минимум, два механизма правовой охраны интеллектуальной собственности. В современных условиях данное блюдо, будь оно предназначено для тиражирования, следовало бы охранять механизмами не только авторского права, но и промышленной собственности – как промышленный образец, через использование товарного знака, наименования места происхождения товара и т. д.

Конвергенция систем правовой охраны?

Говоря о конвергенции систем правовой охраны интеллектуальной собственности, следует подчеркнуть следующие моменты.

Во-первых, системы правовой охраны промышленной и художественной собственности в последние десятилетия не только сближались, но и порой перекрывали друг друга. В некоторых сферах международные соглашения предоставляют

даже возможность выбора между обеими ветвями охраны. Все чаще возникают виды охраны *sui generis*, которые могут относиться как к охране художественной собственности, так и к охране промышленной собственности. Например, охрана промышленных образцов и авторских прав в отношении произведений прикладного искусства могут перекрывать друг друга. Другой пример – компьютерные программы, которые могут охраняться не только авторским правом, но и, в ряде случаев, также и патентным правом. Что же касается баз данных, то их охрана может обеспечиваться как авторским правом, так и с помощью права интеллектуальной собственности *sui generis* (см. Договор ВОИС по авторскому праву, Директиву 96/9/СЕ «О юридической охране баз данных» и основанный на этом – хотя и не вполне удачно – параграф 5 «Право изготовителя базы данных» главы 71 «Смежные права» ГК4Ч).

Во-вторых, известное Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), которое распространяется на все категории интеллектуальной собственности, являющиеся предметом Соглашения (авторское право и смежные права, товарные знаки, географические указания, промышленные образцы, патенты, топологии интегральных схем, ноу-хау), вводит ряд одинаковых положений для обеих ветвей охраны интеллектуальной собственности (результаты интеллектуального труда и средства индивидуализации). Тем самым Соглашение ТРИПС объективно стимулирует дальнейшее углубление процессов конвергенции различных систем правовой охраны.

Положительно оценивая сам факт того, что в Соглашении регламентирован комплекс прав на разные виды интеллектуального продукта, профессор В. А. Дозорцев отмечал, однако, что «регламентация проведена очень фрагментарно и недостаточно систематично»¹. И с этим выводом трудно не согласиться.

В-третьих, традиционные принципы правовой охраны интеллектуальной собственности в настоящее время сталкиваются с притязаниями отдельных сообществ на защиту их фольклора, а также технических навыков, медицинских знаний, фармацевтических субстанций, видов растений. Гармонизация и универсализация законодательного регулирования всех сфер правовой охраны интеллектуальной собственности должна помочь найти ответ и на этот вопрос.

Говоря об общих положениях, касающихся всех существующих и образующих концептуальную базу для всех будущих видов правовой охраны интеллектуальной собственности, профессор В. А. Дозорцев писал, что они «не придуманы, они объективно существуют и взяты из уже существующего законодательства, обобщены, очищены от случайных наслоений, приведены в систему. Они выполняют функцию не только обобщения и юридической экономии, но и упорядочения всего регулирования». Именно общие положения «определяют руководящие принципы для отдельных институтов и облегчают их применение», а также, что особенно ценно, «создают основу правовой регламентации новых отношений в этой перспектив-

¹ Там же. С. 70.

ной сфере человеческой деятельности, еще не урегулированных законом»¹.

Если бы провидческие идеи профессора В. А. Дозорцева удалось реализовать в ГК4Ч в полной мере, то можно было бы констатировать, что российское законодательство об интеллектуальной собственности не только резко продвинулось вперед, но и наметило пути для радикальной перестройки правового регулирования в данной сфере на мировом уровне. Более того, ограничившись закреплением в Гражданском кодексе исключительно общих положений, касающихся сферы интеллектуальной собственности, законодатель легко смог бы обеспечить сохранение универсального принципа дифференциации и «разделения нагрузки» между отраслевым кодексом и специальным законодательством.

Будучи закреплены в ГК РФ в форме самостоятельного раздела (проект профессора А. П. Сергеева, СПбГУ)² или в форме группы статей, распределенных между соответствующими разделами Кодекса (проект доцента П. В. Степанова, МГУ), общие положения могли бы стать отправной точкой и «дорожной картой» для совершенствования текущего законодательства в данной сфере в плане восполнения пробелов и преодоления противоречий. Безусловно, они положительно сказались бы и на правоприменительной практике, позволяя в от-

¹ Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России // Труды по интеллектуальной собственности. 1999. Т. I. С. 11–12.

² Там же. С. 115–123.

существование законодательной регламентации опираться на аналогию закона и на аналогию права.

Увы, закрепленная в статьях 1225 и 1226 ГК44 концептуальная конструкция, отождествляющая интеллектуальную собственность с результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации, и устанавливающая в отношении нее так называемые интеллектуальные права, наглухо закрывает двери для развития российского законодательства в гармоническом единстве с международным правом интеллектуальной собственности. В частности, противоречие выражается в том, что виды интеллектуальной собственности перечислены в ст. 1225 в форме закрытого перечня. Тем самым презюмируется принципиальная невозможность появления новых видов интеллектуального продукта, что, разумеется, не соответствует реальному положению дел, но может серьезно затруднить формирование в России правовых механизмов охраны новых видов интеллектуальных достижений и средств индивидуализации.

Такой подход резко контрастирует с п. VIII ст. 2 Стокгольмской конвенции 1967 г., учредившей Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности (ВОИС). Согласно этому пункту Стокгольмской конвенции понятие «интеллектуальная собственность» включает «права, относящиеся к:

- литературным, художественным и научным произведениям;

- исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам;

- изобретениям во всех областях человеческой деятельности;

научным открытиям;
промышленным образцам;
товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;

защите против недобросовестной конкуренции, а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях».

Благодаря последнему абзацу данный перечень становится не исчерпывающим, а открытым, допускающим существование или появление в будущем новых объектов, исключительные права в отношении которых будут правами, относящимися к интеллектуальной собственности, или просто — правами интеллектуальной собственности (Intellectual Property Rights). Такие объекты присутствуют, например, в Парижской конвенции по охране промышленной собственности (речь идет о не названных в Стокгольмской конвенции полезных моделях) и в Международной конвенции по охране селекционных достижений. Наконец, Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС) предусматривает охрану, помимо указанных выше объектов, также «закрытой информации», что интерпретируется как секреты производства (ноу-хау).

Следовательно, здесь мы вынуждены зафиксировать три принципиальных разрыва между отечественным и международным пониманием интеллектуальной собственности:

Во-первых, в международном праве под интеллектуальной собственностью понимаются **права**, относящиеся к результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, а в ГК4Ч – сами эти **результаты и средства индивидуализации: произведения, исполнения, товарные знаки и т. д.**;

Во-вторых, перечень видов интеллектуальной собственности в международном праве является **открытым**, а в ГК4Ч – **закрытым**;

В-третьих, права, относящиеся к результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, в международном праве именуются **интеллектуальной собственностью**, а в российском ГК4Ч – **интеллектуальными правами**.

Сравнивая перечни, содержащиеся в п. 1 ст. 1225 ГК4Ч и п. VIII ст. 2 Стокгольмской конвенции, следует обратить внимание, во-первых, на отсутствие в комментируемой статье упоминания о таком объекте исключительных прав, как «защита против недобросовестной конкуренции». В то же время правовые нормы, касающиеся защиты от недобросовестной конкуренции в российском законодательстве имеются. В частности, Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недобросовестной конкуренции (ст. 1).

При этом под недобросовестной конкуренцией понимается, в частности, распространение ложных, неточных или искаженных сведений; введение в заблуждение в отношении характера, спосо-

ба и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей; некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами; продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации; незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну (ст. 14).

В некоторых случаях, хотя и далеко не всегда, защита от недобросовестной конкуренции может осуществляться с помощью прав, относящихся к «интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях». Об этом прямо говорится в п.п. 2 и 3 ст. 14 Федерального закона «О защите конкуренции». Здесь закрепляется недопустимость недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации. Если федеральный антимонопольный орган установит факт нарушения этого запрета путем приобретения и использования исключительного права на товарный знак, то его решение направляется заинтересованным лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для признания недействительным предоставления правовой охраны данному товарному знаку.

Этому правилу корреспондирует норма, содержащаяся в п. 7 ст. 1252 ГК4Ч: «В случаях, когда нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации признано в установленном порядке недобросовестной конкуренцией, защита нарушенного исключительного права может осуществляться как способами, предусмотренными настоящим Кодексом, так и в соответствии с антимонопольным законодательством». В свою очередь, пп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК4Ч окончательно соединяет нормы Федерального закона «О защите конкуренции» и ГК4Ч, закрепляя, что предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным, если связанные с государственной регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией.

Еще одно различие между перечнями состоит в том, что в п. 1 статьи 1225 ГК4Ч не упоминаются научные открытия, определяемые Женевским договором о международной регистрации научных открытий 1978 г., как «установление явлений, свойств или законов материального мира, ранее не установленных и доступных проверке». Вопрос о возможности признания исключительных прав в отношении открытий является спорным в юридической науке. Показательно, что упомянутый Женевский договор был подписан лишь пятью странами и никем не ратифицирован.

Нужно обратить внимание также на тот факт, что п. 1 ст. 1225 ГК4Ч в отличие от п. VIII ст. 2 Сток-

гольмской конвенции знаменует отказ от признания исключительно правового характера интеллектуальной собственности. Если Конвенция понимает интеллектуальную собственность как права, исключительные права, то комментируемая статья — как некие объекты, в отношении которых Кодексом устанавливаются определенные исключительные и другие «интеллектуальные права». Подчеркнем, что Соглашение ТРИПС, хотя нигде не определяет понятие «интеллектуальная собственность», но в качестве базового пользуется понятием «права интеллектуальной собственности», что равнозначно используемому в Конвенции выражению «права, относящиеся к произведениям...» и т. д.

Следовательно, опираясь на статью 1225 ГК4Ч, можно четко, **методом логической подстановки**, прийти к следующим формулировкам:

«На интеллектуальную собственность признаются интеллектуальные права» (ст. 1226).

«Интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражена интеллектуальная собственность» (п. 1 ст. 1227).

«На территории Российской Федерации действуют исключительные права на интеллектуальную собственность, установленные международными договорами Российской Федерации и настоящим Кодексом» (п. 1 ст. 1231). Поскольку в международном частном праве интеллектуальная собственность понимается как исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, постольку данная формулировка примени-

тельно к международным договорам порождает *юридически противоречивую конструкцию исключительного права на исключительное право.*

«Секретом производства (интеллектуальной собственностью) признаются сведения любого характера, в том числе об интеллектуальной собственности» (ст. 1465).

Все эти формулировки свидетельствуют о *стремлении законодателя освободиться от международно-признанного понятия интеллектуальной собственности, противопоставив ему понятие интеллектуальных прав.*

До введения в действие ГК4Ч, нормы, перечисляющей все виды интеллектуальной собственности, в отечественном законодательстве не существовало. Отчасти этот пробел восполнялся за счет системной совокупности норм, содержащихся в Гражданском кодексе и в специальных законах, относившихся к законодательству об интеллектуальной собственности. Так, статья 128 ГК РФ, перечисляя виды объектов гражданских прав, наряду с имуществом и имущественными правами, работами и услугами, информацией и нематериальными благами указывала также «результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность)».

Дальнейшую конкретизацию данная норма получала в части первой статьи 138 ГК РФ, где закреплялось: «В случаях и в порядке, установленных настоящим Кодексом и другими законами, признается исключительное право (интеллектуальная собственность) гражданина или юридиче-

ского 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.)»).

Как отмечает профессор А. П. Сергеев, «отсутствие в ГК РФ исчерпывающего перечня видов охраняемых объектов интеллектуальной собственности предоставляет возможность путем принятия соответствующих законов или внесения в них изменений и дополнений относить к их числу те или иные результаты интеллектуальной деятельности, т. е. более оперативно и не меняя самого ГК РФ решать все эти вопросы»¹.

Наконец, в специальных законах детализировалось, на какие именно результаты интеллектуальной деятельности и на какие именно средства индивидуализации признается в Российской Федерации исключительное право. Так, в п. 1 ст. 6 Закона Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (далее – ЗоАП) указывалось, что авторское право распространяется на «произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения». Окончательная конкретизация достигалась в ст. 7 ЗоАП, где перечислялись объекты авторского права, а именно:

¹ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М.: Проспект, 1999. С. 17.

литературные произведения (включая программы для ЭВМ);

драматические и музыкально-драматические произведения, сценарные произведения;

хореографические произведения и пантомимы;

музыкальные произведения с текстом или без текста;

аудиовизуальные произведения (кино-, теле- и видеофильмы, слайдфильмы, диафильмы и другие кино- и телепроизведения);

произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства;

произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства;

произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства;

фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии;

географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам;

другие произведения.

Кроме того, в качестве объектов авторского права отдельно указывались производные произведения (переводы, обработки, аннотации, рефераты, резюме, обзоры, инсценировки, аранжировки и другие переработки произведений науки, литературы и искусства) и составные произведения (сборники, энциклопедии, антологии, базы данных и другие составные произведения, представляю-

щие собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда).

Аналогичным образом Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3517-1 (далее – ПЗ) определял в ст. 1 круг объектов, в отношении которых в Российской Федерации предоставляется исключительное право. Это: изобретения, полезные модели, промышленные образцы. В качестве примера можно привести и Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (далее – ЗоТЗ). Уже в самом названии этого нормативного правового акта дается детализированный перечень объектов исключительного права: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров.

Ныне статья 1225 ГК⁴Ч дает исчерпывающий перечень «интеллектуальной собственности» как объектов «интеллектуальных прав».

1) Произведения науки, литературы и искусства. Эти объекты не имеют в ГК РФ текстуально оформленного легального определения, однако из сопоставления норм, содержащихся в п. 1 ст. 1225, ст. 1257 и п. 1 ст. 1259 можно заключить, что произведением признается результат интеллектуальной деятельности (творческого труда) гражданина независимо от достоинств, назначения и способа выражения этого результата.

Эти произведения охраняются авторским правом (гл. 70 ГК⁴Ч), однако лишь в тех случаях, если налицо: а) объективно выраженный результат и б) творческий труд. Так, не признаются объектами

авторского права официальные документы государственных органов и органов местного самоуправления, иные материалы законодательного, административного и судебного характера, официальные документы международных организаций и их официальные переводы, государственные символы и знаки, произведения народного творчества, сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер и т. д. В то же время объектами авторского права признаются проекты официальных документов (ст. 1264), хотя *отсутствующее в законодательстве понятие официального документа* (закон, постановление, паспорт, проездной билет, договор, положение о премировании, счет-фактура?..) дает широчайший простор для всевозможных дискуссий и спекуляций.

2) Программы для ЭВМ. Согласно ст. 1261 ГК4Ч «программой для ЭВМ является представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения». Программы для ЭВМ охраняются авторским правом как литературные произведения, однако с изъятиями, установленными п.п. 2 и 3 ст. 1246, ст. 1249, п. 4 ст. 1259, ст.ст. 1261, 1262, частью второй ст. 1269, п.п. 2 и 4 ст. 1270, п. 3 ст. 1273, ст. 1280, п. 3 ст. 1286, ст.ст. 1296, 1297, п. 6 ст. 1298 ГК4Ч.

Заметим попутно, что упоминание в ГК4Ч программ для электронно-вычислительных машин является *очевидным анахронизмом*, особенно, если учесть упоминающиеся здесь «компьютерные устройства» и относительно развитое отечественное законодательство об информации, информационных технологиях и о защите информации.

3) Базы данных. Согласно части второй п. 2 ст. 1260 «базой данных является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ)». Базы данных охраняются авторским правом как составные произведения с изъятиями, установленными, п. 4 ст. 1259, ст. 1262, пп. 9 п. 2 ст. 1270, п. 2 ст. 1273, ст. 1280, п. 3 ст. 1286, ст.ст. 1296 и 1297, п. 6 ст. 1298 ГК4Ч.

Кроме того, базы данных охраняются в качестве объектов смежных прав базы данных в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов (гл. 71, § 5 ГК4Ч).

4) Исполнения. Данные объекты не имеют в ГК РФ текстуально оформленного легального определения, однако из сопоставления норм, содержащихся в п. 1 ст. 1225, пп. 1 п. 1 ст. 1304 и ст. 1313 можно заключить, что под исполнением следует понимать результат интеллектуальной деятельности артистов-исполнителей, дирижеров и режиссеров-постановщиков спектаклей, выраженные в

форме, допускающей его воспроизведение и распространение с помощью технических средств, а именно: артист-исполнитель играет роль, читает, декламирует, поет, играет на музыкальном инструменте или иным образом участвует в исполнении произведения литературы, искусства или народного творчества, в том числе эстрадного, циркового или кукольного номера; режиссер-постановщик осуществляет постановку театрального, циркового, кукольного, эстрадного или иного театрально-зрелищного представления; дирижер дирижирует оркестром.

Закон различает «исполнение» и «публичное исполнение». Если первое является результатом интеллектуальной деятельности, объектом смежных прав, то второе – одним из способов использования произведения. Согласно пп. 6 п. 2 ст. 1270 под публичным исполнением понимается «представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения». Исполнения охраняются в качестве объектов смежных прав (гл. 71, § 2 ГК4Ч).

5) Фонограммы. Эти объекты определяются в пп. 2 п. 1 ст. 1304 ГК4Ч как «любые исключительно

звуковые записи исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение». Фонограммы охраняются в качестве объектов смежных прав (гл. 71, § 3 ГК4Ч). Совершенно иначе решается (точнее – не решается) вопрос о *правовой охране видеозаписей*, если только они не попадают под понятие аудиовизуального произведения, однако подробное обсуждение данной темы автор оставляет для последующих своих публикаций.

б) Сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач. Эти объекты правоотношений в самом тексте ст. 1225 ГК4Ч определяются как «вещание организаций эфирного или кабельного вещания». Сопоставление этой формулировки с нормами, содержащимися в пп. 3 п. 1 ст. 1304 и в ст. 1329, позволяет заключить, что под сообщением в эфир или по кабелю радио- и телепередач следует понимать результат интеллектуальной деятельности организации эфирного или кабельного вещания по осуществлению вещания посредством сообщения в эфир или по кабелю совокупности звуков и (или) изображений или их отображений. Какое-либо текстуально оформленное легальное определение этих объектов в ГК4Ч отсутствует. Вещание организаций эфирного или кабельного вещания охраняется как объект смежных прав (гл. 71, § 4), порождая *многочисленные коллизии с законодательством о средствах массовой информации*, где вещание рассматривается как лицензиру-

емая государством деятельность по распространению продукции средства массовой информации¹.

7) Изобретения. Согласно п. 1 ст. 1350 ГК4Ч в качестве изобретения охраняется «техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств)». Причем, изобретению предоставляется правовая охрана только в том случае, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. Изобретения охраняются как объект патентного права (гл. 72 ГК4Ч).

8) Полезные модели. Согласно п. 1 ст. 1351 ГК4Ч в качестве полезной модели охраняется «техническое решение, относящееся к устройству». Причем, полезной модели предоставляется правовая охрана только в том случае, если она является новой и промышленно применимой. Полезные модели охраняются как объект патентного права (гл. 72 ГК4Ч).

9) Промышленные образцы. Согласно п. 1 ст. 1352 ГК4Ч в качестве промышленного образца охраняется «художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид». Промышленному образцу предоставляется правовая охрана, если по своим суще-

¹ Ст.ст. 2, 19.1, 31 и др. Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» (в ред. от 02 июля 2013 г.)

ственным признакам он является новым и оригинальным. При этом к существенным признакам промышленного образца относятся признаки, определяющие эстетические и (или) эргономические особенности внешнего вида изделия, в частности, его форма, конфигурация, орнамент и сочетание цветов. Промышленные образцы охраняются как объект патентного права (гл. 72 ГК4Ч). Одновременно произведения изобразительного искусства, использованные в качестве промышленных образцов, охраняются авторским правом.

10) Селекционные достижения. Данные объекты не имеют в ГК4Ч текстуально оформленного легального определения. Однако взятые в единстве положения ст.ст. 1225, 1412 и 1413 ГК4Ч позволяют заключить, что под селекционными достижениями понимаются такие результаты интеллектуальной деятельности как сорта растений и породы животных, отвечающие критериям охраноспособности, относящиеся к определенным ботаническим и зоологическим родам и видам и зарегистрированные в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений. Селекционные достижения охраняются как результаты интеллектуальной деятельности по правилам гл. 73 ГК4Ч.

11) Топологии интегральных микросхем. Согласно ст. 1448 ГК4Ч топологией интегральной микросхемы признается «зафиксированное на материальном носителе пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы и связей между ними», являющиеся результатом интеллектуальной деятельности и неизвестное автору и (или)

специалистам в области разработки топологий интегральных микросхем на дату ее создания. При этом интегральной микросхемой является «микроэлектронное изделие окончательной или промежуточной формы, которое предназначено для выполнения функций электронной схемы, элементы и связи которого нераздельно сформированы в объеме и (или) на поверхности материала, на основе которого изготовлено такое изделие». Топологии интегральных микросхем охраняются как результаты интеллектуальной деятельности по правилам гл. 74 ГК4Ч.

12) Секреты производства (ноу-хау). Согласно ст. 1465 ГК4Ч секретом производства (ноу-хау) признаются «сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны». Секреты производства охраняются по правилам гл. 75 ГК4Ч.

13) Фирменные наименования. Эти объекты также не имеют легального определения в ГК4Ч. Сопоставление норм, содержащихся в ст.ст. 1225, 1473 и 1474 ГК4Ч позволяет заключить, что под фирменным наименованием следует понимать

средство индивидуализации коммерческой организации, определяемое в ее учредительных документах, включаемое в единый государственный реестр юридических лиц при государственной регистрации юридического лица, содержащее указание на ее организационно-правовую форму и собственно наименование юридического лица. Фирменные наименования охраняются как средства индивидуализации по правилам § 1 гл. 76 ГК4Ч.

Примечательно, что *наименования некоммерческих организаций формально не попадают под правовую охрану, предоставляемую ГК4Ч*, что, гипотетически, может создать проблемы для таких некоммерческих организаций как АНО «Общественное телевидение России», Внешэкономбанк, «Росатом», «Олимпстрой», «Ростехнологии», другие государственные корпорации и компании, бюджетные учреждения и т. д. Аналогичная проблема существует и в отношении правовой охраны эмблем некоммерческих организаций, поскольку приобрести права на товарный знак они не могут. Здесь налицо отголосок общей проблемы слабой структурированности законодательства об НКО, являющегося частью гражданского законодательства, но постоянно изменяющего собственной логике и правовой природе в силу тех или иных конъюнктурных соображений.

14) Товарные знаки и знаки обслуживания. При всем сходстве правовых режимов их охраны товарные знаки и знаки обслуживания представляют разные объекты правоотношений. Это ясно следует из тех норм, которые содержатся в § 2 гл. 76 ГК4Ч. Согласно ст.ст. 1477 и 1482 ГК4Ч товарны-

ми знаками признаются словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации, служащие для индивидуализации товаров, юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. В свою очередь, знаками обслуживания признаются словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации, служащие для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг. Принадлежность исключительного права на товарные знаки и знаки обслуживания удостоверяется свидетельством на товарный знак или, соответственно, знак обслуживания. Товарные знаки и знаки обслуживания охраняются как средства индивидуализации по правилам § 2 гл. 76 ГК4Ч.

15) Наименования мест происхождения товаров. Согласно ст. 1516 ГК4Ч наименованием места происхождения товара, которому предоставляется правовая охрана, является «обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое, официальное или неофициальное, полное или сокращенное наименование страны, городского или сельского поселения, местности или другого географического объекта, а также обозначение, производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами». Наименования мест происхождения

товара охраняются как средства индивидуализации по правилам § 3 гл. 76 ГК4Ч.

16) Коммерческие обозначения. Эти объекты правоотношений никогда прежде не охранялись российским законодательством. Поэтому неудивительно, что легальное определение понятия «коммерческие обозначения» в ГК4Ч отсутствует. Сопоставление норм, содержащихся в ст.ст. 1538 и 1539 ГК4Ч позволяет заключить, что под коммерческими обозначениями следует понимать словесные, изобразительные или иные обладающие достаточными различительными признаками обозначения, используемые юридическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий, в том числе указываемые на вывесках, бланках, в счетах и на иной документации, в объявлениях и рекламе, на товарах или их упаковках, но при этом не являющиеся фирменными наименованиями и не подлежащие обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц. Коммерческие обозначения охраняются как средства индивидуализации по правилам § 4 гл. 76 ГК4Ч.

Помимо объектов интеллектуальной собственности, перечисленных в комментируемой статье, в ГК4Ч впервые выделяются сложные объекты, к числу которых относятся аудиовизуальное произведение, театральное-зрелищное представление, мультимедийный продукт, единая технология.

Принципиально важным в п. 1 ст. 1225 ГК4Ч является положение о том, что только перечислен-

ные виды объектов подлежат правовой охране. Это положение является традиционным в отечественном законодательстве и юридической науке. Согласно части первой ст. 138 ГК Российской Федерации (исключена с 01 января 2008 г.) исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признавалось только в случаях и в порядке, установленных Кодексом и другими законами. И это логично: закон не может распространяться на объекты, которые не входят в предмет его регулирования. Если в Кодексе есть указание об охране объекта исключительных прав, он охраняется, если такого указания нет — охраны быть не может, так как исключительные права как разновидность абсолютных прав не могут быть установлены соглашением сторон, ничем кроме как законом.

Из смысла статьи 1225 ГК⁴ следует, что интеллектуальной собственностью являются результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации не сами по себе, а именно в силу предоставления им правовой охраны. Иначе говоря, если на изобретение не выдан патент, то данный результат интеллектуальной деятельности интеллектуальной собственностью не является. Таким образом, интеллектуальной собственностью являются лишь те результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, которым предоставлена правовая охрана — либо в силу самого факта их создания и выражения в объективной форме (произведения науки, литературы, искусства и т. п.), либо после прохож-

дения заявочно-экспертной процедуры и выдачи охранного документа, например, в форме патента (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки и т. п.) Но если при понимании интеллектуальной собственности как совокупности исключительных прав (ст. 138 ГК РФ) такая логика была понятна, то в контексте ст. 1225 ГК4Ч, где «интеллектуальная собственность» тождественна результату интеллектуальной деятельности, она выглядит довольно странной. Получается, что *интеллектуальная собственность рождается не под пером творца, а под штампом чиновника.*

Данное положение п. 1 ст. 1225 ГК4Ч корреспондирует новой редакции ст. 128 ГК РФ, где в число объектов гражданских прав включаются не все результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, а только охраняемые. Примененная здесь формулировка «охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность)» означает, что к объектам гражданских прав относятся и в этом качестве включаются в понятие интеллектуальной собственности, во-первых, охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и, во-вторых, охраняемые средства индивидуализации. Тем самым законодатель подчеркивает, с одной стороны, *неоднородность, гетерогенность видов интеллектуальной собственности*, а с другой стороны – их неразрывную связь между собой через механизм «приравнивания».

«И приравненные к ним...»

Вопрос *«приравнивания» средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности* требует специальных пояснений. Прежде всего, обратим внимание на то, что разграничительные линии между отдельными видами интеллектуальной собственности (объектов интеллектуальной собственности) во многих случаях оказываются размытыми, в результате чего бывает трудно отличить объект художественной собственности от объекта промышленной собственности.

Например, одна и та же ваза может быть как произведением дизайна, так и промышленным образцом, а рисунок – и произведением изобразительного искусства, и коммерческим обозначением, и товарным знаком. При этом правовые механизмы охраны законодателем применяются различные. Так, права на произведение дизайна возникают в силу его создания, а права на промышленный образец – в силу его государственной регистрации. Примем во внимание и то, что все виды результатов интеллектуальной деятельности – при всем их очевидном разнообразии – объединены наличием творческого начала. Все они являются результатами творческого труда, хотя, конечно, в отношении, например, фонограмм, этот критерий трудно назвать главенствующим.

Лишь отчасти применим он и по отношению к ноу-хау, поскольку далеко не все сведения, имеющие коммерческую ценность благодаря неизвестности третьим лицам, создаются творческим трудом. Поскольку ст. 1465 ГК4Ч относит к секретам производства (ноу-хау) сведения любого характе-

ра, имеющие коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, постольку сюда попадают и, например, списки адресов или телефонов поставщиков или постоянных покупателей. Разумеется, такие списки не могут считаться результатом творческого труда. Вот почему отнесение некоторых видов объектов интеллектуальной собственности к числу результатов интеллектуальной деятельности следует считать до некоторой степени условным. Невозможно отнести их и к средствам индивидуализации.

«Приравнение» средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности не означает их тождественность или, как минимум, сходство. Единственное, что роднит эти две группы объектов интеллектуальной собственности, это то, что обе они объединяют объекты исключительных прав, нематериальные объекты. Наличие исключительного права как разновидности абсолютного права характерно для всех объектов интеллектуальной собственности, что не отменяет реально существующие особенности отдельных видов этих объектов.

Исключив статью 138 из Части первой ГК РФ, законодатель в п. 1 ст. 1225 ГК4Ч определил интеллектуальную собственность через перечень результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации. Тем самым *ГК4Ч радикально изменил правовое содержание части первой ст. 44 Конституции Российской Федерации*. Если до введения в действие ГК4Ч смысл этой конституционной нормы состоял в том, что закон охранял исключительные права на

произведения, изобретения, товарные знаки и т. д., то в нынешних законодательных условиях данная конституционная норма означает совершенно иное: *закон охраняет сами произведения, изобретения, товарные знаки и другие виды интеллектуальной собственности.*

Подобный подход является совершенно не типичным для Конституции Российской Федерации. Напротив, типичный подход можно увидеть, например, в части первой ст. 35 Конституции Российской Федерации, где сказано: «Право частной собственности охраняется законом». Как и ст. 44, данная норма также располагается в главе 2 «Права и свободы человека и гражданина». Здесь, действуя в единой логике, Основной закон охраняет право на жизнь (а не жизнь как таковую), неприкосновенность жилища (а не само жилище), свободу совести (а не совесть), свободу слова и мысли (а не слово и не мысль). И это естественно, поскольку закон как источник права наделяет правами, признает права и охраняет эти права. Хотя, конечно, в фигуральном смысле можно говорить, что «закон охраняет здоровье» или «закон охраняет жилище».

Изложенные выше соображения носят, безусловно, полемический характер и рассчитаны на то, чтобы несколько отвлечь коллег-правоведов от суеты бесконечной борьбы с очередными скороспелыми законодательными инициативами, продиктованными потребностями политического момента или особенностями доминирующего менталитета, а обратить их взор к стратегиче-

ским проблемам развития права интеллектуальной собственности.

Список использованных источников:

1. *Абызгильдин С. Ш.* База знаний экспертной системы в области промышленной безопасности: Автореф. дис. ... канд. тех. наук. Уфа, 2006.

2. *Franc A.* Philosophie de droit civil. Paris, 1886.

3. *Табашиников И. Г.* Литературная, музыкальная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права и постановлением законодательств: Северной Германии, Австрии, Франции, Англии и России: Литературная собственность, ее понятие, история, объект. Исследование. Т. 1. СПб: Тип. М. И. Попова, 1878.

4. *Gareis C.* Das juristische Wesen der Autorrechte sawie des Firmen – und Markenschutzes // Büchs Archiv für Theorie und Praxis. 1877. V. XXXV.

5. *Шершеневич Г. Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань. 1891.

6. *Picard E.* Embriologie Juridique // Journal de Droit International Privé. 1883.

7. *Picard E.* Le Droit Pur. Paris: Flammarion, 1908.

8. *Дюма Р.* Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции / Пер. с фр.; отв. ред. И. В. Савельева. М.: Международные отношения. 1989.

9. *Baylos Corroza H.* Tradado de derecho industrial: Propriedad Industrial; Propriedad Intellectual; Derecho de la Competencia Economica; Derecho de la Competencia Desleal. Madrid: Civitas, 1978.

10. *Лессиг Л.* Свободная культура. М.: Фонд научных исследований «Прагматика культуры», 2007.

11. *Бодрийяр Ж.* Символический обмен и смерть. М.: Добросвет, 2013.

12. *Долгин А. Б.* Экономика символического обмена. М.: Инфра-М, 2006.

13. *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут; Исслед. центр частного права, 2003.

14. *Федотов М. А.* Возможные концептуальные подходы к формированию российского Cyberspace Law. // Труды по интеллектуальной собственности. 2012. № 1 (том X).

15. *Дозорцев В. А.* Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 3, 6.

16. *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут; Исслед. центр частного права, 2003.

17. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М.: Проспект, 1999.

18. Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России // Труды по интеллектуальной собственности. 1999. Т. I.

Р. А. БУДНИК

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», ведущий научный сотрудник Научно-методического Центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», кандидат юридических наук (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел.: (495) 771-32-32; hse@hse.ru)

ВНИМАНИЕ ПОЛЬЗОВАТЕЛЯ – ДЕНЬГИ

Ключевые слова: объекты авторских прав; интернет; внимание

Аннотация: В статье анализируются правоотношения вокруг оцифрованных объектов авторского права, проектируется новая экономико-правовая модель рынка творческих продуктов.

Несмотря на попытки прекратить противоправное распространение творческого контента в Интернете, возможностей скачать, прослушать и просмотреть неавторизованные копии не становится меньше. Под творческим контентом мы понимаем книги, музыку, фильмы, мультимедийные объекты, картины, скульптуры и все другое, что является результатом творческой деятельности человека и воспринимается в оцифрованном виде без ущерба для художественного замысла автора. Осуждение и наказание нескольких случайно выхваченных из толпы и объявленных пиратами интернет-

пользователей по инициативе ассоциаций-издателей музыки и кино, не оказало влияния на вошедшую в обиход привычку свободного обмена файлами, содержащих объекты авторских и смежных прав.

По несчастливой для посредников на рынке коммерческого контента закономерности оказалось, что творческие продукты имеют информационную природу, т. е. сами являются информацией, распространение которой в киберпространстве – бесконечном носителе и трансляторе цифровых данных, запретительными мерами остановить невозможно. Свобода информации и творческого контента в киберпространстве по нашему мнению представляет собой отражение законов природы в технологической инфраструктуре современного общества. Прогресс привел к созданию инфосферы (ноосферы) по образу и подобию природной экосистемы, в которой начали работать законы информационного биоценоза, синтеза, обмена и распространения, в соответствии с внутренней логикой развития инфокоммуникационной среды. Вскоре выяснилось, что никому: ни звукозаписывающим мейджорам, ни киностудиям, ни литературным издателям, ни обществам по коллективному управлению правами, ни даже судам запретить свободное использование контента в киберпространстве больше не удастся, поскольку это невозможно так же как отменить закон гравитации. Естественная закономерность начала вступать в противоречие с нормами права, выработанными человеком, поскольку она работает независимо от того правомерен или противоправен, справедлив

или несправедлив, экономически целесообразен или убыточен свободный информационный обмен в киберпространстве.

Фундаментальное свойство полезной информации находит свое подтверждение в науках: физике, биологии, кибернетике, социологии, и культуре. Данный факт, зафиксированный и обоснованный в трудах великих мыслителей прошлого, таких как В. И. Вернадский, Н. Винер, К. Шеннон и Л. Н. Толстой, получает свое развитие и подтверждение в работах современных мыслителей Г. Бейтсон, Г. А. Галицин, В. М. Петров, В. И. Корогодин и др. Коротко этот принцип формулируется так: ничто не может остановить распространение востребованной (полезной, популярной, т. е. жизненно-необходимой) информации в информационной системе. Стоит добавить, что информационные технологии развиваются стремительно и соображения о киберреальности еще вчера носившие футуристический характер, сегодня уже воплощены в жизнь. На наших глазах киберпространство расширяется как новая быстро растущая вселенная. Каждый человек включается, становится фрагментом киберпространства, входя в него своими частными носителями информации и каналами коммуникации. Персональные информационно-коммуникационные средства, выступают в качестве расширения самого человека, физически присоединяя его самого, его мозг, память, зрение и слух в единую инфосистему мира. По-видимому, именно это состояние имел в виду профессор Г. М. Маклюэн, тридцать лет назад высказывая суждение, что медиа-технологии позволяют внеш-

нее расширение человека, физических возможностей его органов и чувств¹.

