Будник Руслан Александрович

**ИНКЛЮЗИВНОЕ ПРАВО АВТОРА**

**ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ КОНЦЕПЦИЯ**

**Москва – 2018**

Аннотация

Настоящая монография посвящена описанию цивилистической концепции инклюзивного права автора. Инклюзивное право гарантируется автору или иному правообладателю через построение и введение в действие инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Разработка данной концепции обусловлена необходимостью модернизации института авторских прав вследствие изменения отношений по созданию и использованию произведений науки, литературы и искусства в информационном обществе. Исследованы проблемы действующей системы авторских прав и предпосылки для её модернизации. Сформулированы законодательные инициативы, направленные на формирование корпуса инклюзивных правовых норм в Гражданском Кодексе Российской Федерации и международных договорах об авторских правах. Разработан правовой алгоритм построения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в России и на международном уровне. Издание предназначено для специалистов по управлению интеллектуальными правами и широкого круга читателей.

Автор:

Будник Руслан Александрович. Кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник Научно-методического Центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Научные рецензенты:

Синельникова Валентина Николаевна

профессор кафедры гражданского и предпринимательского права факультета права Национального исследовательского университета» Высшая школа экономики», член диссертационного совета ФГБОУ ВО «Российской государственной академии интеллектуальной собственности»,член Экспертного совета по праву Высшей аттестационной комиссии при Министерстве образования и науки Российской Федерации,

член Научно-консультативного совета при Верховном суде РФ.

Серго Антон Геннадьевич

доктор юридических наук, профессор кафедры «Авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин» Российской государственной академии интеллектуальной собственности.

Оглавление

[**Введение** 5](#_Toc474404777)

[**Глава первая. Эксклюзивно-ориентированный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации: проблемы и противоречия** 8](#_Toc474404778)

[§1. Анализ эксклюзивно-ориентированного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений 8](#_Toc474404779)

[§2. Исчерпание возможностей охраны произведений на основе формы в отрыве от содержания 20](#_Toc474404780)

[§3. Недооценка информационных и социально-экономических свойств произведений 32](#_Toc474404781)

[**Глава вторая. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе инновационных правовых концепций** 61](#_Toc474404782)

[§1. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе концепции Creative Commons 61](#_Toc474404783)

[§2. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе концепции свободного программного обеспечения 80](#_Toc474404784)

[§3. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе концепции альтернативной системы компенсации 99](#_Toc474404785)

[**Глава третья. Предпосылки формирования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений** 124](#_Toc474404786)

[§1. Диспозитивность авторского права как основа инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений 124](#_Toc474404787)

[§2. Мораль стремления как философско-правовая основа инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений 140](#_Toc474404788)

[§3. Внимание пользователей как новый приоритет для правообладателей и критерий ценности произведений 158](#_Toc474404789)

[**Глава четвертая. Построение инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений** 176](#_Toc474404790)

[§1. Инклюзивные правовые нормы в отечественном законодательстве и международных договорах 176](#_Toc474404791)

[§2. Этапы конструирования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации 196](#_Toc474404792)

[§3. Инклюзивный механизм как правовая основа для новых видов использования объектов авторских прав 213](#_Toc474404793)

[**Заключение** 231](#_Toc474404794)

[**Приложение 1** 238](#_Toc474404795)

[**Приложение 2** 239](#_Toc474404796)

# **Введение**

Результаты интеллектуальной деятельности приобрели в современном обществе статус одного из ресурсов устойчивого развития. Спрос на этот ресурс обусловил обострение противоречий между стремлением граждан к беспрепятственному использованию произведений науки, литературы и искусства и имущественными правами авторов.

За нарушение авторских прав в Российской Федерации повышена мера ответственности вплоть до уголовного наказания. В разных странах мира обсуждаются инициативы по увеличению срока охраны, который уже достиг ста двадцати лет на отдельные виды объектов в США. На международном уровне принимаются правовые акты в поддержку технических средств ограничения противоправного доступа к произведениям[[1]](#footnote-1).

Усиление защиты авторских прав осуществляется способом юридического запрета, императивным методом, охранительными и ограничивающими средствами в рамках исключительного права[[2]](#footnote-2), которое преследует цель не допустить в круг пользователей тех, кто не получил разрешение правообладателя. Такая направленность юридических средств исключительного права позволяет охарактеризовать действующий механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений в качестве эксклюзивно-ориентированного механизма. Данный механизм сформировался и эффективно функционировал в условиях экономической целесообразности, правовой и технологической реализуемости запрета на использование произведений без разрешения правообладателя с момента зарождения авторского права и в течение индустриального периода цивилизации.

Сегодня, когда передовые страны мира достигли технологического уклада, который характеризуются интенсивным развитием компьютерной и информационной инфраструктуры общества, запретительные средства защиты интеллектуальных прав утратили свою эффективность. Данный факт подтверждается возможностью использовать практически каждое охраняемое произведение в сети «Интернет» с нарушением авторских прав, несмотря на повышение меры наказания и применение ограничительных средств.

К утрате эффективности эксклюзивно-ориентированного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений привёл ряд факторов. Первая и наиболее очевидная группа факторов связана со становлением киберпространства[[3]](#footnote-3) в качестве инфраструктуры современного общества. Масштабы и скорость эволюции этого бесконечного носителя и транслятора информации таковы, что исключение противоправного использования произведений внутри него видится всё более сложной и ресурсоёмкой задачей. Кроме того, информационно-телекоммуникационные технологии снизили зависимость авторов от издателей и других посредников в части обнародования и распространения своих работ. Вторым и наиболее важным выступает не технический, но экзистенциально-мировоззренческий фактор, проявляющийся в том, что значительная часть современных авторов более не намерена ограничивать круг пользователей своих произведений и исключать кого-либо из него. Воздвижение барьеров на пути расширения сообщества пользователей творческого продукта не соответствует интересам автора, стоящего на этой позиции. Недопуск даже одного потенциального пользователя считается контрпродуктивным актом с точки зрения реализации личных неимущественных и имущественных прав автора.

Данная точка зрения обоснована следующими важными причинами. Первое обстоятельство состоит в том, что научно-технический прогресс привёл к исчерпанию традиционных способов коммерциализации объектов авторских и смежных прав, которые основаны на запрещении их свободного использования. Материальные носители информации перестали продаваться в прежних объёмах и служить лучшим из возможных методов распространения творческих продуктов. Загрузка оцифрованных произведений через сеть «Интернет» и платный доступ к ним в потоковом режиме не всегда оправдывают финансовые ожидания правообладателей. Вторая причина заключается в обострении конкуренции за привлечение пользователей вследствие увеличения предложения результатов творческой деятельности. Предложение растёт как за счёт новых работ, создаваемых в больших количествах с помощью компьютерных технологий, так и по причине доступности ранее выпущенных произведений, при этом спрос остаётся на прежнем уровне. Третья причина проявляется в том, что в современном обществе формируются новые, ранее не существовавшие подходы к использованию объектов авторских прав, и как следствие у авторов возникают новые возможности для реализации своих интеллектуальных прав. К инновационным подходам относят монетизацию коммуникативного потенциала объектов авторских прав по доставке сообщений целевым слоям общества вместе с произведением или внутри него. Другая возможность связана с развитием индустрии впечатлений, продвигающая на рынок продукты и услуги, в основу которых положены объекты авторских прав. Ещё один подход заключается в организации внутренних продаж функциональных дополнений в предлагаемых к свободному использованию программах для ЭВМ, включая компьютерные игры. Этот список не закрыт и продолжает пополняться.

Инновационные подходы к использованию объектов авторских прав замещают устаревающие и открывают новые источники средств для вознаграждения правообладателей. Ряд перспективных подходов базируется на получении дохода от самого факта, что произведение привлекает большое количество пользователей, а также посредством продажи или обмена внимания пользователей к творческому продукту и личности автора в качестве востребованного блага. По этой причине максимизация пользовательской базы и объёма привлекаемого произведением внимания становится главной целью для автора, который убеждён в эффективности новых подходов. Ограничение количества пользователей в этом случае теряет смысл. Взимание платы за доступ не окупает издержек от уменьшения объёма привлечённого внимания, что ведёт к материальным и нематериальным потерям автора в долгосрочной перспективе.

В современном обществе со всей очевидностью сформировался запрос на регулирование отношений по использованию объектов авторских прав юридическими средствами, которые не связанны с ограничением круга пользователей. Удовлетворение этой потребности требует устранения императивно-запретительного дисбаланса действующего механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. В этой связи особую актуальность приобретает разработка цивилистической концепции инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений как системы правовых средств и процесса их применения для развития возможностей свободного использования, увеличения распространённости и повышения доступности произведений науки, литературы и искусства. Практическое применение предложенной концепции будет способствовать преодолению диалектического противостояния теорий оригинального гения[[4]](#footnote-4) и общего блага[[5]](#footnote-5), определяющих цели и задачи института авторского права в современном обществе.

# **Глава первая. Эксклюзивно-ориентированный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации: проблемы и противоречия**

## §1. Анализ эксклюзивно-ориентированного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений

Одной из задач гражданско-правового регулирования авторских отношений является такое воздействие на общественные отношения, которое служит достижению целей авторского права по стимулированию создания произведений науки, литературы и искусства, а также условий для их широкого использования в интересах общества. Диалектика целей правового регулирования авторских отношений заключается в том, что с одной стороны обеспечиваются частные интересы авторов и их правопреемников, а с другой стороны защищаются интересы общества. Повышение уровня охраны прав авторов не должно препятствовать использованию их произведений в целях образования и просвещения или служить помехой в стремлении широкой аудитории читателей, зрителей, слушателей знакомиться с ними.

Как известно, механизм правового регулирования среди прочего выступает инструментом преодоления препятствий, стоящих на пути удовлетворения интересов субъектов права, поэтому качество и достаточность составляющих этот механизм юридических средств определяют эффективность действия права. Механизм правового регулирования авторских отношений включает в себя нормы права, субъективные права и юридические обязанности, юридические факты, властные акты правоприменительных органов, организационную деятельность государства и его органов для оказания комплексного воздействия на общественные отношения и поведение людей в области создания и использования произведений науки, литературы и искусства.

Цель механизма правового регулирования авторских отношений заключается в обеспечении действенности правовых норм, их взаимодействие с юридическими фактами и, соответственно, удовлетворении выраженных в праве интересов участников правоотношения включая отдельных лиц, организаций, государства, всего общества в целом[[6]](#footnote-6). Эффективность механизма правового регулирования напрямую зависит от того, насколько грамотно определены цели регулирования и насколько оптимально подобраны средства для их достижения[[7]](#footnote-7). Эффективность механизма правового регулирования авторских отношений зависит от выбираемых средств достижения целей авторского права, действенность которых, в свою очередь, находится в прямой зависимости от того насколько они адекватны современным способам создания, использования и распространения произведений, в период быстрого развития информационно-коммуникационных возможностей общества.

Механизм правового регулирования предполагает использование различных способов непосредственного влияния правовых предписаний на общественные отношения. Способы правового регулирования –  это те приёмы, которыми осуществляется правовое регулирование, их содержание зависит от особенностей правовых норм, которыми осуществляется такое регулирование. Основными способами правового регулирования авторских отношений являются дозволение, запрещение, обязывание. Дозволение – способ правового регулирования, предоставляющий участнику правоотношения выбор своих действий по реализации того или иного субъективного права в рамках предоставляемых этим правом возможностей[[8]](#footnote-8). Юридические дозволения выражаются в нормативных актах посредством управомочивающих норм права. Примером дозволения при регулировании авторско-правовых отношений является статья 1233 ГК РФ «Распоряжение исключительным правом», в соответствии с положениями которой, правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом. Запрет (негативное обязывание) – это обязанность какого-либо лица воздержаться от совершения определённых действий под угрозой, в случае неисполнения такого требования, применения различного рода санкций[[9]](#footnote-9). Юридический запрет выступает барьером на пути нежелательного, вредного и опасного для общества поведения. Юридические запреты исходят, в том числе из соответствующих морально-этических запретов, принятых в обществе. Юридические запреты выражаются в нормативных актах в виде запрещающих норм. В явном виде запрет на использование результата интеллектуальной деятельности без разрешения правообладателя содержится в п. 1 статьи 1229 ГК РФ «Исключительное право». Обязывание – это способ правового регулирования, означающий, что участник правоотношения обязан совершить определённые действия, указанные в правовых нормах. В отличие от запрета обязывание предусматривает не пассивное, а активное поведение. Обязывание выражается в нормативных актах в виде обязывающих норм. Статья 1232 «Государственная регистрация результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации» представляет собой обязывающую норму, которая обязывает правообладателя уведомлять федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности об изменении сведений относящихся к государственной регистрации результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Как и в случае с юридическим запретом, невыполнение юридической обязанности влечёт за собой юридическую ответственность. Способы правового регулирования непосредственно связаны со средствами регулирования общественных отношений. Так, для дозволения как способа правового регулирования необходимы соответствующие юридические средства: управомочиваюшие нормы, правовые ограничения, субъективные права и др. Для запрещения и обязывания работают запрещающие и обязывающие нормы, юридическая обязанность, запреты, правовые стимулы, правовые поощрения и правовые ограничения.

Совокупность способов, приёмов и средств, используемых в процессе правового регулирования, образуют методы правового регулирования, которые в свою очередь, относят к элементам целостного механизма правового регулирования. Императивный метод представляет собой воздействие на общественные отношения, когда субъекту предписывается строго заданный вариант поведения, и он не имеет возможности уклониться от его осуществления под угрозой применения мер принуждения. Примером работы императивного метода является норма статьи 1234 ГК РФ «Договор об отчуждении исключительного права» требующая заключения договора об отчуждении исключительного права в письменной форме, а также его государственную регистрацию в определённых законом случаях. Диспозитивный метод задаёт лишь общие рамки возможного поведения, при этом внутри них субъекты вправе самостоятельно предусмотреть иной вариант поведения по своему усмотрению, в том случае, если таким правом они не воспользовались, их отношения будут регулироваться согласно общим предписаниям[[10]](#footnote-10). Иллюстрацией функционирования диспозитивного метода является норма статьи 1242 ГК РФ, предоставляющая возможность создавать основанные на членстве некоммерческие организации, на которые в соответствии с полномочиями, предоставленными им правообладателями, возлагается управление соответствующими правами на коллективной основе. Это классический метод всех отраслей частного права, основанных на равенстве сторон. Поощрение как метод правового регулирования – это способ правового воздействия, побуждающий субъектов к совершению определённых действий, полезных с точки зрения общества и государства, путём создания заинтересованности в получении дополнительных благ[[11]](#footnote-11). Примером поощрительного метода является совокупность норм об интеллектуальных правах, в частности статья 1226 ГК РФ «Интеллектуальные права», которая признает интеллектуальные права на результаты интеллектуальной деятельности, включая исключительное право, являющееся имущественным правом, а также личные неимущественные права и иные права, тем самым поощряя авторов создавать объекты интеллектуальной собственности. Рекомендательный метод определяет субъекту наиболее целесообразный вариант поведения, но он не обязан его придерживаться, и может свободно уклониться от исполнения. Примером относящейся к рекомендательному методу нормы в авторском праве служит статья 1262 ГК РФ «Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных», которая предоставляет автору возможность в течение срока действия исключительного права на программу для ЭВМ или на базу данных по желанию зарегистрировать такую программу или базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

В зависимости от соотношения способов правового регулирования принято выделять два типа правового регулирования. Общая направленность воздействия права на общественные отношения зависит от того, что лежит в основе правового регулирования – дозволение или запрет, в зависимости от этого правовое регулирование делится на разрешительный и общедозволительный типы. Разрешительный тип правового регулирования предполагает использование принципа «запрещено всё то, что прямо не разрешено». Субъекты могут совершать только те действия, которые разрешены в нормах права. Общедозволительный тип правового регулирования предполагает использование принципа «разрешено всё то, что прямо не запрещено». Данный тип регулирования имеет место, прежде всего, в сфере гражданско-правовых отношений, когда субъекты вправе совершать любые действия, за исключением тех, которые противоречат закону. Некоторые исследователи говорят о необходимости выделения ещё одного – дозволительно-обязывающего типа правового регулирования, правовая формула которого записывается так: «дозволено только то, что предписано законом»[[12]](#footnote-12) или лицензией. На тип правового регулирования в отечественном авторском праве указывает наименование его имущественного или экономического элемента[[13]](#footnote-13), а именно исключительное право автора. Наименование исключительное право (exclusive right) заимствовано в зарубежных законодательных актах об авторских правах, которое использовалось для расшифровки привилегий и прерогатив, предоставляемых европейскими монархами авторам и издателям, начиная с пятнадцатого века. Семантика слова «привилегии» происходит от латинских слов «privus», т.е. частный, отдельный и «lex» – закон, т.е. отдельный закон, предназначенный оградить права отдельного субъекта или нескольких лиц[[14]](#footnote-14). Самые древние упоминания о привилегиях относятся к периоду Венецианской республики. Сохранились документы о том, что в 1469 г. привилегии были предоставлены сроком на пять лет Жану де Спире, основавшему типографию на территории Венецианской республики[[15]](#footnote-15).

Исключительное право как совокупность норм авторского права, обеспечивающая автору возможность контролировать все виды использования произведений и получать доходы от такого использования, задаёт тип правового регулирования, определяет метод и в целом составляет основу механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Исследование механизма правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации требует подробного изучения исключительного права как его основного элемента. Что означает и какие смыслы заключает в себе понятие исключительное право, как и когда оно зародилось, насколько эффективно оно работало в прошлом и работает в настоящее время? Необходимо отметить, что определение исключительное право (exclusive right) как в русском, так и английском языках в его изначальном понимании имело и продолжает иметь как минимум два связанных между собой смысловых значения, две денотации. В русском языке первая денотация прилагательного исключительный характеризует индивидуальную принадлежность права или другого свойства определённому субъекту: особенный, необыкновенный, редкий, выделяющийся среди других своими положительными или отрицательными качествами[[16]](#footnote-16). Второе смысловое значение происходит из отглагольной формы прилагательного исключительный, образованное от глагола исключать, оно означает возможность запрещать другим делать что-либо, или иметь доступ к чему-либо, исключать остальных из круга включённых, запрещать всем кроме единственного наделённого правом. Это значение передаёт запретительный, ограничительный, исключающий, воздвигающий барьеры на пути к чему-либо, лишения возможности кого-либо или чего-либо, смыслы[[17]](#footnote-17). Русско-английский юридический словарь при переводе значения глагола to exclude[[18]](#footnote-18), а также новый англо-русский словарь при расшифровке значений ряда существительных, используют глаголы «исключать, не допускать, запрещать» как синонимы, следующие друг за другом через запятую[[19]](#footnote-19).

Согласно словарю Кембриджского университета[[20]](#footnote-20) в английском языке прилагательное исключительный (exclusive) также имеет две смысловые денотации. Первое смысловое значение – привилегированный, дорогой (expensive), например, (expensive and only for people who are rich or of a high social class – дорого и только для людей, которые богаты или высокого социального класса). Вторая денотация несёт ограничительно запретительный смысл (exclusive means with limited access – эксклюзивный означает с ограниченным доступом, limited to a particular person – ограничивается конкретной персоной, excluding much or all – исключая многое или все, not divided or shared with others – не предоставленное другим). Синонимический ряд прилагательному exclusive включает в себя значения исключающей смысловой направленности alone (только, в одиночестве, единственно, исключительно), only (только, лишь, исключительно): exclusive of anyone (исключительно чьё-то, за исключением тех). Глагол to exclude переводится, как не допускать, не включать, исключать, (to intentionally not include something, leave out – намеренно не включать). Антонимом прилагательному исключительный (exclusive) выступает прилагательное инклюзивный (inclusive, including much or everything – включать многое или всё; especially including – намеренно включающий), который переводится как включающий в себя, открытий (inclusive groups try to include many different types of people – инклюзивные группы, нацеленные на включение множества людей). Антонимом глаголу to exclude является глагол to include, который переводится, как включать (в себя), привлекать (to allow someone to take part in an activity – позволять кому-либо принимать участие в чем-то, быть частью чего-то).

Исключительное право как правомочие запрещать прямо определено в статье 1229 ГК РФ. Исключительное право и запрет как способ достижения целей авторского права связывает понятие монополии. Монополия – это исключительное право производства, промысла, торговли и других видов деятельности, принадлежащее одному лицу, определённой группе лиц или государству. Монополист, стремясь занять доминирующее положение, создаёт препятствия, запретительные условия для входа на рынок другим производителям. Таким образом, запрет является для монополиста одним из способов достижения своей цели. Исключительное право как имущественная составляющая авторского права представляет собой монополию, предоставленную государством. Построение простого категорического силлогизма методом формальной логики приводит нас к следующему утверждению. Если исключительное право это монополия, а запрет это метод монополии, то методом исключительного права является запрет.

Подтверждение сделанному выводу мы находим у И.А. Зенина, который пишет: «Исключительные абсолютные права обеспечивают их обладателям легальную монополию на совершение различных действий (по использованию результатов их творчества и распоряжению ими) с одновременным запрещением всем другим лицам совершать указанные действия»[[21]](#footnote-21). Из вышесказанного следует вывод, что правовая природа и юридическая сила исключительного права в Российском законодательстве об авторских правах базируется на запрещении как на способе правового регулирования, а сам тип правового регулирования относится к разрешительному типу, в основе которого также лежит запрет, и без которого исключительное право не работает.

Наиболее ранним правовым источником, в котором запрет указан в качестве основного способа правового регулирования авторских отношений и средства достижения целей исключительного права является Королевская привилегия, выданная королём Франции Генрихом II поэтессе Луизе Лабе в 1555 году. В документе указано: «… великодушно принимая прошение оной просительницы, мы нашею особою милостью даём ей Привилегию, разрешение и исключительное право печатать её Сочинения у того Издателя, которого она сама сочтёт наилучшим. С воспрещением и запретом всем Издателям, Типографам и всем, до кого это имеет касательство, не печатать и не передавать в печать, не продавать и не передавать в продажу и не распространять оную выше названную книгу без желания и согласия оной просительницы…»[[22]](#footnote-22).

В 1710 году в соединённом Королевстве Великобритании был принят Акт о поощрении учёности путём наделения авторов и покупателей правами на копирование печатных книг, известный как Статут Королевы Анны. В тексте акта термины исключительное право и запрет не используются. При этом запрет на использование произведения без согласия автора выводится по правилам формальной логики из тезиса: «…without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings…», что в переводе на русский язык означает «…без разрешения авторов или правообладателей этих книг или сочинений…». Запрет на использование произведений без разрешения авторов и правообладателей вводится силой закона: «…shall have the sole Liberty of Printing and Reprinting such Book and Books…», что по-русски означает «...должны иметь исключительную волю печатать и переиздавать эти книги…». Автор произведения наделялся правами на четырнадцатилетний срок с возможностью продления ещё на такой же срок. Регистрация привилегий на определённые объекты производилась в судах. До вступления в действие Статута Анны автор мог продать своё произведение (рукопись) и после этого терял на него права, а издатель получал бессрочные права на приобретённый текст. Британское общество посчитало вредным дальнейшее соблюдение монопольных прав издателей, что привело к принятию закона против них.

В Бернской конвенции[[23]](#footnote-23), первом полномасштабном международном соглашении о защите авторских прав, подписанном в 1886 году, понятие исключительное право наряду с термином охрана становится центральной правовой нормой. В официальном тексте конвенции на русском языке термин исключительное право фигурирует три раза, в официальном тексте на английском языке термин exclusive right используется тринадцать раз в основном и дополнительных разделах. Запрет в прямой форме и косвенной форме как обязательное требование получать согласие автора или правообладателя на каждый из видов использования произведения становится основой механизма правового регулирования авторских отношений. В официальном тексте конвенции на русском языке запрет в прямой и косвенной форме используется три раза, в официальном тексте на английском языке термины запрещать (to prohibit) и необходимое для использования произведения согласие автора или правообладателя (authorization), применяются десять раз. Статья 17 Бернской конвенции прямо указывает на административный запрет как на основной способ правового регулирования, который предписывается использовать государствам: «Положения настоящей Конвенции не могут ни в чем затрагивать право правительства каждой из стран Союза разрешать, контролировать или запрещать в законодательном или административном порядке распространение, представление, показ любого произведения или постановки, в отношении которых компетентный орган признает необходимым осуществить это право».

В России одна из наиболее ранних привилегий на печать литературы была выдана в 1771 году. Институт исключительного права появился в Своде уставов о цензуре от 1828 г., который установил, что «Каждый сочинитель или переводчик книги имеет исключительное право пользоваться во всю жизнь свою изданием и продажей оной по своему усмотрению, как имуществом благоприобретённым». В редакцию 1830 г. включено дополнение: «По смерти сочинителя или переводчика, исключительное право сие переходит к его наследникам по закону, или по завещанию; или же к тем лицам или учреждениям, коим от него оное передано; но право сие не может продолжаться долее пятидесяти лет со дня смерти сочинителя или переводчика»[[24]](#footnote-24). Запрещение как способ правового регулирования авторских отношений косвенно используется, начиная с самого первого нормативного акта, и прямо фигурирует в Уголовном уложении от 22 марта 1903 г. для предотвращения умышленного нарушения чужого авторского права под угрозой наказания. В последующих правовых актах Российской империи, Союза Советских Социалистических Республик и в действующем Гражданском Кодексе Российской Федерации запрет на противоправное использование произведений становится основой механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Дозволение как способ правового регулирования авторских отношений продекларировано в определении исключительного права в статье 1229 ГК РФ, которая гласит, что «Правообладатель может по своему усмотрению разрешать, или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации». Однако в следующем положении этой статьи утверждается: «Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)», что прямо указывает на разрешительный тип правового регулирования в авторском праве. Разрешительный тип правового регулирования заключается в том, что субъект вправе осуществлять только тот вариант поведения, который ему прямо разрешён, всё остальное считается запрещённым и требует специального разрешения. Правовая формула выглядит следующим образом: «запрещено всё то, что прямо не разрешено»[[25]](#footnote-25). Так регулируется большинство отношений в сфере публичного права[[26]](#footnote-26), подобная схема также может иметь место и при регулировании отношений в сфере частного права в тех случаях, когда требуется разрешение (лицензия). Лицензия на использование результата интеллектуальной деятельности в полной мере подчиняется правовой формуле «запрещено всё то, что прямо не разрешено» разрешительного типа правового регулирования. Разрешительный тип правового регулирования указывает на второстепенный, подчинённый характер дозволения и разрешения как способов правового регулирования в действующем законодательстве об авторских правах. Нормы права, которые следуют за чётким указанием закона на разрешительный тип правового регулирования и формулой его исполнения, преимущественно носят запретительный характер за несколькими исключениями. Запрет фактически детерминирует работу действующего механизма правового регулирования авторских отношений. Дозволение как способ правового регулирования продекларировано, но оно не обеспечено в достаточной мере нормами права, позволяющими его реализовать, в отличие от запрета, который в полной мере обеспечен запретительными нормами четвертой части ГК РФ.

По С.С. Алексееву наиболее общим образом механизм правового регулирования может быть определён как взятая в единстве система правовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения. Механизм правового регулирования охватывает комплекс фрагментов правовой действительности, относящихся к догме права, т.е. комплекс последовательно связанных правовых средств. В этом отношении он имеет инструментальный характер[[27]](#footnote-27). По совокупности вышеописанных признаков действующий механизм правового регулирования авторских отношений в России носит эксклюзивно-ориентированный или запретительно-ориентированный инструментальный характер. Во втором абзаце статьи 1229 ГК РФ «Исключительное право» после слов «Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации» мы предлагаем изъять следующее положение «Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)», чтобы преодолеть логическое противоречие внутри закона. Это противоречие заключается в том, что в определении исключительного права правомочие автора разрешать использовать его произведения стоит на первом месте, а правомочие запрещать следует за ним. При этом следующим утверждением «отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)» дезавуируется приоритет разрешения и устанавливается преимущество запрета (негативного обвязывания), как основного способа регулирования авторских отношений.

В действующем законодательстве де-факто и в полной мере работает императивный метод как воздействие на общественные отношения, когда субъекту предписывается строго заданный вариант поведения, и он не имеет возможности уклониться от его осуществления под угрозой применения мер принуждения в виде штрафа и уголовной ответственности. Диспозитивный, поощрительный и рекомендательный методы как совокупность способов, приёмов и средств, используемых в процессе правового регулирования в авторском праве, в должной мере не реализованы. Исключение составляет вступившая в силу в 2014 году правовая норма статьи 1286.1. «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства», которая на практике оказалась неработоспособной, эта ситуация подробно рассматривается в Главе 2 настоящего исследования. Общественно значимая цель авторского права требует усиления дозволения как способа правового регулирования, а также более широкого применения диспозитивного, поощрительного и рекомендательного методов правового регулирования авторских отношений, что позволит устранить императивно-запретительный дисбаланс действующего законодательства. Особую актуальность этот вывод приобретает в современных условиях, когда быстро меняются существующие и возникают принципиально новые способы использования произведений, что в свою очередь стимулирует разработку альтернативных концепций регулирования авторских прав, некоторые из которых уже используются миллиардами пользователей в глобальном масштабе[[28]](#footnote-28).

Помимо усиления дозволения и поощрения как способов, а также диспозитивного, поощрительного и рекомендательного методов, следует согласиться с исследователями, которые считают, что существует необходимость в выделении ещё одного – дозволительно-обязывающего[[29]](#footnote-29) типа правового регулирования авторских отношений. Данный тип позволяет сообщить пользователю тот объём прав, который предоставляет ему автор, а также обязательства, которые возлагаются на пользователя, например, распространение производного произведения на аналогичных условиях, если он принимает условия лицензии. Правовая формула данного типа правового регулирования авторских отношений выглядит следующим образом: «дозволено то, что предписано законом или лицензией». Такая правовая формула характерна для диверсифицированной системы лицензий Creative Commons, в которых определены условия, на которых автор предоставляет возможность использования его произведения неопределённому кругу лиц.

Для осуществления вышеуказанных мер по усилению дозволения как способа правового регулирования, с целью развития диспозитивного, поощрительного и рекомендательного методов правового регулирования авторских отношений, соответствующих норм права и дозволительно-обязывающего типа правового регулирования авторских отношений, необходимо теоретически выделить инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений. Одной из составных частей инклюзивного механизма должен стать инклюзивный метод правового регулирования авторско-правовых отношений в Российской Федерации, который позволит достичь баланса между исключительно-запретительными и дозволительно-разрешительными правомочиями автора. Эта правовая новация даст возможность законодателю быстрее реагировать на экономико-социальные изменения и потребности общества, восстановить актуальность законодательства об авторских правах на информационно-технологическом этапе развития общества, будет способствовать достижению главной цели авторского права.

С момента зарождения авторского права и до начала эпохи электронных коммуникаций[[30]](#footnote-30), запрет в качестве основы механизма правового регулирования был возможен и реализуем как силой закона, так и техническими средствами, кроме того, запрет на свободное использование произведений был экономически целесообразен. В информационном обществе эффективность применения запрета на использование произведений, которые изначально выражены в электронной форме, либо оцифрованы после их создания, продолжает снижаться. Эта тенденция наблюдается с последних лет двадцатого века, однако показательным здесь является совсем новое явление, а именно резкое падение объёма платных загрузок фонограмм и музыкальных произведений. Данный способ использования фонограмм и музыкальных произведений считался инновационным и перспективным в новых общественно-технологических реалиях, на него возлагали большие надежды по замещению выпавших доходов от продажи физических носителей. По данным социологической маркетинговой компании Nielsen Holdings с 2005 по 2012 год объем платных загрузок музыкальных произведений в мире вырос с четырёхсот до полутора миллиардов в год. Однако с 2012 года этот показатель начал резко снижаться и в 2021 году он составит всего лишь восемьдесят один миллион платных загрузок в год, в дальнейшем также прогнозируются спад и уход платных загрузок в узкую нишу отмирающих способов использования фонограмм вместе с компакт дисками и другими отжившими форматами. Причиной тому является резко возросший уровень потребления музыки в потоковом режиме через сеть «Интернет» с помощью бесплатных популярных сервисов, таких как YouTube, Spotify, Jamendo, SoundCloud, Круги и др.

Помимо невозможности обеспечить запрет техническими средствами исчерпывается и его экономическая целесообразность. Авторам и правообладателям становится все более выгодно максимально широкое использование их произведений, поскольку в информационном обществе именно наибольшее распространение и популярность позволяет эффективно извлекать доход из использования произведений, а ограничение доступа и неизвестность снижает экономический потенциал произведения. Данный эффект подробно исследуется в третьем разделе настоящей главы, а возможности по извлечению экономических благ из широкого использования произведения описан в четвертой главе диссертации. Стремление автора к наибольшему распространению результата его творческой деятельности, востребованности и признанию произведения (меня изучают, смотрят, слушают, читают, мои пьесы ставят) является важной неимущественной целью для многих современных учёных, художников и артистов. Факт снижения объёма платных загрузок иллюстрирует то, что в обществе с развитой информационной инфраструктурой запрет на свободное использование той части произведений, которые выражены в цифровой форме и циркулируют внутри инфокоммуникационного пространства, на практике чрезвычайно сложно обеспечить правовыми и техническими средствами. Не менее важно и то, что такой запрет теряет экономическую целесообразность для самих правообладателей. Другими словами, запрет как основой способ регулирования авторских отношений в современных реалиях неисполним и нецелесообразен. При этом, как показано выше, действующий сегодня механизм правового регулирования авторских отношений остаётся эксклюзивно-ориентированным, нацеленным на запрет свободного использования произведений, поскольку он сформировался в условиях экономической целесообразности, правовой и технологической реализуемости запрещения использования произведений в рамках исключительного права. В ситуации превалирования запрета как основного способа правового регулирования авторских отношений сложилось законодательство, которое не содержит в необходимом объёме юридических средств отличных от правового запрещения. Разрешительные и поощрительные правовые средства необходимы правообладателям для распоряжения своими произведениями таким образом, чтобы максимизировать их распространение и использование, успешно конкурировать за внимание пользователей к своим работам, и в конечном итоге извлекать б*о*льший экономический доход и другие нематериальные блага. Решением в данной ситуации, которое с одной стороны соответствует принципам авторского права, а другой стороны учитывает его функцию «суперструктуры», регулирующей господствующие экономические отношения, является модернизация действующего законодательства посредством внедрения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации. Инклюзивный механизм должен быть наполнен содержанием в виде соответствующих правовых норм и средств, в совокупности образующих инклюзивный метод регулирования авторских отношений, и в соответствии с требованием времени стать не менее значимым, чем исторически оправданный, но теряющий актуальность эксклюзивно-ориентированный механизм, базирующий на институте исключительного права.

## §2. Исчерпание возможностей охраны произведений на основе формы в отрыве от содержания

Правовая охрана произведений литературы науки и искусства осуществляется на основе их формы. Исследуем логику выбора принципа охраны произведения на основе формы и проанализируем то, как этот принцип работает в условиях множественности форм представления содержания-информации, действующих в обществе с развитий информационно-коммуникационной инфраструктурой.

«Содержание» и «форма» – философские категории, традиционно используемые для характеристики отношения между способом организации вещи и материалом, из которого данная вещь состоит. Платон полагал форму «прообразом», идеалом вещи, существующим независимо от материального бытия последней[[31]](#footnote-31). Аристотель трактовал «материю» (содержание) как предпосылку, возможность вещи быть либо не быть, а «форму» – как внутреннюю цель вещи, обусловливающую их единство[[32]](#footnote-32). В рамках традиционной «до немецкой» философской классики фактически варьируется парадигма Аристотеля о соотношении содержания и формы, задавая различные варианты интерпретации этого соотношения, разрабатываемые в рамках схоластики, натурфилософии Ренессанса и философии природы Нового времени. В рамках классической немецкой философии форма, как правило, трактовалась как начало, привносимое в материальный мир ментальным усилием. У Канта проблема формы и содержания артикулируется как проблема соотношения формы и содержания мышления[[33]](#footnote-33). Гегель отмечал двойственный статус формы: не рефлектированная в самое себя, она – внешнее, безразличное для содержания существование; рефлектированная же в самое себя она и есть содержание[[34]](#footnote-34). Структурализм Леви-Стросса переориентировал традиционную философию на изучение «структур», а не форм, поскольку оппозиция «содержание-форма» необходимо основывается на безразличности формы к содержанию исследуемых предметов[[35]](#footnote-35).

Содержание и форма в искусстве – категории, служащие обозначению основных сторон художественного произведения (и искусства в целом), необходимых друг другу и находящихся в диалектическом взаимодействии, как в процессе творчества, так и в историко-художественном процессе. Основной критерий различения содержания и формы в искусстве – духовный характер содержания и материальный характер формы[[36]](#footnote-36). Содержание охватывает те элементы произведения, в которых выражается познание сущности жизненных явлений (тема) и их интеллектуально-эмоциональная оценка, отношение к ним художника (идея произведения). В форме принято выделять два слоя − внешнюю и внутреннюю форму. Внешняя форма непосредственно зависит от материала, которым оперирует вид искусства, – словесного, звукового, пластического, жестомимического и т.д. Поэтому составляющие её элементы оказываются в каждом виде искусства разными (например, аллитерация, рифма, строфа в поэзии, гармония и полифония в музыке, линия и цвет в живописи, архитектоника и формирование пространства в архитектуре и т.д.). Внутренняя форма теснее связана с содержанием, представляя собой его непосредственную образную конкретизацию; её основные элементы, например, в эпосе и драме − сюжет и характеры персонажей, в музыке – мелодические образы-темы, в пейзажной живописи или поэзии – «характеры» образов природы. И содержание и форма в искусстве имеют сложное внутреннее строение, которое определяет структуру целостного произведения.

Существует несколько точек зрения на иерархию и баланс категорий форма и содержание по отношению к результату интеллектуальной деятельности. Первая заключается в том, что содержание и форма конкретного произведения равнозначны, они настолько слитны, что происходит их взаимное отождествление. Отсюда имеет место невозможность переложить содержание художественного произведения в другую форму, нехудожественную, например, в форму статьи, чертежа, или даже в художественную, например, в форму произведения, относящегося к другому виду искусства. В искусстве всякое изменение формы ведёт к изменению содержания, а изменение содержания требует коренной переработки формы, тогда как содержание научного сочинения, технического проекта или идеологического трактата допускает различные перекодировки без ущерба для транслируемого смысла.

В соответствии с другим взглядом содержание и форма определяют структуру целостного произведения. Это иерархическая структура, так как значение её разных слоёв неодинаково. Содержание, взятое в целом, является главной, определяющей стороной произведения, ибо оно для того и создаётся, чтобы воплотить мысли и чувства художника о жизни и передать их людям, а форма есть средство решения данной задачи и поэтому зависит от содержания, им детерминируется[[37]](#footnote-37). Поэтому её первая функция – коммуникативная, делающая форму «языком», призванным выразить содержание, «заразить» им людей, как говорил Л.Н. Толстой[[38]](#footnote-38). Вместе с тем форма в искусстве имеет и относительно самостоятельную собственно-эстетическую ценность: она являет собой мастерство художника, его искусное владение материалом. Восприятие художественного произведения есть, поэтому, крайне сложный психологический процесс. Оно включает в себя наслаждение эстетическими качествами формы, её понимание как особого языка, выражающего содержание, переживание самого содержания и его интеллектуальное осмысление, постижение и усвоение. Наконец, момент сотворчества[[39]](#footnote-39), поскольку воспринимающий должен с известной степенью активности «достроить» в своём воображении форму произведения, обогащая тем самым и его содержание (явление «приращения информации» в процессе художественного восприятия)[[40]](#footnote-40).

Подтверждение тому, что содержание произведения может быть сообщено в различных формах, мы находим в теории информации. Согласно одному из её постулатов форма – это способ материального существования информации. Форма определяется, в первую очередь, физической природой носителя информации. Свет, электричество, воздух, вещественные предметы и т.д. Форма определяется характером изменений свойств носителя информации и способом кодирования информации. Природная информация имеет так называемую аналоговую форму, при которой источник информации вызывает в носителе информации изменения параметров аналогичные по характеру информации источника. Свет, отражённый от поверхности освещённого объекта, модулируется по яркости и спектру в точном соответствии с рельефом этого объекта. Колебания воздуха, переносящего звуковую информацию, повторяют закономерность упругих колебаний твёрдой поверхности объекта. Зрение и слух человека непосредственно воспринимают аналоговую информацию, которая затем преобразуется в форму, приспособленную для передачи по нервной системе в мозг, где приобретает форму удобную для обработки и запоминания информации. Содержание – это нематериальное явление, «чистая» информация, не имеющая физических параметров типа массы, энергии, физических размеров и т.п. Рассмотрим, например, световую информацию. Любой предмет, камень или планета, освещённые солнцем, модулирует отражённые лучи по яркости и цветовому спектру своей формой и характером поверхности своими поверхностными свойствами или информацией о поверхности предмета. Информация, но уже не свойства, содержащаяся в отражённом свете, поступает в глаза смотрящего, человека или животного, преобразуется в нервные импульсы и по нервам поступает в мозг, где, возможно, тоже преобразуется по форме, удобной для обработки в мозгу. Таким образом, одно и то же содержание информации – вид объекта – переходит при передаче из одной формы в другую. Ещё более показательным будет следующий пример. Отражённые от поверхности предмета лучи попадают в объектив видеокамеры, в которой преобразуются по форме в аналоговый электрический видеосигнал; затем преобразуются в цифровой видеосигнал; далее в радиосигнал; а приёмной антенне опять в электрический сигнал, в телевизоре и в кинескопе в модуляцию лучей кинескопа; затем в изображение на экране кинескопа; далее свет от экрана кинескопа идёт в глаза смотрящего. Эти примеры показывают как содержание информации, несмотря на длинный путь преобразований её формы, остаётся тем же самым[[41]](#footnote-41).

Из вышеизложенного можно вычленить ряд небесспорных, но значимых для охраны объектов авторских прав суждений о соотношении формы и содержания. Форма – внешнее представление, внутренняя организация и совокупность взаимосвязей предмета. Форма безразлична к содержанию, но и неразрывно связана с ним. Содержание является главной, определяющей стороной произведения. Форма есть средство воплощения мыслей и чувств художника и поэтому зависит от содержания. Содержание некоторых объектов авторского права, в частности, научного сочинения, технического проекта или идеологического трактата допускает изменение формы без ущерба для трансляции смысла. Содержание произведения является информацией. Форма реализует коммуникативную функцию информации и как следствие авторского произведения.

Поскольку авторское право не защищает идеи и содержание, то оно вынуждено опирается на форму произведения как на нечто поддающееся фиксации. Точка зрения, по которой учёными достигнут консенсус указывает на неразрывность формы и содержания произведений и фонограмм[[42]](#footnote-42). С момента зарождения авторского права было очевидно, что обеспечить охрану произведения на основе его содержания на практике будет сложно, поэтому для обретения точки опоры в правовой доктрине сделано допущение о возможности охраны произведения на основе одной лишь формы. По правилам формальной логики из данного суждения следует как возможность, так и допустимость разделения формы и содержания произведения. Этот гипотетический разрыв формы и содержания произведения является глубокой философской проблемой во многом предопределившей недостаточную эффективность авторского права. Допущение о возможности охраны произведения на основе одной лишь формы, сделанное на заре становления интеллектуальных прав, относительно удовлетворительно работало до наступления информационной эпохи. Развитие информационных технологий значительно усилило, вывело на уровень бытовых возможностей с одной стороны и уровень глобальной инфраструктуры с другой стороны, свойство индифферентности, безразличности информации к её носителю, возможности переноса информации с одного носителя на другой без потери содержания и смысла. Следствием данного свойства стало умножение (мультипликация) возможных форм одной и той же информации, одного и того же содержания в информационных системах общества. Свойство индифферентности по отношению накопителям и передатчикам позволяет информации подобно воде принимать форму сосуда, в который она помещена, а информационные технологии продолжают умножать количество подобных сосудов – «информационной тары»[[43]](#footnote-43). Бесконечность форм организации и представления информации в киберпространстве привела к тому, что любая конкретная форма утрачивает свою значимость, поскольку всегда существует множество альтернатив. И если значение формы снижается, то значение содержания только возрастает. При этом содержание, составляющее вкупе с формой цельную сущность, именуемую произведением, авторским правом не охраняется.

Для всестороннего анализа рассматриваемой проблемы важно сопоставить форму произведения с носителем информации, который в соответствии с теорией информацией определяет её форму. Ранее было отмечено, что информация инвариантна по отношению к носителю, определяющему её внешнее представление, т.е. форму как внешнее очертание и способ организации содержания. Следовательно, свойство инвариантности информации по отношению к носителю делает информацию инвариантной по отношению к её форме, т.е. допускает для неё не одну, а множество форм. Иными словами, с точки зрения теории информации: информация, данные, сведения, сообщения и содержание, включая содержание авторского произведения, могут быть представлены в различных формах. Это логически выведенное умозаключение объясняется широко известными фактами из повседневной жизни. С точки зрения внешней формы музыкальное произведение или фонограмма может быть предоставлено на различных вещественных носителях (CD, DVD, flash-диск), а также без вещественного носителя в виде цифрового файла в различных форматах (MP3, WAVE, OGG, WMA, RTF). С точки зрения внутренней формы дно и то же музыкальное произведение может существовать в различных переработках, целиком и фрагментарно[[44]](#footnote-44). Такие переработки могут осуществляться автоматическим способом в анонимном режиме с помощью компьютерных программ на удалённых серверах, что сильно усложняет задачу поиска и идентификации нарушителя авторских. Сказанное справедливо и в отношении изменения внешней формы литературного произведения, которое может быть представлено в различных знаковых системах, текстовых форматах, автоматически переведено на другой язык, парафразировано или изменено с помощью метонимии, а также воспроизведено в аудио варианте машинным способом без участия человека. Вывод о многообразии внешних, а в ряде случаев и внутренних форм произведения означает то, что система охраны объектов авторских и смежных прав, построенная на основе одной лишь формы, корректно работать не может.

Форму как средство коммуникации объекта необходимо соотнести с категорией «информационный оператор». Формой детерминируются коммуникационные возможности объекта, его внешние взаимосвязи. Коммуникация (трансляция, приём, перевод и т.д.) информации осуществляется посредством информационных операторов. Отсюда следует, что форма авторского произведения выступает в качестве информационного оператора. Из теории информации известно, что технология (например, передача информации в двоичном коде) – это сложный информационный оператор. Технология задаёт формат, т.е. определяет форму информации, которой она оперирует для организации коммуникации. Эта логика подтверждает соответствие вывода теории формы выводу теории информации, что форма определяет коммуникационные возможности объекта. Теория информации утверждает, что информационный оператор формируется семантикой – смыслом информации. Тесная связь формы и содержания произведения искусства, их неразрывная взаимосвязь, аналогична явлению определения информационного оператора семантикой информации. Приведённая аналогия наглядно показывает то, как законы информации определяют и могут изменять форму произведения.

Феномен формы объекта интеллектуальных прав, существующего в информационной среде и распространяемого в виде электронного файла или его фрагментов, необходимо сопоставить с таким атрибутом коммуникации как формат данных. Форматом называют спецификацию структуры данных, записанных в компьютерном файле, при этом файлом называют именованную область данных на носителе информации. Оцифрованные произведения представляют собой файлы данных, которые записаны преимущественно в двоичном коде. По природе данных это может быть текст, звук, изображение, видео ролики, потоки информации. Для декодирования, приведения цифрового файла к виду, который может быть воспринят человеком, необходимо знать формат данных, который должен быть указан в имени файла или в сопутствующем описании. В информационной среде формат данных выступает внешним представлением объекта, описанием его структуры и коммуникационных возможностей. Несложно видеть, что данные признаки соответствует определению формы объекта. Иными словами мы наблюдаем конвергенцию категорий форма и формат для произведений, представленных в электронном виде. Само понятие формата данных содержит в себе возможность их различного представления. Наличная множественность форматов, возможность перекодирования и трансформации данных из одного формата в другой, обусловлена необходимостью адаптации данных для их обработки наилучшим образом с помощью определённых аппаратных и программных средств. Множественность форматов представления произведений в электронном виде свидетельствует о множественности его вероятных форм. Форма понятие многомерное, поэтому невозможно утверждать, что электронный формат в полной мере определяет форму произведения, поскольку формат не вторгается в область художественной формы произведения и не определяет её. В данном случае речь в большей степени идёт о внешнем представлении произведения в определённых условиях, о форме его машинной и программной обработки. Понятие формата пронизывает структуру произведения как информационного объекта, но его влияние распространяется только до некоторого уровня, границы которого сложно определить, где проходит граница между смыслами творческого результата и его символьной интерпретацией.

Сегодня объекты авторских и смежных прав все чаще называют «контентом»[[45]](#footnote-45), а саму отрасль экономики контент-индустрией[[46]](#footnote-46). Под контентом понимают содержание или «содержимое», информационно значимое наполнение инфокоммуникационной системы. Известно, что язык точно отражает сдвиги, происходящие в общественном восприятии того или иного явления. Утрата стабильности и снижение значимости формы информации в общем, и авторского произведения в частности, проявляется на уровне лексики, используемой для описания этого явления. В качестве основного результата творческой деятельности сегодня воспринимается именно содержание. Так, в термине контент отчётливо просматривается его независимость от вещественного носителя и среды распространения, а также высокая степень коммуникативности. С нашей точки зрения понятию контент можно дать следующее определение. Контент – это оцифрованное, готовое к распространению, нестеснённое формой содержание. Контент выступает антитезой, противопоставлением чистой форме, т.е. является чистым содержанием. Контент становится основным продуктом и одновременно ресурсом информационного общества, аналогом сырьевых и трудовых ресурсов индустриальной стадии развития общества. Цифровые технологии поставляют средства обработки контента, которые функционально аналогичны средствам переработки сырья в продукт индустриальными способами, а информационная экономика создаёт рынок товаров контент-индустрии.

В наши дни появляются и набирают популярность новые виды творчества, связанные с микшированием контента[[47]](#footnote-47). К таким видам творчества можно отнести цифровое сэмплирование (digital sampling) – заимствование фрагментов музыкальных произведений и их переработка в новые фонограммы; редактирование фильмов (expurgated films) – удаление нежелательного или добавление недостающего материала; мэш-апы (mash-ups) – создание новых аудиовизуальных произведений при помощи комбинирования ранее созданного аудио и видео материала. Суть такого творчества заключается в создании новых произведений посредством придания новой формы известному содержанию или его фрагментам. Фрагментацией (fragmentation) называют дробление информационных файлов на технологически необходимое количество небольших частей. Цифровые технологии позволяют оперировать произвольным количеством фрагментов произведения, частями его содержания, в том числе промежуточными формами, обусловленными спецификой функционирования технологий. При микшировании контента исходная форма участвующих в такой апроприации произведений претерпевает различные изменения. Она может увеличиваться и сокращаться, дробиться на части и видоизменяться через присоединение к себе новых фрагментов. Результаты этих видов творчества в соответствии с терминологией действующего законодательства именуются производными произведениями. С точки зрения проблематики формы и содержания замечательным является новизна подходов к использованию произведений, порождённая и усиленная технологическими возможностями. Новые виды творчества обращаются с произведением как с контентом, как с чистым содержанием, исходная форма которого не имеет значения. Любая часть этого контента-содержания с лёгкостью вычленяется и используется отдельно, либо наоборот выступает вместилищем для привнесённого содержания. Тенденция наименования произведений контентом говорит о том, что в киберпространстве происходит уменьшение значимости формы произведения.

Двоичная система записи (бинарный код) основана на разбиении информации на отдельные биты и их множества – байты, т.е. на фрагментации исходной формы[[48]](#footnote-48). Визуальное воспроизведение произведения техническими средствами также происходит через деление на пиксели – наименьшие элементы (фрагменты) поверхности визуализации. Процесс приёма и передачи информации в киберпространстве предполагает деление информационного массива и его упаковку в так называемые информационные пакеты[[49]](#footnote-49). Управление информацией и, следовательно, объектами авторских и смежных прав, в киберпространстве осуществляется посредством их фрагментации, передачи и восстановления исходной формы после приёма. Одним из назначений сети «Интернет» является обеспечение информационного обмена. Высокая производительность, гибкость и управляемости информационных потоков в киберпространстве достигается за счёт манипулирования небольшими порциям информации, мобильными информационными пакетами – фрагментами целого. Принцип фрагментации данных, сведений и сообщений положен в основу этой среды. Киберпространство предоставляет инструменты для работы с фрагментами информации. Фрагменты информации становятся самодостаточными сущностями, они выступают в качестве исходного строительного материла, информационных или содержательных «блоков». Из выше сказанного следует вывод, что фрагментированное состояние содержания-информации, и, как следствие, объектов авторских и смежных прав, в киберпространстве становится их естественным состоянием.

В качестве примера мультипликации формы можно привести пример из области изящных искусств. Множество музеев, аукционных домов и галерей преобразовали свои коллекции в цифровую форму и сделали их доступными для просмотра через сеть «Интернет». Количество форм каждого произведения в данном случае как минимум удвоилось. Один из таких сайтов охватывает собой весь международный рынок живописи и дизайна Artnet[[50]](#footnote-50), предоставляет пользователям доступ к произведениям более чем 300 000 художников в 1600 художественных галереях. Вопрос о том являются ли «технические» фотографии: репродукции картин, графики, рисунков, гобеленов, мозаик, панно, витражей и других произведений оригинальными охраняемыми объектами до сих пор остаётся дискуссионным в сообществе специалистов по интеллектуальным правам. Споры вокруг этой темы ведутся, в том числе, вследствие возможности бесконечно умножать количество произведений подобным образом, изменяя лишь внешнюю форму[[51]](#footnote-51).

В первоначальном понимании форма является характеристикой статической. В киберпространстве в качестве формы выступают: формат, кодировка, отображение, шифр, файл и другие свойственные цифровой среде средства и способы представления информации. Зачастую средства представления информация (перекодировки), изменяющие её начальную форму, применяются автоматически в соответствии с правилами и техническим регламентом того или иного информационного ресурса. Важно то, что количество способов представления информации является неопределённо большой величиной. Так в информационной среде появляется динамика формы, обусловленная внутренней логикой организации киберпространства. В киберпространстве преодолевается статичность и единичность формы, на её место приходит множественность и динамика внешней, а иногда и внутренней формы произведения. Здесь мы сталкиваемся с философской максимой Ж. Бодрийяра[[52]](#footnote-52) об исчезновении вследствие переизбытка, или с классическим диалектическим переходом количества в качество. Так, бесконечный поток информации выливается в отсутствие информации, и невозможность найти одну каплю в целом океане, а избыток знаний безразлично рассеивается по поверхности во всех направлениях, при этом происходит лишь замена одного слова другим[[53]](#footnote-53).

В Японии и некоторых других странах мира положения авторского права допускают создание тождественного ранее созданному произведению двумя авторами независимо друг от друга[[54]](#footnote-54). Эти же нормы работают так, что произведение в изменённой форме, но с идентичным информационным содержанием будет признано оригинальным и получит правовую охрану по факту его создания. Ранее было показано, что в информационной среде одно и то же содержание, исходный текст, идентичные сведения и данные могут существовать и передаваться в различных формах. Мультиплицируемость произведения, возможность частого и быстрого тиражирования его исходного содержания в различных формах, притом, что результат каждый раз признается самостоятельным произведением, ставит под вопрос сам принцип охраны результата интеллектуальной деятельности на основе его формы.

 Произведение, творческий результат или продукт, художественное выражение (artistic expression) становится синонимичным любой записанной информации, цели использования которой, не совпадают с инструкциями по сбору машины или управлением каким-либо материальным процессом[[55]](#footnote-55). Это состояние Ж. Бодрийяр описывает так: «...искусство теперь повсюду, поскольку в самом сердце реальности теперь – искусственность. Следовательно, искусство мертво, потому, что не только умерла его критическая трансцендентность, но и сама реальность, всецело пропитавшись эстетикой своей собственной структурности, слилась со своим образом»[[56]](#footnote-56). Другими словами, на охрану авторским правом сегодня может претендовать любая, так или иначе оформленная область данных (электронный файл), часть информационного континуума или информационный объект, при этом его форма может быть изменена внутри киберпространства. В результате имеет место сложно контролируемая ситуация бесконечности версий произведения, каждая из которых должна охраняться, что делает такую охрану невозможной на практике. Общество оказывается в ситуации где «нельзя и шагу ступить», чтобы не нарушить чьи-то интеллектуальные права.

Проблема фрагментации и мультипликации формы отчасти касается и объектов патентного права: изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. Предметом охраны этих результатов интеллектуальной деятельности является не форма, но содержание – техническое или художественно-конструкторское решение. Казалось бы, что вследствие данного обстоятельства проблема утраты стабильности формы этих объектов не касается. Однако это не совсем так. Основные разделы патента, такие как описание изобретения, патентная формула и реферат представляются в виде текста. Текст, раскрывающий содержание патента, имеет форму, которая во многом определяется использованной лексикой. Текст патента может быть изменён с помощью несложной технологии автоматической подстановки синонимов, замены терминов на их эквиваленты. При этом измениться как форма, так отчасти и содержание патента, поскольку изменение одного неизбежно влечёт за собой изменение другого. В данном случае свойство инвариантности информации по отношению к носителю реализуется в её интерпретации с помощью других обозначений, синонимов, близких лексических значений, тождественных преобразований. Изменение содержания патента с помощью изменения его формы посредством автоматической замены слов на близкие по значению термины, открывает возможность для плагиата и встречного патентования. Этот способ может использоваться для обхода патентов. Таким образом, проблема неустойчивости формы затрагивает не только объекты авторских и смежных прав, но и изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.