Интернет с его централизованно управляемой системой адресов является лишь частью киберпространства. В эту среду активно включается все множество новых носителей информации и коммуникативных возможностей между ними. Современные мобильные устройства стали infofashion аксессуарами костюма человека подключенного, способны обмениваться данными непосредственно между собой в обход сети общего пользования. Один такой аппарат может вместить в себя немалую часть мирового литературного и музыкального наследия человечества, а также десяток свежих кинофильмов. Общая масса таких частных носителей с их возможностями по хранению обработке и передаче информации, в недалеком будущем составит значимую часть глобального информационно-коммуникационного ресурса.

Практика показывает, что применение виртуальной колючей проволоки, сотканной из законодательных и технологических запретов для огораживания киберпространства с целью ограничения распространения контента и информации, ценность которой определяется ее широкой распространенностью, не является эффективной мерой.

Предположим, критическая масса понимания того, что запреты бессильны, накопилась. В этом случае нужна новая экономико-правовая модель, которая позволит привлечь средства на вознаграждение творцов, вместо копирайта.

¹ Маклюэн М. Понимание медиа: внешние расширения человека. М.: Канон-Пресс; Кучково поле, 2003. С. 7.

Экономическая основа копирайта обеспечена правовым запретом контрафактных – противоправно изготовленных копий произведения. Эффективность запрета в свою очередь строится на том, что ценность материальных вещей коренится в их редкости, отчуждаемости, физической ограниченности в пространстве. Однако творческие продукты, имея информационное происхождение, проявляют ровно противоположные свойства, т. е. их ценность определяется не редкостью, а зачастую наоборот, более широкой распространенностью, востребованностью публикой, популярностью. Поэтому действующая экономикоправовая база коммерциализации нематериальных продуктов через распространение конечного количества материальных носителей и ограничение доступа к ним по сети, более не имеет прочных оснований.

Нельзя сказать, что мейджоры контентной индустрии не предпринимают попыток построить бизнес по-новому, например, посредством продажи цифрового контента через интернет, в качестве рингтонов, платных загрузок и трансляций on demand. Однако в основание этих схем, как правило, положен все тот же принцип запрета на безвозмездное и свободное использование контента, что лишает такие модели шанса стать полноценной заменой уходящему в историю копирайту.

Было бы ошибкой заявить, что посредникам более нет места на рынке творческих продуктов. Активность посредника на рынке прагматики культуры может быть отнесен к одной из двух функций: создание творческого продукта и его распростра-

нение. И если распространение произведений в цифровой форме имеет нулевые издержки, вследствие чего необходимость в посреднике отпадает, то функция содействия созданию творческих продуктов – продюсерство, продвижение, антрепренерство, сохраняет свою актуальность. Продюсер в различных формах его проявлений нередко является соавтором артиста. С одной стороны задача продюсера состоит в воплощении замысла автора, но с другой стороны продюсер должен угадать либо сформировать вкусы аудитории и в конечном итоге удовлетворить ее ожидания, что является не простой задачей. Креативный продюсер несет пользу, как публике, так и артисту, и зачастую не менее чем автор заслуживает справедливого вознаграждения.

Итак, вопрос об альтернативной экономико-правовой модели контентного бизнеса в наступившую эпоху киберреальности остается открытым. Как обеспечить справедливое вознаграждение авторам и полезным посредникам при свободном и бесплатном использовании их произведений?

К настоящему моменту известны две модели, предлагающие иначе организовать рассматриваемые отношения. Первая модель – система добровольных лицензий Лоуренса Лессига «Creative Commons» призвана смягчить категоричную жесткость копирайта, оставляя запрет на свободное использование произведений в силе. Вторая – альтернативная система вознаграждения правообладателей Вильяма Фишера является альтернативной в полной мере, поскольку строится на принципах

свободного использования творческих продуктов широкой публикой, предлагает новые механизмы вознаграждения правообладателей, определяет источники финансирования, обосновывает ставки и приводит расчеты.

Идея Creative Commons заключается в том, что значительная часть авторов не возражают и даже готовы поощрять использование их собственных произведений другими творцами. Культура и творческая практика из глубины веков и до наших дней развиваются через свободный обмен: передачу из уст в уста, традицию менестрелей, импровизацию, а сегодня в новых формах ремиксов, машапов, мультимедийной цифровой компиляции. По историческим меркам запреты копирайта, действующие единичное количество столетий – это небольшой период, который не способен существенно повлиять на культурный континуум цивилизации. Авторы чувствуют данный факт лучше посредников и торговцев, поэтому многие из них не возражают против заимствования материала из их собственных работ для создания новых. Лицензии Creative Commons позволяют автору определить тот объем прав, который он добровольно готов предоставить любому желающему. Большим достоинством данной системы является то, что она не противоречит действующим правилам, однако она и не устраняет главную коллизию между фактической свободой контента в киберпространстве и экономической моделью вознаграждения авторов через ограничение доступа к произведениям.

Альтернативная система компенсации Вильяма Фишера заключается в том, что правообладатель, желающий получать компенсацию за свободное использование, должен зарегистрировать свое произведение в специализированном государственном ведомстве по авторским и смежным правам. Ведомство выдает уникальный идентификатор, с помощью которого в дальнейшем отслеживаются факты распространения, использования и модификации произведения. Правительство осуществляет сбор средств для выплаты компенсации правообладателям в виде налога, взимаемого преимущественно с производителей устройств и услуг, необходимых для доступа к цифровому контенту, а также частично с самих пользователей. Используя известные способы сбора данных в интернете и эфире, ведомство получает информацию о частоте использовании каждого зарегистрированного произведения. Налоговые поступления распределяются между правообладателями пропорционально относительной популярности (частоте использования) зарегистрированных работ. После введения в действие альтернативной системы компенсации законодательство об авторских и смежных правах (копирайт) будет готово к реформированию в направлении отмены большинства действующих запретов на противоправное использование опубликованных произведений.

Признавая достоинства Creative Commons Л. Лессига и Альтернативной системы компенсации В. Фишера, позволим себе предложить другую концепцию монетизации творчества, соответствующую уровню развития общества, построившего

глобальную информационно-коммуникационную среду. С нашей точки зрения не имеет смысла бороться за изменение отношений на рынке творческих продуктов методом внесения поправок в законодательство об авторских и смежных правах, основанное на идеях запрета и ограничения доступа. Этот процесс в условиях высокой монополизации рынка творческих продуктов, больших доходов и лоббистских возможностей издательских олигополий, может потребовать чрезмерно высоких временных и трудовых затрат. Новая модель монетизации может существовать параллельно с копирайтом, постепенно замещая его. Основные принципы законодательства об авторских и смежных правах, такие как понятие авторства, наделение автора имущественными и неимущественными правами, право автора на вознаграждение, являются справедливыми, и в этой части предлагаемая концепция не противоречит действующему законодательству, в котором эти принципы закреплены. Однако коммерческие отношения и система распространения могут строиться не на запрете, а, напротив, на максимально свободном использовании произведений по взаимному согласию договаривающихся сторон. Стоит только научиться извлекать пользу из свободы контента, и существующая запретительная система копирайта утратит свою актуальность. Как извлечь пользу из свободы творческого контента и каков будет баланс интересов новой правовой и экономической модели рынка объектов авторских и смежных прав, рассмотрим далее.

В основу новой системы будут положены три основополагающих принципа, реализация которых возможна уже сегодня в рамках действующего законодательства.

Первый принцип – *принцип максимума внимания* отражает основную идею концепции «контент в обмен на внимание», а именно извлечение средств для вознаграждения автора и полезного посредника не через ограничение доступа к произведению, а, наоборот, через свободный доступ к творческому продукту для всех, кому он интересен. Свободный доступ позволит максимизировать популярность, т. е. количество внимания, которое будет обращено на произведение в момент его обнародования и в долгосрочной перспективе. Текущий период в развитых обществах зачастую определяют как аттенционализм¹, суть которого в том, что внимание становится главной экономической ценностью. Количество привлеченного внимания выступает условием и мерилom успеха проекта, бизнеса, всей корпорации. Тот, кто сумел привлечь к себе внимание, в современной экономике имеет необходимые механизмы для его конверсии в реальных клиентов, в материальные и нематериальные блага. Системы медийной и контекстной рекламы в интернете, электронные деньги и индексы цитирования представляют собой примеры эффективных способов монетизации, обналичивания внимания. Парадоксом информационного общества является синдром рассеянного внимания. Вследствие переизбытка, информация тонет сама в

¹ Бард А., Зодерквист Я. Нетократия. СПб: Стокгольмская школа экономики в Санкт-Петербурге, 2004. С. 200.

себе, множится до бесконечности и умножается на ноль, в результате чего остается не так много качественных аттракторов интеллектуального притяжения, содержательных сообщений, информационных поводов, которые способны удерживать внимание человека. В этой связи творческий продукт будь-то музыкальное произведение, текст или мультимедийный объект, выступает качественным аттрактором, который позволяет не только удерживать внимание широких масс, но главное – транслировать пользователю дополнительное сообщение в процессе того как он потребляет, общается с творческим продуктом. В новой системе монетизации творчества через привлечение максимального количества внимания публики к произведению с последующей конверсией достигнутой популярностью в желаемые блага, разумных причин для ограничения доступа к творческому продукту просто не существует. Сама идея копирайта – извлечение дохода из ограничения доступа к произведению оказывается исчерпанной.

Второй принцип – *продажа правообладателем не самого произведения (носителя или доступа к тексту, звуку, изображению) множеству потребителей – в розницу, а продажа внимания, которое привлечет творческий продукт – оптом*, преимущественно единственному заинтересованному приобретателю. Продажа будет осуществляться через предоставление исключительной лицензии правообладателем (лицензиаром) на использование произведения экономически- или социально-активному приобретателю (лицензиату), который имеет желание купить внимание публики и эффек-

тивно распорядиться им для достижения своих целей. Использование будет заключаться в выпуске произведения в свободное обращение с дополнительной информацией от приобретателя. Приобретателей-лицензиатов может быть несколько при раздельном лицензировании различных способов использования по соглашению сторон. По договору между правообладателем и приобретателем, последний будет выплачивать правообладателю единовременное вознаграждение, размер которого будет определяться на основе расчета популярности творческого продукта. Для заведомо популярных работ размер этого вознаграждения будет высоким. Дополнительно к единовременной выплате договором могут предусматриваться роялти при достижении творческим продуктом уровня популярности, превышающего первоначальные оценки. Ключевым условием договора будет выпуск произведения в свободное обращение для донесения информационного сообщения приобретателя до максимально широкой аудитории. Одним из условий такого договора будет отказ от услуг обществ по коллективному управлению авторскими и смежными правами в отношении определенных договором способов использования произведения, чтобы устранить все препятствия на пути его распространения. Лицензионный договор между правообладателем и лицензиатом теоретически может заключаться на определенный период с возвратом произведения в режим копирайта по окончании срока действия договора. Однако очевидно, что по данной схеме произведение будет лицензироваться один раз и навсегда, поскольку единожды попав в

свободный оборот, в дальнейшем ограничить доступ к произведению будет невозможно. Именно на это стоит ориентироваться правообладателю, который получит предложение о коммерциализации его произведения через внимание публики.

Важно разобраться, в чем заключается интерес покупателя внимания – лицензиата, поскольку он должен будет заплатить большие деньги популярному автору, либо рискнуть небольшой суммой, выбрав начинающего артиста. Основная цель – это решение важной задачи современного бизнеса – добиться долгосрочной лояльности клиента. Еще раз подчеркнем, что покупатель внимания приобретает силу притяжения творческого продукта, его популярность, взор и слух публики, прикованные к произведению, что дает ему возможность донести до публики свое сообщение. Во-первых, лицензиат получит возможность сообщить публике, что именно он дарит это произведение, альбом, книгу, фильм – обществу. Данное сообщение принесет позитивный эффект имиджу лицензиата, поскольку каждому пользователю важно осознавать, что он имеет доступ к произведению легально, при этом бесплатно и в наилучшем качестве, а создатель получил справедливое вознаграждение. Во-вторых, лицензиат в оригинальной форме может сообщить о том, что ценности его компании или товара совпадают со светлой идеей и красотой произведения. В-третьих, лицензиат может сделать креативную рекламу своему товару, связав его с темой и жанром произведения. В-четвертых, лицензиат получает канал коммуникации с клиентами, вступает с ними в диалог на уровне общечело-

веческих ценностей, становится единомышленником аудитории. В-пятых, лицензиат получает возможность пользоваться обозначенными преимуществами фактически бессрочно, в определенных случаях он может буквально увековечить свою компанию, бренд или товар, удачно вложившись во внимание публики к шедевру. В-шестых, тонко работая с определенными видами творческих продуктов, лицензиат может точно адресовать свои сообщения нужной аудитории, увеличивать и структурировать клиентскую базу.

Подтверждение вышеперечисленному мы находим в современном маркетинге, который говорит, что удовлетворение обязательных и желаемых потребностей является необходимым, но недостаточным условием успеха, сегодня важно восхитить, приятно удивить, «влюбить» клиента в товар, услугу, компанию¹. С помощью стандартных механизмов рекламы и пропаганды это сделать становится все сложнее, нужны новые более тонкие способы взаимодействия с клиентами. Именно эту задачу позволяет решить спонсирование распространения культурных ценностей, бесплатных для использования широкой публикой.

Примеры для иллюстрации. Как Вы думаете, отказалась бы от привлечения внимания клиентов парфюмерная компания с помощью романа П. Зюскинда «Парфюмер», если бы ей поступило такое предложение? Компания Google, быстрее других осваивающая новации, уже сегодня за свой

¹ Томпсон Х. Кто увел моего клиента? Выигрышные стратегии формирования и поддержания лояльности клиентов. Вильямс, 2005. С. 187.

счет раздает музыку в Китае для повышения узнаваемости и увеличения доли рынка в конкурентной борьбе с национальным китайским поисковиком Baidu.com. Крупные компании и банки регулярно спонсируют проведение художественных выставок, т. е. они до некоторой степени уже вступили на путь привлечения внимания клиентов через культурные ценности. Теперь им можно предложить новую форму того как это сделать с большим эффектом, описанную в данной статье.

Не менее важно понять, в чем состоит интерес автора. Монетизация внимания публики обращенного на творческий продукт – это, прежде всего, новый способ привлечения средств для вознаграждения авторов. В то время как материальные носители и платный доступ по сети перестают продаваться и генерировать средства на вознаграждение правообладателей, внимание становится все более востребованным товаром, который заменит иссякающие источники. Во-вторых, авторы будут одновременно получать большую часть средств из суммы, которая будет заработана на коммерческом использовании творческого продукта в течение срока действия исключительного права. Это становится возможным, поскольку количество внимания в период сразу после обнародования произведения и в долгосрочной перспективе достаточно точно прогнозируется современными методами сетевой статистики и вычисления рейтингов¹. Способы определения стоимости одного контакта с

¹ William W. Fisher. Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford: Stanford University Press, 2004 // <http://cyber.law.harvard.edu>

аудиторией также широко известны. Таким образом, мы имеем необходимую информацию для экономического обоснования всего проекта и определения размера единовременного вознаграждения. В-третьих, единовременное вознаграждение позволит правообладателям избавиться от непроизводительных посредников в виде распространителей материальных носителей и обществ по коллективному управлению правами с их невысоким процентом и непрозрачной системой выплат. В конечном итоге именно авторы будут справедливо получать большую долю от коммерческого использования произведений, чем при нынешней системе. К нематериальным преимуществам можно отнести то, что после единовременной выплаты автор сможет сосредоточиться на творчестве, не отвлекаясь на отслеживание роялти от издателей и обществ по коллективному управлению правами, а также получит стимул творить дальше, избегая синдрома рантье.

Третий принцип – качественно *новая роль посредника* на рынке творческих продуктов. Насколько быстро заработает механизм «контент в обмен на внимание» зависит от того как скоро посредники переосмыслят методы достижения благосостояния для себя и правообладателей в условиях де-факто наступившей свободы творческого контента. Кто быстрее других осознает, как извлечь доход из свободы контента вместо подачи исков против своих клиентов за противоправное использование произведений, тот имеет все шансы стать лидером на новом рынке творческой индустрии.

стрии. Возможно, предложенная модель окажется для этого весьма полезной.

Роль нового посредника – это брокер (продавец) на рынке внимания публики к творческим продуктам. Новый посредник должен знать какую аудиторию привлекают определенные произведения, и понимать каким экономическим (корпорациям) и социальным (организациям и партиям) субъектам интересна эта аудитория. Другими словами, посредник с одной стороны должен иметь социокультурный портрет поклонников тех творческих продуктов, авторов и артистов с которыми он работает. С другой стороны посредник должен владеть данными, каким корпорациям может быть интересно внимание этих социокультурных слоев и насколько последние совпадают с их целевой клиентурой. Задача посредника – организовать сделку, сопоставив и соединив спрос с предложением. Таким образом, залогом успеха деятельности посредника становится владение базой знаний по рынку творческих продуктов, как количественно и качественно распределены общественные вкусы, и как эти вкусовые выборки соотносятся с характеристиками клиентов компаний-заказчиков. В деятельности нового посредника исследовательская составляющая будет иметь решающее значение. Высокопрофессиональный посредник сможет предлагать клиентам портфель внимания разных слоев общества. Портфель внимания будет формироваться под разные задачи: повышение лояльности существующих клиентов, привлечение новых клиентов, рыночное позиционирование продуктов и услуг, брендинг и ребрендинг компаний. В про-

цессе работы посредник может сталкиваться с нехваткой творческих продуктов, способных привлечь интересующую клиента прослойку общества. В этом случае возможно целенаправленное возвращение артистов определенного жанра для заполнения лакун, а также создание творческих продуктов по заказу клиента. Со временем посредник сможет выработать алгоритмы, позволяющие выявлять кросскультурные предпочтения публики для вычисления интегральной суммы внимания, которую получит заказчик в случае работы с конкретным творческим продуктом. Тенденция знакового потребления, когда потребительские свойства товара или услуги уже не имеют определяющего значения, а ценность заключается в принадлежности к сообществу обладателей какой-то вещи или нематериального блага, в последние двадцать постмодернистских лет обозначилась со всей определенностью. Именно такой дифференцирующий эффект может достигаться заинтересованными в этом компаниями за счет спонсирования свободного доступа публики к неординарным культурным ценностям.

Система торговли общественным вниманием к творческим продуктам может быть реализована в виде электронной биржи. Такая форма позволит наладить автоматизацию встречи спроса с предложением, прозрачное конкурентное ценообразование, минимизацию транзакционных издержек и демополилизацию рынка творческого контента. Нишевым артистам будет проще найти своего заказчика, что благоприятно повлияет на культурное разнообразие общества и экономики.

Иными словами, роль нового посредника может быть определена как создание каналов коммуникации корпораций со своими клиентами через культурные коды. Компании смогут заменить банальную быющую по площадям рекламу, на тонко настроенные обращения, инициализирующие общение между производителем и потребителем через совпадение творческих предпочтений.

На практике модель «контент в обмен на внимание» будет несложно реализовываться через указание, что данный роман/книга/песня/альбом/фильм представлен такой-то компанией («Presented by...»), далее может следовать информационное сообщение, которое хочет донести до публики презентующая компания. Упоминание имени и сообщение от презентующей компании будет осуществляться в форме соответствующей каналу распространения контента. В интернете эти данные могут включаться в название файлов, на музыкальном радио в звуковой форме в конце или начале композиции.

Модель «контент в обмен на внимание» фрагментарно уже применяется в виде т. н. product placement в кино и литературе, а так же через предоставление доступа к файлам в интернете в счет просмотра рекламы. Однако сегодня эти примеры носят частный характер. Качественный переход произойдет, когда свободу творческого контента признают сильные игроки на этом рынке, либо начнут появляться новые крупные посредники, реализующие эту концепцию на практике. Со всем необязательно, чтобы все творческие продук-

ты в один момент начали распространяться по схеме «контент в обмен на внимание», мы предполагаем, что 10% работ будет достаточно, чтобы со всей очевидностью показать преимущества этой модели по сравнению с копирайтом. Свободно распространяемые произведения будут выигрывать в борьбе за внимание публики и генерировать более высокие доходы, а значит все больше авторов будут выбирать новый способ коммерциализации своего творчества. Так в течение нескольких лет естественным путем, избегая многотрудного процесса внесения поправок в законодательство, бизнес на запрете будет вытеснен бизнесом на свободе контента с помощью монетизации внимания публики.

Резюмируя сказанное, подчеркнем, что экономико-правовая модель «контент в обмен на внимание» призвана снять главное противоречие копирайта с реальностью – запрет на свободное распространение востребованной информации в виде произведений литературы науки и искусства. Вторая задача – обеспечить вознаграждение авторам в условиях свободного распространения и использования их произведений. Третья задача – предложить посреднику на рынке творческих продуктов новую бизнес-схему, новый профиль деятельности, новую полезность которую он будет нести правообладателям, будущим клиентам и обществу. Наконец, предлагаемую концепцию будет проще внедрить в жизнь, поскольку она не требует тектонических сдвигов в правовой и налоговой системе государства как альтернативная модель В. Фишера, а также она позволяет реально решить пробле-

му пиратства в отличие от косметических новаций Л. Лессига.

Список использованных источников:

1. *Маклюэн М.* Понимание медиа: внешние расширения человека. М.: Канон-Пресс; Кучково поле, 2003.

2. *Бард А., Зодерквист Я.* Нетократия. СПб: Стокгольмская школа экономики в Санкт-Петербурге, 2004.

3. *Томпсон Х.* Кто увел моего клиента? Выигрышные стратегии формирования и поддержания лояльности клиентов. Вильямс, 2005.

4. *William W. Fisher.* Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment, Stanford University Press, 2004.

А. С. ГУТНИКОВА

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», директор Института проблем правового регулирования, кандидат юридических наук, доцент (109074, г. Москва, Славянская пл., д. 4, стр. 2; тел.: (495) 772-95-90; agutnikova@hse.ru)

ОСОБЕННОСТИ ЗАЩИТЫ СУБЪЕКТИВНЫХ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ ПРИ ОБОРОТЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ НА ПРОГРАММЫ ДЛЯ ЭВМ ИЛИ ПРАВ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПРОГРАММ ДЛЯ ЭВМ

Ключевые слова: защита исключительных прав; программа для ЭВМ; лицензионный договор; оборот исключительных прав

Аннотация: Ценность любого субъективного гражданского права определяется возможностью его защиты. Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности как нематериальные объекты гражданских прав в наибольшей степени подвержены риску нарушения, в связи с чем эффективность защиты исключительных прав имеет большое значение для всех участников оборота объектов интеллектуальной собственности. В настоящей статье рассмотрены вопросы обеспечения государством защиты исключительных прав на программы для ЭВМ и описаны механизмы, которые правообладатели и их контрагенты могут использовать для защиты своих прав.

Всякое право, в том числе и любое субъективное гражданское право, имеет для субъекта реальное значение, если оно может быть защищено как действиями самого управомоченного субъекта, так и действиями государственных или уполномоченных государством органов¹. Любой субъект права должен иметь возможность не только извлечь выгоду от обладания субъективным гражданским правом, но и восстановить свое нарушенное право, в связи с чем перед государством, как регулятором, стоит задача реализовать комплекс мер, направленных на:

- 1) признание права за конкретным субъектом;
- 2) обеспечение возможности реализации субъективного права;
- 3) обеспечение защиты нарушенных прав.

Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности как нематериальные объекты гражданских прав в наибольшей степени подвержены риску нарушения, в связи с чем эффективность защиты исключительных прав имеет большое значение для всех участников оборота объектов интеллектуальной собственности (как для правообладателей, так и для их контрагентов, приобретающих исключительные права или право использования результата интеллектуальной деятельности).

В настоящей статье мы рассмотрим, каким образом государство обеспечивает защиту исключительных прав на программы для ЭВМ и какие ме-

¹ Гражданское право. В 4-х тт. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. Е. А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008.

ханизмы правообладатели и их контрагенты могут использовать для защиты своих прав.

1. Особенности программы для ЭВМ как результата интеллектуальной деятельности

Очевидно, что способы защиты исключительных прав в первую очередь зависят от особенностей самого объекта интеллектуальной собственности, на который возникает исключительное право.

Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) определяет программу для ЭВМ как представленную в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения (статья 1261 ГК РФ).

Программа для ЭВМ относится к объектам авторских прав и охраняется как литературное произведение: пункт 1 статьи 1229 ГК РФ устанавливает, что авторские права на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы и программные комплексы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код, охраняются так же, как авторские права на произведения литературы.

Л. Бентли и Б. Шерман в своем исследовании подчеркивают, что вопрос том, средствами какой отрасли права интеллектуальной собственности – авторского, патентного права или института *suigeneris* – должны охраняться компьютерные

программы, длительное время оставался предметом острой и продолжительной дискуссии. К 1980-м гг. было решено, что компьютерные программы будут охраняться как литературные произведения. К настоящему времени эта позиция нашла достаточно последовательное закрепление в европейском и международном праве интеллектуальной собственности¹.

По мнению ряда исследователей, «компьютерные программы... представляют собой весьма специфический объект правовой охраны, во многом только условно приравненный к произведениям, и в частности к литературным произведениям, с которыми фактически программы для ЭВМ не имеют ничего общего». ² С данной точкой зрения трудно не согласиться, и тем не менее, принципы защиты исключительных прав на программу для ЭВМ будут точно такие же, как и принципы защиты исключительных прав на произведение литературы.

В любом литературном произведении охраняется не содержание, а форма. Например, в романе именно набор слов, отражающих идею, охраняется нормами гражданского и уголовного законодательства. Само содержание, мысли, идеи, образы, характеры данного романа законодательством не охраняются. Соответственно, пересказ романа другими словами без дублирования фразеологических оборотов приведет к созданию самостоятельного

¹ Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: авторское право / Пер. с англ. В. Л. Вольфсона. СПб, 2004. С. 111–112.

² Близнец И. А., Леонтьев К. Б. Авторское право и смежные права / Под ред. И. А. Близнеца. М.: Проспект, 2011.

литературного произведения, охраняемого авторским правом точно также, как и первоначальный роман.

По указанной причине программа для ЭВМ, как и любое литературное произведение, существенным образом отличается от объектов промышленной собственности (изобретения, полезной модели, промышленного образца) по набору возможностей для правовой охраны исключительных прав.

В объектах промышленной собственности охраняется именно содержание (и факультативно в промышленном образце – форма). Если устройство запатентовано как изобретение, то изменение формы деталей, внешнего вида этого устройства без изменения принципов его действия не приведет к созданию нового результата интеллектуальной деятельности, а будет представлять собой незаконное использование уже созданного изобретения.

Если же будет создана программа для ЭВМ, выполняющая абсолютно те же самые функции, что и ранее зарегистрированная программа, но при этом отличающаяся по кодам и командам, то такая программа для ЭВМ будет новым результатом интеллектуальной деятельности, который можно самостоятельно зарегистрировать, использовать и которым можно свободно распоряжаться.

Соответственно, обладание исключительным правом на программу для ЭВМ не даст возможность правообладателю требовать от любых третьих лиц, использующих программы с идентичными функциями, техническими и пользовательскими характеристиками, прекращения их использования и распространения, если у этих программ будет

разный набор кодов и команд (причем расхождение может быть совсем не значительным).

Учитывая данное несовершенство методов правовой охраны прав на программу для ЭВМ, у правообладателя может появиться желание зарегистрировать отдельные составляющие программы для ЭВМ в качестве изобретения для того, чтобы предоставить правовую охрану не только форме, но и содержанию программы.

Однако это невозможно, так как прямо запрещено Гражданским кодексом Российской Федерации. Пункт 5 статьи 1350 ГК РФ устанавливает, что не являются изобретениями: открытия; научные теории и математические методы; решения, касающиеся только внешнего вида изделий и направленные на удовлетворение эстетических потребностей; правила и методы игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности; программы для ЭВМ; решения, заключающиеся только в представлении информации.

Таким образом, отличительными особенностями программы для ЭВМ как результата интеллектуальной деятельности являются:

- 1) отнесение программы для ЭВМ к объектам авторских прав и приравнивание к литературному произведению по методам правовой охраны;

- 2) охрана формы, а не содержания программы для ЭВМ, что не позволяет обладателю исключительного права на программу для ЭВМ требовать от любых третьих лиц, использующих программы с идентичными функциями, техническими и пользовательскими характеристиками, прекращения их использования и распространения, если у этих

программ будет разный набор кодов и команд.

Данные особенности программы для ЭВМ дают широкий простор для такого явления как «обратная разработка» или «обратный инжиниринг» (reverse engineering). В ходе обратной разработки программист изучает существующую программу для ЭВМ и в результате создает программу с характеристиками, идентичными исходной программе. Созданная в ходе обратной разработки программа для ЭВМ будет самостоятельным объектом интеллектуальной собственности, исключительным правом на который ее автор сможет распоряжаться по своему усмотрению¹.

Разработчики исходной программы не смогут предъявить никаких требований к автору созданной в ходе обратной разработки программы для ЭВМ, а также к лицам, приобретающим такую программу для ЭВМ, если только не докажут, что созданная в ходе обратной разработки программа представляет собой точно такую же идентичную совокупность записей и команд, как и исходная программа.

2. Особенности государственной регистрации программы для ЭВМ

Государственная регистрация объекта права или субъективного права является одним из способов, направленных на обеспечение субъективных гражданских прав участников гражданского оборота.

¹ Правовое проблемы защиты прав на программу для ЭВМ при обратной разработке получили широкое освещение в статье: *Samuelson P., Scotchmer S. The Law and Economics of Reverse Engineering // The Yale Law Journal, Vol. 111. No. 7 (May, 2002). P. 1575–1663.*

Программа для ЭВМ подлежит государственной регистрации в Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатенте), однако особенности программы для ЭВМ как объекта авторского права влекут за собой особенности государственной регистрации программы для ЭВМ и, соответственно, особенности защиты зарегистрированных программ для ЭВМ.

Государственная регистрация программы для ЭВМ в Роспатенте имеет принципиально иной характер, чем государственная регистрация изобретений, полезных моделей или промышленных образцов – объектов промышленной собственности.

Во-первых, без государственной регистрации исключительное право на изобретение, полезную модель, промышленный образец в принципе не возникает. Как отмечают различные исследователи, «возникновение прав на объекты патентного права основано на регистрационном принципе охраны, в соответствии с которым право на результат интеллектуальной деятельности возникает только при получении охранного документа, подтверждающего права определенного лица на определенный объект»¹. Применительно к объектам промышленной собственности действует правило: нет патента, выданного уполномоченным государственным органом, – нет объекта промышленной собственности.

В отличие от обязательной государственной регистрации объектов промышленной собственности

¹ *Судариков С. А.* Право интеллектуальной собственности. М.: Проспект, 2010.

государственная регистрация программы для ЭВМ осуществляется по желанию ее авторов (п.4 ст.1259 ГК РФ). Исключительное право на программу для ЭВМ возникает с момента ее создания, и уже с этого момента авторы могут передавать исключительные права на программу по лицензионному договору или по договору об отчуждении исключительного права.

При этом следует учитывать, что если программа для ЭВМ не была зарегистрирована, то и договор об отчуждении исключительного права на нее не подлежит государственной регистрации. Если же программа для ЭВМ была зарегистрирована, то в соответствии с пунктом 5 статьи 1262 ГК РФ и договор об отчуждении исключительного права на такую программу, и переход прав на такую программу без договора подлежат государственной регистрации. А вот любой договор о предоставлении права использования программы для ЭВМ (то есть лицензионный договор) не подлежит государственной регистрации даже в том случае, если программа для ЭВМ была зарегистрирована.

Во-вторых, при государственной регистрации изобретения, полезной модели, промышленного образца Роспатент проверяет не просто формальное соблюдение заявителем требований по оформлению заявки, а устанавливает новизну, изобретательский уровень и промышленную применимость изобретения, новизну и промышленный уровень полезной модели, новизну и оригинальность промышленного образца. Другими словами, Роспатент проверяет не только форму заявки на регистрацию объекта промышленной собственности, но и его

сущность, чтобы оценить заявленный результаты интеллектуальной деятельности на предмет соответствия сущностным (а не формальным) критериям, установленным законодательством для изобретения, полезной модели и промышленного образца.

Вводя требование о проверке соответствия изобретения, полезной модели, промышленного образца сущностным критериям, законодатель стремится свести к минимуму возможность государственной регистрации одинаковых по функционалу, техническим характеристикам и сфере применения изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. И объясняется это тем, что в объектах промышленной собственности правовой охране подлежит не форма (как в объекте авторского права), а содержание.

В отличие от государственной регистрации объектов промышленной собственности при государственной регистрации программы для ЭВМ Роспатент не проверяет новизну, оригинальность или иные сущностные характеристики самой программы. И объясняется это тем, что в программе ЭВМ как в объекте авторского права охраняется не содержание, а форма.

Казалось бы, если в программе ЭВМ охраняется именно форма, то при государственной регистрации программы для ЭВМ Роспатенту следовало бы проверять, зарегистрирована или нет программа с таким же набором команд и данных. Однако Роспатент не проводит такую проверку, проверяя при регистрации программы только соблюдение заявителем формальных требований к оформле-

нию заявки (фактически, к заполнению полей заявки).

Данный вывод следует из пунктов 2 и 3 статьи 1262 ГК РФ, в соответствии с которыми заявка на государственную регистрацию программы для ЭВМ или базы данных (заявка на регистрацию) должна относиться к одной программе для ЭВМ или к одной базе данных и должна содержать:

- 1) заявление о государственной регистрации программы для ЭВМ или базы данных с указанием правообладателя, а также автора, если он не отказался быть упомянутым в качестве такового, и места жительства или места нахождения каждого из них;

- 2) депонируемые материалы, идентифицирующие программу для ЭВМ или базу данных, включая реферат;

- 3) документ, подтверждающий уплату государственной пошлины в установленном размере или наличие оснований для освобождения от уплаты государственной пошлины, либо для уменьшения ее размера, либо для отсрочки ее уплаты.

На основании заявки на регистрацию федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности проверяет наличие необходимых документов и материалов, их соответствие вышеуказанным требованиям. При положительном результате проверки указанный федеральный орган вносит программу для ЭВМ или базу данных соответственно в Реестр программ для ЭВМ и в Реестр баз данных, выдает заявителю свидетельство о государственной регистрации и публикует сведения о зарегистрированных программе для

ЭВМ или базе данных в официальном бюллетене этого органа.

Таким образом, ГК РФ не требует от Роспатента совершать при регистрации программы для ЭВМ какие-либо действия по проверке творческого (авторского) характера программы для ЭВМ, в связи с чем ГК РФ не ставит каких-либо препятствий для государственной регистрации абсолютно идентичных программы для ЭВМ разными заявителями.

Точно также подзаконные акты, регламентирующие порядок государственной регистрации программ для ЭВМ, не устанавливают каких-либо правил, позволяющих в случае спора о нарушении исключительных прав на программу для ЭВМ получить доказательства нарушения авторских прав.

В частности, Правила оформления заявки (документов и материалов), представляемой на регистрацию программ для ЭВМ и баз данных, утвержденные приказом Минобрнауки России от 29 октября 2008 г. № 324 (далее – Правила), не содержат каких-либо специальных требований с содержанием документов, идентифицирующих программу для ЭВМ таким образом, чтобы в случае спора можно было легко доказать факт плагиата.

Пункт 2 Правил только декларирует необходимость представления в составе заявки документов, обеспечивающих однозначную идентификацию регистрируемой программы для ЭВМ, однако все дальнейшее содержание Правил опровергает данное декларативное требование.

В частности, Правила устанавливают необходимость представления следующих материалов для

регистрации программы для ЭВМ (п.2, п.3 Правил):

1) материалы, идентифицирующие программу для ЭВМ, которые представляются, как правило, в форме распечатки исходного текста (полного или фрагментов) в объеме до 70 страниц. Представление депонируемых материалов в иной форме допускается при наличии обоснования заявителя о том, что данная форма в большей степени обеспечивает идентификацию регистрируемой программы для ЭВМ. Допускается включать в состав этих материалов подготовительные материалы, полученные в ходе ее разработки, а также порождаемые ею аудиовизуальные отображения в любой визуально воспринимаемой форме;

2) материалы, отражающие объективную форму представления совокупности содержащихся в ней самостоятельных материалов и принципы их систематизации, позволяющие осуществить нахождение и обработку этих данных с помощью ЭВМ, в объеме до 50 страниц;

3) реферат, содержащий сведения, предназначенные для последующей публикации в официальном бюллетене Роспатента: сведения об авторе и правообладателе, название программы для ЭВМ, аннотацию программы для ЭВМ (до 700 знаков), тип реализующей ЭВМ, язык программирования, вид и версию операционной системы, объем программы для ЭВМ в машиночитаемой форме в единицах, кратных числу байт.

Очевидно, что современные программы для ЭВМ далеко не всегда могут быть идентифициро-

ваны в рамках вышеуказанных материалов (в том числе материалов такого объема).

В связи с вышеизложенным наличие государственной регистрации не облегчает доказывание факта нарушения авторских прав на программу для ЭВМ, а также фактически не дает никаких возможностей обладателю исключительного права на одну зарегистрированную программу для ЭВМ запретить другим лицам использовать и распространять другую программу для ЭВМ, идентичную по функционалу и характеристикам первой программе, но немного отличающуюся в наборе команд и данных.

Особо следует отметить, что в настоящее время административные регламенты Роспатента не предоставляют правовой возможности получить исчерпывающую информацию, необходимую для идентификации зарегистрированной программы для ЭВМ. По этой причине правообладатель, подозревающий, что конкуренты зарегистрировали программу для ЭВМ, аналогичную его программе, не сможет самостоятельно (без обращения в суд) получить в Роспатенте доказательства идентичности его программы и программы для ЭВМ конкурентов.

Как уже было сказано, фактически единственным последствием государственной регистрации программы для ЭВМ будет необходимость государственной регистрации договоров об отчуждении исключительного права на данную программу (то есть договоров о передаче исключительного права в полном объеме на весь срок действия исключительного права). Лицензионные договоры о

передаче права использования зарегистрированной программы для ЭВМ в Роспатенте не регистрируются (в отличие от лицензионных договоров о передаче права использования изобретения, промышленной модели и полезного образца).

Государственная регистрация программы для ЭВМ может помочь защититься от явного пиратского использования программы (копирование программы), но не защищает от возможности создания и использования аналогичных программ конкурентами.

Можно сказать, что государственная регистрация программы для ЭВМ представляет собой скорее маркетинговый ход, чем реальную меру защиты исключительных прав на программу для ЭВМ.

Таким образом, особенностями государственной регистрации программы для ЭВМ в Роспатенте являются:

- 1) осуществление государственной регистрации по желанию правообладателя, возникновение исключительного права на программу для ЭВМ с момента ее создания, а не с момента государственной регистрации программы;

- 2) необходимость регистрации в Роспатенте договоров об отчуждении исключительных прав на зарегистрированную программу для ЭВМ и свободное (без какой-либо регистрации) заключение лицензионных договоров в отношении зарегистрированной программы для ЭВМ;

- 3) проведение формальной проверки документов при государственной регистрации программы для ЭВМ.

3. Особенности продвижения программ для ЭВМ на рынке с точки зрения защиты авторских прав правообладателей и интересов лиц, приобретающих исключительное право на программу для ЭВМ

Исходя из особенностей программ для ЭВМ как объектов авторского права, при создании и дальнейшем распространении программы для ЭВМ целесообразно дополнять имеющиеся механизмы правовой защиты исключительных прав на программу для ЭВМ (государственная регистрация программы) иными правовыми и экономическими способами защиты.

Одним из таких способов является регистрация товарного знака, под которым осуществляется распространение программы для ЭВМ. В этом случае при продвижении программы ЭВМ на рынке позиционируется, что приобретение программы для ЭВМ, обозначенной товарным знаком, принадлежащим правообладателю, является гарантией получения прав на использование продукта, обладающего заявленными характеристиками.

Именно таким образом осуществляется продвижение программных продуктов как на западном, так и на российском рынке.

Следует отметить, что оборот исключительных прав на программы для ЭВМ несет в себе риски не только для правообладателей (основным риском для которых является незаконное (пиратское) использование программ), но и для лиц, которые приобретают исключительные права на программу для ЭВМ либо право на использование программы для ЭВМ.

Право использования программ для ЭВМ, как правило, предоставляется на основании неисключительной лицензии, причем сам лицензионный договор заключается путем присоединения пользователя к условиям лицензионного соглашения. Более того, волеизъявление пользователя, как правило, представляет собой вскрытие упаковки носителя программы для ЭВМ либо проставление «галочки» в электронной форме договора.

При заключении подобных лицензионных договоров у лицензиата в принципе отсутствует возможность влиять на содержание договора, и потому совокупность обязанностей лицензиара складывается из обязанностей, указанных в договоре лицензиаром добровольно, либо указанных в Гражданском кодексе Российской Федерации в качестве императивных обязанностей лицензиара.

Очевидно, что лицензиар заинтересован в исключении каких-либо обязанностей из текста оборотной лицензии. Впрочем, ситуация не меняется и при составлении договора об отчуждении исключительного права на программу на ЭВМ либо договора о предоставлении исключительной лицензии.

В связи с этим следует отметить, что в ГК РФ (даже с учетом поправок, находящихся на рассмотрении в Государственной Думе Российской Федерации) права и обязанности сторон лицензионного договора и договора об отчуждении исключительного права регламентированы очень фрагментарно.

Если права и обязанности сторон договора купли-продажи и аренды – основных договоров, ре-

гламентирующих оборот вещей – тщательно регламентированы как императивными нормами, так и диспозитивными, которые действуют, если иное не предусмотрено в договоре, то подобных норм относительно договоров, регламентирующих оборот объектов интеллектуальной собственности, очень мало.

В частности, в нормах ГК РФ о лицензионном договоре и договоре об отчуждении исключительных прав, в принципе отсутствует определение обязанности правообладателя по предоставлению исчерпывающей информации об объекте и ответственности за неисполнение данной обязанности. Вместе с тем предоставление правообладателем информации о необходимости получения прав на иные результаты интеллектуальной деятельности для использования объекта интеллектуальной собственности, права на который передаются по договору не менее важно, чем представление продавцом достоверной информации о товаре.

Кардинальное решение вышеуказанных проблем заключается в дополнении главы 69 ГК РФ подробными нормами о лицензионном договоре и договоре об отчуждении исключительного права по аналогии с тем, как подробно диспозитивные и императивные нормы сформулированы применительно к договору аренды, купли-продажи, подряда и т. д. Диспозитивные нормы смогут восполнять договорные пробелы и действовать, если иное не предусмотрено договором. Среди данных норм целесообразно выделить «информационную обязанность» правообладателя (по аналогии с информационной обязанностью продавца по договору куп-

ли-продажи), которая будет возникать у правообладателя при передаче прав на результаты интеллектуальной деятельности по любому основанию, и предусмотреть правовые возможности для приобретателя в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения данной обязанности по своему выбору:

1) потребовать безвозмездной доработки результата интеллектуальной деятельности или передачи ему прав на другие объекты интеллектуальной собственности, необходимые для использования результата интеллектуальной деятельности, права на который переданы по договору;

2) если права на другие объекты интеллектуальной собственности, необходимые для использования результата интеллектуальной деятельности, права на который переданы по договору, имеют другие лица (не правообладатель по договору) – приобретатель прав на результат интеллектуальной деятельности вправе приобрести «недостающие права» и возложить расходы на правообладателя;

3) отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченных по договору сумм;

4) потребовать уменьшения лицензионного вознаграждения или вознаграждения за отчужденное исключительное право.

До момента дополнения главы 69 ГК РФ вышеуказанными нормами решить проблему обеспечения законных интересов лица, приобретающего исключительное право на программу для ЭВМ или право использования программы для ЭВМ на условиях исключительной лицензии, возможно путем включения в договор следующих условий:

- правообладатель гарантирует, что он передает приобретателю права на самостоятельно работающую и свободно реализуемую на рынке программу для ЭВМ;

- правообладатель обязан представить всю информацию относительно исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, которые принадлежат третьим лицам и которые необходимы для использования программы для ЭВМ;

- правообладатели несут всю полноту ответственности, если программа для ЭВМ не может быть использована по назначению, указанному в договоре, без ее доработки, если программа для ЭВМ не соответствуют заявленному функционалу и т. д.

Невыполнение вышеуказанных условий договора должно являться основанием для привлечения правообладателей к ответственности за неисполнение договорных обязательств. В частности, в договоре об отчуждении исключительных прав на программу для ЭВМ либо в лицензионном договоре о предоставлении исключительной лицензии могут быть установлены следующие последствия неисполнения договорных обязанностей по передаче исключительных прав на самостоятельно работающие программы:

- уплата неустойки за нарушение данных гарантий и принятых на себя обязательств;

- право приобретателя исключительного права на программу для ЭВМ (или лицензиата) потребовать безвозмездной доработки программы для ЭВМ или передачи ему прав на другие объекты интеллектуальной собственности (например, базы

данных или программы для ЭВМ), необходимые для использования программы;

- если права на другие объекты интеллектуальной собственности, необходимые для использования программ для ЭВМ, принадлежат другим лицам (не правообладателю), то приобретатель исключительного права на программу для ЭВМ (или лицензиат) вправе приобрести права на данные объекты интеллектуальной собственности и возложить расходы по приобретению на правообладателя;

- приобретатель исключительного права на программу для ЭВМ (или лицензиат) вправе отказаться от исполнения договора, потребовать возврата уплаченных по договору сумм, а также уплаты установленной договором компенсации.

Список использованных источников:

1. Гражданское право. В 4-х т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. Е. А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008.

2. *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: авторское право / Пер. с англ. В. Л. Вольфсона. СПб, 2004.

3. *Близнец И. А., Леонтьев К. Б.* Авторское право и смежные права / Под ред. И. А. Близнеца. М.: Проспект, 2011.

4. *Samuelson P., Scotchmer S.* The Law and Economics of Reverse Engineering // The Yale Law Journal. 2002. Vol. 111. No. 7. May.

5. *Судариков С. А.* Право интеллектуальной собственности. М.: Проспект, 2010.

А. Г. МАТВЕЕВ

Пермский государственный национальный исследовательский университет, доцент кафедры гражданского права, кандидат юридических наук (614990, г. Пермь, ул. Букирева, д. 15; тел.: (342) 236-17-93; info@psu.ru)

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОСТЬ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ АВТОРСКИХ ПРАВ: СЕМАНТИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ И ИХ КРИТИКА¹

Ключевые слова: авторское право; исключительное авторское право; юридическая наука; законодательный термин; семантика

Аннотация: Статья посвящена проблеме определения специфических признаков исключительных авторских прав. Рассматриваются многочисленные точки зрения российских ученых, посвященные определению сущности исключительного авторского права. По мнению автора, эти подходы можно назвать семантическими. Здесь существенные признаки исключительного права определяются исходя из значения термина «исключительное право». Делается вывод, что нет теоретических оснований называть те или иные авторские права «исключительными».

¹ Исследование выполнено при поддержке РГНФ, грант № 13-03-00191.

Введение

Исключительное право – это одно из основных, краеугольных понятий права интеллектуальной собственности и авторского права в частности. Это понятие было определено в российской и европейской цивилистике в конце XIX в. На его основе была разработана теория исключительных прав, с помощью которой стали объяснять природу авторского права. Суть этой теории состоит в том, что под исключительными правами понималась новая, особая группа гражданских прав, наряду с вещными, личными, обязательственными правами, которой не было в системе римского частного права. Эта теория постепенно стала получать законодательное признание, и в настоящее время она является наиболее адекватной природе прав на интеллектуальную собственность.

Говоря об исключительном авторском праве, необходимо различать термин «исключительное право» и понятие исключительного права. Такое различие является существенным, поскольку термин «исключительное право» использовался в привилегиях и нормативных правовых актах задолго до разработки теории исключительных прав и поскольку он связан не только с правом интеллектуальной собственности. Очевидно, что указание на исключительный характер тех или иных прав повышает общественное внимание к этим правам и, так или иначе, вызывает впечатление об их уникальности и даже повышенной ценности по сравнению с другими субъективными правами. Научное познание не может не считаться с таким ценностным восприятием, но для него гораздо бо-

лее важным является выяснение оснований обособления ряда прав в качестве исключительных.

В авторском праве, где система прав является наиболее сложной среди всех прав на интеллектуальную собственность, вопрос о круге исключительных прав имеет важное теоретическое и практическое значение. Понятно, что один из возможных ответов на такой вопрос лежит в плоскости действующего законодательства. Однако вряд ли этот простой ответ является удовлетворительным для юридической науки, которая ставит своей целью познание правовых явлений такими, какие они есть по своей природе, а не какими их желает видеть законодатель. Поэтому поставленный выше вопрос целесообразно переформулировать в следующий: имеются ли какие-либо теоретические и практические основания обозначать определенную группу авторских прав термином «исключительные права»?

Термин «исключительное право» в законодательстве об авторском праве

В настоящее время, как и на протяжении всей истории, в странах англо-американского авторского права исключительными считаются только имущественные авторские права. До конца XX в. в Великобритании, США и Австралии моральные права автора вообще не признавались, поэтому их недавняя статутификация не могла нарушить вековые традиции системы «copyright».

В большинстве стран романо-германского авторского права исключительными законодательно

признаются также только имущественные права автора. Однако из этого правила здесь имеется существенное изъятие, представленное подходом Франции и некоторых стран, следующих французской традиции авторского права. Во Франции в круг исключительных авторских прав включаются как имущественные, так и моральные права, что подтверждается следующим законодательным положением: «Автор творческого произведения обладает в отношении своего произведения, в силу одного факта его создания, правом нематериальной собственности исключительной и абсолютной. Это право включает в себя признаки как интеллектуального и морального, так и имущественного характера, которые определены в книгах I и III настоящего кодекса»¹. Данное положение практически дословно было перенесено в статью 20 Закона Чада об охране авторского права, смежных прав и выражений фольклора², статью 1 Закона Мадагаскара от 18 сентября 1995 г. о литературной и художественной собственности³. В Камеруне также обе группы авторских прав характеризуются как исключительные⁴. Иной, необычный подход за-

¹ Ст. L 111-1 Кодекса интеллектуальной собственности Франции / Литературная и художественная собственность. Новосибирск, 2005.

² Закон Чада от 2 мая 2003 г. об охране авторского права, смежных прав и выражений фольклора // <http://www.wipo.int>

³ Закон Мадагаскара от 18 сентября 1995 г. о литературной и художественной собственности // <http://www.wipo.int>

⁴ Ст. 13 Закона Камеруна от 19 декабря 2000 г. об авторском праве и смежных правах // <http://www.wipo.int>

креплен в законодательстве Панамы¹ и Венесуэлы², где исключительным, наряду с имущественными правами автора, признано только одно из моральных прав – право на обнародование произведения.

Сравнивая традиции поименования тех или иных авторских прав «исключительными» во Франции и Германии – ведущих представителей континентального авторского права, можно обнаружить любопытный парадокс. Во французской дуалистической модели авторского права, где моральные и имущественные права четко разграничены, имеют различную историю и юридическую судьбу, тем не менее обе группы этих прав названы «исключительными». Германская монистическая модель, в которой авторское право понимается как единое неотчуждаемое право, имеющее правомочия личного и имущественного характера, которые, однако, нельзя четко разграничить, признает исключительными только правомочия второго рода (права на использование произведения)³. Сказанное позволяет заключить, что указание на исключительность тех или иных авторских прав имеет прежде всего исторические основания, законотворческие традиции и не обладает существенной теоретической и практической значимостью.

¹ Ст. 31 Закона Панамы от 8 августа 1994 г. об авторском праве и смежных правах // <http://www.wipo.int>

² Ст. 18 Закона Венесуэлы от 15 октября 1993 г. об авторском праве // <http://www.wipo.int>

³ § 15 Закона Федеративной Республики Германия от 9 сентября 1965 г. Об авторском праве и смежных правах // <http://www.wipo.int>

Современное российское авторское право следует общемировому тренду и определяет в качестве исключительных только имущественные права автора, о чем прямо сказано в ст. 1226 Гражданского кодекса РФ. Такой же подход был свойствен дореволюционному праву, где все основные авторско-правовые акты содержали указание на исключительность авторских прав и где конструкции личных прав автора разработано еще не было. Однако в советском авторском праве середины 1920-х – начала 1960-х годов исключительными считались личные и имущественные права автора, хотя официального деления авторских прав на эти две группы не было. При пересмотре гражданского законодательства СССР и РСФСР в 1960-ые годы законодатель вообще отказался от характеристики субъективных авторских прав как исключительных. В Основы Гражданского законодательства Союза ССР и республик¹ от 31 мая 1991 г., которые действовали на территории России с 3 августа 1992 г. до 3 августа 1993 г., все авторские права при отсутствии их деления на личные и имущественные снова стали обозначаться как исключительные (п. 2 ст. 135)..

По причине распада СССР Основы гражданского законодательства с содержащейся в них моделью авторских прав не нашли развития в очередном Гражданском кодексе РСФСР. Вместо этого в России авторско-правовые отношения стали регулироваться отдельными законами. Первым из таких

¹ Основы Гражданского законодательства Союза ССР и республик, утв. ВС СССР от 31 мая 1991 г. № 2211-1 // Ведомости ВС СССР. 1991. 26 июня. № 26. Ст.733.

актов стал Закон РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»¹. В этом акте до 2002 г., когда в него были внесены серьезные изменения, в качестве исключительных рассматривались как личные, так и имущественные права автора. С другой стороны, в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах»² от 9 июля 1993 г. «исключительными» были названы уже только имущественные права автора. Однако такая логика была несколько нарушена ст. 37 Закона, в которой к числу исключительных были отнесены также и личные права исполнителя. Еще большую неоднозначность в решение вопроса о круге исключительных прав внесла принятая в 1994 г. ч. 1 Гражданского кодекса РФ, ст. 138 которого могла быть истолкована так, что интеллектуальной собственностью (исключительным правом) являются все виды авторских прав.

Семантические подходы в исследованиях исключительных авторских прав

Как видно, в российском авторском праве, если рассматривать его в ретроспективе, не сложилось единого подхода к перечню исключительных прав. Многочисленные реформы отечественного авторского права, а также непоследовательность законодателя, несомненно, способствовали повыше-

¹ Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» // Российская газета. 1992. 20 октября.

² Закон РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» // Российская газета. 1993. 3 августа.

нию научного интереса к понятию исключительного права. Следствием такого интереса стал весьма обширный объем исследований на данную тему. Попытка обобщения таких исследований представлена в работах А. С. Аникина¹, А. С. Фалалеева². Авторы приводят достаточно много мнений известных специалистов об исключительном праве, однако четкой систематизации концепций и выявления магистральных направлений юридической мысли по данному вопросу в этих работах нет.

Сам по себе обзор многочисленных точек зрения правоведов на то, в чем заключается суть исключительного авторского права, не имеет высокой методико-теоретической ценности. Во-первых, таких позиций и трактовок предостаточно, во-вторых, большая их часть не сопровождается серьезным теоретическим анализом. В то же время за видимой пестротой формулировок можно разглядеть вполне конкретные направления рассуждений и увидеть факторы, повлиявшие на формирование той или иной позиции.

Одна из ключевых особенностей познания исключительного авторского права в российской юридической науке заключается в том, что здесь исследования природы и содержания этого права так или иначе связывались и продолжают связы-

¹ Аникин А. С. Содержание и осуществление исключительных прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 15–17.

² Фалалеев А. С. Смысловые значения «исключительности» исключительного права на произведение // Патенты и лицензии. 2011. № 10. С. 30–38.

ваться с семантикой слова «исключительный». Независимо от того, какую концепцию исключительных прав развивал тот или иной автор, практически каждый из них в своем исследовании отталкивался от значения слова «исключительный» и трансформировал выявленную исключительность исключительного права в конститутивные, существенные признаки последнего. Анализ дореволюционной, советской и современной литературы по авторскому праву позволяет заключить, что семантический подход – это не просто особенность, а господствующая традиция исследования исключительных прав в российской цивилистике.

Единого мнения о том, в чем состоит исключительность исключительного права, в российской юриспруденции не сложилось. Соответственно, можно говорить об определенных направлениях исследований по данному вопросу. Первое из этих направлений включает в себя монистические подходы, отталкивающиеся от какого-то одного аспекта исключительности исключительных прав, соответственно, второе – плюралистические подходы, где таких аспектов выявляется несколько.

Монистическое направление семантических подходов в исследованиях исключительных авторских прав

В рамках этого направления по своей влиятельности выделяются прежде всего два подхода. В российской юридической литературе они известны как буржуазный и советский.

1. Так называемый буржуазный подход интерпретирует исключительное право через право, ко-

торое предоставляет возможность использовать произведение и другие объекты интеллектуальной собственности только правообладателю. Иногда также говорится о том, что обладатель исключительного права исключает всех третьих лиц, запрещая им использовать объект. Такая трактовка исключительности является наиболее распространенной, своими корнями она уходит в привилегии и ранние законы об авторском праве, где слово «исключительный» было призвано подчеркнуть абсолютность права типографщика, а позже и автора. Рассматриваемая концепция пользовалась и продолжает пользоваться среди российских цивилистов наибольшей популярностью, вследствие чего она нашла свое выражение в различных формулировках.

Исключительное право как категорию в российский правовой дискурс ввел Г. Ф. Шершеневич. Он объединил права на произведения, изобретения, товарные знаки, фирменные наименования на основании единства цели юридической защиты, которая во всех этих случаях выражается в предоставлении известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания¹. Отталкиваясь от указанной исключительной возможности совершения определенных действий, профессор Шершеневич предложил называть эти права «исключительными»². Я. А. Канторович об исключительных правах и их названии писал сле-

¹ Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань. 1891. С. 72.

² Там же.

дующее: «Название это присвоено этим правам потому, что охрана их в современном праве сводится к предоставлению управомоченному исключительной привилегии или монополии производить известные действия, доставляющие ему выгоду, или извлекать выгоду из продуктов его творчества, с воспрещением всем другим производить эти действия или извлекать выгоду из этих продуктов творчества»¹. Среди современных адептов рассматриваемой интерпретации исключительных прав можно отметить Э. П. Гаврилова, который пишет, что исключительность исключительного права состоит в том, что другие лица без согласия правообладателя не могут использовать охраняемый объект².

Не составляет большого труда заметить, что понимаемая таким образом исключительность прав позволяет отнести к числу исключительных прав и другие абсолютные гражданские права: и вещные, и личные. Конечно, самым исключительным из абсолютных прав является право собственности. «Сущность собственности состоит, – писал Ф. К. Савиньи, – главным образом, в неограниченном и исключительном господстве лица над вещью, и если это господство выражается иногда в виде вос- требования вещи от нарушителя, то это явление случайно»³. К. И. Скловский так характеризует ис-

¹ *Канторович Я. А.* Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928. С. 195.

² *Гаврилов Э. П.* Общие положения права интеллектуальной собственности: краткий комментарий к главе 69 ГК РФ // *Хозяйство и право*. 2007. № 9. С. 27.

³ *Савиньи Ф. К.* Обязательственное право. М., 1876. С. 6.

ключительность права собственности: «Исключительность означает, что никакое иное лицо не может иметь на ту же вещь того же права – права собственности. Собственник всегда исключает всех других от собственности на данную вещь»¹.

2. В противовес буржуазной интерпретации термина «исключительное право» советскими учеными было предложено толкование исключительного права как неотчуждаемого права автора, которое возникает только у него². Это толкование лучше всего передать известными словами Б. С. Антимона и Е. А. Флейшиц «Таким образом, предоставляется ясным, что исключительный характер авторского права в советском гражданском праве, с одной стороны, и в буржуазном гражданском праве, с другой, не имеют между собою ничего общего, кроме названия. Одинаковое название скрывает прямо противоположную сущность соответствующих отношений. В советском гражданском праве исключительный характер авторского права означает, что это право может возникнуть только для автора. Раз возникнув, оно не может при жизни автора ни полностью, ни частью перейти к другому лицу. В буржуазном гражданском праве исключительный характер авторского права означает, что

¹ *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве. М., 2002. С. 151–152.

² *Гордон М. В.* Советское авторское право. М., 1956. С. 76; *Серебровский В. И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 23–25; *Савельева И. В.* Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. М. 1986. С. 70;

никто, кроме носителя этого права, не вправе извлекать выгод из использования произведения»¹.

Недостатки советского подхода предопределены его политической ангажированностью. Конечно, талант Е. А. Флейшиц и других советских юристов позволили им найти слабые места в буржуазном авторском праве и создать оригинальную концепцию, отвечающую запросам официальной идеологии. Несомненно, правильным является указание на тесную юридически признаваемую связь между автором и произведением. Однако эти достоинства не могут закрыть собой недостатка, заключающегося в том, что объяснение исключительности авторских прав через их неотчуждаемость растворяет эти права в обширной группе личных прав и других прав, являющихся в силу различных факторов неотчуждаемыми.

3. Говоря о других монистических интерпретациях термина «исключительное право», необходимо отметить подход В. А. Дозорцева, который указывал на то, что термин «исключительное право» нельзя признать удачным. По его мнению, основываясь на буквальном значении термина, под соответствующим правом можно понять право, принадлежащее исключительно одному лицу независимо от объекта такого права. В таком случае право может иметь не только абсолютно-правовую, но и обязательственную основу, как-то: исключительное право представительства или осуществле-

¹ Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право, М., 1957. С. 61.

ния какой-либо деятельности¹. Тем не менее В. А. Дозорцеву не удалось быть до конца последовательным в обсуждении понятия исключительного права, и он, раскритиковав один семантический подход, в одной из более поздних своих работ взял на вооружение другой, который вряд ли является более точным и полезным. «Исключительное право, – писал ученый, – имеет особое содержание, отличающее его от абсолютных прав. Исключительность состоит не в том, что право принадлежит исключительно одному лицу, а в том, что оно закрепляется исключительно за лицом или лицами определенным законом и по основаниям, им установленным»².

Понимание исключительного права как права, принадлежащего только лицам, указанным в законе, встречается и в советской литературе. Так, В. П. Грибанов, специально не занимавшийся авторским правом, писал: «К исключительным правам относятся, в частности, предусмотренное ст. 21 Основ гражданского законодательства право собственности государства на землю, ее недра, воды и леса, которые могут предоставляться субъектам гражданского права только в пользование, но не в собственность; исключительное право патентообладателя на использование своего изобретения или

¹ Дозорцев В. А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М., 2005. С. 54–55.

² Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М., 2005. С. 120.

промышленного образца всеми дозволенными законом способами; исключительное право предприятия, объединения, фирмы на пользование зарегистрированным в установленном порядке товарным знаком. Исключительность такого рода субъективных гражданских прав состоит в том, что право на данный конкретный объект может принадлежать лишь определенному лицу или организации, указанному в законе или ином государственном акте, например, в патенте на изобретение, в акте регистрации товарного знака и др.»¹

Собственно, самостоятельных контраргументов в отношении точки зрения В. А. Дозорцева приводить и не нужно, так как таковыми могут служить приведенные выше слова В. П. Грибанова. Иными словами, по критерию закрепления права только за лицом, определенным законом, авторские и патентные права не являются уникальными.

4. Следующая интерпретация термина «исключительное право», видимо, преследует своей целью показать особое место, уникальность этого права в системе гражданских прав. Ю. Т. Гульбин отмечает, что исключительные права – это особая категория прав, присущая только определенным субъектам и регулирующая отношения в сфере специфических объектов. при этом специфика субъектов и объектов этих прав автором не раскрывается. «Следует отметить, – пишет Ю. Т. Гульбин, – что выделение исключительных прав в качестве особой категории происходит в противо-

¹ *Грибанов В. П.* Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 294–295.

поставление всем другим видам гражданских прав: вещных, обязательственных, имущественных и неимущественных и т. д.»¹ Если в данном подходе исключительные права заменить любыми другими правами, не названными «исключительными», то ничего не поменяется, так как любое субъективное право имеет определенную специфику и может быть противопоставлено всем другим правам.

Плюралистическое направление семантических подходов в исследованиях исключительных авторских прав

Данное направление целесообразно проиллюстрировать тремя подходами, отличающимися разной степенью эклектичности.

1. Сочетание советского и буржуазного подходов. С. А. Судариков показывает себя сторонником буржуазной концепции и пишет: «Другими словами, автор самостоятельно решает, каким образом будет использоваться его произведение. При этом никто иной не имеет права использовать произведение без разрешения автора или иного правообладателя, например работодателя или правопреемника. Эта исключительность автора или его правопреемника понимается как исключительное имущественное право»². Но буквально в следующем предложении своей книги ученый предстает перед читателем уже как адепт советского подхода: «Конечно, личные неимущественные права с еще

¹ Гульбин Ю. Т. Правовая охрана и защита интеллектуальной собственности. М., 2006. С. 28.

² Судариков С. А. Интеллектуальная собственность. М., 2007. С. 211.

большим основанием следует считать исключительными, поскольку они абсолютно неотделимы от автора»¹.

Объединение буржуазного и советского подходов не достигает поставленной цели, поскольку, отсекая от группы исключительных прав имущественные права автора, в то же время включает в эту группу все абсолютные личные права.

2. Более последовательным является подход А. Л. Маковского, который рассматривает исключительность исключительных прав в трех отношениях. Во-первых, у этих прав ограниченный законом круг объектов. Во-вторых, первым обладателем этих прав может быть только лицо, указанное в законе. В-третьих, это запрет использования объектов исключительных прав без согласия правообладателя или разрешения закона². Последние два аспекта исключительности уже рассматривались выше. Их объединение не позволяет конституировать исключительные права на интеллектуальную собственность. Указание на ограниченный законом круг объектов также содержит отсылку ко всем абсолютным правам. Таким образом, многомерный взгляд А. Л. Маковского не попадает точно в цель, так как в его интерпретацию вписывается и право собственности.

3. Пожалуй, наиболее эклектичной является точка зрения М. В. Волынкиной, предлагающей перечень, состоящий из пяти признаков исключитель-

¹ Там же.

² Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского. М., 2008. С. 288–289.

ности исключительных прав. По мнению автора, исключительность прав на результаты интеллектуальной деятельности означает: 1) принадлежность этих прав к особой категории по субъектному и 2) объектному составу; 3) монополию на использование прав их первоначальным обладателем; 4) особый статус обладателя прав; 5) имущественный характер этих прав¹. В этой явно не последовательной позиции прежде всего смущает идентичность первого и четвертого признаков. Формулировка третьего признака не позволяет установить, имела ли в виду автор неотчуждаемость исключительных прав? Второй и пятый признаки по своему содержанию настолько широки, что задачу определения исключительных прав не решают.

Критика семантических подходов в исследованиях исключительных авторских прав

Критика семантических подходов при исследовании исключительных прав имеет своей целью показать ошибочность исследований, определяющих природу юридических явлений исходя из значения терминов, которыми эти феномены обозначены. Ни один из рассмотренных выше подходов не дает конститутивных признаков исключительных прав в целом или исключительных авторских прав в частности, не позволяет четко отграничить эти права от всех других видов субъективных прав, которые «исключительными» не названы.

¹ *Волынкина М. В.* Концепция исключительных прав и понятие «интеллектуальной собственности» в гражданском праве // Журнал российского права. 2007. № 6. С. 29–35.

Против семантических подходов можно выдвинуть ряд аргументов эмпирического и теоретического характера. Эмпирические аргументы показывают, что термином «исключительное право» обозначаются и обозначались ранее не только права на интеллектуальную собственность, что, как правило, не учитывается исследователями. Теоретические аргументы позволяют обосновать позицию, согласно которой сам по себе семантический путь установления природы юридических понятий и категорий исходя из их наименования является несостоятельным.

Эмпирические аргументы. Термин «исключительное право» используется в нескольких десятках российских законов для обозначения прав, вообще не связанных с интеллектуальной собственностью. В качестве примера приведем некоторые из них:

1) исключительное право на экспорт газа, предоставляемое организации – собственнику единой системы газоснабжения или ее дочернему обществу, в уставном капитале которого доля участия организации – собственника единой системы газоснабжения составляет сто процентов¹;

2) исключительное право граждан распоряжаться своими способностями к производительному, творческому труду²;

¹ Ст. 3 Федерального закона от 18 июля 2006 г. № 117-ФЗ «Об экспорте газа» // Российская газета. 2006. 20 июля. № 156.

² Ст. 1 Закона РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1991. 2 мая. № 18. Ст. 566.

3) исключительное право банка совершать совокупность банковских операций¹;

4) исключительное право государства на регулирование использования радиочастотного спектра²;

5) исключительное право пользователя недр, получившего горный отвод, осуществлять в границах отвода пользование недрами в соответствии с предоставленной лицензией³;

6) исключительное право врача-психиатра или комиссии врачей-психиатров на установление диагноза психического заболевания, принятие решения об оказании психиатрической помощи в недобровольном порядке либо дачу заключения для рассмотрения этого вопроса⁴.

Итак, многозначность термина «исключительное право» не позволяет семантическим путем определить существенные признаки понятия исключительного авторского права. Однако и в случае гипотетической однозначности этого термина данная мыслительная операция не имела бы успеха в юридических исследованиях, что можно подтвердить следующими аргументами.

¹ Ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» // Ведомости СНД РСФСР. 1990. 6 декабря. № 27. Ст. 357.

² Ст. 22 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» // Российская газета. 2003. 10 июля. № 135.

³ Ст. 7 Закона РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. 16 апреля. № 16. Ст. 834.

⁴ Ст. 20 Закона РФ от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. 20 августа. № 33. Ст. 1913.

Теоретические аргументы. Бесспорно, в правовой науке вопросы соотношения слов, терминов с выражаемыми ими понятиями играют весьма заметную роль. Также очевидно, что полноценное изучение права невозможно без исследования текста нормативных актов. В то же время значение слов и терминов нельзя переоценивать при познании юридических понятий и категорий. Как правильно заметил О. Э. Лейст, критикуя семантический подход в правовых исследованиях: «Но столь же известно, бесспорно и общепризнано, что здесь кроется определенная опасность: возможность подмены изучения права как социальной реальности изучением терминологии закона, в результате чего станут исследоваться не правовые понятия и категории, а различные значения слов, содержащихся в нормативных актах»¹. В другой своей работе О. Э. Лейст еще более точно и метко раскритиковал тупиковый путь семантических изысканий, ведущий к схоластическому теоретизированию. Здесь слова автора касаются проблемы юридической ответственности. Представляется, что они имеют общее теоретическое и методологическое значение. «Суждение "ответственность – это обязанность отвечать" вполне аналогично инфантильным рассуждениям типа "принцип публичности процесса – присутствие публики в зале судебного заседания", "свобода совести – способность поступать бессовестно", "гражданское право – это право граждан", "голосовать – громко говорить, кричать, вопить, голосить", "ответственность –

¹ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 249.

необходимость отвечать, объяснять, отчитываться"»¹.

Вопрос о познании правовых понятий через толкование терминов, обозначающих их, неизбежно выводит на логическую и лингвистическую проблему соотношения знака и понятия. Здесь можно говорить о двух принципиально различных теориях. Конвенционалистская теория исходит из того, что единственный источник значений слов заключается в однозначности их употребления, которое достигается путем договоренности. Теория правильности, напротив, говорит об естественном соответствии слова и понятия. Как заметил Г.-Х. Гадамер: «Всякое наименование является соответствующим (*congruum*), но не всякое точным (*precisum*)»². В лингвистике традиционная точка зрения, идущая от Ф. де Соссюра, заключается в том, что языковые знаки являются конвенциональными, произвольными³. «Если по отношению к выражаемому им понятию означающее представляется свободно выбранным, – писал Ф. де Соссюр, – то, наоборот, по отношению к языковому коллективу, который им пользуется, оно не свободно, а навязано. У этого коллектива мнения не спрашивают, и выбранное языком означающее не может быть заменено другим. Этот факт, кажу-

¹ Общая теория государства и права: Академический курс в трех томах. Т. 3. Государство, право, общество / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2007. С. 662.

² Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики. М., 1988. С. 507.

³ Руднев В. П. Словарь культуры XX века. М., 1997. С. 105–106.

щийся противоречивым, можно было бы, грубо говоря, назвать "вынужденным ходом". Языку как бы говорят: "Выбирай!", но тут же добавляют: "...вот этот знак, а не другой!" Не только отдельный человек не мог бы, если бы захотел, ни в чем изменить сделанный уже языком выбор, но и сама языковая коллектив не имеет власти ни над одним словом; общество принимает язык таким, какой он есть»¹. Так как развитые системы права пользуются знаковой формой обыденного языка, в юридической литературе делается обоснованный вывод, что и связь правовых текстов с реальностью условна, конвенциональна².