По К. Марксу человеческая деятельность протекает через опредмечивание, овеществление природы[[57]](#footnote-57). Содержание произведений опредмечивается в формах, соответствующих текущему уровню развития. Развитие информационно-коммуникационных технологий породило новые формы существования и новую степень свободы содержания произведений, а также ускорило трансформацию ранее сложившихся отношений по их использованию. В киберпространстве произошло гегелевское преодоление формы произведения через её фрагментацию и мультипликацию. Форма как внешнее представление и система взаимосвязей объекта утратила свою единичность, целостность и статичность, и приобрела множественность, делимость и динамику. В инфокоммуникационной среде «сброшенной»[[58]](#footnote-58) оказалась не одна, а сразу множество старых форм, уступив место новым формам и форматам представления информации и содержания произведений, соответствующим природе этой среды. В результате сложилась ситуация потенциально возможного существования произведения в неограниченном количестве форм и форматов. Мультипликация формы привела к тому, что значимость каждой отдельной формы стала меньше, поскольку теоретически возможно существование неопределённо большого количества альтернативных ей вариантов. Произошедшие изменения привели к тому, что возможности охраны объектов авторского права на основе одной из двух взаимосвязанных категорий «форма» и «содержание» приблизились к своему исчерпанию. Ставшая реальностью множественность форм-форматов вступила в противоречие с самим принципом охраны произведения на основе уникальности формы, ранее считавшейся неизменной и стабильной характеристикой объекта охраны. Эволюция подходов к охране объектов авторского права и регулированию отношений по их использованию с учётом понимания неразделимости произведения на форму и содержание, стала неизбежной реальностью. Одной из перспективных возможностей преодоления проблемы формы является переход к охране произведений с помощью неделимого на форму и содержание электронного эталона, снабжённого уникальным идентификатором, позволяющим отслеживать его движение и использование в информационной среде. Для этого необходимо предусмотреть возможность регистрации и депонирования электронных эталонов произведений науки, литературы и искусства аналогично процедуре регистрации и депонирования материалов, идентифицирующих программу для ЭВМ или базу данных, установленной статьёй 1262 ГК РФ. В рамках процедуры регистрации и депонирования необходимо присваивать уникальный цифровой идентификатор каждому электронному эталону произведения науки, литературы и искусства с целью мониторинга фактов их использования в открытых информационных системах.

Возможность исключить из использования или запретить доступ к произведению науки, литературы или искусства зиждется на возможности безошибочно идентифицировать этот объект. Форма произведения в случае её стабильности является надёжной опорой для распознавания и аутентификации объекта. Однако если форма нестабильна, может меняться, делиться на фрагменты, передаваться по сети и восстанавливаться воедино только на короткое время в момент воспроизведения произведения, а затем как цельная сущность аннигилировать, то становится сложнее распознать и идентифицировать сам объект, доступ к которому ограничен или действует запрет на его использование без разрешения правообладателя. Неустойчивость формы произведения существенно затрудняет, снижает эффективность, а в некоторых случаях делает невозможной работу эксклюзивно-ориентированного механизма регулирования авторских отношений.

## §3. Недооценка информационных и социально-экономических свойств произведений

В действующей системе интеллектуальных прав имеет место противоречие между свойствами охраняемых объектов и предписываемыми нормами права правилами их использования[[59]](#footnote-59). Современная наука не считает отсутствие противоречий обязательным условием жизнеспособности системы, однако несовместимость компонент не должна носить фундаментального характера, разрушающего механизм, обеспечивающий работоспособность системы[[60]](#footnote-60). В конце прошлого века в научном мире появились исследования, результаты которых говорят о том, что объекты, охраняемые авторским правом, имеют информационную природу[[61]](#footnote-61). Природу как первопричину, ресурс и условие для появления на свет результатов творческой деятельности. В этих исследованиях приводятся доказательства того, что большая часть объектов авторских и смежных прав по форме, содержанию и присущим им свойствам, представляет собой ни что иное кроме информации[[62]](#footnote-62) в той форме, которую придал ей автор. В силу родовых свойств эти объекты подчиняются законам существования, распространения и развития информации, которые в ряде случаев вступают в противоречие с запретительными нормами исключительного права. Вследствие данного обстоятельства применение эксклюзивно-ориентированного механизма для регулирования отношений по использованию информационных по своей сути объектов интеллектуальной собственности имеет низкую эффективность.

Результаты интеллектуальной деятельности и информация представляют собой связанные категории. Глубинная связь между явлениями информация и интеллект обнаруживается при анализе их определений. Закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» определяет информацию в качестве сведений (сообщений, данных) независимо от формы их представления[[63]](#footnote-63). Основатель кибернетики Н. Винер определил информацию как обозначение содержания, получаемое из внешнего мира в процессе приспособления к нему нас и наших чувств. А так же, как всеобщее нематериальное свойство взаимодействия материального мира, которое направляет движение энергии и вещества[[64]](#footnote-64). Точки зрения упомянутых в настоящем исследовании учёных, представляющих широкий спектр наук, сходятся в том, что законы информации фундаментальны[[65]](#footnote-65). Информация наряду с материей и энергией является одним из начал, на которых стоит мир. Это утверждение относится не только к органическому миру. Для любого уровня организации материи верна универсальная формула: вещество = энергия + информация. Старое, восходящее ещё к Аристотелю понятие формы, более поздние идеи структуры и организации без которых нет материи, – все они обретают точную количественную меру, а с ней и новую жизнь с появлением понятия информации.

При изучении понятия «информация» выделено более пятнадцати групп научных определений данных этому явлению[[66]](#footnote-66). Объем понятия информация несравнимо больше объёма понятия интеллект, поскольку информация наравне с энергией и материей пронизывает все сущее на Земле. Интеллект же представляет собой продукт такого природного феномена как человек, который является лишь одним из элементов многообразного мира. Словарь методических терминов определяет интеллект (от лат. intellectus – понимание, познание) как способность проводить более тонкие различия. Г. Бейтсон использует категорию различие для определения категории информация – как различимое отличие, difference which makes a difference[[67]](#footnote-67). Другое определение интеллекта звучит как сумма всех познавательных способностей индивида. Результатом процесса человеческого познания являются знания, которые в свою очередь определяют в качестве систематизированной проверенной информации. Интеллект может актуализироваться только в информационном пространстве, а каждый вид деятельности формирует своё информационное пространство. Способ его образования и использования строится по принципам организации интеллекта. Принципы организации вложения новой информации в информационное пространство, способы хранения и воспроизводства также соответствуют особенностям работы интеллекта. Поэтому информационное пространство есть одновременно и интеллектуальное пространство, потому что в нем уже заложены принципы планирования, организации использования и поэтапного контроля для достижения цели. Понимание интеллекта трактуется как способность человека к поиску, восприятию, анализу, систематизации и эффективному использованию информации для достижения поставленной цели.

Информация выступает источником, питательной средой, необходимым условием для существования и развития интеллекта человека. Интеллектуальная деятельность человека реализуется через поиск, обработку, накопление, систематизацию, повышение точности и полезности информации. Результаты интеллектуальной деятельности объективируются в виде произведений науки, литературы, искусства, изобретений, полезных моделей, программы для ЭВМ, селекционных достижений и ноу-хау, т.е. всего, что действующее законодательство относит к интеллектуальной собственности, объектам интеллектуальных прав. Таким образом, результаты интеллектуальной деятельности по источнику и способу производства являются ничем иным как информацией, той частью информационного континуума, которая порождена разумом человека в виде информационных объектов. Информационный объект с нашей точки зрения можно определить как семантически достаточное и синтаксически обособленное подмножество данных, заключённое в единстве формы и содержания. Это определение информационного объекта по-нашему мнению применимо к результатам интеллектуальной деятельности.

Результаты интеллектуальной деятельности определяются через категорию творчество, как творческие результаты или творческие продукты[[68]](#footnote-68). Под творчеством обычно понимают художественное, научное и техническое творчество. Творческий элемент имеет место в любом виде деятельности: в бизнесе, спорте, игре, в простом мыслительном процессе, в ежедневном общении, как говорит известный физик, академик П.Л. Капица − везде, где человек действует не по инструкции. Сущность творчества − в открытии и создании качественно нового, имеющего какую-либо ценность. В научном творчестве открываются новые факты и законы, то, что существует, но что не было известно. Творчество техническое изобретает то, чего не было, новые устройства. В искусстве открываются новые духовные, эстетические ценности и создаются, «изобретаются» новые художественные образы, новые художественные формы. Философское творчество соединяет в себе черты научного и художественного творчества[[69]](#footnote-69).

Сердцевина творчества, пик творческого акта − «озарение», инсайт, когда в сознание проникает, порождается (генерируется) новая идея − научная, философская, техническая или художественная. К этому ведёт нередко долгий путь предварительной работы, во время которой создаются предпосылки для рождения нового. Одной из них является зоркость в поисках проблем, умение и желание увидеть то, что не укладывается в рамки ранее усвоенного материала. Это − особая наблюдательность, отличающаяся свежестью взгляда. В основе такого наблюдения лежит вербализация зрительного опыта (или слухового), то есть выражение его с помощью слов или других информационных кодов. Бывает важным охватить одним взором всю картину, всю цепь рассуждений, «свернуть» до одного обобщающего понятия или символа. Экономное символическое − будь это научный или художественный символ − обозначение информации составляет важнейшее условие творческого, продуктивного мышления[[70]](#footnote-70).

Доктрина интеллектуальной собственности постулирует, что результаты интеллектуальной деятельности являются нематериальными, невещественными объектами. Нематериальность объектов означает их принадлежность к информационному началу. Теория информации видит предназначение человека или, точнее, человеческого мозга в обеспечении динамики идей, так в форме творчества происходит развитие логической информации. К интеллектуальной деятельности и творчеству применим принцип максимума информации. Одно из предназначений творчества теория информации видит в тренировке и совершенствовании информационного инструментария человека[[71]](#footnote-71). В культуре, плоды которой оформляются в качестве объектов интеллектуальной собственности, действует принцип информационного ускорения, заключающийся в том, что выживают те системы, которые имеют преимущество в наращивании скорости переработки информации[[72]](#footnote-72). В.П. Рыжов пишет: «Любые взаимодействия, личные и опосредованные контакты, восприятие произведений искусства ... это различные формы передачи информации. Создание произведений искусства — также информационный процесс, процесс генерирования новой, специфической для искусства информации. Вопросы интерпретации произведений искусства исполнителями, художественной критики, культурной политики в части распространения искусства и многие другие, по существу, связаны с обработкой информации о произведениях искусства, об их авторах, о социальном контексте создания художественных ценностей. Поэтому информационный подход к анализу искусства, к его пониманию, к его интерпретации обладает такой общностью, конструктивностью и прогностическими возможностями, как никакой другой метод теоретического анализа»[[73]](#footnote-73).

Законы теории информации пронизывают всю сферу интеллектуальной деятельности и творчества. Информационные закономерности и свойства позволяют многое понять и объяснить в этой области человеческой деятельности, а также в сфере права, призванной её регулировать. Перспективность и плодотворность информационного подхода в исследовании системы интеллектуальной собственности не должны удивлять, поскольку само возникновение жизни, развитие феномена человека, его подъем по ступеням эволюции имели в своей основе накопление и отбор информации. Неудивительно, что информационные закономерности остаются определяющими и на высших стадиях эволюции, обусловливая протекание таких явлений, как интеллектуальная деятельность, творчество, сознание, интуиция и т.п. Творчество рассматривается как накопление новой информации, а законы информации как законы творчества. В этой концепции речь идёт об информационном мировоззрении, в котором понятие информации занимает центральное, доминирующее место, а процесс социальной и биологической эволюции как творческий процесс, сущностью которого является накопление информации[[74]](#footnote-74). Для того чтобы понять, как решать накопившиеся проблемы в системе интеллектуальной собственности и в каком направлении модернизировать механизм правового регулирования авторских отношений, необходимо понимать природу объектов интеллектуальных прав, которые обладают свойствами информации[[75]](#footnote-75).

Рассмотрим наиболее значимые информационные свойства результатов интеллектуальной деятельности с точки зрения механизма регулирования интеллектуальных прав. Значимость определяется силой влияния этих свойств на поведение объектов интеллектуальной собственности в информационно-коммуникационной среде современного общества. Информационные свойства результатов интеллектуальной деятельности для системы права носят характер заданных извне условий, форс-мажорных обстоятельств, т.е. их природная сила такова, что они работают безусловно, их невозможно отменить силой писаного человеком закона. Методы и нормы правового регулирования результатов интеллектуальной деятельности имеет смысл выбирать так, чтобы они не противоречили их информационным свойствам. Правовые нормы, построенные с учётом этих свойств, будут работать эффективно, в противном же случае они окажутся неработоспособными, как это зачастую происходит сегодня на примере запрещения использования объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет». Наиболее значимыми с точки зрения системы интеллектуальных прав свойствами информации являются: фиксируемость, воспроизводимость, инвариантность по отношению к носителю, транслируемость, размножаемость и полезность[[76]](#footnote-76). Этого неисчерпывающего перечня характеристик информации достаточно, чтобы показать необходимость изменения баланса методов в системе интеллектуальных прав и корректировки механизма правового регулирования авторских отношений.

Фиксируемость – это особенность любой информации, которая, не будучи «ни материей, ни энергией», может существовать только в зафиксированном состоянии. При этом способы записи или фиксации информации на том или ином носителе всегда условны, т.е. не имеют никакого отношения к её семантике (смыслу). Условность способов фиксации информации означает, что любой из таких способов, никак не связанных с семантикой, тем не менее, однозначно обусловливается двумя факторами, также не имеющими к семантике информации никакого отношения, – это физическая природа носителя и специфика «считывающего устройства» той информационной системы, к которой данная информация относится. Фиксация информации всегда представляет собой ту или иную деформацию носителя, среднее время релаксации которого должно превышать среднее время считывания, что и ограничивает способы записи информации на том или ином носителе. Инвариантность по отношению к физическому носителю является важнейшим свойством информации[[77]](#footnote-77). Принцип инвариантности информации означает, что одна и та же информация, независимо от её семантики, может быть «записана» на любом языке, любым алфавитом, т.е. системой знаков, наносимых любыми способами на любые носители. Инвариантность информации подчёркивает её внутреннюю независимость от материальных оков, её автономность и суверенность. Техносфера информационного общества в виде распределённой сети обработки и хранения данных предлагает бесконечное количество носителей для информации, которая как явствует из следующих свойств, может мигрировать между ними. Воспроизводимость – обеспечение воспроизведения информации есть обязательный и необходимый атрибут любой информационной системы. Система, не отвечающая этому требованию, неизбежно «выбывает из игры», а кодирующая её информация разрушается и бесследно исчезает. Транслируемость информации – это возможность быть переданной с одного носителя на другой, такой же или иной физической природы, в той же или иной системе записи. Когда скорость транслируемости превосходит скорость разрушения и гибели информации, это приводит к её размножаемости. Следствием размножения информации является её мультипликативность, т.е. возможность одновременного существования одной и той же информации в виде некоторого числа идентичных копий на одинаковых или разных носителях. Следует отметить, что число таких копий, в принципе, не ограничено, т.е. может быть сколь угодно большим. Три свойства информации: фиксируемость, инвариантность по отношению к носителю и транслируемость, при наличии возможностей для их реализации, обеспечивают достаточное условие для того, чтобы в техносфере современного общества воспроизводилось любое востребованное количество копий каждого информационного объекта.

Необходимым условием для генерации востребованного количества копий результата интеллектуальной деятельности как информационного объекта является его полезность. Полезность результата интеллектуальной деятельности как способность удовлетворять человеческую потребность. В случае объектов авторских и смежных прав полезность означает желание публики читать эту книгу, смотреть этот фильм, слушать эту песню в силу их эстетической ценности или по рекомендации других лиц. В случае объектов патентного права это желание производителя воспользоваться изобретением, полезной моделью или промышленным образцом для производства конкурентоспособного продукта. Если информационный объект полезен для б*о*льшего числа членов общества, относительно тех, кто им уже воспользовался или имеет возможность это сделать, то в коммуникационной среде общества как в электрической цепи возникает то, что в физике называют разностью потенциалов или напряжением. Это напряжение действует на результат интеллектуальной деятельности с неудовлетворённым спросом. Под действием энергии поля результат интеллектуальной деятельности начинает работать также как эмиттер, испускающий электроны, как электрическая лампа, светящаяся под действием электрического тока, генерируя собственные копии в количестве достаточном для насыщения спроса. Процесс генерации результатом интеллектуальной деятельности собственных копий также неизбежен как протекание приведённых в качестве аналогии физических процессов. Приказать этому процессу остановиться с помощью изданного закона не представляется возможным. К такому же выводу можно прийти, обратившись к теории информации. Необходимым и достаточным условием для проявления информацией исследуемых свойств является её нахождение внутри информационной системы. Проявление совокупности этих свойств приводит к тому, что процесс размножения полезной информации остановить невозможно без разрушения информационной системы. Человеческое общество при достигнутом уровне развития представляет собой сложную информационную систему, ценность целостности которой не подвергается сомнению, т.к. она выступает фактором устойчивого развития.

Реализация четырёх свойств информации, таких как фиксируемость, инвариантность по отношению к носителю, транслируемость и полезность, приводит к следующему результату. Количество копий востребованного результата интеллектуальной деятельности увеличивается в информационно-коммуникационной среде независимо от правомерности или противоправности данного процесса.

В гражданском праве действует принцип, в соответствии с которым общедоступная информация, на которую не установлен специальный запрет, может свободно (без чьего бы то ни было разрешения) и безвозмездно использоваться и распространяться любым лицом[[78]](#footnote-78). В частности это закреплено в статье 7 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Если признать, что произведения литературы науки и искусства являются информацией, то институт авторского права и смежных прав вводит запрет на свободное распространение общедоступной информации. Текст, например книга, или музыкальное произведение, например песня, после опубликования становятся фактически общедоступной информацией и распространяются свободно на материальных носителях, в оцифрованном виде через сеть «Интернет», по каналам межличностной коммуникации. С точки зрения авторского права в ряде случае это противозаконно. В частности подобные нарушения законодательства не всегда связаны с правовой несознательностью пользователей и могут также объясняться смешением четырёх видов использования произведений по статье 1270 ГК – сообщение в эфир, сообщение по кабелю, публичное исполнение произведений, доведение произведения до всеобщего сведения. Нарушения законодательства имеют место быть вследствие нечёткого определения публичного исполнения произведений, которое согласно подпункту 6 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ, 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». Место, открытое для свободного посещения может быть как физическим, так и виртуальным пространством. Представление или сообщение произведения может осуществляться посредством копирования или передачи с одного устройства на другое, либо с помощью доступа к нему в киберпространстве. Объем понятия «обычного круга семьи», включающее в себя такую характеристику как нескольких человек, которые часто ходят в гости друг к другу[[79]](#footnote-79), пересекается с объёмом понятия «значительного числа пользователей»[[80]](#footnote-80), и может расширяться до тысяч и миллионов посетителей частных страниц социальных сетей, сайтов, файлообменных сервисов.

 Исключительное право вводит запрет на использование части общедоступной информации, однако от наличия такого запрета эта общедоступная информация не перестаёт быть де-факто общедоступной и свободно распространяемой информацией. Такое положение вещей ведёт к тому, что использование некоторой точно неопределённой части общедоступной информации становится противозаконным. Пользователю вменяется в обязанность каждый раз выяснять, не является ли та или иная общедоступная информация охраняемым авторским правом объектом. В непрерывно возрастающем информационном потоке такая проверка вряд ли возможна. Законодательная система такого механизма проверки не предлагает. Создание механизма тотального контроля юридической чистоты контента маловероятно технически, его потенциальная работоспособность при возрастающей роли информации в обществе, и что важнее, вследствие неотъемлемых свойств информации, вызывает большие сомнения. Из этого следует, что авторское право вводит запрет на использования части общедоступной информации, но не имеет эффективного правового механизма его реализации с одной стороны, и размывает, делает нечёткими контуры института общедоступной информации, с другой стороны. Естественно встаёт вопрос о том, насколько результативно работает такой эксклюзивно-запретительный правовой механизм. Практика показывает, что не работает, в чем несложно убедиться, обнаружив множество источников охраняемых авторским правом объектов в свободном доступе в сети «Интернет», локальных информационных сетях, межличностных каналах коммуникации. Действие этого запрета в отсутствии возможности его практического исполнения пользователями и эффективного правового механизма его административного обеспечения носит отнюдь небезвредный характер. Это несовершенство правого регулирования делает миллионы пользователей, не имеющих привычки и возможности отслеживать юридический статус материала при личном обмене и доступе через информационные сети, правонарушителями, а в некоторых случаях преступниками. Отсутствие установленной законом обязанности, а так же осуществимой возможности проверять правовую чистоту доступного в сети материала приводит к тому, что граждане этого не делают. Граждане не воспринимают использование противозаконно доступных или доведённых до всеобщего сведения произведений нарушением прав авторов, считая своё поведение соответствующим стандартам действующих в обществе социальных норм. Ущерб, наносимый нечёткостью работы механизма правового регулирования авторских отношений, снижает целостность и эффективность системы социальных норм как средства общественного управления, организации и функционирования государства, обеспечение согласованного взаимодействия людей, прав человека, стимулирования роста благосостояния народа[[81]](#footnote-81).

Законы информации оказывают влияние на формирование отношений в экономике и социальной сфере. Данное обстоятельство является важным для повышения качества и эффективности правотворческого процесса, включая принцип постоянного технического совершенствования принимаемых актов[[82]](#footnote-82). Правовую систему имеет смысл строить так, чтобы не нарушать естественных законов, присущих информации. Основным каналом свободного распространения общедоступной информации, включая объекты авторских и смежных прав, сегодня выступает киберпространство, состоящее из сети «Интернет», локальных информационных сетей и межличностных технологий информационного обмена. Положения теории информации указывают на то, что общество является информационной системой. Если информация помещена в информационную систему и обладает свойством полезности, то ничто, и никто не может помешать воспроизведению и распространению этой информации. Для целей совершенствования механизма правового регулирования авторских отношений этот вывод означает, что востребованные (популярные) произведения, являющиеся заключённой в определённую форму информацией, в киберпространстве будут воспроизводиться и распространяться, т.е. использоваться, вне зависимости от легитимности этого процесса, невзирая на то, разрешено это или запрещено.

 Проанализируем соотношение объёмов понятий «произведение» и «информация». Понятие «произведение» в правовых системах мира получило различную степень детализации. В Российском законодательстве определения родовому понятию «произведение» не дано. В Четвертой части ГК РФ в качестве объектов авторского права фигурируют произведения науки, литературы и искусства, но сущность этих понятий раскрывается лишь тем, что они являются результатом интеллектуальной деятельности. Также в Четвертой части ГК РФ содержится определение аудиовизуального произведения и называются его признаки. Однако аудиовизуальное произведение является видовым понятием – производным от родового понятия «произведение», которого в законодательстве нет. В одной из научных работ предложено определение музыкального произведения как произведения искусства, являющегося результатом творческой деятельности автора, которое становится полноценным объектом авторского права в случае своего внешнего выражения в какой-либо объективной форме, воспринимаемой не только автором, но и другими лицами, и состоящее из совокупности звуковых колебаний, организованных в определённом автором или исполнителем порядке в пространстве и во времени (мелодия, гармония и ритм)[[83]](#footnote-83).

Словарь синонимов по запросу «произведение» возвращает следующий лексический ряд: творение, создание, работа, дело, изделие, поделка, действие, детище, плод, препарат, фабрикат. Лучшее произведение — шедевр, перл создания; противоположное: мазня, пачкотня. В юриспруденции понятие «произведение» означает общее наименование объекта авторского права в субъективном смысле, представляет собой результат творческого труда автора, имеющий внешнюю, материальную форму (рукопись, картина, скульптура и т. п.) или фиксируемый в ином виде (хореографические произведения, пантомимы). Часть четвертая ГК РФ говорит о произведениях науки, литературы и искусства (авторское право), отграничивая их от фонограмм, исполнений, постановок, передач организаций эфирного или кабельного вещания (смежные права). В издательском деле произведением называют продукт творчества, в том числе законченное, имеющее самостоятельное значение письменное (литературное) сочинение, которое составляет (одно или вместе с другими произведениями в сборнике, томе собраний сочинения) основной текст издания.

Видовое понятие «литературное произведение» – произведение человеческой мысли, закреплённое в письменном виде и обладающее общественным значением. Литературное произведение – в авторском праве – оригинальное письменное произведение беллетристического, научного, технического либо практического характера, независимо от его ценности или назначения[[84]](#footnote-84). Ещё одно видовое понятие «служебное произведение» определяется как произведение литературы, науки и искусства, созданное автором в рамках своих служебных обязанностей (служебного задания) по трудовому договору. Аудиовизуальным произведением является произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначенное для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств. Аудиовизуальные произведения включают кинематографические произведения, а также все произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (теле- и видеофильмы и другие подобные произведения), независимо от способа их первоначальной или последующей фиксации. В английском языке термин work означает произведение, работу, сочинение, письменный труд научного, политического или художественного характера. Общим для всех вышеприведённых видовых определений понятия «произведение» является то, что оно возникает в результате творческой деятельности или художественного выражения автора.

Для анализа понятия «произведение» необходимо исследовать природу и признаки понятия «творчество». Для творческого мышления важна способность оторваться от последовательного, логического рассмотрения фактов и соединить элементы мысли в новые целостные образы. Это позволяет увидеть новое в давно привычном. Логическое мышление − инструмент анализа, расчленения поступающей информации по элементам и соединения их в мыслительные цепочки. Такой дискурсивный способ обработки информации определяется работой левого («речевого») полушария головного мозга. Это полушарие управляет правой рукой. Другое, правое полушарие обрабатывает информацию не по частям, а целостно с помощью образов. Оно управляет левой рукой. У каждого человека, как правило, доминирует то, или другое полушарие, и люди делятся на «праворуких» и «леворуких». Творчество осуществляется в результате работы обоих полушарий, но «праворукие» склонны и более «пригодны» для логического, аналитического, научного мышления. «Леворукие» успешнее действуют с сфере образного, целостного, художественного мышления. Человеку важно знать, к какому типу мыслительной деятельности он принадлежит. По классификации И.П. Павлова, люди делятся на мыслительный и художественный типы[[85]](#footnote-85). Ещё один взгляд на творчество определяет его как когнитивную деятельность, которая ведёт к новому или необычному видению проблемы или ситуации. Такое определение не ограничивает творческие процессы утилитарными действиями, хотя в качестве примера творческих людей почти всегда приводят создателей какого-нибудь полезного изобретения, рукописи или теории. Из вышесказанного следует ряд выводов. Первый ввод состоит в том, что творческий процесс в существенной его части представляет собой процесс поиска, накопления и обработки информации. Второй вывод заключается в том, что творческий результат или произведение − это выражение в некоторой форме (оформление) нового художественного либо научного содержания. Содержание творческого результата (произведения), поученное в результате обработки информации, само является информацией. Третий вывод состоит в том, что творчество, являясь выражением, передачей, сообщением, несёт в себе коммуникативную составляющую.

Логико-семантический анализ обнаруживает родственность, схожесть понятия «информация» с понятием «творчество» по содержательному и структурному признаку. Содержательное совпадение, во-первых, заключаются в том, что информация является сведениями и данными, творчество же состоит в обработке информации, сведений и данных. Творчество порождает мысли, идеи, образы, чувства, факты, открытия, т.е. − новое содержание, сведения, данные, информацию. Во-вторых, содержательное совпадение обнаруживается в явлении сообщения (коммуникации), присущем обоим понятиям. Информация реализуется посредством сообщения, а творчество посредством выражения, что функционально эквивалентно сообщению и коммуникации. Следовательно, процесс информирования реализуется в акте творчества, а творчество проявляется как своеобразное информирование. Структурное совпадение понятий «информация» и «творчество» заключается в том, что они оба строятся на одних и тех же институтах. Во-первых, на данных, сведениях, содержании; во-вторых, на приёме, передаче, коммуникации. Что касается объёма понятий творчества и информации, то он не совпадает и может быть обозначен как частично пересекающиеся множества.

Результаты проведённого анализа показывают, что явления информации и творчества имеют единое происхождение, одну первопричину. Для подтверждения этой гипотезы рассмотрим творчество как процесс производства и распространение информации. Известно, что само возникновение жизни, развитие биологических видов, подъем по ступеням биологической эволюции имели в своей основе накопление и отбор информации[[86]](#footnote-86). Информационные закономерности остаются определяющими и на высших стадиях эволюции, обусловливая протекание таких явлений, как интуиция, сознание, вдохновение и т.п. Учёные рассматривают творчество как накопление новой информации, а законы информации как законы творчества. В этой концепции речь идёт об информационном мировоззрении, в котором понятие информации занимает центральное место, а процесс социальной и биологической эволюции как творческий процесс, сущностью которого является накопление информации[[87]](#footnote-87). Творческая деятельность по «производству информации», вначале стихийная, а затем приобретающая все более организованные формы научных объединений и институтов, характеризуется направлением движения мысли от очевидных феноменов – реальных объектов и процессов, вниз, в глубину, к причинам и механизмам, их обусловливающим, к их естественному фундаменту. Часто такую деятельность называют «фундаментальными исследованиями». Это – поиски новых идей, поиски посылок и следствий из них, которые «объясняют» известный нам круг явлений. Именно такие идеи обогащают информационные активы человеческих сообществ. Творческая переработка арсенала таких идей позволяет делать следствия, относящиеся к феноменам, ещё не известным. Такие феномены могут принадлежать миру, вне нас и независимо от нас существующему, и тогда это – область «научного предвидения», экспериментально проверяемого. Но следствия могут иметь и другой характер: выявлять возможность получения того или иного результата, т.е. создания той или иной новой технологии. Здесь мысль творца движется в обратном направлении – от уже установленных посылок к ещё не существующим следствиям. Такое направление движения мысли обычно называют «прикладной» или «инженерной», «изобретательской» деятельностью, что служит необходимым этапом реализации уже имеющихся идей. Оба варианта движения мысли играют важнейшую роль в динамике творчества, поскольку выявляют степень ценности или истинности информации в данных конкретных условиях, и определяют судьбу и дальнейшие направления развития данной логической информации и творческой мысли.

Благодаря стремлению «передать» вновь созданную или полученную (в том числе и уже претерпевшую трансформацию) информацию, а также благодаря избирательности восприятия информации, динамика идей в человеческих сообществах приобретает характер творческих волн. Творческие волны зарождаются в отдельных точках, где расположены «источники информации», а затем индуцируют работу «приёмо-передаточных устройств» в других точках пространства и времени, «настроенных» на восприятие исходной информации, и так далее. В ходе этого распространения благодаря свойству инвариантности информация может переходить с одних физических носителей на другие, переводиться с одних языков на другие, блуждать в разных человеческих сообществах, передаваться из эпохи в эпоху. Каждый человек, благодаря существованию речи, постоянно пребывает как бы погруженным в информационное море, природа которого с развитием современных форм радиосвязи приобретает все более чёткий физический смысл. Все технические системы связи и способы хранения информации подчинены одной общей задаче: обеспечить максимально возможно быстрое и широкое распространение новых идей, а также сохранение их как можно дольше, пока не выявятся новые возможности их творческого использования. Вышеизложенное позволяет сделать заключение о том, что творчество представляет собой процесс поиска обработки, производства и передачи информации. Г.А. Голицын и В.М. Петров осуществившие междисциплинарное исследование роли информации в развитии культуры и искусства и формировании творческих способностей, пришли к выводу, что творчество подчиняется принципу максимума информации[[88]](#footnote-88). Следовательно, авторское произведение, являясь результатом творчества, представляет собой информацию.

Произведение, являясь результатом творчества, представляет собой информацию, обозначенную с помощью определённых операторов. Как известно информация нематериальна, но она фиксируется на материальных носителях. До широкого распространения цифровой записи и сети «Интернет» в обыденной жизни люди в основном сталкивались с произведениями науки, литературы и искусства, которые были зафиксированы на привычных вещественных носителях, либо воплощены в действиях материальных субъектов. В киберпространстве имеет место иная ситуация, поскольку в этой среде произведения существуют и используются без вещественного носителя. В этих реалиях представляется необходимым осуществить классификацию объектов авторского права и смежных прав по признаку связи с физическим носителем. Такая классификация, по мнению автора, может выглядеть следующим образом. Все указанные в законе объекты авторских и смежных прав могут быть разбиты на три группы. Связь с физическим носителем у произведений первой группы практически отсутствует (творческий результат изначально выражен в информационном коде и может быть зафиксирован на бесконечном множестве носителей, и на различных видах носителей, что фактически означает отсутствие связи с конкретным носителем и носителем вообще). Произведения второй группы характеризуются сильной связью с физическим носителем (творческий результат воплощён в материальном объекте или неотделим от него). Произведения третьей группы имеют слабую связь с физическим носителем (творческий результат изначально выражен в информационном коде, но с целью последующего воплощения в материальном объекте или для будущей реализации в действиях материальных субъектов).

Некоторые произведения обладают признаками двух групп и в ряде случаев могут перемещаться из одной группы в другую. Произведения первой группы, уже в момент их создания исполнены в виде информационного кода. Они создаются как с помощью относительно простых операторов, к которым можно отнести буквы, знаки, графические символы, звуки, так и посредством сложных технологических операторов таких как, например, магнитная или цифровая запись. Произведения, созданные посредством магнитной и цифровой записи, а также другие объекты авторского права и смежных прав переведённые в цифровую форму, именуют записанными произведениями или развлечениями (recorded entertainment)[[89]](#footnote-89). В первую группу вошла часть объектов авторского права из перечня статьи 1259 и все объекты смежных прав из перечня статьи 1304 Четвертой части ГК РФ за исключением такого объекта как базы данных в части их охраны от несанкционированного извлечения, поскольку базы данных и программы для ЭВМ вынесены в отдельную группу. К произведениям первой группы относятся следующие: литературные произведения; музыкальные произведения с текстом или без текста; аудиовизуальные произведения (за исключением сложных объектов, отнесённых к третьей группе); произведения живописи, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства; фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии; географические, геологические и другие карты, планы, эскизы; исполнения артистов-исполнителей и дирижёров, постановки режиссёров-постановщиков спектаклей (исполнения), если эти исполнения выражаются в форме, допускающей их воспроизведение и распространение с помощью технических средств; фонограммы, то есть любые исключительно звуковые записи исполнений или иных звуков, либо их отображений, за исключением звуковой записи, включённой в аудиовизуальное произведение; сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания, в том числе передач, созданных самой организацией эфирного или кабельного вещания либо по её заказу за счёт её средств другой организацией; произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений.

Ко второй классификационной группе относятся произведения, которые созданы в виде материальной вещи и неотделимы от физической основы. Во вторую группу входят следующие объекты: произведения скульптуры; произведения декоративно-прикладного искусства; произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства; пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и другим наукам.

Произведения третьей группы аналогично произведениям первой группы изначально выражены в информационном коде, однако автор имеет целью их воплотить в материальной вещи или воспроизвести с помощью действий людей, которые, по меньшей мере, отчасти являются материальными сущностями. К объектам третьей группы относятся: сложные объекты, создаваемы либо воспроизводимые с помощью актёров; драматические и музыкально-драматические произведения, сценарные произведения; хореографические произведения и пантомимы; произведения сценографического искусства; произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства в виде проектов, чертежей, изображений и макетов.

Произведения первой и третьей группы не являются материальными вещами, не зависят от физического носителя, в полной мере проявляют свойства информации и, по сути, являются информацией. Сущность произведений второй группы притом, что они являются материальными вещами или воплощаются в действиях материальных субъектов, состоит в передаче адресату эстетической, эмоциональной или научной информации. С точки зрения теории информации материальная (физическая) основа выступает для творческого результата в качестве информационного оператора. С точки зрения дуализма формы и содержания, форма, выраженная в материале, выступает инструментом информационного содержания. Поэтому, имея информационное происхождение, результаты творчества (объекты авторского права и смежных прав) воплощённые в материале, в соответствии со свойством инвариантности информации по отношению к физическому носителю, просто и эффективно конвертируются в информационный код. Другими словами, выраженные в материале объекты авторского права не являются «безнадёжно физическими»[[90]](#footnote-90) и с помощью информационно-технологических операторов с лёгкостью сбрасывают материальные оковы и возвращаются в информационное состояние.

Конверсия в информационный код или формат осуществляется с помощью технологий оцифровки изображений и звука, трёхмерного моделирования, фото и видео съёмки, копирования различными способами и т.п. В результате такой конверсии (перевода) эти объекты практически ничего не теряют в содержательной составляющей, но их коммуникативная составляющая изменяется существенным образом. Коммуникативная составляющая этих объектов, определяемая свойствами транслируемости и мультипликативности значительно усиливается. Возможности для трансляции и обмена этими объектами увеличиваются за счёт перехода в информационную систему − киберпространство, технологически предназначенное для приёма, передачи и обработки информации с высокой скоростью и в больших объёмах. Вместе с тем необходимо отметить, что при конверсии материальных объектов авторского и смежных прав в информационный код происходит утрата возможностей их осязательного, вкусового и обонятельного восприятия. Однако на сегодняшний день в перечень охраняемых системой авторских и смежных прав, включены объекты, рассчитанные в основном на зрительное и слуховое восприятие.

В соответствии с предложенной классификацией, объекты авторского права и смежных прав по признаку связи с физическим носителем делятся на четыре группы. Произведения первой и третьей группы являются выраженным в некоторой форме содержанием, т.е. информацией и не зависят от физического (вещественного) носителя. Произведения второй группы дуалистичны, поскольку наряду с информационной обладают материальной составляющей. Произведения первой и третьей группы полностью − без остатка, поглощаются понятием «информация». Если представить эту картину геометрически с помощью кругов Эйлера (Приложение 1, Рисунок 1), обозначающих объёмы соответствующих понятий, то круги, символизирующие произведения первой и третьей группы, полностью помещаются внутрь круга символизирующего понятие «информация». Произведения второй и четвёртой группы не полностью поглощаются понятием «информация» за счёт своей физической составляющей, что отображается пересечением соответствующих кругов − множеств. При этом круги, обозначающие все четыре вида произведений, частично пересекаются между собой внутри круга, символизирующего объем понятия «информация». В целом объем понятия «информация» за небольшим исключением поглощает объем понятия «произведение».

Исследование и сопоставление объёмов понятий «произведение» и «информация» позволяет сделать следующие выводы. Первое. В действующей системе права наличествует логическое противоречие относительно института общедоступной свободно распространяемой информации. Это противоречие состоит в том, что исключительное право в пункте 1 статьи 1229 ГК РФ вводит запрет на свободное использование части общедоступной информации, определённой в пункте 1 статьи 7 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» № 149-ФЗ, но не предлагает механизма его реализации, что размывает границы институтов общедоступной информации и общественного достояния, вносит элемент неопределённости в общественные отношения, противоречит социальным нормам поведения граждан и наносит ущерб эффективности механизма правового регулирования. Второе. Система интеллектуальных прав в достаточной мере не учитывает принципиальных отличий свойств материальных вещей и информационных объектов. Вследствие данного обстоятельства механизм правового регулирования авторских отношений в киберпространстве, где объекты авторского права существуют в виде информации, работает недостаточно эффективно. Третье. Законодательство не даёт чёткого исчерпывающего определения понятию произведение. В законодательствах разных стран общим в определении понятия произведение является его характеристика как творческого результата. Четвёртое. Показано, что творчество имеет информационную природу. Творческий процесс состоит в поиске, обработке, производстве и распространении информации. Произведения литературы, искусства и науки как результаты творчества, по сути, являются обозначением вновь созданной или по-новому оформленной информации. Пятое. Произведения – объекты авторских и смежных прав являясь информацией, в полной мере проявляют свойства информации и подчиняются закономерностям её существования и развития. Наибольшее значение для правового регулирования результатов интеллектуальной деятельности имеют следующие свойства информации: фиксируемость, воспроизводимость, инвариантность по отношению к носителю, транслируемость, размножаемость и полезность. Шестое. Если в открытую информационную систему помещена информация обладающая свойством полезности, то пресечь и как следствие запретить её распространение, копирование и использование не представляется возможным. Данный вывод объясняет тщетность попыток решить проблему противоправного использования объектов авторского права в киберпространстве с помощью правовых запретов. Седьмое. Механизм правового регулирования авторских отношений необходимо привести в соответствие с информационными свойствами результатов творческой деятельности.

Исследование социально-экономических свойств произведений требует рассмотрения проблемы стоимостных и полезностных оценок интеллектуальных прав. Имеет ли ценность информационных результатов интеллектуальной деятельности другую природу по сравнению с ценностью материальных вещей? В чем состоит различие между ценообразованием на материальные вещи и на права использования нематериальных объектов интеллектуальной собственности? Понимание того, что увеличивает ценность результата интеллектуальной деятельности и соответственно повышает цену права на его использование (цену лицензии) поможет выбрать такой механизм правового регулирования, который будет способствовать большей экономической отдаче от использования объектов авторских прав.

В отношении результата интеллектуальной деятельности корректно говорить не о стоимости объекта, поскольку в отличие от материальной вещи сам он не продаётся, а о цене права на его использование. Для определения цены чего-либо, будь то вещь или право использования результата интеллектуальной деятельности применяются два классических экономических подхода. Согласно первому подходу цена обусловлена объективными затратами. Цена выступает денежным выражением стоимости затрат, основу которых составляют затраты рабочего времени (труд) и затраты на сырье. В соответствии со вторым подходом цена обусловлена субъективной оценкой полезности блага[[91]](#footnote-91).

Различие между стоимостным и полезностным подходом применительно к результатам интеллектуальной детальности заключается в следующем. Стоимость труда и сырья могут быть объективно измерены, поскольку они не являются уникальными ресурсами. Стоимость труда и сырья определяется рынком в зависимости от их текущей доступности. В общем случае работает следующая закономерность, чем дефицитнее, чем более востребован, чем реже ресурс, тем выше его цена. Полезность же может быть как объективной, так и субъективной. В общем случае полезность блага тем выше, чем большему числу потребителей оно служит, чем настоятельнее и распространённее потребность, чем лучше и полнее оно их удовлетворяет. Полезность является необходимым условием для того, чтобы какой-либо предмет приобрёл меновую стоимость, а если категория стоимость не применима к определённым объектам, то меновую ценность или цену использования. Проблема измерения субъективной полезности в том, что у каждого человека может быть своя оценка полезности блага, существенно отличающаяся от средней оценки. Выявить субъективную полезность возможно лишь в том случае, если индивидуум сам воспользовался благом и сделал собственный вывод о его полезности. Если массы не имеют доступа к благу, или этот доступ ограничен, то возможности для определения полезности блага резко снижаются, и оценка полезности блага оказывается заниженной. Из вышесказанного следует вывод, что цена может формироваться исходя из диаметрально противоположных предпосылок, а именно из редкости или наоборот распространённости блага. Наша задача состоит в том, чтобы определить каким результатам интеллектуальной деятельности адекватен стоимостный и каким полезностный подход к оценке цены использования.

Для стоимостной оценки блага должны выполняться два условия. Первое условие – это повторяемость производственного процесса и возможность воспроизвести продукт, что позволяет количественно оценить (квантифицировать) издержки производства единицы продукции. Вторым условием является возможность оценить стоимость факторов производства, т.е. их воспроизводимость. Таким образом, в полной мере поддаются стоимостным оценкам лишь воспроизводимые блага, созданные при посредстве воспроизводимых факторов производства[[92]](#footnote-92). Анализ результатов интеллектуальной деятельности с точки зрения их воспроизводимости как благ, созданных при посредстве воспроизводимых факторов производства, приводит к неоднозначному выводу. Объекты интеллектуальной собственности поддаются стоимостной оценке лишь отчасти.

Проанализируем результаты интеллектуальной деятельности по первому критерию – повторяемости процесса их производства и их воспроизводимости как продукта. Производственный процесс или производственная технология является комплексом организационных мер, операций и приёмов, направленных на изготовление, обслуживание, ремонт и/или эксплуатацию изделия с номинальным качеством и оптимальными затратами, и обусловленных текущим уровнем развития науки, техники и общества. Интеллектуальная деятельность, как было определено ранее, представляет собой творческую деятельность, в рамках которой человек действует не по инструкции, изобретательно, по-новому. Интеллектуальная деятельность не является повторяемым производственным процессом, поскольку она не основывается на организационных мерах, стандартных операциях и приёмах. Результат интеллектуальной деятельности как продукт творчества не представляется возможным ни получить, ни воспроизвести, выполнив предписанные технологические операции. Отсюда следует, что результат интеллектуальной деятельности не является воспроизводимым продуктом. Элементы традиционного производства с технологической повторяемостью некоторых операций могут иметь место при создании ряда объектов интеллектуальной собственности, например, в кинопроизводстве, как-то построение декораций, пошив костюмов или перевозка грузов. Однако, это повторяемость второстепенных, неуникальных процессов, которые не определяют качество творческого результата. Итак, результаты интеллектуальной деятельности не соответствуют условию повторяемости процесса их производства и не могут быть отнесены к воспроизводимым продуктам.

Проанализируем результаты интеллектуальной деятельности по второму критерию, а именно возможности оценить стоимость факторов производства. К факторам производства относят ресурсы, необходимые для производства товаров и услуг. Базовыми факторами производства являются труд и сырьё. Сначала рассмотрим трудовой фактор. Известно, что в информационном обществе человек перестаёт быть субъектом труда как рациональной деятельности, результаты которой пропорциональны затраченным усилиям. В постиндустриальной экономике человек становится субъектом творческих процессов, значимость которых сложно оценивать в экономических категориях. С точки зрения трудовой теории стоимости существенными являются два факта: с одной стороны, становятся неисчислимыми издержки производства информационного продукта и знания, поскольку они рождаются в результате деятельности, которая не является одним из видов труда; с другой стороны процесс тиражирования информации не является воспроизводственным процессом, и, следовательно, в принципе невозможно оценить затраты труда на воспроизводство блага, выступающие объективной стороной стоимостного отношения. Само понятие стоимости труда становится иррациональным по отношению к результатам творческой деятельности. С того момента, как тиражируемый объект перестаёт быть аналогом первоначального блага и становится его копией, проблема исчисления трудовых (воспроизводственных) издержек оказывается неразрешимой[[93]](#footnote-93).

Здесь необходимо сделать следующие оговорки о том, что элементы трудовых отношений при создании результата интеллектуальной деятельности могут иметь место. Например, каменотёс, изготавливающий заготовки для скульптора занят скорее трудом, чем интеллектуальной дельностью, поскольку выполняет стандартную технологическую операцию. Издержки на выполнение этой операции исчислимы, а производственные ресурсы для её осуществления не уникальны и в достатке представлены на рынке. С другой стороны, каменотёс в некоторой степени участвует в творческом процессе и даже является соавтором скульптора, поскольку плоды его труда будут взяты в качестве основы произведения искусства, однако влияние труда каменотёса на качество художественного результата ничтожно мало. Оценить трудовые затраты на создание результата интеллектуальной деятельности с позиции трудовой теории стоимости представляется затруднительным. При этом в некоторых случаях сложно провести границу между трудовой и творческой детальностью, а также полностью абстрагировать результат интеллектуальной деятельности от вещи, в которой он воплощён и на производство которой пошли затраты труда. В неоднозначных ситуациях мы придерживаемся позиции, что если существует хотя бы минимальная причина для отнесения трудовых затрат на результат интеллектуальной деятельности, то затраты будут на него переноситься. Такой подход обусловлен целью отделить объекты интеллектуальной собственности, к которым стоимостные оценки полностью не применимы, от тех, к которым они до некоторой степени применимы.

Относительно измерения стоимости второго – сырьевого (материального) фактора применительно к результатам интеллектуальной деятельности необходимо отметить следующие закономерности. Ряд объектов интеллектуальных прав имеют устойчивую связь с материалом, в котором они воплощены. В группу объектов интеллектуальной собственности неразрывно связанных с материалом входят изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, а также сведения, охраняемые в режиме ноу-хау, имеющие производственное назначение. В момент создания они объективируются в виде информации в сознании автора, затем переносятся посредством символов на бумагу или записываются в электронной форме с помощью информационных операторов. В виде записанной информации объектами данного типа воспользоваться невозможно, их необходимо материализовать, чтобы ими использовать. Это означает, что существует возможность точно вычислить стоимость сырьевой составляющей каждой единицы продукции, произведённой с использованием объекта патентного права, селекционного достижения, топологии интегральной микросхемы, производственного ноу-хау. Подчеркнём, что речь идёт о сырьевой составляющей вещи, произведённой с использованием результата интеллектуальной деятельности, а не самого объекта интеллектуальной собственности.

Если в реализации полезности информационного объекта присутствуют материальная и трудовая составляющие, как в случае изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, селекционных достижений и топологий интегральных микросхем, то к таким результатам интеллектуальной деятельности законы экономической стоимости опосредованно применимы. Необходимо ответить на вопрос, в какой мере объекты патентных прав и нетрадиционные объекты интеллектуальной собственности[[94]](#footnote-94) могут быть измерены по критериям стоимости. Примем вес каждого из критериев, а именно первого – воспроизводимость результата интеллектуальной деятельности и второго – воспроизводимость факторов производства равными 50%. Учтём, что перечисленные объекты не удовлетворяют первому критерию, но до некоторой степени удовлетворяют второму критерию в части возможности оценки трудовой и материальной компонент, требуемых для их овеществления. Получаем, что объекты патентного права, селекционные достижения, топологии микросхем и производственные ноу-хау могут быть оценены по критериям экономической стоимости на половину – 50%. Сама возможность применить стоимостную оценку к перечисленным объектам интеллектуальной собственности имеет большое значение, поскольку позволяет хотя бы отчасти на неё опереться при определении цены лицензии на их использование.

Далее рассмотрим значимость материально-сырьевого фактора применительно к объектам авторского права и смежных прав. Мы выяснили, что для того, чтобы воспользоваться, применить по назначению объект промышленной собственности, необходимо его материализовать, например, отлить в металле или выточить из дерева, т.е. на каждую единицу изделия придётся израсходовать равное количество исходного сырья. Особенность объектов авторского права и смежных прав заключается в том, что для того, чтобы воспользоваться большей частью из них, нет необходимости их овеществлять и расходовать материал пропорционально количеству созданных копий. Ранее сделанные выводы показывают, что авторское произведение, являясь результатом творчества, представляет собой структурированную информацию. До создания глобальной информационно-коммуникационной инфраструктуры, ситуация с тиражированием объектов авторских и смежных прав была аналогична той, что имеет место быть с объектами промышленной собственности. В каждой копии присутствовала пусть небольшая, но всё же заметная материальная составляющая, изготовление которой осуществлялось индустриальным способом, что позволяло измерить сырьевые и трудовые издержки на её производство. Возможности киберпространства устранили необходимость в материальных носителях, поэтому сырьевые издержки при создании цифровых копий произведений оказались исключёнными. Объекты авторских и смежных прав неоднородны с точки зрения потребности в материале для их создания и использования. Классификация этих объектов по критерию потребности в материале с разбиением на четыре группы совпадает с вышеприведённой классификацией по силе связи с физическим носителем.

Первая группа объектов характеризуется отсутствием устойчивой связи с материалом. Будучи изначально выполненными в информационном коде эти произведения могут иметь некоторую связь с материальным носителем. В качестве такового может выступать бумага, эмульсионная киноплёнка, магнитная аудио плёнка, жёсткий диск компьютера, оптические носители (CD, DVD). Если и когда отсутствует статический носитель, то его заменяет динамический носитель в виде электрического тока или световых импульсов. Произведения первой группы не зависят от материала для того, чтобы быть созданными и использованными. Значимость материально-сырьевого фактора применительно к первой группе объектов авторских и смежных прав не высока. Дать оценку трудовым затратам на создание этих произведений также не представляется возможным, поскольку они рождаются в результате творчества, а не труда. Поскольку оба условия, делающие возможной стоимостную оценку, не выполняются, то категория стоимость принципиально не применима к объектам авторских и смежных прав.

Объекты второй группы воплощены в материале и неотделимы от него, при этом качество этих результатов интеллектуальной деятельности зависит от исходного сырья в не большой степени. Тем не менее, статья 220 ГК РФ допускает принадлежность вещи собственнику исходного материала, с оговоркой о том, что если стоимость переработки существенно превышает стоимость материалов, то право собственности на новую вещь приобретает лицо, которое, действуя добросовестно, осуществило переработку для себя. Необходимо признать что, несмотря на то, что при создании результата интеллектуальной деятельности, как правило, осуществляется переработка, стоимость которой превышает стоимость материалов, существует вероятность того, что произведение будет оценено по стоимости материала, а творческой вклад признан малозначимым. Кроме того, при создании произведений второй группы может возникать и трудовая составляющая стоимости, связанная с обработкой сырья. Итак, стоимостные оценки на основе затрат на сырье и труд могут иметь место в отношении объектов авторских и смежных прав второй группы. При этом очевидно, что стоимостная оценка не является полноценной, поскольку вклад творческой составляющей намного более вес*о*м по сравнению с сырьевыми и трудовыми затратами при определении цены использования объектов авторских и смежных прав второй группы.

 Об оценке стоимости сырья применительно к объектам третьей группы речи не идёт, а вот трудовая составляющая стоимости может быть большой. В целом стоимостные измерения применимы к объектам третьей группы, так же как и к объектам второй группы – в незначительной мере, которую сложно обозначить количественно. На качественном уровне стоимостная оценка трудового фактора в отношении произведений третьей группы возможна и может быть принята за основу при определении цены лицензии.

Объекты четвертой группы – программы для ЭВМ и базы данных (ПО и БД) являются объектами особой природы sui generis внутри группы объектов авторских прав. Сырьё при создании и использовании ПО и БД не используется, поэтому затратами на материал можно пренебречь, однако все необходимые материальные компоненты (компьютеры, диски, микросхемы памяти и пр.) не уникальны, доступны и затраты на них квантифицируемы. Иная ситуация с трудовыми затратами. При создании ПО и БД имеют место оба рассматриваемых вида деятельности – как творчество, так и труд. Деятельность авторов алгоритмов, ключевых дизайнеров программ, разработчиков структур баз данных, представляет собой творчество. При этом программисты, выполняющие рутинную работу по кодированию заданных алгоритмов, или сотрудники, осуществляющие поиск информации для базы данных по служебному заданию, заняты классическим трудом, не требующим уникальных навыков. Стоимость такого труда вполне измерима. С оговоркой о том, что творческая составляющая имеет первостепенное значение фиксируем, что трудовые затраты при создании ПО и БД могут возникать и их стоимостная оценка возможна. Особенность программ для ЭВМ и баз данных состоит в том, что их можно повторить, они воспроизводимы. Скопированные объекты не могут быть полными аналогами оригиналов с точки зрения формы и содержания, но добиться равноценной функциональности и даже превзойти эффективность оригинальной программы или базы данных представляется вполне возможным, что и происходит на конкурентных рынках.

Итог анализа факторов, позволяющих применить к результатам интеллектуальной деятельности стоимостную оценку, приведён в следующей таблице.

Таблица 1

| **Объекты** | **Воспроизводимость****продукта** | **Воспроизводимость факторов производства** | **Интегральная оценка соответствия критерию стоимость, %** |
| --- | --- | --- | --- |
| **материал** | **труд** |
| Авторских и смежных прав | Группа 1 | нет | нет | нет | 0 |
| Группа 2 | нет | да | да | 50 |
| Группа 3 | нет | нет | да | 25 |
| Группа 4 | да | да | да | 100 |
| Патентного права | нет | да | да | 50 |
| Селекционных достижений | нет | да | да | 50 |
| Топологии микросхем | нет | да | да | 50 |
| Средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий | нет | да | да | 50 |

Данная таблица показывает то, насколько результаты интеллектуальной деятельности подчиняются закономерностям экономики материального продукта. Из таблицы видно, что стоимостные измерения издержек создания, которые используются в традиционной экономике для обоснования цены товара, а в случае нематериального продукта для назначения цены его использования, применимы к различным объектам интеллектуальной собственности в разной степени. К объектам авторских и смежных прав, отнесённым к первой группе (записанным произведениям – recorded entertainment), стоимостная оценка не применима принципиально, тогда как в отношении других результатов интеллектуальной деятельности значимость стоимостных факторов достаточно высока. Данный вывод означает, что при обосновании цены лицензии на право использования произведений полезностные оценки превалируют над стоимостными оценками. В наибольшей степени этот вывод касается объектов авторских прав.

Роль полезностных оценок в формировании стоимостного отношения не менее важна и существенна, чем роль издержек производства. Сегодня, по мере усиления роли личностного фактора, полезность не только не утрачивает своего прежнего значения, но занимает особое место в ряду факторов, определяющих закономерности обмена деятельностью и её продуктами. Глубинная причина подобного положения дел заключена в характере деятельности современного человека. В экономическую эпоху, когда основной задачей людей оставалось обеспечение своего материального существования, производство не только противостояло потреблению как автономная сфера, но и происходило в условиях, когда фактически любое материальное благо имело полезность и могло быть потреблено если не его создателем, то другими членами общества. В этой ситуации полезность оставалась как бы фоном, а количественная величина стоимости определялась, прежде всего, издержками производства. В постиндустриальном обществе положение меняется: экспансия производства, предполагающая возможность его увеличения без пропорционального роста затрат труда и ресурсов, делает малозначимой квантификацию издержек, тем самым передавая полезностным факторам определяющую роль в количественном измерении пропорций обмена. Таким образом, когда издержки по созданию того или иного блага перестают быть значимым фактором, способным ограничить масштабы его производства, главная роль в определении величины стоимости продукта закрепляется за его полезностными оценками[[95]](#footnote-95).