Заключение

Обозначение авторских прав термином «исключительные» имеет исторические, а не теоретические основания. Подавляющее число государств признают в качестве исключительных только имущественные авторские права. Однако пример одной из ведущих авторско-правовых держав – Франции показывает, что исключительными могут считаться и моральные права автора. Сам термин «исключительное право» не имеет жесткой привязки только к авторскому праву или к праву интеллектуальной собственности, он используется во множестве законов, регулирующих иные общественные отношения. Это обстоятельство обычно упускается из виду учеными, устанавливающими

¹ *Соссюр Ф. де.* Курс общей лингвистики. Екатеринбург, 1999. С. 74.

² *Грязин И.* Текст права. Опыт методологического анализа конкурирующих теорий. Таллинн, 1983. С. 37.

природу исключительных прав исходя из толкования соответствующего термина.

Выведение теории исключительных прав из семантики слова «исключительный» является теоретически несостоятельной операцией. Ни одна из многочисленных семантических трактовок термина «исключительное право» не позволяет и не может позволить установить существенные признаки соответствующего понятия. Более того, семантические концепции исключительных прав, подменяющие собой научные исследования, вряд ли полезны для общества, так как они могут вызвать неверное впечатление о какой-то уникальности, неординарности прав, обозначенных термином «исключительное право». Здесь напрашивается сравнение данного термина с термином «интеллектуальная собственность», буквальная трактовка которого искажает природу соответствующего явления и ограничивает круг охраняемых объектов только продуктами интеллектуального творчества. Такая логика может привести к тому, что в законодательстве об интеллектуальной собственности не останется традиционных терминов, которые уже стали классическими. Необходимо четко понимать условный, конвенциональный характер правовых терминов и не испытывать иллюзий по поводу того, что знание значения слов может заменить собой научные исследования.

Система авторских прав не должна строиться на основании деления их на исключительные и другие, которые, следовательно, не считаются исключительными. Эта система должна иметь в своем основании принцип, который отражал бы суще-

ственные признаки авторских прав. Исключительность прав не является таким признаком, так как она на уровне системы авторских прав не несет в себе никакой онтологической составляющей и зависит от воли законодателя.

В то же время конвенциональность термина «исключительное право» не означает, что этот термин, используемый практически во всех законах об авторском праве, является неудачным и лишним. Вряд ли можно согласиться с А. П. Сергеевым, утверждающим: «К сожалению, составители проекта Кодекса ни в ходе его обсуждения, ни в настоящее время не дали вразумительных пояснений, в чем же состоит ценность понятия "исключительное право"»¹. Напротив, такие пояснения даны, и они вполне вразумительны. В. Ф. Яковлев и А. Л. Маковский пишут, что исключительные права, являясь разновидностью абсолютных гражданских прав, отличаются от вещных прав своим нематериальным объектом, а от личных неимущественных прав автора тем, что становятся предметом гражданского оборота². С точки зрения теории здесь ничего нового не сказано. Однако в ценностном аспекте прослеживается идея первенства исключительных прав среди всех прав на интеллектуальную собственность, идея, которая соответствует концепции ч.4 ГК РФ, направленной на ли-

¹ Гражданское право: Учебник в 3-х тт. / Под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М., 2010. С. 106–107.

² Яковлев В. Ф., Маковский А. Л. О четвертой части Гражданского кодекса России // Журнал российского права. 2007. № 2. С. 4–5.

берализацию гражданского оборота авторских прав.

Итак, поскольку среди гражданских прав можно выделить отдельный их вид – абсолютные оборотоспособные имущественные права на интеллектуальную собственность, разумно обозначить эти права определенным термином. Как указывалось выше, термин «исключительные права» подходит на данную роль в силу исторических факторов. Можно долго спорить о том, обозначать или нет этим же термином личные неимущественные права автора. Спор этот не имеет теоретического значения, он заставляет оппонентов снова и снова возвращаться к неверным семантическим подходам.

Список использованных источников:

1. *Аникин А. С.* Содержание и осуществление исключительных прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

2. *Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А.* Авторское право, М.: Госюриздат, 1957.

3. *Волынкина М. В.* Концепция исключительных прав и понятие «интеллектуальной собственности» в гражданском праве // Журнал российского права. 2007. № 6.

4. *Гаврилов Э. П.* Общие положения права интеллектуальной собственности: краткий комментарий к главе 69 ГК РФ // Хозяйство и право. 2007. № 9.

5. *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: Основы философской герменевтики. М.: Прогресс, 1988.

6. *Гордон М. В.* Советское авторское право. М.: госюриздат, 1955.
7. Гражданское право: учебник в 3-х т. / Под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М.: РГ-Пресс, 2010.
8. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001.
9. *Грязин И.* Текст права. Опыт методологического анализа конкурирующих теорий. Таллин: Ээсти раамат, 1983.
10. *Гульбин Ю. Т.* Правовая охрана и защита интеллектуальной собственности. М.: Вершина, 2006.
11. *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут, 2005.
12. *Канторович Я. А.* Основные идеи гражданского права. Харьков: Юридическое издательство НКЮ УССР, 1928.
13. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского. М.: Статут, 2008.
14. *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: ИКД «Зерцало», 2002.
15. Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах. Том 3. Государство, право, общество / Отв. ред. М. Н. Марченко. М.: Норма, 2007.
16. *Руднев В. П.* Словарь культуры XX века. М.: Аграф, 1997.
17. *Савельева И. В.* Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. М.: Изд-во МГУ, 1986.
18. *Савиньи Ф. К.* Обязательственное право. М.: Типография А. В. Кудрявцевой, 1876.

19. *Серебровский В. И.* Вопросы советского авторского права. М.: АН СССР, 1956.
20. *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве. М.: Дело, 2002.
21. *Соссюр Ф. де.* Курс общей лингвистики. Екатеринбург: Издательство Уральского университета, 1999.
22. *Судариков С. А.* Интеллектуальная собственность. М.: Изд-во деловой и учеб. лит., 2007.
23. *Фалалеев А. С.* Смысловые значения «исключительности» исключительного права на произведение // Патенты и лицензии. 2011. № 10.
24. *Шершеневич Г. Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань: Тип. Императорского Унив., 1891.
25. *Яковлев В. Ф., Маковский А. Л.* О четвертой части Гражданского кодекса России // Журнал российского права. 2007. № 2.

А. Г. ДЕЙНЕКО

Российская государственная академия интеллектуальной собственности, аспирант (117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55А; тел.: (495) 330-10-83; inst@rgiis.ru)

К ВОПРОСУ О НОВЫХ ВИДАХ КОНТРАФАКЦИИ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Ключевые слова: контрафакция; интернет; авторское право; цифровое пиратство; интеллектуальное пиратство

Аннотация: Статья посвящена исследованию понятий «контрафакция», «цифровое пиратство», «интеллектуальное пиратство» – противозаконной деятельности, нарушающей авторские права.

XX век стал для человечества веком технических революций. Появление самолетов, телевидения и космических кораблей венчало изобретение и распространение Интернета. Сеть Интернет не только многократно ускорила процессы информационного обмена, но и привела к появлению новых видов развлечений, СМИ и даже произведений искусства. Применительно к последним сеть Интернет заставила по-новому взглянуть и на такое понятие, как «пиратство».

Понятие «пиратство» закреплено в современном российском федеральном законодательстве исключительно, как нападение на морские, или речные суда в целях завладения чужим имуществом, со-

пряженное с применением насилия¹, но в тоже время оно было знакомо науке авторского права и до появления сети Интернет. Сегодня, наряду с пониманием пиратства, как противозаконной деятельности, нарушающей авторские права, стали общеупотребимыми и такие термины, как «контрафакция», «цифровое пиратство», «интеллектуальное пиратство» и др.

В связи с этим целью данной статьи является анализ сущности пиратства в его современном авторско-правовом понимании², а также его соотношения с другими терминами, применяемыми для обозначения нарушений в сфере авторского права. Для этого представляется целесообразным обратиться к первому упоминанию данного термина в нормативно-правовых актах.

Исследователи приписывают происхождение исследуемых терминов к английскому праву, где в 1710 г. в Статуте королевы Анны пиратство было впервые описано в авторско-правовом контексте³, а затем, в эпоху технической революции, в английском праве появилось и понятие контрафакта⁴.

¹ Ст. 217 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 05 апреля 2013 г.) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

² Здесь и далее термин «пиратство» будет упоминаться исключительно в авторско-правовом смысле. – *Прим. авт.*

³ В то же время в оригинальном тексте Статута термин «piracy» не встречается // <http://www.copyrighthistory.com>

⁴ Дворянкин О. А. Что такое пиратство? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 2. С. 36.

Как представляется, мировое «признание» термин «пиратство» получил только в XIX в., будучи упомянутым в ст. 12 первоначальной редакции Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений¹ (далее – Бернская конвенция). Тем не менее, исследователи отмечают, что даже в своих первоначальных редакциях Бернская конвенция не налагала на государства члены подробно изложенные обязательства в отношении проблемы пиратства². В действующем тексте Бернской конвенции термин «пиратство» не упоминается, как и не встречается он в нормативных актах СССР. Советские правоведы для обозначения нарушения имущественных авторских прав использовали термин «контрафакция». Например, проф. Н. Д. Казанцев и С. Н. Братусь определяли контрафакцию, как «самовольное, вопреки воле автора, использование чужого произведения», но при этом разграничивали данное понятие и понятие плагиата, при котором виновный приписывает себе авторство на чужое произведе-

¹ «Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений» от 09 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9. Ст. 12 Бернской Конвенции в первоначальной редакции устанавливала, что «произведения, подвергшиеся пиратству, могут быть изъяты при ввозе в те страны Союза, где оригинальное произведение пользуется правовой охраной». – *Прим. авт.*

² *Пейнетьер Д.* Живучесть пиратства и его последствия для творчества, культуры и устойчивого развития // Материалы XIII сессии Межправительственного комитета UNESCO по авторскому праву. Париж: ЮНЕСКО, 2005. С. 15 // <http://unesdoc.unesco.org>

ние¹. Толковый словарь Д. Н. Ушакова исходил из аналогичного понимания контрафакции, определяя ее, как нарушение авторского права, состоящее в «незаконной перепечатке чужого произведения»².

Таким образом, можно сделать вывод, что в СССР понятие «контрафакция» рассматривалось и понималось, как нарушение имущественных авторских прав, понятие «плагиат» использовалось для обозначения нарушения неимущественных авторских прав, а понятие «пиратство» употреблялось исключительно в контексте международного морского права. Особняком в данном случае стоит Большая Советская Энциклопедия, которая понимала контрафакцию исключительно, как неправомерное использование известных товарных знаков и других обозначений³.

Вышеприведенное использование термина «контрафакция» применительно к патентному, а не авторскому праву свидетельствует о неоднозначности понимания данного термина и о некотором его размытии, сохранившемся и по сей день. Проф. Э. П. Гаврилов справедливо отмечает, что термин «контрафакция» иногда используется «для обозначения нарушений в сфере интеллектуальной собственности вообще», а в последнее время вместо

¹ Советский юридический словарь / Под ред. Н. Д. Казанцева, С. Н. Братусь и проч. М.: Госюриздат, 1953 // <http://www.determiner.ru>

² Толковый словарь русского языка: в 4-х тт. / Под ред. Д. Н. Ушакова. М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1935–1940 // <http://ushakovdictionary.ru>

³ Большая советская энциклопедия. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1969–1978 // <http://slovari.yandex.ru>

данного термина часто применяется термин «пиратство»¹.

Причина подобного размытия названных понятий на наш взгляд, заключается в отсутствии легального закрепления их признаков. Термин «контрафакция» отсутствует в современном российском законодательстве об авторском и смежных правах, но в то же время статьи Гражданского кодекса РФ² (далее – ГК РФ), посвященные обеспечению исков по делам о нарушении авторских и смежных прав, говорят о контрафактных экземплярах произведения³, а Федеральный закон «Об обращении лекарственных средств» содержит определение контрафактного лекарственного средства⁴.

В современной литературе встречается и более узкое понимание, когда под контрафакцией понимается «товар, который юридически не может быть введен в оборот в силу правовых, техниче-

¹ Гаврилов Э. П. Энциклопедия юриста. М., 2005 // <http://dic.academic.ru>

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (в ред. от 08 декабря 2011 г.) // Российская газета. 2006. 22 декабря. № 289.

³ Ст.ст. 1302 и 1312 ГК РФ.

⁴ П. 39 ст. 4 Федерального закона «Об обращении лекарственных средств» от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ (в ред. от 25 декабря 2012 г.) называет контрафактным такое лекарственное средство, которое находится в обороте с нарушением гражданского законодательства. – *Прим. авт.*

ских, или иных ограничений»¹. То есть, сегодня можно говорить о широком и узком понимании понятия контрафакции. В целом, наличие в цивилистической доктрине нескольких подходов к пониманию контрафакта характерно не только для нашей страны, но и для целого ряда европейских стран². Второй подход представляется не вполне корректным, поскольку в таком случае целый ряд устоявшихся юридических понятий – таких, как «контрафактный товар», «контрафактный экземпляр произведения» и др., оказываются лишёнными всякого смысла.

Понятие пиратства как уже говорилось выше, не нашло своего отражения в федеральном законодательстве об авторском и смежных правах, но в то же время довольно часто встречается в отдельных отраслевых, подзаконных и региональных нормативно-правовых актах³. К сожалению и в указанной категории источников отсутствует легальное определение пиратства.

Таким образом, попытка сопоставить пиратство и контрафакцию – два юридических понятия, не

¹ Толмачев Ю. Н. О соотношении понятий «контрафакция» и «интеллектуальное пиратство» в законодательстве России и зарубежных стран // Вестник Московского университета МВД России. 2009. № 6. С. 186–188.

² Пирогова В. В. Контрафакт и пиратство: вопросы теории и практики // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2010. № 2. С. 12–20.

³ Постановление Правительства Москвы от 30 августа 2005 г. № 651-ПП (в ред. от 02 апреля 2013 г.) «О ходе реализации Городской целевой программы «Электронная Москва» и задачах на 2006–2007 гг.» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2005. 12 сентября. № 51.

имеющих легальных определений – по сути, зависит от субъективного взгляда на содержание указанных понятий. Так, С. В. Сухоставец выдвигает тезис о том, что «понятия «контрафакция» и «интеллектуальное пиратство» соотносятся между собой, как общее и особенное. Т. е. всякое интеллектуальное пиратство представляет собой контрафакцию, в то время, как не всякая контрафакция является интеллектуальным пиратством»¹. Данная точка зрения может быть обусловлена тем, что понятие «контрафактная продукция» сегодня применяется и для произведений, распространяемых с нарушением авторских прав, и для товаров (работ и услуг), обозначенных известными товарными знаками (знаками обслуживания) без надлежащих на то полномочий. При таком подходе можно предположить, что наряду с интеллектуальным пиратством могут существовать и иные виды пиратства (например, патентное), которые в своей совокупности составляют виды контрафакции. А, следовательно, правомерно поставить вопрос о выделении видовых категорий в понятиях пиратства и контрафакции.

Ю. В. Трунцевский выделяет четыре вида интеллектуального пиратства: видеопиратство, аудиопиратство, изготовление нелегального программного обеспечения и литературное пират-

¹ Сухоставец С. В. Интеллектуальное пиратство и контрафактная продукция на потребительском рынке: понятие и виды // Вестник Российской государственной академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. 2012. № 3. С. 87–96.

ство¹. С данной классификацией не во всем можно согласиться, однако использование в качестве классификационного критерия вида объекта интеллектуальной собственности представляется вполне оправданным, с той лишь оговоркой, что данный критерий может быть не единственным. В первую очередь, хотелось бы применить данный критерий не к понятию пиратства, а к более широкому понятию контрафакции. Полагаем возможным выделить следующие виды контрафакции:

- патентная контрафакция – нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, охраняемые патентами;
- авторско-правовая контрафакция, или интеллектуальное пиратство – нарушение исключительных прав на объекты авторских и смежных прав;
- контрафакция средств индивидуализации, или «брендовая контрафакция» – нарушение исключительных прав на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий;
- контрафакция топологий интегральных микросхем.

Указанная классификация не включает в себя контрафакцию единых технологий в связи с тем, что они, являясь самостоятельным объектом интеллектуальной собственности, в то же время представляют собой совокупность вышеуказанных объектов интеллектуальной собственности, а так-

¹ Трунцевский Ю. В. Интеллектуальное пиратство: гражданско-правовые и уголовно-правовые меры противодействия. М., 2002. С. 126.

же технических данных, информации и др.¹ Также объектом контрафакции вряд ли могут быть сведения, составляющие секрет производства (ноу-хау), поскольку для нарушения исключительных прав на данные сведения, они должны стать известны третьим лицам, а правовая охрана ноу-хау в таком случае прекращается². Таким образом, в отношении ноу-хау можно говорить не о нарушении исключительных прав, а о нарушении режима конфиденциальности, что само по себе не является контрафакцией.

Переходя к классификации пиратства по видам объектов авторских и смежных прав, представляется более правильным называть не 4 вида, предложенные Ю. В. Трунцевским, а 11 видов групп объектов авторских прав и 5 видов объектов смежных прав, которые поименованы в ГК РФ³. В то же время, даже если перечень будет насчитывать 16 видов, он все равно не будет полным, поскольку перечень видов объектов авторских и смежных прав, указанный в ГК РФ, не является исчерпывающим.

Указанную классификацию можно сделать более емкой, выделив два вида – аналоговое и цифровое пиратство. Необходимо отметить, что ГК РФ говорит только о необходимости существования произведений и объектов смежных прав в объективной форме для их правовой охраны, и не говорит о цифровой форме произведений. Однако два ука-

¹ П. 1 ст. 1542 ГК РФ.

² П. 2 ст. 1468 ГК РФ.

³ Данные перечни приводятся в п.1 ст. 1259 и п.1 ст. 1304 ГК РФ.

занных вида имеют принципиальные различия в механизмах реализации, а главное, поиска виновных лиц и их привлечения к ответственности. Если ущерб, причиненный правообладателю аналоговым пиратством, можно подсчитать, опираясь на фактически изготовленное количество контрафактных произведений, или изделий, то цифровое пиратство по своей сути является абсолютно эфемерным явлением. Да и количество граждан, хотя бы раз скачивавших нелицензионные произведения, программы для ЭВМ и другие объекты авторских и смежных прав, несоизмеримо больше количества лиц, изготавливающие контрафактные копии произведений. В этой связи можно говорить и о двух категориях «пиратов» – «оффлайн-пираты» и «онлайн-пираты», хотя данные понятия являются скорее, сленговыми, нежели научными.

В качестве еще одного актуального критерия классификации можно назвать мотивы, которыми руководствуются нарушители исключительных прав. ГК РФ не упоминает мотива правонарушения в качестве условия наступления ответственности за контрафакцию, но в то же время он зачастую может иметь принципиальное значение. По критерию мотива правонарушения предлагается выделить следующие виды контрафакции:

- коммерческая контрафакция – нарушение исключительных прав, направленное на извлечение прямой имущественной выгоды за счет реализации контрафактного товара как в информационно-телекоммуникационных сетях, так и в реальном мире;

– неимущественная контрафакция – нарушение исключительных прав в целях получения неимущественной выгоды, например, в сфере науки и образования. Данная контрафакция выделена в отдельный вид по той причине, что нарушитель получает неимущественную выгоду в виде защиты научной работы, публикации статьи и т. п., вследствие чего деловой (научной) репутации автора произведения причиняется ущерб;

– некоммерческая контрафакция – нарушение исключительных прав, при котором нарушитель использует объект авторских, или смежных прав в личных целях, не преследуя цели извлечения прибыли. Данный вид контрафакции является наиболее распространенным, а нарушители привлекаются к ответственности напротив, крайне редко.

Первые два вида контрафакции, несомненно, представляют собой наибольшую общественную опасность, прежде всего, в силу необоснованного получения выгоды нарушителями авторских прав. Вместе с тем, сегодня в сети Интернет получают широкое распространение новые виды произведений, при которых зачастую бывает трудно установить наличие, или отсутствие причиненного правообладателю ущерба. К ним относятся т. н. фанфики, моды, меш-апы и другие аналогичные произведения, которые изготавливаются пользователями сети Интернет на основе оригинальных произведений. Пользователи при этом не преследуют целей извлечения прибыли, а создают данные произведения из любви к творчеству писателя, музыкального коллектива, или разработчика игр. Остановимся

подробнее на нескольких видах таких произведений.

«Фанфиками» (от англ. “fan fiction”) называют литературные произведения, при которых читатель «заимствует» у автора литературных персонажей, место действия и переделывает окончание произведения, дописывает новые главы, или вообще создает отдельное литературное произведение. Широкую известность фанфики получили в среде поклонников многотомных фантастических произведений, таких как «Гарри Поттер», «Властелин колец», «Звездные войны» и др. Например, перед мировой премьерой последней (седьмой) части саги о Гарри Поттере, в сети Интернет появились собственные варианты этой книги, написанные самими читателями, а объем отдельных версий книги превышал 500 страниц печатного текста. При этом одним из главных условий негласного «кодекса поведения» авторов фанфиков является безвозмездность: в сети Интернет считается дурным тоном взимать плату за прочтение, или скачивание фанфиков, даже если автор потратил на ее написание несколько месяцев.

Меш-апы получили свое распространение в сфере электронной музыки. Авторы музыкальных произведений в данной сфере довольно часто используют в своих произведениях мелодии, или вокальные партии известных исполнителей, это явление получило название ремикширования. Меш-апы отличаются от ремиксов тем, что автор представляет слушателю не собственную версию оригинального произведения, а оригинально соединенные вокальные и музыкальные партии нескольких

произведений. Иногда меш-апы строятся на авторском исполнении песен одного исполнителя «в стиле» другого исполнителя, или группы. Например, большую популярность в сети Интернет получили альбомы безымянного коллектива, обладающего голосами, «сходными до степени смешения» с голосами группы "The Beatles". Однако данный коллектив исполняет песни не «Ливерпульской четверки», а песни Элвиса Пресли, группы "Queen" и т. п. В результате получается продукт из серии «как бы Beatles исполнили песни Элвиса». В данном случае очевидно, что творчество данного коллектива не посягает ни на творчество Элвиса Пресли, ни на творчество группы Битлз, а представляет собой самостоятельные произведения, исполненные на основе оригинальной концепции.

Произведения, называемые «моды», получили свою известность в мире компьютерных игр и по своей природе во многом схожи с фанфиками. Поклонники игр, владеющие языками программирования, декомпилируют компьютерную программу и встраивают в ее исходный код новые объекты, в результате чего у компьютерного персонажа может появиться новое оружие, амуниция, или качества, которых изначально не было предусмотрено разработчиками игры. К играм, которые проходятся в режиме «карьеры» авторы модов добавляют новые миссии, задания и т. п. После этого авторы делятся своими доработками с другими пользователями, таким образом, что любое третье лицо, легально (или нелегально) установившее себе компьютерную игру, может бесплатно скачать себе

дополнение (мод) к игре и наслаждаться новыми ощущениями.

Отношение авторов и правообладателей к такой активности пользователей не всегда однозначно, но как правило, многие из них это косвенно поощряют. К примеру, Джоан Роулинг (автор произведений о Гарри Поттере) публикует наиболее интересные фанфики своих читателей на собственном сайте в сети Интернет. Подобная деятельность вполне может быть выделена в отдельный вид, который можно было бы условно назвать «креативный плагиат». Впрочем, такое выделение может иметь место только в том случае, если деятельность авторов фанфиков и иных аналогичных произведений будет в принципе признаваться нарушением исключительных прав.

Действующее российское законодательство и судебная практика пока не дают ответа на этот вопрос. С точки зрения ГК РФ все названные объекты авторских прав можно было бы квалифицировать, как производные произведения, поскольку перечень их видов является незакрытым¹. В таком случае авторы данных произведений в силу ч. 3 ст. 1260 ГК РФ должны получать разрешение у авторов исходных произведений на использование их фрагментов. Однако фанфики, меш-апы, моды и другие аналогичные произведения могут быть квалифицированы и как пародии, которые законодатель выделил в качестве отдельного вида произведений.

Выбор в данном случае стоит не только между двумя вариантами правовой квалификации произ-

¹ П. 1 ст. 1260 ГК РФ.

ведений, но и между тем, считать такое творчество контрафакцией, или нет. Ведь если исходить из того, что авторы фанфиков и других аналогичных произведений крайне редко обращаются к правообладателям за разрешением на переработку произведения, то квалификация фанфика как производного произведения автоматически влечет за собой признание его контрафактным. Квалификация фанфиков в качестве пародий напротив, автоматически делает их легальными, поскольку создание пародии является случаем свободного использования произведений и не требует разрешения автора, или правообладателя¹.

В отсутствие четкого законодательного разграничения фактически, вопрос о привлечении авторов фанфиков и иных аналогичных произведений к ответственности остается на усмотрение автора, или правообладателя. Более того, теоретически можно представить ситуацию, при которой автор может одобрить и даже опубликовать фанфик, созданный поклонником на основе его произведения, в то время как издательство, обладающее исключительными правами на оригинальное произведение, предъявит к автору фанфика судебный иск.

Наиболее оптимальным критерием разграничения пародий и производных произведений применительно к указанным видам произведений представляется уже упоминавшийся критерий мотивации гипотетического нарушителя. Ведь если автор подобных произведений создает их лишь для того, чтобы затем продавать под видом оригинальных произведений, вред, причиняемый авторам оригина-

¹ В силу п. 3 ст. 1274 ГК РФ.

нального произведения, очевиден, хотя и не бесспорен. Но как правило, новые музыкальные, или литературные произведения, распространяясь в сети Интернет, только подогревают интерес пользователей к оригинальному произведению и приводят к росту его продаж. Если же автор распространяет произведение на безвозмездной основе и упоминает о том, что в произведении были использованы не принадлежащие ему объекты авторских и смежных прав, то в данном случае вообще сложно говорить о каком бы то ни было негативном влиянии на автора оригинального произведения.

Немаловажную роль играет и субъект, изготовивший новое произведение. По смыслу ст. 1260 ГК РФ, производные произведения как правило, создаются профессионалами в своем деле – профессиональными переводчиками, аранжировщиками, и т. п. Лицо, профессионально занимающееся деятельностью по созданию объектов авторских и смежных прав, и извлекающего из этого имущественную выгоду безусловно, должно более внимательно относиться к соблюдению норм российского законодательства о защите интеллектуальной собственности. Признавая существование пародий, как самостоятельного жанра профессиональной эстрадной деятельности, необходимо все же отметить, что рассмотренные выше произведения создаются, как правило, любителями, имеющими профессиональные познания в некоторой области, но не занимающихся созданием объектов авторских и смежных прав на профессиональной основе. Возможно, в данном случае стоит говорить

даже не о пародировании, а о подражании автору со стороны его поклонника.

Как видим, вопрос о современном понимании понятия контрафакта, выходит далеко за рамки понятийного аппарата авторского права, и имеет высокую практическую значимость. Это и вопросы противодействия очевидным нарушениям исключительных прав, совершенным с использованием информационно-телекоммуникационных сетей. Но это и вопросы появления в сети Интернет новых видов произведений, которые пока не нашли однозначной правовой регламентации, и находятся где-то посередине между производными и пародийными произведениями.

Существование таких произведений не только позволяет сделать вывод о необходимости выделения новых видов объектов авторских и смежных прав, но и позволяет говорить о появлении нового вида контрафакции – так называемого «креативного пиратства». Выделяя новые категории в области нарушений авторских и смежных прав, правовая наука должна задуматься и о выработке новых способов противодействия таким нарушениям. Что в свою очередь, позволяет поставить вопрос о необходимости правовой регламентации описанных в данной статье явлений.

Список использованных источников:

1. *Дворянкин О. А.* Что такое пиратство? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 2.

2. «Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений» от 09 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

3. *Пейнетьер Д.* Живучесть пиратства и его последствия для творчества, культуры и устойчивого развития // Материалы XIII сессии Межправительственного комитета UNESCO по авторскому праву. Париж: ЮНЕСКО, 2005.

4. Советский юридический словарь / Под ред. Н. Д. Казанцева, С. Н. Братусь и проч. М.: Госюриздат, 1953 // <http://www.determiner.ru>

5. Толковый словарь русского языка: в 4-х тт. / Под ред. Д. Н. Ушакова. М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1935–1940 // <http://ushakovdictionary.ru>

6. Большая советская энциклопедия. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1969–1978 // <http://slovari.yandex.ru>

7. *Гаврилов Э. П.* Энциклопедия юриста. М., 2005 // <http://dic.academic.ru>

8. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (в ред. от 08 декабря 2011 г.) // Российская газета. 2006. 22 декабря. № 289.

9. *Толмачев Ю. Н.* О соотношении понятий «контрафакция» и «интеллектуальное пиратство» в законодательстве России и зарубежных стран // Вестник Московского университета МВД России. 2009. № 6.

10. *Пирогова В. В.* Контрафакт и пиратство: вопросы теории и практики // Интеллектуальная соб-

ственность. Авторское право и смежные права. 2010. № 2. С. 12–20.

11. Постановление Правительства Москвы от 30 августа 2005 г. № 651-ПП (в ред. от 02 апреля 2013 г.) «О ходе реализации Городской целевой программы «Электронная Москва» и задачах на 2006–2007 гг.» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2005. 12 сентября. № 51.

12. *Сухоставец С. В.* Интеллектуальное пиратство и контрафактная продукция на потребительском рынке: понятие и виды // Вестник Российской государственной академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. 2012. № 3.

13. *Трунцевский Ю. В.* Интеллектуальное пиратство: гражданско-правовые и уголовно-правовые меры противодействия. М., 2002.

А. А. МАКАРЦЕВ

Новосибирский университет потребительской кооперации, доцент кафедры конституционного и международного права, заместитель декана юридического факультета; член Новосибирской городской муниципальной избирательной комиссии, кандидат юридических наук, доцент (630087 г. Новосибирск, пр-кт К. Маркса, д. 26; тел.: (383) 346-57-58, civillaw@sibupk.nsk.su)

ПРОБЛЕМЫ РАЗРЕШЕНИЯ ИЗБИРАТЕЛЬНЫХ СПОРОВ, ОСЛОЖНЕННЫХ НАРУШЕНИЕМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Ключевые слова: избирательные комиссии; кандидат; избирательное объединение; интеллектуальное законодательство; объекты права интеллектуальной собственности

Аннотация: Автор рассматривает особенности разрешения избирательных споров, связанных с нарушением в ходе избирательной кампании права интеллектуальной собственности. На основе анализа действующего российского законодательства и судебной практики, автор делает предложение о расширении круга субъектов, обладающих правом обратиться в суд с заявлением об обмене регистрации кандидата (списка кандидатов) за счет правообладателей интеллектуальных прав. Также обра-

щается внимание на то, что такое основание отмены регистрации как нарушение законодательства об интеллектуальной собственности является чрезмерно строгой и неоправданной конституционно-правовой санкцией.

В последние годы достаточно большое количество споров в ходе избирательных кампаний возникает в связи с нарушением права интеллектуальной собственности. Это связано с введением в ст. 56 Федерального закона от 12 июня 2006 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»¹ п. 1.1², согласно которому запрещается агитация, нарушающая законодательство Российской Федерации об интеллектуальной собственности.

Отношения, связанные с использованием в агитационных материалах объектов интеллектуальной собственности, являются межотраслевыми, что определяется комплексным характером избирательного права. Их можно охарактеризовать в качестве структурно-сложных³, регулирование которых требует использования как публично-правовых, так и частноправовых механизмов. В

¹ СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

² Федеральный закон от 5 декабря 2006 г. № 225-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5303.

³ Алексеев С. С. Избранное. М.: Статут, 2003. С. 4.

связи с этим при рассмотрении подобных дел необходимо принимать во внимание не только избирательное законодательство, но и особенности правового регулирования гражданско-правовых отношений.

Актуальность рассматриваемой проблемы определяется еще и тем, что несоблюдение п. 1.1 ст. 56 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» кандидатом или избирательным объединением влечет применение в отношении них одной из самых жестких мер конституционно-правовой ответственности в сфере избирательного права – отмена регистрации кандидата (списка кандидатов). Эти законодательные положения направлены на обеспечение экономических интересов обладателей, владельцев, производителей объектов интеллектуальной собственности и дают им возможность выбора при решении вопроса о предоставлении права использовать их интеллектуальную собственность конкретным кандидатам и избирательным объединениям.

Наибольшее число избирательных споров о защите права интеллектуальной собственности связано с использованием в агитационных материалах изображений различных памятников и зданий. Судебная практика, касающаяся опубликования в агитационных материалах этих изображений, изначально трактовала законодательные положения неоднозначно, что определялось некоторым несовершенством последних. Так, в ходе избирательной кампании 2006 г. по выборам главы городско-

го поселения Щелково кандидату К. инкриминировалось нарушение законодательства об интеллектуальной собственности в форме использования в агитационном плакате фотографии памятника в виде списанного истребителя МИГ, установленного вблизи поселка Бахчиванджи, одного из микрорайонов Щелково. Решением Щелковского городского суда от 28 сентября 2006 г. и Определением судебной коллегии по гражданским делам Московского областного суда от 4 октября 2006 г. регистрация кандидата К. была отменена. Проведя анализ обстоятельств дела, суд посчитал, что опубликованием в печатном агитационном материале фотографии памятника было нарушено право интеллектуальной собственности его авторов, в частности конструкторов А. И. Микояна и М. И. Гуревича¹.

Основные критерии, посредством которых оцениваются избирательные правонарушения, связанные с правом интеллектуальной собственности, содержатся в гражданском законодательстве. Положения, содержащиеся в ст. 1276 Гражданского кодекса Российской Федерации, позволяют выделить признаки правонарушения в сфере интеллектуального права, и не рассматривать любое использование объекта интеллектуальной собственности как нарушение законодательства. Согласно ему допускается без согласия автора или иного

¹ *Какителашвили М. М.* Некоторые аспекты конституционно-правовой ответственности на выборах за нарушения законодательства об интеллектуальной собственности // Российское право в Интернете. 2009. № 5 (спецвыпуск) // <http://www.rpi.msal.ru>

правообладателя и без выплаты вознаграждения воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю фотографического произведения, произведения архитектуры или произведения изобразительного искусства, которые постоянно находятся в месте, открытом для свободного посещения за исключением случаев, когда изображение произведения таким способом является основным объектом этого воспроизведения, сообщения в эфир или по кабелю либо когда изображение произведения используется в коммерческих целях.

Этот подход не является новеллой действующего российского законодательства. Подобное положение содержалось и в не действующем в настоящее время Законе Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-І «Об авторском праве и смежных правах»¹. Согласно ст. 21 этого акта допускались без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения воспроизведение, передача в эфир или сообщение для всеобщего сведения по кабелю произведений архитектуры, фотографии, изобразительного искусства, которые постоянно расположены в месте, открытом для свободного посещения за исключением случаев, когда изображение произведения является основным объектом таких воспроизведений, передачи в эфир или сообщения для всеобщего сведения по кабелю или когда изображение произведения используется для коммерческих целей.

¹ Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-І «Об авторском праве и смежных правах» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242.

В ходе избирательной кампании по выборам депутатов Совета депутатов г. Новосибирска в Заельцовский районный суд г. Новосибирска обратился С. с заявлением об отмене регистрации кандидата Д. в связи с тем, что последним были нарушены положения законодательства о защите прав интеллектуальной собственности. В изданном кандидатом Д. печатном агитационном материале «За народную власть» были помещены фотографии ряда объектов, расположенных на территории г. Новосибирска: школа № 131, Дом культуры им. Кирова.

Представитель заявителя в ходе судебного процесса обратил внимание, что согласно ст. 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации объектами авторских прав являются все произведения архитектуры независимо от достоинств и назначения, а также от способа их выражения. Также обращалось внимание на бессрочный характер этих прав, закрепляемый ст. 1267 Гражданского кодекса Российской Федерации. Вследствие этого делался вывод, что опубликование изображения школы и Дома культуры в агитационном материале, согласно ч. 2 ст. 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации, является использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели. В связи с тем, что авторы архитектурных ансамблей Дома культуры и школы не давали своего согласия на воспроизведение этих объектов в печатном агитационном материале, по мнению заявителя, кандидатом Д. был нарушен п. 1.1 ст. 56 Федерального закона «Об основных га-

рантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации».

Анализ агитационного материала с фотографиями школы и Дома культуры указывает на то, что эти объекты находятся в открытых и свободных для доступа местах и не являются основными объектами в агитационных материалах. Важное значение имеет и то, что распространение этих материалов осуществлялось в некоммерческих целях. Необходимо отметить, что заявитель неправильно истолковал положения ст. 1270 Гражданского кодекса в контексте закрепления особенностей исключительных прав на объекты архитектуры. По нашему мнению, практической реализацией воспроизведения архитектурного объекта является реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта, а не простое опубликование его изображения, как это обосновывал заявитель. В связи с этим можно сделать вывод, что использования архитектурных объектов, на чем настаивал заявитель, не было. Суд отказал в удовлетворении его требований¹.

Подобный подход в последнее время получил распространение в решениях иных судебных органов, которые нашли подтверждение и в кассационной инстанции. Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации отказала в удовлетворении кассационной жалобы Р. об отмене решения Верховного Суда Республики Саха (Якутия) от 23 февраля 2008 г. В решении суда первой инстанции было признано

¹ Решение Заельцовского районного суда г. Новосибирска от 2 марта 2010 г. по делу № 2-1304/2010 г.

отсутствие правонарушения в факте размещения в агитационных материалах фотографии стелы «Ай-хал» в г. Якутске и фотографии кандидата П. на фоне памятника И. В. Сталину. По мнению суда, данные памятники находятся в месте, открытом для свободного посещения, и не являются основным объектом печатного агитационного материала¹.

На выборах главы городского округа «Город Лесной» Свердловской области кандидат в ряде своих агитационных материалов использовал фрагмент изображения храма Архангела Гавриила, расположенного в с. Меркушино Верхотурского района. Суд, рассматривая дело, пришел к выводу, что, поскольку храмовый комплекс в с. Меркушино находится в открытом месте, свободном для посещения, и изображение не является основным объектом в агитационном материале, нарушения законодательства об интеллектуальной собственности здесь не было. С выводами Городского суда города Лесного согласился Свердловский областной суд, оставив его решение без изменения².

Важное значение при рассмотрении подобных дел имеет выделение субъекта исключительных прав: архитектор как автор архитектурного произведения или фотохудожник как автор изображения

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 29 февраля 2008 г. № 74-Г08-20 // СПС «КонсультантПлюс».

² Буртов И. А. Опыт судебного рассмотрения избирательных споров на выборах 14 марта 2010 г.: в бой идут диснеевские утята // Выборы и референдумы. 2010. № 1. С. 54.

архитектурного произведения, помещенного в агитационном материале. Так, судом первой инстанции было удовлетворено заявление об отмене регистрации кандидата в депутаты М., допустившего, по мнению суда, нарушение избирательного законодательства. В частности, в агитационном материале – настенном перекидном календаре – были использованы фотографии некоторых произведений архитектуры и скульптуры. Суд согласился с доводами заявителя о незаконном использовании изображений, произведений архитектуры и культуры в агитационных материалах М.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации отменила решение суда первой инстанции, отметив, что оно было вынесено без учета федерального законодательства об авторском праве. По мнению Судебной коллегии, при вынесении по делу решения судом первой инстанции оставлено без внимания то, что приведенные в качестве иллюстраций в календаре, являющемся агитационным материалом, фотографии не содержат явно выраженного воспроизведения конкретных объектов архитектуры, а являются самостоятельными объектами фотографического искусства. Также в кассационном определении было отмечено, что суд первой инстанции при вынесении решения не учел того, что с автором-фотографом был предварительно заключен авторский договор, следовательно, использование его авторских работ в агитационных материалах М. являлось правомерным. По мнению кассационной инстанции, суд оставил без внимания указание на обстоятельства, дающие возможность воспро-

изведения охраняемых объектов без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения: во-первых, когда они используются не в качестве основного объекта воспроизводства, а в качестве иллюстрации в ином объекте авторского права наравне с другими составляющими элементами этого объекта; во-вторых, когда печатный агитационный материал не используется для коммерческой деятельности и распространение его не ставит целью извлечение дохода¹.

В решении Верховного Суда Российской Федерации от 12 ноября 2007 г., которым было отказано в удовлетворении заявления об отмене регистрации списка кандидатов в депутаты Государственной думы, выдвинутого КПРФ, отмечалось, что фотографии скульптуры «Рабочий и колхозница», монумента «Покорителям космоса», памятника М. В. Ломоносову являются самостоятельным результатом творческой деятельности выполнивших их лиц. В связи с тем, что был предъявлен договор по оказанию услуги по художественному оформлению наглядных материалов в период избирательной кампании и передаче КПРФ всех прав интеллектуальной собственности, суд нарушений законодательства не подтвердил².

Анализ судебной практики позволяет сделать вывод, что довольно сложным для правопримени-

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 2 сентября 2008 г. № 41-Г07-25 // СПС «Консультант-Плюс».

² Решение Верховного суда Российской Федерации от 12 ноября 2007 г. № ГКПИ07-1428 // СПС «Консультант-Плюс».

теля является разрешение определяющего для подобных дел вопроса: в каких случаях изображение здания либо памятника можно рассматривать в качестве основного объекта печатного агитационного материала? Данная проблема определяется тем, что категория «основной объект» не находит расшифровки в действующем законодательстве и, как отмечается в литературе, разрешение данного вопроса является прерогативой суда. При оценке соответствующего способа воспроизведения прежде всего необходимо определить местоположение произведения на фотографии или в кадре¹.

В связи с этим вызывает интерес решение судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, отменившее решение Верховного суда Республики Саха (Якутия) от 13 февраля 2008 г. об отмене регистрации кандидата в народные депутаты Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия) по Набережному избирательному округу № 6 гражданина Б. Основанием отмены регистрации являлось нарушение Б. интеллектуального законодательства, заключающееся в обнародовании в агитационном материале под названием «Наш Набережный» фотографии мемориала, находящегося на площади Победы в городе Якутске, и опубликовании в плакате «Б. Человек, проверенный временем» фотографии самого кандидата на фоне

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая / Под. ред. С. А. Степанова. М.: Проспект: Екатеринбург: Институт частного права, 2010. С. 1195.

скульптур мемориала. В ходе судебного заседания представители заявителя обратили внимание, что входная арка и монументальная стела, запечатленные на фотографиях, которые были помещены в агитационных материалах, являются важной составляющей частью всего мемориального комплекса площади Победы, авторы которого не давали согласия на использование и распространение изображения их произведения в агитационном материале. С одной стороны, суд первой инстанции согласился с утверждением Б. о том, что мемориальный комплекс расположен в месте, открытом для свободного посещения, что делает опубликование его изображения в агитационном материале законным. С другой стороны, в связи с тем, что изображение архитектурного ансамбля, по мнению суда, является основным объектом в агитационном материале, необходимо согласие авторов. По этим же основаниям судом не признано фоном изображение арки мемориального комплекса в печатном издании «Наш Набережный». Данное произведение было помещено в правом верхнем углу печатного материала, что, по мнению суда, притягивает внимание избирателей и позволяет охарактеризовать изображение арки мемориального комплекса как самостоятельный объект.

Фактически суд первой инстанции попытался определить признаки нарушения исключительных прав при опубликовании объектов интеллектуального права в агитационных материалах. По мнению суда, эти объекты «находятся на видном месте, притягивающем взгляд и внимание читателей», то есть влияют на формирование позитивно-

го мнения о кандидате (избирательном объединении), можно рассматривать их в качестве основного объекта и вести речь о нарушении законодательства об интеллектуальной собственности. Но данный подход не в полной мере соответствует особенностям правового регулирования отношений, связанных с исключительными правами, которые не должны зависеть от содержания и формы агитационных материалов.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации не согласилась с выводами суда первой инстанции, обосновав это тем, что изображение памятников не могло являться основным объектом, так как издание и распространение агитационного материала преследует цель побуждения избирателей голосовать за конкретного кандидата и избирательные объединения. Также, по мнению суда кассационной инстанции, определяющее значение имеет то, что само по себе изображение площади Победы, в том числе и стелы, свободно используется в различных печатных изданиях, открытках, интернет-сайтах. В связи с этим изображение мемориала является фоном для изображения основного объекта – кандидата¹.

Одной из причин отказа в удовлетворении заявления о нарушении кандидатом законодательства об интеллектуальной собственности является то, что заявитель не смог доказать факт нарушения закона. Так, в ходе избирательной кампании по до-

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 26 февраля 2008 г. № 74-Г08-10 // СПС «КонсультантПлюс».

полнительным выборам депутата Совета депутатов г. Новосибирска кандидатом М. были выпущены агитационные материалы «Я хочу дать совет», «Лунный календарь», которые содержали изображение персонажей из мультипликационных фильмов «Алеша Попович и Тугарин змей», и «Приключения кота Леопольда». По мнению заявителя, мультипликационные персонажи являются интеллектуальной собственностью. В связи с этим кандидатом М. было совершено правонарушение, которое является основанием отмены регистрации.

Представители кандидата М. возражали против удовлетворения заявления, так как изображения являются не кадрами мультфильмов, а авторской работой одного из новосибирских художников Ф., с которым у кандидата было заключено соглашение об оказании безвозмездных услуг по оформлению агитационных материалов. Суд отметил, что доказательств использования в агитационных материалах объектов чьих-либо авторских прав, а также принадлежности кому-либо прав на данные образцы, заявлений о правообладателях о запрете использования не представлено. В связи с этим Дзержинский районный суд г. Новосибирска отказал в удовлетворении заявления¹. Это решение нашло подтверждение и в апелляционной инстанции².

Уяснить логику судебных органов в определении содержания категории «основной объект» позволяя-

¹ Решение Дзержинского районного суда г. Новосибирска от 28 февраля 2013 г. // Дело № 2-1295/13.

² Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Новосибирского областного суда от 3 марта 2013 г. / Дело № 33-2647-2013.

ет дело, связанное с выборами Законодательного Собрания Приморского края, в ходе которых в агитационных материалах были опубликованы изображения плакатов «Дойдем до Берлина» и «Я старик, вы меня понимаете...». Суд, рассматривая обстоятельства избирательного спора, отмечал, что кроме репродукций плакатов, иных изображений на первых страницах агитационного материала нет. В связи с этим, по мнению суда, наличие в агитационных печатных материалах нескольких листов не имеет значения, так как авторские плакаты, расположенные на весь объем первой страницы, воспринимаются как основные объекты воспроизведения¹.

Подводя итоги, необходимо отметить, что в связи с необходимостью создания оптимальных механизмов разрешения споров, связанных с нарушением в ходе избирательной кампании законодательства об интеллектуальной собственности, необходимо в Гражданском кодексе Российской Федерации дать более развернутую характеристику категории «основной объект», закрепленной ст. 1276, либо предусмотреть исключения при применении российского законодательства об интеллектуальной собственности в отношении избирательных отношений. В последнем случае характеристику категории «основной объект», используемой при разрешении избирательных споров, можно закрепить и в Федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав граждан и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». Под использованием произведения в аги-

¹ Определение Верховного Суда от 15 ноября 2006 г по делу № 56-ГО6-45 // СПС «КонсультантПлюс».

тационном печатном материале в качестве основного объекта можно понимать такое использование произведения, при котором на странице печатного агитационного материала отсутствует иное изображение либо его воспроизведение занимает центральное, основное место в печатном агитационном материале. В законодательстве необходимо также закрепить обязанность кандидата (избирательного объединения) заключать договор с фотохудожниками об использовании сделанных ими фотографий в агитационных материалах. Договор в обязательном порядке должен предоставляться в соответствующую избирательную комиссию вместе с печатным агитационным материалом, в иных случаях – по требованию избирательной комиссии.

Анализ судебной практики последних лет позволяет внести предложение о необходимости закрепления в Федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» положения о том, что опубликование в агитационном материале кандидатов (избирательных объединений) изображений памятников и зданий, находящихся в месте, открытом для свободного посещения, допускается на территории соответствующего избирательного округа и не может являться нарушением законодательства об интеллектуальной собственности.

В связи с особенностями отношений, связанных с защитой права на интеллектуальную собственность, необходимо в ст. 76 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Россий-

ской Федерации» расширить круг субъектов, обладающих правом обратиться в суд с заявлением об отмене регистрации кандидата (списка кандидатов) в случае несоблюдения последним п. 1.1 ст. 56 «Об основных гарантиях избирательных прав граждан и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», включив в их число правообладателя интеллектуальных прав. Ведь в настоящее время в случае возникновения спора между кандидатом и автором материала, используемого в агитационном материале кандидата, такой спор должен разрешаться по иску заинтересованной стороны в гражданско-правовом порядке и не может влечь ответственности кандидата в виде отмены его регистрации за проведение агитации, нарушающей законодательство об интеллектуальной собственности¹.

Необходимо обратить внимание, что такое основание отмены регистрации кандидатов, списка кандидатов как нарушение законодательства об интеллектуальной собственности, является чрезмерно строгой и неоправданной конституционно-правовой санкцией. Фактически возможность отмены регистрации за нарушение законодательства об интеллектуальной собственности, на значимость и сложность которого обращалось особое внимание Верховным Судом Российской Федерации², формализует состав конституционно-

¹ Избирательное право в судебной практике: науч.-практ. пособие / Отв. ред.: В. В. Игнатенко, С. М. Шапиев. М.: РЦОИТ, 2008. С. 159.

² О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законода-

правового правонарушения посредством норм гражданско-правового законодательства. По нашему мнению, основанием отмены регистрации может являться только деяние, которое умаляет избирательные права субъектов избирательного процесса.

Список использованных источников:

1. Избирательное право в судебной практике / Отв. ред.: В. В. Игнатенко, С. М. Шапиев. М.: РЦОИТ, 2008.
2. *Алексеев С. С.* Избранное. М.: Статут, 2003.
3. *Какителашвили М. М.* Некоторые аспекты конституционно-правовой ответственности на выборах за нарушения законодательства об интеллектуальной собственности // Российское право в Интернете. 2009. № 5 (спецвыпуск) // <http://www.rpi.msal.ru>
4. *Буртов И. А.* Опыт судебного рассмотрения избирательных споров на выборах 14 марта 2010 г.: в бой идут диснеевские утята // Выборы и референдумы. 2010. № 1.
5. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: учебно-практический. Части первая, вторая, третья, четвертая / под. ред. С. А. Степанова. М.: Проспект: Екатеринбург: Институт частного права, 2010.

тельства об авторском праве и смежных правах: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. № 15 // Бюллетень ВС РФ. 2006. № 8.

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Е. А. ВОЙНИКАНИС

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», член Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», кандидат философских наук, доцент (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел.: (495) 771-32-32; hse@hse.ru)

Ключевые слова: Гегель; Кант; Фихте; философия права; авторское право; творчество; собственность

Аннотация: Настоящая статья описывает исследование немецкими философами-классиками (такими как Кант, Гегель и Фихте) проблемы философского и правового обоснования авторского права. Анализируются три подхода к литературному произведению, которое может рассматриваться в свете коммуникации автора и публики, как продукт активности человеческого Я и, наконец, как оригинальное выражение идей автора. Исследование сопровождается обобщением различных интерпретаций описанных концепций в правовой мысли и практике.

КЛАССИЧЕСКАЯ НЕМЕЦКАЯ ФИЛОСОФИЯ В ПОИСКАХ ОБОСНОВАНИЯ АВТОРСКОГО ПРАВА: КАНТ, ГЕГЕЛЬ И ФИХТЕ

О следующем требовании —
страхнуть с себя жизненные за-
боты, презреть богатство, — а
также о замечании (Матф. XIX,
23), как трудно богатому войти в
царство небесное, мы ничего
сказать не можем... Собствен-
ность и ее судьба стали для нас
слишком важными, чтобы ре-
флексия такого рода могла быть
для нас приемлемой, отказ от
них мыслимым.

*Георг Вильгельм
Фридрих Гегель¹*

Право представляет собой вполне самостоятель-
ную область знания, как в силу наличия специаль-
ного понятийного аппарата, методологии и систе-
мы, так и в силу тесной практической связи с жиз-
нью общества. В течение веков право оставалось
предметом пристального внимания европейских
философов, однако философия права и наука пра-
ва, скорее, сосуществовали, чем взаимодействова-
ли. Право интеллектуальной собственности, и,
прежде всего, авторское право, в этом смысле яв-
ляется одним из немногих исключений. Формиро-
вание системы авторского права в XIX веке сопро-

¹ Гегель Г. В. Ф. Дух христианства и его судьба / Работы
разных лет. В двух томах. Т. 2. М.: Мысль, 1971. С. 116.

вождалось активным освоением внеправовой, преимущественно философской, аргументации, которая была призвана обосновать и оправдать новую сферу регулирования. В настоящей статье излагаются и анализируются представления Канта, Гегеля и Фихте об особом праве автора на свои произведения, т. е. те идеи, которые не только во многом определили идеологию и теорию авторского права, но также продолжают оставаться для современных юристов предметом серьезных научных дискуссий.

Для немецкой правовой традиции характерно повышенное внимание к личным неимущественным правам автора. Серьезные аргументы в пользу такого подхода мы находим в работе Иммануила Канта 1785 года *«О незаконности перепечатки книг»*¹. Излагая собственное виденье проблемы перепечатки книг, немецкий философ апеллирует, в первую очередь, к общим положениям гражданского права, связанным с институтом поручения. Издатель печатает произведения по поручению автора и обязан отдавать ему полученную от продажи прибыль. Содержание книги представляет собой слово (речь) автора, адресованную читателю. Это слово издатель, печатая книгу, размножает, но в любом случае оно остается словом автора. Канта интересует вопрос о последствиях отчуждения напечатанных экземпляров книги. Получает ли приобретатель такого экземпляра право издавать произведение? Кант отвергает такую возможность, ссылаясь на то, что право издателя основано на личном согласии автора. Такое право не может вы-

¹ *Kant I. Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks.// Berlinische Monatsschrift № 5.1785. S. 403–441.*

текать из права собственности на вещь (экземпляр книги). Новоиспеченного издателя, на свой страх и риск, решившего напечатать книгу без согласия автора, связывают с автором определенные квазидоговорные отношения, а именно, известное уже римскому праву *negotiorum gestio* – ведение чужих дел без поручения. Обязанностью издателя, вытекающей из такого «как бы из договора» (*quasi ex contractu*), является возмещение автору причиненных убытков.

Вопросы авторского права затрагиваются Кантом также и в книге *«Метафизика нравов»* (1797). В отношении системы взаимоотношений между автором, издателем и читателями позиция Канта остается неизменной: «Книга – это сочинение (здесь безразлично, написано ли оно пером или напечатано, много в нем страниц или мало), представляющее речь, обращенную кем-то к публике в зримых знаках языка. Тот, кто обращается к публике от своего собственного имени, называется сочинителем (*autor*). – Тот, кто в сочинении публично выступает от имени другого лица (автора), есть издатель. Если издатель делает это с разрешения автора, то он правомерный издатель; но если он не имеет такого разрешения, он неправомерный издатель, т. е. перепечатчик»¹. На вопрос о противоправности контрафакции Кант отвечает так же, как и в первый раз – контрафактор одновременно нарушает и вещное право издателя, и личное право автора. Аналогичного мнения придерживался Фихте, полагая, что контрафактор действует от

¹ Кант И. Метафизика нравов / Сочинения в шести томах. М.: Мысль, 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 204–205.

имени автора, но без его поручения¹. Отметим, что философы в данном случае выражали лишь общее мнение немецких юристов, что для регулирования издательской сферы нет надобности в новых правовых институтах. Все существующие правоотношения, как считалось, могут быть сведены к поручительству и ведению дел без поручения, институтах хорошо известным уже римскому праву. Германия совсем не стремилась вводить специальную охрану для авторского права. Известный русский юрист А. А. Пиленко усматривал в «аналогизировании с общими началами римского права» общую тенденцию эпохи, которая нашла свое проявление также и у Канта².

Обращает на себя внимание довольно неожиданная для современности идея о том, что копирование книг требует получения предварительного согласия автора, а копирование произведений искусства может осуществляться свободно. Объясняется данное различие достаточно просто. Личное право автора, по Канту, распространяется не на книгу как вещь или экземпляр, а на книгу как речь (Rede), которая неразрывно связана с личностью автора, является ее продолжением. В противоположность книгам, которые в своем нематериальном измерении, эквивалентны действиям (Handlungen), произведения искусства в первую

¹ *Fichte J. G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Râsonnement und eine Parabel // Johann Gottlieb Fichte's Sämmtliche werke. Volume 8. Veit und Comp., 1846. S. 231.*

² *Пиленко А. А. Право изобретателя. Историко-догматическое исследование. М.: Статут, 2001. С. 109.*

очередь являются именно предметами, т. е. чем-то уже произведенным, застывшим (Werke)¹.

Той же логике следует тезис философа о необходимом ограничении действия авторского права. Основой существования речи является личность автора, который имеет неотчуждаемое личное право (jus personalissimum) на свои собственные слова. На сокращённое или дополненное словестное произведение, точно также как на его перевод, т. е. на все те произведения, которые мы бы назвали сегодня «производными», право автора, согласно Канту, не распространяется. Хотя идеи первоначального произведения и новых произведений могут совпадать, их словестное воплощение изменилось, они представляю собой уже другие речи других авторов, а значит, их перепечатка не является правонарушением. Произведения искусства, с другой стороны, как вещи не зависят в своем существовании от личности автора, и законное приобретение лишает его права контролировать их дальнейший оборот. Рисунки, скульптуры и т. п. могут быть скопированы, в том числе для продажи, без получения согласия со стороны автора².

Следует отметить, что в правовом определении прав автора Кант был связан собственной классификацией объектов владения, в качестве которых

¹ Kant I. Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. // Immanuel Kant's Sämmtliche Werke: Th., 2. Abth. Anthropologie in pragmatischer Hinsicht. Leopold Voss, 1838. S. 166.

² Kant I. Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. // Immanuel Kant's Sämmtliche Werke: Th., 2. Abth. Anthropologie in pragmatischer Hinsicht. Leopold Voss, 1838. S. 165–167.

могут выступать либо телесные вещи, либо деятельность¹. В первом случае мы имеем вещное право, во втором – договорное. Нематериальные предметы в систему объектов права Кант не включил. Поэтому текст книги, с точки зрения Канта, является не нематериальным объектом, а действием автора – его речью, обращенной к публике. В договорном праве предметом правопритязания являются, в частности, действия *другого*, стороны в договоре. Соответственно, издатель может по договору приобрести личное право на книгу как выражение речевой деятельности автора. Однако, в отличие от обычного договора, который становится основанием для деятельности, описанной в его предмете, в случае с автором творческая деятельность и ее результат существуют вне зависимости от договора. Из этого можно сделать вывод, что автор по отношению к своим текстам обладает *квази-собственностью*. Конечным основанием права автора является его собственная личность, поэтому в отличие от права на чужие действия, право автора на собственные произведения Кант называет не *ius personale*, т. е. личное право, а *jus personalissimum*, т. е. неотчуждаемое и в высшей степени личное право на собственные действия. Следовательно, и по договору издатель приобретает не личное право, а обязанность, и становится представителем автора. Что касается прав издателя, то они носят сугубо вещный характер: в обмен на обязанность быть представителем автора и уплатить ему вознаграждение издатель приобрета-

¹ Кант И. Метафизика нравов / Сочинения в шести томах. М.: Мысль, 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 172.

ет право печатать материальные экземпляры произведения.

Важно также обратить внимание на то, что речь автора всегда обращена к публике. Известный специалист в области истории права интеллектуальной собственности Маурцио Борги (Maurizio Borghi) считает, что «для Канта конечная цель авторского права заключается не в интересе авторов, а в необходимости сохранения публичной сферы коммуникации, где каждый человек может свободно предъявлять свои мысли на суд публики, чтобы доказать их правильность и истинность»¹. Помимо положения собственника у автора возникает ответственность за написанное, поскольку оно обращено к обществу. Точно также и читатели оказываются не просто потребителями книг как товаров, а субъектами, которые должны осознать и оценить авторский текст.

Переводя концепцию Канта на язык современной теории права, профессор факультета политических наук Пизанского университета Мария Пьеватоло (Maria Chiara Pievatolo) отмечает, что само по себе репродуцирование не является пиратством. О пиратстве речь может идти только до тех пор, пока автор выражает свое явное несогласие на распространение экземпляров своего произведения, когда же автор уже не может выразить свою волю (например, в случае смерти) приоритетом становится право публики на получение доступа к текстам. Права издателя, с другой стороны, подлежат

¹ *Borghi M. Owning Form, Sharing Content: Natural-Right Copyright and Digital Environment. // New directions in copyright law. Vol. 5. 2007. P. 211.*

защите только в той мере, в которой его издательская деятельность является *необходимой* посреднической деятельностью, т. е. служит цели предоставления доступа к книгам более широкой публике. Если применить идеи Канта к программам для ЭВМ как новым объектам авторского права, то, по мнению итальянского профессора, авторские права могут существовать только на программное обеспечение с открытым кодом, поскольку последний следует интерпретировать не только как инструмент для работы с компьютером, но и как речь автора, адресованную другим программистам и пользователям, которых может заинтересовать дальнейшая работа над программой. В случае с закрытым исходным кодом к публике никакая речь не обращена. Вместо текста как речи и потому нематериального объекта публика потребляет готовую программу как материальный продукт. В последнем случае никакого авторского права не возникает¹.

Интересна биографическая подробность, а именно – отношение кёнигсбергского философа к книгам. Кант не особенно стремился к приобретению книг. Достаточно сказать, что его собственная библиотека к концу жизни состояла всего лишь из 500 книг. Многолетнее соседство с издателем и книготорговцем Йоханном Джекобом Кантером (Johann Jakob Kanter), который занимал нижний этаж дома, и позволял философу без ограничения пользоваться своим книгохранилищем, вряд ли

¹ *Pievatolo M. C.* The Pirate from Koenigsberg: Why Closed Source Software is Not Worth of Copyright Protection. March 2007 // <http://pisa.academia.edu>

полностью объясняет очевидное нежелание Канта приобретать книги в собственность, граничащее с библиофобией. В рукописном наследии Канта можно найти две лаконичных фразы, поясняющие широко известное изречение – «μέγα βιβλίον μέγα κακόν», т. е. «большая книга – большое зло»¹. Вслед за латинской транскрипцией высказывания Кант записал следующее: «Большой оссуарий: библиотека. Автора нужно толковать в его пользу, потому что он сам не может говорить»². В этих словах можно усмотреть и скепсис, созвучный идее Юма о сожжении книг, в которых не содержатся рассуждения, основанные на числе или на опыте³, и одновременно сочувствие авторам достойных книг, которые не способны защитить свое творчество от предвзятого или ложного толкования.

Георг Вильгельм Фридрих Гегель изложил свой взгляд на основания права интеллектуальной собственности в книге *«Философия права»* (1800). В

¹ Изречение принадлежит поэту и хранителю Александрийской библиотеки Каллимаху из Кирены (310–240 до н. э.) Суть высказывания состоит в критике произведений больших форм.

² «Großes Beinhaus: Bibliothek. Den Autor zu seinem Vortheil auslegen, weil er selbst nicht sprechen kan». См.: Kant's handschriftlicher Nachlaß: Logik / Kants gesammelte Schriften. Berlin, G. Reimer. Bd. Xvi, 1902. S. 861.

³ Юм Д. Исследование о человеческом разумении. // Юм Д. Сочинения в 2-х томах. М.: Мысль, 1965. Т. 2. С. 168–169. Любопытно, что свою бескомпромиссную идею Юм, не колеблясь, применил на практике, когда сжег рукопись своего юношеского труда, посвященного проблемам религии.

качестве особенности духовной продукции Гегель выделяет заключенный в материальной форме *общий способ выражения*, который позволяет создавать подобные вещи, т. е. воспроизводить данный продукт. С точки зрения немецкого классика произведения искусства, живопись, скульптуру и т. п., повторить практически невозможно, поскольку в них «форма воплощения мысли во внешнем материале есть в качестве вещи настолько своеобразие произведшего его индивида, что подражание этой форме есть существенно продукт собственного духовного и технического умения»¹. Иначе обстоит дело с литературным творчеством и техническими изобретениями, – по мнению Гегеля, их внешняя форма представляет собой нечто механическое, доступное для ремесленного воспроизведения.

Немецкий философ наделяет автора особым правом, которое вступает в противоречие с правом приобретателя экземпляра произведения распоряжаться им как своей собственностью, т. е. любым без исключения способом. Автор может, как разрешить, так и запретить (оставить за собой) право копировать или воспроизводить приобретенное произведение. Основой для ограничения права собственности приобретателя является, согласно Гегелю, тот факт, что производство вещей на основе приобретенного произведения или изобретения представляет собой «особый способ потребления», который существует самостоятельно по отношению к тому способу потребления, к которому духовный продукт непосредственно предназначен.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 124.

Нарушение этого особого права, которое получило позднее наименование «исключительного права», Гегель считает воровством: «Чисто негативным, но и наипервейшим поощрением наук и искусств является принятие мер, задача которых – защитить тех, кто работает в этой области, от воровства и обеспечить их собственность, подобно тому как наипервейшим и важнейшим поощрением торговли и промышленности была защита их от грабежей на дорогах»¹. В данных словах легко узнается риторика современных защитников интеллектуальной собственности.

Научное или литературное произведение, которое продумано читателем, может стать основой для его собственного произведения, которым он будет владеть на правах собственности. Основным критерием того, что новое произведение заслуживает самостоятельной защиты и не является простым повторением своего источника, является, по Гегелю, точно также как и в современном праве, «своеобразная форма».

Затрагивая проблему плагиата и имея в виду, прежде всего, научный плагиат, Гегель обращает внимание на то, что пересказ чужих мыслей другими словами представляет собой по сути плагиат, хотя определить его с помощью правовых средств не представляется возможным. Отсюда философ делает вывод о том, что отношение к плагиату есть дело чести, но сильно сомневается, что такой моральный инструмент является эффективным: «Что же касается влияния чести на предотвращение плагиата, то поразительно, что мы больше не слышим

¹ Там же. С. 125.

разговоров о плагиате или даже научном воровстве – либо потому, что честь оказала свое действие и покончила с плагиатом, либо потому, что плагиат перестал быть несовместимым с честью и что его перестали воспринимать таковым, либо потому, что самая незначительная выдумка или изменение внешней формы считается столь высоко оригинальным продуктом самостоятельной мысли, что мысль о плагиате вообще не возникает»¹. И снова мысли Гегеля поражают своей актуальностью. Распространенность научного плагиата в современном обществе прекрасно сочетается с тем, что авторы новоиспеченных научных трудов, «накладывающих, – как пишет Гегель, – на чужую собственность более или менее поверхностную печать своего», без зазрения совести получают степени, звания и, в конце концов, авторитет и уважение, пользуясь наивностью или недостаточной осведомленностью своего окружения.

Свобода, по Гегелю, неразрывно связана с собственностью: «Обладание собственностью является средством по отношению к потребности, когда ее делают первым; истинное же положение состоит в том, что с точки зрения свободы собственность как ее первое наличное бытие есть существенная цель для себя»². Без собственности свобода остается нереализованной. Собственность, таким образом, является выражением личности, механизмом самоактуализации. Получается, что безразлично идет ли речь о материальной или интеллектуальной собственности – каждый раз в ве-

¹ Там же. С. 126.

² Там же. С. 104.

щах находит свое воплощение личность человека. Свой смысл, свою ценность вещи получают только и исключительно от человека. Не труд, а личность позволяет человеку присваивать ту или иную вещь как свою.

Европейское право интеллектуальной собственности в значительной мере основывается на понятии частной собственности, которое было развито в трудах Канта и Гегеля. И Кант и Гегель полагали, что частная собственность не обязательно приобретается трудом. Право собственности свидетельствует о том, что субъект выражает свою индивидуальную волю во внешних объектах. Таким образом, вещь всегда отражает личность своего обладателя. Соответственно отчуждать можно только то, что не связано с нашей волей неразрывно. Когда Кант говорит о правах автора на содержание произведения, он имеет в виду, что эти права неотчуждаемы. Автор, следовательно, может передать свои права по договору (поручения), но он не может совершить полное отчуждение данных прав. Гегель, в отличие от Канта, считает, что хотя талант, способности и знания, вложенные в произведение, являются неотчуждаемыми, их «воплощение в слове» является внешним по отношению к личности, а значит и собственность на произведение можно передавать (отчуждать). Гегель приходит к выводу, что автор вправе отчуждать право на копирование своего произведения в той же мере, в которой он вправе отчуждать любой другой продукт своего труда.

Что касается Иоганна Готлиба Фихте, то лучше всего о его понимании его подхода к обоснованию

авторского права говорит небольшая полемическая статья *«Доказательство незаконности перепечатывания книг. Обоснование и параболы»*, которая была опубликована в 1791 в Берлинском ежемесячном журнале¹.

Основную проблему с обоснованием Фихте усматривает в том, что книга является совершенно особым предметом, с которым невозможно что-либо сопоставить, провести аналогию. Он точно также уверен, что обоснование можно построить на общих утверждениях, которые хотя и нельзя доказать, но с которыми согласится любой образованный и думающий человек.

В отношении книг Фихте вводит несколько последовательных различий. Во-первых, книга имеет две стороны – телесную (*körperliche*) и духовную (*geistiges*). Собственность на книгу как телесный предмет полностью и бесспорно принадлежит тому, кто ее приобретает. Но целью покупки книги является ее духовная сторона, которая, на которую покупатель должен иметь определенные права. Духовная сторона книги, в свою очередь, делится на материальную (*das Materielle*), которую составляет содержание книги, те мысли, которые она в себе включает, и формальную (*die Form*), так как слова и выражения определяют форму мыслей².

¹ *Fichte J. G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel // Berliner Monatsschrift. 1791. Bd. 21. S. 443–483.*

² *Fichte J. G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel. // Johann*

Приобретатель книги может владеть только ее материальной стороной, т. е. заключенными в ней мыслями автора. Для Фихте является важным, и он это неоднократно подчеркивает, что стать обладателем нематериального содержания книги нельзя путем простой покупки. Когда мы принесли книгу в дом и поставили ее на полку, она еще не стала *нашей*. «Чтобы присвоить себе книгу, необходимо конкретное действие: мы должны прочитать книгу, продумать ее содержание, когда оно является непростым, рассмотреть его с различных сторон и таким образом усвоить в соответствии с собственным образом мысли»¹.

Таким образом, покупка книги наделяет покупателя как правом собственности на материальный носитель, так и правом присваивать идеи автора путем приложения определенных усилий. Фихте также признает, что работа над произведением и есть единственное подлинное вознаграждение, которое требуется автору, так как никто бы не стал преподавать перед пустыми стенами или писать книги, которые никто и никогда не прочтет. Врожденной потребностью человека является единомыслие, согласие с его собственным способом мышления (*Uebereinstimmung mit seiner Denkungsart*), и достижение его представляет собой «наисладчайшее» вознаграждение за все потрачен-

Gottlieb Fichte's Sämmtliche werke, Volume 8. Veit und Comp., 1846. S. 225.

¹ *Fichte J. G.* Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel. // Johann Gottlieb Fichte's Sämmtliche werke, Volume 8. Veit und Comp., 1846. S. 226.

ные усилия. В этом смысле деньги, которые мы платим учителю или писателю являются не более чем компенсацией совсем не за его собственный труд, а всем тем (охотникам, рыбакам, земледельцам), результаты физического труда которых он потребляет, поскольку тратит свое время на умственные занятия¹.

Возвращаясь к введенным вначале работы различным элементам книги можно сказать, что материальный экземпляр после покупки безраздельно принадлежит покупателю, содержание книги после публикации перестает принадлежать только автору и становится общей собственностью как автора, так и всех тех, кто способен его воспринять и освоить. Единственное, что никто не может присвоить в силу физической невозможности и что остается в исключительной собственности автора — это *форма идей, их связь и знаки посредством которых они выражены*.

Хотя, индивидуальность человека проявляется в способе мышления, создания и связывания понятий, сходный способ мышления у незнакомых друг с другом людей, согласно Фихте, все же возможен. В то же время абсолютно невозможно, чтобы кто-либо воспринял чужие идеи, не изменив при этом их формы. Форма идей, таким образом, является «исключительной собственностью» (*ausschliessendes Eigenthum*) писателя. Отсюда следует, как заключает Фихте, что автор обладает

¹ *Fichte J. G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel. // Johann Gottlieb Fichte's Sämmtliche werke, Volume 8. Veit und Comp., 1846. S. 226.*

двумя правами: он не только имеет право на признание своего авторства (т. е. никто не вправе оспаривать его собственность на форму произведения), то также и право защищать свою собственность от любого посягательства¹.