Решение социально-экономической задачи по извлечению прибыли из использования произведений авторского права и смежных прав, в ряде случаев предполагает формирование условий и даже гарантий их максимального распространения, всеобщей и беспрепятственной доступности, поскольку именно это служит источником дохода правообладателя. Сама возможность получить доход от использования произведения появляется лишь в том случае, если оно востребовано многими. Способы получения дохода могут быть прямыми или косвенными, этот момент мы подобно рассмотрим в третьей главе. Однако при любом способе использования объекта авторского права и смежных прав, прибыль, которую можно извлечь при его использовании растёт пропорционально увеличению размера его аудитории. Данный эффект объясняется социально-экономическими и информационными свойствами творческих продуктов. Как известно потребление информации, во многих отношениях тождественно выработке новой информации и новых знаний, которые «расширяются, саморегулируются... и наращиваются по мере использования. В экономике знаний, редкость ресурсов меняется на их распространённость»[[96]](#footnote-96). Информация и знания подчиняются совсем другим алгебраическим правилам (non-rivalrousness), у них отсутствует свойство редкости[[97]](#footnote-97). На это свойство знаний как структурированной информации обращали внимание три нобелевских лауреата: Л. Канторович, В. Леонтьев, K. Эроу. Можно утверждать, что распространение информации тождественно её самовозрастанию, исключающему применение к этому феномену понятия редкости.

Признание значимости полезностных оценок при определении цены использования интеллектуальной собственности должно повлиять на характер механизма правового регулирования авторских отношений. Известно, что механизм правового регулирования равно как способы и методы регулирования, а также отдельные нормы права необходимо создавать с учётом природы регулируемых отношений. Это означает, что настройку правового механизма регулирования авторских отношений необходимо осуществлять с учётом того факта, что в ряде случаев максимизация полезности результата интеллектуальной деятельности и увеличение экономической отдачи от его использования достигается за счёт наибольшей распространённости и снижения правовых барьеров доступа к произведениям. Изменение отношений по использованию объектов авторских прав, обусловленное развитием современного общества, его информационно-коммуникационной среды, требуют пересмотра одностороннего эксклюзивно-запретительного характера механизма правового регулирования авторских отношений в направлении усиления его инклюзивной составляющей с помощью дополнения законодательства инклюзивными правовыми нормами, и инклюзивным правовым методом.

Для подведения итогов первой главы сделаем следующие выводы. Установлено, что действующий механизм правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации носит эксклюзивно-ориентированный характер. Возможности авторов по реализации права на максимизацию круга пользователей своих произведений ограничены, поскольку они не подкреплены соответствующими правовыми нормами. Эффективность формы как основы для охраны оцифрованных объектов авторских прав низка, что ставит под сомнение работоспособность данного принципа в информационном обществе. Действующее законодательство в недостаточной степени учитывает информационные и социально-экономические свойства результатов интеллектуальной деятельности. Данное обстоятельство обусловливает отрицательную работоспособность запретительных норм в сети «Интернет», а также затрудняет обоснование стоимости использования оцифрованных произведений. Исследованные проблемы, взятые в совокупности, свидетельствуют о недостаточной эффективности действующего эксклюзивно-ориентированного механизма правового регулирования авторских отношений. Выдвинута гипотеза о том, что указанные проблемы могут быть преодолены посредством усиления инклюзивной составляющей механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений представляет собой систему правовых средств и процесс их применения для развития возможностей свободного использования, увеличения распространённости и повышения уровня доступности произведений науки, литературы и искусства в Российской Федерации.

# **Глава вторая. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе инновационных правовых концепций**

## §1. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе концепции Creative Commons

В аналитическом докладе «Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации»[[98]](#footnote-98), подготовленном экспертами ИРИО (Институт развития информационного общества – независимая исследовательская организация) отмечено, что появление интернет-технологий произвело революционный переворот в культуре. С одной стороны, технологии дали людям возможность более свободно обмениваться результатами творчества, создавать новые произведения, опираясь на творческие идеи других людей, используя способы, которые ранее были недоступны. С другой стороны, при  обмене произведениями в электронном виде и создании производных произведений действует закон об авторском праве, согласно которому копирование и переработка произведений должны осуществляться с разрешения автора. Возник конфликт между способами использования цифровых произведений и законодательством, регулирующим охрану авторских прав. Отмечается беспрецедентное количество нарушений авторских прав на произведения, размещённые во всемирной паутине. У юристов многих стран мира возникло понимание того, что механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений необходимо настроить на обеспечение баланса между правами авторов и использованием технологий, а также предоставить авторам возможность гибко управлять своими правами. Десятилетием ранее появились свободные (публичные) лицензии, такие как BSD в 1983 г. и GNU GPL в 1988 г., которые в дальнейшем были интегрированы в национальное законодательство стран, лидирующих в развитии информационного общества. Эти лицензии предназначены для регулирования отношений по использованию программ для ЭВМ и технической документации. На данный момент существует порядка семидесяти свободных и не свободных публичных лицензий, одобренных некоммерческой организацией «Open Source Initiative». Однако эти лицензии не предназначены для регулирования распространения и использования произведений в сфере науки, литературы и искусства, образовательного и научного контента[[99]](#footnote-99).

Поскольку авторское право в основных своих положениях зародилось задолго до появления сети «Интернет», возникают коллизии в отношении легальности действий, которые пользователи глобальной сети зачастую считают само собой разумеющимися: воспроизведение, копирование и вставка текста, публикация произведения. Согласно законодательству об авторских правах большинства стран эти действия должны выполняться по разрешению, предоставленному автором. Для обеспечения универсального доступа к информации возникла необходимость в бесплатной, публичной и стандартизированной инфраструктуре, которая обеспечит баланс между реальностью отношений в сети «Интернет» и законодательством об авторских правах. Такая правовая инфраструктура, подкреплённая современными технологиями, создана и развивается некоммерческой организацией Creative Commons[[100]](#footnote-100). Лоуренс Лессиг выдвинул идею системы лицензий авторского права – лицензий «творческих сообществ» (Creative Commons), а Эрик Элдред предложил создать одноименное движение, которое способствовало бы её продвижению[[101]](#footnote-101). В 2002 году некоммерческая организация Creative Commons обнародовала свой первый пакет бесплатных публичных лицензий (версия 1.0), позволяющих авторам и правообладателям (физическим и юридическим лицам) распространять свои произведения более свободно, на определённых ими условиях, а пользователям (также физическим юридическим лицам) более простым способом использовать эти произведения. Вот как Лессиг определил назначение лицензий СС: «Наши инструменты облегчат для художников и писателей возможность передать безвозмездно некоторые или все права на использование своего произведения обществу. Если, например, артист желает, чтобы его музыка была доступна для некоммерческого использования или только лишь указывалось его авторство, то наши инструменты помогут ему сообщить эти намерения в «машиночитаемой» форме. Компьютеры и программное обеспечение будут считывать условия лицензий в автоматическом режиме, что упросит использование, поиск и распространение творческих продуктов». В пресс-релизе по запуску лицензий СС отмечено: «Creative Commons основана на идее, что творчество и инновации опираются на богатое наследие. Мы стоим на плечах гигантов путём переосмысления, повторного использования и преобразования идей и произведений наших коллег и предшественников. Цифровая связь и персональные компьютеры обещают новый взрыв такого рода совместной творческой деятельности. В то же время расширение охраны интеллектуальной собственности оставляет все меньше произведений в общественном достоянии, представляющим собой массу творческого материала, который неограничен законом и, по высказыванию L.D. Brandeis, «свободен как воздух для всеобщего пользования», в то время как растущая сложность системы авторских прав делает все более сложным понимание, в каких случаях возможно использование и переработка произведения на законных основаниях». Новизна лицензий CC по отношению к свободным лицензиям для компьютерных программ и технической документации состоит в  том, что к ним добавили метаданные для обработки информации об авторских правах в автоматическом режиме, чем  максимально упростили использование произведений и понимание условий лицензий гражданами, которые не имеют юридического образования.

Лицензии CC базируются на нормах авторского права, при этом они дают автору возможность самостоятельно определять условия, на которых его произведения могут использоваться неограниченным кругом лиц, тем самым восстанавливая баланс между авторскими правами и возможностями, предоставляемыми современными технологиями. Логически выстроенный ряд лицензий СС позволяет гражданам и организациям предоставлять третьим лицам различный объем прав на использование объектов авторских и смежных прав. Лицензии СС предназначены, в том числе для того, чтобы обеспечить возможность публикации произведений, которые авторы создают на некоммерческой основе, а также для популяризации и доведения своих работ до широкого круга пользователей. Кроме того, эти лицензии дают возможность автору разрешать пользователям глобальной сети переработку и создание производных произведений на законных основаниях. В тех странах где это не запрещено законодательством правообладатели с помощью лицензии СС0 имеют право отказаться от исключительного права на созданное произведение, добровольно поместив его в общественное достояние[[102]](#footnote-102).

 Публичные лицензии СС имеют инновационный трёхслойный дизайн. Каждая лицензия начинается с традиционного правового текста, называемого «legal code». Поскольку большинство авторов, педагогов и учёных не являются юристами, вторым слоем даётся краткое описание условий лицензии «commons deed», известное как версия лицензии, понятная обычному человеку. Третий слой лицензии создан для распознавания компьютерными программами различного назначения, от поисковых систем до офисных пакетов и инструментов редактирования цифрового содержания. Объем прав, предоставляемый лицензиату, зависит от того из комбинации каких элементов состоит лицензия[[103]](#footnote-103). Оригинальный текст действующих лицензий доступен на официальном электронном ресурсе организации Creative Сommons[[104]](#footnote-104).

Лицензии CC условно делят на свободные и несвободные лицензии. К свободным относят следующие лицензии. 1) Attribution (сокращённо CC-BY) – лицензия «С указанием авторства». Принцип этой лицензии – «вы можете делать с произведением все, что пожелаете при условии указания моего авторства». Лицензия позволяет пользователям распространять, перерабатывать, изменять, развивать произведение, даже в коммерческих целях при условии указания автора произведения. Это наиболее свободная лицензия с точки зрения объёма прав, предоставленного пользователям. Данная лицензия является пермиссивной лицензией аналогичной пермиссивным лицензиями свободного программного обеспечения. Лицензия CC Attribution не требует, чтобы производное произведение было также свободным (в отличие от лицензии Attribution – Share Alike). Эта лицензия отражает точку зрения, что свобода пользователя включает его право на создание несвободного произведения, использование которого возможно лишь на основании его непосредственного разрешения в соответствии с нормами исключительного права. По своему духу распространение произведения по пермиссивной лицензии CC Attribution схоже с передачей произведения в общественное достояние, но факта отказа от авторского права не происходит. 2) CC Attribution – Share Alike (сокращённо CC-BY-SA) – лицензия «С указанием авторства – С сохранением условий». Эта лицензия позволяет другим перерабатывать, модифицировать, изменять и развивать произведение даже в коммерческих целях при условии указания авторства и лицензирования производных работ на аналогичных условиях. Эта лицензия является так называемой копилефт-лицензией. Все новые производные произведения, основанные на материале, выпущенном под этой лицензией, должны иметь аналогичную лицензию, т.е. их разрешено перерабатывать и использовать в коммерческих целях. Условия этой лицензии аналогичны условиям лицензии GNU GPL в мире свободного ПО. Лицензия CC Attribution – Share Alike требует от производного произведения быть свободным (в отличие от полностью пермиссивной лицензии Attribution). Эта лицензия отражает точку зрения, что произведения должны быть свободными и порождать другие свободные произведения, то есть лицензия не позволяет создать несвободное произведение на основе свободного. 3) CC0 (CC Zero) – инструмент для отказа от своих авторских прав и передачи произведения в общественное достояние. Воспользоваться им может только правообладатель. В дополнение к объектам авторских и смежных прав Фонд свободного программного обеспечения рекомендует применять CC0 к программному обеспечению и к базам данных. 4) Дополнительно стоит упомянуть инструмент, который формально не входит в состав лицензий Creative Commons, однако поддерживается данной организацией. Public Domain Mark – это специальный маркёр, который присваивается произведениям, находящимся в общественном достоянии, что облегчает их поиск и использование.

К несвободным относятся далее перечисленные лицензии. 1) CC Attribution – No Derivative Works (сокращённо CC-BY-ND) – лицензия «С указанием авторства – Без производных». Эта лицензия позволяет свободно распространять произведение, как на коммерческой, так и некоммерческой основе, при этом работа должна оставаться неизменной и обязательно должен быть указан автор. 2) CC Attribution – Noncommercial (сокращённо CC-BY-NC) – лицензия «С указанием авторства – Некоммерческая». Эта лицензия позволяет другим использовать и перерабатывать произведение на некоммерческой основе. В отношении производных работ сохраняется требование об указании автора исходного произведения и некоммерческого использования. 3) CC Attribution – Noncommercial – Share Alike (сокращённо CC-BY-NC-SA) – лицензия «С указанием авторства – Некоммерческая – С сохранением условий». Эта лицензия позволяет другим использовать и перерабатывать произведение на некоммерческой основе, до тех пор, пока упоминается оригинальное авторство и производные работы лицензируются на аналогичных условиях. 4) CC Attribution – Noncommercial – No Derivative Works (сокращённо CC-BY-NC-ND) – лицензия «С указанием авторства – Некоммерческая – Без производных». Данная лицензия имеет наибольшие ограничения. Она позволяет пользователям использовать и распространять произведение до тех пор, пока они упоминают автора и ссылаются на него, но не даёт права вносить изменения в произведение и использовать его в коммерческих целях.

Сообщество Creative Commons также предлагает лицензии адаптированные к национальным законодательствам отдельных стран. Адаптированные лицензии основаны на тексте международных лицензий, но с изменениями, которые отражают особенности терминологии и норм национального законодательства в области интеллектуальных прав. Международные лицензии, как правило, используются теми лицами и организациями, которые заинтересованы в распространении и использовании результатов их интеллектуальной деятельности в разных странах мира и в международных проектах. Сегодня лицензии СС все чаще используются правительствами разных стран для публикации государственной информации, содержания правительственных веб-сайтов и открытых данных. При этом в основном использовались лицензии версии 3.0. В качестве примеров можно привести инициативу правительств Новой Зеландии и Австралии, выбравших эту лицензию для публикации государственной информации в открытом доступе. И все же в целом ряде стран существуют правовые ограничения, препятствующие использованию лицензий СС. Эти ограничения в некоторых случаях привели к разработке собственных СС-подобных текстов лицензий, которые в некоторых случаях вводят пользователей в заблуждение, а в наихудшем варианте несовместимы с  лицензиями CC. В связи с этим штаб-квартирой СС была разработана и представлена на обсуждение в 2012 году новая универсальная версия лицензии Creative Commons 4.0. Одной из причин, вызывавших необходимость разработки новой версии лицензий, явилось действие исключительных прав sui generis на базы данных в странах Европейского Союза. Кроме того, некоторые государства имеют желание, но не имеют ресурсов на адаптацию лицензий СС, при этом они не готовы использовать неадаптированные тексты во избежание правовых коллизий. Для этих стран решением вопроса и стала разработка новой универсальной версии лицензий Creative Commons 4.0[[105]](#footnote-105).

В настоящее время некоммерческая организация «Creative Commons» имеет широкую сеть более чем из ста партнёрских организаций в более чем семидесяти странах мира, в которых эти лицензии адаптированы к национальному законодательству, либо находятся в процессе адаптации. Партнёрские организации ведут активную деятельность по продвижению использования лицензий CC в своих странах. Они реализуют проекты, направленные на повышение осведомлённости общества о лицензиях СС и об их применении в различных отраслях, создают сообщества людей, заинтересованных в использовании свободных лицензий, осуществляют перевод правовой информации и консультации по вопросам применения лицензий, содействуя выполнению миссии «Creative Commons».

В России популяризацией лицензий СС для повышения осведомлённости авторов, правообладателей и рядовых пользователей о возможностях, предоставляемых лицензиями Creative Commons в сфере государственного управления, образования, науки и культуры занимается Институт развития информационного общества (ИРИО). 1 мая 2011 года был официально запущен в работу веб-сайт российского сообщества Creative Commons (www.creativecommons.ru), разработанный ИРИО, который предлагает перечень произведений, лицензированных с помощью СС. Так же в 2011 году было проведено общественное обсуждение переведённого ИРИО на русский язык пакета лицензий СС версии 3.0. с целью их имплементации в российское законодательство. В ходе обсуждений юридическими экспертами были высказаны различные точки зрения в отношении использования лицензий СС в России, в том числе и взаимно противоположные. В настоящий момент новая международная версия пакета лицензий СС 4.0 переведена на русский язык и размещена на указанном сайте, для публичного обсуждения.

В научной среде продолжаются споры о возможности использования лицензий СС в рамках механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. В последние годы к рассмотрению указанных вопросов обращались в своих работах Д.М. Рафаэл[[106]](#footnote-106), Ю.А. Кириллов[[107]](#footnote-107), Е.Я. Моисеевич[[108]](#footnote-108), И.И. Засурский[[109]](#footnote-109), О. Шарбоннэ[[110]](#footnote-110), С. Ворожбит[[111]](#footnote-111), М.Е. Алистратова[[112]](#footnote-112), W.W. Conhaim[[113]](#footnote-113) и другие.

Наиболее системно воззрения правоведов на применение лицензий Creative Commons в России изложены в работах «Правовые аспекты использования Creative Commons в России» Е.А. Войниканис[[114]](#footnote-114) и «Свободные лицензии в авторском праве России» И.А. Соболя[[115]](#footnote-115). В работе «Правовые аспекты использования Creative Commons в России» Е.А. Войниканис определяет критерии соответствия лицензий CC императивным нормам гражданского законодательства РФ. Автор также приводит мнения авторитетных отечественных юристов о проблеме внедрения лицензий СС в Российское законодательство. В.О. Калятин считает, что, несмотря на то, что действующее законодательство, в частности абз. 2 п. 1 статьи 1229 ГК РФ, позволяет автору передать своё произведение в общественное достояние, а также, что законодательство предусматривает возможность отказа от права, для практической реализации модели Creative Commons «нужно переделать всё гражданское законодательство, включая первую и вторую часть Гражданского кодекса, а не только четвертую часть»[[116]](#footnote-116). При этом, по его мнению, той же цели можно достичь точечными изменениями, о чем упоминается в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации[[117]](#footnote-117), а именно: «Для случаев использования объектов авторских и смежных прав в электронной форме целесообразно предусмотреть дополнительные возможности распоряжения правами на такие объекты, в частности разработать механизм выдачи правообладателем разрешений на свободное использование конкретных результатов интеллектуальной деятельности в указанных им пределах. Это позволит избежать необходимости заключать лицензионные договоры при использовании таких результатов интеллектуальной деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях в случаях, когда правообладатель хочет разрешить обществу свободно использовать объект в очерченных им пределах». Д.В. Соколов предполагает, что в рамках российского законодательства судебная защита альтернативным лицензиям предоставляться не будет. А.Г. Серго также как и В.О. Калятин полагает, что система лицензирования СС «не вписывается в существующую модель авторского права в нашей стране» и т.д. Изучив возражения российских экспертов по поводу адаптации лицензий СС в нашей стране, Е.А. Войниканис приходит к выводу, что целесообразно сформулировать перечень основных критических аргументов, касающихся правового статуса лицензий СС в России. Под вопрос юридическим сообществом ставится, прежде всего, соответствие лицензий СС императивным нормам Гражданского кодекса РФ, а именно: договорная природа отношений, связанных с исполнением лицензий СС, соблюдение требований к заключению договоров (идентификация сторон в договоре, соглашение по существенным условиям договора, наличие оферты и акцепта), действительность безвозмездного договора между юридическими лицами (пп. 4 статьи 575 ГК РФ), соблюдение письменной формы лицензионного договора (п. 2 статьи 1235 и п. 2 статьи 1286 ГК РФ), соблюдение личных неимущественных прав автора и действительность условий лицензий СС, касающихся дальнейшего распространения произведения на тех же условиях[[118]](#footnote-118).

В исследовании указывается, что в отношении лицензий Creative Commons, заключённых в электронной форме, стоит проблема идентификации сторон договора и идентификации предмета договора (произведение, на которое предоставляется право использования). Но благодаря «кодовой структуре», которая позволяет с помощью программных средств («машинного кода») связать произведение с соответствующей лицензией (полным текстом лицензии, т.е. «правовым кодом», и правовым резюме, пользователь не только поставлен в известность о том, что произведение охраняется лицензией СС, но и имеет возможность ознакомиться с условиями лицензии, перейдя по сопровождающей значок ссылке). Тем же способом достигается идентификация предмета договора. С подачи М.Д. Радена в международной правовой доктрине утвердилось такое понятие как «вирусный контракт» (viral contract), т.е. такой договор, когда обязательства, связанные с содержанием произведения привязываются к самому содержанию и тот, кто получает произведение, наследует обязательства перед первоначальным распространителем. По мнению эксперта, разновидностью таких контрактов являются лицензии СС, он отмечает, что не случайно в судебной практике европейских стран вопрос идентификации решался всегда в пользу лицензий СС, т.е. данное условие признавалось соблюдённым. Лицензия СС предусматривает не переход исключительного права от оферента к акцептанту, а только предоставление права использования произведения определёнными в договоре способами. В целом, это соответствует понятию лицензионного договора, которое определяется в статьях 1235 и 1286 Гражданского кодекса[[119]](#footnote-119).

По мнению И.А. Соболя использование права на свободное лицензирование образует юридический факт, порождающий обременение управомоченного субъекта (лицензиара) состоянием связанности и возникновение секундарного права на акцепт для лица, заранее не определённого[[120]](#footnote-120). Таким образом, возникает не правоотношение, а особая правовая форма, характеризующаяся направленным воздействием на правовое положение лицензиара (и в этой связи выступающая проявлением правоспособности) и рефлекторным воздействием на сферу правовых возможностей потенциального лицензиата (и в этой связи выступающая разновидностью рефлексивных правовых эффектов). Исходя из положений действующего законодательства и практики его применения, субъектами указанной возможности могут являться правообладатель, а также лицо, получившее право использования произведения или программы для ЭВМ по договору (лицензиат), при сочетании двух условий: наличие письменного согласия лицензиара, предоставление лицензиату по договору права использования соответствующего объекта способами, достаточными для свободного лицензирования. При этом, отнесение лицензиатов к субъектам права на свободное лицензирование создаёт риск необратимой утраты входящей в состав исключительного права возможности запрещать использование такого объекта в соответствии с условиями свободной лицензии благодаря принципу безотзывности последней. В связи с этим И.А. Соболь полагает целесообразным установление законодательного запрета на свободное сублицензирование[[121]](#footnote-121).

 Можно согласиться с тем, что акцептом лицензии СС следует считать начало использования произведения при условии предварительного ознакомления с ней, т.е. согласием на заключение договора. С письменным предложением заключить договор, т.е. офертой (статья 435 ГК РФ), можно ознакомиться, перейдя по ссылке, которая располагается на интернет-странице рядом с лицензируемым произведением. Начало использования произведения по лицензии СС является акцептом лицензионного соглашения. Хотя автор может индивидуализировать условия лицензии СС, т.е. заключить договор на иных условиях, отличающихся от стандартных, в большинстве случаев заключается именно стандартный договор. Из этого следует, что в соответствии с общей частью ГК РФ лицензионный договор СС является договором присоединения (статья 428 ГК РФ). Такой способ заключения договора характерен, прежде всего, в отношении программ для ЭВМ, с точки зрения гражданского права ничто не мешает заключать путём присоединения практически любой лицензионный договор. Соответственно, указание п. 3 статьи 1286 Гражданского кодекса о том, что допускается заключение лицензионного договора о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных путём заключения договора присоединения, является не особым правилом, а не более чем пояснительной нормой, закрепляющей обычай делового оборота в сфере программных продуктов[[122]](#footnote-122).

И.А. Соболь относит рассматриваемый вид лицензий к публичной оферте, совершением которой обременяется исключительное право на произведение или программу для ЭВМ, когда свойства безотзывности оферты и связанности оферента минимизируют возможности злоупотребления со стороны субъекта легальной монополии на объект интеллектуальной собственности, а потенциальный пользователь совершенно свободно принимает или не принимает на себя лицензионные обязательства исчерпывающе определённые условиями свободной лицензии[[123]](#footnote-123). На этом основании под свободной лицензией автор указанного исследования предлагает понимать сознательно-волевой акт правообладателя по выработке и доведению до всеобщего сведения предложения, об установлении обременения принадлежащего ему права использования объекта авторского права в пределах и на условиях, определяемых по его усмотрению, на основании принципа безотзывности и независимо от дополнительного согласия правообладателя или иных лиц путём предоставления заранее не определённому кругу лиц права акцепта предложения. При акцепте свободой лицензии отношения сторон воплощаются в форму лицензионного обязательственного правоотношения. Правовой форме волеизъявления по предоставлению права использования объекта авторского права по свободной лицензии нет аналогов среди известных форм поведенческих возможностей. Очевидна сомнительность отнесения такого права к категории субъективных (прав требования). Оно как бы предшествует возникновению субъективных прав, поскольку только реализация права на свободное лицензирование создаёт предпосылку для возникновения субъективных прав после акцепта свободной лицензии, следовательно, невозможно указать на носителя корреспондирующих им юридических обязанностей. Не представляется возможным отнести эту возможность к категории прав ожидания, поскольку в отличие от них реализуется путём совершения управомоченным субъектом собственных действий, а также не обеспечиваются ни какой бы то ни было предусмотренной законом обязанностью пассивной стороны либо возможностью требовать возмещения убытков в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения такой обязанности. Автор полагает невозможным отнесение её и к категории секундарных прав, поскольку они реализуются посредством совершения односторонней сделки, а акцептом свободной лицензии совершаются договоры, кроме того, правообладатель создаёт состояние связанности не для пассивной стороны, а для себя лично. Представляется, что природа поведенческой возможности имеет особенный характер, поскольку при реализации направленно воздействует на правовое положение лицензиара (как проявление его правоспособности) и рефлекторно воздействует на правовую сферу потенциального лицензиата, реализуется вне правоотношения в связи с чем и не может быть квалифицирована в качестве одной из известных правовых форм[[124]](#footnote-124).

Специалистами исследуется вопрос о возможности интерпретации безвозмездного лицензионного договора как разновидности договора дарения, так как вступает в силу запрет дарения в отношениях между коммерческими организациями (пп. 4 статьи 575 ГК РФ). Обращается внимание на то, что в случае с лицензиями СС договор между юридическими лицами встречается крайне редко и составляет скорее исключение, чем правило. При условии запрета сублицензий стороной договора со стороны лицензиара выступает непосредственно автор, т.е. физическое лицо (статья 1257 ГК РФ). Пользователями (лицензиатами) произведений также в большинстве случаев являются физические лица. В отношении случаев, когда лицензионный договор заключается между юридическими лицами, приводится аргументы, свидетельствующие за и против квалификации лицензионного договора как договора дарения. В качестве примера указывается ответ А.Л. Маковского на письмо депутата В.М. Кущёва, где отмечается, что правила о договоре дарения по аналогии распространяются на лицензионный договор, как случай безвозмездной передачи имущественных прав. Однако по лицензионному договору происходит не передача, а предоставление права использования в определённых пределах. «Суть указанного различия заключается в том, что передача имущественного права по договору дарения подразумевает передачу права в полном объёме и таким образом, что первоначальный обладатель своего права лишается. Предоставление права использования произведения, напротив, предполагает, что лицензиат получает во временное пользование лишь определённые правомочия, то есть часть исключительного права, которое сохраняет за собой лицензиар. Не случайно сами авторы части четвертой Гражданского кодекса проводят аналогию с договором дарения договора об отчуждении исключительного права, а не лицензионного договора. Как пишет А.Л. Маковский: «Безвозмездное отчуждение исключительного права представляет собой разновидность договора дарения (п. 1 статьи 572 ГК)». Подчеркнём также, что в ответе на письмо депутата Государственной Думы не затрагивается вопрос о правомерности распространение на безвозмездный лицензионный договор правил о договоре дарения»[[125]](#footnote-125).

Другим отличием договора дарения от лицензионного договора является односторонний характер вытекающего из договора обязательства. В качестве примера – «бесспорность одностороннего характера дарения отмечал О.С. Иоффе: «одаряемый становится собственником имущества, не принимая на себя каких-либо обязанностей перед дарителем, который в свою очередь уступает право собственности одаряемому, не приобретая каких-либо прав». Лицензионный договор является двусторонним, поскольку права и обязанности возникают и у лицензиара и у лицензиата. Безвозмездный лицензионный договор не составляет исключения. Данной точки зрения придерживается и А.Л. Маковский: «Наличие в лицензионном договоре взаимных прав и обязанностей делает его разновидностью двустороннего (взаимного) договора. Таковым следует считать и безвозмездный реальный лицензионный договор, ибо на лицензиате-пользователе, во всяком случае, лежит предусмотренная абз. 2 п. 1 статьи 1235 обязанность использовать соответствующий объект лишь в пределах и способами, прямо предусмотренными условиями договора, а на лицензиаре-правообладателе – обязанность воздерживаться от действий, способных затруднить осуществление лицензиатом своего права использования соответствующего объекта (п. 2 статьи 1237 ГК)». Подчеркнём также, что до настоящего времени в судебной практике вопрос о недействительности безвозмездного лицензионного договора, заключённого между юридическими лицами практически не поднимался. Исключение составляет Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 апреля 2002 г. № 9912/01, в котором суд не признал безвозмездный лицензионный договор (неисключительную лицензию на использование семи изобретений, охраняемых патентами) договором дарения. Таким образом, безвозмездный характер лицензий СС не является препятствием для их адаптации к российскому праву. Отметим также, что приведённые аргументы распространяются также на лицензионные договоры по свободному программному обеспечению»[[126]](#footnote-126).

С данным выводом согласен И.А. Соболь: «договор простой (неисключительной) лицензии является самостоятельной конструкцией, сходство с конструкцией договора дарения является формальным и не может порождать возможность оспаривания договора по основаниям, предусмотренным для договора дарения». При этом высказывает мнение, что «содержание договорного правоотношения, возникающего в связи с акцептом свободной лицензии, составляет только обязательство по предоставлению права использования произведения определёнными способами, на определённой территории и на определённый срок, что позволяет охарактеризовать конструкцию договора простой (неисключительной) лицензии, заключаемого посредством акцепта свободной лицензии, как односторонне обязывающую»[[127]](#footnote-127).

Что касается соблюдения письменной формы лицензий СС приводятся следующие аргументы. Лицензионный договор заключается в письменной форме, если Гражданским кодексом не предусмотрено иное. Несоблюдение письменной формы влечёт за собой недействительность лицензионного договора (абз. 2 статьи 1235 ГК РФ). Письменная форма будет считаться соблюдённой, если лицензионный договор как двусторонняя сделка совершается способами, установленными пунктами 2 и 3 статьи 434 Гражданского кодекса (абз. 2 п. 1 статьи 160 ГК РФ). Это означает, в частности, что письменная форма договора считается соблюдённой, если письменное предложение заключить договор принято путём совершения конклюдентных действий (п. 3 статьи 434, п. 3 статьи 438 ГК РФ)[[128]](#footnote-128).

В контексте соответствия лицензий СС нормам ГК РФ рассмотрена проблема соблюдения личных неимущественных прав автора. Точка зрения Е.А. Войниканис по данному вопросу такова, что третья версия лицензий СС в полной мере учитывает особенности правовых систем, где соблюдение особого режима моральных прав автора является императивным требованием закона, исходя из следующего: по ГК РФ к личным неимущественным правам относятся право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения. Все перечисленные права неотчуждаемы, т.е. автор не может ими распоряжаться и, в частности, не может от них отказаться или передать по лицензионному договору. При рассмотрении по порядку соответствие лицензий СС требованиям ГК РФ, очевидно, что все лицензии СС содержат условие о необходимости при использовании произведения указывать имя автора, причём в той форме, которую выбрал сам автор (псевдоним, указание дополнительных сведений). Из данного требования автоматически вытекает соблюдение и соответственно возможность защиты права авторства, поскольку упоминание имени автора означает признание его авторства, факта создания им произведения. Право на неприкосновенность произведения закреплено в статье 1266 Гражданского кодекса. В этой статье законодатель включил неоднородные нормы: (1) собственно право на неприкосновенность произведения, не допускающее без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями (абз. 1 п. 1 статьи 1266); (2) право на защиту от извращения, искажения или иного изменения произведения, порочащего честь, достоинство или деловую репутацию автора. Уместно напомнить, что Бернская конвенция (основной международный акт в сфере авторского права, устанавливающий моральные права автора) закрепляет в статье 6bis право автора противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению созданного им произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора[[129]](#footnote-129).

По лицензиям СС может быть предоставлено право использования произведения в следующих формах: воспроизведение произведения (пп. 1 п. 2 статьи 1270 ГК РФ), перевод или другая переработка произведения (пп. 9 п. 2 статьи 1270 ГК РФ), распространение произведения (пп. 2 п. 2 статьи 1270 ГК РФ), право на публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабелю (пп. 6,7,8 статьи 1270 ГК РФ), доведение произведения до всеобщего сведения (пп. 11 п. 2 статьи 1270 ГК РФ), а также неупомянутое в ГК РФ право на использование произведения в составном произведении. Предоставление никаких иных прав лицензии СС не предусматривают и, кроме того, содержат стандартное условие о том, что права, не включённые в лицензионный договор, считаются не переданными. Следовательно, лицензии СС не дают пользователю право произвольно изменять произведение, а только право его перерабатывать[[130]](#footnote-130).

Как считает И.А. Соболь, предусмотренное типовыми свободными лицензиями СС, общей публичной лицензией GNU, публичной лицензией Евросоюза правомочие создавать производные произведения охватывается правомочием переработки, входящим на основании статьи 1270 ГК РФ в состав исключительного (имущественного) права на произведение или программу для ЭВМ, и не является ограничением личного неимущественного права автора на неприкосновенность произведения, в связи с чем для включения свободных лицензий (лицензии СС) в российское законодательство об авторском праве не требуется пересмотр законодательства в этой части[[131]](#footnote-131).

В отношении права обнародования (статья 1268 ГК РФ) Е.А. Войниканис отмечает, что по лицензии СС данное право не предоставляется, оно сохраняется за автором произведения (лицензиаром), кроме того, любая лицензия СС обязывает акцептанта «не искажать, не извращать, не изменять произведение, а также не совершать в отношении произведения иных недостойных действий, которые бы нанести ущерб чести или репутации первоначального автора» (п. с статьи 4 версии 3.0. лицензий СС)[[132]](#footnote-132).

Свободные лицензии (лицензии СС) также не станут средством необоснованного ограничения права на отзыв произведения, поскольку, во-первых, большинство объектов авторского права, подлежащих свободному лицензированию (существующих в цифровой форме), исключены из сферы действия права на отзыв в силу прямого указания закона, во-вторых, средством преодоления возможной коллизии между правом на отзыв и интересами правообладателей и пользователей будет принцип безотзывности публичной оферты, которой по мнению И.А. Соболя, является свободная лицензия[[133]](#footnote-133).

В исследовании Е.А. Войниканис также затронут дискуссионный вопрос охраны производного произведения и так называемой «бесконечной цепочки», когда, следуя принципу share alike, своё собственное (производное) произведение новый автор будет распространять на условиях той лицензии СС, по которой он получил основное произведение. При этом, первоначального автора с пользователями производного произведения не связывают никакие договорные отношения, поэтому, если условия лицензии будут нарушены, их защиту может осуществлять только автор производного произведения. Однако и производное произведение по условиям лицензии доступно для переработки, а значит, может быть создано производное от производного произведения и т.д., что приводит к ослаблению контроля над соблюдением существенных условий лицензии первоначальным автором. Автор соглашается, что описанные преобразования правоотношений действительно имеют место, но они не являются характерными исключительно для лицензий СС. И приходит к выводу, что поскольку по лицензионному договору может быть предоставлено право на переработку (пп. 9 п. 2 статьи 1270 ГК РФ), то в принципе и в обычной ситуации ничто не мешает появлению производных произведений, производных от этих произведений и далее по цепочке. Пользователи производных произведений (новые лицензиаты в цепочке) также не будут связаны договором с автором основного произведения. Прочность позиции автора-лицензиара обеспечивает двойная защита – относительная, которая вытекает из условий заключенных им лицензионных договоров, и абсолютная, которая основана на исключительном праве и личных неимущественных правах автора и закреплена в императивных нормах закона. Когда теряет эффективность относительная защита, вступает в действие защита абсолютная. Это справедливо как в отношении традиционных лицензионных договоров, так и в отношении лицензий СС[[134]](#footnote-134).

По итогам рассмотрения вопроса адаптации лицензий СС в российском законодательстве, в докладе «Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации» делается вывод о том, что для  определения правового статуса и юридической силы лицензий СС в России следует пересмотреть общие положения о форме и порядке заключения договоров, чтобы исключить различное толкование норм закона судами. Система норм российского права, регулирующая отношения, складывающиеся в связи с созданием и использованием результатов интеллектуальной деятельности, требует серьёзных изменений. Во-первых, есть необходимость упрощения порядка регулирования в сфере интеллектуальной собственности. Во-вторых, необходимо дерегулировать любительское творчество, т.е. творческую деятельность, которая не направлена на систематическое получение материальной выгоды. Лицензии Creative Commons позволят решить ряд проблем, которые связаны с несоответствием нормативного регулирования отношений, складывающихся вокруг результатов интеллектуальной деятельности, современным техническим возможностям по  копированию и распространению таких результатов[[135]](#footnote-135).

В работе Е.А. Войниканис показано, что практика применения лицензий СС не свободна от недостатков, но эти недостатки не являются исключительными, а характеризуют общие проблемы, связанные с лицензированием в сфере авторского права. Кроме того, на примере указанного исследования, видно, что лицензии СС не противоречат авторскому праву, и в целом согласуются с нормами Гражданского кодекса.

Выделяя институт свободной лицензии из общеправовых норм отечественного законодательства И.А. Соболь полагает, что «свободные лицензии станут не просто очередным субинститутом авторского права, а правовым явлением, изменяющим содержание авторско-правового режима и идеологию авторского права в целом, а также средством приспособления авторского права к реалиям информационного общества»[[136]](#footnote-136).

 В то время как о возможности применения в России лицензий СС без ущерба для императивных положений ГК РФ и их правильной интерпретации пользователями и судами, состоялось множество дискуссий и обсуждений, данной теме посвящено некоторое количество научных статей и работ, лицензии СС продолжают широко применяться не только представителями блогосферы, журналистами, фотографами и другими творцами для размещения авторских произведений на различных ресурсах в сети «Интернет», но и коммерческими и некоммерческими организациями, электронными СМИ, государственными и муниципальными органами. В частности, в настоящее время материалы сайта президента Российской Федерации доступны на условиях последней усовершенствованной лицензии CC Aattribution 4.0 International.

 Большое значение для совершенствования системы охраны интеллектуальных прав в цифровой среде приобрело понятие «открытой лицензии» на использование произведений науки, литературы или искусства, введённое статьёй 1286.1 ГК РФ, которая вступила в силу с 1 октября 2014 года. Законодательство признало допустимость передачи прав без оформления сделки на бумаге, при условии соблюдения положений указанной статьи. Вместе с тем, с 1 января 2015 года правообладатель может распорядиться своим исключительным правом путём публичного заявления (пункт 5 статьи 1233 ГК РФ) о предоставлении возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности определёнными способами неограниченному кругу лиц, с условием размещения такого заявления на официальном сайте органа исполнительной власти в сети «Интернет». Однако ещё при разработке статьи 1286.1 и поправок в статью 1233 ГК РФ не утихали споры в отношении целесообразности и практической применимости данных положений в принятой редакции. В настоящий момент единого подхода к решению рассматриваемой проблемы интернет-сообщество и деятели юридической науки не выработали, что негативно сказывается на экономической составляющей рынка авторских и смежных прав в России.

Завершая анализ необходимо отметить, что некоторые правоведы ставят знак равенства между «открытой лицензией» и «лицензиями Creative Commons»[[137]](#footnote-137), но эти два понятия не эквивалентны друг другу. Открытая лицензия, с нашей точки зрения, представляет собой попытку агрегировать в одну единственную норму права и заменить собой всю систему лицензий CС. Система лицензий CС объединена внутренней логикой дифференциации объёма прав, который автор добровольно предоставляет неограниченному кругу лиц. При сопоставлении между собой отдельные лицензии характеризуются специалистами как более и менее свободные. Система лицензий удобна своей вариативностью и гибкостью регулирования объёма предоставляемых прав, что сделало её популярным инструментом в мировом масштабе. Немаловажное значение для пользователей имеет понятная символьная кодировка условий лицензий, а также автоматически формируемый машиночитаемый слой для распространения произведений с лицензиями СС в глобальной сети. Редукция подробно разработанной системы лицензий, успешно применяемой на практике, до одной обобщённой нормы, может привести к тому, что эта норма окажется слишком абстрактной, утратившей детализацию, которая необходима для эффективного использования. Именно это и произошло, за прошедший год с момента вступления в силу, открытая лицензия не нашла широкого применения среди правообладателей в Российской Федерации, в то время как количество творческих работ под лицензией СС в мире в 2015 году достигло рекордного миллиарда[[138]](#footnote-138).

Введение в законодательство открытой лицензии стало позитивным актом в рамках модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, результатом осмысления международного опыта по его использованию, перцепцией этой новации отечественной практикой. Именно в этом, во включении в законодательство концептуально инклюзивной нормы, описываемой формулой «некоторые права сохранены» (some rights reserved) вместо классической формулы «все права сохранены» (all rights reserved), мы видели задачу института открытой лицензии в его нынешней трактовке, данной в статье 1286.1 ГК РФ. Эту задачу мы считаем выполненной. Предпосылок для широкого применения на практике открытой лицензии по версии статьи 1286.1 ГК РФ с нашей точки зрения не просматривается по вышеуказанной причине редукции её лицензионного инструментария, не сводимого к единственной обобщённой норме, поэтому данная конструкция представляется нам исчерпанной.

В целях усиления инклюзивного звена механизма правового регулирования авторских отношений, необходимо создать условия для применения семейства лицензий Creative Commons в России в полном объёме. В случае дополнения статьи 1235 ГК РФ «Лицензионный договор» пунктом 5.2 прямо указывающим и поощряющим применение публичных лицензий некоммерческих организаций, статья 1286.1 ГК РФ может показаться излишней. Однако, несмотря на некоторую нормативную избыточность, а также терминологическую нечёткость законодательства вследствие использовании в нем всех характеристик свободный, открытый и публичный, используемых для описания одних и тех же отношений, мы считаем необходимым сохранить эту статью по следующим причинам. Пункты 1-3 статьи 1286.1 ГК РФ, посвящённые определению открытой лицензии, её предмету и указанию на безвозмездность использования лицензируемого произведения, закрывают доктринальные вопросы о правовой природе данного института. Эта определённость особенно важна на текущем этапе балансировки механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в направлении его большей инклюзивности. В этой связи считаем необходимым дополнить пункт 1 статьи 1286.1 ГК РФ следующим положением в третьем абзаце: «Лицензионный договор может быть заключен в форме и на условиях типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации». С помощью компактных дополнений в статьи 1235 и 1286.1 ГК РФ, гармонично вписанных в их нормативную логику, делается прямая отсылка к текстам широко используемых в мире типовых публичных лицензий Creative Commons, Фонда свободного программного обеспечения, Массачусетского технологического института, Университета Беркли и др.

Рецепция системы лицензий Creative Commons может стать важным актом построения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации.

## §2. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе концепции свободного программного обеспечения

Фонд свободного программного обеспечения (ФСПО, англ. Free Software Foundation, FSF) ФСПО – некоммерческая организация, задачей которой является служение делу свободы пользователей компьютеров и защита прав пользователей «свободных программ» для ЭВМ на мировом уровне. Фонд был основан в 1985 году Ричардом Столлманом для поддержки движения свободного программного обеспечения и проекта «свободной операционной системы» GNU[[139]](#footnote-139). Сотрудники и добровольцы Фонда работают над правовыми и организационными вопросами в области свободного программного обеспечения. Цели ФСПО созвучны целям концепции инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений[[140]](#footnote-140) в части касающейся программ для ЭВМ по расширению круга их пользователей за счёт снижения барьеров доступа[[141]](#footnote-141). При этом Столлман персонально и ФСПО в целом скептически смотрят на перспективы интеллектуальной собственности как отрасли права.[[142]](#footnote-142) Предложения Столлмана положены в основу работ ряда учёных, которые творчески развили альтернативные подходы к регулированию авторских прав. Работа ФСПО посвящена не только свободе, которую заслуживают пользователи результатов творческого труда, но и анализу пределов полезности авторского и патентного права, а также разработке новых, более справедливых с точки зрения ФСПО, экономико-правовых моделей вознаграждения правообладателей. Отстаивая идеалы свободного программного обеспечения, ФСПО работает над повсеместным внедрением свободных программ и форматов данных. Фонд организует кампании активистов против программных и аппаратных продуктов, которые ограничивают свободу пользователей, к таким он относит операционную систему Windows от компании Microsoft, а также компьютерные устройства компании Apple с операционной системой iOS. ФСПО проводит мероприятия по разъяснению противоправного характера встраиваемых издателями и автоматически исполняемых программных ограничений (digital rights management) использования электронных книг, фильмов и других произведений, которые он определяет как «цифровые кандалы». Фонд выступает против программных патентов, которые с позиции его философских воззрений представляют угрозу цифровой свободе пользователей и пользовательских вычислений. В лаконичной форме ФСПО определяет себя в качестве всемирной благотворительной организации, которая служит делу свободы программного обеспечения.

Инклюзивная направленность подходов ФСПО состоит в продвижении идеи свободных программ, активном вовлечении широких масс в круг пользователей свободных программ, разработанных как фондом, так и сообществом программистов, разделяющих идею свободного программного обеспечения[[143]](#footnote-143). Одной из основ ФСПО является правовая концепция копилефт лицензии (англ. copyleft)[[144]](#footnote-144). Копилефт лицензия устроена таким образом, что в ней используются действующие нормы авторского права, но в противоположных целях, не для ограничения доступа к результатам творческого труда с целью получить доход, а для противодействия такому ограничению, при этом возможности для заработка у авторов сохраняются. В качестве основной цели копилефт лицензии декларируется предотвращение конверсии свободных программ в несвободные программы в корыстных интересах. Отличие инклюзивной концепции от копилефта заключается в том, что инклюзивно-ориентированный механизм не строится на антитезе авторскому праву, а наоборот, опирается на базовые положения авторского права для снижения барьеров доступа к произведениям за счёт их свободного использования в открытых информационных системах на легальной основе с выплатой вознаграждения правообладателям.

Определение свободной программы ФСПО содержит критерии того, является ли конкретная программа свободной. «Свободная программа» означают программу, которая уважает свободу сообщества пользователей. Понятие «свободная программа» относится к категории свобода, а не к категории стоимость. Чтобы верно воспринимать эту концепцию определение «свободный» необходимо понимать в том смысле, который заключается в смысловой формуле «вольная речь», а не бесплатное благо. Программа считается свободной если пользователь наделён следующими четырьмя правами, которые ФСПО называет свободами. К ним относятся: право выполнять программу в любых целях и любыми способами; право изучать работу программы и модифицировать программу, чтобы она выполняла вычисления так, как это необходимо пользователю, что предполагает наличие доступа к исходному тексту; правовую возможность распространять копии, чтобы помочь своему ближнему; право распространять копии изменённых версий, что даёт обществу выгоду и приносит пользу от внесённых изменений, и также требует предоставления доступа к исходному тексту[[145]](#footnote-145).

Программа считается свободной, если условия её использования предоставляют пользователям перечисленные свободы в достаточном объёме, в противном случае она не может считаться свободной. ФСПО различает варианты несвободного использования и распространения программ по тому, насколько далеко они отстоят от того, чтобы считаться свободными. Свобода распространять означает право передавать копии с изменениями или без них, бесплатно или взимая плату за использование, кому и как угодно. Свобода этих действий означает, что пользователь не обязан спрашивать разрешения на совершение этих действий и/или платить за них. Пользователь также должен иметь право вносить изменения, модифицировать, адаптировать и использовать изменённую программу частным порядком для работы или развлечения без обязательств сообщать кому-либо о сделанных изменениях. Если пользователь решил опубликовать изменённую им версию программы, то от него не должны требовать извещать об этом кого-либо, каким-либо способом, вследствие формального отсутствия такого предписания. Свобода выполнять программу (в терминах ФСПО) означает право на её использование для физических и юридических лиц на любого рода вычислительной технике в любых целях, без согласования с разработчиком и другими лицами. Свобода распространять копии, по мнению ФСПО, должна действовать в отношении, как объектного кода, так и исходного текста для простоты адаптации в свободных операционных системах, с изменениями или без них.

Для того чтобы свобода модификации и распространения изменённых версий версии имели смысл, необходим доступ к исходному тексту программы. Следовательно, доступность исходного текста является неотъемлемым условием свободной программы. Исходный текст, искусственно преобразованный к виду, в котором затруднено его чтение и модификация человеком, не является истинно исходным текстом и не может служить его заменой. Право, или в терминах ФСПО свобода, выполнять программу в любых целях любыми способами должно распространяться на использование модифицированных версий программы. Если программа поставляется в составе программного пакета, который разработан так, что он функционирует с изменениями разработчика или определённых им лиц, но прекращает функционирование с изменениями пользователя (такая практика называется «тивоизацией» её противниками и «безопасной загрузкой» её сторонниками)[[146]](#footnote-146), то свобода выполнять программу в любых целях любыми способами не может быть реализована. Такое программное обеспечение не является свободным, даже если его исходные тексты открыты. Один из важных способов изменения программы это её адаптация для работы с другими доступными программами, подпрограммами и модулями. Если в лицензии программы сказано, что интегрировать внешние модули с подходящей лицензией нельзя, например, если для этого нужно быть правообладателем всех исходных текстов, которые пользователь имеет намерение добавить, то лицензия является избыточно ограничительной, чтобы считаться свободной. Свобода распространять копии модифицированных версий программы включает право на выпуск таких версий в качестве свободных программ. Свободная лицензия может допускать также другие способы выпуска этих версий программ, другими словами, это не обязательно должна быть копилефт лицензия. Однако лицензия, которая требует, чтобы переработанные версии были не свободны, не может считаться свободной.

Перечисленные права и свободы должны быть непрерывными и безотзывными до тех пор, пока пользователь не делает ничего противоправного или злонамеренного. Если за разработчиком программы остаётся право отозвать лицензию или добавлять ограничения в её условия после её распространения, без какого бы то ни было повода, то программа не свободна. Ограничения формы распространения свободных программ допустимы, когда они не противоречат вышеперечисленным правам. Например, упрощённая формула копилефт лицензии представляет собой правило, по которому при передаче программы запрещено добавлять ограничения, которые лишают других людей базовых свобод. Это правило не противоречит, но защищает основные свободы и права, которые поддерживает ФСПО.

В проекте GNU ФСПО пользуется копилефт лицензией, чтобы юридически защитить эти четыре основных свободы для каждого пользователя. В ФСПО считают, что копилефт лицензия является эффективным правовым режимом, однако свободные программы без копилефт лицензии также могут соответствовать критериям свободного программного обеспечения. Далее рассмотрим то, как соотносятся друг с другом свободные программы, программы с копилефт лицензией и программы, распространяемые под другими видами лицензий.

Свободная программа не значит некоммерческая программа. Свободная программа должна быть доступна для коммерческого применения, коммерческой разработки и коммерческого распространения. Коммерческая разработка свободных программ сегодня уже не является редко встречающейся практикой, свободные коммерческие программы необходимы. Допустима ситуация, когда необходимо платить за использование свободной программы, или она может быть доступна бесплатно, но независимо от этого условия, пользователь должен иметь право выполнять, изменять и распространять копии такой программы, в том числе на возмездной основе.

Улучшает ли конкретное изменение программу, является субъективной оценкой. Если право модифицировать программу ограничено изменениями, которые кто-либо другой считает улучшениями, то эта программа не свободна. ФСПО выступает за перечисленные права, потому что их заслуживает каждый пользователь. Когда свободы работают, именно пользователи контролируют (как индивидуально, так и коллективно) программу, и качество её функционирования. Если пользователи не имеют права и возможности контролировать программу, то ФСПО считает её несвободной программой. Позиция ФСПО по данному вопросу заключается в том, что несвободная программа имеет возможность контролировать пользователей, а разработчик контролирует программу, что делает программу орудием несправедливой власти.

Требования о специальном оформлении измененных версий программ допустимы, если они не ограничивают свободу их распространять и использовать. Допустимо, чтобы лицензия требовала изменения названия модифицированной версии, обозначения в качестве производного произведения, удаления средства индивидуализации исходного программного продукта, а также чёткой идентификации внесённых правок. До тех пор, пока эти требования не настолько обременительны, чтобы фактически удерживать разработчика от распространения своих изменений, они допустимы, поскольку он даёт себе труд работать над программой, он обязан выполнить предписанные действия.

Проблема возникает, когда лицензия требует изменения наименования, под которым программа вызывается из других программ, что нарушает целостность программно-аппаратных комплексов. Это затрудняет распространение переработанных версий, поскольку необходимо, чтобы новая версия автоматически заменяла собой предшествующую версию при вызове другими программами. В соответствии с правилами ФСПО требование об изменении наименования допустимо только в том случае, если программа поддерживает соответствующее средство переназначения, позволяющее задать имя первоначальной программы для автоматического перенаправления на её модифицированную версию.

Ещё одним препятствием является государственный контроль экспорта, либо торговые санкции, ограничивающие право распространять копии программ на международном уровне[[147]](#footnote-147). Разработчики программ, являющиеся гражданами ограничивающих государств или государств, в отношении которых действуют такие ограничения, не в силах устранить или обойти эти правила. ФСПО считает, что лицензии свободных программ не должны требовать соблюдения таких правил экспорта или импорта, которые препятствуют осуществлению любой из базовых свобод. Упоминание о действии экспортных норм без включения их в условия самой лицензии является приемлемым, поскольку это не ограничивает пользователей.

По правилам ФСПО лицензия свободной программы не может требовать соблюдения лицензии несвободной программы. Если лицензия свободной программы требовала бы выполнения лицензионных условий всех программ, то в широко распространённых ситуациях, когда пользователь работает, в том числе, и с несвободными программами с соблюдением соответствующих лицензионных ограничений, лицензия свободной программы автоматически трансформировалась бы в лицензию для несвободных программ. Для лицензии свободных программ допустимо указывать применимое право и место разрешения судебных споров.

Большинство лицензий свободных программ основано на действующем законодательстве об авторских правах[[148]](#footnote-148). По форме предписывающего поведения запреты и обвязывания, которые можно налагать с помощью авторского права, имеют пределы. Если основанная на авторском праве лицензия уважает свободу в описанных выше аспектах, то с высокой долей вероятности она не противоречит принципам ФСПО.

ФСПО считает, что когда речь идёт о свободных программах нужно избегать употребления ряда неточных, искажающих смысл понятий и явлений терминов. В частности применяемый в отношении распространения программного обеспечения глагол «раздавать» или прилагательное «бесплатно», потому что эти термины подразумевают, что проблема лежит исключительно в экономической плоскости, а не в свободе, которую заслуживает пользователь. Некоторые общепринятые термины, например, «пиратство», несут в себе претенциозную точку зрения, которая не позволяет понять истинного смысла проблемы.

Руководство для пользователей программы и другие сопутствующие материалы должны быть свободны по тем же причинам, по которым сами программы должны быть свободны, а также потому, что руководство фактически являются частью программ. Те же аргументы работают и для других разновидностей прикладных произведений, таких как учебники и справочники, поскольку они содержат прикладные знания.

Необходимо обратить внимание, что критерии по соответствию которым ФСПО квалифицирует лицензионные условия использования программы с точки зрения того является она свободной или несвободной, требуют аккуратного и точного толкования. Чтобы определить, является ли лицензия конкретной программы лицензией свободных программ, она оценивается не только по соответствию букве, но и духу выработанных критериев свободной программы.

Копилефт лицензия – это лицензионный договор, который заключается в упрощённом порядке и предоставляет пользователям право свободно распространять оригинальные и модифицированные произведения без получения специального разрешения от правообладателя. Копилефт требует, чтобы переработанные произведения распространялись на тех же условиях, т.е. без дополнительных ограничений, что и исходные произведения[[149]](#footnote-149). Термин «copyleft» повторяет конструкцию термина «copyright», который на сегодняшний день частично определяет, а на этапе зарождения применялся в качестве родового понятия для авторского права. При сходной морфологии данный термин сообщает противоположный смысл. Используя копилефт лицензии, авторы и правообладатели предоставляют права на распространение копий оригинального произведения и его изменённых версий. Авторы производного произведения обязаны распространять его с сохранением тех же самых прав. Другими словами, использование копилефт лицензии позволяет создавать свободное произведение. Традиционно авторы ограничивали свободу копирования своих произведений, и эти ограничения отражены в нормах авторского права. Копилефт лицензии были созданы для расширения прав и свобод пользователей без нарушения действующих норм исключительного права. Правообладатели используют концепцию копилефта, чтобы у любого человека в мире было право использовать, изменять и распространять как исходное произведение, так и производные от него произведения, и никто не имел бы правомочий ограничить это право. Копилефт лицензии разработаны ФСПО для распространения программ для ЭВМ, баз данных и информационных объектов.