Нет ничего зазорного в том, чтобы присвоить идеи автора, так как эти идеи находятся в «совместной собственности» (*gemeinschaftliches Eigentum*) автора и читателя, который при использовании авторских идей придает им иную, уже свою форму.

Присвоение идей означает одновременно их оформление. Значит оформление первоначальное, авторское имеет точно такое же право на существование, как и наше собственное, читательское оформление. У Канта также речь шла о том, что книгопечатник является всего лишь посредником, а основные звенья – это автор и читатель. Значит, основная цель права интеллектуальной собственности не в том, чтобы вознаградить автора, а в том, чтобы *обеспечить коммуникацию в сфере знания*.

Недопустимо иное – заимствование формы, которая может принадлежать только и исключительно автору. Именно в этом смысле бесчестным является *плагиат*: не в силу того, что автору не заплатили, и даже не потому, что не упомянули его имя, так речь может идти и о неизвестном авторе. Суть проблемы плагиата Фихте видит в присвоении того, что изначально и навечно принадлежит

¹ *Fichte J. G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel. // Johann Gottlieb Fichte's Sämmtliche werke, Volume 8. Veit und Comp., 1846. S. 227.*

только создателю произведения – *формы*, в которой выражены идеи. С этой точки зрения даже цитирование является оправданным не в абсолютном смысле, а только в силу существования негласной договоренности среди писателей. То же самое касается и лекций, которые, по мнению Фихте, ни один из преподавателей никому не позволит напечатать, хотя не будет препятствовать слушателям осмысливать содержание лекций и распространять соответствующие идеи и принципы, как в устной, так и в письменной форме. Такая прямолинейность Фихте не может не удивлять.

Издатель, таким образом, заключая договор с автором, *не приобретает никакого права собственности*: ни на манускрипт, ни на идеи, ни тем более на форму их выражения. Как физически предмет манускрипт издателю просто не нужен, для приобретения идей необходимо еще приложить усилия, а собственность на форму произведения вообще не может быть передана никому. С точки зрения Фихте, издатель получает право только на *ограниченное вещное право* (Niessbrauch), в силу которого он вправе лицо извлекать доходы из собственности автора, т. е. той формы, в которую он облек свои идеи. Договор с автором дает издателю право продавать кому бы то ни было не форму идей, а только возможность присваивать идеи, и действует издатель не от своего имени, а только от имени автора.

В описанном контексте тот, кто занимается перепечатыванием книг, нарушает своей деятельностью то право на получение дохода от издания книги, которое получил первоначальный издатель

по договору с автором. Поскольку лицо, перепечатавающее книги, не было назначено автором своим представителем, оно получает доходы незаконно и препятствует осуществлению автором своего права собственности. Важно подчеркнуть, что основной причиной незаконности перепечатки книг Фихте считает вовсе не недополученные автором и издателем доходы. Философ признает, что перепечатывание книг в действительности приносит автору благо, так содействует распространению его идей, в том числе и в других странах. Для Фихте, однако, первостепенную важность имеет право как таковое. Он ратует за *«благородную идею права безотносительно к пользе»*¹.

С данной точкой зрения, заметим, можно и не согласиться. Право не представляет собой некий божественный инструмент, который является неизменным и самодостаточным. Право создается обществом и призвано служить его благу. Утверждение о безотносительности какого-либо права, является, следовательно, как минимум спорным. Напротив, право подлежит оценке в соответствии с той пользой, которую оно приносит.

Но если следовать логике философа, то в случае перепечатки имеет место нарушение право на использование чужой собственности, а значит лицо, перепечатавающее книги, является *«вором»*. И поскольку воровство в большей степени достойно порицания, когда воруют те вещи, которые по са-

¹ *Fichte J. G. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Räsonnement und eine Parabel. // Johann Gottlieb Fichte's Sämmtliche werke, Volume 8. Veit und Comp., 1846. S. 232.*

мой своей природе невозможно охранять, воровство книг путем перепечатывания должно считаться одним из наиболее непростительных, так как воруется то, что, как воздух, доступно каждому.

Таким образом, лексика современных защитников ИС находит своих сторонников среди авторитетных источников иной исторической эпохи. То, что мы привыкли считать не более, чем громкой риторикой, инструментом идеологической борьбы, имеет, по-видимому, более глубокие корни.

Любопытно проследить, как Фихте обосновывает законность привилегий в отношении произведений «механического искусства». Он вынужден признать, что приобретаемый как материальная вещь переходит в полную собственность покупателя. Он также вынужден признать, что покупатель имеет полное право исследовать то, каким образом этот предмет сделан, и сделать аналогичный предмет сам. Это следует из максимы о том, что идеи находятся в совместной собственности их автора и потребителей тех материальных предметов, в которых они воплощены. Уникальность формы имеет место и в этом случае, но она является минимальной и потому не имеет такого же значения, как в случае с книгами. С другой стороны, ремесленник-изобретатель потратил, возможно, годы своей жизни, чтобы придумать и затем реализовать свое изобретение. Предоставляя изобретателю привилегии государство, таким образом, превращает требование справедливости в закон. Но поскольку использование идей является естественным правом каждого привилегия дается лишь на ограниченное время, по прошествии которого

каждый вправе использовать свои способности для того, чтобы воспроизводить созданные другими произведения механического искусства. Удивляет в данном рассуждении лишь одно. В противоположность максиме о неукоснительном соблюдении исключительного права писателя вопреки соображениям пользы (в том числе и общественному интересу), в случае с изобретением Фихте считает возможным свидетельствовать в пользу законности охраны промышленной собственности лишь на том основании, что такая охрана, хотя и противоречит праву, является справедливой.

Хотя Фихте и делает ставку на правовую логику, которая удостоверяет в незыблемости права автора, этическое обоснование является для него не менее важным. Об этом свидетельствует парабола, т. е. аллегорический рассказ, которым завершается статья о незаконности перепечатывая книг.

Фихте рисует воображаемую ситуацию, когда во времена известного своей мудростью и справедливостью халифа Харуна ар-Рашида жил некий ученый, который умел изготавливать лекарство, избавляющее от любой болезни и даже от смерти. Поскольку ему не хотелось прерывать свои научные исследования, всю коммерческую часть он препоручил одному продавцу, который получил исключительное право распространять лекарство по всему миру. Большие заработки торговца, естественно, возбуждали зависть со стороны других торговцев. Один из них стал отбирать у работников торговца ценный груз и продавать лекарство повсеместно и по более низким ценам. Поймать грабителя долгое время не удавалось, но в конце

концов он предстал перед судом мудрого Халифа. Претензии торговца во многом походили на те, которые выдвигают издатели против тех, кто перепечатывает книги. Но продавец краденого лекарства не растерялся и обратился к Халифу с оправдательной речью. В своей защитной речи он утверждал, что единственным подлинным мерилom человеческих поступков является их польза. Право, напротив, является созданием изощренных умов, которое в реальной жизни не реализуемо. В отличие от продавца-монополиста он продавал чудодейственное средство по низким ценам, приемлемым даже для бедняков. Он спас жизни столько отцов, которые дали своим детям должное воспитание, он продлил столько жизней, которые люди потратили на служение государству. И все это было бы абсолютно невозможно, если бы лекарство не было украдено. Далее воображаемый грабитель высказывает довольно странные тезисы. Что великому химику достаточно только славы, а изготавливать лекарство химик будет в любом случае, даже и в нищете. Что торговец должен разрешить ему воровать, так как всегда найдутся люди, которые будут готовы купить лекарство по завышенным ценам. И т. д. и т. п. Естественно, что вместо того, чтобы легализовать деятельность продавца краденого Халиф просто его повесил.

Фихте прибегает к параболe, полагая, что назидательная притча убеждает лучше, чем строгие логические рассуждения о сущности прав автора и незаконности перепечатки книг. Но можно ли считать мыслительный эксперимент философа вполне удачным? Чтобы вынести объективное суждение о

позиции немецкого философа, необходимо иметь в виду исторический контекст.

Но вначале хочется сказать несколько слов о пересечении вопросов права и морали. Не может не удивлять тот факт, что право Фихте ставит не только выше справедливости, но и выше такой моральной ценности как человеческая жизнь. Философ ничуть не сомневается, что право не может быть принесено в жертву спасению человеческих жизней. История XX века, однако, свидетельствует совсем об ином. После того как стандарты защиты интеллектуальной собственности стали частью торгового режима стран ВТО, стала очевидной проблема недоступности лекарств первой необходимости для населения развивающихся стран. Начиная с 1996 года была развернута всемирная компания, направленная против патентных и торговых правил, которые затрудняют доступ к медикаментам. Именно моральная сторона вопроса оказалась решающей: критика, поддержанная ответственностью развитых стран, привела к пересмотру отдельных положений Соглашения ТРИПС на специальной встрече совета ТРИПС, которая состоялась в июне 2001 года¹. Новые правила фактически легализовали более дешевые цены на лекарства в развивающихся странах.

Свое эссе Фихте писал как раз в те годы, когда еще не угас спор между издателями, переписчиками и авторами. Нужно также учитывать, что именно XVIII век стал веком рождения профессионального писателя и широкой читательской аудитории,

¹ *Draho P., Braithwaite J.* Information feudalism: who owns the knowledge economy? Earthscan, UK, 2002. P. 7–8.

которая охватила различные слои населения, выйдя за пределы придворной аристократии. Только к XVIII веку книгопечатание приобрело массовый характер, благодаря которому появились, с одной стороны, авторы, для которых писательский труд стал единственным источником заработка, а, с другой стороны, – массовый читатель, т. е. впервые в истории книжная продукция стала по-настоящему востребованной. Неудивительно, что так называемая «публика» в споре между издателями и перепечатчиками нередко занимала сторону последних, поскольку они предлагали книги по доступной цене.

Наибольший накал спор между издателями и перепечатчиками приобрел в период между 1773 и 1794 годами. Наряду с издателями и авторитетными юристами к спору подключились известные писатели, поэты и философы того времени. Насколько важное место в культурной жизни Германии занимала данная полемика свидетельствует специальное исследование, предпринятое немецким издателем Эрнстом Мартином Грэффом (Ernst Martin Gräff), – «Опыт проясняющего изложения собственности и прав собственности писателей и издателей, а также их взаимных прав и обязанностей»¹. Особого внимания данный труд заслужива-

¹ Gräff E. M. Versuch einer einleuchtenden Darstellung des Eigenthums und der Eigenthumsrechte des Schriftstellers und Verlegers und ihrer gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten. Mit vier Beylagen. Nebst einem kritischen Verzeichnisse aller deutschen besonderen Schriften und in periodischen und andern Werken stehenden Aufsätze über das Bücherwesen überhaupt und den Büchernachdruck insbesondere. Leipzig: Gräff, 1794.

ет, поскольку в нем обобщены более тридцати самостоятельных публикаций, а также более тридцати статей по данной теме, вышедших в свет в течение 20 лет вплоть до 1794 года.

Одним из инициаторов спора выступил известный немецкий поэт Фридрих Готтлиб Клопшток (Friedrich Gottlieb Klopstock), который в 1774 году выпустил эссе под громким названием «Немецкая литературная республика» (Die deutsche Gelehrtenrepublik). Помимо общей идеи о том, что национальная идентичность во многом определяется теми ценностями, которые транслирует литература, Клопшток поднял вопрос о том, что авторы не являются собственниками своих произведений. «Так как в настоящее время они являются таковыми только по *видимости*; *настоящими* собственниками являются книготорговцы, так как писатели должны отдавать им свои произведения, чтобы они были напечатаны»¹. Будучи заинтересованным в том, чтобы авторы получали справедливое вознаграждение, Клопшток предложил новую форму распространения книг, которую он назвал «подпиской» (Subscription). Автор самостоятельно рекламировал свое произведение, распространяя подписку, которая не требовала предоплаты – читатель платил за книгу только после ее получения. При такой схеме участие издателя становилось минимальным, а автор получал возможность прямого взаимодействия с читателями. Воплощенный

¹ Цит. по: Pape H. Klopstocks Autorenhonorare und Selbstverlagsgewinne. // Archiv für Geschichte des Buchwesens. Band X. Lieferung 1–2. Frankfurt am Main, 1969. Columns 103–104.

на практике эксперимент Клопштока оказался не особенно удачным – читатели того времени были слишком ориентированы на издателей с громкими именами. Однако на самих авторов и их взаимоотношения с издателями пример Клопштока оказал свое влияние. Не случайно Гете в своей книге «Поэзия и истина» (*Dichtung und Wahrheit*) отмечает, что именно в лице Клопштока поэтический гений впервые обрел самосознание¹.

Небезынтересно также привести некоторые аргументы Йоханна Раймаруса², современника Фихте, с которым он полемизирует в своей работе «Доказательство незаконности перепечатывания книг. Обоснование и параболы». В 1791 году в одном и то же периодическом издании – Немецком

¹ *Goethe J. W. Dichtung und Wahrheit. In Werke. Hamburger Ausgabe in 14 Bänden, vol. 9. Edited by Erich Trunz. Hamburg: Christian Wegner, 1955. S. 398. Подр.: Woodmansee M. The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'. // Eighteenth-Century Studies Volume 17, Issue 4 Summer 1984, S. 425–448.*

² Йоханн Альберт Хайнрих Раймарус (Johann Albert Heinrich Reimarus) был довольно известным ученым с разносторонними интересами. Он получил медицинское образование в Лондоне и принимал активное участие в первых вакцинациях против оспы в Гамбурге. Из под его пера вышли книги, посвященные естественной религии и торговле. Однако особую известность ему принесло исследование природного феномена молнии и громоотводов. В силу своей популярности книги Раймаруса нередко служили источником научного плагиата. Тем любопытнее, что ее автор однозначно критически относился к пониманию авторского права как незыблемого и неограниченного, как и любое право собственности.

журнале (*Deutsches Magazin*) – выходят сразу две работы Раймаруса: «Книгоиздание с точки зрения писателя, издателя и публики, заново рассмотренное» и «Дополнение к размышлению о книгоиздании и его правах»¹. Рассмотренная нами статья Фихте была написана с целью раз и навсегда обосновать то, что Раймарус полагал еще не доказанным, а именно – незаконность перепечатывания книг. Как пишет ученый: «Согласно общепринятому мнению, очевидно, что публика считает и должна считать, что опубликованная книга находится в совместной собственности: ведь то, что было напечатано и таким образом доведено до всеобщего сведения, ничуть не менее чем в прошлые времена манускрипт, может рассматриваться как *publici iuris*»². Под «*publici iuris*» следует понимать все то, что находится в общественной собственности, является общественным достоянием³. Оставляя необходимость конкуренции в области

¹ *Reimarus J. A. H.* Der Bucherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Verleger, und des Publikum, nochmals erwogen. *Deutsches Magazin*, April, 1791. S. 383–414; *Reimarus J. A. H.* (1791) Nachtrag zu der Erwägung des Bucherverlags und dessen Rechte. *Deutsches Magazin*. 1791. Bd. 2. S. 564–596.

² *Reimarus J. A. H.* Der Bucherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Verleger, und des Publikum, nochmals erwogen. *Deutsches Magazin*, April, 1791. S. 396.

³ Обычно, к общей собственности относят природные ресурсы, такие как воздух или морское пространство. В 18 веке данный термин нередко использовали как синоним «общественного достояния». Современные американские суды ссылаются на *publici iuris*, когда речь идет о собственности на идеи.

книгопечатания, Раймарус утверждал, что только она может обеспечить доступные цены на книжную продукцию¹. На вопрос, какие именно права может передать издателю автор, Раймарус справедливо замечает, что автор может передать только те права, которыми обладает он сам, а, по мнению ученого, автор обладает лишь одним правом — не на сами идеи, а на то, чтобы впервые их сделать известными, т. е. правом на первую публикацию².

Мысли, высказанные Раймарусом, созвучны высказанным двумя десятилетиями ранее мыслям известного деятеля французского просвещения Жана Антуана Кондорсе. «Всякая привилегия является ограничением, наложенным на свободу, ограничением прав других граждан; в этом смысле она является вредной не только для прав тех, кто хочет копировать, но и для прав тех, кто хочет обладать копиями и для которых все то, что повышает их цены, является несправедливым»³. На вопрос, являются ли привилегии необходимыми и полезными для развития просвещения, французский писатель отвечает отрицательно. Концентрация прав и доходов в руках немногих, не может быть благом. По его мнению, контрафактные издания исчезнут сами собой, если разрешить свободную публикацию и распространение книг: «Свобода в данном

¹ *Reimarus J. A. H.* Der Bücherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Verleger, und des Publikum, nochmals erwogen. Deutsches Magazin, April, 1791. S. 403.

² *Reimarus J. A. H.* (1791) Nachtrag zu der Erwägung des Bücherverlags und dessen Rechte. Deutsches Magazin, 2. Bd. 1791. S. 570–571.

³ *Condorcet M. J. A. N.* Fragments sur la liberté de la presse. // Oeuvres de Condorcet. Didot, Paris, 1776. P. 309.

вопросе, как и в любом другом, позволит каждой вещи обрести свою естественную стоимость, а каждому человеку – его естественное право»¹.

Возвращаясь к первоисточкам спора о законности перепечатывания книг, нельзя не упомянуть Мартина Лютера. В предисловии к своему переводу Библии 1545 года он пишет о жадности и «грабеже» со стороны тех, кто перепечатывает его перевод, и призывает покупать только у определенного издательства. В частности, Лютер ссылается на плохое качество иных изданий, хотя данный упрек является справедливым только отчасти. Однако история рассудила иначе: и прижизненная слава Лютера, и распространение его книги среди широких слоев населения Германии стали возможны исключительно потому, что книгу незаконно перепечатывали.

Классическая философия сыграла важную роль в формировании действующей парадигмы авторского права. Как мы показали, в своих рассуждениях философы активно использовали юридические понятия, такие как частная и общая собственность, договор, представительство, а также воспринятые европейским правом институты частного римского права. Однако значимость вклада философии в формирование и развитие права интеллектуальной собственности определили совсем не правовые тезисы, а собственно философское обоснование. Кант и Гегель показали неразрывную связь продуктов творчества с личностью их создателя, что фактически повлияло на выделение особой катего-

¹ *Condorcet M. J. A. N. Fragments sur la liberté de la presse. // Oeuvres de Condorcet. Didot, Paris, 1776. P. 311.*

рии личных неимущественных или «моральных» прав авторов. С легкой руки Фихте, в авторском праве получило свое закрепление основополагающее деление на форму и содержание. Аргументы, обосновывающие соответствующие тезисы, не являются бесспорными, и в последние десятилетия, в связи с бурным развитием информационных технологий, все чаще подвергаются сомнению. Но сомнение и даже критика не умаляют ценности аргументации, которую сформировала классическая философия в попытке предложить теоретическое решение насущных проблем своей эпохи.

Список использованных источников:

1. *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. М.: Мысль, 1990.

2. *Кант И.* Метафизика нравов / Сочинения в шести томах. М.: Мысль, 1965.

3. *Юм Д.* Исследование о человеческом разуме-нии / Сочинения в 2-х томах. М.: Мысль, 1965.

4. *Borghi M.* Owning Form, Sharing Content: Natural-Right Copyright and Digital Environment. // New directions in copyright law. 2007. Vol. 5.

5. *Condorcet M. J. A. N.* Fragments sur la liberté de la presse. // Oeuvres de Condorcet. Tome 2. Didot, Paris, 1776.

6. *Draho P., Braithwaite J.* Information feudalism: who owns the knowledge economy? Earthscan, UK, 2002.

7. *Fichte J. G.* Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Râsonnement und eine Parabel. // Johann Gottlieb Fichte's Sämmtliche werke,

Volume 8. Veit und Comp., 1846.

8. *Gräff E. M.* Versuch einer einleuchtenden Darstellung des Eigenthums und der Eigenthumsrechte des Schriftstellers und Verlegers und ihrer gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten. Mit vier Beylagen. Nebst einem kritischen Verzeichnisse aller deutschen besonderen Schriften und in periodischen und andern Werken stehenden Aufsätze über das Bücherwesen überhaupt und den Büchernachdruck insbesondere. Leipzig: Gräff, 1794.

9. *Kant I.* Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. // Immanuel Kant's Sämmtliche Werke: Th., 2. Abth. Anthropologie in pragmatischer Hinsicht. Leopold Voss, 1838.

10. *Pape H.* Klopstocks Autorenhonorare und Selbstverlagsgewinne. // Archiv für Geschichte des Buchwesens. Band X. Lieferung 1–2. Frankfurt am Main, 1969.

11. *Pievatolo M. C.* The Pirate from Königsberg: Why Closed Source Software is Not Worth of Copyright Protection. March 2007.

12. *Reimarus J. A. H.* Der Bücherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Verleger, und des Publikum, nochmals erwogen // Deutsches Magazin, April, 1791.

13. *Reimarus J. A. H.* Nachtrag zu der Erwägung des Bücherverlags und dessen Rechte // Deutsches Magazin. 1791. Bd. 2.

ИНФОРМАЦИЯ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

О. А. ОКОЛЁСНОВА

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», аспирант Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» (101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20; тел.: (495) 771-32-32; hse@hse.ru)

ИНФОРМАЦИОННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ В КОНТЕКСТЕ РАЗВИТИЯ НОВЫХ ИНФОРМАЦИОННО- КОММУНИКАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ

Ключевые слова: общественный контроль; электронное правительство; электронная демократия, выборы; информационные телекоммуникационные технологии; информационная система

Аннотация:

В современных условиях развития общества его неотъемлемой частью становятся информационные технологии. Колоссальные объёмы и скорость передачи информации делают одним из главных условий развития общественных отношений достаточность и оперативность получения такой информации. Обеспечить это может внедрение современных информационных телекоммуникационных технологий.

Стремление достичь границ информационного общества сегодня подкрепляется тем, что как уже сложившиеся общественные отношения, так и только формирующиеся, получают новый импульс для развития в свете применения новых информационно-коммуникационных технологий.

Привычные нам общественные отношения приобретают обновлённые формы, когда в процессы их осуществления органично вписываются информационно-коммуникационные технологии. Их внедрение призвано оптимизировать процессы внутри общественных отношений, вывести их на качественно новый уровень, что позволит достигать поставленных целей быстрее и с наименьшими затратами. Появление же новых, только формирующихся общественных отношений, уже видится невозможным без использования, даже пускай частично, информационно-коммуникационных технологий. И это не просто дань «информационной моде». Здесь также руководящую роль играет, прежде всего, вывод общественных отношений посредством использования информационно-коммуникационных технологий на новый уровень их реализации.

Реализация процедур общественного контроля также не является исключением. Правоотношения в данной сфере можно отнести к формирующимся, ведь развитие общественного контроля зачастую бежит впереди его нормативного регулирования. Сталкиваясь с определёнными трудностями при реализации общественного контроля, его субъекты нуждаются в оптимизации существующей правовой базы, появлении новых норм правового регулирования в данной сфере. Но наличие норм ещё

не даёт гарантии качества их реализации на практике. Множественность форм общественного контроля в должной мере может быть поддержана внедрением информационно-коммуникационных технологий, что, по мнению ряда специалистов в данной сфере, и позволит запустить волну позитивных изменений в данной сфере.

В соответствии с положениями Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» под информационными технологиями понимаются процессы, методы поиска, сбора, хранения, обработки, предоставления, распространения информации и способы осуществления таких процессов и методов¹. Включение в используемый нами термин определения «коммуникационные» подчёркивает роль обмена информацией в отношениях с использованием подобных технологий.

Говоря об общественном контроле, особо остро встаёт вопрос об обмене информацией, о её открытости. Причём здесь открытость можно рассматривать с двух сторон. Во-первых, открытость информации, доступ к которой возможен при осуществлении процедур общественного контроля. Во-вторых, подразумевается открытость информации об осуществлении общественного контроля: о его объектах, избранных формах, частично о субъектах, мероприятиях, выявленных нарушениях (или наоборот поощрениях добросовестных проверяе-

¹ Ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ (ред. от 28 июля 2012 г.) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

мых), а также о результатах контроля. Подобная двусторонняя открытость также может быть основой гарантии контроля самой общественности за осуществлением общественного контроля, а для объектов общественного контроля – гарантией объективности контроля и минимизации нарушений при его осуществлении, причём нарушений с обеих сторон.

Как уже подчёркивалось выше, в целях оптимизации уже существующих общественных отношений в них привносятся элементы информационно-коммуникационных технологий. Рассмотрим ряд подобных примеров.

Государственная автоматизированная система Российской Федерации «Выборы» – это автоматизированная информационная система, реализующая информационные процессы при подготовке и проведении выборов и референдума¹. Правоотношения в сфере избирательного права являются общественно значимыми, во время проведения выборных мероприятий нередко случаи возникновения споров. Поэтому реализация данных правоотношений надлежащим образом, а также оптимизация внутренних процессов, являются первостепенной задачей правового регулирования.

Использование ГАС «Выборы» при подготовке и проведении выборов является одной из гарантий реализации избирательных прав граждан Российской Федерации на основе обеспечения гласности,

¹ Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 20-ФЗ (ред. от 11 июля 2011 г.) «О Государственной автоматизированной системе Российской Федерации «Выборы» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 172.

достоверности, оперативности и полной информации о выборах.

Наряду с экономией времени и материальных ресурсов при проведении выборов, система позволяет синхронно с голосованием проводить проверку подлинности бюллетеней, технически гарантировать результаты голосования от фальсификации, обеспечить наглядную демонстрацию процесса проведения выборов по всем регионам страны в динамике реального времени¹.

ГАС «Выборы» позволяет гражданам получать через сеть Интернет, мобильную связь информацию о кандидатах и политических партиях и сделать осознанный выбор при голосовании; наблюдать за ходом избирательной кампании через сеть Интернет, мобильную связь; знакомиться с результатами голосования по протоколам участковых избирательных комиссий, размещенным в течение суток в сети Интернет.

Электронное правительство как новая форма организации деятельности органов государственной власти имеет своей особенностью широкое применение информационно-коммуникационных технологий².

В основу Концепции формирования в Российской Федерации электронного правительства до

¹ Авакьян С. А., Алехичева Л. Г., Альхименко В. В. и др. Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации: Учебник для вузов / Отв. ред. А. В. Иванченко. М.: НОРМА, 1999. С. 714.

² Электронное правительство // <http://www.microsoft.com>

2010 года, одобренной Правительством РФ¹, были положены Концепция использования информационных технологий в деятельности федеральных органов государственной власти до 2010 года² и Концепция административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах³.

Электронное правительство включает в себя две составляющие. Первая это взаимоотношения власти и общества, вторая – внутреннее взаимодействие разных уровней (центральный, региональный, местный), и разных ветвей (исполнительная, законодательная, судебная) власти.

В первом случае речь идёт о предоставлении государственных услуг в электронной форме⁴. В основу здесь положен принцип предоставления информации и оказания уже сформировавшегося набора государственных услуг, при котором лич-

¹ Распоряжение Правительства РФ от 06 мая 2008 г. № 632-р (ред. от 10 марта 2009 г.) «О Концепции формирования в Российской Федерации электронного правительства до 2010 года» // СЗ РФ. 2008. № 20. Ст. 2372.

² Распоряжение Правительства РФ от 27 сентября 2004 г. № 1244-р (ред. от 10 марта 2009 г.) «О Концепции использования информационных технологий в деятельности федеральных органов государственной власти до 2010 года и плане мероприятий по ее реализации» // СЗ РФ. 2004. № 40. Ст. 3981.

³ Распоряжение Правительства РФ от 25 октября 2005 г. № 1789-р (ред. от 10 марта 2009 г.) «О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах» // СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

⁴ Интернет-портал федеральной государственной информационной системы «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)» // <http://www.gosuslugi.ru>

ное взаимодействие между государством и заявителем минимизировано, и максимально возможно используются информационные технологии. Такие изменения направлены на оптимизацию предоставления государственных услуг, повышение степени участия граждан в управлении делами государства, повышение технологической грамотности граждан, снижение воздействия фактора географического местоположения, повышение открытости информации о деятельности органов государственной власти и расширение возможности доступа к ней¹. Переход на предоставление государственных услуг и исполнение государственных функций в электронном виде федеральными органами исполнительной власти также подчёркивался как необходимый шаг в реализации административной реформы².

Во втором случае электронное правительство включается система электронного документооборота государственного управления, основанная на автоматизации всей совокупности управленческих процессов и направленная на повышения эффективности государственного управления.

Создание электронного правительства предполагает построение общегосударственной распределённой системы управления, реализующей реше-

¹ Распоряжение Правительства РФ от 06 мая 2008 г. № 632-р (ред. от 10 марта 2009 г.) «О Концепции формирования в Российской Федерации электронного правительства до 2010 года» // СЗ РФ. 2008. № 20. Ст. 2372.

² Постановление Правительства РФ от 28 января 2002 г. № 65 (ред. от 09 июня 2010 г.) «О федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002–2010 годы)» // СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 531.

ние полного спектра задач, связанных с управлением документами и процессами их обработки¹.

Таким образом, под электронным правительством понимается новая форма организации деятельности органов государственной власти, обеспечивающая за счёт широкого применения информационно-коммуникационных технологий качественно новый уровень оперативности и удобства получения гражданами и организациями государственных услуг и информации о результатах деятельности государственных органов. Такой инструмент участия граждан в вопросах государственного и муниципального управления создаётся в целях содействия развитию гражданского общества и повышение качества работы органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Полнофункциональная система «Электронной демократии» представляет собой созданную на базе единого технологического решения коммуникационную площадку для обеспечения обсуждения общественно значимых вопросов, а также электронный сервис для мониторинга, приёма и рассмотрения обращений граждан и организаций в органах государственной власти и органах местного самоуправления².

В целях обеспечение деятельности Президента Российской Федерации по вопросам государствен-

¹ Понятие электронного правительства // <http://elcom.psuti.ru>

² Пособие по работе пользователя с Полнофункциональной системы «Электронная демократия» // <http://e-democratia.ru>

ной политики в области применения информационных технологий и развития электронной демократии было создано Управление Президента Российской Федерации по применению информационных технологий и развитию электронной демократии¹. Интернет-портал Системы «Электронная демократия» – <http://e-democratia.ru/>

Данная система создана в целях обеспечения и защиты прав и свобод человека, гражданина и группы граждан, изъявивших желание на публичную и открытую реализацию своего конституционного права распространять информацию любым законным способом (ст. 29, п. 4 Конституции РФ), а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в органы государственной власти и местного самоуправления (ст. 33 Конституции РФ). Это достигается путём предоставления универсальной коммуникационной площадки для обеспечения гражданам возможности публичного открытого обсуждения общественно значимых вопросов, касающихся любого конкретного органа государственной власти и местного самоуправления, расположенного на любой административной территории РФ с последующей подготовкой и отправкой публичного открытого обращения адресату. Это даст возможность существенно снизить временных, организационных и финансовых издержек для граждан и организаций при обращении

¹ Указ Президента РФ от 21 августа 2012 г. № 1202 «Об утверждении Положения об Управлении Президента Российской Федерации по применению информационных технологий и развитию электронной демократии» // СЗ РФ. 2012. № 35. Ст. 4777.

ях в органы государственной власти и органы местного самоуправления.

Кроме того, целью функционирования системы является вовлечение общественности в государственное и муниципальное управление, формирование партнерского отношения граждан к органам государственной власти и местного самоуправления.

После рассмотрения уже существующих информационных систем проявляются границы и принципы формирования новых информационных телекоммуникационных структур, которые должны быть созданы в целях поддержания и развития общественного контроля. Одной из основных целей функционирования всех вышеописанных систем является создание условий информационной открытости и доступности общественно-значимых сведений и государственных структур. Использование в этих целях современных информационных телекоммуникационных технологий и деятельность этих систем (а, в ряде случаев, и возможность взаимодействия с ними) через сеть Интернет открывает возможность получения и обмена информацией максимально широкому кругу лиц. В общественные отношения, на поддержку и оптимизацию которых направлено создание таких информационных систем, вовлекается большее число граждан. В иных условиях, ряд граждан, возможно, и не предприняли бы активных действий, но в силу привычности формы сетевого обмена используют информационные системы.

Общественные отношения, лежащие в основе процедур общественного контроля также не долж-

ны стать исключением и нуждаются в поддержке информационных телекоммуникационных технологий. Для привлечения широких масс общественности, для повсеместного внедрения общественного контроля, использование информационно-коммуникационных технологий может сыграть неопределимую роль. Сведение информации о формах, видах общественного контроля, о его субъектах и объектах, о нарушениях, о правомерном поведении и поощрениях, о ходе мероприятий, о результатах вместе, в одном источнике, при условии открытого доступа к нему позволит вывести осуществление общественного контроля на качественно новый уровень регулирования. Речь идёт о создании единой информационной системы, в которой будет собрана вся вышеперечисленная информация об общественном контроле. Под информационной системой в законодательстве понимается совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих её обработку информационных технологий и технических средств¹. Также для обеспечения открытости такой информации и возможности коммуникации при реализации общественного контроля доступ к такой системе должен быть создан её сайт в сети Интернет. Всё вместе, весь комплекс информационно-коммуникационных технологий, поставленных на службу общественному контролю можно обозна-

¹ Ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ (ред. от 28 июля 2012 г.) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

чить как Электронный ресурсный центр общественного контроля.

Выбор такой формы саморегуляции в сфере осуществления общественного контроля как Электронный ресурсный центр не случаен. Использование информационных телекоммуникационных технологий при осуществлении общественного контроля имеют своей целью сделать такой контроль максимально открытым и доступным, оптимизировать его процедуры, минимизировать споры сторон. Деятельность такого центра является одной из гарантий реализации прав граждан Российской Федерации на участие в управлении делами государства. Все информационные процессы в Электронном ресурсном центре общественного контроля направлены на достижение целей защиты и обеспечения общественных интересов.

В основу использования Электронного ресурсного центра общественного контроля должны быть положены следующие принципы:

- 1) соблюдение конституционных прав граждан при автоматизированной обработке информации о них;
- 2) обеспечение гласности при осуществлении общественного контроля;
- 3) оперативное информирование общественности о ходе и результатах осуществления общественно-го контроля;
- 4) недопустимость вмешательства в информационные процессы в Электронном ресурсном центре общественного контроля органов государственной власти, государственных органов, органов местно-

го самоуправления, их должностных лиц, других лиц и организаций;

5) обеспечение безопасности информации в Электронном ресурсном центре общественного контроля в сочетании с открытостью системы и доступностью информации, содержащейся в информационных ресурсах Электронном ресурсном центре общественного контроля;

6) обеспечение достоверности информации, получаемой с использованием Электронного ресурсного центра общественного контроля;

7) применение лицензионных программных средств общего назначения.

Информационные ресурсы Электронного ресурсного центра общественного контроля существенно должны включать в себя:

1) персональные данные субъектов общественного контроля и иные сведения о субъектах общественного контроля;

2) информацию о ходе и о результатах осуществления общественного контроля;

3) информацию, связанную с деятельностью объектов общественного контроля;

4) информацию о нормативных правовых актах об общественном контроле;

5) иную информацию, предусмотренную федеральными законами, нормативными правовыми актами, регулирующими общественные отношения, возникающие при осуществлении общественного контроля в Российской Федерации.

Разумеется, требования конфиденциальности в отношении информационных ресурсов Электронного ресурсного центра общественного контроля,

содержащие персональные данные выполняются в установленном законодательством Российской Федерации порядке.

Право доступа к информационным ресурсам Электронного ресурсного центра общественного контроля, содержащим персональные данные, и необходимым для осуществления общественного контроля, должны получать лишь пользователи Электронного ресурсного центра общественного контроля. Под пользователями Электронного ресурсного центра общественного контроля понимаются физические лица, зарегистрированные в установленном порядке на официальном сайте Электронного ресурсного центра общественного контроля. Доступ к информационным ресурсам Электронного ресурсного центра общественного контроля, не содержащим персональных данных, должен быть открытым.

Безопасность информации в Электронном ресурсном центре общественного контроля должна быть обеспечена посредством применения организационных и технических мер защиты. Электронный ресурсный центр общественного контроля не должен признаваться средством массовой информации.

Отдельный вопрос – правовое обеспечение создания и функционирования электронного ресурсного центра общественного контроля. По своей природе это должен быть информационный портал, в который включены все участники системы общественного контроля. Все участники процедур общественного контроля добровольно регистрируются на этом портале, размещая информацию о себе.

Регистрация осуществляется в целях информирования общественности: какие общественные слушания или экспертизы они провели, какие были достигнуты результаты, что о них писали разные средства массовой информации и т. д. Перечень данных, необходимых для регистрации на сайте электронного ресурсного центра общественного контроля, выделяются отдельно для регистрирующихся граждан, организаций субъектов, объектов и организаторов. По окончании регистрации генерируется индивидуальный регистрационный номер, который обеспечит персонализацию участника.

Создание ресурсного центра с возможностью доступа к нему через сеть Интернет любого гражданина видится наиболее оптимальным способом соблюдения принципа гласности общественного контроля, так как автоматически запускаются процедуры саморегуляции системы общественного контроля. Все процессы происходят на виду пользователей, в режиме реального времени, что должно пресечь споры о различных нарушениях. Доступность и открытость информации здесь уравниваются требованиями конфиденциальности к сведениям, доступ к которым ограничен в соответствии с требованиями федеральных законов. Процедура регистрации призвана показать гражданам важность участия каждого в мероприятиях общественного контроля и подчеркнуть персональную ответственность гражданина за его действия.

Список использованных источников:

1. Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 20-ФЗ (ред. от 11 июля 2011 г.) «О Государственной автоматизированной системе Российской Федерации «Выборы» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 172.

2. Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ (ред. от 28 июля 2012 г.) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

3. Указ Президента РФ от 21 августа 2012 г. № 1202 «Об утверждении Положения об Управлении Президента Российской Федерации по применению информационных технологий и развитию электронной демократии» // СЗ РФ. 2012. № 35. Ст. 4777.

4. Постановление Правительства РФ от 28 января 2002 г. № 65 (ред. от 09 июня 2010 г.) «О федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002–2010 годы)» // СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 531

5. Распоряжение Правительства РФ от 27 сентября 2004 г. №1244-р (ред. от 10 марта 2009 г.) «О Концепции использования информационных технологий в деятельности федеральных органов государственной власти до 2010 года и плане мероприятий по ее реализации» // СЗ РФ. 2004. № 40. Ст. 3981.

6. Распоряжение Правительства РФ от 25 октября 2005 г. № 1789-р (ред. от 10 марта 2009 г.) «О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах» // СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

7. Распоряжение Правительства РФ от 06 мая 2008 г. № 632-р (ред. от 10 марта 2009 г.) «О Концепции формирования в Российской Федерации электронного правительства до 2010 года» // СЗ РФ. 2008. № 20. Ст. 2372.

8. *Авакьян С. А., Алехичева Л. Г., Альхименко В. В. и др.* Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации: Учебник для вузов / Отв. ред. А. В. Иванченко. М.: НОРМА, 1999.

9. Пособие по работе пользователя с Полнофункциональной системы «Электронная демократия» // <http://e-democratia.ru>

10. Электронное правительство // <http://www.microsoft.com>

ЮРИДИЧЕСКИЙ АРХИВ

Э. Д. СИНАЙСКИЙ

ОБ АДВОКАТСКОЙ ЭТИКЕ¹

Ключевые слова: адвокатская этика; этика советского гражданина; адвокатура; нормы морального кодекса

Аннотация: Лекция «Об адвокатской этике» была прочитана одним из основателей Московской городской коллегии адвокатов Эммануилом Давидовичем Синайским 13 января 1965 г.

Прежде чем начать беседу об адвокатской этике, я хотел бы ответить на тот вопрос, который уже возник у вас, если не у всех, то у некоторых здесь присутствующих. Вопрос такой: а существует ли адвокатская этика? Есть ли о чем говорить? Я не

¹ Лекция «Об адвокатской этике» была прочитана одним из основателей Московской городской коллегии адвокатов Эммануилом Давидовичем Синайским 13 января 1965 г. Публикуется по стенограмме из личного архива дочери автора, ветерана столичной адвокатуры Виктории Эммануиловны Федотовой. Ранее наиболее известной в научной литературе публикацией Э. Д. Синайского по данной теме считалась его статья «Основные вопросы защиты в уголовном процессе» (Советское государство и право. 1961. № 5. С. 70–76). Теперь мы имеем возможность ввести в научный оборот еще одну важную для осмысления проблемы адвокатской этики публикацию (здесь и далее примечания публикатора).

сомневаюсь в возникновении этого вопроса, потому что мне неоднократно приходилось слышать высказывания такого характера: есть этика советского гражданина, и никакой другой нет и быть не может, а всякие разговоры об адвокатской этике это пустой и никчемный разговор. А я считаю, что это очень важный и актуальный разговор и я утверждаю, что все те недочеты и серьезные недочеты в деятельности коллегии адвокатов, которые отмечены в известном постановлении Центрального комитета нашей партии об адвокатуре, в значительной мере объясняются тем, что до сих пор нормы адвокатской этики не разработаны и не внедрены в сознание широких масс адвокатов. И я хочу вас в этом убедить.

Ведь речь идет о таких правилах поведения адвокатов, которые ни в коей мере не противопоставляются нормам морального кодекса. Эти правила дополняют моральный кодекс советского гражданина и это дополнение является необходимым в связи со спецификой нашей профессии. Вот нет бухгалтерской этики, нет инженерной этики, а врачебная — есть, а адвокатская — есть. И это, очевидно, объясняется тем, что нам приходится иметь дело не с цифрами, не с оборудованием, а с людьми, в процессе общения с которыми и возникают такие отношения, которые нуждаются в специальной рекомендации.

Но вы мне можете сказать: зачем нам исследовать эти правила, мы и так работаем, и знаем, как адвокат должен поступать в том или ином случае. А я утверждаю, что вы не знаете и не всегда можете решить, что хорошо и что плохо и как нужно

поступить.

Я сейчас эту аудиторию разделю на две части. Скажите, пожалуйста, вправе ли адвокат в своей речи заявить так: мой подзащитный виновным себя не признает, но я пришел к глубокому убеждению, тщательно изучив все материалы дела, что он совершил то преступление, которое ему вменяется и, как советский адвокат, помогающий суду установить истину, я заявляю вам, что предъявленное обвинение является доказанным, но прошу вас только избрать меру наказания с учетом характера содеянного, личности и т. д. Вправе я так заявить или нет?

Голос из зала: Нет.

Вы говорите «Нет», и это меня радует. Правильно. Но я не сомневаюсь, что многие из адвокатов считают, что он вправе так заявить и не только вправе, но и обязан так заявить.

Голос из зала: Если дана санкция подзащитным...

Имейте в виду, что мы проводим сегодня беседу. Это не доклад, не лекция, а беседа и все желающие могут высказать свои суждения. Представьте себе, что подавляющее большинство периферийных адвокатов – а мне довольно часто приходилось проводить такие беседы в различных городах, когда приходится выезжать с надзорными делами, – большинство считает, что адвокат вправе и должен так поступать.

Голос из зала: И здесь многие выступают и говорят так.

А, скажем, вправе ли адвокат подать кассационную жалобу по уголовному делу, если его подзащитный категорически против этого возражает?

Адвокат выступает в суде, просит вынести оправдательный приговор, считая, что в действиях, которые инкриминируются его подзащитному, нет состава преступления, а суд его осудил и избрал меру наказания в виде одного года исправительно-трудовых работ. Адвокат считает, что он обязан быть принципиальным и довести дело до конца.

Голос из зала: Нет.

А другой говорит: нет, не надо. Вправе или нет?

Голос из зала: Вправе.

Голос из зала: Нет.

Значит – что интересно? Интересно то, что некоторые отвечают утвердительно, другие отрицательно. Но я вправе сказать, что те или иные приносят своим клиентам не пользу, а вред, и не только клиентам, но и делу отправления правосудия. Это очень серьезное расхождение. Те или иные допускают ошибку. Я об этом говорю почему? Я еще к этому вопросу вернусь. Я говорю для того, чтобы убедить вас в актуальности темы, которую мы сейчас исследуем.

Я говорю о будущем кодексе адвокатской этики¹, а когда-нибудь он будет создан. Другие корпорации уже эти кодексы имеют. Например, во Франции каждому, вступающему в адвокатское сословие, вручается книжка «Правила адвокатского по-

¹ Первый в новейшей российской истории Кодекс профессиональной этики адвоката был принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 года. О предшествовавших попытках выработки норм адвокатской этики см.: Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность: Учебник. Часть I / Под ред. И. Л. Трунова. М.: Эксмо, 2006.

ведения» и вручается она в торжественной форме. У нас, к сожалению, нет такого сборника правил, мы его не разработали, но я считаю, что наступит время, когда они, наконец, будут изданы, и я думаю, что такая книжка принесет огромную пользу адвокатам в их практической работе, поскольку такие спорные вопросы возникают и они нуждаются в правильном разрешении.

В этом самом кодексе я представляю себе три раздела. Первый – это вступительная часть, где говорится о тех правилах, которые обязаны выполнять все граждане, но особенно обязаны адвокаты. Каждый человек должен вести себя пристойно в общественном месте. Но если какой-нибудь бухгалтер учинит маленький скандалчик на грани мелкого хулиганства, то ничего особенно страшного не будет, рассмотрят на заседании месткома, объявят выговор и прочее. А если это приключится с адвокатом, то я не могу гарантировать сохранность адвокатского билета.

Чем это объясняется? Это объясняется характером нашей деятельности. Это объясняется тем, что адвокату доверена трибуна и с этой трибуны он не только лишь высказывается по поводу доказанности обвинения и квалификации, а говорит на высокие темы морали, он говорит, как человек должен вести себя на производстве, как он должен относиться к социалистической собственности, как он должен воспитывать детей и т. п. Он является пропагандистом советского права и коммунистической морали.

Совершенно естественно, что если человек утром говорит о вреде пьянства, об этом зеленом

змие, который сокрушает, разрушает здоровье и коверкает судьбу человека, а вечером сам напивается до чертиков, то ему доверять трибуну нельзя. Таким образом, особое положение адвоката, адвокатской деятельности, заставляет его быть особенно четким исполнителем тех требований, которые предъявляются к каждому человеку.

Возникает вопрос: может ли быть предметом дисциплинарного преследования частная жизнь человека, его поведение в быту? Да, в том случае, если это приобретает общественную огласку. Это молодые адвокаты тоже должны учесть.

Вот несколько слов во вступительной части и я перехожу к разделу второму.

Во втором разделе – правила, которые соблюдает адвокат во время выполнения своих профессиональных обязанностей. Эти правила строятся также с учетом характера деятельности адвоката. К адвокату обращаются за советом, с просьбой о помощи, ему доверяют все самое сокровенное и совершенно естественно, что он обязан даже внешним своим видом, всем своим поведением всей своей работой оправдать это доверие.

Особенно требования к адвокату предъявляются тогда, когда он участвует в судебном заседании. Ведь судебный зал это не комната какого-нибудь учреждения, это часть храма правосудия. Там управляет правосудие теми людьми, которым доверено огромное дело – решать судьбы людей, вопросы их чести, свободы, а иногда и жизни. И в этой работе очень много торжественного: «Суд идет! Прошу встать!». Приговор, решение объявляются именем Республики. И это адвокат должен

учитывать, когда он присутствует в судебном заседании. Все его поведение должно укреплять уважение к советскому суду.

Почему я об этом говорю? Я имею ввиду не серьезных, пожилых адвокатов, а молодых адвокатов. Иногда бывает в перерыве между судебными заседаниями такая сцена, когда за адвокатским столом шум, анекдоты, показываются всякие приобретенные вещи, чулки и прочее, а позади сидят люди, которые ждут решения своей судьбы. А в зале сидят родственники. Это адвокаты не всегда учитывают.

Я хотел бы вас предостеречь от некоторых ошибок, которые иногда допускают адвокаты, которые недавно перешли в коллегиию с другой работы, с прокурорской работы или с судебной работы. Мне приходилось слышать выступления товарищей, которые говорят: когда я был прокурором, когда я давал заключение... Не нужно. Это не вечер воспоминаний, это – судебное заседание.

Я хочу предостеречь от одного приема, который иногда допускают адвокаты. Мне лично пришлось присутствовать в судебном заседании, когда адвокат начинает говорить: представьте себе, я бы сделал так, а вы – так. Это сказал адвокат, защищая человека, который избил своего соседа за то, что тот его оскорбил: «Товарищи судьи, представьте себе, что вам плюнут в лицо». Судья его перебил: «Нет, товарищ адвокат, пусть лучше вам плюнут в лицо».

Несколько слов по поводу приема дел. Всякое ли дело должен принять адвокат или есть такие дела, которые адвокат принимать не должен? Граждан-

ские дела бывают такие?

Голос из зала: Бывают.

Почему? Незаконный интерес. Временный жилец требует, чтобы его признали постоянным, например. А уголовные дела такие бывают?

Голос из зала: Нет.

Совершенно правильно. Уголовные дела такие не бывают.

Товарищи! Очень много этих правил и я все перечитывать не буду. Я хочу скорее перейти к третьему, наиболее интересному разделу и остановлюсь здесь только на двух вопросах.

Адвокаты участвуют в групповом деле. Как часто бывает, что в групповом деле на скамье подсудимых развертывается страшный бой, адвокаты набрасываются на своих соседей, превращаются в обвинителей и от этого, конечно, пользы не много, а вред большой. Возникает вопрос: вправе ли адвокат в таком групповом деле занимать позицию обвинительную в отношении другого подзащитного? Некоторые адвокаты считают, что по характеру своей деятельности адвокат всегда защищает и не вправе занимать такую позицию.

Я не могу с этим согласиться. Иногда адвокат выступает в качестве обвинителя, иногда он поддерживает обвинение, как представитель гражданского истца.

Иногда бывает такое положение, когда подобного рода обвинительная позиция является неизбежной. Так, если речь идет о том, что только один из двоих подсудимых совершил вменяемое обоим преступление, естественно, что каждый из участвующих в деле адвокатов будет выявлять все те

обстоятельства, которые изобличают другого подсудимого, то есть, будет занимать обвинительную позицию.

Бывает так, что начальник виновным себя не признает, а его подчиненный признает и утверждает, что он совершил преступную операцию по ука-занию и под воздействием своего начальника.

У меня на заре моей адвокатской деятельности был такой процесс. Измайлов, начальник, утверждал, что он никакого отношения не имеет к хищению, а мой подзащитный, Дутов, его непосредственный заместитель, признал себя во всем виновным и говорил, что он действовал исключительно под нажимом и по приказанию своего непосредственного начальника. Должен я был выявить все, что изобличает его начальника? Должен был. Иначе я бы не выполнил свои обязанности. Я тогда вместе с прокурором – по этому делу обвинение поддерживал Вышинский¹, а Измайлова защищал покойный Коммонов² – стремился выявить преступную роль Измайлова. Считаю, что это было естественно и оправданно.

Иногда защитник главной фигуры, которая признает себя виновной – а в большом групповом процессе обычно так бывает, что один или двое признают себя виновными и разоблачают всех –

¹ Вышинский Андрей Януарьевич (1883–1954) – советский государственный и партийный деятель, один из главных организаторов политических репрессий. В 1935–1939 гг. – Генеральный прокурор СССР.

² Коммонов Николай Васильевич – ветеран советской адвокатуры, участник «дела Патриарха Тихона», «дела троцкистско-бухаринского блока», «шахтинского дела» и других знаменитых политических процессов.

защитник этого разоблачителя, оговорщика превращается во второго обвинителя. Это совершенно неправильно.

У меня был такой случай. Я защищал некого Блинова. Это было дело производственных мастерских больницы имени Соловьева¹. Что они делали? Они выпускали "левую" продукцию, изготавливали они обычно всю документацию в мертвецкой комнате, и в один прекрасный день вдруг из гробов встали работники ОБХСС² и тут же их застукали. Мой подзащитный Блинов, когда он был изобличен в трех операциях, рассказал о десяти операциях и в результате его объяснений на скамье подсудимых оказалось много народа. Некоторые из них отрицали свою вину, некоторые изобличали Блинова.

Я не шел за Блиновым. Передо мною стояла задача доказать, что он действует искренне, что он стремится все рассказать, что ему известно, стремится оказать содействие органам правосудия, хотя в отдельных случаях, может быть, допускает ошибки. Поэтому я не считаю себя обязанным поддерживать каждое его слово и изобличать тех людей, которые сидят на скамье подсудимых и вину свою не признают.

В результате я не был вторым обвинителем и все защитники не обрушились на моего подзащитного, как они сделали бы, если бы я занял иную пози-

¹ Московская клиническая психиатрическая больница № 8 имени Соловьёва.

² ОБХСС – отделы органов внутренних дел по борьбе с хищениями социалистической собственности, специализировались на хозяйственных преступлениях.

цию. Я хочу, чтобы вы задумались над позицией адвоката, который защищает подсудимого, оговаривающего других. Я должен поддерживать его позицию только постольку, поскольку это необходимо для того, чтобы показать, что этот человек раскаялся, что этот человек хочет помочь органам правосудия, но не стремиться подтвердить каждое его обвинительное слово. В этом нет нужды!

Еще два слова по вопросу об альтернативе. Вам наверняка приходилось встречаться с проблемой альтернативы. Простой пример: адвокат в своей речи просит суд вынести оправдательный приговор ввиду недоказанности предъявленного обвинения, но если суд все-таки сочтёт, что подсудимый совершил преступление, то в таком случае избрать ему наказание, не связанное с лишением свободы. Типичная альтернатива. В чем её порок? В той неуверенности, которая чувствуется в словах адвоката.

Действительно, кто с тобой согласится, если ты сам говоришь: «Если вы со мною не согласитесь...». Так поступать нельзя. Формула «если вы со мною не согласитесь, то изберите ему мягкую меру наказания» только подрывает доверие к словам адвоката.

Но иногда ученые, например профессор Цыпин¹, считают, что если адвокат занимает такую пози-

¹ Предположительно речь идет о позиции А. З. Цыпина. См.: Суд и правосудие в СССР. Учебник / Звирбуль В. Е., Лазарев В. В., Лерман М. М., Малков В. П., Танопольский Р. И., Фролов Ю. А., Цыпин А. З., Яковлев М. В.; Сост.: Бажанов А. Т., Малков В. П. Казань: Изд-во Казанского университета. 1980.

цию и утверждает, что его подзащитный преступления не совершил, то он только лишь об этом должен говорить и больше ни о чем. Правильно ли это? Я считаю, что неправильно. Я считаю, что это неправильно потому, что при такой позиции, если он будет только лишь доказывать, что его подзащитный не совершил этого преступления, мимо суда пройдут все те соображения, которые мог бы сказать адвокат и по вопросу о квалификации и по вопросу о мере наказания и т. д. Это будет неполноценная защита. Может быть адвокат будет красиво выглядеть – вот он какой принципиальный, поскольку говорит только лишь о недоказанности обвинения и больше ни о чем. Но всё-таки защита будет неполноценной.

Какой найти путь, чтобы защита была принципиальной, чтобы в просительном пункте не было альтернативы, и чтобы защита была полноценной. Какой выход? Как соблюсти и то и другое?

Голос из зала: И о личности сказать и о квалификации сказать.

Совершенно правильно. Если речь идет о квалификации, то переверните ваши объяснения и начните с того, что преступление, предъявленное вашему подзащитному, квалифицировано по ст. 180 УК РСФСР. Между тем, эти действия могут быть квалифицированы только по ст. 172 УК РСФСР, потому-то и потому-то. Но я считаю, что обвинение не доказано и прошу вынести оправдательный приговор. Получается, что, с одной стороны, были высказаны все соображения, с другой стороны, нет никакой вредной альтернативы.

Другой пример. Прокурор требует высшей меры

наказания для вашего подзащитного. Вы считаете возможным опровергнуть предъявленное обвинение. Вы доказываете, что он преступление не совершал. А как насчет высшей меры наказания? Начните с этого! Скажите: меня удивляет, как это прокурор просит вынести смертный приговор моему подзащитному в то время, как он обладает такими-то достоинствами, у него такое-то положение, состояние здоровья – словом, все то, что можно сказать в защиту этого человека, а уже после этого скажите: а ведь, обвинение совершенно не доказано. Иными словами, вы должны дать полностью защиты и чтобы не было альтернативы в просительном пункте.

Я быстро закончу все эти правила, причем я взял только некоторые из них. Я не говорил о таких правилах, которые основаны на законе о соблюдении профессиональной тайны и т. д.

Перехожу к наиболее интересному разделу и буду просить вашего особого внимания. Это правила, которые могут быть разработаны на базе теоретической концепции. Тут приходится говорить преимущественно о высказываниях наших процессуалистов с большинством из которых я нахожусь в резких противоречиях.

В учебнике «Советский уголовный процесс» профессора Чельцова было написано: «Вопрос об отношениях защитника с подсудимым и о его обязанностях в отношении суда до сих пор не получил окончательного решения в нашей литературе»¹.

¹ Чельцов-Бебутов Михаил Александрович (1890–1973) – доктор юридических наук, профессор. См.: *Чельцов М. А. Советский уголовный процесс*. М.: Юрид. изд-во МЮ

Это было написано в 1951 году. И сейчас, через 15 лет, он пишет: не получил окончательного разрешения основной вопрос – об отношении защитника к обвиняемому и об обязанностях защитника в отношении суда.

Чем это объясняется? Я думаю, товарищи, объясняется это тем, что наша профессия очень одиозная, своеобразная и ее трудно понять и многие ее не понимают. Вам не приходилось чувствовать, как смотрят на вас с некоторым скепсисом, с улыбочками: ах, вы адвокат, вы защитник, вы защищаете кого угодно, черное делаете белым. Бывало так? Представьте себе, что даже интеллигентные люди не понимают сущности адвокатской деятельности.

А что в ней странного? Странно то, что человек совершил преступление, все его осуждают, клеймят его, а адвокат его защищает и защищает энергично. Странно для обывателя! Представьте себе, что два человека поссорились, один другого избил, оба они нуждаются в защитнике, одному нужен защитник, другому нужен обвинитель, дело частного обвинения, оба устремляются к знаменитому адвокату, корифею адвокатуры, и тот, кто придет первым, тот его приглашает. А если придет первым не избитый, а тот, кто избил, то этот адвокат, значит, выступит со стороны обидчика? Создается такое впечатление, что любого адвокат может защищать.

Вот понимание обывателей, да и не только обывателей. Иногда и люди интеллигентные этого не понимают, не понимают специфики, сущности ад-

вокатской работы, не понимают, что такое защита. И не удивительно, что на протяжении всех лет существования адвокатуры она всегда вызывала в свой адрес горькие упреки и оскорбительные нападки. Можно было бы привести много высказывания на эту тему. Напомню только лишь слова Достоевского: «Легче верблюду пролезть через игольное ушко, чем адвокату избежать фальши и сохранить честность».

Нужно сказать, что такое одиозное отношение не миновало и советскую адвокатуру. Известно ли вам, что в декабре 1922 года, через несколько месяцев после создания адвокатуры, тогда это была коллегия защитников, центральный комитет нашей партии рассматривал вопрос о том, допустимо ли пребывание в составе коллегии защитников членов партии. Ответ был дан положительный, но сама постановка этого вопроса примечательна.

Первому поколению советских адвокатов приходилось работать в очень тяжелых условиях, в обстановке недоверия, настороженности, непонимания. Тогда в защите нуждался сам институт защиты. Я помню, как в 1927 году в Москве проходил диспут на тему, нужен ли защитник советскому суду. Для того, чтобы доказать, что адвокатская профессия не таит в себе ничего порочного, а является одной, из прекраснейших человеческих профессий, для этого нужно было развернуть борьбу на два фронта: во-первых, с теми, кто не понимал отличия советского адвоката от буржуазного.

В чем отличие? Отличие в том, что буржуазный адвокат заинтересован только лишь в том, чтобы

добиться торжества интересов своего клиента. А советский адвокат во всей своей работе осуществляет не только защиту интересов своего клиента, но и охраняет интересы государства, ибо у нас, в нашей стране, нет противоречия между интересами государства и интересами личности и, осуществляя защиту личности, адвокат этим самым приносит огромную пользу государству. Ведь каждый неправосудный обвинительный приговор приносит вред не только подзащитному и его близким, но и нашему государству, ибо он колеблет уверенность советских людей в справедливости социалистического правосудия. Это легко было разъяснить.

Но на два фронта борьба развернулась и, в сущности, продолжается и сейчас. Это борьба с теми, кто стремился преодолеть одиозное отношение к адвокатуре, но шел путем порочным, неправильным, путем выхолащивания из деятельности адвокатуры всего того, что ей наиболее присуще, превращая адвокатов в докладчиков, которые, в первую очередь должны помогать суду, осуществляя защиту постольку, поскольку это не противоречит его убежденности. Особенно ярко это нашло отражение в формулировке, которая существовала на протяжении очень многих лет: «адвокат — помощник суда». Вы слышали, наверное, такую формулировку. Мы ее читали в книжке «Адвокат в советском уголовном процессе»¹. Эта книжка была

¹ Адвокат в советском уголовном процессе: Пособие для адвокатов / Авт. кол.: И. Т. Голяков, М. А. Чельцов, И. Д. Перлов; под ред. И. Т. Голякова; Всесоюзный институт юридических наук Министерства Юстиции СССР. М.: Госюриздат, 1954.

издана в 1954 г. ВЮЗИ. Там были статьи Голякова, Чельцова, Перлова¹ и других. В этой книжке мы читаем на стр. 53 (статья Чельцова) – «Защитник является помощником суда в установлении всех обстоятельств дела, необходимых для постановления законного и обоснованного приговора». Разве это – правильно?

Голос из зала: Нет.

Вдумаемся только в эти слова: «всех обстоятельств дела». Всех обстоятельств – это значит и таких, которые изобличают его подзащитного. Правда, проф. Чельцов в дальнейшем объясняет, что защитник должен защищать. У него получается так, что, в первую очередь, защитник оказывает услугу суду, как помощник суда, а потом защищает. Такая трактовка этого вопроса принесла огромный вред. Вот как она отражается в практической деятельности и в литературе.

В «Еженедельнике советской юстиции» за 1925 год № 34 была не в дискуссионном порядке помещена статья товарища Строева «Роль защиты в уголовном процессе». Автор рассказывает о выступлении адвоката по делу Г., убившего свою любовницу. Вот что пишет Строев: «Прокурор в своей речи пытался в обстоятельствах дела искать смягчающие вину данные, а защитник в своей речи

¹ Голяков Иван Терентьевич (1888–1961) – деятель советских органов прокуратуры и суда, профессор, один из организаторов политических репрессий. Перлов Илья Давыдович (1910–1971) – доктор юридических наук, профессор, один из ведущих отечественных ученых в области уголовного процесса, судоустройства, управления учреждениями юстиции.

упрекнул обвинителя в необоснованности этих попыток и заявил, что, к сожалению, никаких смягчающих вину обстоятельств для обвиняемого Г. нет в деле»¹. И далее Строев пишет: «Мы полагаем, что в приведенном случае защитник должным образом выполнил свое задание».

Вот вам статья, которая опубликована в «Советской юстиции». Мне вспоминается, как на одном большом адвокатском собрании в 1939 году начальник отдела адвокатуры рекомендовал нам следовать примеру одного карело-финского адвоката, который в прениях заявил следующее: «Прокурор в своей речи привел ряд доказательств, изобличавших моего подзащитного, а я, как помощник суда, считаю своим долгом обратить ваше внимание на такие-то обстоятельства, устанавливающие виновность моего подзащитного».

Нас приглашали следовать этому примеру!...

Наконец, можно вспомнить один действительно потрясающий случай. В 1932 году Президиум Московской коллегии защитников предложил товарищам, осуществлявшим защиту по большому политическому процессу, просить суд о вынесении их подзащитным смертного приговора. Вот как влияла на практическую деятельность формулировка «адвокат – помощник суда». И действительно, если я – помощник суда, может быть, следовало бы так действовать и выявлять все, что изобличает подсудимого и просить о вынесении смертного приговора – если он помощник суда.

¹ *Строев М.* Роль защиты в уголовном процессе // Ежедневник советской юстиции. М.: Юридическое издательство НКЮ РСФСР. 1925. 21 сентября. № 34.

Концепция «адвокат – помощник суда», которая стала священной и неприкосновенной, просуществовала до 1958 года, когда были утверждены Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик¹. В этих Основах имеется статья 23, которая дает очень четкое определение прав и обязанностей адвокатов. Она устанавливает, что деятельность адвоката является односторонней, что адвокат только защищает, что адвокат никогда не превращается в обвинителя, никогда не может причинить вред своему подзащитному и не вправе отказаться от принятой защиты.

К сожалению, эта статья Основ не привлекла к себе особого внимания наших процессуалистов, наших теоретиков, наших ученых. Они ее не проанализировали и не сделали соответствующих выводов. В сущности, между нашими учеными шла и сейчас идет борьба только лишь по одному вопросу – о процессуальном положении защитника. А все остальные вопросы, к которым я сейчас подойду, остаются незатронутыми.

Спор идет о том, кем является защитник в процессе. Спор идет, в основном, между проф. Чельцовым и проф. Строговичем². Проф. Чельцов счи-

¹ Закон СССР от 25 декабря 1958 г. «Об утверждении Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик» / Ведомости ВС СССР. 1959. № 1. Ст. 15.

² Строгович Михаил Соломонович (1894–1994) – доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Академии наук СССР, академик Польской академии наук, почетный доктор Краковского Ягеллонского университета. Под его председательством работала комиссия, подготовившая Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР 1960 г. Его работы по уголовному процессу были посвя-

тает, что адвокат является самостоятельной фигурой, самостоятельным участником процесса, настолько самостоятельным, что он вправе отрицать факты, признаваемые подсудимым, признавать доказанным обвинение, отрицаемое подсудимым.

На чем, в сущности, основана эта теоретическая концепция? Только лишь на том, что статья 23 УК РСФСР 1929 года говорит об адвокате, о защитнике, как об одном из участников процесса. Но ни эта статья, ни УПК РСФСР 1960 года не говорит о том, что адвокат является совершенно самостоятельным участником.

Эта концепция опровергается целым рядом соображений. Прежде всего, о какой самостоятельности может идти речь, когда адвокат может быть выведен из процесса в любую минуту, даже во время произнесения речи. Представьте себе, в этот момент поднимается подсудимый, обращается к суду и заявляет: прошу объявить перерыв, мне худо. Суд объявляет перерыв. После того, как возобновляется судебное заседание, он заявляет опять: прошу освободить от участия в этом процессе адвоката, от речи которого мне сделалось так худо.

Суд обязан выполнить эту просьбу и этот якобы «совершенно самостоятельный участник процесса», недосказав своей речи, покидает зал судебного заседания. О какой самостоятельности можно говорить, если подсудимый не будет питать никакого доверия к адвокату, который способен превра-

щены положению личности в уголовном судопроизводстве, презумпции невиновности, праву обвиняемого на защиту, принципу состязательности и т. д.

титься в любую минуту в обвинителя. А без доверия нет полноценной защиты! Совершенно правильно говорит болгарский ученый Павлов¹, что если нет доверия между защитником и подсудимым, то нет и не может быть подлинной защиты.

Далее. У нас состязательный, двусторонний судебный процесс, а если защитник является совершенно самостоятельной фигурой, тогда у нас, оказывается, трехсторонний процесс: прокурор, защитник и подсудимый, поскольку между защитником и подсудимым вполне возможны по этой концепции противоречия.

Наконец, последнее – закон обязывает защитника только лишь защищать а не опекать своего подзащитного, не превращаться в обвинителя, ничего не делать такого, что может повредить подсудимому.

По всем этим основаниям я считаю, что концепция профессора Чельцова не выдерживает никакой критики. Более того, она принесла очень большой вред. Помню, мне пришлось выступать в Брянске по одному делу вместе с местным адвокатом. На скамье подсудимых были два молодых солдата, которые обвинялись в групповом изнасиловании. Они себя виновными не признавали категорически, но изобличались довольно серьезно показаниями потерпевшей и некоторых свидетелей. Я считал возможным ставить вопрос о вынесении оправдательного приговора за недоказанностью предъявленного обвинения. А мой товарищ по этому процессу, брянский адвокат, закончил свою

¹ Павлов Тодор (1890–1977) – болгарский философ и правовед.

речь таким образом: хотя мой подзащитный виновным себя не признает, но я, как советский адвокат, должен сообщить суду, что обвинение, по моему мнению, является вполне доказанным, и я лишь прошу назначить ему меру наказания более мягкую чем та, которую предлагает прокурор. Я подал кассационную жалобу, он не подал. Вторая инстанция приговор отменила в отношении обоих за недоказанностью предъявленного обвинения.

Таких случаев очень много. Нужно сказать, что некоторые теоретические и практические работники, которые находятся в плену концепции профессора Чельцова, понимают, что это не совсем правильно признавать своего подзащитного виновным, когда он этого не признает, поэтому они идут на некоторый компромисс в этом вопросе.

Вот как предлагает один из ведущих адвокатов Ленинграда товарищ Зайцев. Может быть, вы читали сборник речей адвокатов, где есть прекрасная речь этого Зайцева. Он понимает, что адвокат не должен признавать виновным своего подзащитного, но, вместе с тем, он не может отказаться от той концепции, которая предлагается Чельцовым и другими, концепции полной самостоятельности адвоката. Вот в своем докладе на конференции городских адвокатов в конце 1964 года товарищ Зайцев привел такие соображения: «Бывают такие случаи, когда клиент, отрицающий свою вину, все же не желает отказаться от адвоката, который ему заявил, что он эту вину вынужден признать. Такие казусы в практике имеют место. Как они, на наш взгляд, должны разрешаться? В этом случае приходится идти на компромисс. Адвокат в своем вы-

ступлении добросовестно и точно излагает точку зрения своего подзащитного и его аргументацию, направленную на опровержение предъявленного обвинения, причем делает это так, чтобы суду было ясно, что он излагает позицию не свою, а клиента. Такое выступление заканчивается альтернативой: если суд все-таки в совещательной комнате придет к выводу о виновности, то необходимо учесть то-то и то-то, и подробное изложение позиции самого адвоката».

Итак, в прениях адвокат произносит две речи: одну речь защитительную от имени своего клиента и вторую обвинительную от своего собственного имени. Впрочем, вторая речь тоже защитительная – в защиту адвоката. И это предлагает квалифицированный адвокат Ленинградской коллегии! Если соображения, которые приводит подсудимый, нелепы, то зачем добросовестно и четко их повторять? А если это серьезные соображения, если они говорят о противоречиях в показаниях свидетелей, то почему адвокат не может этого сказать от своего имени?

Вот до чего доводит изложенное положение, когда люди находятся в плену определенных концепций и, вместе с тем, понимают, что закон нельзя нарушать, нельзя нарушать статью 23 Основ уголовного судопроизводства.

Мне представляется правильной позиция профессора Строговича. Он считает, что адвокат является представителем подсудимого, который не заменяет подсудимого, а вместе с ним образует одну сторону, сторону защиты. Конечно, представитель подсудимого – это не слуга его. Хотя основным

принципом защиты является солидарность в позиции, но возможны расхождения. В каких случаях? В вопросе квалификации. Например, ваш подзащитный заявляет, что он не совершал вменяемой ему операции. Он покупал и совершал перепродажу promтоваров, но он утверждает, что тут нет никакой спекуляции. Он так считает, потому что он человек неграмотный, и вы вообще не обязаны за ним идти.

Возможны расхождения и в вопросе о применении средств. Подзащитный будет требовать от вас, чтобы вы заведомо фальшивые документы представляли, заведомо ложных свидетелей. Вы не должны за ним идти, закон это запрещает. В статье 23 Основ говорится о том, что адвокат обязан осуществлять защиту законными средствами и методами, и в этом вы с подзащитным расходитесь.

Но расхождений в вопросе о факте, о доказанности предъявленного обвинения, если речь идет о фактах, нет и быть не может. Нельзя себе представить такого положения, когда бы адвокат сказал: мой подзащитный виновным себя не признает, а я считаю, что он совершил такое-то преступление. Это недопустимо, потому что адвокат истины не знает, он не свидетель. Адвокат не судья – он истину не устанавливает. Поэтому мне представляется совершенно правильной та позиция, которую в этом вопросе занимает профессор Строгович.

Но тут возникает вопрос, который не так легко разрешить. А что делать адвокату, если его подзащитный себя виновным не признает, а, по мнению адвоката, полностью изобличается, если адвокат в материалах дела не может найти ничего, что бы

давало ему право опровергать предъявленное обвинение и просить о вынесении оправдательного приговора?

Я должен сказать, что тут очень многое зависит от адвоката. Стажированные, квалифицированные адвокаты почти не имеют в своей практике таких случаев. Им удается разъяснить подсудимому, что все его объяснения ни к чему не приведут, что ему было бы гораздо лучше, если бы он признал себя виновным. Мне приходилось вступать в подобного рода беседы со своими подзащитными и должен сказать, что за 43 года адвокатской деятельности у меня были только два случая, когда мои подзащитные казались полностью изобличенными и виновными себя не признавали.