Мы считаем, что с правовой точки зрения концепция копилефт представляет собой особый случай, специальную версию механизма правового регулирования авторских отношений в части касающейся свободных программ для ЭВМ. Копилефт (англ. copyleft) – сложный термин, образованный из двух других: copy – экземпляр, копия и left – лево, левый. Право копирования за исключением действий предусмотренных пунктом 2 статьи 1280 ГКРФ, является одним из прав, исключительно принадлежащих автору или правообладателю. Это право, предоставляемое пользователю в соответствии с условиями лицензии, на английском языке звучит как «copyright», поэтому «copyleft» можно условно перевести как «лево копирования» или «авторское лево» (порой так и говорят – в противоположность термину «авторское право»). Здесь присутствует игра слов: «right» – омоним, в английском языке обозначающий: право в юридическом смысле; понятие «правый» (справа), указывающее на относительное пространственное расположение сторон; правый в смысле приверженности принципам капитализма, защиты частной собственности. Английское слово «left» переводится как «левый» («слева»), а также является причастием прошедшего времени от «leave» – разрешено, позволено, предоставлено.

Существует ряд практических, но до настоящего момента не легализованных в России и большинстве стран мира, способов сделать программу свободной через передачу в общественное достояние. К таким квази-правовым элементам механизма правового регулирования можно отнести следующие инструменты. Популярным и наиболее проработанным инструментом для отказа от авторских прав и передачи произведения в общественное достояние является лицензия CC0 (CC Zero)[[150]](#footnote-150), разработанная организацией Creative Commons. Этой лицензией может воспользоваться только владелец авторских прав посредством указания на связь произведения с CC0. Также существует возможность использовать специальную метку на веб-странице произведения, информирующую пользователей и поисковые машины о том, что произведение передано в общественное достояние. Unlicense – ещё один квази-правовой инструмент для перевода произведения в общественное достояние по воле автора. Для его использования совместно с произведением в электронном виде необходимо размещать файл с именем unlicense, содержащий специальный текст «нелицензии», информирующий о передаче произведения в общественное достояние и об отказе от имущественных прав и ответственности[[151]](#footnote-151). Public Domain Mark – это специальная метка, которая ставится на чужие произведения, уже находящиеся в общественном достоянии. Ее нельзя использовать для передачи в общественное достояние собственных произведений, ей помечаются произведения других авторов, о которых достоверно известно, что они находятся в общественном достоянии. Благодаря этой метке такие произведения проще находятся поисковыми системами[[152]](#footnote-152). Режим общественного достояния позволяет другим распространять программы для ЭВМ с улучшениями в форме модифицированных версий. При этом, данный режим теоретически даёт право людям, которые не желают сотрудничать, обратить программу в несвободную программу. Они могут внести большие или небольшие изменения и затем распространять результат как несвободный программный продукт. Пользователи, получившие программу в такой переработанной форме, лишаются свободы, которую им изначально предоставил автор, она оказывается похищенной посредником. Во избежание подобных случаев нарушения воли авторов программ для ЭВМ фондом разработана концепция копилефт в качестве специального режима правового регулирования авторских отношений.

Примером практического использования копилефта является поддерживаемый ФСПО проект GNU. Цель проекта GNU заключается в разработке свободной операционной системы и комплекса программ GNU, а также в обеспечении пользователям свободы распространять и изменять программы семейства GNU. Участники проекта GNU хорошо понимают проблему того, что действующие нормы авторского права позволяет взять свободно доступную программу, внести в неё изменения и опубликовать под новым наименованием, сделав её несвободной и лишив тем самым других пользователей прав и свобод, дарованных автором. Именно поэтому вместо того, чтобы поместить операционную систему GNU в общественное достояние, для регулирования отношений по её использованию авторы применяют копилефт лицензию, чтобы каждый, кто распространяет программу, как с изменениями, так и без них, предоставлял возможность неограниченному кругу лиц это делать в дальнейшем. Копилефт гарантирует, что у каждого настоящего и будущего пользователя есть право использовать, модифицировать, адаптировать и распространять программы проекта GNU без несправедливых ограничений. ФСПО утверждает, что механизм правового регулирования копилефт создаёт стимулы для других программистов развивать проект GNU и другие свободные программы для ЭВМ.

Механизм правового регулирования копилефт помогает программистам, желающим модифицировать и вносить улучшения в свободные программы, получить на это право. Зачастую программисты работают на коммерческие компании либо образовательные учреждения, цель которых получить доход от разработки программ для ЭВМ. Поддерживающий идею свободных программ программист может иметь желание передать обществу переработанную им версию программы, а работодатель обратить изменения в несвободный программный продукт. Когда ФСПО разъясняет работодателю программиста, что улучшенную в результате модификации версию по закону разрешено распространять только как свободную программу, он обычно принимает решение не утилизировать её, а выпустить в обращение как свободную программу.

Для того чтобы регулировать отношения по использованию программы с помощью копилефта сначала на неё необходимо заявить авторские права, автоматически порождающие исключительное право распоряжаться результатом интеллектуальной деятельности. Затем добавляются лицензионные условия, которые служат юридическим средством предоставления каждому права на использование, распространение, модификацию и адаптацию программы, а также любых производных от неё программ, если условия распространения результата изменений также останутся неизменными. Таким образом, исходный текст, права и свободы пользователей, которые защищает ФСПО, становятся по закону неразделимыми. Разработчики несвободных программ пользуются авторским правом, чтобы лишить пользователей свобод, ФСПО пользуется авторским правом, чтобы гарантировать их свободу. Вот почему ФСПО присвоил этому механизму правового регулирования наименование «копилефт» или «авторское лево» в противоположность «авторскому праву».

ФСПО признает, что на сегодняшний день копилефт представляет собой правовую концепцию, нежели полнофункциональный механизм правового регулирования, которая нуждается в уточнении правовыми средствами, включая лицензионные договоры. В рамках проекта свободной операционной системы GNU конкретные условия распространения содержатся в Стандартной общественной лицензии GNU, Малой стандартной общественной лицензии GNU и Лицензии свободной документации GNU. Соответствующая лицензия включается в руководство для пользователей и в каждый дистрибутив исходных текстов GNU.

В Российской Федерации свободное программное обеспечение получило признание, его использование не противоречит действующему законодательству и поощряется специальными правовыми актами, в частности Распоряжением №2299-р от 17.12.2010 «О плане перехода федеральных органов исполнительной власти и федеральных бюджетных учреждений на использование свободного программного обеспечения (2011 - 2015 годы)»[[153]](#footnote-153), а также Приказом Минкомсвязи России №305 от 19.08.2015 «Об утверждении Методических рекомендаций по использованию свободного программного обеспечения в деятельности федеральных органов исполнительной власти, включая критерии определения государственных информационных систем, при создании которых необходимо использовать свободное программное обеспечение, в том числе государственных информационных систем, предназначенных для оказания государственных и муниципальных услуг в электронном виде»[[154]](#footnote-154).

Считается, что свободное программное обеспечение попадает под регулирование норм статьи 1286.1 ГК РФ «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства», поскольку статья 1261 ГК РФ предусматривает, что авторские права на все виды программ для ЭВМ охраняются так же, как авторские права на произведения литературы. Также как в случае с лицензиями Creative Commons обобщённая норма статьи 1286.1 упускает саму суть свободного программного обеспечения, а именно ничего не говорит о четырёх правах – свободах пользователей программного обеспечения, которые и составляют основу данной концепции, сделавшей её жизнеспособной. В отдельных случаях открытой лицензией может оказаться лицензия на программу, противоречащая принципам свободных программ. Пункт 2 статьи 1286.1 гласит, что предметом открытой лицензии является право использования произведения науки, литературы или искусства в предусмотренных договором пределах. Лицензиар имеет право установить пределы использования программы по собственному усмотрению так, что они будут противоречить принципам свободных программ, например, может быть запрещено изменять (модифицировать) программу, полученную по открытой лицензии. Причина данного противоречия заключается в том, что ГК РФ не выделяет виды лицензионных договоров в зависимости от объёма предоставляемых лицензиату прав. Объем переданных прав определяется конкретной лицензией, а не законом, который позволяет передать права в любом объёме. В статье 1286.1 законодатель пошёл по пути универсализации механизма правового регулирования с тем, чтобы он охватывал не один, а несколько инновационных подходов к регулированию авторских отношений, в частности лицензии Creative Commons и лицензии свободных программ, что сделало его нечувствительным к базовым принципам свободных программ.

Правовое регулирование свободных программ для ЭВМ требует особого подхода, отличного от применяемого к произведениям науки, литературы и искусства. Законодатель косвенно признает данный факт, отделяя программы для ЭВМ от других произведений при определении срока действия открытой лицензии, для которых договор считается заключённым на весь срок действия исключительного права, тогда как для остальных произведений он установлен только на пять лет. Мы не сомневаемся в полезности статьи 1286.1 для совершенствования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, однако в действующей редакции она слишком абстрактна и не позволяет эффективно использовать мировые наработки по правовому обеспечению использования свободных программ. Для регулирования отношений по использованию свободных программ в законе необходимо дать указание на возможность применять выбранную сторонами договора свободную лицензию с указанием на текст действующий редакции лицензии в момент вступления в отношения. Данный подход мы считаем оправданным потому, что свободные лицензии разрабатываются и поддерживаются высококвалифицированными сообществами с учётом многолетнего опыта, приобретённого на глобальных рынках. К таким сообществам относятся Фонд Свободного Программного Обеспечения, Open Source Initiative, Массачусетский технологический институт, Калифорнийский университет в Беркли и другие, они осуществляют разработку свободных программ и поддержку собственных версий лицензий свободных программ на добровольной основе. Нельзя исключать, что и в России появится своя версия свободной лицензии. ФСПО является лидером этого движения, к которому другие участники обращаются за верификацией текстов на предмет соответствия принципам свободных программ и совместимости лицензий между собой, при этом невозможно не признать, что проблема избыточного разнообразия и совместимости свободных лицензий между собой стоит довольно остро. Однако разработка универсального текста свободной лицензии и его использование в качестве основы для законодательной нормы ГК РФ по аналогии с открытой лицензией, представляется нам наименее продуктивным вариантом. Снять остроту проблемы, заключающейся в множественности и неполной совместимости свободных лицензий, позволит специализированный суд по интеллектуальным правам, а также развитие процедуры медиации по разрешению споров в данной области авторского права. В результате регулярного функционирования этих правоприменительных органов будет сформировано сообщество судей и специалистов, обладающих необходимой квалификацией для разрешения споров по свободным лицензиям.

Предлагаем дополнить статью 1235 ГК РФ «Лицензионный договор» пунктом 5.2, который изложить в следующей редакции. «Допускается применение типовых лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций, определяющих стандартизованные условия использования результатов интеллектуальной деятельности. Споры, возникающие из договоров на основе таких лицензий, рассматриваются в специализированном суде по интеллектуальным правам».

Мы считаем, что в статье 1235 ГК РФ имеет смысл использовать термин публичная лицензия, поскольку он точнее чем открытая лицензия и свободная лицензия. Точнее, во-первых, потому что наиболее распространённые системы лицензий такие как GPL (General Public License) и Creative Commons прямо определяют себя в качестве публичных лицензий, которые могут быть более и менее свободными или открытыми с точки зрения объёма предоставленных прав. Лицензии Mozilla Public License (MPL) BSD, MIT также ориентированы на использование широкой публикой. Во-вторых, в статье 1286.1 указано, что открытая лицензия соответствует гражданско-правовому договору присоединения (статья 428 ГК РФ), условия которого преимущественно определяются и доводятся до граждан в форме публичной оферты (статья 437 ГК РФ). Возможный аргумент против использования термина публичная лицензия может состоять в том, что интеллектуальные права относятся к отрасли частного права. Однако в реальности невозможно провести абсолютно чёткую грань между публично-правовой и частноправовой сферами. Частноправовые элементы нередко имеются в публично-правовых отношениях, и наоборот.

Помимо концепции свободных программ и копилефта заслуживает внимания предлагаемый фондом механизм правового регулирования свободного воспроизведения фонограмм и записанных музыкальных произведений в личных целях и их доведения до всеобщего сведения в оцифрованном виде через сеть «Интернет». По убеждению ФСПО компании звукозаписи противодействуют свободному копированию музыкальных фонограмм, защищая свои доходы. Угрожая судебными преследованиями, они получили от изготовителей устройств согласие платить отчисления, являющиеся ничем иным как специальным сбором с каждого устройства, обладающего функцией копирования. Полученные отчисления должны делиться между деятелями музыкальной отрасли: музыкантами, композиторами, издателями музыки, компаниями звукозаписи, другими посредниками. Заявленное назначение этого сбора состоит в том, чтобы предоставить музыкантам «компенсацию» за копирование частными лицами с помощью цифровых устройств. Однако значительная часть собранных средств не доходит до адресатов и система их распределения непрозрачна. ФСПО предлагает другую модель сбора с цифровых носителей, спроектированную для поддержки авторов музыкальных произведений, а не корыстных интересов посредников. Основные положения новой системы заключаются в следующем. Фонд вознаграждения формируется посредством сбора с устройств цифровой звукозаписи; для измерения объёмов копирования каждого музыкального произведения внедряется система опросов; средства распределяются полностью между авторами, создающими музыку; доля каждого получателя вознаграждения рассчитывается так, что её увеличение замедляется с каждой следующей копией по мере роста. Таким образом, фонд вознаграждения будет распределяться шире и равномернее, чтобы в должной мере поддержать наибольшее число музыкантов различных жанров[[155]](#footnote-155).

Звукозаписывающая индустрия предлагает считать такое вознаграждение «компенсацией» музыкантам, предполагая, что они имеют право получать плату за любую создаваемую тем или иными пользователем копию. Некоторые граждане убеждены в том, что авторское право отражает естественное право авторов или музыкантов на особое отношение со стороны общества. Однако специалисты в этой области права считают, что это неверное понимание[[156]](#footnote-156). Заявленное назначение авторского права состоит в содействии прогрессу науки и полезных искусств. Прогресс в музыке означает создание новой и разнообразной музыки, именно этому общественному благу в первую очередь должно служить авторское право, а не частному интересу. И все-таки, как простые граждане, так и политики зачастую считают авторское право естественным правом, что приводит к принятию неверных решений. Даже суды допускают неверное толкование норм авторского права, что должно быть исключено. Концептуальная ошибка заключается в том, что средство (авторское право) для достижения более крупной цели (прогресса) смешивается с самой целью. Содействие прогрессу в искусстве не предполагает того, что авторы должны иметь все де-юре действующие правомочия авторского права, а также исключительное право на использование произведения всеми возможными способами, и даже того, что авторское право вообще имеет право на существование. Действие авторского права оправдано, если выгоды для прогресса превосходят бремя, которое оно налагает на всех, кроме правообладателя. Провести сопоставление издержек и выгод для общества не просто, оценка баланса благ и издержек зависит как от фактов, например, как конкретный закон сказывается на музыкальной активности и пользователях музыки, так и от субъективного восприятия ценности результата.

Концепция ФСПО и альтернативная система компенсации В. Фишера по правовому регулированию свободного воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях и их доведения до всеобщего сведения в оцифрованном виде через сеть «Интернет», совпадают в экономических положениях, однако они различаются по правовым основаниям выплаты вознаграждения правообладателям[[157]](#footnote-157). ФСПО не считает такие выплаты компенсаций за противоправное использование, определяя их в качестве вознаграждения за некоторые виды использования произведений в сети «Интернет». Альтернативная система, напротив, рассматривает выплату вознаграждения в качестве компенсации доходов, выпавших вследствие распространения и использования произведений в сети «Интернет», как если бы доходы от продажи материальных носителей произведений и платного просмотра фильмов в кинотеатрах, были гарантированы безусловно.

Предположим, что сбор на цифровые носители стоит вводить, если результатом будет значительный прирост активности в сфере музыкального творчества. Рассмотрим, как нужно организовать этот сбор, чтобы максимизировать выгоду для общества. Для начала необходимо проанализировать системообразующие факторы[[158]](#footnote-158). Закон убывающей предельной полезности является законом экономики, который действует и в музыкальной индустрии, он гласит, что каждое дополнительное приращение усилий или ресурсов, вложенных в достижение цели, после достижения точки насыщения приводит к меньшему приращению результатов. Применительно к деятельности музыкантов этот закон действует так, что каждый следующий шаг в увеличении дохода музыканта ведёт к меньшему приращению творчества в музыке. Снижение отдачи является фактором в пользу отказа от такого способа регулирования, по которому каждый акт использования музыкального произведения необходимо регулировать авторским правом. Расширение авторского права может содействовать прогрессу только до определённой точки, после прохождения которой, оно лишь увеличивает издержки общества, распределяемые в пользу правообладателей, за ту активность и те результаты, которые будут иметь место в любом случае. Фонд считает, что распространение действия авторского права далее этой точки нежелательно с позиции общественных интересов.

Граждане, заинтересованные в расширении авторского права с точки зрения правомочий, сроков охраны и размера выплат требуют это сделать настолько масштабно, насколько это возможно. Однако закон убывающей предельной полезности делает это притязание необоснованным, поэтому они отходят на позицию, с которой авторское право следует расширять так, чтобы максимизировать уровень прогресса. ФСПО не считает верным и этот подход, потому что он не учитывает других издержек. Авторское право требует от общества затрат и обременяет его, как и другие государственные институты, при этом выгоды могут не окупать затрат. Авторское право не затрагивает общественных фондов напрямую, но оно налагает запреты и ограничивает свободы граждан. Чем шире область действия авторского права, тем большей потерей свободы платит общество, которое может предпочесть реализацию своих свобод их продаже. Общество должно судить о каждом решении в области авторских прав сопоставляя выгоды с затратами.

Утверждение, что деньги являются главным стимулом при создании музыкальных произведений, не является безоговорочно верным. Музыканты в основном рассчитывают на другие виды вознаграждения. Совсем немногим музыкантам удаётся достичь благосостояния благодаря созданию музыкальных произведений и фонограмм. Талантливый человек, который стремится к богатству, с большей вероятностью выберет другие пути его достижения. Исследования в сфере психологии творчества показывают, что желание получить вознаграждение скорее мешает сочинению музыки. Люди занимаются этим в основном ради самого творчества. Музыканты, безусловно, заботятся о получении вознаграждения, многие из них надеются заработать музыкой на жизнь, чтобы иметь возможность посвящать этому своё время. С того момента как авторы музыкальных произведений начинают зарабатывать достаточно для существования на приемлемом уровне, им ничто не мешает делать музыку так хорошо, как только они могут. Позиция ФСПО состоит в том, чтобы пожелать музыкантам заработать несколько больше, чем необходимо. Но если вознаграждение намного больше необходимого, то общество не получает преимущества по закону убывающей отдачи. Учитывая эти факты, рассмотрим, как сбор с цифровых носителей и свободный доступ к музыкальным и аудиовизуальным произведениям в сети «Интернет» организовать так, чтобы он служил для достижения основных декларированных целей авторского права.

Если назначение сбора с цифровых носителей и плата за доступ к произведениям по сети заключается в вознаграждении музыкантов и композиторов, то им должны передаваться все собранные средства. В современном обществе технологии звукозаписи и информационно-коммуникационные средства все в большей степени позволяют обходиться без компаний звукозаписи. Однако звукозаписывающие компании владеют важной рыночной нишей по созданию и распространению музыкальных произведений высокого качества. Этот сегмент рынка стабилен. Приобретатели качественных копий произведений должны платить справедливую цену за эту услугу. Но слушатели, создающие копии для самих себя или своего ближнего круга, не потребляют данную услугу, они пользуются только работой музыкантов и композиторов. Компании звукозаписи вносят лишь случайный вклад, их роль в данном сегменте рынка несущественна.

Какую долю от собранных средств должен получать автор музыкального произведения или правообладатель фонограммы? Принцип компаний звукозаписи таков, что фонды следует распределять пропорционально объёму продаж записей произведений. Такой подход, основанный на частоте копирования произведения, вполне логичен. Однако строгая пропорциональность с точки зрения ФСПО не является лучшим из вариантов. Если каждый автор или исполнитель будет получать часть прямо пропорциональную объёму копирования его произведения, то значительная доля будет уходить на вознаграждение нескольким наиболее популярным деятелям искусства, что не способствует культурному разнообразию и развитию музыкальной индустрии. Общество может поддержать музыкальное искусство эффективнее, если доля каждого отдельного музыканта при распределении собранных средств будет снижаться с увеличением числа проданных копий или сеансов использования его произведений. Правильным решением с точки зрения ФСПО будет рассчитывать приведённое число копий, которое при достижении определённого значения будет увеличиваться медленнее, чем действительное количество сделанных копий, например как кубический корень из этого числа[[159]](#footnote-159). Результатом данного подхода будет более широкое и равномерное распределение средств, поддерживающее большее число музыкантов разнообразных жанров на приемлемом уровне жизни. Данный принцип будет в действительности поощрять культурное разнообразие в этой области, что соответствует главной задаче авторского права. Предложенное распределение сборов с цифровых носителей и платы за доступ к музыкальным произведениям по сети обеспечит поддержку менее популярных музыкантов. Однако оно не будет работать на тех музыкантов, произведения которых не находят своего слушателя. Кроме того, поскольку предложенная система не зависит ни от произвола, ни от решений, оставляемых на усмотрение должностных лиц, то она оставляет мало возможностей для злоупотреблений и коррупции. Такой принцип формирования и распределения фонда вознаграждения правообладателей за свободное использование произведений требует того, чтобы его администрирование осуществляло государственное учреждение или аккредитованная организация. Если данный механизм будет введён в действие, использование и распространение произведений стоит не ограничивать, но поощрять, поскольку это будет способствовать увеличению благосостояния авторов музыкальных произведений[[160]](#footnote-160).

Для эффективной работы предложенного экономико-правового механизма необходим инструмент оценки популярности каждого произведения с целью справедливого распределения налоговых фондов. Такие оценки можно получать с помощью опросов среди членов общества по случайной выборке о том, какую музыку они слушают, копируют и делятся с другими, без принуждения опрашиваемых граждан к ответу. Если создание и распространение копий не будет влечь правовой ответственности в виде штрафов и иных санкций, то респонденты не откажутся принимать участие в таких опросах, будучи мотивированы влиянием на статистику в пользу авторов предпочитаемых ими работ. Чтобы увеличить выборку и повысить точность опроса его необходимо автоматизировать с помощью инструментов статистики и анализа, используемых в сети «Интернет», которые доказали свою эффективность на большом объёме данных в области контекстной и медийной рекламы[[161]](#footnote-161). Компании звукозаписи продолжительное время использовали ими же пролоббированную экономическую модель для повышения собственных доходов, что не является социально значимой целью авторского права. При должном внимании к задачам авторского права, общество в состоянии спроектировать такую систему, которая поддержит музыкантов и в тоже время предоставит гражданам свободу использовать и обмениваться музыкой по их усмотрению.

Некоторые элементы описанного механизма работают в России на основании статьи 1245 Гражданского кодекса РФ и постановления Правительства РФ от 14.10.2010 № 829 «О вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях». Постановлением установлен перечень оборудования и материальных носителей, используемых для свободного воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, с указанием размера средств, подлежащих уплате изготовителями таких оборудования и материальных носителей. Наиболее серьёзные вопросы вызывает подсистема оценки относительной популярности произведений, на основе которой распределяется вознаграждение, вследствие её непрозрачности. В соответствии с предложениями ФСПО и автора альтернативной системы компенсации, алгоритм расчёта относительной популярности произведений должен быть опубликован, а исходный текст соответствующего программного средства открыт. Принципиальным недостатком отечественной системы управления правами на коллективной основе в лице аккредитованных организаций РАО, ВОИС и РСП мы считаем то, что эти общества, фокусируясь на частных вопросах, не реагируют на главный вызов современности в данной области. Этот вызов заключается в оздоровлении общественных отношений через легализацию свободного использования произведений в сети «Интернет» с выплатой вознаграждения правообладателям за такое использование. Именно эту цель преследуют ФСПО и альтернативная система компенсации правообладателей.

Цивилистическая концепция инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений и система взглядов ФСПО имеют общие правовые, экономические и социокультурные корни. Борьба ФСПО за свободы пользователей программного обеспечения преследует те же цели, что и инклюзивный механизм в части максимизации использования объектов авторских прав. Обе концепции предлагают схожие подходы к вознаграждению правообладателей за свободное использование произведений и совпадают в определении источника средств. В этом изучаемые концепции созвучны двум другим инклюзивно-ориентированным по своей сути правовым проектам, а именно, Альтернативной системе компенсации В. Фишера[[162]](#footnote-162) и проекту Глобальной лицензии[[163]](#footnote-163), выдвинутому в Российской Федерации. Также обе концепции сходятся в том, что распределять вознаграждение необходимо на основе относительной востребованности произведений, при этом пропорция не должна быть прямолинейной, она должна быть настроена так, чтобы поддерживать широкий спектр творческих жанров и увеличивать разнообразие произведений культуры и искусства. Администрирование системы сбора средств, оценки популярности произведений и распределения вознаграждения целесообразно поручить государственному ведомству или аккредитованной организации согласно обоим подходам. Единство взглядов имеет место и относительно целесообразности использования модельных лицензий Creative Commons[[164]](#footnote-164).

Наиболее значимое отличие концепции инклюзивно-ориентированного механизма регулирования авторских отношений от концепции свободных программ и копилефта ФСПО заключается в усмотрении причин несовершенства действующей системы авторских прав и, как следствие, в выборе подходов к её реформированию. В ФСПО считают авторское право внутренне противоречивым законом, действие которого безосновательно распространено на разные по своей природе объекты. ФСПО исходит из того, что авторское право нарушает объективно действующие законы экономики, в частности закон убывающей предельной полезности, что привело к формированию неэффективной системы взимания платы с пользователей и распределения вознаграждения между правообладателями. Кроме того, авторское право как институт не обеспечивает должного баланса интересов правообладателей и пользователей. По этим причинам авторское право в его нынешнем виде реформировать невозможно, оно должно быть пересмотрено в самих его основах. В данной ситуации, по мнению ФСПО, остаётся лишь использовать механизмы авторского права для того, чтобы минимизировать ущерб, которое оно наносит свободе пользователей программного обеспечения и других объектов, попадающих под его действие.

Инклюзивная концепция постулирует иные причины несовершенства действующего механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений и ставит во главу угла другие предпосылки для его модернизации в России и мире. К таковым относятся социально-экономические и информационные свойства объектов авторских прав, обусловливающие принципиальную невозможность правовыми средствами пресечь их распространение и использование в киберпространстве. Эта особенность произведений определяет наиболее целесообразные подходы к извлечению экономической выгоды из реализации интеллектуальных прав, в основе которой лежит максимизация распространённости, востребованности и увеличение подтверждённых фактов использования произведений. По этой причине ограничение доступа к творческим продуктам утрачивает смысл, поскольку снижает возможности для реализации их экономического и культурного потенциала. Кроме того, инклюзивная концепция исходит из того, что диспозитивное начало[[165]](#footnote-165) авторского права обеспечивает необходимые основания для построения эффективной и справедливой системы вознаграждения правообладателей в условиях свободного доступа к оцифрованным произведениям, который соответствует запросу современного общества.

## §3. Совершенствование механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на основе концепции альтернативной системы компенсации

Альтернативная система компенсации правообладателей разработана гарвардским профессором права В. Фишером с целью преодоления одной из наиболее актуальных проблем регулирования авторских отношений, заключающейся в легализации свободного использования части объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет» с выплатой правообладателям компенсации за утраченные в результате такого использования доходы. Эта система представляет собой совокупность правовых норм, которые необходимо включить в национальное законодательство и положения международных договоров посредством внесения соответствующих поправок, и организационно-технических мероприятий. Концепция административной системы компенсации отличается детальной проработкой её элементов, правовым обоснованием, описанием источников формирования фонда вознаграждения правообладателей, ограничением области применения в отношении определённых объектов и способов их использования, а также разработанным механизмом распределения вознаграждения с учётом объёма заимствованного материала[[166]](#footnote-166).

Как известно, построить экономическую модель, которая будет привлекательна с точки зрения окупаемости и извлечения прибыли, на базе социально значимых общественных благ (public goods) не всегда возможно[[167]](#footnote-167). Специалисты отмечают, что общественные блага обладают следующими свойствами. Первое, эти блага «неконкурентные» («nonrivalrous»), т.е. за обладание и доступ к ним пользователям не приходится конкурировать. Второе, общественные блага обладают свойством «неисключаемости» («nonexcludable»), т.е. став доступными одному члену общества, исключить из использования или ограничить доступ к ним другим не возможно либо трудно и дорого. Общественные блага, которым присущи эти два свойства, всегда производятся в недостаточном объёме, поскольку потенциальный производитель не уверен в том, что он сможет окупить издержки за счёт потребителей[[168]](#footnote-168). В эту категорию социальных благ попадают дороги, маяки, оборонительные системы, изобретения и записанные развлечения (recorded entertainment)[[169]](#footnote-169).

Здесь и далее под записанными развлечениями имеются в виду фонограммы, музыкальные и аудиовизуальные произведения. Эти объекты авторских прав выбраны для регулирования в рамках альтернативной системы компенсации потому, что они являются наиболее проблемными. В отношении этих объектов совершается наибольшее количество актов противоправного использования, именно они составляют большую часть противозаконного трафика произведений в сети «Интернет», а также являются предметом громких судебных процессов. Гражданско-правовое регулирование использования других объектов авторских прав впоследствии также может осуществляться в рамках альтернативной системы компенсации, однако, как и любая другая правовая новация, она должна быть апробирована на ограниченной номенклатуре объектов.

На протяжении столетий правительства разных государств боролись с недопроизводством общественных благ преимущественно пятью способами. Первый, это производство таких товаров и услуг самим государством. Так сооружение маяков и обеспечение армий практически во всех странах мира финансируется правительствами, а не частным сектором. Некоторые виды стратегически важных изобретений и инноваций, связанных с космосом, сельским хозяйством и медициной, также осуществляются при активной поддержке государства в России, Евросоюзе и США. Второй способ, это когда правительство платит или доплачивает частному сектору за производство общественных благ, например, выдаёт гранты на поддержку частных университетов, или учёных, осуществляющих перспективные исследования. Третий способ – это премирование или награждение граждан и организаций по факту производства социально значимых общественных благ (post-hoc prizes or rewards). В прошлом столетии правительства Советского Союза и КНР активно экспериментировали с различными системами вознаграждений для стимулирования изобретательства и рационализаторства. Американское правительство и сегодня финансово поощряет инновации в атомной энергетике. Четвёртый способ – государственная защита производителей общественных благ от конкуренции, обычно через предоставление исключительных прав на их использование. Так правительства разных стран привлекая частные компании для строительства дорог, мостов и каналов, наделяет инвесторов монопольным правом получать плату за их использование. На этом принципе строится патентное законодательство, по которому изобретатель наделён исключительным правом производства и продажи товаров, основанных на его изобретении, что позволяет ему установить на свою продукцию достаточно высокую цену, чтобы покрыть издержки на исследования и получить прибыль. Пятый способ – это правительственная поддержка частных лиц в разработке и внедрении средств, усиливающих «исключительность» социально значимых товаров и услуг, что позволяет организовать их возмездное использование. Наиболее показательный пример такой стратегии представляет собой правовое регулирование секретов производства (ноу-хау). В определённых случаях компании имеют право продавать инновационные товары, не раскрывая технических решений лежащих в их основе, например, исходный текст программ для ЭВМ или химическую формулу прохладительных напитков. До тех пор пока секрет производства охраняется в режиме ноу-хау, закон запрещает конкурентам пытаться получить его противоправными способами.

Каждая из названных стратегий имеет недостатки. Первые три наделяют правительство властью определять то, какие проекты финансировать или поощрять, что создаёт угрозу использования этой власти волюнтаристским образом. Четвертая и пятая стратегии увеличивают издержки доступа к общественно значимым благам, и препятствует воспроизводству инноваций. Какая из этих стратегий является наиболее оптимальной, зависит от конкретной области её применения. На протяжении десятилетий основным подходом, используемым большинством правительств мира для поощрения производства фонограмм и кинематографических произведений, были варианты четвертой стратегии. Закон об авторских и смежных правах защищал композиторов, исполнителей и продюсеров от конкуренции в использовании их произведений, позволяя увеличивать цену лицензии для частных и коммерческих лицензиатов. Получаемая таким образом прибыль обеспечивала высокую мотивацию творчества. Экономические отношения и бизнес модели, построенные на этом законном основании, хотя и имели определённые недостатки, до недавнего времени функционировали эффективно, обеспечивая достаточный поток творческих продуктов. Технологические инновации обнаружили несовершенство механизма гражданско-правового регулирования использования ряда объектов авторских прав и дестабилизировали устоявшуюся ситуацию. Быстро растущая популярность цифровой записи и систем хранения, совершенствование технологий сжатия данных и коммуникативная мощь сети «Интернет», значительно снизили эффективность эксклюзивно-ориентированного механизма регулирования авторских отношений. В начале нынешнего века полномасштабная угроза сложившимся экономическим отношениям заставила правительства ряда развитых стран, таких как Россия, Евросоюз и США переключить своё внимание на пятую стратегию. Производители записанных развлечений добились запрета на устранение ограничений использования произведения, установленные путём применения технических средств защиты авторских прав. Переход к этой стратегии усилил возможности правообладателей по охране произведений и на некоторое время защитил их доходы. Однако вместе с тем этот подход породил серьёзные последствия: ограничение определённых способов использования произведений техническими средствами, высокие транзакционные издержки, и что наиболее важно, поставил под сомнение законность применения инновационных инструментов творчества и воплощение идеи семиотической демократии[[170]](#footnote-170).

Растущий ущерб творческому потенциалу общества, наносимый четвертой и пятой стратегиями, а также их невысокая результативность, подтверждаемая не снижающимся объёмом противоправного трафика охраняемых произведений в сети «Интернет» несмотря на блокировку ресурсов доступа, на смену которым быстро приходят новые, заставляет задуматься о концептуальном изменении механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Как минимум в части касающейся наиболее проблемных объектов в наиболее проблемной среде, а именно оцифрованных фонограмм, записанных музыкальных и аудиовизуальных произведений в сети «Интернет». На этом основании сконструирована система, предполагающая замену части правомочий исключительного права на определённый вариант третьей стратегии – управляемую правительством административную[[171]](#footnote-171) (государственную) систему вознаграждения или альтернативную систему компенсации авторов и правообладателей.

Система компенсации правообладателей может функционировать следующим образом. Автор, желающий получать вознаграждение за использование его произведения в сети «Интернет», должен зарегистрировать его в соответствующем органе. В качестве такого органа может выступать государственное агентство по управлению авторскими и смежными правами в киберпространстве, специализированная либо одна из существующих аккредитованных организаций по управлению правами на коллективной основе (далее по тексту – агентство). По факту регистрации электронному эталону произведения должен присваивается уникальный цифровой идентификатор для отслеживания фактов его использования в сети «Интернет». Правительству с помощью целевого финансирования, сбора или налога необходимо будет обеспечить поступление денежных средств в объёме достаточном для выплаты компенсации правообладателям за предоставление возможности свободного использования их произведений в сети «Интернет» неограниченному кругу лиц. С помощью механизма расчёта относительной востребованности (популярности) произведений агентство будет оценивать частоту использования каждого зарегистрированного объекта авторских и смежных прав. Правообладатели будут получать рассчитанную долю от аккумулированной суммы, пропорциональную относительной востребованности зарегистрированных работ.

После того как система компенсации будет введена в действие механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений необходимо будет скорректировать посредством отмены запрета на неавторизованное использование зарегистрированных произведений в сети «Интернет». Новый механизм обеспечит ряд существенных преимуществ обществу и правообладателям. Зарегистрированные произведения станут доступны пользователям свободно и бесплатно на законных основаниях. Результаты экономического анализа показывают, что пользователи будут платить меньше за доступ к произведениям, охваченных альтернативной системой компенсации, а их авторы и правообладатели справедливо вознаграждены[[172]](#footnote-172). Количество авторов, открывающих обществу доступ к своим произведениям и разнообразие творческих продуктов, будет увеличиваться. Музыканты станут менее зависимы от звукозаписывающих компаний, а режиссёры от киностудий в распространении своих работ. Пользователи и творцы получат свободу переработки и создания производных произведений, а также возможность распространения результатов. Цены на услуги и товары с дополнительным сбором несколько возрастут, но и спрос на них вырастет, что скомпенсирует потери производителей. Общество выиграет от сокращения количества судебных споров и экономии на издержках.

Важным элементом государственной системы вознаграждения является подсистема мониторинга использования произведений. Агентство должно будет разработать, провести публичное обсуждение и принять правовой регламент интеграции в оригинальную версию – эталонный эталон произведения, уникальной и надёжной цифровой метки, которая в дальнейшем будет реплицирована в каждой копии оригинала. Этот идентификатор (регистрационный номер) будет аналогичен широко используемым в розничной торговле оптическим штрих-кодам и радиочастотным меткам. В дополнение к идентификационной функции регистрационный номер будет выполнять различительную функцию, он предоставит пользователю возможность отличить правомерно от противоправно распространяемых произведений. Автор либо правообладатель желающий предоставить возможность и получать вознаграждение за свободное использование его произведения в сети «Интернет», должен будет направить в агентство его эталонную копию для регистрации и депонирования, а в ответ получить присвоенный ему регистрационный номер. Полученный идентификатор заявитель должен будет включить в имя распространяемого файла произведения.

Ответим на следующие вопросы относительно работы системы. Что будет представлять собой правительственное агентство? Функции агентства может выполнять как вновь созданный орган, так и одно из аккредитованных обществ по коллективному управлению правами, которое выразит готовность делать эту работу. Будет ли установлен регистрационный сбор? Да, его размер будет достаточным, чтобы обеспечить самофинансирование системы регистрации. Простота, технологичность, а также большое количество регистраций позволит удержать размер сбора на приемлемо низком уровне. Будет ли автор обязан регистрировать свою работу? Нет. Создатели, не желающие предоставлять возможность свободного использования своего произведения в сети «Интернет», могут его не регистрировать, оставаясь в рамках норм эксклюзивно-ориентированного механизма регулирования авторских отношений. Механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений, таким образом, приобретает гетерогенный эксклюзивно-инклюзивный характер, предоставляя правообладателю выбор наилучшего для него способа реализации прав. Правообладатели, добровольно отказавшиеся от части исключительных прав в пользу административной компенсации, будут пользоваться инклюзивным звеном, а остающиеся в рамках действующей системы, эксклюзивным звеном механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Как будет осуществляться взаимодействие в целях регистрации? Взаимодействие будет автоматизировано посредством типовых форм в сети «Интернет». Что будет представлять собой регистрационный номер? Это будет ряд символов, обеспечивающий надёжную идентификацию объекта. Комбинация из десяти разных символов и чисел даёт около трёх квадриллионов уникальных последовательностей, которых будет достаточно в обозримом будущем. Какую информацию относительно произведения и его содержания должен будет предоставлять заявитель? Не более того, что необходимо администраторам системы для классификации произведения и определения размера вознаграждения, различающегося по видам объектов. При расчёте вознаграждения администраторы должны будут различать виды (форматы) объектов (файлов): аудио или видео, а так же их продолжительность. Администраторам нет необходимости знать, что именно содержится в файле: опера или популярная песня; комедия или вестерн. Заявители должны будут сами указывать, что содержится в отправлении: фонограмма либо аудиовизуальное произведение, а также его продолжительность.

Государственная система вознаграждения будет основана на действующих стандартах признания авторства. Если имело место соавторство или заимствование, то заявитель должен будет указать соавторов или правообладателей заимствованных работ. Формы регистрации произведений обоих видов будут предусматривать возможность указания в качестве автора более одного лица. Это положение имеет значение при возникновении споров относительно того, кто является законным правообладателем произведения. Для эффективного управления такими спорами агентство должно иметь полномочия проводить экспертизу аналогичную патентной экспертизе. Сторонам будет предоставлена возможность обжалования результатов этой процедуры в суде.

С целью справедливого распределения вознаграждения между авторами инкорпорирующей и инкорпорируемой работы, регистрационная форма предусматривает указание объёма заимствованного материала, при этом его точного вычисления не потребуется. Заявитель должен будет выбрать один из пяти вариантов, характеризующих объем заимствования: ничего (0); небольшой (менее 5 процентов); средний (от 5 до 50 процентов); большой (от 50 до 95 процентов); полностью или почти полностью (от 95 до 100 процентов). Далее указывается список регистрационных номеров частично либо полностью инкорпорированных произведений. Поскольку этот объём будет определяется количественно – делением длительности заимствованного материала на длительность всей записи, а не качественно – по значимости заимствованного материала для конечного продукта, вычислить их будет несложно. Некоторые заявители могут сознательно занижать объем заимствованного материала. Для предотвращения подобного поведения возможно установление правила о том, что всё вознаграждение, которое получил бы правообладатель зарегистрированного произведения, занизивший объём заимствования, выплачивается правообладателю заимствованного материала. Проект регистрационной формы произведения приводится в Приложении 2.

Средства на выплату вознаграждения правообладателям предлагается получать с помощью целевого финансирования, сбора или налога. Для введения и установления параметров целевого финансирования необходимо определить, сколько денег правительство должно будет изыскать или что облагать налогом. Для ответа на первый вопрос требуется вычислить сумму средств, которую необходимо распределять среди правообладателей. Это число плюс управленческие издержки системы составят искомую сумму средств.

Существует несколько подходов к определению того сколько получают и должны получать авторы, от выбора которого зависят экономико-правовые параметры системы. Первый из возможных подходов базируется на эквивалентности вознаграждения социальной ценности творческого результата. По мнению С. Шавела и Т. Ван Иперсела оптимальное вознаграждение правообладателя равно той сумме, на которую прибыль от продаж превысила ожидаемый спрос. Авторы утверждают, что если вознаграждение меньше чем эта величина, то возникает «недостаток стимулов для инвестирования» в исследования и творчество. Если вознаграждение превышают эту величину, то возникает «избыток стимулов для инвестирования»[[173]](#footnote-173). Данный подход считается не вполне пригодным по двум причинам. Во-первых, он слишком дорог. Стоимость копирования и распространения цифровых копий песен и фильмов низка, а общая сумма, которую общество будет платить за доступ к ним, высока. Разность этих двух значений даст очень большую сумму. Установить размер сбора или ставку налога достаточную для получения такой суммы будет сложно по экономическим и политическим причинам. Вторая причина, как показали А. Плант и Г. Луни, заключается в том, что вознаграждение авторов в объёме эквивалентном полной социальной ценности их работ, ведёт к серьёзным перекосам в мотивации людей при выборе профессии[[174]](#footnote-174). Большинство работников не получают сумм эквивалентных полной социальной ценности их усилий. Школьные учителя, гражданские активисты, университетские учёные-исследователи вносят такой вклад в развитие общества, который намного превышает их доходы. Позволив музыкантам и кинематографистам собирать всё, что они «посеяли» без применения тех же принципов оплаты труда в остальных отраслях, обострит проблему диспропорций в социальных устремлениях граждан.

Второй подход отрицает полезность поиска оптимальной модели и вместо этого предлагает давать автором столько, сколько они заслуживают, посредством распределения административного вознаграждения. Вероятно именно это имел в виду Британский реформатор Р. Макфай, когда настаивал на системе гонораров («honorarium»), «которая будет справедливо учитывать применимость результата, издержки на предварительные испытания, оригинальность, вероятность того же открытия другими и т.п.»[[175]](#footnote-175). Этот критерий также представляется бесперспективным, но по другой причине. Теоретики естественного права, начиная с Джона Локка и на протяжении нескольких веков, безуспешно пытаются определить «справедливое» соотношение между вложенными усилиями и полученным вознаграждением.

Третий способ сложнее привязать к теоретической основе, но именно он является наиболее применимым на практике с точки зрения автора административной системы В. Фишера. Его суть в том, что все творцы рассматриваются как единая группа. Альтернативная система должна функционировать так, чтобы компенсировать авторам и их правопреемникам те потери, которые они понесли либо понесут в результате утраты части исключительных прав. Принцип, лежащий в основе данного подхода, аналогичен тому, что сформулировал Ф. Махлуп: «Если бы не имели патентной системы, было бы безответственным, ... рекомендовать её установление. Но поскольку мы имеем патентную систему уже долгое время и знаем экономический эффект её применения, было бы безответственным рекомендовать её отмену»[[176]](#footnote-176). Иначе говоря, представляется разумным при замене части правомочий исключительного права на выплату компенсации начать с того, что принять за постоянную величину текущий объем доходов всех правообладателей работ, попадающих под действие системы, и в будущем корректировать его по факту произошедших изменений.

Для вычисления суммы компенсации необходимо установить источники доходов, которые иссякнут в результате легализации свободного использования определённых произведений в сети «Интернет». На Рисунке 2 в Приложении 3 пунктирными линиями показаны каналы доходов, которые будут сначала существенно сужены, а в дальнейшем полностью перекрыты. Из приведённой схемы следует, что три источника доходов будут исчерпаны. Первый и наиболее важный канал – это продажа физических носителей звукозаписывающими компаниями. Поскольку поступление денег из этого источника сократиться, то и перечисления правообладателям также уменьшатся. Второй прогнозируемый, но менее заметный эффект заключается в сокращении аудитории и как следствие рекламных доходов радиостанций, так как пользователи получат тот же продукт через сеть «Интернет». Если это произойдёт, то роялти за публичное исполнение, которые платят радиостанции, также сократятся. И последний – наименьший эффект состоит в прекращении платежей от вещателей через сеть «Интернет» (webcasters) звукозаписывающим компаниям и музыкальным издателям, потому что свободное, не требующее предварительного разрешения вещание в новой системе будет узаконено.

Легализация воспроизведения и распространения цифровых копий кинофильмов через сеть «Интернет» также негативно скажется на трёх источниках доходов, от которых зависит благополучие киностудий. Под угрозой исчезновения оказываются: продажа и прокат физических носителей, лицензирование показов по кабельному и спутниковому телевидению, взимание платы за индивидуальный просмотр по кабельным сетям или через сеть «Интернет» (т.н. pay-per-view). На Рисунке 3 в Приложении 3 пунктирными линиями показаны эти проблемные источники.

Не вдаваясь в частности, крупными штрихами обозначим экономическую основу государственной системы компенсации правообладателей. Исследователи предлагают выбрать один из двух подходов. Первый подход – это незначительное повышение подоходного налога. Данный подход имеет два преимущества, первое заключается в его простоте и эффективности. Повышение подоходного налога может быть проведено без дополнительных затрат, плюс не потребуется принципиального пересмотра налогооблагаемой базы в будущем. Второе преимущество носит более тонкий характер, но также важно: незначительное повышение подоходного налога не приводит к изменению потребительского поведения граждан по сравнению с другими видами удержания средств[[177]](#footnote-177). Серьёзным недостатком данного подхода является его политическая непопулярность. Оппоненты выдвинут аргумент о том, что при увеличении подоходного налога баланса преимуществ и издержек достичь не удастся. Многие из тех, кто будет вынужден платить увеличенный подоходный налог не имеют возможности или желания использовать фонограммы и аудиовизуальные произведения с помощью интернет-сервисов. В действительности подобная ситуация достаточно широко распространена. Например, бездетным семьям не нужны школы, однако часть налогов этих семей идёт на содержание школ. Тем не менее, многие граждане посчитают такой дисбаланс несправедливым и будут сопротивляться его установлению. Второй аргумент против первой модели состоит в том, что деньги собранные в фонд вознаграждения правообладателей могут тратиться нецелевым образом по коррупционным причинам. Третий аргумент касается того, что часть средств, распределяемых через административную систему, пойдёт на выплату авторам произведений, которые по субъективному мнению оппонента недостойны поощрения.

Вторая модель – это установление сбора с поставщиков услуг доступа к произведениям через сеть «Интернет», а также на оборудование для их воспроизведения и хранения в цифровом виде. Данный подход предложен Н. Нетанелом в его работе, посвящённой разработке альтернативной компенсационной системы для музыкальной индустрии. Следуя идее Нетанела можно выделить четыре категории таких устройств (товаров) и сервисов (услуг): оборудование для копирования цифровых записей; устройства хранения цифровых записей; услуги доступа в сеть «Интернет», к сервисам загрузки (скачивания) и воспроизведения произведений в потоковом режиме; пиринговые сети и файлообменные сервисы[[178]](#footnote-178). Список услуг и устройств, попадающих в каждую из категорий, будет со временем меняться, и одной из задач агентства будет периодическая переоценка того как осуществляется доступ, хранение и потребление произведений в цифровой форме.

В России в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 14 октября 2010 г. N 829 «О вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях» Российский союз правообладателей (РСП) осуществляет сбор средств с изготовителей оборудования и материальных носителей, используемых для воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях[[179]](#footnote-179). С нашей точки зрения сбор за «чистые носители» вместе со сбором с поставщиков услуг доступа» в случае его установления, должен быть направлен на решение по-настоящему актуальной общественной задачи по легализации свободного использования зарегистрированных фонограмм и аудиовизуальных произведений в сети «Интернет». Наиболее значимыми объектами для установления сбора являются услуги доступа к произведениям через сеть «Интернет». Сеть «Интернет» сегодня предоставляет наиболее эффективные способы доступа и использования фонограмм, записанных музыкальных и аудиовизуальных произведений. К тому же, централизованный и децентрализованный пиринговый обмен файлами между конечными пользователями – это то, что в наибольшей степени подрывает традиционные доходы правообладателей и полностью базируется на сети «Интернет». По обеим причинам представляется логичным значительную часть доходов, необходимых для функционирования системы компенсации, получать от сборов с интернет-провайдеров и файлообменных сервисов, извлекающих доход из предоставления доступа к произведениям. Эти субъекты в свою очередь часть финансовой нагрузки переложат на частных пользователей.

Принцип распределения вознаграждения среди авторов и их правопреемников, зарегистрировавших свои произведения для получения вознаграждения за свободное использование в сети «Интернет», останется тем же, что положен в основу существующей системы, а именно: независимый выбор потребителя. Целью предлагаемой системы является выплата каждому автору такой части фонда вознаграждения, которая будет пропорциональна относительной удовлетворённости, полученной гражданами от использования его или её произведения. Три актуальных причины подтверждают необходимость сохранить приверженность данному принципу. Первая причина заключается в том, что данный принцип обеспечивает положительную обратную связь от пользователей к авторам. Синтез осведомлённости деятелей культуры о предпочтениях публики и понимания того, что размер их доходов является следствием удовлетворения вкусов потребителей, создаст условия для оптимального предложения фонограмм и аудиовизуальных произведений. Во-вторых, этот принцип справедлив. Как романо-германская, так и англо-саксонская правовая традиция требует предоставления участнику коллективного предприятия такой доли доходов, которая пропорциональна его вкладу. С этой точки зрения вознаграждение автора должно соответствовать его вкладу в дело удовлетворения общественной потребности в творческих продуктах. Последняя причина состоит в том, что данный принцип не предоставляет избыточных возможностей властным органам определять полезность одних и бесполезность других результатов творческой деятельности, исключает цензуру и политическое влияние на творчество.

Сегодня для определения ценности, которую несёт в себе продукт творчества, применяется дифференциация цен на его использование. Желание платить за доступ к произведению считается индикатором его ценности. Альтернативная система компенсации делает эту стандартную практику непригодной, её отличие состоит в том, что публика не будет платить непосредственно за использование произведений. В этом случае необходимо ответить на вопрос о том, как определить ценность конкретного произведения. Надёжным, хотя и неидеальным способом является мониторинг частоты использования: количество прослушиваний и просмотров каждого музыкального и аудиовизуального произведения. Пользователи, как известно, выбирают те работы, которые приносят наибольшее удовлетворение. Наблюдая за тем, что слушают и смотрят, можно достаточно точно определить то, что пользователи ценят. Эта техника может работать также как традиционная система цен. Пользователи платят своим временем и вниманием за конкретное произведение. Цена просмотра одного фильма равна альтернативным издержкам просмотра другого фильма или доходу от занятия иным делом за время сеанса. При этом нет необходимости фиксировать каждый случай использования произведения. Цель состоит в том, чтобы оценить относительную востребованность каждого зарегистрированного произведения. Для этого не потребуется ни полного охвата, ни абсолютной точности подсчёта, нужна лишь система приблизительной оценки популярности всех зарегистрированных произведений.

Запустить мониторинг подсчёта сеансов использования произведений в условиях правомерности их свободного использования в потоковом режиме в сети «Интернет», при загрузке через файлообменные сети и записи на чистые носители будет несложно. Наиболее надёжным способом оценки относительной востребованности зарегистрированных произведений является использование выборки из генеральной совокупности всех пользователей для автоматического получения и аккумулирования данных[[180]](#footnote-180). Программы для ЭВМ, распространяемые в качестве дополнительных модулей, т.н. плагинов (plug-in), либо встроенные в файлообменные приложения (peer-to-peer file-sharing applications) алгоритмы мониторинга, могут автоматически записывать регистрационные номера прослушанных и просмотренных участником выборки произведений, и периодически передавать эту информацию в агентство[[181]](#footnote-181). Участники автоматизированной выборки будут избавлены от неудобств и не смогут исказить сведения о своих предпочтениях. Автоматизация процесса позволит работать с крупномасштабной выборкой для повышения статистической точности оценки частоты воспроизведения каждого из всего объёма зарегистрированных произведений. Исходный текст и алгоритмы программного обеспечения, используемого для сбора данных, должны быть открыты, чтобы каждый член общества в любой момент мог убедиться в том, что они не содержат незадекларированных функций. Кроме открытости кода мониторинговых программ, агентство должно будет гарантировать конфиденциальность данных об использованных каждым участником выборки произведениях, по аналогии с тайной голосования. Основанный на выборке и конфиденциальности полученных данных подход представляется наиболее перспективным потому, что большинство пользователей будут помогать работе системы, а не стараться вывести её из строя. Предоставление недостоверных данных не изменит размера уплачиваемого сбора, но может привести к тому, что почитаемый автор не получит справедливой доли вознаграждения, что противоречит интересам пользователя. С течением времени решаемая задача упростится, потому что граждане всё реже используют материальные носители и всё чаще доступ к произведениям в потоковом режиме, что позволяет автоматизировать мониторинг.

Описанная система нацелена на получение информации об относительной востребованности произведений, но даже совершенный мониторинг не учитывает разницы в продолжительности и степени удовлетворённости пользователей, которые не одинаковы для каждого конкретного произведения. Можно согласиться с тем, что техника определения степени удовлетворённости потребителей хотя и привлекательна, но привносит больше затрат и субъективизма, чем выгод и объективности. В качестве основного предлагается выбрать несовершенный, но надёжный и объективный принцип: расчёт частоты воспроизведения и/или копирования с учётом длительности произведения.

Современный подход к творчеству, подкреплённый технологическими возможностями, не отрицает того, что фрагменты известных произведений могут использоваться для создания новых работ[[182]](#footnote-182). Цепочка таких заимствований может быть длинной. Этот процесс взаимного заимствования, по мнению ряда исследователей, составляет саму суть творчества и развития культуры[[183]](#footnote-183). Предлагаемая система позволит справедливо делить доходы между создателями исходных и производных произведений или сложных объектов. Приведём примеры для иллюстрации принципа распределения вознаграждения. Цифровое сэмплирование (digital sampling). Музыканты часто перерабатывают и заимствуют фрагменты других композиций. Сегодня такие действия без разрешения автора заимствуемого произведения противозаконны, но, тем не менее, предпринимаются довольно часто. Поскольку основной творческий вклад в финальный результат вносит автор новой композиции, то он и должен получать большую часть дохода. В этом случае направление автору заимствованного произведения небольшой доли дохода не окажет критического влияния на решение автора нового произведения о заимствовании, и не снизит его творческую и коммерческую мотивацию. Такой подход удовлетворяет вышеописанному принципу справедливого распределения в соответствии со сделанным вкладом. Заимствованные фрагменты, как правило, составляют небольшую часть конечной композиции, поэтому распределение дохода пропорционально длительности старого и нового материала позволяет эффективно решить задачу. Как и раньше в абсолютной точности нет нужды, приблизительных оценок регистрационной формы будет вполне достаточно. Отредактированные кинофильмы (expurgated films). Существует практика удаления материала насильственного характера из кинофильмов, предназначенных для широкого проката. Эта практика признана социально полезной, хотя и небесспорной с точки зрения закона об авторских правах. Рассмотрим, как должно распределяться вознаграждение за использование таких отредактированных фильмов. Очевидно, что весь материал такого фильма является материалом оригинала. Заявитель должен выбрать последний вариант ответа на седьмой вопрос регистрационной формы. В этих обстоятельствах логично направить б*о*льшую часть вознаграждения автору оригинального произведения, но не полностью, поскольку редактор тоже заслуживает вознаграждения, и его инициативу ст*о*ит поощрять. Соотношение 75 процентов на 25 процентов представляется справедливым, но окончательные цифры должно установить агентство. Мультимедийные произведения (mash-ups). Сегодня авторы часто создают новое произведение посредством компиляции чужого материала. Предположим, что более 50 процентов нового произведения состоит из фрагментов заимствованных произведений, тогда заявитель должен выбрать предпоследний ответ в седьмом вопросе регистрационной формы. В этом случае будет уместно решение по распределению вознаграждения принятое в предыдущем примере. Выше рассмотрен лишь первый уровень производных работ. Таких уровней производных от производных работ может быть несколько. На каждом последующем уровне система будет отслеживать и вычислять долю авторов фрагментов, вошедших в финальную работу, но только до того момента как издержки этого процесса не превысят размер выплачиваемого дохода.

По расчёту автора альтернативной системы компенсации она будет выгодна как пользователям, так и правообладателям. На основании экономического анализа данных; расчёта объёма средств, требуемых для формирования фонда вознаграждения правообладателей; базы продаж соответствующих услуг и оборудования; вычисленного размера сбора, достаточного для финансирования административной системы; сделан следующий вывод. Затраты среднестатистического гражданина в условиях действия альтернативной системы компенсации составят в год сумму в два раза меньшую, чем без неё[[184]](#footnote-184). Предельная стоимость воспроизведения и распространения фонограмм и аудиовизуальных произведений в сети «Интернет» будет близка к нулю, поэтому граждане смогут использовать их без ограничений. Разнообразие контента возрастёт, поскольку авторам произведений инновационных жанров и видов творчества, основанных на новейших технологиях, будет проще найти свою аудиторию и доставить ей своей работы. Ещё одним преимуществом альтернативной системы станет отсутствие в ней ценовой дискриминации. Все граждане будут платить одну и ту же невысокую цену. Пользователи не будут испытывать ни правовых, ни технологических препятствий для переработки песен и кинофильмов по своему вкусу. Такое положение будет благоприятствовать развитию культурной среды и укреплению семиотической демократии.

Авторы и исполнители также получат преимущества. Во-первых, их доходы будут защищены от сокращения вследствие противоправного использования охраняемых произведений называемого пиратством. Во-вторых, они получат б*о*льшую свободу творчества и финансовую независимость. Второй эффект легко видеть на примере музыкантов. Известно, что композиторы и исполнители много теряют на возмещение реальных и мнимых издержек звукозаписывающих и дистрибьюторских компаний. До недавнего времени музыканты могли надеяться на успех только в случае заключения долгосрочного контракта с крупной звукозаписывающей компанией. Сокращение издержек на производство фонограмм, произошедшее в результате развития цифровых технологий, подвигло многих музыкантов расторгнуть эти соглашения и начать распространять свои произведения самостоятельно. Однако неразвитость инклюзивных правовых норм и отношений по предоставлению прав на использование записей напрямую слушателям, препятствуют развитию этого процесса. Предлагаемая система усилит возможности самостоятельного распространения, поскольку музыканты будут получать вознаграждение от государства, размер которого будет зависеть от востребованности их произведений.

 Система компенсации правообладателей поможет гармонизировать две фундаментальных, но зачастую противоречащих друг другу цели авторского права − защиту интересов автора и потребность общества в наиболее широком и быстром освоении инноваций. Напряжение между этими амбивалентными целями часто возникает при регулировании авторских отношений. Гражданин X изобрёл и запатентовал принципиально новое устройство тормозов для электропоездов, Y на основе устройства X создаёт тормозную систему. Гражданин X написал роман с интригующим сюжетом, но его литературный стиль не хорош; гражданин Y − искусный писатель, создаёт более популярную новеллу на основе того же сюжета. Гражданин X разработал интерфейс для управления распределёнными таблицами, Y создаёт более функциональную программу с X идентичным интерфейсом. В каждом из этих случаев гражданин X имеет законное право на вознаграждение за его творческий труд и результат, но в это право не должно блокировать возможности других по развитию инноваций. Авторское право работает в подобных случаях с помощью таких институтов как производные произведения, свободное использование в определённых случаях, исключение из объектов охраны идей и методов. Эти нормы имеют три серьёзных недостатка. Первое, они неконкретны. Так, например, при возникновении спора относительно соответствия переработки условиям свободного использования может потребоваться решение суда, который не всегда готов к решению узкоспециального вопроса. Этот процесс дорог, а результат зачастую неадекватен. Второе, с помощью действующих норм сложно разграничить переработку и заимствование. Третье, действующие нормы заставляют выбирать один из диаметрально противоположных вариантов. Если работа гражданина Y признана нарушающей права автора работы X, то в этом случае Y должен будет заплатить X согласованную сумму за право использовать его произведение, либо X может отказать в таком праве гражданину Y. Если же работа гражданина Y не будет признана нарушающей авторские права гражданина X, то гражданин X не получит и малой доли дохода[[185]](#footnote-185). В описанных случаях инклюзивная по своей сути компенсационная система будет работать эффективнее, чем действующие эксклюзивно-ориентированные нормы авторского права. Раннее было отмечено, что авторы произведений созданных на основе других произведений, должны будут указывать наименование инкорпорируемых работ и объем заимствованного материала. На основании этих данных доходы будут распределяться среди авторов нового и заимствованного произведения пропорционально величине их вкладов. В результате будет создана недорогая и справедливая система вознаграждения пионеров и их продолжателей.

Авторы, получившие преимущество от реализации своего имущественного права, станут менее зависимы от посредников в распространении своих работ и обретут б*о*льшую свободу заимствования. Это позитивный фактор. Рассмотрим состояние личных неимущественных прав авторов в новой системе. В каком положении окажутся те авторы, чьи произведения будут заимствоваться без их разрешения. Например, режиссёр подвергшегося редактуре фильма или исполнитель, чья фонограмма использована в фильме, который он считает недостойным. По действующему законодательству автор может запретить создание производного произведения. В условиях предлагаемой инклюзивно-ориентированной системы автор этого сделать не сможет. Правообладатели будут получать доход от переработки их произведений, но они не смогут запретить, ни создание, ни распространение таких работ. Некоторые авторы серьёзно обеспокоены перспективой утраты права на неприкосновенность произведения, но они, вероятно, найдут такое положение приемлемым по следующим правовым и организационным причинам. Во-первых, предлагаемая система не затрагивает правовых норм, запрещающих введение в заблуждение относительно права авторства и права на имя. Распространение переработанной версии фильма без чёткого указания на то, что она отличается от оригинала, будет противозаконным. Во избежание судебного преследования авторы производных произведений должны будут использовать специальные уведомления, например: «Данный фильм отличается от оригинальной версии. Сцены и диалоги насильственного характера удалены. Правообладатели оригинальной версии ответственности за сделанные изменения не несут». Второе, реестр агентства будет открыт и доступен. Пользователи получат возможность узнать о каждом зарегистрированной фонограмме и аудиовизуальном произведении то, сколько и какого заимствованного материала в нем содержится. В совокупности эти условия снимают остроту проблемы личных неимущественных прав авторов.

Тем не менее, уровень контроля над неприкосновенностью произведения в новой системе будет ниже, чем сегодня. Авторы, возражающие против изменения своих произведений, получат право отказаться от их регистрации и использования в рамках системы компенсации. Однако вряд ли такое решение будет рациональным. Есть основания полагать, что система компенсации будет функционировать эффективнее действующей в части получения дохода от использования произведений в сети «Интернет». Кроме того необходимо заявить, что желание изготовителей фонограмм, кинематографических и приравненных к ним произведений сохранить в неприкосновенности каждую копию более не заслуживает поддержки. Архитектор, например, не вправе запретить внесение изменений в конструкцию здания или продажу изменённого проекта[[186]](#footnote-186). Права краснодеревщика тоже ограничены. При этом результаты этих видов интеллектуальной деятельности также относятся к произведениям искусства. Кроме того, ограничение права на неприкосновенность произведения необходимо для поддержки семиотической демократии и предоставления гражданам инструментов для участия в формировании культурной среды.

Д. Бойл предлагает следующий способ решения этой проблемы[[187]](#footnote-187). Авторы, требующие сохранения абсолютной неприкосновенности своих работ, смогут защитить личные неимущественные права с помощью специальной нормы. Заявитель в регистрационной форме сможет выбрать такой вариант, который запрещает всякое изменение и создание производных произведений. Однако эта опция будет иметь свою цену, такой заявитель будет получать меньше, например, только две третьих от причитающегося объёма вознаграждения. Материальное стимулирование будет предостерегать авторов от беспечного выбора данной опции, и работать на поощрение открытости.

Проанализируем, какие ещё общественные объединения могут возражать против государственной компенсационной системы вознаграждения авторов. В качестве таковых, вероятно, окажутся производители, дистрибуторы и розничные продавцы материальных носителей произведений. Снижение издержек оборота в новой системе обернётся для них существенным сокращением и возможной потерей бизнеса: закрытием производств и магазинов по продаже носителей. Главные фигуры на данном рынке – звукозаписывающие компании и киностудии на первом этапе не пострадают. Напротив, на начальном этапе административная система поможет им компенсировать убытки, которые они несут вследствие возросшего распространения копий произведений в киберпространстве. Однако в долгосрочной перспективе ситуация может измениться. Одни прогнозы говорят о том, что звукозаписывающие компании и киностудии смогут капитализировать свой опыт и положение на рынке, остаться жизнеспособными и прибыльными. В соответствии с другими прогнозами они проиграют конкуренцию новым технологиями создания и распространения фонограмм и аудиовизуальных произведений. Какой из этих прогнозов осуществиться будет зависеть от выбранной стратегии на меняющемся рынке.

Дополнительные расходы, связанные с уплатой сбора для вознаграждения правообладателей, возникнут у провайдеров доступа в сеть «Интернет». Однако часть этих расходов будет транслирована конечным пользователям, которые взамен получат преимущества легального и свободного использования произведений в наилучшем качестве. Услуги высокоскоростного доступа в сеть «Интернет» станут более ценными для граждан, что увеличит на них спрос и доходы провайдеров. Кроме того, новая система упразднит требования, направленные на блокирование противоправного использования охраняемых произведений в сети, что позволит сократить издержки на разработку, поддержку и инфраструктуру соответствующих технических средств и мероприятий. По совокупности факторов положение поставщиков услуг доступа в сеть «Интернет» не ухудшится.

Новая система обеспечит ряд значительных преимуществ обществу в целом. Прежде всего, снижение транзакционных издержек. Поскольку она предполагает меньше запретов и ограничений, то количество судебных процессов по их нарушению снизится, и непроизводительные потери общества сократятся. Альтернативная система компенсации, безусловно, не может быть бесплатной. Консервативный прогноз управленческих издержек в начальный период оценивается в 15-20 процентов от суммы налоговых поступлений, но по сравнению с издержками других вариантов эта цена представляется приемлемой[[188]](#footnote-188).

 Наиболее важным позитивным эффектом от введения системы компенсации станет снижение уровня правонарушений в обществе, который сложился в условиях эксклюзивно-ориентированного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. По оценкам международных экспертов уровень пиратства в России остаётся одним из самых высоких в мире[[189]](#footnote-189). В Российской Федерации и других странах мира периодически проводятся кампании, направленные на противодействие противоправному использованию произведений в сети «Интернет», однако миллионы людей по всему миру не меняют своего поведения[[190]](#footnote-190). Возникла ситуация когда граждане считают свои действия соответствующими социальной норме поведения, но в действительности они совершают правонарушение. Введение системы компенсации призвано изменить положение с правонарушениями данного вида в лучшую сторону. Свободное использование фонограмм и аудиовизуальных произведений в сети «Интернет» может стать разрешённым законом действием, которое поощряется правообладателями[[191]](#footnote-191).

Предлагаемая государственная система компенсации правообладателей не лишена недостатков, однако она позволит преодолеть проблемы, порождённые эксклюзивно-ориентированным уклоном законодательства об авторских правах. Эта система представляет собой одну из возможных форм реализации инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в России и других странах мира, который позволяет установить режим[[192]](#footnote-192) свободного использования фонограмм, музыкальных и аудиовизуальных произведений в сети «Интернет».

Для того чтобы административная система компенсации правообладателей заработала, сначала потребуется создать её функциональные элементы. Во-первых, должно быть организовано агентство по управлению авторскими правами в сети «Интернет», либо эта функция должна быть вменена одному из аккредитованных государством обществ по коллективному управлению правами в соответствии с нормами статьи 1244 ГК РФ. Во-вторых, агентство должно запустить автоматизированную подсистему регистрации и идентификации произведений на основании пункта 7 статьи 1232 ГК РФ. В-третьих, Федеральное Собрание Российской Федерации должно санкционировать введение специального сбора для формирования фонда вознаграждения правообладателей. Агентство должно будет провести исследование объёмов использования фонограмм, музыкальных и аудиовизуальных произведений в киберпространстве. На основе данных исследования агентство должно будет вычислять сумму, требуемую для компенсации потерь правообладателей, понесённых ими вследствие утраты традиционных источников дохода при свободном использовании произведений в сети «Интернет». После того как перечисленные элементы системы будут созданы в российское законодательство и положения международных договоров необходимо будет внести изменения, которые с одной стороны позволят ограничить исключительные права, и узаконить режим свободного использования части объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет», с другой стороны.

Статья 1259 ГК РФ относит к объектам авторских и смежных прав, попадающим под действие административной системы музыкальные и аудиовизуальные произведения, а статья 1304 ГК РФ фонограммы. Статьи 1270, 1303 ГК РФ наделяют правообладателей этих объектов исключительными правами на их использование. Статьи с 1273 по 1279 и 1306 ГК РФ балансируют частные и общественные интересы рядом изъятий из исключительных прав, допуская свободное использование произведений без согласия и выплаты вознаграждения автору или иному правообладателю в определённых случаях. Статья 1229 ГК РФ в пункте 5 допускает ограничение исключительных прав с сохранением за правообладателями права на вознаграждение в связи с расширением возможностей свободного использования произведений в сети «Интернет», если такое ограничение будет установлено кодексом. Для законодательного закрепления режима свободного использования определённых объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет», статью 1274 ГК РФ, допускающую свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях, необходимо дополнить пунктом 5.

Пункт 5 статьи 1274 ГК РФ предлагается изложить в следующей редакции: «При условии выплаты вознаграждения правообладателям допускается: 1) свободное воспроизведение, распространение, публичный показ, публичное исполнение и доведение до всеобщего сведения зарегистрированных фонограмм, музыкальных и аудиовизуальных произведений в сети «Интернет»; 2) создание производного на основе зарегистрированного произведения, если производное произведение также зарегистрировано для свободного использования. Действие правовой новеллы пункта 5 статьи 1274 ГК РФ будет распространяться и на фонограммы в соответствие с отсылкой статьи 1306 ГК РФ.

В результате введения этой новеллы в законодательстве об интеллектуальных правах образуется коллизия правовых норм, регулирующих свободное использование произведений в сети «Интернет» и применение технических средств защиты исключительных прав. Технические средства защиты действуют на основании статьи 1299 ГК РФ. Суть данной коллизии в том, что технические средства защиты направлены на контроль доступа и ограничение возможностей использования произведений, тогда как целью новой системы является устранение ограничений. Однако данное противоречие не является неразрешимым. Проблема применения технических средств защиты имеет три аспекта. Первый аспект состоит в том, будет ли разрешено регистрировать произведения в формате, ограничивающем способы и количество сеансов воспроизведения, копирования и внесение изменений. По этому положению – ответ нет. Одной из целей системы компенсации является поддержка семиотической демократии или более широко: свободы граждан использовать, воспроизводить, изменять, перерабатывать, и распространять производные произведения. Разрешение правообладателям налагать технические ограничения не приблизит общество к достижению целей семиотической демократии. Второй вопрос о том, будет ли разрешено регистрировать версию произведения без контроля доступа и ограничения действий пользователя, и вместе с тем распространять зашифрованные копии того же произведения на платной основе. До момента когда новая система докажет свою эффективность будет правильным разрешить правообладателям использовать гибридную маркетинговую стратегию распространения произведений в рамках гетерогенного эксклюзивно-инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Например, продавать защищённые от копирования физические носители и одновременно свободно распространять зарегистрированные версии тех же произведений в сети «Интернет». Сохранение этой возможности оставляет правообладателю выбор в решении вопроса о присоединении к административной системе. Третий вопрос о защите прав автора, который решил не присоединяться к новой системе, с помощью статьи 1299 ГК РФ, не допускающей устранение технических ограничений доступа к произведению. Нежелающие присоединяться к компенсационной системе авторы могут продолжать использовать технические средства защиты, полагаясь на силу запретительных норм. Если новая система окажется эффективной, то правообладателям станет очевидно, что проще и выгодней зарегистрировать свои работы в агентстве и получать роялти по правилам государственной системы вознаграждения.

В части соблюдения конституционных прав граждан в связи с установлением альтернативной системы компенсации существует вероятность того, что правообладатель не согласится с редукцией объёма его исключительных прав и посчитает её нарушением статьи 35 Конституции Российской Федерации. Однако исковое требование об отмене правил новой системы с высокой вероятностью останется без удовлетворения. Статья 35 Конституции Российской Федерации действительно применима в данном случае, поскольку интеллектуальная собственность, которой предоставлена охрана по статье 44 Конституции Российской Федерации, защищена от принудительного отчуждения без равноценного возмещения. Однако сокращение исключительного права, обусловленное установлением режима свободного использования произведений в киберпространстве, не останется без возмещения. Наоборот, одной из основных целей предлагаемой системы является защита правообладателей от убытков, которые они терпят сегодня вследствие отставания гражданско-правового регулирования авторских отношений от прогресса в области информационно-коммуникационных технологий. Возмещение будет гарантировано государством с помощью предложенной системы вознаграждения.

Инкорпорация режима свободного использования фонограмм, музыкальных и аудиовизуальных произведений в сети «Интернет» не влечёт за собой коренной ломки и не вносит противоречий в работу действующего механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации, но она усиливает его инклюзивное звено, придаёт ему гетерогенный эксклюзивно-инклюзивный характер. С принятием четвертой части ГК РФ в российском законодательстве об интеллектуальных правах, за исключением вышеприведённых поправок, наличествуют нормы, позволяющие установить режим свободного использования части объектов авторских прав в сети «Интернет».

Расширение возможностей свободного использования произведений в Российской Федерации не должно нарушать положений Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 года с последующими дополнениями и изменениями и Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), входящее в пакет документов о создании Всемирной Торговой Организации и вступившее в силу 1 января 1995 года.

Соглашение ТРИПС нередко определяют в качестве дополнения к Бернской и Римской конвенциям в отношении объектов авторских и смежных прав, т.к. оно опирается на их положения, дополняет регулятивные нормы и вводит защиту компьютерных программ как литературных произведений. Требования ТРИПС были учтены в четвертой части ГК РФ и поправках принятых к ней в 2010 году по результатам согласования условий присоединения России к ВТО. Статья 13 ТРИПС гласит, что члены сводят ограничения или изъятия в отношении исключительных прав до некоторых особых случаев, которые не вступают в противоречие с обычным использованием произведения и необоснованно не ущемляют законные интересы правообладателя. В пункте 5 статьи 1229 ГК РФ осуществлена инкорпорация норм трёхступенчатого теста в соответствии со статьями 13, 17, 26 и 30 ТРИПС. Мы считаем, что альтернативная система компенсации правообладателей соответствует требованиям статьи 13 ТРИПС и статьи 1229 ГК РФ. С момента вступления в силу соглашения ТРИПС прошло более двадцати лет. Соглашение ТРИПС было принято в условиях господства традиционных способов распространения произведений на материальных носителях и преимущественно ориентировано на них. Поэтому использование объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет» следует отнести к особому случаю, предусмотренному нормами ТРИПС для ограничения исключительных прав. В отношении второго требования трёхступенчатого теста ТРИПС необходимо отметить, что использование произведений посредством сети «Интернет» сегодня является обычной и широко распространённой практикой. Следовательно, использование в сети «Интернет» фонограмм, музыкальных и аудиовизуальных произведений не вступает в противоречие с их обычным использованием. Третье требование также выполняется. Законные имущественные интересы правообладателя на вознаграждение и компенсацию понесённых потерь вследствие легализации свободного использования произведений в сети «Интернет» будут удовлетворены. Неимущественные права авторов будут защищены правовыми и организационно-техническими средствами системы компенсации, а также правом не присоединяться к ней.

Из перечня объектов охваченных альтернативной системой компенсации, к охраняемым Бернской конвенцией относятся музыкальные сочинения с текстом или без текста и кинематографические произведения по статье 2, а также звуковые записи музыкальных произведений, упомянутые в статье 9. статьи 9, 11 и 12 предоставляют авторам этих работ исключительные права на их использование. В свою очередь статья 9 соглашения ТРИПС требует от стран участников соблюдения статей с 1 по 21 Бернской конвенции. В отношении записей музыкальных произведений статья 13 Бернской конвенции предоставляет странам участникам определённую гибкость: «Каждая страна Союза может устанавливать для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого автору музыкального произведения и автору любого текста, уже разрешившему на его запись вместе с музыкальным произведением, разрешать звуковую запись музыкального произведения вместе с таким текстом, если таковой имеется; однако все эти оговорки и условия применяются только в тех странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права этих авторов на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом». Этого послабления достаточно для распространения альтернативной системы компенсации на фонограммы и музыкальные произведения. Однако в отношении кинематографических и приравненных к ним произведений такой возможности нет. Перед введением государственной системы вознаграждения правообладателей, заинтересованным странам-участникам необходимо добиться включения кинематографических и приравненных к ним произведений в статью 13 Бернской конвенции для легитимизации возможности по ограничению исключительного права в отношении этих произведений.

Российская Федерация имеет право воспользоваться положением статьи 13 Бернской конвенции, чтобы занять лидирующее позиции в части установления режима свободного использования музыкальных произведений и фонограмм в сети «Интернет» с выплатой вознаграждения правообладателям в рамках усиления инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Если эта правовая реформа окажется успешной, то принцип взаимности, действующий в международном праве, который состоит во взаимном предоставлении договаривающимися государствами равных возможностей своим и иностранным лицам на своей территории, будет способствовать процессу инклюзивно-ориентированной модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на международном уровне в странах-участницах Бернской конвенции.

Пункт 1 статьи 13 Бернской конвенции предлагаем изложить в следующей редакции. «Каждая страна Союза может устанавливать для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого: (1) автору музыкального произведения и автору любого текста, уже разрешившему на его запись вместе с музыкальным произведением, разрешать звуковую запись музыкального произведения вместе с таким текстом, если таковой имеется; (2) правообладателю кинематографического или приравненного к кинематографическому произведения; однако все эти оговорки и условия применяются только в тех странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права этих авторов на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом».

Подводя итог второй главы, сделаем следующие выводы. Анализ имеющегося положительного мирового опыта использования семейства лицензий Creative Commons позволил сделать вывод о необходимости рецепции соответствующих инклюзивных норм в правовую систему Российской Федерации. С целью повышения эффективности механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, упрощения доступа к произведениям, размещённым в сети «Интернет», и увеличения объёмов использования свободного программного обеспечения необходимо принять правовые нормы о применении типовых публичных лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций для заключения лицензионных договоров. Альтернативная система компенсации за предоставление авторами возможности свободного использования произведений в сети «Интернет» неограниченному кругу лиц может стать одним из элементов инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации.

# **Глава третья. Предпосылки формирования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений**

## §1. Диспозитивность авторского права как основа инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений

Инклюзивно-ориентированная модернизация механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений требует исследования оснований для такого усовершенствования в базовых началах и принципах авторского права, которые делают её возможной и необходимой на современном этапе развития общества. Принцип диспозитивности является одним из важнейших в конструкции авторского права. Полнофункциональная реализация данного принципа требует усиления инклюзивных норм и формирования инклюзивного метода регулирования авторских отношений. Эффективное применение принципа диспозитивности при совершенствовании механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений будет работать на достижение целей авторского права и построение гармоничной системы интеллектуальных прав.

Диспозитивность представляет собой юридическую категорию, характеризующую возможность свободного распоряжения субъекта права, принадлежащими ему правами. Диспозитивным может быть метод правового регулирования той или иной отрасли права, при котором субъекты права вправе самостоятельно договориться о варианте поведения по своему усмотрению, а нормы права лишь устанавливают правила для тех случаев, когда субъекты не воспользовались возможностью оговорить вариант поведения в соглашении. В гражданском законодательстве диспозитивные нормы образуют значительную по объёму категорию норм права. Статья 421 ГК РФ в пункте 4 определяет диспозитивную норму как «норму, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма)». Императивные нормы, наоборот, не могут быть отменены по соглашению сторон. В соответствии с принципом диспозитивности гражданского права лица вправе самостоятельно распоряжаться своими правами и средствами их защиты. Как и эволюция иных принципов гражданского процесса, историческое развитие принципа диспозитивности представляет собой разнонаправленное движение подобное движению маятника, однако не всегда равномерное и последовательное[[193]](#footnote-193).

Диспозитивные начала, так или иначе, связанны с общедозволительными тенденциями правового регулирования. В доктринальных источниках диспозитивность понимается широко, что отражает многозадачность этой правовой категории[[194]](#footnote-194). В зависимости от научной позиции авторов, она рассматривается как принцип, как метод, как основополагающее начало деятельности, как признак одной из разновидностей юридических норм, как субъективное право, как юридический режим, и как идеологический фактор, определяющий развитие законодательства[[195]](#footnote-195). Диспозитивность находит своё воплощение в различных аспектах правовой реальности и, наряду с использованием диспозитивных норм, включает определённую свободу каждого субъекта распоряжаться своими материальными правами и процессуальными средствами их защиты, а также установленные законом возможности для дискретного усмотрения со стороны государственных органов и учёта волеизъявления частных лиц, использование договорных форм и актов локального саморегулирования, свободу выбора из ряда предусмотренных законом альтернатив и, как следствие, допускаемую правовыми нормами вариативность поведения.

Г.В. Мальцев подчёркивает, что диспозитивность в праве означает свободу осуществлять собственное усмотрение в ситуациях, урегулированных нормой права, однако свободы здесь ровно столько, сколько пожелает законодатель – носитель императивной воли[[196]](#footnote-196). Движущей силой диспозитивности выступают категория «субъективное право», поскольку в данном случае участникам правоотношений всегда предоставляется возможность некоторого выбора, альтернативы, локального саморегулирования. Однако, сводить диспозитивность только к осуществлению субъективного права, а диспозитивные нормы к управомочивающим нормам, категорически неверно. Диспозитивность может проявляться при реализации запретов и обязанностей, а диспозитивные нормы могут содержать как дозволения, так и обязанности, и запреты. В конечном итоге, суть диспозитивности как правового явления состоит в нормативно предусмотренной для той или иной категории субъектов права возможности автономного волеизъявления, то есть известной степени свободы, в выборе юридически значимого поведения, причём как при использовании прав, так и при исполнении обязанностей. Это по замечанию С.С. Алексеева «открывает простор для действий лица по своему усмотрению, по своей воле и в своих интересах»[[197]](#footnote-197). Диспозитивность логично определить в качестве межотраслевого правового принципа, который в той или иной мере проявляет себя во всех отраслях российского права, включая институт интеллектуальных прав, в котором он работает с учётом отраслевых особенностей.

Диспозитивная норма позволяет участникам регулируемых ею отношений изменить предусмотренную такой нормой модель поведения по собственному волеизъявлению. Участникам правоотношений предоставляется возможность самим договориться о своих взаимных правах и соответствующих им обязанностях, и лишь на случай, если они не сделают этого, предписывается определённый обязательный вариант поведения[[198]](#footnote-198). По замечанию Я.М. Магазинера, диспозитивные нормы права, которые автор называет восполнительными, обязательны только в том случае, когда нет распоряжения на данный случай со стороны лица, которое на это имеет право: «Восполнительный закон сам по себе не обязателен к непременному исполнению, а обязателен только на случай отсутствия какого-либо распоряжения личности, на случай, которого она не предвидела или не желала считаться с его наступлением». Таким образом, в отличие от императивных норм, которые чётко, однозначно определяют модель поведения, не позволяя участникам правоотношений отступить от предписанного правила, диспозитивные нормы действуют постольку, поскольку субъекты права не установили своей волей и в своих интересах иные условия своих взаимодействий. В частном праве диспозитивность связывается, как правило, с договорными отношениями равноправных контрагентов. Для диспозитивных норм частного права типичной является формулировка: «если в договоре не предусмотрено иное». Диспозитивная норма в плане своего адресата всегда обращена к правоприменителю, а не к законодателю. В этом смысле нормы с оговорками типа «если иное не установлено законом» диспозитивными не являются, хотя и могут свидетельствовать о проявлении диспозитивности в широком смысле[[199]](#footnote-199).

Е.В. Вавилин считает, что принцип диспозитивности преломляется в ряде норм гражданского права и единодушно признается цивилистами как отраслевой[[200]](#footnote-200). Одними из первых в юридический лексикон ввели понятие «диспозитивность» [[201]](#footnote-201),[[202]](#footnote-202) Ветцель и Эндеманн. Хайнце и Канштейн утвердили этот термин в науке о праве, раскрыв его суть как идею распоряжения сторон своими правами в гражданском процессе[[203]](#footnote-203),[[204]](#footnote-204). Это положение в высокой степени моделирует процесс осуществления прав и исполнения обязанностей. Поскольку в осуществлении прав решающую роль играет воля материально заинтересованных лиц, т.е. субъектов права, то истоки этого принципа заложены в существе гражданских правоотношений – в праве личной собственности и автономии воли участников отношений. В гражданском праве по сравнению с другими отраслями права роль данного начала невозможно переоценить, так как в сфере частного права государство не ставит задачу строго определить права и обязанности субъектов. Таким образом, сам характер гражданско-правовых отношений проявляется в необходимости «индивидуальной регламентации в персонально определённых отношениях в дополнение к содержанию отношений, которые определяются нормативными актами». Подобное понимание принципа диспозитивности подготовлено рядом исследований. Так, М.А. Гурвич И.А. Жеруолис отмечают, что названное начало предопределено автономным характером гражданских прав[[205]](#footnote-205),[[206]](#footnote-206). Это проявляется в преобладании диспозитивных норм в гражданском праве, что, в свою очередь, позволяет участникам регулируемых отношений самостоятельно организовывать свою деятельность. В сфере регулирования отношений названный принцип позволяет восполнять законодательные пробелы, например, соглашением сторон. Согласно названному принципу субъекты осуществляют права своей волей и в своём интересе, а в некоторых случаях и в интересах третьих лиц. Это обстоятельство означает возможность субъекта осуществлять в целом правоспособность по своему смотрению, приобретать либо не приобретать субъективные права, выбирать конкретный способ их приобретения, регулировать по своему усмотрению в установленных рамках содержание правоотношения, распоряжаться наличным субъективным правом, прибегать либо не прибегать к мерам защиты нарушенного права. Часто конфликт интересов участников правоотношений порождается именно возможностью выбора вариантов реализации правомочий. Таким образом, квинтэссенция диспозитивности заключается в наличии у субъектов вариантов их правомерного поведения или действий.

Диспозитивность предстаёт в качестве характерной черты, как метода, так и механизма гражданско-правового регулирования. Диспозитивность проявляется как на стадии формирования гражданских отношений при выборе контрагента, определении объекта правоотношений и т.д., так и свободе осуществления наличных субъективных прав, например, возможность наделения себя правами и обязанностями, распоряжения ими, определения момента возникновения, изменения и прекращения правоотношений. Можно выделить несколько направлений действия этого принципа в механизме осуществления прав и исполнения обязанностей. Во-первых, диспозитивность обеспечивает динамику процесса, связывая одну стадию осуществления с другой. Движущим стимулом являются в этом случае законные интересы правообладателей. Во-вторых, обеспечение широких возможностей соотношения прав и обязанностей. В-третьих, обеспечение возможностей выбора способов и средств реализации прав и исполнения обязанностей. Следует, однако, оговориться, что диспозитивность в ряде случаев имеет относительный характер, она зависит от конфигурации прав и обязанностей в конкретных правоотношениях. Если право субъекта одновременно является и его обязанностью, то правообладатель в осуществлении этого права обязан руководствоваться не только своим интересом и волей, но и велением закона. Кроме того, волю субъекта ограничивают и пределы осуществления прав, кодифицированные в статье 10 ГК РФ и определённые другими гражданско-правовыми принципами. Так, законом в статье 240, 293 ГК РФ предусмотрено прекращение права собственности в отношении бесхозяйственно содержимых культурных ценностей, жилого помещения, которые принудительно выкупаются у собственника. Помимо прочего, граница диспозитивности очерчена в известном смысле и принципом сохранения прав в случае отказа граждан и юридических лиц от этих прав. Причём следует учесть, что в сфере исполнения обязанностей диспозитивность имеет выраженные ограничения по сравнению с процессом реализации прав. Эти ограничения связаны с определением сроков исполнения либо с условиями относительно способа исполнения обязанности, например в виде исполнения в натуре или денежного эквивалента. В-четвертых, диспозитивность предопределяет потенциал заинтересованного лица добиваться защиты указанными в законодательстве способами либо отказаться от таковой по своему усмотрению. В-пятых, диспозитивность служит основой эффективности процесса осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей. Возможность разных вариантов поведения управомоченных помогает преодолеть столкновение законных интересов сторон, затрудняющее процесс осуществления прав исполнения обязанностей. Прослеживается явная связь между степенью диспозитивности и эффективностью осуществления прав и исполнения обязанностей. Ж. Карбонье отмечал, что эффективность закона, который обеспечивает свободу действия, заключается не в действии, а в самой свободе, т.е. возможности выбрать допустимый вариант действия. Такой закон всегда обладает невидимой эффективностью благодаря своему психологическому влиянию на людей. Таким образом, диспозитивность носит не только субъективный характер, психологическое влияние, но и объективно заложена в нормах права. В-шестых, диспозитивность позволяет заметно гармонизировать частные и общественные интересы. Иными словами, принцип диспозитивности в большей степени предстаёт как конструктивный, организационный элемент механизма осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей и исполняет роль регулятора способов и средств правоосуществления[[207]](#footnote-207).

При регулировании договорных отношений ГК РФ наиболее широко использует диспозитивные нормы, которые вступают в действие в качестве условий договора только в том случае, если его стороны не урегулировали соответствующий вопрос иначе и/или не исключили применение к их отношениям диспозитивной нормы. Таким образом, важнейшая особенность диспозитивных норм состоит в том, что они устанавливают возможность отступления от содержащихся в них правил, тогда как обычные, императивные нормы закона предусматривают необходимость строгого выполнения содержащихся в них предписаний. Поэтому их использование также представляет собой одно из проявлений свободы договора. К числу диспозитивных норм относятся, например, многие правила исполнения договорных обязательств: статья 311 ГК РФ о возможности исполнения обязательства по частям, статьи 314, 315 ГК РФ о сроке его исполнения и возможности досрочного исполнения, статья 316 ГК РФ о месте исполнения обязательства. По-существу, такие нормы содержат некоторую «подсказку» сторонам договора относительно того, какие его условия им также следовало бы согласовать, хотя они могут этого и не делать, а возможность применения этих норм фактически восполняет отсутствующую волю сторон относительно некоторых недостающих условий договора, т.е. заполняет имеющиеся в нем пробелы. При этом предлагаемое диспозитивной нормой правило основывается на многолетней практике договорных отношений и обычно представляет собой оптимальный вариант соответствующего договорного условия.

Если при заключении договора стороны не отступили от диспозитивной нормы, предусмотрев отличное от этой нормы договорное условие, или не исключили её применение к своим отношениям, то после заключения договора стороны должны соблюдать диспозитивную норму так же, как и императивную. Однако диспозитивная норма остаётся диспозитивной, потому что стороны и после заключения договора вправе по обоюдному согласию отступить от диспозитивной нормы, включив в уже заключённый договор условия, отличные по содержанию от диспозитивной нормы, а равно исключив применение этой нормы к своим отношениям. Таким образом, договор как сделка, как правовой акт, должен соответствовать только императивным нормам и не должен соответствовать диспозитивным нормам, в каком бы источнике права они ни содержались[[208]](#footnote-208).

Авторское право диспозитивно по своей сути. Результаты исследования, описанные в первой главе, позволили установить, что авторское право зародилось как дарованная сюзереном привилегия, которая в дальнейшем трансформировалось в монопольное право автора либо другого правообладателя на использование произведения, предоставляемое и гарантируемое государством. Как привилегия, так и исключительное право имманентно содержит в себе возможность вариативного поведения управомоченного субъекта, что свидетельствует об их диспозитивной правовой природе, если не в полной мере, то, как минимум, до некоторой степени. Однако факт диспозитивности авторского права следует скрупулёзно доказать, потому что, во-первых, он важен для формально-логического обоснования необходимости инклюзивно-ориентированной модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, и во-вторых, потому что среди правоведов не утихают споры относительно того, какой, диспозитивный или императивный метод преобладает в регулировании авторских отношений[[209]](#footnote-209).

Доказательство диспозитивности авторского права имеет важное значение, потому что если это так, то необходимо обеспечить равную нормативную поддержку по всем возможным векторам волеизъявления авторов и иных правообладателей. Волеизъявление правообладателя зависит от его личной точки зрения на способ извлечения дохода из использования произведения, который как может строиться на традиционных началах исключения граждан из круга пользователей до специального разрешения и взимания с них платы за доступ в той или иной форме. Либо, наоборот, волеизъявление правообладателя может быть направлено на освобождение произведения от барьеров на пути его использования неопределённым кругом лиц, т.е. на включение в число пользователей произведения всей массы реально и потенциально заинтересованных субъектов. Между этими двумя полюсами лежит возможность волеизъявления о предоставлении неограниченному числу лиц права на использование произведений в определённом автором объёме, во все шире применяемой в мире правовой парадигме Creative Commons, которая известна правовой формулой «некоторые права защищены» или «some rights reserved». Доказанность принципиальной диспозитивности авторского права диктует необходимость обеспечить авторам и иным правообладателям весь спектр возможностей для полноценной реализации прав по этим трём выделенным направлениям вероятного волеизъявления.

Проанализируем на предмет диспозитивности ряд действующих правовых норм. Следующие нормы имеют вариативный, оставленный законодателем на усмотрение участников отношений порядок действий по реализации принадлежащих им прав. Статья 1228 ГК РФ в п. 3 гласит, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Это право может быть передано автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим лицам по иным основаниям, установленным законом. Здесь возможность передачи права другим лицам указывает на диспозитивный характер правомочий автора. Статья 1229 ГК РФ в пункте 1 устанавливает, что гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, если Кодексом не предусмотрено иное. Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением). Пунктом 3 статьи 1229 ГК РФ определено, что каждый из правообладателей вправе самостоятельно принимать меры по защите своих прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации. В формулировках этой статьи законодатель четыре раза указывает на возможность правообладателя действовать по своему усмотрению, что позволяет отнести её положения к категории диспозитивных правовых норм. Статья 1233 ГК РФ в пункте 1 утверждает, что правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путём его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующих результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор). В пункте 5 этой статьи декларируется, что правообладатель может сделать публично, то есть путём сообщения неопределённому кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему произведение науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определённых правообладателем условиях и в течение указанного им срока. В течение указанного срока любое лицо вправе использовать данное произведение или данный объект смежных прав на определённых правообладателем условиях. Вариативность предоставленных возможностей по распоряжению правами подчёркивает диспозитивность норм статьи 1233 ГК РФ.

Блок статей о Лицензионном договоре также пропитан духом диспозитивности правомочий правообладателя. Так статья 1235 ГК РФ закрепляет, что по лицензионному договору одна сторона – обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах. Лицензиат может использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором. Статья 1236 ГК РФ предусматривает свободу, т.е. диспозитивность условий лицензионных договоров нескольких видов. В частности, предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия); предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия). По сублицензионному договору при письменном согласии лицензиара лицензиат может по договору предоставить право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации другому лицу. По такому договору сублицензиату могут быть предоставлены права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации только в пределах тех прав и тех способов использования, которые предусмотрены лицензионным договором для лицензиата, что характеризует сублицензионный договор в качестве диспозитивного инструмента фиксации воли сторон.

 Закон предусматривает факультативную возможность государственной регистрации программ для ЭВМ и баз данных. По статье 1262 ГК РФ, по которой правообладатель в течение срока действия исключительного права на программу для ЭВМ или на базу данных, может по своему желанию зарегистрировать такую программу или базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Факультативный порядок означает необязательный, предоставляемый на выбор, используемый по желанию вариант поведения, что также свидетельствует о диспозитивности данной нормы авторского права. Даже формулировка личных неимущественных прав, таких как право авторства и право автора на имя в статье 1265 ГК РФ содержит в себе диспозитивный элемент. По этой статье право авторства – право признаваться автором произведения и право автора на имя – право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, то есть анонимно, неотчуждаемы и непередаваемы, в том числе при передаче другому лицу или переходе к нему исключительного права на произведение и при предоставлении другому лицу права использования произведения. Возможность выбора псевдонима или не указания имени есть ни что иное как диспозитивные правомочия, предоставленные законом.

Для иллюстрации диспозитивности авторского права в международном аспекте приведём некоторые положения Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений[[210]](#footnote-210), а также международного Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ)[[211]](#footnote-211) и Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП)[[212]](#footnote-212), которые в ряде положений предоставляют возможность присоединившимся к этим правовым актам странам действовать по своему усмотрению. Статья 2bis Бернской конвенции, допускающая возможное ограничение охраны определённых произведений, устанавливает, что законодательством стран Союза могут полностью или частично изыматься из охраны политические речи и речи, произнесённые в ходе судебных процессов, что характеризует положения этой статьи как диспозитивные нормы. Также законодательством стран Союза на диспозитивной основе могут определяться условия, на которых лекции, выступления и другие, произнесённые публично произведения такого рода могут воспроизводиться в прессе, передаваться в эфир, сообщаться для всеобщего сведения по проводам и составлять предмет публичных сообщений, когда такое использование оправдывается информационной целью. Статья 13 Бернской конвенции содержит диспозитивную норму о допустимом ограничении права на запись музыкальных произведений и любых текстов, относящихся к ним. Текст данной статьи содержит в себе принцип диспозитивности действий стран участниц договора. В частности, каждая страна Союза может устанавливать для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого автору музыкального произведения и автору текста, разрешившему на его запись вместе с музыкальным произведением. Статья 15 международного договора ДИФ содержит диспозитивную норму о том, что любая договаривающаяся сторона может заявить, что она будет применять положения пункта о праве исполнители и производители фонограмм на единовременное справедливое вознаграждение за прямое или косвенное использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, для эфирного вещания или любого сообщения для всеобщего сведения, только в отношении некоторых видов использования или что она ограничит их применение каким-либо иным образом, или что она вообще не будет применять эти положения. Статья 10 международного договора ДАП носит диспозитивный характер по важнейшему вопросу о том, что договаривающиеся стороны могут предусмотреть в своём национальном законодательстве ограничения или исключения из прав, предоставляемых авторам литературных и художественных произведений в определённых особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом не ущемляют законные интересы автора.

Анализ этой выборки международных и национальных правовых норм приводит к заключению о том, что авторское право является не частично, но системно диспозитивным. От базовых принципов до частных норм, как на национальном, так и на международном уровне. Однако при этом авторское право одновременно остаётся императивным по природе его происхождения как санкционированная государством монополия. Данная отрасль права имеет в своей основе двуединую императивно-диспозитивную гетерогенную правовую конструкцию. Следовательно, вполне обоснованным и дополнительно подтверждённым представляется сделанный нами вывод о том, что механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений должен обеспечивать их двунаправленное гетерогенное эксклюзивно-инклюзивное регулирование.

Правовой принцип диспозитивности определяется обобщающей формулой «право сторон распоряжаться своими правами» без уточнения того, о каких правах идёт речь[[213]](#footnote-213). Рассмотрим в деталях правомочие распоряжение как результат действия, способ претворения в жизнь правового принципа диспозитивности. Понятие «распоряжение» представляется недостаточно проработанным с правовой точки зрения. Даже лингвистическая история его неоднозначна: В.Д. Кайгородов пишет, что название происходит от латинского слова «dispositivus», что означает «располагаю»[[214]](#footnote-214). С.В. Моисеев со ссылкой на Ф.М. Дыдынского[[215]](#footnote-215) и М.Е. Нисенбаума[[216]](#footnote-216) утверждает, что термин происходит от латинского «dispono», «disponere», что означает «располагать, определять, распоряжаться», и что похожие слова со смыслом «располагать, распоряжаться» существуют и в современных английском и французском языках[[217]](#footnote-217). По мнению П.П. Колесова, «dispositio» в переводе с латинского означает «расположение, размещение». В юриспруденции слово «диспозитивность» стали употреблять в значении «свободно распоряжаться», «право распоряжения»[[218]](#footnote-218). Тем не менее, несмотря на указанные разногласия, употребление данного термина представляется обоснованным и логичным[[219]](#footnote-219).

В гражданском праве распоряжение имуществом представляет собой одно из правомочий собственника, позволяющее ему по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц. В том числе отчуждать своё имущество в собственность другим лицам (продавать, менять, дарить и др.), передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог, распоряжаться им иным образом. Распоряжением определяется юридическая судьба имущества, то есть либо прекращается, либо приостанавливается право собственности на него. Распоряжение имуществом, принадлежащим недееспособным лицам, осуществляется от их имени законными представителями с ограничениями, предусмотренными законом. Правомочие распоряжение, прежде всего, используется в отношении имущества: «Правомочие распоряжения означает... возможность определения юридической судьбы имущества путём изменения его принадлежности, состояния или назначения посредством отчуждения по договору, передачи по наследству, уничтожения и т.д.». Юридический энциклопедический словарь определяет распоряжение как: 1) акт управления государственного органа и 2) одно из правомочий собственника – в результате актов распоряжения осуществляется отчуждение, а также передача во временное владение и пользование, в залог, сдача на хранение и др. закон описывает распоряжение в таком же смысле. Пункт 2 статьи 209 ГК РФ устанавливает, что собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц, в том числе отчуждать своё имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом.

ГК РФ предусматривает возможность распоряжения не только имуществом, но и правами. В статье 1233 предусмотрен особый вид распоряжения, а именно распоряжение исключительным правом. Статья 454 в пункте 4 предусматривает продажу имущественных прав, а статья 572 их дарение, т.е. безвозмездную передачу, причём в этой норме «право» является синонимом «требование». Очевидно, что ГК РФ связывает распоряжение напрямую с волей правомочного лица. Е.А. Суханов указывает: «Принцип диспозитивности в гражданском праве означает возможность участников регулируемых отношений самостоятельно, по своему усмотрению и в соответствии со своими интересами выбирать варианты соответствующего поведения. Так, они в подавляющем большинстве случаев самостоятельно решают, вступать или не вступать в те или иные гражданские правоотношения, требовать или не требовать исполнения обязательств контрагентом, обращаться за защитой своих прав или нет и т.д.»[[220]](#footnote-220).

ГК РФ отличает понятие «распоряжение» от понятия «осуществление», которое также встречается во многих нормах, например в статьях 9, 10 и др. Анализ этих норм приводит к выводу, что под осуществлением закон понимается действие, означающее реализацию имеющегося, то есть потенциального субъективного права. «Распоряжение» же предполагает такое определение «судьбы» субъективного права, которое связано с его ограничением в той или иной мере. Тем не менее, оба этих понятия по значению близки, оба неразрывно связаны с волей управомоченного лица. При расширенном толковании каждое из этих понятий можно представить как одну из разновидностей другого понятия, объем которых частично пресекается, но не совпадает. Причинно-следственная связь между принципом диспозитивности и правомочием распоряжение может быть описана как осуществление субъективных материальных или имущественных прав и распоряжение субъективными материальными или имущественными правами[[221]](#footnote-221).

Исследование правового принципа диспозитивности как основы инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений требует подробного изучения правомочия распоряжение, которое нашло особое воплощение в предметной отрасли авторского права. В числе кодификационных задач, на решение которых был нацелен законодатель при разработке четвертой части ГК РФ, стояла задача привести федеральное законодательство об интеллектуальной собственности в единую систему. Общие положения, закреплённые в Главе 69 ГК РФ, позволили сформулировать единые для законодательства об интеллектуальной собственности принципиальные положения, в том числе и о способах распоряжения исключительным правом[[222]](#footnote-222). Исключительное право – это особого вида имущественное право, урегулированное гражданским законодательством, на результаты интеллектуальной и приравненной к ней деятельности, представляющее собой легальную монополию для правообладателя, в соответствии с которой он вправе использовать самостоятельно, запрещать или разрешать другим лицам использование такого результата в пределах, предусмотренных законом[[223]](#footnote-223). В соответствии с п. 1 статьи 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом. Способы распоряжения исключительным правом преимущественно реализуются посредством заключения гражданско-правовых договоров.

В рамках договорных способов распоряжения исключительным правом законодатель установил две основные модели – отчуждение исключительного права другому лицу посредством заключения договора об отчуждении исключительного права, и предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности в установленных договором пределах с помощью лицензионного договора. Так, например, при передаче исключительного права в качестве вклада в уставный капитал необходимо заключение договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора. Сделка по внесению исключительного права в уставный капитал в качестве вклада представляет собой одну из форм оборота исключительных прав и способ распоряжения правом, подразумевающий произведение юридических действий, в основе которых воля и интерес правообладателя и наличие у него права определять юридическую судьбу объекта[[224]](#footnote-224).

Договорно-правовые отношения в гражданском обороте прав на интеллектуальную собственность играют важную роль и предоставляют возможность по своему усмотрению осуществить отчуждение исключительного права в полном объёме или разрешить использование результата интеллектуальной деятельности на определённых условиях. При этом следует учитывать специфику договоров, заключённых по поводу различных объектов интеллектуальной собственности, – произведений науки, литературы и искусства, объектов прав, смежных с авторскими, объектов патентного права и других результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, поскольку законодатель предъявляет различные требования к определению существенных условий договоров, порядку заключения, регистрации, исполнения, расторжения и т.п.

Согласно статье 1234 ГК РФ по договору об отчуждении исключительного права одна сторона (правообладатель) передаёт или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в полном объёме другой стороне (приобретателю). По лицензионному договору одна сторона – обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата или такого средства в предусмотренных договором пределах (статья 1235 ГК РФ). Законодатель закрепляет несколько видов лицензий: простые (неисключительные), исключительные, принудительные, открытые лицензии (только в отношении изобретений, полезных моделей, промышленных образцов и селекционных достижений). Оба договора могут быть охарактеризованы как консенсуальные, двусторонние, взаимные, каузальные договоры, заключённые в пользу их участников.

Распоряжение исключительным правом может осуществляться посредством заключения и иных договоров, например договора о залоге исключительного права, договора продажи предприятия, аренды предприятия, коммерческой концессии, доверительного управления имуществом. Такие договоры приобретают определённую специфику в связи с тем, что содержат условия об исключительных правах. В соответствии с п. 2. статьи 1233 ГК РФ к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, в том числе к договорам об отчуждении исключительного права и к лицензионным (сублицензионным) договорам, применяются общие положения об обязательствах (статьи 307 – 419) и о договоре (статьи 420 – 453), поскольку иное не установлено правилами раздела 69 ГК РФ и не вытекает из содержания или характера исключительного права. В свою очередь общие нормы части четвертой ГК РФ о договорах (статьи 1233 – 1240) распространяют своё действие и на те договорные отношения, что прямо урегулированы этой частью кодекса, и на те, что находятся во второй части ГК РФ, если и поскольку их предметом выступают исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и (или) средства индивидуализации[[225]](#footnote-225).

К числу особых внедоговорных способов распоряжения исключительным правом, реализуемых посредством совершения односторонней сделки, следует отнести завещание, когда оно направлено на определение юридической судьбы исключительного права после смерти правообладателя. В соответствии со статьёй 1120 ГК РФ завещатель вправе сделать распоряжение в отношении любого имущества. Исключительное право является имущественным правом и потому переходит по наследству в порядке универсального правопреемства. Завещатель может совершить завещание в пользу одного или нескольких лиц, завещать исключительное право как с определением, так и без определения долей наследников. Порядок использования исключительного права определяется по соглашению между наследниками, а в случае возникновения спора между ними – судом. В том случае, когда необходима государственная регистрация права на результат интеллектуальной деятельности, основанием такой регистрации будет выступать свидетельство о праве на наследство.

Свобода распоряжения исключительным правом в соответствии с принципом диспозитивности, действующем в гражданском праве, требует эффективного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Такие традиционные инструменты распоряжения исключительным правом как лицензионный договор и договор об отчуждении продуктивно функционируют в рамках эксклюзивно-ориентированного подхода к регулированию авторских отношений для запрещения всех видов использования произведения кроме тех, что прямо разрешены договором. Лицензионные договоры и договор об отчуждении интеллектуальных прав представляют собой довольно сложные конструкции, на практике для их разработки и совершения приходится привлекать профессионалов. Данный процесс требует инвестирования значительных временных, трудовых и финансовых ресурсов. В том случае, если в соответствии с парадигмой максимизации количества внимания, воля автора не направлена на запрет использования произведения без специально оформленного разрешения или предполагает минимум ограничений с его стороны, которые могут быть формализованы простым инфографическим и машиночитаемым способом, то сложная и тяжеловесная конструкция, а также письменная форма традиционных лицензионных договоров предстаёт избыточной, препятствующей осуществлению автором своих прав. Для упрощения волеизъявления правообладателя в отношении неопределённого круга пользователей в ГК РФ включены такие нормы как п. 5 статьи 1233, регламентирующий заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему произведение науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определённых правообладателем условиях и в течение указанного им срока, а также статья 1286.1 об открытой лицензии на использование произведения науки, литературы или искусства. Относительно недавнее включение данных положений в законодательство об интеллектуальных правах можно только приветствовать, поскольку они направлены на снижение барьеров доступа к произведениям, максимизацию привлекаемого ими внимания и увеличение количества их пользователей. По своим основным признакам данные положения являются инклюзивными нормами, вовлекающими членов общества в использование результатов интеллектуальной деятельности в целях его социального, экономического и технического прогресса. Однако с другой стороны данные нормы представляют собой первоначальный опыт, несовершенные новеллы, которые не лишены существенных недостатков, обусловливающих низкую эффективность их правового применения. Инклюзивные нормы статей 1233 и 1286.1 ГК РФ носят декларативный характер, они выглядят вырванными из общего контекста законодательства, носящего эксклюзивно-запретительный характер, который исторически сложился на доинформационном этапе развития общества. Фактическое отсутствие системного подхода к построению инклюзивно-ориентированного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений делает эти нормы неэффективными, а в ряде случае неприменимыми с точки зрения реализации прав автора.

Процесс теоретического выделения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, его наполнение соответствующими правовыми нормами, уточнение действующих инклюзивных правовых норм и их согласование с существующими запретительно-ограничительными нормами, должен быть осуществлён в качестве согласованной системы правовых мер. Осуществление этих мероприятий с учётом конструктивного принципа диспозитивности, заложенного в фундаменте авторского права, позволит автору эффективно распоряжаться своими интеллектуальными правами.

Имея ввиду ранее предложенные поправки в статью 1286.1 ГК РФ о том, что лицензионный договор может быть заключен в форме и на условиях присоединения к международной типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации; в статью 1235 ГК РФ о поощрении применения публичных лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций, определяющих типовые условия использования произведений науки, литературы и искусства, включая свободные программы для ЭВМ для заключения лицензионных договоров; а также статью 1274 ГК РФ о свободном использовании произведений в киберпространстве с выплатой компенсации правообладателям, считаем необходимым предпринять следующее.

Дополнить статью 1233 ГК РФ «Распоряжение исключительным правом» пунктом 6 следующего содержания. «Правообладатель имеет право определить условия использования результата интеллектуальной деятельности с помощью типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации. Заявление делается путём размещения на официальном сайте федерального органа исполнительной власти в сети «Интернет». Федеральный орган исполнительной власти, ответственный за размещение соответствующих заявлений, а также порядок и условия их размещения определяются Правительством Российской Федерации».

Всесторонний анализ диспозитивности авторского права позволил сделать вывод о том, что этот принцип составляет одну из основ инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Придание большей значимости принципу диспозитивности и его использование с большим весом при формулировании норм авторского права, позволит эффективнее добиваться диалектически разнонаправленных целей гражданско-правового регулирования авторских отношений.

## §2. Мораль стремления как философско-правовая основа инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений

Обоснованно предлагать усиление инклюзивного звена механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, которое требует внесения поправок в ГК РФ, международные правовые акты, подписанные Россией, а также реализацию ряда организационных мероприятий на государственном уровне, имеет смысл только при наличии твёрдых правовых оснований. Инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений может работать эффективно в том случае, если он проистекает из базовых принципов авторского права и даже глубже, из основ самого права как философской категории[[226]](#footnote-226), признаваемой в качестве направляющего учения.

В первой главе настоящего исследования было выявлено, что результаты интеллектуальной деятельности проявляют свойства общественных благ и свойства информации[[227]](#footnote-227). Было показано, что социально-экономические и информационные свойства, присущие оцифрованным произведениям, самым непосредственным образом влияют на эффективность их правового регулирования, оказывая сопротивление ограничению их распространения и использования в сетевой среде несмотря на правовой запрет. Сделан вывод о том, что в случае регулирования использования объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет» невозможно полагаться исключительно на легистский (позитивистский) подход, необходимо обратить внимание, призвать на помощь естественно-правовую (юснатуралистическую) концепцию.