Как нужно было поступить в таких случаях? Моя позиция была такова: в отношении моего подзащитного собраны серьезные доказательства, его изобличающие, но я, товарищи судьи, прошу вас при разрешении вопроса о доказанности обвинения учесть вот такие и такие моменты, которые опровергают обвинение. Такие моменты действительно были: некоторые противоречия в показаниях свидетелей обвинения, некоторое несоответствие обвинительной версии материалам дела. Но это было всё столь невелико, что даже в совокупности не давало мне основания просить о вынесении оправдательного приговора. Может быть, это я не нашел, а другой адвокат нашел бы какие-нибудь более серьезные доказательства невиновности, но я считал себя обязанным об доложить суду все свои аргументы. И я просил суд при решении вопроса о доказанности обвинения принять во вни-

мание эти аргументы, а если он признает обвинение доказанным – здесь неизбежная альтернатива – тогда прошу учесть мои соображения о квалификации, о мере наказания и прочем.

Когда я выступаю по этим проблемам перед коллегами, мне обычно говорят: а что вы ответите суду, если тот спросит, каков ваш просительный пункт, как его записать? Я говорю: так и пишите, что я прошу при разрешении вопроса учесть то-то. А если суд спросит: а как ваше мнение? Ответ простой: я пришел не докладывать свое мнение, закон меня к этому не обязывает, а обязывает меня излагать все то, что я могу сказать в защиту. Мое мнение не может для вас представлять интерес. Суд ждет от адвоката не декларации его убеждений, а убедительных доводов в защиту его подзащитного.

Мне говорят: а чем это отличается от той позиции, которую вы так осуждаете – и такие иронические, довольно ехидные улыбки – вы говорите, что Чельцов проповедует что-то не то, а сами предлагаете что-то к этому близкое. Нет, это не близкое. Разница очень существенная. Я обвинение не могу опровергнуть, потому что я не имею доказательств, опровергающих его, но и не могу его подтвердить, я его не признаю. Сам я занимаю такую позицию не потому, что считаю себя совершенно самостоятельным участником процесса, а потому что я после тщательной напряженной работы над материалами дела действительно пришел к такому выводу. После тщательной работы!

Мне вспоминается один случай. Я пришел в Верховный Суд, в кассационную инстанцию, озна-

комился с делом и не вижу никаких оснований для того, чтобы поддержать кассационную жалобу. Как быть? Хорошо было выйти из этого процесса. Но выйти нельзя. Я просидел еще два часа над материалами дела и все-таки нашел нужные аргументы. И суд со мною согласился: приговор был отменен.

Это говорит о том, как опасно, когда адвокат считает себя совершенно самостоятельным участником процесса, который вправе отказаться от поддержания жалобы, вправе отказаться от защиты, в сущности, идя по этому, наиболее легкому, пути: признает доказанным и разговаривает о смягчающих обстоятельствах. Вот поэтому я думаю, что это, конечно, не особенно сильная позиция, когда адвокат не опровергает предъявленное обвинение. Но это во много раз лучше того случая, когда адвокат признает доказанным предъявленное обвинение, а суд или первой или второй инстанции приговор отменяет и дело производством прекращает.

Таким образом, не только с теоретической точки зрения, но и с практической точки зрения концепция профессора Чельцова и, к сожалению, подавляющего большинства наших процессуалистов мне представляется совершенно неубедительной.

Я уже сказал, что статья 23 Основ уголовного судопроизводства очень многое дает в смысле понимания роли и обязанностей защитника. Она является ключом для разрешения всех задач, но, к сожалению, она не привлекает к себе внимание наших процессуалистов. А вот, например, какая задача стоит перед адвокатами, выполняющими

обязанности защиты, какие их функции, какую они должны занимать позицию – всё это остается неисследованным, неизученным, нормы неотработанными и только лишь по отдельным высказываниям и суждениям можно прийти к выводу о том, как эти задачи понимают профессора Чельцов, Перлов, и подавляющее большинство процессуалистов. Они придает очень большое значение убежденности адвоката.

При выборе позиции решающую роль играет убежденность адвоката. Это очень большая специальная область. Но я утверждаю, что и здесь наши ученые-процессуалисты высказывают соображения, способные дезориентировать адвокатов и толкнуть их на путь явного беззакония. Вы слышите, какой страшный упрек я бросаю нашим ученым, профессорам Чельцову, Перлову, доктору юридических наук Рахунову. С моей точки зрения, они приносят не пользу, а вред деятельности адвокатов.

Возьмем книжку «Адвокат в советском уголовном процессе»¹. Когда мы ее обсуждали в 1955 году, было так сказано: «Все, что в этой книге правильно – неинтересно, все, что интересно – неправильно». Вот, в частности, что здесь говорилось по вопросу об убеждении: «Если адвокат добросовестно убежден в невиновности подсудимого на основании тщательного изучения всех материалов

¹ Адвокат в советском уголовном процессе: Пособие для адвокатов / Авт. кол.: И. Т. Голяков, М. А. Чельцов, И. Д. Перлов; под ред. И. Т. Голякова; Всесоюзный институт юридических наук Министерства Юстиции СССР. М.: Госюриздат, 1954.

дела, он обязан добиться полного оправдания подсудимого. Но советский адвокат не выгораживает подсудимого, если последний виновен». И далее: «Защитник должен и обязан отстаивать права и законные интересы подсудимого, добиваться полного оправдания при невиновности его». И наконец: «Конечно, адвокат свободно будет отрицать виновность, когда он добросовестно убежден в невиновности подсудимого, но если эта виновность очевидна, подобная защита будет направлена против общества и государства». Правильные это соображения или нет?

Голос из зала: Нет.

Надо иметь в виду одно обстоятельство. Невиновность и недоказанность — это понятия не тождественные. При невиновности установлено, что он преступления не совершил. Как установлено? Путем алиби или каких-нибудь других доказательств. При недоказанности нет бесспорных доказательств, устанавливающих его виновность. Это понятия разные. Здесь не спор о словах, а серьезные различия, имеющие практическое значение. Так, в Своде законов Российской Империи при недостаточности улик оправданный оставлялся под подозрением. В Шотландии оправдательный приговор может быть вынесен в двоякой форме: не виновен и не уличен, не собрано достаточных доказательств вины. Итальянский уголовно-процессуальный кодекс 1930 года устанавливает, что оправдание за недостаточностью улик может служить основанием для принятия в отношении оправданного некоторых репрессивных мер.

У нас ничего подобного нет. У нас нет двух ви-

дов оправдательного приговора. Что получается? Получается, что закон будет выносить оправдательный приговор человеку, в отношении которого не собрано достаточных доказательств, за недоказанностью предъявленного обвинения? И многие ученые рекомендуют адвокатам просить о вынесении оправдательного приговора только в том случае, если адвокат убежден в невиновности подсудимого. Разве это правильно?

Точно так же, совершенно неправильным является высказывание по вопросу о том, как у адвоката формируется убеждение. При обсуждении книги «Адвокат в советском уголовном процессе» Перлов вот что сказал: «Разве у адвоката не формируется убеждение на тех же началах, на каких формируется убеждение у судей, у прокурора в ходе судебного разбирательства? Конечно, да. Адвокату присуще внутреннее убеждение в такой же мере, как оно присуще государственному обвинителю, судье. Иное дело, что защитник дела не решает, но это не значит, что у него нет внутреннего убеждения по делу. Конечно, истина окончательно устанавливается судом, но это не значит, что адвокат лишен возможности познать истину в ходе судебного разбирательства».

Правильно ли это суждение? Можно ли ставить знак равенства по вопросу о формировании убеждения у адвоката и прокурора? Думаю, что нельзя. Однако ленинградские адвокаты в своем сборнике, который они выпустили года два тому назад, в статье «Роль и задачи адвокатуры в связи с дальнейшей демократизацией в советском уголовном процессе» полагают иначе и приводят текст статьи 17

«Оценка доказательств» Основ уголовного судопроизводства: «Суд, прокурор, следователь, лицо, производящее дознание, оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению». В этой связи наши ленинградские коллеги задаются вопросом: «Разве это не относится и к адвокату? Если у адвоката отнять право субъективного решения возникающих в деле вопросов, отрицать право утверждать что-нибудь перед судом, исходя из внутреннего убеждения, то адвокату больше нечего говорить в суде».

Правильное это соображение? Абсолютно неправильное, потому что у нас нет никаких оснований считать, что адвокат не упоминается в этой статье 17, точно так же, как в статье 14, где говорится о всестороннем, полном и объективном исследовании обстоятельств дела просто по недосмотру законодателя. Мы законодателю не можем бросить такой упрек. Это не упоминается потому, что у адвоката другие функции, которые определяются в статье 23 очень четко: «Защитник обязан использовать все указанные в законе средства и способы защиты, выясняя в особенности обстоятельства, оправдывающие его подзащитного, смягчающие его ответственность и оказывая обвиняемому необходимую юридическую помощь».

Это надо понять, что в то время, когда суд, прокурор, следователь изучают все обстоятельства, выясняют все обстоятельства, как изобличающие подсудимого, так и оправдывающие его, и на основании анализа всех этих собранных доказательств приходят к определенному выводу, адвокат вовсе не обязан выявлять все, что имеется в

деле, и докладывать об этом суду. Он обязан только лишь выявлять обстоятельства, оправдывающие обвиняемого.

Отсюда становится понятно, в какой мере неправильно поступают те адвокаты, которые говорят: мой подзащитный изобличается не только лишь теми обстоятельствами, которые были приведены прокурором, но еще и такими-то. Это нарушение закона. Закон ему этого не разрешает. По закону деятельность его является односторонней.

Неправильно ленинградские товарищи утверждают, что будто бы статья 17 Основ, которая говорит об оценке доказательств и имеет в виду прокурора, судью, следователя, распространяется также на адвоката. Это, бесспорно, ошибка! Адвокат оценивает доказательства и докладывает их суду на основе полного объективного исследования. Если он даже выявляет что-то, что изобличает его подзащитного, он не вправе об этом говорить, если об этом прокурор не сказал. Он не вправе усиливать обвинение, но, конечно, он не вправе воспользоваться тем, что прокурор прошел мимо сведений о судимости своего подсудимого и говорить о его безупречном прошлом. Нет, этого он, конечно, не должен делать. Но и изобличать своего подзащитного, ухудшать его положение он не вправе.

Наконец, поговорим о роли убеждения. Мы знаем, что если прокурор придет к убеждению, как говорит статья 50 Основ, о недоказанности предъявленного обвинения, что должен сделать прокурор?

Голос из зала: Отказаться от обвинения.

Да! Если в результате, судебного разбирательства прокурор придет к убеждению, что данные судебного следствия не подтверждают предъявленного подсудимому обвинения, он обязан отказаться от обвинения и изложить суду мотивы отказа. А адвокат может так поступить, если придет к убеждению о доказанности предъявленного обвинения? Нет, он не вправе этого сделать.

Несмотря на это, профессора Чельцов, Перлов и другие считают, что адвокат должен поступить именно так и никак иначе. И Чельцов утверждает, что в подобном случае нет отказа от защиты, если адвокат признает вину доказанной и будет говорить только о смягчающих обстоятельствах. Но я убежден, что это будет в чистом виде отказ от защиты.

Еще более откровенно высказывается по этому вопросу профессор Рахунов. В книге «Участники уголовно-процессуальной деятельности»¹, которая была издана уже после утверждения Основ уголовного судопроизводства, Рахунов пишет, что адвокат в случае официального расхождения с под-

¹ Рахунов Роман Давидович (1910–???) – доктор юридических наук, профессор, автор монографий «Теория и практика экспертизы в советском уголовном процессе» (М., 1950); «Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе» (М., 1954); «Свидетельские показания в советском уголовном процессе» (М., 1955); «Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву» (М., 1961); «Выявление судом причин и условий, способствовавших совершению преступлений» (М., 1967) (в соавт.) См.: Рахунов Р. Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности. М.: Госюриздат, 1961.

судимым вправе заявить суду об отказе выполнять по этому делу функции защиты. Далее он пишет: «Нам представляется, что такой отказ не будет противоречить закону, статье 23 Основ уголовного судопроизводства, имея в виду исключительный случай».

Нам представляется, что никому не может быть дозволено по своему усмотрению устанавливать исключение из общего правила. Таких исключений нет и быть не может. Единственно, если закон на этом настаивает.

В каких случаях адвокат может отказаться от защиты? Если в стадии судебного следствия выявляется, что защита двух несовместима при наличии противоречий. Закон обязывает! Ни по каким иным мотивам адвокат не вправе отказаться от защиты.

Что значит отказаться от защиты? Это значит не выполнить те обязанности, которые на него возложены, т. е. выявлять все то, что говорит в пользу подсудимого. Пусть он даже убежден, пусть у него сложилось мнение, что его подзащитный совершил это преступление, он не вправе не выявлять все те обстоятельства, которые хотя бы в малейшей степени опровергают предъявленное обвинение. Даже если он считает, что этот человек совершил преступление, он обязан до конца выполнить долг защитника и в этом, товарищи, нет никакой сделки со своей совестью, нет ничего такого, что противоречило бы его убеждению. Ведь он не говорит о том, что этот человек не совершил преступления. Если он не находит оснований для просьбы об оправдательном приговоре, он не будет о нем про-

силь. У него сделки с совестью нет. Он выявляет всё, что он обязан выявлять.

Думаю, что не может плохо себя чувствовать адвокат, если он просит о вынесении оправдательного приговора, а суд выносит обвинительный приговор. Он в этом случае выполнил свою задачу, потому что в результате тщательного исследования всех материалов дела, в той или иной мере колеблющих обвинительную версию, приговор суда является более обоснованным и убедительным и в этом заслуга адвоката.

Голос из зала: В этом заключается состязательность?

Конечно! Теперь, товарищи, я хочу перейти к вопросу, который, к сожалению, до сих пор остается не затронутым. Увы, я весьма одинок в отношении трактовки этого вопроса, который хотел бы предложить вашему вниманию в надежде получить союзников. Есть одна формулировка, которая меня весьма тревожит: «Адвокат — защитник законных интересов обвиняемого». В каждой статье, посвященной адвокатуре, в каждом выступлении вы слышите эту сакраментальную фразу: адвокат — защитник законных интересов подсудимого.

По существу это правильно: вы же не станете утверждать, что адвокат защищает незаконные интересы подсудимого. Но как понимать эту фразу? Вы не сразу ответите. Правда, вы можете отделаться общими фразами. Вы скажете: законные интересы, это интересы, основанные на законе. А приведите пример незаконного интереса, который не должен защищать адвокат? Вы не будете говорить о стремлении адвоката произнести два защи-

тельные речи и после окончания судебного следствия просить допросить еще кого-нибудь из свидетелей – вы не будете говорить об этом.

Так что же понимать под незаконным интересом подсудимого? Вообще об этом не стоило бы говорить, потому что фраза сама по себе очень красивая, она возвышает адвоката: адвокат защищает законные интересы! Это красиво звучит, но вся беда в том, что в эту фразу профессора Чельцов, Перлов, Рахунов и другие вкладывают содержание, ничего общего с законом не имеющее. Я сейчас вам прочитаю, о чем они говорят.

Вот что сказал профессор Перлов: «А если подсудимый говорит неправду в суде, если перелагает вину на плечи другого, невиновного человека, огорчивает его, если он опорочивает правильные свидетельские показания, данные в судебном заседании, то это разве законный интерес подсудимого? Разве должен советский адвокат брать такие интересы под защиту? Конечно, нет».

Буквально то же самое было сказано профессором Чельцовым. В последнем издании учебника «Советский уголовный процесс» он так разрешает данный вопрос: «Для того, чтобы защитник действительно оказал эту помощь, он должен защищать только законные интересы обвиняемого, а не все его интересы (в числе которых может быть и незаконный интерес – запутать судью и уклониться от заслуженной уголовной ответственности)»¹. Вот чему поучают нас профессора.

Итак, согласно концепции этих процессуалистов,

¹ Чельцов М. А. Советский уголовный процесс. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1951.

если человек, не признающий свою вину, преступления не совершил, то его интерес был оправдан, это законный интерес. А если он преступление совершил, но все-таки стремится быть оправданным, то его интерес является незаконным.

А откуда адвокат знает, совершил его подзащитный преступление или не совершил? Можно ли требовать от адвоката, чтобы он превратился в судью и вынес приговор своему подзащитному, пришел к выводу о том, законен или незаконен его интерес, и в соответствии с этим строил свою позицию? Вот что получается!

Такая, казалось бы, невинная формулировка, которую вы слышите на каждом шагу и повторяю, нет такой статьи об адвокатуре, где бы эта фраза не упоминалась. Вот я и ищу у вас поддержки, потому что меня никто пока не поддерживает. А я считаю, что это очень серьезная проблема. Я считаю, что подобная трактовка вносит сумятицу и толкает адвокатов на путь явного беззакония.

В связи с этим, я хочу прочитать вам выдержку из статьи кандидата юридических наук Ульяновой¹, очевидно воспитанной в духе школы Чельцова. Вот что она пишет: «Не всегда интерес подсудимого совпадает с интересами социалистического правосудия. Бывают случаи, когда он стремится избегать наказания за совершенное преступление, используя для этого различные методы, которые могут быть заведомо незаконными: подговор сви-

¹ Ульянова Людмила Тимофеевна – кандидат юридических наук, доцент юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, специалист по теории доказательств, организации и деятельности адвокатуры в РФ.

детелей, ложь, подтасовывание фактов и т. д. Как в первом случае, так и во втором случае, адвокат не имеет права помогать подсудимому в защите его незаконных интересов».

Что же получается? Представьте себе, ваш подзащитный говорит: я хочу вызвать в качестве дополнительных свидетелей таких-то в опровержение таких-то доказательств, собранных по делу. А вы, адвокат, ему отвечаете, что вы пришли к определенному выводу о его виновности, и потому его желание основано на незаконном интересе. Хотя закон ему это разрешает, вы не вправе поддержать его, ссылаясь на статью товарища Ульяновой в журнале «Социалистическая законность».

Мне думается, товарищи, что для вас ясно, что интерес подсудимого осуществлять защиту законными средствами — всегда является законным, независимо от того, совершил он преступление или не совершил, независимо от того, что думает адвокат по поводу доказанности предъявленного обвинения, ибо в законе речь идет только о незаконных средствах, но ни в Основах уголовного судопроизводства, ни в уголовно-процессуальном кодексе вы не найдете этого надуманного термина «законный интерес подсудимого».

По этому поводу мне представляется крайне важным мобилизовать ваше внимание для того, чтобы прийти к определенному выводу. Нужно сказать, что еще в УПК РСФСР 1923 года была статья 251¹, которая давала основание для опреде-

¹ Статья 251 УПК РСФСР 1923 г. гласила: «Для двух или более подсудимых по одному и тому же делу может быть назначен один защитник лишь в том случае, когда защи-

ленной трактовки этого вопроса. Эта статья говорит о роли и задачах адвоката, и, в частности, о том, что одно и то же лицо не может осуществлять защиту нескольких подсудимых с противоречивыми интересами. Почему? Очень просто. Потому что адвокат не является докладчиком, потому что адвокат истину не познает. Если бы он познавал и докладывал ее суду, как докладчик, как подлинный помощник суда, тогда почему бы ему не защищать и двух и трёх подсудимых с противоречивыми интересами? Он ознакомился со всеми материалами дела, пришел к определенному выводу и потом докладывает суду.

Но адвокат не является докладчиком. Он определенную фигуру защищает в соответствии с законом и конечно недопустимо, чтобы он защищал двух людей с противоречивыми интересами, ибо, защищая одного, он будет обвинять другого.

Я подхожу к очень серьезному вопросу: познает ли адвокат истину, ставит ли он перед собою задачу познать истину или нет? Профессора Чельцов, Перлов и другие считают, что адвокат познает истину и должен к этому стремиться, а я считаю, что не это его задача. Если бы он был докладчиком по делу, он должен был бы познать истину, разобратся и доложить суду.

Но он истину не должен познавать! Не подумайте, что он не должен разобраться во всех материалах дела. Нет, не в этом суть. А суть в том, что у него иные функции. Задача адвоката заключается

та одного из них не противоречит защите другого; в противном случае для каждого подсудимого должен быть назначен особый защитник».

не в том, чтобы он познал истину и доложил ее суду, а в том, чтобы он привел все доказательства, опровергающие предъявленное обвинение и тем самым помог суду установить истину. И вот как раз статья 251 УПК 1923 года и статья 23 Основ убеждают в правильности этой позиции.

Тут нужно принять во внимание еще одно обстоятельство. Адвокат действительно очень своеобразная фигура. Он отличается от всех людей. Почему? Потому что люди обыкновенно идут от фактов к выводам: суд, прокурор, следователь – они выясняют все обстоятельства дела и приходят к обоснованному выводу. А как мыслит адвокат? Он идет от желаемого вывода к фактам. Конечно, с самого начала он знакомится с материалами дела, стремясь выяснить, можно ли защищать этого человека, можно ли опровергнуть предъявленное обвинение. Но это так, предварительно. Он приходит к выводу предварительному, что можно действительно говорить о недоказанности предъявленного обвинения, – это его желаемый вывод.

Он подводит все факты, которые выявляет в материалах дела, именно к этому желаемому выводу. И в этом нет ничего позорящего адвоката. Это его специфический образ мышления и действия, оправданный законом, потому что в законе сказано, что адвокат выявляет все обстоятельства, опровергающие обвинение и говорящие в пользу его подзащитного. Эти обстоятельства он обязан выявлять. Поэтому, идя к определенному желаемому выводу, он и ищет аргументы в его пользу.

Иногда мне кажется, что судебные работники, перешедшие на адвокатскую работу, должны пере-

строиться. Когда человек судит, он стремится исследовать все обстоятельства дела, исследовать объективно, всесторонне, чтобы на основании оценки всех собранных доказательств прийти к определенному выводу.

Адвокат поступает иначе. Например, по делу проходят двое подсудимых с противоречивыми интересами – Иванов и Петров. Адвокат не выбирает, кого он будет защищать. Ему говорят: защищай Иванова – и он должен защищать Иванова, несмотря на то, что тот изобличается множеством доказательств, а в отношении Петрова, напротив, улик мало.

Конечно, легче защищать Петрова, в отношении которого собрано недостаточно доказательств. Вы справитесь с этим и будете говорить, что убеждены в его невиновности. (Хотя не рекомендовал бы говорить «я убежден в его невиновности» или «я убежден, что он исправится». Суду важно не ваше убеждение, а убедительность вашей позиции.) Но в каком положении окажется тот адвокат, который должен защищать Иванова, в отношении которого собраны серьезные доказательства? Что он может сказать: я убежден, что мой подзащитный совершил преступление? Анекдот! Тогда у Петрова окажется два защитника и один прокурор, а у Иванова – три прокурора, что с точки зрения закона допустимо.

Значит, несмотря на то, что этот адвокат, может быть, даже и будет убежден в том, что его подзащитный, Иванов, столь сильно изобличенный, совершил преступление, а тот другой, Петров, невиновен, он все-таки должен будет в материалах дела

выявлять всё то, что в малейшей степени колеблет предъявленное Иванову обвинение. И в этом нет ничего худого, в этом нет никакой сделки с совестью, если он будет честно и добросовестно работать, он будет выполнять обязанности, которые на него возлагает статья 23 Основ.

Мне осталось сказать несколько слов по вопросу, который довольно часто возникает: правда и ложь в уголовном деле. Это важнейшая проблема. Мне кажется, что она сейчас слишком просто разрешается. Напрасно наши ученые упрекают адвокатов в том, что те бывают неправдивы, и призывают адвокатов к тому, чтобы они не лгали, не делали ничего против голоса совести и т. д. Вот что пишет по этому вопросу профессор И. Д. Перлов: «Советский адвокат, защищая права и законные интересы подсудимого, должен остановиться у той границы, где кончается правда и начинается ложь, когда интересам государства наносится явно ущерб, противопоставляемый незаконным интересам подсудимого».

Я считаю, что это несерьезная демагогия. Почему советского адвоката призывают не лгать, не поступать против совести. Почему другим судебным работникам не делают таких рекомендаций? Если так уж говорить фигурально, не должно подходить вообще близко к этой лжи, а быть всегда там, где правда. Это все ни к чему. С такими эмоциями можно обращаться к докладчику, который изучает все материалы дела и должен правдиво их изложить. К адвокату незачем обращаться с такими рекомендациями, ибо он истину не познает, у него другие функции, он выполняет обязанности, кото-

рые возлагает на него закон и тем самым помогает суду установить истину.

По существу, к адвокату могут быть предъявлены только такие требования: прежде всего, добросовестно исполняя все те обязанности, которые на него возложены законом, не допускать никаких незаконных средств и методов, не вводить суд в заблуждение, осуществлять в процессе защиту. Значит, никаких незаконных средств, ничего, что вводит в заблуждение суд, правдиво и добросовестно излагать все то, что говорит в пользу его подзащитного.

Адвокат должен дать оценку исследуемых обстоятельств в соответствии с требованиями коммунистической морали и принципиальными положениями марксистско-ленинского мировоззрения. Адвокат должен помочь в установлении причин преступности и мер к их устранению. И никаких иных требований к адвокату не должно быть предъявлено.

Так очень просто разрешается эта вековая проблема: правда и ложь в уголовном деле. Нет никакой лжи, нет никакой специальной правды. Если адвокат будет выступать в соответствии с тем, что от него требует закон, и честно выполнять свои обязанности, то неминуемо должен быть правдивым, с одной оговоркой — не говорить ничего того, что может ухудшить положение его подзащитного. В этом есть определенное свойство его профессии.

Я хотел бы затронуть еще два вопроса практического порядка, которые вытекают из всего того, что было мною сказано. Прежде всего, если подзащитный сказал адвокату о том, что он это пре-

ступление совершил, а на суде будет отказываться — как должен поступить адвокат? Я должен сказать, что это редкие случаи, но в моей практике были такие признания. Как быть? Продолжайте защищать, во-первых, потому, что я не знаю, в какой мере соответствует действительности то, что мне было сказано моим подзащитным, а во-вторых, потому, что я знаю нормы профессиональной тайны и обязанности, которые возлагает на меня закон.

Конечно, если бы можно было выйти из процесса, я бы вышел из него потому, что неприятно осуществлять защиту в такой ситуации. Но если это невозможно, это ни в коей мере не отразилось бы на моей позиции по делу.

Еще один вопрос. Как должен вести себя адвокат в том случае, если подсудимый признает себя виновным, а адвокат видит в материалах дела целый ряд обстоятельств, которые опровергают предъявленное обвинение. Может ли быть тут расхождение?

Голос из зала: Может.

Да, может быть расхождение в том случае, когда это предусмотрено законом. А закон обязывает адвоката выявлять все то, что опровергает предъявленное обвинение. Поэтому, если мой подзащитный утверждает, а я вижу, что по материалам дела его виновность не установлена, я не только вправе, но обязан довести до сведения суда все то, что опровергает обвинение.

Два слова насчет кассационной жалобы. Я думаю, что вы уже понимаете, каков будет мой вывод. Поскольку адвокат не является самостоятель-

ным участником процесса, адвокат не вправе, при наличии отказа подзащитного, подавать кассационную жалобу. Практически я знаю, были такие трагические случаи, когда адвокат подавал кассационную жалобу против воли своего подзащитного, и дело скверно кончалось, приговор отменялся, дело направлялось на доследование и в результате доследования выявлялись новые обстоятельства.

Однажды я выступал после отмены второго приговора. Моя подзащитная была осуждена к 4 годам. Она подала кассационную жалобу и дело закончилось десятью годами лишения свободы.

Убежден: адвокат не вправе самостоятельно решать вопрос о подаче жалобы, он не хозяин в процессе, наконец, он не знает, может быть, подзащитный ему всего не сказал, а тот боится направлять дело на доследование. Вы должны смирить свою собственную принципиальность, чтобы не принести вред подзащитному.

Голос из зала: А можно заявлять ходатайство, если подсудимый не хочет, чтобы его направляли на экспертизу?

Если речь идет о направлении на психиатрическую экспертизу, а он возражает, то вы не связаны его волей. В отношении несовершеннолетних — тоже особый случай. Но я говорил о правилах. Из правил, конечно, могут быть исключения.

Голос из зала: Если осужденный отказывается от подачи кассационной жалобы, то вы не имеете права принести ее. А представьте себе, что по всем материалам дела защитник пришел к выводу, что нет состава преступления, вина не доказана, — как тогда быть?

Это ничего не меняет, поскольку, во-первых, защитник не является самостоятельным участником процесса. А во-вторых, в случае направления дела на следствие могут выявиться какие-то улики, о которых вам неизвестно, но которые известны вашему подзащитному. У моего брата, адвоката¹, был такой случай, когда он уговорил подать кассационную жалобу своего подзащитного, который был осужден к одному году исправительно-трудовых работ, а в результате обжалования он оказался осужден к двум годам лишения свободы.

Некоторые наши процессуалисты рассматривают адвоката, как опекуна. Это неправильная позиция. Адвокат не опекун, он только защитник, он только оказывает помощь подсудимому и тем самым помогает суду вынести правильный приговор.

Голос из зала: Вы считаете, что право адвоката является производным?

Вовсе нет. У него есть некоторые права, например, произносить защитительную речь, хотя в некоторых случаях это право может быть предоставлено подсудимому, когда у него нет адвоката. Говорить, что у него права производные от прав подсудимого, не приходится. Но в вопросе подачи ходатайств обязательно всё надо согласовывать с подзащитным.

Голос из зала: В чем ваше расхождение с Чельцовым?

Чельцов считает, что принцип солидарности не является основным принципом защиты. Я полагаю, что всё как раз наоборот. Всегда адвокату

¹ Синайский Александр Давидович – ветеран Днепропетровской областной коллегии адвокатов.

нужно согласовывать свою позицию с подзащитным. Когда у вас есть расхождение, обязательно поставьте об этом в известность вашего подзащитного. Например, Вы ставите его в известность, что не можете поддержать его позицию.

У меня был такой случай. Я знакомился с материалами дела и вижу: молодая женщина категорически не признает себя виновной, а обвиняется она в том, что запустила руку в чужой карман. Изобличается очень крепко. Я не могу найти никакой позиции для просьбы о вынесении оправдательного приговора. Я не могу найти никаких обстоятельств, которые хоть в малейшей мере колебали бы предъявленное обвинение. Тогда я пришел к ней в тюрьму и спрашиваю: как ты будешь давать объяснения? Она говорит: я себя виновной не признаю. Я ей говорю, что судьи серьезные люди и на них произвело бы гораздо лучшее впечатление, если бы ты признала свою вину. Конечно, говорю, я не настаиваю, я всё равно буду тебя защищать, но предупреждаю, что не смогу вслед за тобой сказать, что ты ни в чем не повинна. Адвокат может так сказать, когда у него есть аргументы. Я не буду говорить, совершила ты преступление или не совершила, этот вопрос обойду, и буду ссылаться на совершенно другие обстоятельства. Её свидание с адвокатом завершилось тем, что она обещала подумать. В результате она пришла к выводу, что лучше признать себя виновной. Поэтому я утверждаю, что позицию обязательно нужно согласовывать. Причем, лично.

Есть еще у молодых адвокатов такая манера: если защита осуществляется в порядке статьи 49

УПК РСФСР¹, то можно в последнюю минуту побеседовать со своим подзащитным, прямо в зале суда. Упаси боже! Всегда, независимо от того, защита в порядке статьи 49 или не в порядке статьи 49, надо заблаговременно прийти на свидание, чтобы выяснить все обстоятельства дела. Можешь быть, нужны какие-нибудь новые доказательства, какие-нибудь ходатайства.

Голос из зала: В отношении направления на принудительное лечение. Если подсудимый отказывается, считает, что ему не нужно принудительное лечение от алкоголизма, адвокат должен поддерживать его и в этом случае? У меня был случай, когда я настаивала на направлении на лечение.

И правильно сделали.

(Аплодисменты)

Список использованных источников:

1. *Синайский Э. Д.* Основные вопросы защиты в уголовном процессе // Советское государство и право. 1961. № 5.

¹ Статья 49 УПК РСФСР 1960 года предусматривала обязательное участие защитника по делам, в которых участвует государственный обвинитель, и в ряде других случаев. Если защитник не был приглашен обвиняемым или другими лицами по его поручению, то суд обязан был обеспечить его участие в деле. Участие в процессе в порядке статьи 49 УПК РСФСР было обязанностью члена коллегии адвокатов, а причитающееся ему вознаграждение взыскивалось в пользу юридической консультации как судебные издержки.

2. Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность: Учебник. Часть I / Под ред. И. Л. Трунова. М.: Эксмо, 2006.

3. Суд и правосудие в СССР. Учебник / Звирбуль В. Е., Лазарев В. В., Лерман М. М., Малков В. П., Танопольский Р. И., Фролов Ю. А., Цыпин А. З., Яковлев М. В.; Сост.: Бажанов А. Т., Малков В. П. Казань: Изд-во Казанского университета. 1980.

4. *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1951.

5. Адвокат в советском уголовном процессе: Пособие для адвокатов / Авт. кол.: И. Т. Голяков, М. А. Чельцов, И. Д. Перлов; под ред. И. Т. Голякова; Всесоюзный институт юридических наук Министерства Юстиции СССР. М.: Госюриздат, 1954.

6. *Строев М.* Роль защиты в уголовном процессе // Еженедельник советской юстиции. М.: Юридическое издательство НКЮ РСФСР. 1925. 21 сентября. № 34.

7. Закон СССР от 25 декабря 1958 г. «Об утверждении Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик» / Ведомости ВС СССР. 1959. № 1. Ст. 15.

8. *Рахунов Р. Д.* Теория и практика экспертизы в советском уголовном процессе». М., 1950.

9. *Рахунов Р. Д.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе. М., 1954.

10. *Рахунов Р. Д.* Свидетельские показания в советском уголовном процессе. М., 1955.

11. *Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М., 1961.

12. *Рахунов Р. Д.* Выявление судом причин и условий, способствовавших совершению преступлений. М., 1967.

13. *Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности. М.: Госюриздат, 1961.

14. *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1951.

ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ

– журнал публикует материалы по фундаментальным и прикладным проблемам авторского права, информационного права, права интеллектуальной собственности;

– в журнале печатаются материалы, ранее не опубликованные и не предназначенные к одновременной публикации в других изданиях; автор может опубликовать в одном номере журнала не более одного материала; все материалы проверяются на наличие плагиата;

– плата за публикацию материалов не взимается; авторам гонорар не выплачивается;

– элементы издательского оформления материалов включают: сведения об авторах; заглавие материала; подзаголовочные данные; аннотацию; ключевые слова; сведения о языке текста, с которого переведен публикуемый материал; приложения; пристатейный библиографический список; допускается использовать дополнительные элементы издательского оформления; представляются также на английском языке: название статьи, аннотация, ключевые слова, фамилия, имя, отчество автора(ов); отдельно необходимо указать контактный телефон и адрес электронной почты для оперативной связи, адрес с индексом для отправки номера журнала; по выходу журнала каждому автору бесплатно высылается отдельный номер журнала;

– объем материала не должен превышать 1 п. л. (40 000 знаков);

– решение редакционного совета о принятии статьи к печати или ее отклонении сообщается авторам;

– электронные носители и рукописи авторам не возвращаются; рецензии на принятые материалы представляются по запросам авторов;

– аннотации материалов, ключевые слова, информация об авторах будут находиться в свободном доступе

на сайте Кафедры, в системах цитирования на русском и английском языках; через год после выхода номера журнала его полнотекстовая версия будет размещена на сайте Кафедры.

Полный текст Правил представления рукописей авторами размещен на сайте www.unescochair.ru

Учредитель и издатель:
АНО «Творческий центр ЮНЕСКО»
117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая,
д. 55А, каб. 112.
Адрес редакции: 117279, г. Москва,
ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.
Почтовый адрес: 119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка,
д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО

www.unescochair.ru
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Подписано в печать 28.05.2013 г.
Сдано в набор 30.05.2013 г.
Формат 60×90 ¹/₁₆. Печать офсетная.
Объем 19 п. л.
Тираж 1000 экз. Заказ 237.
Отпечатано в типографии НОУ «ПМБ ЕГУ».
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

Свободная цена.

ISSN 2225347-5



9 772225 347000



1 3 0 0 1