Сегодня механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений носит ярко выраженный императивно-запретительный характер. Он функционирует посредством приказов, подкреплённых угрозами, признавая в качестве правовых только действующие в настоящий момент нормы, не обращая внимания на то, справедливыми ли их считают граждане. До недавнего момента основанный на позитивистской идее императивно-запретительный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений работал так, что социально разрушительного эффекта массового нарушения законодательства удавалось избежать. Уровень развития технологий позволял оставаться в рамках позитивистского подхода: отдача приказа или установление запрета, который нужно неукоснительно исполнять независимо от содержания, и применение санкций в случае невыполнения или нарушения. Однако с развитием коммуникационных возможностей граждан, отношений по использованию общедоступной информации, эффективность такого механизма снизилась по естественным причинам[[228]](#footnote-228). В том числе вследствие однородности, комплементарности и взаимной обусловленности киберпространства как средства, и информации-контента, включая произведения науки, литературы и искусства, как цели их неразделимо конвергентного существования. В обществе сложилась социальная норма в области использования фонограмм и аудиовизуальных произведений. Социальная норма не только в качестве абстрактного правила поведения, но и как модель поведения, которая фактически утвердилась в жизни, на практике, выражая не только «должное», но и «сущее», когда действительные поступки значительной части граждан стали правилом. Именно поэтому так сложно исключительно легистскими средствами, когда право и закон – суть одно и то же[[229]](#footnote-229), решить проблему массового нарушения запрета на противоправное использование результатов творческой деятельности в сети «Интернет». Обнаружив естественнонаучные причины проблем регулирования авторских отношений, следует обратить внимание на естественно-правовую теорию права, в рамках которой признается необходимость строить механизм правового регулирования в целом, и отдельные правовые нормы в частности, с учётом признанных, объективно действующих закономерностей.

 Естественно-правовая теория исходит из того, что естественное право – это исходно подлинное право, коренящееся в объективной природе: в природе Бога или человека, в физической, социальной или духовной природе, в природе вещей. Оно воплощает собой начала разумности, нравственности и справедливости. В отличие от него позитивное право рассматривается ими как отклонение от естественного права, как искусственное, ошибочное или произвольное установление официальных властей. Согласно такому подходу, собственно правом по его смыслу, сущности и понятию является именно и только естественное право. С точки зрения либертарной формально-юридической теории правопонимания естественно-правовому подходу присущи как достоинства – наличие философско-обоснованных положений юридического правопонимания, правда, без должного теоретического осознания и выражения, так и недостатки. К недостаткам причисляется смешение права с неправовыми явлениями: моралью, нравственностью, религией; отсутствие чёткого критерия отличия права от всего неправового, трактовка равенства, свободы и справедливости не как специфических формально-правовых понятий, свойств и характеристик, а как моральных феноменов или смешанных морально-правовых, нравственно-правовых, религиозно-правовых явлений. В естественно-правовых концепциях основные теоретико-познавательные усилия направлены на утверждение той или иной версии естественного права в его разрыве и противостоянии действующему позитивному праву. При таком подходе вне поля зрения остаются сама идея правового закона и в целом аспекты взаимосвязи естественного и позитивного права, проблемы приведения действующего права в соответствие с положениями и требованиями естественного права. Представителей естественно-правового подхода интересует не столько действующее право и его совершенствование в соответствии с требованиями естественного права, сколько само естественное право и его утверждение в качестве исходно данного божественной, космической, физической, человеческой природой «истинного права», которое, по такой логике, также и действует естественно. Отсюда и присущее юснатурализму представление о двух одновременно и параллельно действующих и конкурирующих между собой системах права – подлинного, истинного, естественного права и неподлинного, неистинного, искусственного – позитивного права[[230]](#footnote-230). Представление о том, что упрощённое и некритическое восприятие позитивистских концепций нередко приводит к появлению неприменимых на практике, противоречивых и в целом неработающих законов и иных нормативных актов[[231]](#footnote-231).

Для исследования соотношения права, морали, позитивистской концепции права и естественных законов обратимся к наследию классиков философии права Джона Локка, Гуго Гроция, Томаса Гоббса и его анализу современными учёными. Локк даёт правовое понимает законов природы как «неизменное и вечное моральное правило, установленное самим разумом, а потому прочно коренящееся в основах человеческой природы. Нужно сначала изменить человеческую природу, для того чтобы мог быть изменён или отменён этот закон, ибо между ними существует взаимосвязь, и то, что соответствует разумной природе, в той мере, в какой она остаётся разумной, необходимо должно оставаться таковым вечно, и неизменный разум будет повсюду диктовать одни и те же моральные правила». Закон природы вынуждает «каждого исполнять естественный долг, т. е. те обязанности, которые от него требует его собственная природа, либо нести должную кару, если совершено преступление». Закон с необходимостью предусматривает применение «мер принуждения в виде добра или зла, чтобы определить волю человека», поэтому «мы должны всюду, где мы устанавливаем закон, присоединить к нему и какую-то награду или наказание»[[232]](#footnote-232). Отметим, что в правовом контексте Локк связывает и до некоторой степени даже отождествляет законы природы и моральные правила. В «Опыте о человеческом разумении» Локк выделяет: «1) законы божественные; 2) законы гражданские; 3) законы общественного мнения, или доброго имени, если можно их так назвать. Обращаясь к первому роду законов, люди судят о том, являются ли их действия грехом или исполнением долга; обращаясь ко второму роду законов – преступны они или безвредны; обращаясь к третьему роду законов – являются ли они добродетелями или пороками».[[233]](#footnote-233) Локк указывает, что закон природы: «содержит в себе все необходимое для того, чтобы быть законом. Ибо, во-первых, это проявление высшей воли, в чем, по-видимому, и состоит формальное основание закона»; во-вторых, «предписывает, что должно и чего не должно делать, а это и есть собственный признак закона»; в-третьих, «обязывает людей, ибо содержит в себе все, что формирует обязательство». В правопонимании Локка преобладает волевая оценка закона, даже закон природы, в конечном счёте, приписывается божественной воле. Локк делает шаг назад по сравнению с Гроцием в истолковании естественного закона. Гроций принципиально отделил естественное право от волеустановленного, к разновидности последнего он отнёс и божественное право. Гоббс допускал, что естественный закон, будучи зафиксирован в Священном писании, приобретает некоторое свойство собственно закона, но он не сводил естественное право к волеизъявлению Бога, при этом Гоббс вполне чётко разграничивает естественный закон и закон волеустановленный. Соотношение между законом природы и законами, установленными государством, Локк решает так же, как Гоббс: «законы, установленные в государствах, обязывают не сами по себе, не своим авторитетом, не как-либо ещё, но именно в силу закона природы, повелевающего повиноваться вышестоящим и блюсти гражданский мир; более того, без такого закона, силою оружия правители, быть может, и могли бы принудить толпу к повиновению, но не могли бы обязать её к этому[[234]](#footnote-234). Без закона природы рушится и второе основание человеческого общества – верность договорам и соглашениям». «Ведь всякое обязательство связывает сознание и накладывает узы на сам разум, так что не страх наказания, а понимание справедливости обязывает нас...»[[235]](#footnote-235). Локк приходит к утверждению Гроция о том, что естественное право «предписывает что-нибудь не прямо и непосредственно, а в расчёте на известный порядок вещей»[[236]](#footnote-236). Проблема в данном случае не сводится только к вопросу о содержании естественного закона и характере его обязательности, но и к вопросу о соотношении его с позитивным законом. Можно говорить о попытке наполнить абстрактное естественное право неким социальным содержанием, обосновать подобную возможность и необходимость, поместить естественное прав в некий социальный контекст. По существу, веления естественного закона оказываются применимыми на основе и с учётом требований позитивного закона, исходя из статуса субъекта права в социальной структуре. Естественный закон как некая формальная правовая, моральная заповедь, приобретает принудительный характер и конкретное наполнение[[237]](#footnote-237).

Из этого ряда умозаключений о соотношении естественного права, позитивного права и морали можно сделать следующий практический вывод. Невозможно игнорировать социально-экономические и информационные свойства результатов интеллектуальной деятельности при настройке механизма их гражданско-правового регулирования. Эти свойства объектов авторских и смежных прав работают так, что препятствуют реализации правового запрета на их распространение и использование внутри информационной системы современного общества. Данный факт невозможно игнорировать в рамках юснатуралистической теории права, но он может быть не принят в расчёт с позиций легистской теории. Следуя логике рассуждений Локка, Гроция и Гоббса правовые нормы, которые построены без учёта естественных законов не могут быть отнесены к нормам, которые соответствуют нормам морали и нравственности. Если такие нормы все же появляются, то рассчитывать на их действенность и продолжительную жизнеспособность не приходится.

Юснатуралисты опираются на мораль как на естественный закон. Естественное право служит моральной основой и ориентиром при формировании позитивного права. Взаимосвязь морали с правом является одной из проблем, которая продолжает оставаться актуальной на протяжении многих веков[[238]](#footnote-238). Это обусловлено значением, которое сыграли мораль и право в жизни и истории общества. Право определяют в качестве системы общеобязательных, формально определённых юридических норм, выражающих общественную волю, устанавливаемых и обеспечиваемых государством, направленных на урегулирование общественных отношений. В связи с этим выделяют следующие признаки права: волевой характер, общеобязательность, нормативность, связь с государством, формальная определённость, системность. Право образуется из социальных норм догосударственной организации. Оно формируется из обычаев, табу, которые преобразуются, отбираются, приспосабливаются к новым социальным отношениям, основанным на частной собственности, социальном и классовом расслоении общества. Сущность права заключается в регулировании общественных отношений в условиях цивилизации, в достижении на нормативной основе стабильной организации, при которой регулируются демократия, экономическая свобода, свобода личности. Право в своей содержательной многосторонности может выражаться в различных идейных основаниях, например, как воля господствующего класса, как защищённый интерес, как справедливость, как мера свободы. Основоположники философии выдающиеся античные мыслители сущность права усматривали в общесоциальной справедливости. В Древнем Риме считалось, что «суть предписания права заключается в следующем: честно жить, ближнего не оскорблять, воздавать каждому своё». Высшее общественное предназначение права в современном мире – гарантировать в нормативном порядке свободу в обществе, утверждать справедливость, создавать оптимальные условия для развития в обществе экономических и духовных факторов, исключая произвол и своеволие в общественной жизни. Категории права и морали охвачены более общим понятием социальных норм, которое представляет собой совокупность норм, действующих в сообществе и составляющих целостную систему, различные элементы которой взаимообусловлены.

Под моралью понимается принятые в обществе представления о хорошем и плохом, правильном и неправильном, добре и зле, а также совокупность норм поведения, вытекающих из этих представлений. Её значение для личности заключается в том, что она упорядочивает человеческое общежитие, нацелена на гармонизацию связей между людьми, которые должны ладить, сотрудничать друг с другом, возлюбить ближнего своего. Моральное регулирование можно разделить на следующие элементы: идеал, выражающий представление общества, классов, социальной группы о нравственном совершенстве; система норм, соблюдение которых является необходимым условием функционирования общества, достижения им своих моральных ценностей; особые формы социального контроля, обеспечивающие реализацию моральных норм, в том числе общественное мнение. Суждение мудрецов о том, что человечество движется в направлении добра – это не иллюзия или благое пожелание, это сущность морали. В поле этого стремления и реализуются функции морали. Специфическая сущность морали раскрывается во взаимодействии регулятивной, воспитательной, познавательной, оценочно-императивной, ориентирующей, мотивационной, коммуникативной функций. Следует отметить, что выделение функций морали является условным, поскольку в реальности они слиты друг с другом. Именно в целостности функционирования проявляется своеобразие воздействия морали на бытие человека. Для успешного функционирования и развития морали важно свободное, не ущемлённое проявление всех её функций, их гармоническая целостность, единство. «Несмотря на определённую системность, мораль – это не простой набор правил. Это сложная борьба конфликтующих структур ценностей. Этот конфликт – то, что остаётся от эволюции. Новые структуры по мере развития приходят в противоречие со старыми. И каждый этап эволюции оставляет после себя ворох проблем. Из этой борьбы между конфликтующими статическими структурами возникают концепции добра и зла»[[239]](#footnote-239).

Общие черты права и морали состоят в следующем: право и мораль представляют собой разновидности социальных норм, образующих в совокупности целостную систему нормативного регулирования и в силу этого обладают некоторыми общими чертами. У права и морали единая нормативная основа, они преследуют одни и те же цели и задачи – упорядочение и совершенствование общественной жизни, внесение в неё организующих начал, развитие и обогащение личности, защиту прав человека, утверждение идеалов гуманизма, справедливости. У права и морали один и тот же объект регулирования – общественные отношения (только в разном объёме), они адресуются к одним и тем же гражданам, социальным слоям и группам, коллективам; их требования во многом совпадают. Право и мораль в качестве нормативных явлений определяют границы должных и возможных поступков субъектов, служат средством выражения и гармонизации личных и общественных интересов. Право и мораль в философском плане представляют собой надстроечные категории, обусловленные, прежде всего экономическими, а также политическими, культурными и иными детерминирующими факторами, что делает их социально однотипными в данном обществе или в данной формации. Право и мораль выступают в качестве фундаментальных общеисторических ценностей, показателей социального и культурного прогресса общества, его созидательных и дисциплинирующих начал.

Наряду с общими чертами право и мораль имеют существенные отличительные черты и свойства. Данные различия можно классифицировать по следующим критериям. По происхождению, если мораль возникает вместе с обществом, то право – вместе с государством. По форме выражения, если мораль содержится в общественном сознании, то право – в специальных нормативных актах, имеющих письменную форму. По сфере действия, если мораль может регулировать практически все общественные отношения, то право – наиболее важные и только те, которые в состоянии упорядочить. По времени вступления в силу, если моральные нормы вводятся в действие по мере их осознания, то правовые – в конкретно установленный срок. По способу обеспечения, если нормы морали обеспечиваются мерами общественного воздействия, но нормы права – мерами государственного принуждения. По критериям оценки, если нормы морали регулируют общественные отношения с позиции добра и зла, справедливо и несправедливо, то нормы права – с точки зрения законного и незаконного, правомерного и неправомерного.

Цель права – установить совместную жизнь людей так, чтобы на столкновения, взаимную борьбу, ожесточённые споры тратилось как можно меньше душевных сил. Таково же, в сущности, и назначение морали. Взаимодействие выражается в единстве действия обоих видов социальных норм. Оно может состоять в таких основных формах, как влияние морали на формирование права, влияние права на формирование нравственных норм, охрана правом моральных норм, использование нравственных норм при применении права. Право активно содействует утверждению прогрессивных моральных представлений в обществе. Нормы морали, в свою очередь, наполняют право нравственным содержанием, содействуя эффективности правового регулирования, одухотворяя действия и поступки участников правоотношений нравственными идеалами. В таком случае выполнение требований норм права воспринимается гражданами как долг перед обществом и государством, расширяется и углубляется взаимодействие права и морали.

В результате анализа соотношение права и морали можно сделать следующий вывод. Качество и полнота исполнения гражданами правовых норм в значительной мере обусловлены тем, в какой мере они соответствуют требованиям морали. Нормы права не должны противоречить положительным устоям общества. Организация общественной жизни на основе закона приводит к обособлению правовых норм, но не устраняет взаимодействия морали и права. Право и мораль, взаимодействуя с остальными социальными регуляторами, способствуют подавлению скрытых в человеке биологических инстинктов, «окультуривают» человека, помогают человеку приобщиться к жизни общества, социализироваться[[240]](#footnote-240). Сравнительно новая концепция интегративной юриспруденция утверждает право в качестве совокупности признаваемых в данном обществе и обеспеченных официальной защитой нормативов равенства справедливости и морали, регулирующих борьбу и согласование свободных воль в их взаимоотношении друг с другом. Интегративная юриспруденция родилась из естественно-правовой теории, она создаёт синтетическую теорию права и видит основным признаком права нормативность, в чем и заключается его единство с моралью[[241]](#footnote-241).

В двадцатом веке теория естественного права получила новое развитие. Новый подход к этой теме был развит неокантианцами, которые абсолютным естественным правом объявили начало справедливости[[242]](#footnote-242). Это начало стало восприниматься источником и масштабом в оценке исторического движения права к недостижимому идеалу. Толкование права, таким образом, стало включать в свой предмет внутренне присущее, имплицитное норме требование справедливости и соответствующего приспособления права к ценностям существующего общества. Так возникла концепция естественного права с исторически меняющимся содержанием. Современный американский правовед Лон Льюис Фуллер считает, что правовая норма должна содержать в себе умопостигаемую цель и указывать на средства её достижения. В этом смысле каждая норма права субстанциональна, имеет сущностное содержание, несёт значение должного, и таким образом, является ценностью. Одновременно с этим каждая норма инструментальна, в этом измерении она определяет средства для достижения цели. Ценностно нагруженной, с учётом сказанного, является и вся правовая система. Проясняя свою позицию, Фуллер вводит различение права имплицитного, подразумеваемого и эксплицитного, внешнего, оформленного, сделанного права. Имплицитное право – это обычаи и сходные типы нормативного упорядочивания человеческого общения, которые часто лишены словесного и символического обозначения и фиксирования. Сделанное право – это внешне выраженные точные правила, заключённые в нормах и требованиях договора, статута, правовой нормы. И эксплицитное, и имплицитное право суть целеположенное право, поскольку совмещают и сущее и должное. В отличие от позитивизма, объявляющего правом практически любой приказ суверенной власти, и в отличие от нормативизма с его иерархией норм и вершинной нормой, и от социологии с её восприятием нормы права как предсказания возможного поведения суда, делается акцент на целеполагании в праве, на средствах его реализации, которые также заложены в праве, что придаёт праву и всей правовой системе свойство ценностной системы. Наиболее общая цель в праве как системе – направлять и контролировать человеческую деятельность. Но есть также и более конкретные цели, которые именуются процессуальными, процедурными целями: в договорном праве они одни, в судоговорении несколько другие. Все разновидности «сделанного» права должны отвечать следующим требованиям: быть оправданными, иметь общий характер своих требований, не иметь обратной силы, быть ясными и свободными от противоречий, а также достаточно устойчивыми, не требовать невозможного. Их применение должно находиться в соответствии с целями и средствами, заложенными в данной норме. Правовая норма как некое сочетание должной цели и должных средств представляет собой моральную ценность. Так, мораль приобретает в естественно-правовой концепции Фуллера конкретный характер, в то время как для теории «чистого» права и «чисто юридической» трактовки событий и конфликтов является характеристикой безразличной, несущественной. Свою преемственную связь с естественно-правовой традицией древних авторов фиксируется в тезисе о том, что право есть разумность, проявляющая себя в человеческих отношениях. Фуллер не противопоставляет позитивное право и естественное право, а только право и неправо[[243]](#footnote-243).

Этот особый взгляд на два вида правовой морали интересен с точки зрения построения цвилистической концепции инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Фуллер различает мораль стремления и мораль долга или обязывающую мораль и мораль вдохновляющую. Следует обратить внимание на то, что мораль у Фуллера, как это отмечает И. Ю. Козлихин, «юридизируется»[[244]](#footnote-244). Американский правовед отходит от традиционного этического понимания морали, лишая его известного содержания и оставляя за ним лишь его форму. Основываясь на содержании работ Фуллера, можно предположить, что под моралью он понимает совокупность принципов, определяемых той или иной целью, соблюдение которой обусловливает её достижение. Разграничение «юридизированной» морали на обязывающую и вдохновляющую мораль осуществляется по двум критериям. С одной стороны расположены требования, которые эти правила поведения предъявляют к своим субъектам, с другой – те последствия, которые влечёт за собой несоблюдение этих правил[[245]](#footnote-245). Обязывающая мораль предполагает наличие неких минимально необходимых требований, за несоблюдение которых субъект подлежит наказанию. В то же время их соблюдение не влечёт за собой поощрения. Мораль же вдохновляющая строится не на требованиях, а на том, что автор называет «вызов совершенству». Это уже не минимально необходимые требования присущие обязывающей морали, а ориентиры на пути «морального совершенствования». За недостижение таких ориентиров субъект не может подвергаться наказанию. Человек может не реализовать свои способности в полной мере, но в этом случае его порицают за неудачу, а не за отступление от долга, за несовершенство, а не за преступление. Однако, достигнув высоких ориентиров, человек может рассчитывать на поощрение. В «Теории нравственных чувств» Адам Смит использует образ, который может оказаться полезным для пояснения двух типов морали. Мораль долга можно уподобить правилам грамматики, а мораль стремления – «правилам, установленными критиками для оценки изящества и совершенства произведения». Правила грамматики предписывают, что необходимо для языка как для средства коммуникации, точно так же как правила морали долга предписывают, что необходимо для общественной жизни. Подобно принципам морали стремления, принципы хорошего письма «смутны, неопределённы и неизвестны и скорее представляют общие понятия о достоинствах, к которым следует стремиться, чем дают средства и определённые правила их достижения»[[246]](#footnote-246). Мораль стремления проигрывает в смысле прямой релевантности по отношению к праву, но она выигрывает во всепроникающем характере своих следствий. Нет чёткой линии между двумя типами морали, поскольку мораль долга неизбежно должна включать в себя критерии, заимствованные из морали стремления. Если мораль долга заходит выше надлежащей области, то железная рука навязанной обязанности может задушить эксперимент, вдохновение и спонтанность. Если мораль стремления вторгается в область долга, то люди могу начать взвешивать и оценивать свои обязательства по своим собственным непроверенным критериям[[247]](#footnote-247). Невидимый указатель, разделяет шкалу морали права по линии, где давлении обязанностей сходит на нет и начинается вызов совершенства.

Основой для построения морально-правовой модели послужили античная и древнекитайская философские традиции. Классическая формулировка морали стремления принадлежит греческим философам. Если отсечь человека от социального наследия, т.е. от языка, мышления и искусства, то никто из нас не сможет стремиться к чему-то большему, чем чисто животное существование. Высшая ответственность морали стремления во многом состоит в сохранении и обогащении этого социального наследия. Античная этика связана с фактом проявления индивидуума как ценности и как субъекта истории. «Мера всех вещей человек, существующих, что они существуют, а не существующих, что они не существуют». Вот, пожалуй, «точка бифуркации» этического сознания, обозначенная Протагором[[248]](#footnote-248). Возвышение человека достигается посредством его стремления к истинному знанию – знанию о добродетели. Мораль стремления – это мораль восхождения, стремления к совершенству. Она посвящена идее самой полной реализации потенциала, заложенного в человеке. Несмотря на чёткое указание, например, у Аристотеля, на меру срединности как эквивалент морального[[249]](#footnote-249), человек должен действовать наилучшим возможным способом, рисковать, переступая меру. Поэтому при мере храбрости, избыток этой меры – безрассудство у Аристотеля предпочтительнее её недостатка – трусости, а при мере щедрости её избыток – расточительность, всё-таки будет предпочтительнее скупости. Человек, если он не выдерживает испытаний на пути к преодолению меры, то ни в коем случае не должен быть порицаемым за неудачу, а скорее, наоборот, понят и отмечен как стремящийся к лучшему. В этой установке просматривается и прометеевский трагизм античной этики и, как следствие, её динамичность, новаторство, волнительность и неуспокоенность. Космоцентрическое понимание мира китайскими философами повлияло на формирование представления о предназначении морали как области нравственного самоопределения человека. Этическая детерминация этого периода решала задачу преодоления срединного, точнее земного положения человека способом его возвышения над земным и подчинения небесному, постоянно при этом соизмеряя свои поступки с должным. Земное – реальное, человеческое и, вполне возможно, недостоверное. Небесное гармоничное и, по-видимому, истинное.

Всё поле морали предлагается мыслить как союз двух половин – морали долга и морали стремления. Эти половины можно представить в виде воображаемой вертикальной линии морального восхождения человека, где первая половина пути выражает мораль долга, а вторая – мораль стремления. Мораль долга определяет базовые нормы, без которых общество существовать не может. Они, как правило, сформулированы установлением запрета «ты не должен». Яркий пример тому – ветхозаветные заповеди, восемь из которых несут запретительный смысл. Да и большинство других менее известных заповедей, встречающихся в собрании священных книг авраамических религий, имеют запретительный характер. Фуллер не первый высказал суждения о подобном характере морали долга. На запретительный характер моральных требований указывал и Ж.П. Сартр. Он, в частности, отмечал: «Желая быть абсолютной позитивностью, мораль препятствует применению средств, которые личность избирает для того, чтобы изменить свою судьбу. Вот почему она никогда не говорит о том, что следует делать, но всегда говорит только о том, что, ни при каких обстоятельствах делать нельзя»[[250]](#footnote-250).

Однако неуказанием на то, как должно поступать, запретительно-ригористичная мораль долга не дискредитирует себя. Во-первых, это только половина морали во всей моральной линии. За ней следует мораль стремления, и у каждой из них – своё предназначение, своя миссия. Если исходить из того, что априористская мораль понимается, например, в теории Канта как абсолютная ценность, то и любой позитивный поступок, объявляемый моральным, таковым в полной мере быть не может: всё, что следует за эталоном, уже не абсолютно, не чисто стерильно, так как в позитивный моральный поступок человека вмешиваются всевозможные фракции и добавки реальности. Относительно абсолютной моральной нормы поступок вторичен. Ценность в чистом виде выступает здесь «условием возможности» всех прочих ценностей[[251]](#footnote-251). Таким образом, отказ от негативного абсолютного поступка может рассматриваться как истинно моральное действие. Ведь позитивного абсолютного достигнуть невозможно. Отсюда – приоритет моральных предписаний с предлогом «не». К тому же запретительные моральные предписания, по мнению А.А. Гусейнова, и есть суть человеческого: «Мораль через запреты, воплощаемые в отрицательных поступках, обозначает надприродное пространство собственно человеческого развития»[[252]](#footnote-252). Отрицание отрицательного действия есть сознательный нравственный акт, обозначающий нравственно неприемлемое, и, как следствие, возвышение над ним. В отличие от морали долга, мораль стремления – такой свод моральных норм, который в большей степени соответствует духу греческой этической философии. Именно эта эпоха характеризуется началом формирования этики индивидуального выражения позиции личности, в отличие от общеродовой этики или этики законничества, которая даёт только лишь предписания, одинаковые для всего общества и для любой ситуации, и при которой человек полностью подчинён норме и закону.

В своей философско-правовой конструкции Фуллер не отдаёт предпочтений ни одной из представленных форм моралей. Скорее, каждой из них он определяет своё предназначение, свою миссию. Мораль долга является моралью государственного способа существования общества, и по отношению к праву стоит гораздо ближе, чем мораль стремления: именно она инициирует законотворчество, носящее преимущественно запретительный или, как минимум, предписывающий характер. В то же время мораль стремления, проигрывая морали долга в родстве с правом, выигрывает в несравнимо большем потенциале своей перспективности, творчества и «…восходит к вершинам человеческих устремлений». Гораздо важнее, по мнению учёного, определить границу между двумя моралями, «…разделительную линию, после которой исчезает давление долга и возникает вызов совершенства. Вся сфера дискуссий по вопросам морали представляет собой поле великой необъявленной войны за местоположение этого указателя»[[253]](#footnote-253). По обе стороны от неё расположились непримиримые противники. С одной стороны, это моралисты. Обоснование их позиции можно выразить следующим суждением: что такое плохо – всем известно, понятно и предсказуемо, так как всё это – результат опыта. Что такое благо, лежащее за чертой, разделяющей мораль долга и мораль стремления – непонятно, иллюзорно, слишком смело и не проверено. И поэтому неправильно, опасно и неприемлемо. Явное более предпочтительно, чем непонятное. Имморалисты считают по-другому: то, что лежит в поле морали стремления и, соответственно, неприемлемо с точки зрения моралистов, представляет собой всего лишь плод общественных предрассудков и привычек, и именно поэтому такие нормы неприемлемы. Необходимо это преодолеть во имя общественного прогресса.

Усиление инклюзивного звена механизма гражданско-правового регулирования позволит выполнить следующие требования, предъявляемые внутренней моралью права. Соблюдение этих требований делает право возможным и ведёт к совершенству правовой системы. Эти пути к совершенству представляют собой пространство, на которое переносится схема обязывающей и вдохновляющей морали. При этом каждое из восьми направлений выражено в особом принципе, совокупность которых и формирует внутреннюю правовую мораль. В состав этих принципов входит: общий характер правовых норм, необходимость опубликования содержащих их актов, отсутствие ретроспективных правовых норм, ясность изложения текста нормативных правовых актов, отсутствие противоречий в них, недопустимость требования невозможного, постоянство правовых норм во времени, соответствие правоприменительной практики провозглашённым нормам. Среди этих требований в наибольшей поддержке со стороны инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений нуждаются следующие. Принцип недопустимости требования невозможного должен быть поддержан потому, что сегодня пользователь часто оказывается вынужденным самостоятельно проверять правовую чистоту использования произведения и выяснять насколько законно тот или иной сетевой источник предоставляет такую возможность, если он не желает быть обвинённым в противоправном деянии. Представляется очевидным, что среднестатистический гражданин не имеет возможности и ресурсов для такой проверки. В отношении постоянства правовых норм во времени необходимо отметить, что сроки охраны произведений периодически пересматриваются в большую сторону, особенно когда срок охраны очередной порции культурного наследия, принадлежащего влиятельным правообладателям, подходит к исчерпанию[[254]](#footnote-254). Требование постоянства нарушается, поскольку гражданин не должен и не может следить за изменениями сроков охраны, но в результате становится потенциальным правонарушителем. Требование по отсутствию противоречий в нормативно-правовых актах также нуждается в более точном исполнении. Действующее законодательство противоречиво в отношении общедоступной информации. Для гражданина общедоступная информация представляет собой сведения и иную информацию, доступ к которой не ограничен. Для юриста важна оговорка о том, что такая информация должна быть доступной легально. Если охраняемый авторским правом объект распространятся в киберпространстве без разрешения правообладателя, то технически оставаясь общедоступной информацией, с точки зрения закона об авторских правах он таковым не является. Также недостаточно определённым и следовательно противоречивым остаётся требование к оправданному целью объёму заимствования при свободном использовании произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях. На уровне здравого смысла понятно то, какой объем является оправданным целью, однако где проходит граница, отделяющая человека от возможного преследования, чётко не определено. Инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений будет работать на увеличение объёма легально доступного творческого контента, снижая тем самым базу для правонарушений и делая правовую систему более совершенной с точки зрения внутренней морали права.

В соответствии с естественно-правовой концепцией мораль как предтеча права встроена в тело права, выражена в букве закона, пронизывает дух правовых норм и направляет развитие правовых систем. Рассмотрим то, как оба вида правовой морали работают в авторском праве. Мораль долга нашла своё воплощение и функционирует в системе интеллектуальных прав классическим способом в виде установленных запретов на противоправное использование результатов интеллектуальной деятельности и нарушение личных неимущественных прав авторов. Запрещающие нормы права, в основе которых мораль долга, обеспечивают защиту интересов правообладателей и санкции за их нарушение. Однако именно мораль стремления с нашей точки зрения более органична творческому началу и творческим отношениям, чем мораль долга. Мораль стремления во многом определяет поведение автора, его побудительные мотивы, целеполагание, жизненный выбор и личные стимулы. Мораль стремления вдохновляет на максимальную реализацию способностей человека, достижение наилучшего результата, всемерного использования своего жизненного потенциала и благоприятных возможностей. Мораль стремления это мораль творчества, она обосновывает творческое мировоззрение и порождает цели творческой деятельности. Мораль стремления демонстрирует родство с эстетикой в части неутилитарного, созерцательного и творческого отношения человека к действительности. Не всегда прагматичный подход к авторской деятельности несёт с собой риск неудачи, но в человеческих делах риск сопутствует всем творческим усилиям, это правильно и хорошо, что человек, включаясь в творческую деятельность, не только соглашается на риск, но и наслаждается им[[255]](#footnote-255). Если мораль долга начинает с фундамента человеческих достижений, то мораль стремления ведёт к их вершине. Мораль долга стоит за базовыми принципами авторского права, такими как: исключительное право, автоматическое предоставление охраны произведению, сочетание частных интересов автора и общественных интересов, неотчуждаемость личных неимущественных прав автора и др. Мораль стремления необходима для достижения наивысшей цели авторского права, заключающейся в содействии развитию наук и полезных искусств, увеличении культурного разнообразия, творческого и инновационного потенциала общества. С позиции интересов общества мораль стремления реализована в незапретительных, но дозволительных и поощрительных нормах действующего законодательства об авторских правах, таких как свободное использование произведений и открытая лицензия. Однако этого с нашей точки зрения недостаточно. Для усиления позитивного влияния морали стремления на законодательство об авторских правах, её более полного воплощения в правовых нормах системы интеллектуальных прав в интересах авторов и социума, необходимо развить инклюзивно-ориентированный регулятивный инструментарий. В частности требуется правовыми средствами поддержать авторов, которые стремятся к наибольшему беспрепятственному распространению своих произведений, как в морально неимущественных целях, так и в коммерческих целях максимизации привлечённого количества пользователей и их внимания для получения дохода посредством монетизации этих инновационных активов. Кроме того, следует модернизировать нормативную базу в направлении дозволения и поощрения вознаграждённого заимствования материала для поддержки новых высокотехнологичных видов творчества, основанных на переработке и компиляции существующего контента.

Усиление роли морали стремления в законодательстве об авторских правах позволит части авторов, стоящих на позициях беспрепятственной и безвозмездной экспансии свих работ, более эффективно реализовывать свои личные неимущественные и имущественные права. Повышение распространённости и доступности произведения с неизбежностью повышает узнаваемость автора, интерес к его личности и другим его работам. Это с одной стороны надёжно защищает его личные неимущественные права, включая право признаваться автором произведения, право на имя, право на неприкосновенность произведения права, поскольку его почерк и стиль становится узнаваемым публикой, что делает невозможным присвоение произведения злоумышленником. С другой стороны так происходит первоначальное накопление и затем рост личностного капитала автора, который в современном мире имеет не только высокую ценность, но и может быть преумножен и конвертирован в материальные блага и деньги, в том числе информационно-коммуникационными средствами.

В первой главе при исследовании социально-экономических свойств произведений было показано, что при обосновании цены использования невещественных результатов интеллектуальной деятельности работают факторы субъективной оценки их предельной полезности, а не объективно исчислимой стоимости, которая неприменима в отношении невоспроизводимо-уникальных интеллектуальных благ. Концепция субъективной предельной полезности конгруэнтна морали стремления, она является экономическим эквивалентом морали стремления. По Фуллеру теория экономического обмена зиждется на морали долга, а теория предельной полезности на морали стремления. На уровне обязанностей не уместно все, что имеет хоть какое-то отношение к экономическому расчёту. При переходе от морали долга к морали стремления возрастает роль принципа предельной полезности. В морали стремления последний не только уместен, но и становится неотъемлемой частью, основой морального решения как такового, причём по мере того, как мы продвигаемся к высшим уровням достижений, роль его растёт[[256]](#footnote-256). В части полезности и вытекающей из неё ценности, ведь ценно только то, что полезно, наблюдается дуалистичное поведение информационных результатов творческой деятельности, состоящее в том, что их полезность и ценность могут корениться как в ограничении доступа к ним, так и, наоборот, в их всеобщей доступности. Для произведений науки, литературы и искусства, особенно фонограмм и аудиовизуальных произведений, субъективная полезность, а значит и общественная ценность, растёт вместе с их распространённостью для автора, выбравшего современные подходы к монетизации личностного капитала и/или внимания к его работам за счёт беспрепятственного доступа. Так происходит потому, что чем больше граждан желает воспользоваться произведением, тем большую прибыль можно из этого извлечь, плюс нарастить личный неимущественный капитал. Вероятность использования распространённого произведения выше вероятности использования произведения с ограниченным доступом. Поэтому современные авторы всё чаще предпочитают предоставить беспрепятственный и бесплатный доступ к своим работам с целью их монетизации инновационными способами через обращённое на них внимание и создаваемое ими впечатление, а также через использование личностного неимущественного капитала автора. Выбор такого поведения современных авторов объясняется взаимосвязью между экономически рациональными действиями, основанными на принципе предельной полезности, и моралью стремления, которая свойственна творческой деятельности.

Для пользователей предельная полезность произведения также преимущественно растёт с увеличением его распространённости потому, что коммуникативный потенциал более распространённого произведения выше. В данном случае принципы предельной полезности и альтернативных издержек работают так, что эффективность инвестированного времени, денег и других ресурсов в использование более распространённого произведения даёт пользователю выигрыш с точки зрения повышения его коммуникативного потенциала как способности личности к взаимодействию с окружающими[[257]](#footnote-257). Мораль стремления, нашедшая отражение в правовых нормах, способствует повышению распространённости и доступности произведений, а значит и увеличивает их коммерческий потенциал для прогрессивно мыслящей части авторов и правообладателей, чтя позволяет им эффективно распорядиться своими правами. Кроме того, мораль стремления работает на повышение коммуникативной полезности произведений в обществе.

Подводя итог параграфа необходимо отметить следующее. Принимая во внимание положения естественно-правовой и либертарно-юридической теорий права необходимо сделать вывод, что механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений должен строиться с учётом социально-экономических и информационных свойств, которыми наделены результаты интеллектуальной деятельности. Внутренняя мораль права делает право возможным. Мораль стремления оказывает значительное влияние на поведение авторов и делает возможным авторское право. Мораль стремления ведёт к наиболее полной реализации личных неимущественных прав авторов, а также имущественных прав тех авторов и правообладателей, которые выбрали путь максимизации количества пользователей и работ. Целью инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений является развитие юридических средств, которые не ограничивают круг пользователей объектов авторских прав. В результате достижения этой цели автор сможет довести своё произведение до каждого заинтересованного пользователя, максимизировать свой личностный капитал и конвертировать его в необходимые блага. Объем доступных для свободного использования произведений будет увеличен, уровень распространённости фонограмм и аудиовизуальных будет повышен до необходимо достаточного значения, возможности по заимствованию из существующих произведений при создании новых работ будут расширены. В целом будет достигнуто именно то, что следует из морали стремления, действующей в сфере творчества. Следовательно, мораль стремления можно определить в качестве нравственной основы инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

## §3. Внимание пользователей как новый приоритет для правообладателей и критерий ценности произведений

Современное хозяйство часто называют информационной экономикой. Мы считаем эту характеристику не вполне точной. По определению, экономка изучает то, как общество использует ограниченные ресурсы. Информация, частью континуума, которой выступают объекты авторских и смежных прав, не является ограниченным ресурсом, в киберпространстве она представлена не только в изобилии, но и в избытке.

С точки зрения модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений ключевой вопрос заключается в том, существует ли в киберпространстве нечто редкое, востребованное, отражающее ценность результатов интеллектуальной деятельности, что способно стать источником вознаграждения для правообладателей. На этот вопрос необходимо дать утвердительный ответ. Никто не приходит в сеть «Интернет» и ничто не происходит в сети «Интернет» без определённой цели. Эта цель заключается в привлечении внимания пользователей, аудитории, граждан, членов общества. Поэтому реальной экономикой киберпространства является экономика внимания, а не экономика информации.

Данный вывод важен для модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, потому что целью большинства современных авторов также является привлечение внимания к своим произведениям. Внимание это особая сущность со своим собственным поведением, динамикой, значением и влиянием. Экономико-правовые отношения, основанные на внимании, отличаются от тех, что сложились вокруг материальных благ. Технически информация и информационные потоки фиксируемы и количественно измеримы с помощью электронных устройств и соответствующего программного обеспечения. Внимание менее определённо и исследовано, поскольку этот процесс происходит внутри сознания, но при этом он находит своё отражение и во внешнем мире. Так, например, если пользователь скачал в сети «Интернет» музыкальный альбом или новый фильм, то это не означает даже того, что он, хотя бы один раз воспроизвёл его от начала до конца и посвятил ему своё внимание в полном объёме. Как считают Т. Мендели и Г. Люен внимание – это твёрдая валюта киберпространства[[258]](#footnote-258). С увеличением значимости киберпространства в повседневной жизни общества и экономики поток внимания станет не только предопределять движение денег, но в конечном итоге заместит их собой. По мнению этих исследователей, внимание займёт место основы экономики будущего, что авторы чувствуют уже сегодня. Отличие внимания от материальных продуктов в современных реалиях все более эффективного, ресурсосберегающего и автоматизированного производства заключается в том, что оно является по-настоящему редким ресурсом. Г. Рейнхолд резюмирует, что внимание является ограниченным ресурсом и рекомендует обращать внимание на то, что привлекает внимание[[259]](#footnote-259).

Ограниченность внимания пользователей как экономического ресурса имеет определяющее значение для отношений по реализации интеллектуальных прав. Сумма внимания на душу населения строго ограничена. Каким бы большим интеллектом не обладал человек, он не может сосредоточить своё внимание одновременно на нескольких объектах или делах. Экономика внимания это антагонистическая игра с нулевой суммой[[260]](#footnote-260). Если какой-то объект или деятельность занимает внимание человека, то другие объекты или виды деятельности его теряют. Если одно произведение получает внимание пользователя, то другое произведение его теряет как минимум на время восприятия первого. Возможно и то, что второе произведение потеряет внимание пользователя навсегда, поскольку его интерес будет исчерпан, либо, наоборот, будет прикован к работам ранее предпочтённого автора, вследствие обретённой к нему лояльности. Внимание к конкретному произведению в виде прикованных к нему глаз, слуха и сознания пользователей всегда ограничено количеством этих пользователей. Чем больше в мире пользователей, тем больше потенциальный объем внимания, но при этом в геометрической прогрессии растёт и количество произведений, созданных и опубликованных с целью получить это внимание. Общий объём мирового пирога внимания может увеличиваться вследствие роста подключенной к сети «Интернет» аудитории, а удельная доля внимания, приходящаяся на одного пользователя, увеличиться не может. Удельный объём внимания на одного пользователя (одной головы или одного сознания) не может значительно измениться и не изменится по причине нормального рассредоточения внимания в жизнедеятельности человека.

Важно помнить, что киберпространство позволяет каждому автору получить внимание пользователей, в том числе и тем, кто занимается производством контента на любительской основе, создавая т.н. пользовательский (user generated content)[[261]](#footnote-261), что ещё усиливает конкуренцию за него. В соответствии с нормами авторского права охраняются все оригинальные произведения, включая короткие формы, создание которых посильно среднестатистическому гражданину. Например, музыкальным произведением признаётся мелодия в виде последовательности нескольких нот, которая может быть создана в автоматическом либо полуавтоматическом режиме с помощью компьютерной программы, или текст длиною всего в пятнадцать слов. Однако с другой стороны сеть неумолимо повышает требования к минимально необходимому качеству произведений, чтобы получить шанс на привлечение внимания пользователей.

Отмеченные характеристики внимания наделяют его качеством меры ценности, основы для назначения цены использования произведений. Внимание позволяет определить ценность результатов интеллектуальной деятельности в их первородном, идеальном информационном состоянии, исключив материальную привязку при назначении цены использования или отчуждения произведения. Цена использования произведения, выраженная в количестве внимания, обретает своё обоснование и возможность её пересчёта в деньги. Отсюда следует, что экономико-правовая модель коммерциализации объектов авторских и смежных прав с высокой вероятностью будет основана на закономерности возрастания ценности произведения пропорционально росту обращённого на него внимания пользователей.

По зависимости потенциальной доходности от распространённости все информационные объекты[[262]](#footnote-262) делятся на два основных класса. Первый класс информационных объектов характеризуется ростом потенциальной доходности с увеличением их распространённости. Иными словами, чем более распространён информационный объект, тем больший доход получит правообладатель в результате использования этого объекта. Доход в данном случае извлекается преимущественно постиндустриальными способами через конвертацию востребованности информационного объекта в деньги и другие блага в сети «Интернет» или на смежных рынках[[263]](#footnote-263). Потенциальная доходность информационных объектов второго класса, напротив, снижается в случае увеличения их распространённости и остаётся высокой, когда они удерживаются в режиме тайны. Другими словами, чем меньше людей имеют доступ к информационному объекту, тем больший экономический потенциал он сохраняет, тем больший доход можно извлечь из его использования. В юридической плоскости это оформляется так, что право на использование информационного объекта принадлежит минимальному числу субъектов, в идеальном случае – только одному лицу. Для вычленения признака, который предопределяет деление информационных объектов на первый и второй классы по основанию потенциальной доходности, используется известный в теории информации ресурсно-информационный подход. Этот подход исходит из диалектической оппозиции между ресурсом и информацией, противопоставляет первое начало второму, при этом признает невозможность существования одного субстрата без другого[[264]](#footnote-264). К ресурсному началу относят вещество, материю и её количество, а также энергию как движение материи. Для информационного начала характерно абстрагирование от конкретно-вещной природы и опора на структурность материи, условную вероятность событий, различимое отличие, меру организации систем.

На практике ресурсно-информационный критерий, отграничивающий информационные объекты первого класса от объектов второго класса, работает следующим образом. Если для того, чтобы удовлетворить какие-либо потребности человека, общества или государства, информационный объект должен найти воплощение в материале, предмете, вещи, то он относится к объектам второго класса. Объекты второго класса существуют в системе координат материального мира, в котором стоимость выступает функцией относительной редкости сырьевых и трудовых ресурсов. Потенциальная доходность информационного объекта второго класса определяется размером спроса, который может быть удовлетворён с его помощью. Наибольшая величина потенциальной доходности такого информационного объекта достигается при его наименьшей распространённости, в режиме секретности. Эксклюзивный обладатель имеет возможность, например, наладить на основе недоступной другим информации монопольный выпуск востребованного товара, и, удовлетворяя весь рыночный спрос получать монопольную ренту. Ценность информационного объекта второго класса заключается в его недоступности для тех, кто желал бы им воспользоваться, он может быть приобретён только в обмен на другую редкость. Информационные объекты, которые без овеществления или материализации, ценности не имеют, относятся ко второму классу информационных объектов. Примером информационных объектов второго класса, требующих опредмечивания, являются патентуемые объекты промышленной собственности, регистрируемые в виде описаний изобретений, промышленных образцов и полезных моделей.

В том случае если информационный объект удовлетворяет какие-либо потребности человека, несёт пользу в виде чистой информации, без воплощения в материальной форме, без овеществления, то он относится к первому классу информационных объектов. Объекты первого класса отделимы от конкретных материальных носителей, предметов, вещей, личностей, их качества не зависят от этих дискретных сущностей и сохраняются в отрыве от них. Потенциальная доходность информационного объекта, который ценен сам по себе, увеличивается с ростом его распространённости. В этой ситуации работает известный принцип максимума взаимной информации между стимулами-условиями среды и реакциями на них со стороны обитающего в ней организма или социокультурной подсистемы[[265]](#footnote-265). Современное общество представляет собой ресурсно-информационную систему, в которой существует слабосвязанная общность (подсистема) заинтересованных в информационном объекте пользователей[[266]](#footnote-266). Закономерность максимума взаимной информации реализуется так, что в ответ на запрос на информационный объект, социокультурная подсистема отвечает увеличением его предложения посредством его копирования, размножения, повышения доступности с помощью наличествующих в достатке технологических средств. Получив положительную обратную связь, среда в соответствии с логикой самовоспроизведения[[267]](#footnote-267) генерируют для откликнувшейся социокультурной подсистемы возможности по извлечению востребованных ею ресурсов, в том числе материальных благ. Так работает закономерность по которой высокая ценность информационного объекта формируется в результате его наибольшего распространения. Той субстанцией, которая позволяет связать и количественно соотнести между собой ценность информационного объекта с традиционной экономической стоимостью материальных благ и трудовых ресурсов, является внимание людей, членов общества[[268]](#footnote-268). Поэтому текущую стадию развития человечества некоторые исследователи определяют как аттенционализм[[269]](#footnote-269).

Итак, информационные объекты первого класса отделимы от материалов, предметов и людей, полезны сами по себе и не предполагают овеществления. К информационным объектам первого класса относится большинство произведений науки, литературы и искусства, т.е. объекты авторских и смежных прав. В повседневной жизни описанное правило проявляется так, что чем более популярно произведение (исследование, отчёт, фильм, книга, песня), чем больше общественного внимания оно привлекает, тем больший доход может быть извлечён из его использования, в том числе опосредованно через монетизацию популярности автора, чьим трудом оно создано.

Для авторов и правообладателей важным является то обстоятельство, что в современной экономике внимание начинает заменять собой деньги в качестве инструмента обмена, платёжного средства и универсального эквивалента стоимости продуктов и услуг. Необходимо подчеркнуть, что внимание невозможно купить. Когда рекламодатели платят за рекламу, то они получают не более чем шанс на привлечение внимания аудитории, но не само внимание. С ростом экономики внимания индустрия рекламы, поставляющая инструменты для коммерциализации объектов авторских и смежных, будет вынуждена измениться, поскольку её нынешняя цель, состоящая в стимулировании граждан тратить деньги, теряет актуальность. В будущем индустрия рекламы станет работать на другую цель, а именно на привлечение внимания пользователя, поскольку деньги сами по себе будут утрачивать своё значение[[270]](#footnote-270). Уже сегодня в различных сферах жизнедеятельности человек получает вознаграждение за признание того, что он делает. Если в творческом произведении или в активности кого-либо нет ничего замечательного, то вне зависимости от количества и интенсивности затраченного труда значимого вознаграждения получить не удаётся. И наоборот, оригинальная активность вне зависимости от её продуктивности и практичности достигнутого результата повышает вероятность привлечения внимания аудитории и получения дохода. Р. Франк и Ф. Кук описали эту тенденцию и обнаружили её экспансию за пределы индустрии творческих продуктов, спорта и развлечений в различные области профессиональной деятельности[[271]](#footnote-271). Количество денежных операций в мире продолжает увеличиваться, но количество транзакций внимания растёт ещё быстрее и глобально масштабнее. Под транзакцией внимания имеется в виду сделка, в которой внимание служит средством платежа, а получатель внимания может его использовать сам либо обменять или передать кому-то ещё. Люди постоянно продают своё внимание на работе, дома и в других жизненных ситуациях. Каждый субъект в сети «Интернет» может больше совершить таких сделок в день, чем количество денежных операций.

Восприятие внимания в качестве ценного актива, собственности особого рода, диктует авторам и правообладателям стратегию поведения, направленную на его сохранение и преумножение, что существенно отличается от того как принято обращаться с информацией и идеями. Если автору удалось привлечь внимание к распространённому через сеть «Интернет» произведению, то наиболее разумной стратегией является поощрение его копирования и дальнейшего распространения с целью привлечения внимания других пользователей. С позиции экономики внимания крайне неразумными являются попытки остановить такое копирование и распространение потому, что они лишают автора дополнительного объёма внимания, которое он мог бы приобрести. Это та самая сфера, где новая и традиционная экономики вступают в непримиримое противоречие. Борьба за интеллектуальную собственность против права свободного копирования представляет собой противоборство между перспективами новой экономики и старой системой хозяйства, поэтому их сосуществование возможно лишь в переходный период.

Для настройки механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений важным является прогнозируемое развитие следующих тенденций. Быстрый рост количества авторов и создателей контента, стремящихся привлечь внимание к себе и своим произведениям в сети «Интернет» и с помощью неё. Продолжающийся рост мультимедийных возможностей для привлечения внимания. Авторам произведений одного типа будет проще дополнить его материалом другого рода. Так, например, авторы музыкальных и литературных произведений смогут дополнять их визуальным рядом, сопроводительным текстом, элементами виртуальной реальности, игровыми расширениями. Это позволит более эффективно и всесторонне продвигать произведения к пользователям, повышать информированность, заинтересованность и вовлеченность аудитории в процесс использования, обсуждения, а иногда и создания творческого продукта. Кроме того, применение этих инструментов будет нацелено на увеличение личностного капитала самого автора. Их освоение позволит выигрывать конкуренцию за привлечение и удержание внимания пользователей. Киберпространство будет становиться все более эффективным в части передачи и обмена вниманием, что приведёт к становлению полноценной экономики внимания. Труды древнегреческого философа Аристотеля более чем за две тысяч лет получили большое количество внимания со стороны миллионов пользователей, однако кроме «бессмертия», он и его потомки мало что получили. Немногие из современных авторов могут рассчитывать на удержание глаз и умов публики в течение столетий, но они имеют больше шансов при жизни пожать плоды обращённого на их работы и на них самих внимания с помощью сети «Интернет» и других каналов коммуникации. В условиях экономики внимания они смогут получить достаточно высокий доход для обеспеченной жизни. Обращённое на произведения и их авторов внимание будет приходить напрямую от пользователей без корпоративной упаковки. Преимущество использования денег будет уменьшаться, поскольку внимание во все более широком разнообразии форм будет удовлетворять потребностям авторов и правообладателей непосредственно, в том числе для осуществления обменных и расчётных операций. Полезность традиционных компаний, организаций, посреднических структур на рынке объектов авторских и смежных прав продолжит снижаться в связи с тем, что каждый автор и правообладатель сможет получать внимание публики в киберпространстве напрямую. Количество транзакций внимания продолжит расти, такие сделки займут доминирующее положение на рынке. В результате монетарная форма вознаграждения будет замещаться новым эквивалентом ценности и средством обмена[[272]](#footnote-272).

Издатели и другие посредники на рынке творческих продуктов уже сегодня вынуждены принимать в расчёт новые отношения, складывающиеся вокруг и в связи с возвышением роли внимания в качестве эквивалента ценности творческих продуктов, искать и вписывать в них новые формы своей полезности. Реализация произведений в электронном виде и в потоковом режиме продолжает замещать продажу традиционных носителей, при этом мировой объем физических носителей всё ещё остаётся большим, однако очевидно, что определяющего значения на рынке интеллектуальных прав он больше иметь не будет. Поскольку пользователь с большей вероятностью обратит внимание на то произведение, которое уже привлекло к себе внимание других пользователей, то сеть «Интернет» нужно рассматривать не только как бесплатный и эффективный инструмент рекламы и распространения произведений, но и как среду для получения дохода от их использования как известными, так и вновь изобретёнными способами. К тому же, свободное распространение увеличивает остаточный спрос на физические носители.

Теоретические выводы и практические наблюдения свидетельствуют о том, что чем больше внимания получает произведение, тем больший доход удаётся извлечь при его коммерциализации. Для настройки механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений необходимо знать то, как работает эта зависимость. Рост нормы прибыли с увеличением популярности произведения происходит вследствие возникновения известного в экономике сетевого эффекта. Сетевой эффект заключается в том, что сам факт использования товара или услуги увеличивает ценность этого продукта или сервиса для других пользователей[[273]](#footnote-273). С ростом распространённости в орбиту заинтересованных втягивается все больше членов общества, включая тех, кто не удостоил бы своим вниманием произведение, не получи оно заметную популярность. Стимул всеобщего внимания, популярности, признанной ценности, срабатывает так, что некоторой части публики становится действительно любопытно, и они с удовольствием присоединяются к благодарной аудитории. Для других вхождение в число пользователей произведения становится до некоторой степени обязательным актом, чтобы не выпасть по данному показателю из большинства или, наоборот, из клубного меньшинства[[274]](#footnote-274). Возникает цепная реакция платежей вниманием, деньгами и потраченным временем за отождествление себя с группой приобщившихся к определённой символической ценности, в отношении которой в данном социуме сложился консенсус. Ж. Бодрийяр утверждает, что в обществе потребления символическая ценность работает как производительная сила, определяющая ценность вещей[[275]](#footnote-275). Объекты авторских и смежных прав в этом смысле являются мощным генератором символической ценности, которая растёт пропорционально посвящённому им внимания.

Для обоснования и запуска экономико-правовой модели конвертации внимания общества к оцифрованным результатам творчества в вознаграждение для авторов и правообладателей в денежной или иной форме придётся решить ряд принципиальных вопросов иначе, чем это делает классическая экономика. Во-первых, необходимо определить, чем продажа внимания к творческим продуктам принципиально отличается от заработка на рекламе, которая транслируется рядом с произведением либо размещается внутри него (product placement). Во-вторых, нужно понять, кто и зачем будет платить за внимание публики к творческому продукту. В-третьих, имеет смысл научиться измерять внимание аудитории и пересчитывать его в деньги. Разберёмся с каждой проблемой отдельно.

Одним из способов коммерциализации объектов авторских прав через внимание публики является рекламная модель. В рамках рекламной модели доступ к произведениям предоставляется свободно, при этом пользователь оплачивает данную возможность своим временем и психоэнергетическими затратами на восприятие рекламных сообщений. Продажа рекламы в ряде случаев позволяет полностью окупить издержки на создание произведений. Классическими медиа средствами, экономика которых построена на продаже рекламы, являются радио и телевидение. Этот пример говорит о том, что рекламная модель представляет собой высокоэффективный способ монетизации произведений. Однако рекламой, во-первых, не исчерпываются все возможности коммерциализации внимания публики, и во-вторых, реклама работает на узкоспециализированный результат, она не годится для достижения иных целей, которых можно добиться с помощью внимания пользователей и обеспечить вознаграждение правообладателям.

В статье 3 Федерального Закона «О рекламе» реклама определена как информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке[[276]](#footnote-276). Нам представляется это определение, в котором три раза употреблено прилагательное «любой» неоправданно широким, поскольку позволяет отнести к рекламе всякую информацию. В законодательствах Евросоюза и США реклама определена как информация, направленная исключительно на удовлетворение экономических интересов. Общим в этих определениях является указание на экономический результат в качестве цели рекламы.

Психология выделяет произвольное и непроизвольное внимание[[277]](#footnote-277). Произвольное внимание отличается от непроизвольного внимания тем, что оно мотивировано и направляется на объект под влиянием принятых решений и поставленных целей. Оно – результат намерения, целевого усилия воли. Непроизвольное, рефлекторное, неуправляемое внимание – это более низкая форма внимания, которое возникает в результате воздействия раздражителя. Реклама преимущественно эксплуатирует непроизвольное внимание субъекта, когда он вынужден её воспринимать во время воспроизведения произведения, рядом с ним, либо внутри него. Как правило, создатели рекламы не сильно заботятся о том, насколько её содержание интересует пользователя. В то же время, в своих лучших эстетических проявлениях и при точной адресации сообщений, рекламе удаётся по-настоящему заинтересовать целевую аудиторию. Тем не менее, базовая технология рекламы – это работа с массами, «огонь» по широким площадям, эксплуатация закона больших чисел, диктующая использование простых и беспроигрышных приёмов, которые действуют на усреднённого, обезличенного потребителя. При создании рекламы часто ставится задача вызвать рефлекторную, подсознательную реакцию человека с целью побудить или даже вынудить к совершению запрограммированного действия. Отсюда достаточно широкое применение в рекламе находят приёмы ментального воздействия, манипуляции подсознанием, латентного принуждения. Данный факт отнюдь не рассматривается как негативный, напротив, все эти приёмы, использованные разрешённым способом, со вкусом, чувством меры и без нарушения законодательства, часто приводят к созданию настоящих произведений искусства, работающих на достижение экономической цели художественными средствами. И тем не менее, реклама рассчитана на сильное моментальное воздействие с помощью короткого сообщения и быстрый экономический эффект. Скоротечный характер коммуникации и быстрый рыночный результат имеют и обратную сторону. Если поддавшийся рекламе субъект приобрёл товар или воспользовался услугой и разочаровался в их качестве, то несмотря на это обстоятельство, цель рекламы оказывается достигнутой.

Утилитарная направленность рекламы, с одной стороны, является залогом эффективности данного инструмента, но с другой стороны она задаёт узкие функциональные рамки на краткосрочной период, что закрывает возможности для достижения иных экономических и коммуникативных целей. На оперативном уровне реклама работает хорошо, но она не годится для долгосрочного и более тонкого взаимодействия между источником и адресатом сообщений. Рекламные деньги решают далеко не всё, на них можно купить только непроизвольное, рефлекторное внимание аудитории на незначительное время. В этой связи объекты авторских и смежных прав выступают не только эффективными аттракторами внимания пользователей, которые позволяют удерживать их внимание более длительное время, но и добиваться глубокого погружения в замысел автора, влияющего на мировоззрение человека. Канал коммуникации с аудиторией, в основу которого положено произвольное внимание, имеет более высокое качество, выводящее общение с пользователями на качественно более высокий уровень взаимодействия. Определим отличия внимания к рекламе от внимания к результатам творческой деятельности по параметрам коммуникации.

Таблица 2

|  | **Параметр** | **Реклама** | **Внимание** |
| --- | --- | --- | --- |
| 1 | Тип внимания | непроизвольное, рефлекторное | произвольное, целенаправленное  |
| 2 | Вид контакта | случайный | постоянный |
| 3 | Метод коммуникации | краткосрочный | долгосрочный |
| 4 | Характер сообщения | прямолинейный | косвенный, ассоциативный |
| 5 | Способ доставки | через посредника | без посредника |
| 6 | Цель | исключительно экономическая | экономическая, ценностная, социокультурная |
| 7 | Период становления | индустриальный | постиндустриальный |

Проблема невосприимчивости пользователей к рекламе выступает одним из важных вопросов экономики внимания. Реклама в традиционных медиа стремится последовательно провести клиентов по следующей логической цепочке: внимание, интерес, желание и действие (AIDA – Attention, Interest, Desire and Action)[[278]](#footnote-278), которая на выходе процесса должна обеспечить запланированный эффект. Стадия внимания, таким образом, является первой и наиболее важной в процессе трансформации аудитории в активных клиентов. Если на первой же стадии не удаётся удержать внимание публики, то реклама не работает. Привлечь внимание стандартными рекламными приёмами, рассчитанными на усреднённого пользователя, сегодня становится все сложнее. Так происходит потому, что постиндустриальная модель потребления и производства отличается от индустриальной модели индивидуализацией спроса и предложения, поэтому обезличенная, неперсонифицированная реклама плохо справляется с задачей удержания внимания конкретного индивидуума. Прямолинейные рекламные ходы индустриальной эпохи постепенно перестают работать, а в случае избыточной навязчивости наносят урон имиджу и причиняют экономический ущерб рекламодателю.

Эксперт в области цифровой культуры Кевин Келли утверждает, что в современной экономике главной задачей производителя становится придание продукту неосязаемых (нематериальных) элементов ценности, т.н. intangibles. Неосязаемая, структурная ценность товаров и услуг в экономике постмодерна приходит на смену добавочной стоимости в экономике индустриального периода. Происходит так, что и на материальные вещи, производство которых стоит все дешевле и приносит все меньше прибыли, начинают распространяться отношения и подходы, характерные для информационных продуктов. Чтобы цениться высоко и стоить дорого продукт должен иметь как минимум элемент уникальности, без которого он выглядит не более чем серийным изделием, для которого на рынке доступно много заменителей. К неосязаемым нематериальным ценностям продуктов и услуг по Келли относятся следующие ценности. Непосредственность (immediacy) – продукт распространяется без участия посредников. Персонализация (personalization) – продукт создан исключительно для тебя. Подлинность (authenticity) – покупатель должен быть уверен в аутентичности, подлинности продукта. Доступность (accessibility) – продукт должен быть доступен всегда и везде. Частная финансовая поддержка (patronage) – оплата осуществляется, только если покупатель удовлетворён качеством продукта. Видимость при поиске (findability) – при избыточном спросе на внимание человека со стороны миллионов товаров, некоторые из которых свободны в доступе, важно чтобы продукт просто находился и вычленялся из множества ему подобных[[279]](#footnote-279).

Для придания дополнительных неосязаемых ценностей товару или услуге, в том числе традиционным материальным товарам и услугам индустриального периода, лучше других подходит такой инструмент, как добровольное внимание публики. Подчеркнём, что внимание к рекламе мы с определённой долей допущения относим к непроизвольному рефлекторному типу. Работа с произвольным вниманием требует более тонких, искусных форм трансляции сообщений аудитории. Произвольное внимание человека купить невозможно. Произвольное внимание люди посвящают чему-либо только сознательно, когда это приносит им удовлетворение, либо вследствие осознанной необходимости. Результаты творческой деятельности являются одним из лучших источников произвольного внимания людей, которое можно и нужно использовать для их монетизации. Произвольное внимание является востребованным рыночным товаром, которое нужно научиться аккумулировать и продавать в интересах авторов и правообладателей.

Вторжение в процесс восприятия человеком творческого продукта должно быть исключительно деликатным, иначе вряд ли можно рассчитывать на позитивный эффект. Рассмотрим технологию использования произвольного внимания человека, обращённого на творческий продукт, для его отражения на продвигаемый товар, услугу, компанию или другое произведение. В процессе того, как человек общается с произведением, ему может быть транслировано дополнительное сообщение – месседж[[280]](#footnote-280), от того, кто приобрёл такую возможность. Поскольку мы говорим о привлечении произвольного внимания, то это дополнительное сообщение не может быть банальной отвлечённой от самого произведения рекламой, рассматривающей творческий продукт как ловушку для нескольких секунд рефлекторного внимания пользователя, пока он не отключится технически, или психологически не выключит восприятие лишней информации. Одно, максимум два сообщения, транслируемых для осознанного восприятия аудиторией, должны иметь отношение, быть оригинальными и неискусственно, но по-настоящему, логически, эстетически или ценностно, связанными с произведением.

Первым посланием, которое вызовет позитивную эмоцию, может быть сообщение о том, кто именно предоставил пользователю возможность бесплатного и легального доступа к произведению, а также обеспечил его автору справедливое вознаграждение. Во втором, более тонком ассоциативном послании может говориться о совпадении ценностей, связывающих компанию, товар, услугу или конкретных сотрудников, с идеей, фабулой, эмоциями, красотой, моралью, вложенными в творческий продукт. Взаимосвязь продвигаемой сущности с творческим продуктом не должна быть прямолинейной и однозначной, т.е. не должна выглядеть слишком утилитарно, как реклама. В этом случае сообщение, сделанное в форме метафоры, сравнения, намёка на причастность продвигаемого объекта к содержанию произведения или его создателю, инициирует процесс сотворчества аудитории. Искусно составленное релевантное послание включает механизм сотворчества через домысливание, достраивание в воображении той линии, которая свяжет и породит дополнительные в каждом случае индивидуальные смысловые нити между произведением и объектом, на который фокусируется внимание публики. Нескольких художественных штрихов, играющих роль стимула будет достаточно, чтобы сформировать первичное представление о ценностной общности между продвигаемым предметом и освещаемым его произведением, инициировать процесс обратного воздействия представления на стимул. Пользователь дорисует своим воображением недостающие ассоциации между продвигаемым объектом и позитивными эмоциями, удовлетворением от восприятия творческого продукта. Известно, что в процессе сотворчества происходит идеализация стимула, которое усиливает эффективность сообщения отправителя.

Приобретатель внимания к творческому продукту получает возможность придать неосязаемые дополнительные ценности – intangibles тому, что он продвигает. Во-первых, отправитель сообщения получает благодарность публики за предоставление законного доступа к произведению. Во-вторых, с помощью трансляции ценностного послания отправитель добивается непосредственного контакта с аудиторией, персонализирует обращение к каждому пользователю. Искусно выполненное интригующее обращение добровольно и с интересом воспринимается аудиторией. Логично ожидать, что публика ответит благодарностью отправителю сообщения в сфере его деловой или социальной активности. Вследствие широкого видового и жанрового разнообразия произведений число вариантов нетривиальной, креативной, каждый раз новой подачи информации для привлечения произвольного внимания публики ограничено лишь фантазией продюсера или заказчика. Неисчерпаемые возможности по созданию разноплановых обращений, основанных на уникальности произведений, обеспечивают гибкость и экономическую эффективность технологии монетизации произвольного внимания публики. Такой тонкий интеллектуальный приём в дополнение к устоявшейся рекламной модели позволит запустить механизм коммерциализации внимания пользователей к произведениям и тем самым обрести новый источник средств для вознаграждения правообладателей, а также оправдать надежды общества на свободный и легальный доступ к контенту в сети «Интернет».

Необходимо ответить на второй вопрос о том, кто является потенциальным покупателем внимания пользователей к произведениям. Компании и корпорации, которые производят информационные товары и услуги, продукцию постиндустриального типа, вещи с высокой долей символической ценности, испытывают потребность в эффективных инструментах, позволяющих решать маркетинговые задачи инновационными методами. Некоторые компании уже начали использовать внимание пользователей к объектам авторских и смежных прав в собственных интересах. Производители потребительской электроники и интернет-сервисов активно пользуются вниманием пользователей к музыкальным произведениям и кинофильмам для выделения своей продукции из общей массы. Крупный бизнес стремиться работать с творческими продуктами от производителей контента первого ряда, такими как студии звукозаписи (музыкальные мейджоры) и киностудии с гарантированным глобальным распространением. Для среднего и малого бизнеса также существует достаточный потенциал внимания пользователей к творческим продуктам, благо разнообразие творческих жанров и направлений позволяет найти произведения и авторов соответствующего масштаба. Средний и малый бизнес может работать с географически близкой или не столь многочисленной, но не менее ценной клубной аудиторией.

Продажа произвольного внимания пользователей, которое аккумулируют произведения, выглядит вполне органичным предприятием в постиндустриальной экономике с доминирующей долей информационных продуктов и услуг. Оцифрованные результаты творчества, ценные способностью привлекать внимание пользователей, которое отныне выступает рыночным товаром, могут рассматриваться в качестве самостоятельного экономического блага и определяться термином attentionware. Этот составной термин объединяет понятия attention («внимание») и ware («группа товаров, благо») по аналогии с широко употребляемыми наименованиями таких благ как software («программная среда») и hardware («аппаратная часть компьютеров»).

Концепция извлечения дохода из свободного доступа к произведениям родилась в результате наблюдения за тем как эффективно заработала система монетизации внимания пользователей к общедоступным информационным ресурсам (сайтам, порталам) в сети «Интернет», которую приводят в действие механизмы измерения, оценки стоимости и конвертации внимания пользователей в деньги. Важную роль в этой системе играют показатели, характеризующие количество и качество внимания, привлекаемого тем или иным информационным ресурсом. Основными моделями оценки и оплаты внимания являются так называемые CPM (cost per monitor – «стоимость показа информационного сообщения») и CPA (cost per action, click, lead, sale – «цена одного действия, вызванного информационным сообщением»). Такой параметр как «показ» или демонстрация сообщения, отражает скорее не факт, а попытку донести информацию до сведения адресатов. С некоторой долей приближения можно считать, что этот параметр обозначает количество привлечённого внимания публики. Параметр «показ информации в сети» отличается от аналогичного параметра в традиционных офлайновых медиа только тем, что может быть количественно измерен с большей точностью. Параметр «действие пользователя» (клик, регистрация, покупка) как реакция на информационное сообщение имеет качественное отличие от предыдущего. Ответное действие пользователя означает то, что информация конвертирована из фонового шума в содержательное сообщение и достигла своей цели. Параметр «действие» качественно, в разы ниже, чем параметр «показ». Параметр «действие» объективно отражает высокое качество внимания той части публики, которая восприняла и среагировала на сообщение. Возможность автоматического учёта высококачественного, полезного внимания публики, когда человек голосует за конкретное сообщение, имеющее для него ценность, своим действием, впервые появилась в киберпространстве вследствие интерактивного характера коммуникации. В результате появления механизмов измерения и продажи внимания разного уровня качества на мировом информационном рынке выросли крупные производители и продавцы этого востребованного товара, такие как Google, Apple, Baidu. Техника измерения количества и качества внимания в сети «Интернет» вкупе с использованием инструментов для мониторинга того, что люди смотрят и слушают в теле- и радио- эфире, уже сегодня позволяет с высокой точностью вычислить совокупное количество внимания публики, обращённого на каждое произведение.

 Коллатеральным эффектом утверждения внимания пользователей в качестве ценности произведений стало появление новых видов творчества. В рамках совершенствования механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений необходимо учесть новые виды социокультурного творчества такие как флэш-мобы, хепенинги, групповые художественные акции, шествия, демонстрации, произведения паблик-арта[[281]](#footnote-281), которые особенны тем, что считаются «нечастными» по способу создания. С помощью организованных либо спонтанных действий граждан создаётся то, что может быть определено в качестве динамического произведения. Такие произведения могут не иметь конкретного автора, но они направлены на привлечение внимания общества, которое как мы выяснили, имеет высокую ценность. Часто именно внимание со стороны общества является целью социокультурного творчества.

Отсутствие одного автора или нескольких соавторов означает, что эти произведения выпадают из числа объектов авторских прав, в соответствии с подпунктом 3 пункта 6 статьи 1259 ГК РФ они относятся к произведениям народного творчества. Однако с точки зрения привлекаемого в значительном объёме внимания эти произведения обладают высокой ценностью. В отсутствие притязаний со стороны автора внимание общества к произведениям социально-группового творчества может стать объектом присвоения, целью для захвата с корыстными намерениями. Некто может объявить себя автором такой работы с помощью её квалификации в качестве охраняемого авторским правом объекта, например, драматическим, музыкально-драматическим или хореографическим произведением. В этом случае усиление инклюзивной направленности механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений целесообразно реализовать через расширение списка произведений, не являющихся объектами авторских прав. Для этого подпункт 3 пункта 6 статьи 1259 ГК РФ предлагаем изложить в следующей редакции. «Не являются объектами авторских прав: 3) произведения народного творчества (фольклор), флэш-мобы, хепенинги, групповые художественные акции, шествия, демонстрации и другие произведения, не имеющие конкретных авторов».

Исходя из понимания того, что внимание пользователей определяет ценность творческого продукта, следует изменить регулирование отношений по использованию произведений, науки, литературы и искусства, созданных по государственному или муниципальному контракту. Для увеличения эффективности государственных и муниципальных инвестиций в произведения науки, литературы и искусства, которые созданы по государственному или муниципальному контракту они должны переходить в общественное достояние сразу после выполнения сторонами контрактных обязательств, чтобы беспрепятственно получать максимум возможного внимания пользователей и обретать, таким образом, наибольшую ценность. Другими словами, произведения, созданные на деньги общества, должны приносить ему максимум пользы. На пути к увеличению ценности этих произведений не должно быть препятствий. В рамках модернизации механизма гражданско-правового регулировании авторских отношений предлагается придать инклюзивный характер нормам статьи 1298 ГК РФ.

Пункт 4 статьи 1298 ГК РФ «Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту» предлагаю изложить в следующей редакции: «Произведения науки, литературы или искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту, переходят в общественное достояние после выполнения сторонами контрактных обязательств, за исключением тех работ, в которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну».

Для подведения итогов третьей главы сделаем следующие выводы. Полнофункциональная реализация принципа диспозитивности в авторском праве требует формирования корпуса инклюзивных норм права в ГК РФ. В условиях фактического двуединства императивного и диспозитивного методов необходимо создать гетерогенно-сбалансированный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений. Стимулируя автора к устранению барьеров на пути увеличения количества пользователей его произведения, мораль стремления объединяет интересы автора и граждан в части доступа к результатам его интеллектуальной деятельности. Мораль стремления выступает в качестве нравственной основы инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Внимание пользователей утверждается в качестве объективного критерия ценности произведения в информационном обществе. Размер вознаграждения автора за предоставление права свободного использования его произведения в сети «Интернет» должен определяться количеством привлечённого внимания пользователей. Этот критерий позволит формировать доход от использования результата интеллектуальной деятельности в сети «Интернет» с учётом его относительной востребованности.

# **Глава четвертая. Построение инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений**

## §1. Инклюзивные правовые нормы в отечественном законодательстве и международных договорах

В предыдущих главах обоснованы предложения по внесению поправок в национальное законодательство и международные договоры с целью придания инклюзивной направленности механизму гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации. В соответствии с правовой логикой эти поправки выстраиваются в следующий ряд.

Статью 1233 ГК РФ «Распоряжение исключительным правом» дополнить пунктом 6 следующего содержания: «Правообладатель имеет право определить условия использования результата интеллектуальной деятельности с помощью типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации. Заявление делается путём размещения на официальном сайте федерального органа исполнительной власти в сети «Интернет». Федеральный орган исполнительной власти, ответственный за размещение соответствующих заявлений, а также порядок и условия их размещения определяются Правительством Российской Федерации».

Статью 1235 ГК РФ «Лицензионный договор» дополнить пунктом 5.2, который изложить в следующей редакции: «Допускается применение типовых лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций, определяющих стандартизованные условия использования результатов интеллектуальной деятельности. Споры, возникающие из договоров на основе таких лицензий, рассматриваются в специализированном суде по интеллектуальным правам».

Пункт 1 статьи 1286.1 ГК РФ «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства» в третьем абзаце дополнить следующим положением: «Лицензионный договор может быть заключён в форме и на условиях типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации». С помощью компактных поправок в статьи 1233, 1235 и 1286.1 ГК РФ, вписанных в их нормативную логику, делается прямая отсылка к текстам используемых в мире типовых публичных лицензий Creative Commons, Фонда свободного программного обеспечения, Массачусетского технологического института, Университета Беркли и др.

Подпункт 3 пункта 6 статьи 1259 ГК РФ «Объекты авторских прав» изложить в следующей редакции. «Не являются объектами авторских прав: 3) произведения народного творчества (фольклор), флэш-мобы, хепенинги, групповые художественные акции, шествия, демонстрации и другие произведения, не имеющие конкретных авторов». Усиление инклюзивной направленности механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в данном случае реализуется через расширение списка произведений, которые не являются объектами авторских прав.

Если и когда законодатель решит установить в России режим свободного использования ряда объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет», статью 1274 ГК РФ «Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях» необходимо будет дополнить пунктом 5. Пункт 5 статьи 1274 ГК РФ предлагается изложить в следующей редакции: «При условии выплаты вознаграждения правообладателю допускается: 1) свободное воспроизведение, распространение, публичный показ, публичное исполнение и доведение до всеобщего сведения в сети «Интернет» зарегистрированного по установленной форме произведения; 2) создание производного на основе зарегистрированного произведения, если производное произведение также зарегистрировано для свободного использования».

Для расширения перечня объектов, попадающих под действие нормы статьи 1274 ГК РФ, статью 13 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений необходимо дополнить аудиовизуальными и кинематографическими работами. Пункт 1 статьи 13 Бернской конвенции изложить в следующей редакции: «Каждая страна Союза может устанавливать для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого: (1) автору музыкального произведения и автору любого текста, уже разрешившему на его запись вместе с музыкальным произведением, разрешать звуковую запись музыкального произведения вместе с таким текстом, если таковой имеется; (2) правообладателю кинематографического или приравненного к кинематографическому произведения; однако все эти оговорки и условия применяются только в тех странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права этих авторов на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом». Поправки, внесённые в статью 13 Бернской конвенции, будут автоматически соблюдаться в рамках международного соглашения ТРИПС по статье 9, международных договоров ДАП и ДИФ по статье 1 и статье 16 соответственно.

С целью повышения эффективности государственных и муниципальных инвестиций в создание произведений науки, литературы и искусства предлагаю передавать их в общественное достояние, исходя из понимания того, что внимание аудитории определяет ценность творческого результата. Для этого пункт 4 статьи 1298 ГК РФ изложить в следующей редакции: «Произведения науки, литературы или искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту, переходят в общественное достояние после выполнения сторонами контрактных обязательств, за исключением тех работ, в которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну».

 Авторские отношения имеют место в патентном праве. Авторы изобретений, полезных моделей и промышленных образцов должны получить возможность воспользоваться результатами усиления инклюзивного звена механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Ускоренное развитие средств автоматизированного проектирования и алгоритмов машинной генерации описания технологий (автоматического изобретательства)[[282]](#footnote-282) с последующей публикацией в сети «Интернет», что делает их непатентуемыми, созданные для борьбы с «патентными троллями»[[283]](#footnote-283), ставит обладателя патентных прав перед тем же выбором, что и автора произведения литературы, науки или искусства. Возможность автора получить доход от использования патента всё в большей степени зависит от старта его наискорейшего применения – до публикации конкурентных заявок на близкие по содержанию технические решения, которые в условиях информационной открытости современного общества неминуемо появляются, особенно в быстроразвивающихся отраслях науки и техники. На растущих технологических рынках как, например, мобильные компьютерные устройства, коммуникационные приложения и др., информацию о новом патенте важно распространить ещё до старта его применения для усиления приоритетно-охранной функции и сокращения количества патентов-субститутов. Для этого автору изобретения, полезной модели или промышленного образца имеет смысл быстро и широко распространить информацию о нем, а в наиболее конкурентных случаях полностью устранить правовые препятствия для старта его использования по назначению. Эта задача становится наиболее приоритетной для индивидуального автора, когда изобретение, полезная модель или промышленный образец не является служебным произведением. Вопрос о получении вознаграждения за использование патента отходит на второй план вместе с повышением риска того, что патент не будет замечен и востребован, что за его использование вознаграждение не будет получено никогда вследствие появления на рынке патента-аналога или незапатентованного технического решения у экономически и юридически сильного экономического агента на рынке. Зачастую такой агент имеет целевой бюджет для защиты в суде в отличие от индивидуального обладателя патентных прав. Инклюзивная норма в институте патентного права призвана облегчить индивидуальным авторам задачу доведения патента до потенциального клиента для внедрения в производство. Гипотеза этой нормы, указывающая на условия при которых она подлежит применению, состоит в том, что автор реализует своё право через максимально широкое поощрение использования патента, начиная с момента его выдачи. Диспозиция этой нормы указывает на то, какой правовой механизм, лицензию какого типа должен выбрать правообладатель патента. Действующее патентное законодательство в статье 1368 ГК РФ «Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец» содержит правовую норму, которая после её доработки позволит в полной мере задействовать инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений в сфере промышленной собственности. Для этого предписанным автору действиям и условиям их совершения необходимо придать поощрительный характер, стимулирующий к их осуществлению, в том числе с помощью аннулирования подлежащих уплате пошлин. Прогнозируемый социально-экономический эффект от предоставления открытых лицензий на патенты значительно превысит поступления от взимаемых пошлин.

В соответствии с логикой инклюзивного метода финансовые и временные затраты на получение патента и его продвижение в производство должны быть минимизированы без нарушения правил патентного законодательства. Минимизация издержек в случае предоставления открытой лицензии заключается в том, чтобы отменить патентную пошлину, как за выдачу, так и за поддержание патента в силе. С нашей точки зрения будет правильным установить следующий порядок. Если заявитель изначально указывает, что на патент выдаётся открытая лицензия, то федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не взимает пошлину за выдачу и государственную регистрацию изобретения, полезной модели или промышленного образца, и одновременно вместе с выдачей патента публикует сведения об открытой лицензии. Если изначально на патент не предоставлена открытая лицензия, но патентообладатель решил её предоставить позже, то он в соответствии с действующими правилами подаёт в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о предоставлении открытой лицензии любому лицу. В этом случае патентная пошлина за поддержание патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец в силе не взимается, начиная с года, следующего за годом публикации федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности сведений об открытой лицензии.

Статью 1368 ГК РФ «Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец» предлагается принять в следующей редакции. «1. Автор изобретения, полезной модели или промышленного образца может подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о выдаче патента с открытой лицензией на его использование. В этом случае пошлина за совершение юридически значимых действий, связанных с выдачей патента и государственной регистрацией изобретения, полезной модели или промышленного образца не взимается. Условия лицензии, на которых право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца может быть предоставлено любому лицу, сообщаются автором в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который публикует соответствующие сведения об открытой лицензии. После получения патента автор обязан заключить с лицом, изъявившим желание использовать указанные изобретение, полезную модель или промышленный образец, лицензионный договор на условиях простой (неисключительной) лицензии. Патентообладатель может подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о возможности предоставления любому лицу права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца (открытой лицензии). В этом случае размер патентной пошлины за поддержание патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец в силе не взимается с года, следующего за годом публикации федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности сведений об открытой лицензии. Условия лицензии, на которых право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца может быть предоставлено любому лицу, сообщаются патентообладателем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который соответствующие сведения об открытой лицензии. Патентообладатель обязан заключить с лицом, изъявившим желание использовать указанные изобретение, полезную модель или промышленный образец, лицензионный договор на условиях простой (неисключительной) лицензии. 2. Если патентообладатель в течение двух лет со дня публикации сведений об открытой лицензии не получал предложений в письменной форме о заключении лицензионного договора на условиях, содержащихся в его заявлении, по истечении двух лет он может подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности ходатайство об отзыве своего заявления об открытой лицензии. В этом случае патентная пошлина за поддержание патента уплачивается в полном размере с года, следующего за годом публикации федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности сведений об открытой лицензии. Указанный федеральный орган публикует в официальном бюллетене сведения об отзыве заявления».

По аналогии с открытыми лицензиями индивидуальных авторов, передачу патентов в общественное достояние, либо целенаправленный отказ от патентования технических решений с предоставлением возможности их использования всем желающим, начали практиковать инновационные корпорации Tesla Motors[[284]](#footnote-284) и SpaceX в проекте Hyperloop[[285]](#footnote-285). Это решение корпораций строится по той же инклюзивной логике, что работает в случае индивидуальных патентообладателей. Вовлечение конкурирующих компаний в использование инновационных технических решений оказывается выгодным всем немногочисленным участникам ещё не сложившегося, но перспективного рынка, оно служит достижению профессионального и общественного консенсуса в отношении новых продуктов и услуг. Достигнутый консенсус в свою очередь способствует росту спроса на инновационные товары и услуги, а также созданию необходимой инфраструктуры, которое зачастую невозможно без участия государства, обеспечивающего правовую поддержку, выдачу технологических условий и разрешений. Практику предоставления открытых лицензий на охраняемые патентом объекты промышленной собственности имеет смысл поощрять на государственном уровне в соответствии с концепцией инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений с целью построения инновационной экономики и достижения устойчивого развития страны. Поддержать институт открытых лицензий на объекты промышленной собственности предлагаю с помощью внесения поправок в статью 1368 ГК РФ, которые трансформируют её в полноценную инклюзивную норму в системе интеллектуальных прав.

В комплексе вышеуказанные нормы, относящиеся к таким способам правового регулирования как дозволение, поощрение и рекомендование инструментов реализации права, составляют собой корпус инклюзивных правовых норм в ГК РФ. Эти правовые нормы выступают юридическими средствами инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Так, нормы статей 1233 и пункта 5.2 статьи 1235 ГК РФ классифицируются в качестве управомочивающих норм дозволения, они предоставляют участнику правоотношения выбор своих действий по реализации того или иного субъективного права в рамках предоставляемых этим правом возможностей. Нормы пункта 1 статьи 1286.1 ГК РФ относятся к рекомендательным правовым нормам, определяющим субъекту наиболее целесообразный, но необязательный вариант поведения. Нормы пункта 1 статьи 1286.1 ГК РФ предлагают инструменты реализации права в виде типовых лицензий, дополненных условными обозначениями (инфографикой), упрощающими считывание условий лицензии, как человеком, так и машиночитаемыми компьютерными средствами. Нормы пункта 5 статьи 1274 ГК РФ классифицируются в качестве поощряющих правовых норм, которые побуждают субъектов к совершению определённых действий, полезных с точки зрения общества и государства, путём создания заинтересованности в получении дополнительных благ. Нормы пункта 5 статьи 1274 ГК РФ побуждают авторов и иных правообладателей присоединяться к режиму свободного использования произведений в сети «Интернет» с выплатой им компенсации.

Теоретическое выделение и наполнение юридическими средствами инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений является ответом на доктринальные проблемы в системе интеллектуальной собственности, которые возникли в связи с увеличением структурной сложности и развитием техносферы современного общества. Рассмотрим то, как инклюзивные правовые нормы позволяют преодолеть современные проблемы регулирования авторских отношений.

Социально-экономические и информационные свойства результатов интеллектуальной деятельности делают необходимым расширение возможностей по их беспрепятственному распространению и более свободному использованию в сети «Интернет». Данная потребность проявляется в том, что заметная часть современных авторов поощряет использование своих работ на необременительно упрощённых условиях, а экономические агенты на рынке интеллектуальных права предлагают эффективные способы коммерциализации свободного контента. Сегодня мы имеем ситуацию, когда основной механизм распоряжения исключительным правом – лицензионный договор, заключаемый в письменной форме, неудобен для реализации воли авторов и иных правообладателей вследствие своей недостаточной гибкости, а в ряде ранее рассмотренных случаев он препятствует реализации намерений участников отношений. Действующая правовая норма статьи 1286.1 ГК РФ сформулирована так, что автору недоступны удобные и гибкие инструменты волеизъявления в части определения и сообщения условий использования его произведения неограниченному кругу лиц. С помощью поправок в пункт 1 статьи 1286.1 ГК РФ автор получит возможность применения диверсифицированной системы лицензий для предоставления определённого объёма прав на использование произведения неограниченному кругу лиц. Инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений в соответствии со своим назначением будет работать на вовлечение граждан в число пользователей объектов авторских и смежных прав, а также патентов с открытой лицензией. Этот механизм будет способствовать упрочнению диспозитивного начала в системе интеллектуальной собственности, которое существует на декларативном уровне, но не имеет достаточного нормативного основания. Доукомплектование диспозитивной нормы, сформулированной в пункте 1 статьи 1229 ГК РФ, механизмом её реализации, позволит в большей степени учесть социально-экономические и информационные свойства произведений, а также продвинуться по пути преодоления противоречий между требованиями действующего законодательства и неотъемлемыми свойствами регулируемых объектов.

Проблема охраны произведений на основе формы решается с помощью инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений следующим образом. Объекты авторских и смежных прав признаются неделимыми на форму и содержание сущностями. Отсюда следует, что принцип охраны произведений на основе одной лишь формы, допускающий разделение формы объекта и его содержания утрачивает свою значимость. Место формы как признака объекта охраны занимает зарегистрированный электронный эталон произведения, содержащий цельный – неделимый на форму и содержание результат интеллектуальной деятельности автора. В случае реализации инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений посредством установления режима свободного использования ряда объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет» депонирование электронного эталона произведения и присвоение ему идентификатора осуществляется в обязательном порядке в соответствии с правовой конструкцией данной нормы. В случае реализации инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в соответствии с поправкой в пункт 1 статьи 1286.1 ГК РФ «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства» депонирование эталонного экземпляра также целесообразно.

Проблема оценки ценности произведения и назначения цены его использования в условия функционирования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений решается следующим образом. Цена права на использование (меновая стоимость) объекта интеллектуальных прав будет определяться с помощь выявления его относительной ценности. В наибольшей степени это касается оцифрованных объектов авторских и смежных прав. Поскольку ценность является субъективной характеристикой, то для её объективного исчисления необходимо, чтобы результат интеллектуальной деятельности использовался максимально широко, что предопределяет его свободное распространение и беспрепятственный доступ к нему в соответствии с концепцией инклюзивного механизма. Современные средства интернет-статистики, исследованные в рамках альтернативной системы компенсации, позволяют с достаточной точностью оценить относительную ценность фонограммы, музыкального или аудиовизуального произведения, и на этой основе назначить цену права на его использование.

Система оценки ценности объектов промышленной собственности сегодня формируется в судебных спорах о нарушении патентов между производителями на быстрорастущем рынке интернет-сервисов[[286]](#footnote-286) и мобильных устройств[[287]](#footnote-287). Одним из следствий судебных процессов о нарушении патентов явилась новейшая практика по выкупу патентных портфелей лидерами отрасли у менее успешных компаний для защиты от реальных и потенциальных обвинений в нарушении прав на использование запатентованных технических решений, которые часто имеют место на рынках высокотехнологичных продуктов. Полезность патента для защиты интеллектуально-правовых позиций компании в условиях плотного патентного ландшафта становится ещё одним критерием его экономической оценки в дополнение к классическим подходам, базирующимся на будущих доходах либо экономии издержек. В сложившихся условиях «густых патентных зарослей»[[288]](#footnote-288) автору патента с открытой лицензией становится проще привлечь внимание потенциального покупателя прав на его использование, что повышает шансы на получение авторского вознаграждения.

Проблема гармонизации авторского права с потребностями общества в свободном доступе к произведениям и заключенной в них информации, теряет свою остроту в случае задействования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений по следующим причинам. Инклюзивные нормы узаконивают, а инклюзивный механизм регулирует отношения, в основе которых лежит ценность используемости, распространённости и доступности произведений, в отличие от тех отношений, что базируются на взимании платы за доступ, т.е. на ценности, опирающейся на редкость. В основе инклюзивных отношений лежит признание ценности внимания пользователей, обращённого на результат интеллектуальной деятельности, которое подкреплено функциональными моделями обмена внимания на деньги и другие блага, мотивирующие правообладателей к отмене ограничений на использование произведений, что соответствует общественным интересам.

Развитие инклюзивных отношений с помощью введения новых и корректировки существующих правовых норм необходимо для поддержания законодательства об авторских правах в актуальном состоянии, чтобы позитивное право адекватно отражало современные поведенческие и экономические реалии, не потакало им в негативной части, но признавало и поддерживало в созидательных аспектах. Инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений спроектирован для уравновешивания исключительного права и его эксклюзивно-запретительного метода воздействия на общественные отношения, с целью более эффективного решения диалектически разнонаправленных задач авторского права.

Рассмотрим процесс формирования международных инклюзивных правовых норм и становления наднационального инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений на примере правотворческой деятельности в ЕС и Великобритании в сравнении и взаимосвязи с процессами, проходящими в и США.

28 октября 2012 года вступила в силу Директива Евросоюза (ЕС) 2012/28/EU об определённых случаях разрешённого использования сиротских произведений (Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works)[[289]](#footnote-289). На основании данной директивы государства-члены ЕС внесли изменения в своё национальное законодательство, признав, что сиротские произведения (правообладатели которых не установлены или не обнаружены) имеют важное культурное и образовательное значение. Точное количество таких произведений подсчитать невозможно, однако достоверно известно, что оно достаточно велико. Возможность использовать сиротские произведения в общественных интересах крайне необходима, но без согласия правообладателей в большинстве случаев их использование является противоправным.

Попытки решить проблему сиротских произведений продолжают предприниматься в разных направлениях. В отдельных государствах, например в США, разрабатываются целевые законопроекты, посвящённые регулированию использования таких произведений. Запущены и частные проекты, ярким примером которых является Google Books Search, направленные на поиски возможностей в действующем законодательстве в части изъятий и ограничений авторского права, таких как доктрины fair use или fair dealing. Принятие этого законодательного акта в ЕС является важной вехой в борьбе начатой Э. Элдредом за изменение норм авторского права, препятствующих публикации сиротских произведений, в результате чего целые пласты культурного наследия становятся недоступными. Инициативу Элдреда поддержал Л. Лессиг, ставший его адвокатом на знаковом для мировой системы авторских прав процессе (Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)[[290]](#footnote-290), состоявшимся в 2002-2003 годах в США. В дальнейшем под влиянием идей Элдреда и в результате судебного процесса, Лессиг основал организацию, разработавшую систему лицензий Creative Commons. Данная директива ЕС представляет собой не что иное, как очередной шаг в направлении формирования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в странах Евросоюза. Рассмотрим аргументацию европейского законодателя, отражающую осмысление происходящих в обществе изменений, которые привели к принятию этого инклюзивного правового акта.

Принятие данной директивы ЕС состоялось, в том числе, в результате проведения и обсуждения серии исследований действующей системы авторских прав и её влияния на современную экономику, которые осуществляются с 2003 года Яном Харгревсом – профессором исследовательского университета Уэльса по заказу правительства Великобритании. Опубликованный в 2011 году отчёт «Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth»[[291]](#footnote-291) о перспективах роста цифровой экономики и развития права интеллектуальной собственности призывает правительство идти по пути модернизации национального законодательства и законодательства ЕС по интеллектуальной собственности для обеспечения устойчивого развития экономики. Выводы, сделанные в исследовании, можно квалифицировать в качестве рекомендаций по инклюзивно-ориентированной модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Великобритании и ЕС.

В отчёте проанализированы следующие актуальные проблемы. 1. Наличие доказательственной базы о нарушениях интеллектуальных прав. Решения о развитии системы интеллектуальных прав необходимо выносить на основе объективных данных о масштабах нарушений. Из-за отсутствия объективных критериев для оценки количества сеансов незаконного использования произведений в сети «Интернет», достоверных данных на этот счёт не существует. Результаты измерений объёма пиратского использования объектов авторских и смежных прав, проводившихся в один и тот же период двумя разными компаниями, различаются на 13-65 процентов. Авторы отчёта пришли к заключению, что большое количество компаний действительно несут убытки из-за нарушений авторского права в цифровой среде, но на уровне экономики страны последствия от таких нарушений не столь серьёзны, как порой заявляют. Уровни продаж и доходности в большинстве творческих индустрий остаются достаточно высокими, что имеет значение при оценке размеров вероятных исков, связанных с расширением прав свободного использования или ограничением исключительного права. 2. Определение международных приоритетов через защиту интересов Великобритании и ЕС в отношении интеллектуальной собственности, особенно, на развивающихся рынках Китая и Индии. Усовершенствование патентной системы и принципов деятельности патентного суда ЕС следует сделать главным приоритетом для достижения важных экономических преимуществ Великобритании. Великобритания также должна приложить все усилия, чтобы Договор о патентной кооперации (PCT)[[292]](#footnote-292) стал более эффективным средством международного патентования. 3. Лицензирование авторских прав для увеличения доступа британских компаний к легальному международному цифровому рынку в рамках поддержки деятельности Европейской комиссии по определению правил, регулирующих выдачу лицензии в случае пересечения прав разных правообладателей, учитывая возможные выгоды от реализации данного проекта для страны, намеревающейся стать крупным экспортёром объектов, охраняемых авторским правом. На законодательном уровне следует обязать общества по управлению правами на коллективной основе применять нормы и правила, утверждённые Офисом интеллектуальной собственности и другими государственными органами Великобритании, для того, чтобы на практике вырабатывать решения, способствующие развитию эффективной свободной экономики в будущем. 4. Внедрение норм, позволяющих предоставлять лицензии на произведения-сироты путём разработки типовых процедур для массового лицензирования и выдачи лицензий для частных случаев. 5. Обеспечение большего количества изъятий из исключительного права, как на национальном уровне, так и на уровне ЕС для реализации возможностей, предоставленных ЕС в отношении изменения формата произведений, пародий, некоммерческих разработок и архивирования результатов интеллектуальной деятельности библиотеками. Введение в действие норм, которые сделают невозможным игнорирование указанных и иных изъятий из исключительного права. 6. Предпринять шаги, уменьшающие негативные последствия проблемы «патентных зарослей» и других препятствий для инноваций, принять на себя ведущую роль по реализации деятельности связанной с сокращением объёма нерассмотренных заявок, упорядочиванию работы патентных ведомств и координации их функций в разных странах. Разработать такие правила патентования, которые бы исключали возможность выдавать патенты на программы для ЭВМ и методы ведения бизнеса без веских на то оснований. Наладить взаимодействие с международными партнёрами для установления универсальной системы пошлин, способствующей инновационному развитию, нежели покрытию издержек патентных ведомств, которая заставит правообладателей патентов более тщательно обдумывать необходимость поддержания в силе своих патентов, которые не имеют большой ценности для экономики, что в конечном итоге приведёт к сокращению объёма «патентных зарослей». 7. Поддержание такой важной отрасли творческой экономики как промышленный дизайн посредством экспертизы системы норм, регулирующих отношения в связи с произведениями дизайна для определения национальной и европейской политики их развития, с учётом интересов индустрии дизайна, а также для обеспечения легального доступа пользователей к произведениям дизайна через систему цифрового обмена авторскими правами. 8. Модернизация законодательства с использованием комплекса мер, основанных на правоприменении и обучении для создания легального рынка, на котором осуществляется обмен интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности. 9. Доступность для малого бизнеса при государственной поддержке квалифицированной юридической помощи и консультационных услуг по разумной цене. 10. Разработка системы интеллектуальных прав, способной быстро адаптироваться к изменениям, в том числе путём публикации квалифицированных разъяснений законодательства об авторских правах.

В исследовании подчёркнуто, что развитое законодательство об интеллектуальной собственности становится все более важным инструментом для стимулирования экономического роста ЕС и Великобритании. Инновационные технологии имеют решающее значение для конкурентоспособности страны с развитой экономикой. В частности, в последнее десятилетие в Великобритании увеличился объем инвестиций в нематериальные активы. В 2008 году их общая стоимость составляла £137 млрд. При этом инвестиции в материальные активы в том же году не превысили и £ 104 млрд. Количество выданных лицензий составляет пять процентов от общего числа сделок, совершенных на международном рынке, а их ежегодная стоимость оценивается более чем в £ 600 млрд., и эти показатели продолжают расти. Создание хорошо приспособленного к технологическим и рыночным изменениям механизма регулирования интеллектуальных прав через его непрерывное усовершенствование – основная цель, которую следует ставить перед собой правительству для поддержания дальнейшего экономического роста.

В США интеллектуальную собственность также считают главным драйвером экономики, которая выступает основой инновационного развития с бессчётным количеством революционных идей от конвейера Форда до современных моделей торговли через «Интернет» Amazon.com и eBay.com, от электролампы Эдисона до лаборатории транзисторов Белла, от ракетного двигателя General Electric до интернет-сервисов Google. Задача, поставленная перед президентом США – оставаться лидерами на мировом рынке инноваций. Охрана интеллектуальной собственности, обеспечивающая базис для инноваций в США – первостепенная и чрезвычайная мера, т.к. на интеллектуальные продукты, производимые инновационными отраслями, приходится 60% экспорта страны. Только в 2010 году прирост суммы сделок в этих отраслях составил около 5,06 триллионов долларов, или 34,8 % ВВП США.

Несмотря на то, что интернет-пиратство стало массовым явлением в конце 90-х годов прошлого века, а интернет-торговля товарами повседневного спроса получила своё развитие в начале 2000-х годов, над проблемой охраны интеллектуальной собственности в сети «Интернет» и развитием инновационной экономики в США на государственном уровне задумались только в 2009 году. Для этого при правительстве США учредили должность Координатора по надзору за исполнением законодательства по интеллектуальной собственности (Intellectual Property Enforcement Coordinator – далее ИПЕК), который совместно со своим кабинетом разработал стратегию дальнейшей работы. В 2012 году координатор инициировал публикацию исследования «Интеллектуальная собственность и экономика США: отрасли промышленности в центре внимания» впервые на данную тему[[293]](#footnote-293). В 2013 году был опубликован доклад под названием «2013 стратегический план об усилении роли интеллектуальной собственности»[[294]](#footnote-294). 1 Апреля 2015 года вступил в силу разработанный при участии ИПЕК приказ Президента США «Блокировка имущества лиц, уличённых в противоправных действиях в киберпространстве»[[295]](#footnote-295).

Программа действий, разработанная под руководством ИПЕК во взаимодействии с министерствами и учреждениями страны, ориентирована не столько на совершенствование законодательства, сколько на ужесточение мер защиты интеллектуальных прав, содействие экспортным операциям в связанных с интеллектуальной собственностью секторах, на защиту инноваций и увеличение количества рабочих мест. В правительстве США считают, что с начала реализации программы в 2011 году добились больших успехов по усилению охраны интеллектуальной собственности. Выделяют следующие важные достижения. В стране давно стоит проблема продажи контрафактных лекарственных средств через сеть «Интернет». В декабре 2010 года ряд компаний: American Express, Discover, Enom, GoDaddy, Google, MasterCard, Microsoft (Bing), Network Solutions, PayPal, Visa и Yahoo! объявили, что их совместными усилиями создано некоммерческое объединение по борьбе с незаконной онлайн торговлей лекарств. Правоохранительные органы США продолжают активно бороться с фальшивомонетчиками, пиратами, и теми, кто стремится противозаконно воспользоваться американскими инновациями. На треть увеличился масштаб специальных операций правоохранительных органов. Выросло число изъятий фальсифицированных лекарственных средств. Более чем на половину увеличилось количество арестов и вынесение обвинительных приговоров, а также количество расследований ФБР в отношении нарушения секретов производства. Продолжается усиление взаимодействия между федеральными, государственными и местными органами власти с целью разумного расходования средств, направленных на обеспечение защиты имущественных прав. Осуществлён добровольный отказ от нарушения интеллектуальных прав в форме соглашения, заключённого в 2011 году, крупными американскими финансовыми компаниями и платёжными системами American Express, Discover, MasterCard, PayPal и Visa, которое устанавливает запрет на предоставление услуг сайтам, торгующим контрафактной продукцией. В июле 2011 года подписано соглашение между поставщиками интернет-услуг AT&T, Comcast, Cablevision, Verizon и Time Warner Cable, а также ведущими музыкальными лейблами и киностудиями, в соответствии с которым провайдеры должны уведомлять абонентов о том, что они могут нарушить охраняемые законом права. В марте 2011 года опубликованы 20 рекомендаций ИПЕК по защите интеллектуальных прав, определяющие меры по ужесточение наказания за их нарушения. 11 из них были реализованы, 2 приобрели форму закона.

Из отчёта, составленного под руководством Харгревса, следует, что Великобритания видит для себя путь к достижению эффективного режима охраны интеллектуальной собственности в модернизации национального законодательства и правовых актов ЕС. Подсчитано, что объем продукции, создаваемой цифровой индустрией ЕС, находится на третьем месте после инженерных разработок, финансового и профессионального консалтинга. Исследователи приходят к выводу, что для глобальной экспансии цифровой индустрии Великобритании необходим открытый внутренний рынок с эффективными инструментами для быстрого лицензирования и защиты прав. Наиважнейшим приоритетом для Великобритании являются изменения, вносимые в законодательство с целью поддержания международных инициатив, в том числе, таких как инклюзивная по методу правового регулирования Директива ЕС об использовании сиротских произведений. Считается, что заключение международных соглашений по правам интеллектуальной собственности послужит импульсом для дальнейшего устойчивого роста международной торговли нематериальными активами, а создание в рамках ЕС общедоступного патентного суда упорядочит патентную систему стран-участниц.

В исследовании Харгревса существующий режим правовой охраны объектов авторского права назван непригодным для цифровой эпохи, потому что миллионы граждан ежедневно нарушают авторские права просто при копировании музыки или видео с одного устройства на другое. Английские эксперты считают, что в настоящий момент система интеллектуальной собственности Великобритании отстаёт, особенно в части авторского права, которое действует в качестве нормативно-правового препятствия для создания и развития новых интернет-проектов. Принимая во внимание, что цифровая революция ещё не завершена, поскольку две трети населения мира до сих пор не пользуются сетью «Интернет», законодательство Великобритании и ЕС по интеллектуальной собственности должно быть адаптировано к цифровой экономике. Модернизацию законодательства следует начать со специальных правил, делающих возможным использование так называемых произведений-сирот, которые не используются по причине невозможности установить их авторов и правообладателей. Недоступность большого количества произведений в указанной связи отрицательно сказывается на экономических результатах.

Исследование также выявило многочисленные дефекты существующей процедуры лицензирования. Изучив предложения, поступившие из таких организаций как CBI, News Corporation, Pearson, Reed Elsevier, Альянс британских фотографов и Европейский Совет Издателей, а также проблему проекта Google Book Agreement, который до выигрыша дела в 2016 году[[296]](#footnote-296) был заблокирован судом в США, авторы отчёта предлагают объединить интересы правообладателей, пользователей, бизнеса и учредить в Великобритании первую систему Цифрового Обмена объектами Авторского права Digital Copyright Exchange[[297]](#footnote-297). Предполагается, что эта инклюзивная мера упорядочит систему выдачи лицензий правообладателями и приобретение их пользователями. Сроки совершения сделок сократятся, процедура станет автоматизированной и дешёвой, в результате должен сложиться информированный и готовый к решению конфликтных ситуаций без дорогостоящих судебных процедур британский рынок интеллектуальных прав. В случае проведения такой инклюзивно-ориентированной модернизации механизма регулирования интеллектуальных прав, Великобритания получит конкурентное преимущество в распространении творческого контента и лидирующее положение в предоставлении услуг крупным игрокам, использующим контент для его лицензирования на международном рынке, т.е. станет ведущим центром Европы по оказанию услуг в области интеллектуальной собственности.

Великобритания ранее уже предпринимала некоторые шаги по улучшению сложившейся ситуации посредством введения изъятий из исключительного права для того, чтобы пользователи имели право изменять формат музыки или видео, приобретённого для личного пользования, а также использовать материал, охраняемый авторским правом, в пародиях. Английские исследователи изучили американский подход к исключениям из авторских правомочий, основанный на концепции добросовестного использования (fair use) и пришли к выводу, что такой способ юридически неприменим в Европе. Великобритания может добиться большего результата, используя изъятия из исключительного права, которые уже установлены законодательством Евросоюза. В отчёте приводятся доводы в пользу дополнительных ограничений исключительного права, которые не наносят ущерба правообладателям, для «примирения закона об авторских правах ЕС с будущим технического прогресса». Указанные шаги помогут решить проблему несанкционированного копирования в отраслях, которые в отличие от музыкальной и издательской деятельности, кинопроизводства и телевидения, непосредственно не связаны с творческой деятельностью.

Отмечено, что большое значение для роста экономики и увеличения рабочих мест имеет деятельность инновационных компаний в секторе малого и среднего бизнеса. В связи с тем, что цифровые и коммуникационные технологии часто связаны с использованием большого количества текстов, изображений и данных, высокие издержки на приобретение лицензий блокируют развитие малых и средних компаний. Инклюзивно-ориентированные изменения в законодательстве должны коснуться вопроса использования современных способов представления текста и методов сбора данных, которые сейчас находятся под запретом. Также предлагается вменить в обязанность Службе по защите прав интеллектуальной собственности Великобритании функцию публикации официальных разъяснений, помогающих лучше понимать положения законов в той части, где они сложны для восприятия либо существуют сомнения относительно применимости конкретных норм.

Озабоченность учёных правоведов вызывают проблемы патентной системы, где наблюдается устойчивый рост уровня патентования, особенно в отношении программ для ЭВМ и телекоммуникационных технологий. Бум патентования привёл к тому, что патентное бюро не справляется со своими функциями, в связи с чем, возникают так называемые «патентные заросли», затрудняющие выход компаний на рынок и тем самым препятствующие прогрессу. В качестве решения предлагается улучшить международное взаимодействие национальных патентных ведомств через скоординированную коррекцию пошлин для выдавливания из системы патентования наименее значимых для экономики объектов и её разгрузки. Это предложение в сфере патентных прав от специалистов из Великобритании коррелирует с предложенной нами поправкой в статью 1368 ГК РФ «Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец» об отмене государственных пошлин. Эта поправка призвана усилить инклюзивную направленность механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в области патентных прав.

Дополнительно исследователи заостряют внимание на таком важном и растущем секторе экономики EC как произведения дизайна, которые привлекают большой объём инвестиций. В отличие от объектов, охраняемых авторским правом, путаница в законодательстве в отношении объектов дизайнерского творчества создаёт неблагоприятные условия для интеллектуальной деятельности в этой сфере. Кроме того, возникают новые правовые проблемы в связи с возможностью индивидуализированного воспроизведения охраняемых произведений дизайна с помощью быстро распространяющейся технологии 3D печати, что в недалёком будущем потребует внесения значительных изменений в законодательство.

Британские эксперты пришли к выводу, что проблема правоприменения пронизывает все области права интеллектуальной собственности, и что законодательство по интеллектуальным правам не в состоянии обеспечить нормальное функционирование экономики, если имущественные права не соблюдаются или их стоимость слишком велика. Неэффективный механизм защиты интеллектуальных прав назван наихудшим, потому что он создаёт иллюзию баланса интересов и отношений на рынке. Широко распространившаяся практика игнорирования закона разрушает уверенность потребителей и доверие инвесторов, что нарушает социальную солидарность, проявляющуюся в объединении законопослушного большинства против преступного меньшинства. Это и есть наиболее веские причины для модернизации системы интеллектуальных прав в направлении более свободного использования произведений посредством усиления инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

В США ИПЕК во взаимодействии с Конгрессом анализирует законодательство в поисках путей повышения эффективности борьбы с нарушениями интеллектуальных прав внутри страны и на международном уровне. В марте 2011 года ИПЕК выпустил рекомендации по увеличению срока тюремного заключения за нарушение интеллектуальных прав до 20 лет и более, а также повышению штрафов в рамках уголовного преследования в качестве меры против увеличивающегося числа случаев промышленного шпионажа и краж коммерческой тайны. Подходы ИПЕК демонстрируют гражданам США и мировому сообществу, что правительство США намерено и в дальнейшем защищать интеллектуальные права запретительно-ограничительными средствами исключительного права. Главными американскими продуктами, подлежащими экспорту в другие страны, были и остаются творчество, изобретательность и инновационность её граждан, которые имеют решающее значение для развития экономики и создания рабочих мест, что диктует характер применяемых мер для их охраны и защиты. Стратегия ИПЕК состоит в продвижении агрессивных методов защиты прав интеллектуальной собственности, которые противоположны подходам инклюзивной концепции регулирования авторских отношений, направленным на уравновешивание императивно-запретительных средств исключительного права.

Исследователи из ЕС, напротив, предостерегают от решения проблемы карательными методами. Они полагают, что необходимо действовать посредством поощрения открытых и конкурентных рынков лицензированного цифрового контента, модернизируя законодательство об авторских правах в направлении организации легального оборота оцифрованных произведений по доступным ценам.

В развитии механизма регулирования интеллектуальных прав Евросоюз и США сегодня двигаются в противоположных направлениях. ЕС под предводительством Великобритании до решения о выходе из ЕС принял законодательный акт, нацеленный на расширение возможностей свободного использования объектов авторских прав за счёт произведений с неустановленными правообладателями, и продолжает движение в сторону развития инклюзивных отношений. США проповедует консервативный подход, основанный на ужесточении санкций, применяемых к нарушителям авторских прав, несмотря на сложности и неудобства для пользователей, связанные с необходимостью отслеживать легальность своих действий при использовании произведений в сети «Интернет». Одним из наиболее заметных аргументов специалистов ЕС является забота о будущем экономики, которая все в большей мере становится экономикой творческих продуктов, исходным строительным материалом для которых выступают ранее созданные результаты интеллектуальной деятельности. При этом заимствование из ранее созданных произведений и технических решений всё чаще признаётся естественным этапом процесса создания инновационных продуктов. В подходах специалистов США декларируется забота о защите доходов правообладателей, поощрение инновационной активности граждан, прилагаются усилия для предотвращения потерь от деятельностей правонарушителей, однако вопрос о заимствовании в творческой деятельности оставлен без внимания.

Инклюзивные нормы основных международных договоров в сфере авторских и смежных прав можно классифицировать по пяти основаниям: 1) исключения, ограничения или изъятия из предоставляемых прав; 2) определённые случаи свободного использования; 3) принудительные лицензии; 4) оговорки о применении норм; 5) инклюзивные привилегии в отношении развивающихся стран.

К первой категории исключений, ограничений или изъятий из предоставляемых прав относятся следующие международные нормы. Статья 2bis «Возможное ограничение охраны определённых произведений», статья 6 «Возможное ограничение охраны в отношении определённых произведений граждан определённых стран, не входящих в Союз», статья 13 «Возможное ограничение права на запись музыкальных произведений и любых текстов, относящихся к ним» Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 года с изменениями от 28 сентября 1979 года. Статья 13 «Ограничения и изъятия», пункт 6 Статьи 14 «Охрана прав исполнителей, производителей фонограмм (звукозаписей) и вещательных организаций», статья 17 «Исключения», статья 30 «Исключения из предоставляемых прав» Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС), вступившего в силу 1 Января 1995 года. Статья 10 «Ограничения и исключения» Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП), вступившего в силу 6 Марта 2002 года. Статья 15 «Разрешённые исключения: 1. Специальные ограничения; 2. Ограничения, эквивалентные ограничениям в отношении охраны авторского права» Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, вступившей в силу 18 Мая 1964 года (Римская конвенция). Статья 16 «Ограничения и исключения» Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ), вступившего в силу 20 Мая 2002 года.

Ко второй категории определённых случаев свободного использования относятся следующие международные нормы. Статья 10 «Определённые случаи свободного использования произведений» и статья 10bis «Дополнительные случаи возможного свободного использования произведений» Бернской конвенции. Статья 31 «Другие виды использования без разрешения патентообладателя» и статья 37 «Действия, не требующие разрешения правообладателя» Соглашения ТРИПС.

Третья категория норм – принудительные лицензии – включает в себя пункт 2 статьи 11bis «Передача в эфир и относящиеся к этому права» и пункт 1 статьи 13 «Возможное ограничение права на запись музыкальных произведений и любых текстов, относящихся к ним» Бернской конвенции.

В четвертую категорию – оговорки о применении норм – входят пункт 2 статьи 6 «Охраняемые передачи в эфир: 1. Условия предоставления национального режима вещательным организациям; 2. Право делать оговорки» и статья 16 «Оговорки» Римской конвенции, статья 3 «Применение статей 2-6 Бернской конвенции» ДАП и статья 1 «Отношение к другим конвенциям» ДИФ.

К пятой классификационной группе – инклюзивные привилегии в отношении развивающихся стран – относятся все нормы Дополнительного раздела «Специальные положения, относящиеся к развивающимся странам» Бернской конвенции и статья 66 «Наименее развитые страны-члены» Соглашения ТРИПС.

## §2. Этапы конструирования инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации

Фундаментом для построения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений служат следующие теоретико-практические положения.

1. Инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений представляет собой систему правовых средств и процесс их применения для развития возможностей свободного использования, увеличения распространённости и повышения уровня доступности произведений науки, литературы и искусства. Целью построения инклюзивного механизма является усиление способов дозволение и поощрение для достижения баланса императивно-запретительных и диспозитивно-разрешительных средств, применяемых в процессе гражданско-правового регулирования авторских отношений. Внедрение инклюзивного механизма решает следующие социально-экономические задачи: регулирование отношений правовыми средствами, не ограничивающими круг пользователей объектов авторских прав; обеспечение правовой основы для инновационных подходов к использованию произведений, формирующихся в информационном обществе; предоставление автору правовых возможностей для освоения современных инструментов коммерциализации своих интеллектуальных прав.

2. Стремление автора к совершенству через наиболее полную реализацию своих возможностей требует максимального распространения и использования результатов его творческого труда. Стимулируя автора к устранению барьеров на пути увеличения количества пользователей его произведения, мораль стремления[[298]](#footnote-298) объединяет интересы автора и граждан в части доступа к результатам его интеллектуальной деятельности. Поэтому в отличие от запретительно-ригористичной морали долга мораль стремления работает на построении взаимовыгодных отношений по использованию произведений науки, литературы и искусства. Мораль стремления выступает в качестве нравственной основы инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

3. Переход от аналоговой к дискретно-цифровой репрезентации объектов авторских прав обусловил исчерпание возможностей по их охране в сети «Интернет» на основе формы. Множественность форматов представления, способов и методов кодирования, доступность механизмов трансформации, транслитерации и метонимии исходного содержания, распространённость средств автоматизированного придания новизны ранее созданному результату интеллектуальной деятельности, вступили в противоречие с принципом охраны произведения на основе оригинальной формы, которая считается единичной, неизменной и наиболее стабильной характеристикой объекта охраны. Объекты авторских и смежных прав в сети «Интернет» целесообразно охранять с помощью неделимого на форму и содержание электронного эталона произведения[[299]](#footnote-299).

4. Необходимо предусмотреть возможность регистрации и депонирования электронных эталонов объектов авторских и смежных прав по желанию правообладателя аналогично процедуре факультативной регистрации и депонирования материалов, идентифицирующих программу для ЭВМ или базу данных, установленную статьёй 1262 ГК РФ. В рамках данной правовой процедуры присваивать уникальный цифровой идентификатор электронному эталону произведения для мониторинга фактов его использования в сети «Интернет». Статье 1262 ГК РФ «Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных» предлагаю дать наименование «Государственная регистрация электронных эталонов объектов авторских и смежных прав» и изложить в редакции, представленной в следующем разделе поправок и дополнений в законодательство об интеллектуальных правах.

5. Оцифрованные объекты авторских прав обладают свойствами неконкурентности в использовании и общедоступности, которыми характеризуются общественные блага. Свойство неконкурентности проявляется в том, что использование произведения одним лицом не ограничивает возможностей его использования другими субъектами. Свойство общедоступности работает так, что практически невозможно ограничить доступ к произведению тем, кто не имеет для этого правовых оснований. Эта особенность представленных в электронном виде произведений обусловливает необходимость развития и применения инклюзивных правовых средств, устанавливающих или санкционирующих такие способы их использования, которые не ограничивают круг их пользователей.

6. Произведения науки, литературы или искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту, де-факто профинансированы обществом. Поэтому предлагаю принять норму о переходе таких произведений в общественное достояние с момента их создания. Данная норма будет воспринята в обществе в качестве важного элемента инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, задающего вектор развития законодательства об интеллектуальных правах в Российской Федерации. Пункт 4 статьи 1298 ГК РФ «Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту» предлагаю изложить в следующей редакции: «Произведения науки, литературы или искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту, переходят в общественное достояние после выполнения сторонами контрактных обязательств, за исключением тех работ, в которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну».

7. В целях повышения эффективности инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений и упрощения доступа к произведениям, размещённым в сети «Интернет», необходимо принять правовые нормы о применении типовых лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций для заключения лицензионных договоров на их использование. Для реализации этого предложения дополнить статью 1233 ГК РФ «Распоряжение исключительным правом» пунктом 6 следующего содержания: «Правообладатель имеет право определить условия использования результата интеллектуальной деятельности с помощью типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации. Заявление делается путём размещения на официальном сайте федерального органа исполнительной власти в сети «Интернет». Федеральный орган исполнительной власти, ответственный за размещение соответствующих заявлений, а также порядок и условия их размещения определяются Правительством Российской Федерации». Статью 1235 ГК РФ «Лицензионный договор» дополнить пунктом 5.2 следующего содержания: «Допускается применение типовых лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций, определяющих стандартизованные условия использования результатов интеллектуальной деятельности. Споры, возникающие из договоров на основе таких лицензий, рассматриваются в специализированном суде по интеллектуальным правам».

8. Анализ имеющегося положительного мирового опыта использования диверсифицированного семейства лицензий Creative Commons требует рецепции соответствующих инклюзивных норм в правовую систему Российской Федерации. Для этого пункт 1 статьи 1286.1 ГК РФ «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства» в третьем абзаце дополнить следующим положением: «Лицензионный договор может быть заключён в форме и на условиях типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации». С помощью компактных поправок в статьи 1233, 1235 и 1286.1 ГК РФ, вписанных в их нормативную логику, делается прямая отсылка к текстам используемых в мире типовых публичных лицензий Creative Commons, Фонда свободного программного обеспечения, Массачусетского технологического института, Университета Беркли и др.

9. Правовые нормы законодательства Российской Федерации об интеллектуальных правах в недостаточной степени учитывают информационные свойства произведений науки, литературы и искусства, такие как инвариантность по отношению к носителю, воспроизводимость, транслируемость и полезность. Совокупность этих свойств работает так, что эффективно предотвратить противоправное использование востребованных произведений в киберпространстве с помощью юридического запрета не представляется возможным. Гражданско-правовое регулирование использования произведений в сети «Интернет» целесообразно осуществлять средствами инклюзивного механизма, которые не противоречат информационным свойствам этих объектов.

10. Целесообразно принять правовую норму, позволяющую установить в Российской Федерации режим свободного использования объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет» по волеизъявлению правообладателя с выплатой ему компенсации в форме денежного вознаграждения. Основными принципами предлагаемого правового режима могут стать: 1) дозволение и поощрение свободного использования объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет»; 2) выплата правообладателям денежного вознаграждения за свободное использование принадлежащих им произведений; 3) вычисление размера вознаграждения за свободное использование произведения на основе его относительной востребованности. Применение на практике режима свободного использования целесообразно начать с фонограмм, оцифрованных музыкальных и литературных произведений в силу простоты их мониторинга и технологической совместимости с инструментами монетизации прав на эти объекты в сети «Интернет».

11. Для нормативного обеспечения режима свободного использования объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет» необходимо дополнить статью 1274 ГК РФ, которая допускает свободное использование произведений в информационных, научных, учебных или культурных целях, пунктом 5 следующего содержания: «При условии выплаты вознаграждения правообладателю допускается: 1) свободное воспроизведение, распространение, публичный показ, публичное исполнение и доведение до всеобщего сведения в сети «Интернет», зарегистрированного по установленной форме произведения; 2) создание производного на основе зарегистрированного произведения, если производное произведение также зарегистрировано для свободного использования».

12. Размер вознаграждения автора за предоставление права свободного использования его произведения в сети «Интернет» должен определяться количеством привлечённого внимания пользователей. Этот критерий позволит формировать доход от использования результата интеллектуальной деятельности в сети «Интернет» с учётом его относительной востребованности.

13. Целесообразно включить кинематографические и приравненные к ним произведения в статью 13 Бернской конвенции для закрепления юридической возможности по ограничению исключительного права в отношении таких произведений, используемых в сети «Интернет», на уровне международного правового акта. В части касающейся записей музыкальных произведений и фонограмм статья 13 Бернской конвенции наделяет участников правом редуцировать объём исключительного права, предоставляемого автору. Этого послабления достаточно для распространения режима свободного использования на фонограммы и музыкальные произведения, однако в отношении кинематографических и приравненных к ним работ такой возможности нет. В случае принятия этой поправки обновлённое положение Бернской конвенции будет автоматически соблюдаться в рамках международного соглашения ТРИПС по статье 9, международных договоров ДАП и ДИФ по статье 1 и статье 16 соответственно. Пункт 1 статьи 13 Бернской конвенции предлагаю изложить в редакции, приведенной в предшествующем параграфе.

14. Проблему замещения иссякающих источников средств для вознаграждения авторов и иных правообладателей можно решить за счёт инновационных подходов к использованию объектов авторских прав. В частности, первый подход заключается в коммерциализации коммуникативного потенциала произведений, которые всё чаще выполняют функцию средства персонифицированной коммуникации с возможностью доставки сообщений различным слоям современного общества, что позволяет извлекать прибыль для выплаты вознаграждения авторам. Второй подход представляет собой монетизацию внимания и впечатлений, как новейших предложений экономики постиндустриального общества, которые имеют в своей основе объекты авторских прав. Условием развития современных способов использования произведений должен стать генератор средств для вознаграждения правообладателей, формируемый за счёт максимизации размера пользовательской базы с помощью инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

15. В настоящее время цена лицензии на использование произведения, как правило, устанавливается исходя из субъективной оценки его ценности, поскольку объективно-количественные факторы стоимости материальных благ к нематериальным объектам авторских прав не применимы. Для формирования объективной цены лицензии на использование произведения инновационными способами необходимо иметь оценку его ценности, основанную на мнении множества пользователей, что требует поощрения граждан к использованию произведений средствами инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Построение инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений необходимо осуществлять с учётом положений теории модернизации правовых систем. Действующий механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений, как это было выявлено раньше, имеет в своей основе запретительно-ограничительные юридические средства. Инклюзивно-ориентированная модернизация механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений возможна через усиление структурных элементов, составляющих его инклюзивную подсистему.

Выделим подлежащие усилению структурные элементы механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. С.С. Алексеев подчёркивает, что вопрос об элементах механизма гражданско-правового регулирования – это вопрос о его структуре, составе и соотношении входящих в него правовых явлений. Поскольку речь идёт об инструментальной – инклюзивной характеристике этого механизма, то его содержание складывается из соответствующих инклюзивно-ориентированных средств юридического воздействия, т.е. таких правовых явлений, которые работают в правовом опосредствовании общественных отношений данного типа. При определении критерия для выделения основных элементов механизма правового регулирования исходят из того, что правовое регулирование представляет собой длящийся процесс, распадающийся на ряд этапов или стадий. Последние и могут служить критерием для обособления ключевых элементов механизма правового воздействия. В процессе правового регулирования весьма отчётливо выделяются как минимум три стадии: а) стадия формирования и действия юридических норм, характеризующаяся тем, что введённые в правовую систему нормы общим образом регламентируют, направляют поведение участников общественных отношений, устанавливают для них тот или иной правовой режим; б) стадия возникновения прав и обязанностей, правоотношений, характеризующаяся тем, что на основе юридических норм при наличии предусмотренных обстоятельств, юридических фактов у конкретных субъектов возникают права и обязанности – индивидуализированные модели поведения; в) стадия реализации прав и обязанностей, характеризующаяся тем, что программы поведения, которые заложены в юридических нормах и затем выражены в конкретных моделях поведения через предоставление прав и предписание обязанностей для данных субъектов, воплощаются в жизнь, осуществляются в фактическом поведении участников общественных отношений, становятся реальностью. Кроме того, нередко возникает необходимость в дополнительной, факультативной, четвертой стадии, которая либо предшествует возникновению правоотношений, либо призвана обеспечить их реализацию. Это – стадия применения права, характеризующаяся тем, что компетентный властный орган, прежде всего суд, издаёт властный индивидуальный акт. В соответствии с указанными стадиями правового регулирования чётко выделяются три, а с учётом особой, факультативной стадии четыре основных элемента инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования: правовые нормы, индивидуальные предписания применения права (факультативный элемент), правоотношения, акты реализации прав и обязанностей[[300]](#footnote-300).

Каждый из элементов инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования выполняет в процессе правового регулирования свои, специфические функции. Правовые нормы представляют собой основу, исходную юридическую базу регулирования. При их помощи вводится тот или иной режим, программируется, нормативно направляется поведение участников общественных отношений в соответствии с заложенной в нормах идеальной моделью такого поведения. В нормах, кроме того, предусматриваются все те последующие юридические средства, которые образуют иные элементы механизма гражданско-правового регулирования. От того, каков вид нормы, её характер, зависят юридическое содержание, весь строй регулирования. Совокупность инклюзивных правовых норм направляет поведение участников общественных отношений на повышение доступности и упрощение условий использования объектов авторских прав, а также ведёт к максимизации привлечённого произведениями внимания пользователей в экономически обоснованных интересах сторон. Индивидуальные предписания применения права – объективные результаты властных действий судов и иных компетентных органов, которые обеспечивают реализацию требований юридических норм, а именно: во властно-принудительном порядке либо обеспечивают возникновение правоотношений, либо гарантируют осуществление прав и обязанностей, нередко выражая в то же время индивидуальное поднормативное регулирование общественных отношений. Элемент индивидуальных предписаний применения права как факультативная составляющая в случае инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений имеет не столь существенное значение, поскольку инклюзивный механизм в большей мере ориентирован на установление общих правил, чем на выдачу индивидуальных предписаний. Правоотношения являются первым и важнейшим шагом в реализации общих программ поведения, заложенных в правовых нормах. Правоотношения представляют собой главное средство, при помощи которого нормы воплощаются в жизнь, инструмент перевода, переключения общих моделей поведения в плоскость конкретных мер поведения – субъективных прав и юридических обязанностей для данных субъектов. Правоотношение свидетельствует, что перед нами – точно определённые лица, которые что-то в юридическом отношении могут и что-то должны. Инклюзивные правоотношения в случае применения типовых лицензий Creative Commons реализуются в том, что автор устанавливает правила использования его произведения для неограниченного круга лиц с помощью выбора конкретной типовой лицензии, а пользователи обязаны их соблюдать. В случае установления режима свободного использования произведений в сети «Интернет», инклюзивные правоотношения требуют от правообладателя регистрации электронного эталона объекта авторских или смежных прав в управомоченной организации, которая обязана осуществлять мониторинг его использования, рассчитывать его относительную востребованность и выплачивать правообладателю вознаграждение. В случае принятия правовой нормы о передаче в общественное достояние произведений, созданных по государственному или муниципальному контракту, инклюзивные правоотношения предполагают соответствующее уведомление пользователей о праве на свободное использование таких работ. Акты реализации прав и обязанностей – это юридически значимые результативные действия субъектов, в которых реально осуществляются выраженные в правах и обязанностях меры поведения-возможности и требования. Здесь действие механизма правового регулирования завершается, происходит перевод общих предписаний юридических норм на стадии правоотношения – конкретизированных в правах и обязанностях в то фактическое, реальное поведение, на которое направлена воля законодателя[[301]](#footnote-301). К актам реализации прав в рамках инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования относятся: предоставление автором права на использование его произведения неограниченного кругу лиц по одной из лицензий Creative Commons; заключение лицензионного договора с помощью текста типовой публичной лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации; регистрация электронного эталона произведения для его свободного использования в сети «Интернет» с последующим получением вознаграждения в рамках альтернативной системы компенсации.

Внутри механизма правового регулирования выделяют функциональные подсистемы. Выделение основных элементов механизма гражданско-правового регулирования, помимо того что позволяет очертить специфические функции на каждой стадии процесса правового регулирования, даёт возможность сгруппировать правовые явления и, связав их с тем или иным из основных звеньев, найти им своё, соответствующее их природе место в «периодической системе элементов правовой действительности». Каждый основной, узловой элемент механизма вместе с примыкающими к нему элементами представляет собой своего рода подсистему, в рамках которой правовые явления функционируют в единстве и во взаимосвязи. Через подсистемы механизма гражданско-правового регулирования вовлекаются и такие правовые явления, которые, находятся за пределами правового регулирования, в частности юридический инструментарий, опосредствующий правотворчество. Следовательно, при таком подходе понятие механизма гражданско-правового регулирования становится теоретически значимым, ёмким, дающим инструментальный, анатомический срез всей правовой действительности. На стадии формирования и общего действия юридических норм целостную подсистему образуют вместе с нормами нормативные юридические акты – акты правотворческой процедуры, интерпретационные акты, систематизация, юридическая техника и др.; на стадии возникновения прав и обязанностей вместе с правоотношениями – юридические факты, правосубъектность; на стадии реализации прав и обязанностей вместе с актами реализации – обеспечительные правоприменительные акты[[302]](#footnote-302). Существование подсистем в структуре механизма правового регулирования позволяет с предельной чёткостью распределить все средства правового воздействия по клеточкам целостной системы, а это, в частности, служит основанием для научно обоснованного распределения научного материала, установления последовательности при его систематическом изложении. В этой логике правомерным представляется выделение инклюзивной подсистемы внутри механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, что позволят сгруппировать однородные правовые явления и средства правового воздействия, применяемые для выполнения специфически обособленной инклюзивной функции механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Говоря о подходах к модернизации правовой системы в целом и механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в частности, необходимо отметить следующее. Модернизация правовой системы представляет собой эволюционное изменение синтезированной совокупности правовых явлений и процессов, вызванное поступательным развитием общества, его правовой, экономической и технологической инфраструктурой, углубляющимися процессами международной кооперации и глобализации, в целях качественно нового воздействия на правовую жизнь общества, соответствующего этапу его эволюции[[303]](#footnote-303). Механизм модернизации правовой системы – это гибкая система взаимосвязанных, нормативно закреплённых стадий, направленных на совершенствование правовой системы государства в целях повышения качества её функционирования и достижения её главной цели – установления эффективного и непротиворечивого правового порядка. Активно проводимый в последние годы мониторинг законодательства Российской Федерации и её субъектов обнаруживает две тенденции. С одной стороны, содержание нормативных правовых актов не соответствует обстоятельствам быстро меняющейся жизни, а с другой стороны, попытки обеспечить разветвлённость, глубину нормативного регулировании приводят к нарастанию количества хаотично принимаемых нормативных правовых актов, как законов, так и подзаконных нормативных актов. При этом нормативные правовые акты едва принятые быстро обрастают большим количеством поправок, изменений и дополнений. В полной мере это относится к прошедшей процесс кодификации системе интеллектуальных прав и механизму гражданско-правового регулирования авторских отношений как её неотъемлемому элементу.

Термин «модернизация» (от англ. modern – обновлённый, современный) популярен, он широко употребляется в различных сферах жизни и слоях общества, в том числе в федеральных законах, подзаконных актах, международных соглашениях[[304]](#footnote-304). Зачастую модернизация воспринимается как инструмент, способный ликвидировать как общественные недостатки политико-правового и социально-экономического порядка, так и индивидуальной экономической жизни, и вывести Россию на инновационные передовые позиции в мире. Проблемам развития и модернизации механизма правового регулирования экономических отношений в последнее время стало уделяться внимание, как на общетеоретическом, так и отраслевом уровнях. Понятие «модерн» является многозначным и употребляется для обозначения определённых периодов или промежутков времени, а также духовных направлений, характеризующихся чем-то новым, отличным от старого или имевшего место ранее. С исторической точки зрения категория «модерн» достаточно давно используется для европейского «Нового времени»[[305]](#footnote-305) и индустриального капитализма. Одно из наиболее ранних определений модернизации было сформулировано Ш. Эйзенштадтом. Он считает, что модернизация – это процесс изменения в направлении тренда развития типов политических, экономических и социальных систем, сформировавшихся с XVII по XIX вв. в Северной Америке и Западной Европе, а затем подобные процессы распространились на европейские страны, а также в XIX и XX веках – на азиатский, африканский и южноамериканский континенты[[306]](#footnote-306). Фердинанд Тённис указывал, что модернизация – переход от сообщества к обществу[[307]](#footnote-307). Исследования проблематики модернизации в зарубежной политологии начинаются с работ М. Вебера. По его мнению, модернизация – переход от ценностной рациональности к целерациональности[[308]](#footnote-308). В западной социологии и политологии в 50-60-х гг. XX столетия сформировалась теория модернизации. Теоретические концепции модернизации нашли своё отражение в трудах: И. Неттла, С. Хантингтона, Д. Фрисби, Г. Спайро и других.

В работах современных отечественных правоведов часто встречается категория «модернизация», но данный термин большинством авторов используется для характеристики процессов политико-правовых реформ в различных сферах общества. Несмотря на различные определения, однозначного толкования понятия «модернизация законодательства» нет, а существующие дефиниции можно определить как инструментальное целерациональное понимание правового регулирования[[309]](#footnote-309). Модернизация как идея, как практика правоприменения и как политика в развивающемся обществе и государстве на любых стадиях их развития всегда будет актуальной и востребованной, так как модернизация является способом их эволюции в новых реалиях государственной деятельности и правовой системы, развития всех юридических понятий, правовых институтов публичной власти, законодательства, законотворчества и подзаконного нормотворчества. При употреблении в отечественной правовой литературе категории «модернизация» в большинстве случаев подразумевается анализ и постановка целей по изменению реформируемого государства и права, например, «результативное нормативное воздействие на общественные отношения специальной системой юридических средств»[[310]](#footnote-310). В отечественной правовой науке культивируется понимание модернизации как процесса усовершенствования права, ликвидации проблем, связанных с отсталостью отечественного позитивного права в переходный период. Понятие «модернизация законодательства» следует связывать, главным образом, с процессом изменений определённых характеристик системы законодательства, проводимого в строго определённых условиях, процедурах, пределах, которые при этом не носят характера революционных, коренных преобразований. Но при этом следует констатировать, что любая модернизация есть поэтапный эволюционный процесс, радикальность и глубина которого напрямую зависят от устанавливаемых задач и целей преобразования.

По утверждению Г.В. Мальцева, применительно к праву модернизация – это осуществление серии целенаправленных преобразований, результатом которых является постепенное формирование новой правовой системы либо появление у действующей системы новых качеств, черт или существенных признаков. Вопрос о методах и приёмах проведения социальной реформы, то есть реформы по проблеме, носящей социальный характер, по мнению Г.В. Мальцева, является весьма серьёзным, и он должен решаться в масштабе общества и государства[[311]](#footnote-311). Из сказанного можно сделать вывод, что при модернизации системы определённых правоотношений возможен выход за рамки реформирования конкретной реформируемой сферы. При этом важно, что процесс модернизации законодательства связан не только с его изменением в свете проводимых экономических реформ, но обусловлен усилением или ослаблением внутрисистемных связей внутри самого законодательства. Эффективность и права, и законодательства как формы регуляции общественных отношений, важной для устойчивости их развития, возможна лишь при условии их системности.

В случае модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений следует согласиться с тем, что этот серьёзный и непростой в реализации процесс должен осуществляться в масштабе общества и государства. Так, например, без активного участия государства в правотворческой сфере и области реализации права установление режима свободного использования в сети «Интернет» фонограмм и музыкальных произведений, а на втором этапе и аудиовизуальных произведений, требующее формирования и распределения фонда вознаграждения правообладателей, не представляется возможным. Бремя финансовых расходов и реорганизационных задач, с которыми связана модернизация действующих и санкционирование новых, хотя и назревших и уже имеющих место в обществе отношений, рациональное государство может обоснованно принимать только в том случае, если без их преодоления не будет достигнута важная стратегическая цель страны, которая охватывает области, выходящие за рамки правовой системы. В качестве цели стратегической важности может фигурировать переход к новому технологическому укладу[[312]](#footnote-312) общества. Важным условием для осуществления такого перехода выступает режим свободного использования произведений науки, литературы, искусства и заключенной в них информации, для чего требуется придать инклюзивную направленность механизму гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Следует уяснить взаимосвязь понятий «модернизация» и «реформирование». По мнению С.В. Курова, «в действительности обнаруживается весьма тонкая грань между этими категориями, и лишь практическое воплощение проводимых преобразований даёт основание трактовать их как модернизацию, в одном случае, либо как реформирование – в другом»[[313]](#footnote-313). Модернизация законодательства от его реформирования отличается тем, что модернизация предполагает постепенные качественные изменения функциональных характеристик системы форм права в Российской Федерации, а реформирование – это, по сути, коренные изменения сложившихся принципов, устоев. Такое понимание термина «реформа» используется в историческом аспекте: трансформация правовой системы, функционировавшей в условиях административно-командной экономики в Советском Союзе, в правовую систему общества с рыночной экономикой[[314]](#footnote-314), отмена крепостного права, аграрная реформа и др. Имея ввиду такое различие и до некоторой степени противопоставление понятий правовой модернизации и реформы права следует подчеркнуть, что применительно к предлагаемому изменению механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений мы говорим именно о его модернизации. Мы считаем, что как в изначальной концепции, так и в базовых положениях института интеллектуальных прав имеются достаточные основания для придания большей инклюзивности механизму гражданско-правового регулирования авторских отношений и устранения его дисбаланса в сторону императивно-запретительных средств.

Модернизация законодательства представляется рациональным и целенаправленным процессом его изменения и совершенствования в соответствии с новейшими социально-экономическими требованиями. Поэтому вполне логично определять любые рационально-поэтапные ламинарные обновления в культурной, правовой, социальной и других сферах через термин модернизация. Сложность заключается и в том, что процессы модернизации в современном обществе имеют глобализационную либо глокализационную природу[[315]](#footnote-315). Они тесно взаимосвязаны и переплетены с процессами инновационного развития мирового сообщества. И в этом случае на процессы модернизации законодательства влияют процессы глобализации, особенно это касается экономических вопросов. По мнению С.Н. Сильвестрова «…глобализация диктует модернизацию моделей социальной организации, к которым относятся, прежде всего, национальные государства». По его мнению, государственная власть в национальном государстве шаг за шагом теряет возможность эффективно использовать такие традиционные правовые рычаги макроэкономического регулирования, например, импортные барьеры и экспортные субсидии, правила установления курс национальной валюты или ставки рефинансирования центрального банка. Несоответствие вызовов глобальной экономики и полномочий принятия решений в форме нормативных актов органов государственной власти национальных государств приводит к тому, что контроль над основными ресурсами и экономическими процессами переходит к международным институтам или надгосударственным организациям. В этом аспекте следует согласиться с тем, что нарастает объем полномочий, «делегируемых от государства наднациональным органам и универсальным глобальным организациям – первыми сворачиваются функции проведения самостоятельной денежно-кредитной, экспортно-импортной и валютной политики»[[316]](#footnote-316). Одной из актуальных задач модернизации законодательств является учёт стратегии финансово-экономического развития государственного суверенитета. Сближение национальных правовых систем в условиях глобализации – это уже не вопрос, а сложившаяся практика. Правовая система, как и экономика отдельной страны не может развиваться вне контекста мировой институциональной системы. Несмотря на возможные политические, религиозные, идеологические расхождения между государствами, общественные и экономические интересы предопределяют как внешнюю, так и внутреннюю правовую политику государств.

Государства на основе международных договорённостей, становящихся действующими нормами международного права, продолжают сохранять особенности национального правового регулирования экономических отношений. Причём особенности системы законодательства различных государств значительно более глубокие, чем те, которые принято обозначать, рассматривая правовую систему отдельного государства как относящуюся к романо-германской или англо-американской правовой семье. Кроме того, что процессы модернизации законодательства в современных экономических мировых условиях тесно переплетаются с процессами и задачами инновационного развития России. С модернизацией государственно-правовой жизни связана инновационная деятельность, то есть «совершенствование государства, общества и экономики, отвечающее современным требованиям»[[317]](#footnote-317). То есть, когда говорят об «инновации в праве», то следует иметь в виду выработку и применение каких-либо полезных новых знаний в правовой жизнедеятельности человека, их практическую реализацию с возможностью воспроизводства и тиражирования. Именно признак новизны в понимании инновации соответствует по значению понятию модернизация и характеризует какие-либо преобразования.

В правовой сфере модернизация обусловлена: природой, функциями и сущностными характеристиками права, способностью оперативно и адекватно реагировать на изменения в социальной среде. Такие изменения, отчётливо проявляющиеся в последнее время во многих общественных отношениях, вызваны влиянием на систему права различных процессов инновационного развития. Таким образом, модернизация законодательства представляет собой целенаправленный процесс изменения, совершенствования всей системы форм и источников права в Российской Федерации в соответствии с глобализационными процессами и новейшими требованиями развития современного российского общества, поскольку вполне логично определять любой рационально-целенаправленный процесс изменения, совершенствования, обновления в правовой сфере общества термином модернизация. Сегодня, когда отсутствуют причины для экстенсивного законотворчества, есть возможность говорить о новом этапе современного развития законодательства – о его модернизации, которая, однако, не является коренным его пересмотром, но и не ограничивается его текущим совершенствованием. Модернизацию отличают масштаб и способ решения задач[[318]](#footnote-318). Поэтому модернизация законодательства требует не только новых законов, но и новых подходов к решению стоящих перед государством и обществом проблем на современном этапе развития его правовой надстройки и экономическо-технологического базиса.

Рассмотрим оптимальный путь осуществления модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений с целью придания ему инклюзивной направленности и поощрения инклюзивных правоотношений с учётом положений теории модернизации правовых систем. Большое значение имеет выбор правильной последовательности согласованных действий для достижения поставленной цели. Корректно выбранная последовательность действий позволит безболезненно эволюционным путём переходить к инклюзивным отношениям. В общей сложности потребуется сделать семь шагов на временном отрезке от трёх до пяти лет для осуществления инклюзивно-ориентированной модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Данный подход с одной стороны обеспечит правотворческое отражение назревших изменений в законодательстве об интеллектуальных правах, а с другой стороны он укажет на его устойчивость. С третьей стороны, этот подход позволит соблюсти принципы внутренней морали права, среди которых наиболее актуальными в данном случае выступают: постоянство правовых норм во времени и соответствие правоприменительной практики провозглашённым нормам.

Первым шагом на пути поэтапной инклюзивно-ориентированной модернизации действующего механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений может стать вступление в силу новой редакции статьи 1298 ГК РФ, в соответствии с которой произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту, переходят в общественное достояние.

В качестве второго этапа модернизации предлагается принять поправки в статью 1235 и статью 1286.1 ГК РФ о поощрении применения типовых публичных лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций (ФСПО, Creative Commons и др.), определяющих стандартизованные условия использования произведений науки, литературы и искусства, включая свободные программы для ЭВМ, для заключения лицензионных договоров и предоставления открытой лицензии на их использование.

На третьем шаге модернизации предлагается принять поправку в статью 1368 ГК РФ «Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец». С помощью новой редакции статьи 1368 ГК РФ мы предлагаем снизить издержки заявителей на предоставление и поддержание в силе открытой лицензии, что придаст этой норме отчётливо выраженный инклюзивный характер, усилит и уточнит её нацеленность на привлечение пользователей объекта промышленной собственности в интересах автора и правообладателя патента. Новая редакция этой статьи будет интенсивнее поощрять патентообладателей предоставлять открытую лицензию на использование объекта патентных прав, особенно в быстроразвивающихся областях науки и техники, где информирование о новом техническом решении и скорость его продвижения к клиенту имеет приоритет над немедленным получением авторского вознаграждения и лицензионных платежей. Новейшей тенденцией мировой инноватики является развитие открытых проектов на условиях объединения авторов инженерных решений и разработчиков программ для ЭВМ, которые трудятся бесплатно, рассчитывая в случае успеха на долю возможной выручки[[319]](#footnote-319). В качестве существующих примеров можно упомянуть проект вакуумного поезда Hyperloop, систему компьютерного зрения и навигации внутри помещений Tango[[320]](#footnote-320). Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец станет, таким образом, полноценной инклюзивной нормой в составе корпуса инклюзивных норм механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

В рамках четвёртого акта модернизации мы рекомендуем установить в России режим свободного использования ряда объектов авторских и смежных прав (музыкальных произведений и фонограмм) в сети «Интернет» с помощью внесения поправок в статью 1274 ГК РФ «Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях». Статью 1274 ГК РФ необходимо дополнить пунктом 5 в вышеизложенной редакции, в котором описаны правовые принципы функционирования данного режима и предписаны действия авторов, правообладателей и государства как участников этих правоотношений. Введение в действие данного режима предполагает решение ряда вопросов на государственном уровне не только в области права, но и на уровнях управления экономикой и государственного администрирования. Условием введения в действие и функционирования данного режима является создание подсистем регистрации произведений, учёта размеров заимствований, инструментов для мониторинга и вычисления относительной ценности произведений и других его элементов как подробно описано во второй главе. Создание этих средств и инструментов потребует привлечения финансовых и организационных ресурсов. С нашей точки зрения рациональным шагом будет вменить либо заказать на конкурсной основе разработку и эксплуатацию технологических компонент режима свободного использования произведений в киберпространстве одной из аккредитованных государством организаций, осуществляющей коллективное управление авторскими или смежными правами. Необходимые инвестиции предлагается привлечь из получаемых этой организацией доходов, нераспределённых между авторами или исполнителями средств, а также за счёт оптимизации административных расходов.

Пятым актом процесса модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений может стать предложение о внесении поправки в Бернскую конвенцию по охране литературных и художественных произведений. Этот шаг приобретёт особую актуальность в том случае, если режим свободного использований произведений в сети «Интернет» с выплатой вознаграждения правообладателям докажет свою эффективности в отношении фонограмм и музыкальных произведений на территории Российской Федерации. Данный опыт будет целесообразно масштабировать как на дополнительные объекты авторских прав, в частности, аудиовизуальные произведения, так и новые территории наиболее подготовленных стран участниц конвенции. Для этого необходимо дополнить статью 13 Бернской конвенции кинематографическими и приравненными к ним работами. Изменения, внесённые в статью 13 Бернской конвенции, автоматически начнут работать в других международных соглашениях в соответствии с заложенными в них механизмами: по статье 9 ТРИПС; по статье 1 ДАП и статье 16 ДИФ. Кроме того, позитивный опыт инклюзивного правового регулирования позволит интенсивнее применять исключения и другие положения международных договоров, которые направлены на упрощение распространения творческих работ, снижение барьеров доступа к произведениям, увеличение количества пользователей и объёма привлекаемого ими внимания, в комплексе квалифицирующиеся в качестве инклюзивных норм.

В случае успешного прохождения инициативы по внесению указанной поправки в текст Бернской конвенции, шестым действием в процессе осуществляемой модернизации должно стать следующее. Включение аудиовизуальных, кинематографических и приравненных к ним работ в перечень объектов, попадающих под действие режима свободного использования в сети «Интернет» с выплатой вознаграждения правообладателям, в соответствии с обновлённой по внесённым предложениям редакцией статьи 1274 ГК РФ.

Седьмой стадией инклюзивно-ориентированной модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений будет длящееся во времени, постепенно входящее в привычку граждан применение на практике, развитие и углубление правоотношений, санкционированных и узаконенных в рамках предшествующих актов осуществления данного процесса. С помощью системы инклюзивных норм будет создано законное основание для поддержки в социуме инклюзивных отношений по использованию произведений и развития инновационных способов использования объектов авторских прав, нарождающихся в рамках экономики внимания и рынка впечатлений, которые зиждутся на результатах интеллектуальной деятельности, обладают высоким потенциалом их коммерциализации и формирования новых источников вознаграждения для правообладателей.

Реализация этой согласованной системы правовых мероприятий, учитывающей положения инновационных правовых концепций, позволит построить полнофункциональный инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации. Кроме достижения обозначенных функциональных целей, инклюзивный механизм призван изменить характер авторского права и его восприятие гражданами страны. В актуализированном ландшафте авторского права инклюзивный механизм обеспечит более эффективное согласование интересов общества и правообладателей.

## §3. Инклюзивный механизм как правовая основа для новых видов использования объектов авторских прав

Одной из целей построения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений является создание правовой основы для формирования и развития новых видов использования объектов авторских и смежных прав в информационном обществе. В структуре пятого и шестого технологических укладов информационно-телекоммуникационные, компьютерные и сетевые технологии играют системообразующую роль[[321]](#footnote-321). Объекты авторских существуют внутри созданной человеком информационной экосистемы[[322]](#footnote-322) в качестве её первородных элементов. Внутри этой экосистемы непрерывно зарождаются новые, оригинальные формы существования и подходы к использованию произведений по аналогии с эволюционными процессам в природе. Невозможно не замечать, что вокруг инновационных форм использования произведений складываются новые модели интересов и правоотношения. Уже сегодня наблюдается становление оригинальных, ранее не существовавших форм использования произведений и, как следствие, формирование дополнительных источников дохода и вознаграждения для авторов. В некоторых случаях вознаграждение приобретает немонетарную форму в виде рейтинга, баллов репутации или «кармы». Такое вознаграждение всё в большей степени начинает выполнять функцию эквивалента ценности произведения, средства обмена и возможность быть конвертированным в деньги. В этой ситуации возрастают требования к механизму гражданско-правового регулирования авторских отношений в части его соответствия новым моделям взаимодействия на рынке авторских прав. В идеальном случае этот механизм должен быть построен так, чтобы опережать возникающие потребности в регулировании нарождающихся инновационных хозяйственных и обменных отношений на основе научного прогноза и экстраполяции общественно-правовых поведенческих тенденций.

Рассмотрим перспективные виды использования объектов авторских и смежных прав в контексте тенденции развития общества, эволюции его технологического уклада, экономического базиса и правовой надстройки, которые попадают либо в будущем могут попасть под действие механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Крупными мазками, отмечая лишь самые значительные процессы, можно выделить следующие точки роста в интересующей нас области. К таким можно отнести становление внимания и впечатлений в качестве четвёртого и пятого рыночных предложений в дополнение к сырью, товарам и услугам. Вследствие развития данных явлений мы ожидаем формирование на рынке интеллектуальных прав экономических агентов и комиссионеров нового типа, либо трансформацию деятельности традиционных коммерческих посредников, продиктованную новыми потребностями рынка интеллектуальных прав и соответствующими им отношениями, которые объективируются в правоотношения. Примеры инновационного использования произведений, которые заметны уже сегодня, свидетельствуют, что работа коммерческих посредников нового типа не будет исчерпываться традиционными функциями, заключающимися в организации лицензирования прав на использование произведений, производстве и распространении носителей, возмездном предоставлении доступа в сетевом пространстве, работе с организациями по управления правами на коллективной основе и др. Активность нового поколения экономических агентов на рынке интеллектуальных прав будет нацелена на выявление дополнительных, ранее неизвестных или неиспользовавшихся граней полезности объектов авторских и смежных прав, а также на реализацию возможностей по их коммерческому применению в интересах авторов, правообладателей и общества. Новый медиатор должен будет обладать компетенциями, соответствующими незаурядной задаче, которые базируются на знаниях и опыте работы на традиционном рынке интеллектуальных прав, но не ограничиваются ими. Эффективный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений необходим посреднику нового типа для того, чтобы реализовать инновационный потенциал общественной и коммерческой полезности объектов авторских и смежных прав в современном обществе.

Лао-Цзы говорил, что «внимание – это единственное, что управляет реальностью галактики»[[323]](#footnote-323). Г. Саймон утверждает, что стремительный рост объёма информации вызывает дефицит внимания[[324]](#footnote-324). Внимание представляет собой редкий ресурс, а информация – это роскошь, поскольку она переключает внимание с важного предмета на второстепенный предмет. При поиске информации потребитель корректирует уровень своих притязаний в соответствии с ценностью поступающих альтернатив, а сам поиск прекращается, когда лучший из предложенных вариантов превосходит уровень притязаний, который сам корректируется в соответствии с ценностью предлагаемых вариантов, а внимание пользователя постепенно рассеивается. Внимание – это избирательная направленность на тот или иной объект, сосредоточение на нем, оно характеризуется свойствами концентрации и устойчивости, определяющими его редкость. Концентрация или удержание внимания на каком-либо объекте динамично изменяется во времени по воле субъекта. Количество одновременно воспринимаемых объектов всегда ограничено, что обусловливает дефицитность этого ресурса и необходимость приложения усилий для его обретения. Устойчивость или длительность фокусировки внимания на предмете, а также переключаемость или волевое изменение направления сознания, требуют определённых качеств от предмета интереса, либо специальных стимулов к обращению и удержанию внимания на нём.

Первый из наиболее важных вопросов экономики внимания заключается в том, как обеспечить пользователя релевантной информацией. Второй вопрос состоит в том, как удержать внимание пользователей на продолжительно значимое время. Третий вопрос о способах эффективного и корректного использования внимания в интересах его донора и акцептора. Интегральный ответ на три этих вопроса предлагают специалисты рекламного рынка в сети «Интернет», который по характеру отношений близок к рынку интеллектуальных прав в киберпространстве. Ответ заключается в том, что необходимо анализировать предыдущий опыт работы пользователя в сети с учётом того, что нерелевантная информация для него бесполезна, а полезность уместной информации высока. Если с этой точки зрения посмотреть на объекты авторских прав, то несложно увидеть, что они в наилучшей степени позволяют решать вопросы экономики внимания по привлечению, удержанию и использованию внимания пользователей. Творческий продукт сам по себе является наиболее релевантной и желанной информацией, которая воспринимается добровольно, он способен эффективно удерживать внимание аудитории продолжительное время. Таким образом, объекты авторских и смежных прав обладают большим потенциалом для привлечения и использования внимания широких масс. Кроме того, данные об использовании результатов творческой деятельности позволяют составить подробный портрет его пользователей, а также с помощью кросс-культурного корреляционного метода[[325]](#footnote-325) прогнозировать возможность привлечения внимания других слоёв общества. На основе профиля культурных предпочтений функционируют рекомендательные системы, представляющие собой программы для ЭВМ, которые вычисляют то, какие произведения различных жанров искусства могут быть интересны определённому пользователю. Рекомендательные сервисы основаны на алгоритмах коллаборативной фильтрации и ретроспективном анализе внимания пользователя, уделённого произведениям[[326]](#footnote-326). Этот перспективный инструментарий использования внимания к произведениям науки, литературы и искусства нуждается в инклюзивном механизме гражданско-правового регулирования авторских отношений для максимизации количества привлекаемого внимания пользователей и достижения экономического эффекта масштаба в интересах автора или иного правообладателя.

Модель интересов, складывающаяся в рамках экономики внимания, обладает большим потенциалом для формирования источников вознаграждения авторов, правообладателей и коммерческих посредников при свободном и безвозмездном использовании произведений в сети «Интернет». Новая модель интересов участников отношений и связанный с ней подход к монетизации произведений может существовать параллельно с действующим подходом, основанном на запрете использования произведения без разрешения (копирайтом), замещая его в тех случаях, когда это соответствует волеизъявлению автора. Основы законодательства об авторских правах, такие как личные неимущественные права, имущественные права, включая право автора на вознаграждение, являются справедливыми и остаются незыблемыми. Однако новые способы получения дохода, модель интересов участников рыночного обмена и их отношения, сегодня диктуют иные принципы использования и распространения произведений, которые строятся не на запрете, а, напротив, на их максимально свободном использовании по взаимному согласию договаривающихся сторон, либо в соответствии с санкционированным государством правовым режимом. Стоит только научиться извлекать доход из свободного использования объектов авторских прав, как существенная часть эксклюзивно-ориентированных отношений утратит актуальность и будет замещена инклюзивными правоотношениями, основанными на монетизации внимания публики к произведениям, аналогично тому, как это работает в отношении интернет-сайтов, контекстной и медийной рекламы, пользовательского аудио и видео контента в сети «Интернет». Рассмотрим подробнее то, как может функционировать экономика внимания к творческим продуктам при помощи инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений позволит реализовать следующие основополагающие принципы экономики внимания к произведениям. Первый – принцип максимума внимания, он отражает основную идею экономико-правовой модели использования внимания к произведениям для получения дохода и вознаграждения правообладателей. Эта модель описывается формулой «контент в обмен на внимание». А именно, извлечение средств для вознаграждения осуществляется не через ограничение доступа к произведению, а, наоборот, через предоставление возможности его свободного использования всем, кому он интересен. Свободное использование позволяет максимизировать количество внимания, которое обращено на произведение, как в момент его обнародования, так и в долгосрочной перспективе. Получение наибольшего количества внимания эквивалентно валовой добыче сырья, из которого впоследствии извлекается ещё более ценный компонент, либо производится продукт более высоких переделов. В условиях переизбытка информации и повышения уровня информационного шума, возникает потребность в эффективных информационных аттракторах, объектах притяжения добровольного внимания граждан, содержательных, эстетически состоятельных сообщениях, привлекающих и удерживающих внимание человека. В этой связи, такие результаты интеллектуальной деятельности как фонограмма, музыкальное или аудиовизуальное произведение, литературный текст или мультимедийный объект, программа для ЭВМ, реализующая функции компьютерной игры, выступают высококачественными аттракторами, которые позволяют не только привлечь и удержать внимание широких масс, но и транслировать пользователю сообщения в процессе его общения с произведением. Возможность трансляции сообщения в связи с произведением (перед, в процессе или в конце использования) с учётом социокультурного портрета пользователя, сама по себе может приносить большой доход его отправителю. Отправка точно адресованных сообщений открывает перспективы получения дохода на смежных с произведением рынках товаров и услуг. Этот приём в постиндустриальной экономике становится фактором её развития, поскольку он позволяет персонифицировать все производимые товары и оказываемые услуги. Коммерциализация произведений через привлечение внимания пользователей с его последующей конвертацией в деньги и другие блага, не оставляет причин для ограничения доступа к творческому продукту, поскольку сокращает ресурсную базу для получения дохода и выплаты вознаграждения автору. Сам эксклюзивно-ориентированный принцип копирайта, базирующийся на взимании платы за возможность использования произведения, утрачивает свою безальтернативность и абсолютность ввиду появления институционально обоснованной, функционально-альтернативной модели отношений на рынке интеллектуальных прав.

Вторая модель экономики внимания к произведению состоит в переходе от предоставления права на его использование множеству частных пользователей по «розничной схеме» к предоставлению права на использование внимания, которое оно привлекает, оптом, одному или объединению нескольких заинтересованных приобретателей. Продажа внимания пользователей к произведению может осуществляться с помощью стандартных инструментов реализации интеллектуальных прав. По договору отчуждения исключительного права или с помощью исключительной лицензии на использование произведения, предоставляемой экономически и/или социально-активному приобретателю (лицензиату), который имеет желание купить внимание пользователей к произведению с тем, чтобы эффективно распорядиться им для достижения своих целей. Эта схема может реализовываться через обнародование произведения с дополнительной информацией от поучившего на это право приобретателя и предоставление права на его свободное использование неограниченному кругу лиц для максимизации привлекаемого им внимания пользователей. Приобретателей-лицензиатов может быть несколько при раздельном лицензировании различных способов использования произведения по соглашению сторон. По договору лицензиат должен будет выплатить правообладателю единовременное вознаграждение, размер которого будет определяться на основе прогнозируемой востребованности объекта авторских или смежных прав. Дополнительно к единовременной выплате договором могут предусматриваться роялти при достижении творческим продуктом уровня популярности, превышающего первоначальные оценки. Ключевым условием этой модели выступает предоставление права на свободное использование произведения неограниченному кругу лиц для устранения препятствий и ограничений на пути доведения сообщения лицензиата до целевой аудитории, что соответствует интересам обеих сторон. Интерес автора заключается в максимальном распространении и использовании его работы, поскольку это увеличивает размер его вознаграждения и личный неимущественный капитал. Интерес лицензиата состоит в доведении своего сообщения до наибольшего числа граждан. По условиям договора произведение может переходить в режим свободного использования на определённый срок, но фактически оно будет переходить в этот режим бессрочно вследствие рассеяния по ресурсам сети в период свободного использования. В договор целесообразно включать положение об отказе от услуг организаций по коллективному управлению правами в отношении определённых договором способов использования произведения, чтобы исключить основания для осуществляемых этими организациями сборов, и тем самым устранить последнюю причину, влияющую на снижение объёма использования произведения и количество привлекаемого им внимания.

Важно детально разобраться, в чем заключается интерес покупателя внимания – лицензиата, поскольку он играет определяющую роль в модели отношений «контент в обмен на внимание». Лицензиат должен будет заплатить крупный гонорар популярному автору, либо рискнуть небольшими средствами, если он выбрал начинающего артиста. Основная цель лицензиата заключается в решении одной из важных задач современного бизнеса – формирование лояльного или «восхищённого потребителя»[[327]](#footnote-327). Для этого лицензиат приобретает силу притяжения, популярность, обращённое на произведение внимание пользователей, что открывает возможность гарантированного доведения сообщения до аудитории. Декомпозиция целей лицензиата выглядит следующим образом. Во-первых, лицензиат получает возможность сообщить публике, что именно он (определённое юридическое или физическое лицо) предоставляет законное право на безвозмездное использование этого фильма, альбома фонограмм, книги или программы для ЭВМ неограниченному кругу лиц, т.е. всему обществу. Данное сообщение оказывает положительное влияние на репутацию лицензиата, поскольку каждому пользователю важно осознавать, что он использует произведение легально, в наилучшем качестве, и при этом автор получил вознаграждение за свой творческий труд. Во-вторых, лицензиат в оригинальной форме может сообщить о том, что всё лучшее, что содержится в произведении, включая эстетические достижения и непреходящие ценности, совпадают с ценностями компании или личности, которая приобрела и предоставила право на использование творческого продукта обществу. В-третьих, лицензиат может сделать оригинальную рекламу своему товару, связав его с темой, стилистикой, жанром произведения или самим автором. В-четвертых, лицензиат получает канал коммуникации с пользователями, вступает с ними в диалог на ценностном уровне, становится созерцателем и единомышленником. В-пятых, лицензиат получает эти преимущества надолго, в определённых случаях он может буквально увековечить свою компанию, бренд или товар, удачно вложившись во внимание публики к шедевру. В-шестых, избирательно работая с определёнными видами творческих продуктов, лицензиат может точно и фокусировано адресовать свои сообщения интересующей его аудитории, выращивать, расширять и структурировать базу своих клиентов или партнёров. Ценность внимания к творческому продукту заключается в том, что оно позволяет эффективно решать целый ряд тонких коммуникативных задач в усложняющемся социуме, которые вышеприведённым списком не исчерпываются.

Подтверждение вышеперечисленным положениям мы находим в работах по исследованию постиндустриального общества, постулирующих, что удовлетворение потребностей является необходимым, но недостаточным условием успеха. Когда предложение превышает спрос, становится важным вступить с контрагентом в непосредственный контакт, наладить диалог, чем-то его удивить[[328]](#footnote-328). С помощью стандартных механизмов рекламы добиться этих целей становится всё сложнее, нужны новые нетривиальные способы коммуникации и взаимодействия с клиентами. Именно эту задачу позволяет решить приобретение права на предоставление обществу возможности свободного использования произведения с объявлением имени распространителя (спонсора). В качестве иллюстрации того, что подобные правоотношения уже имеют место и эта практика набирает популярность, стоит упомянуть следующие примеры.

Идея об использовании внимания публики в коммерческих интересах привела к творческому сотрудничеству клуба искусств и современных медиа Soho House и производителя парфюмерных товаров La Folie A Plusieurs, что с одной стороны позволило достичь коммерческого результата, а с другой стороны создать новое сенсорное впечатление для кинозрителей[[329]](#footnote-329). Производитель разработал серию ароматов, каждый из которых специально подобран для усиления впечатления при просмотре определённых фрагментов кинофильма. Таким образом, с помощью внимания к аудиовизуальному произведению и ассоциацию с его содержанием, производитель продвигает свою продукцию, а общество получает новый вид сложного объекта.

Компания Google предоставляет право на безвозмездное использование фонограмм неограниченному кругу лиц в КНР в качестве инструмента конкурентной борьбы с национальной поисковой системой Baidu.com[[330]](#footnote-330). Крупные банки и промышленные корпорации регулярно спонсируют проведение художественных выставок и музыкальных фестивалей[[331]](#footnote-331).

Особый интерес представляет следующий пример. В 2015 году руководитель фармацевтической компании М. Шкрели перебрёл у музыкальной группы Wu-Tang Clan исключительные права на использование альбома «Once Upon a Time in Shaolin» за два миллиона долларов для персонального использования. Условия лицензионного контракта таковы, что покупатель получил права на все виды использования вошедших в альбом произведений, за исключением возможности их коммерческого использования. Это означает, что правообладатель может прослушивать фонограммы приватно и никогда их не публиковать, но также он имеет право довести их до всеобщего сведения через сеть «Интернет» для безвозмездно использования неограниченным кругом лиц[[332]](#footnote-332).

Обнаружив, что внимание пользователей является высокодоходным товаром Amazon в дополнение к электронной торговле товарами принял решение стать производителем контента в форме аудиовизуальных произведений. Начиная с 2013 года Amazon профинансировал создание таких аудиовизуальных произведений как «Моцарт в джунглях» и «Человек в высоком замке». В 2015 году компания анонсировала сотрудничество с кинорежиссёром Вуди Алленом.

Netflix, начинавший с проката физических носителей, которые он доставлял по почте, перешёл к производству творческих продуктов. Сегодня эта компания валяется производителем популярного сериала «Карточный домик», «Оранжевый – новый чёрный» и других. В Netflix считают, что нужно предугадывать какие фильмы зритель будет смотреть, поэтому Netflix начал внедрять систему рейтингов и рекомендаций со времён рассылки DVD. Сейчас около семидесяти пяти процентов пользователей Netflix выбирают фильм исходя из персональных рекомендаций. «Мы создаём персонализированное предложение для каждого пользователя, – объяснил РБК вице-президент по коммуникациям Джорис Эверс. – Когда вы открываете Netflix, он становится как бы вашим собственным каналом»[[333]](#footnote-333). Netflix ведёт переговоры с правообладателями о «глобальных правах» на весь контент, который он приобретает, чтобы зрители во всех странах, заходя на сайт, видели бы одни и те же фильмы, сериалы и передачи. На этой основе появляется возможность привлекать внимание и осуществлять постановку впечатлений для глобального рынка, которые затем конвертировать в деньги и другие блага. В такой ситуации рациональной стратегией становится предоставление возможности свободного использования произведений, поскольку это позволяет получать доход от монетизации внимания пользователей всего мира, в буквальном смысле. Правовые средства для достижения этой цели призван обеспечить инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Модель коммерциализации произведений через привлекаемое ими внимание принесёт авторам следующие преимущества. Монетизация внимания пользователей обращённого на творческий продукт – это, прежде всего, новый способ получить средства для вознаграждения авторов и иных правообладателей. В то время как материальные носители и платный доступ к произведениям через сеть «Интернет» перестают генерировать доходы в необходимом объёме, внимание становится всё более востребованным товаром, который постепенно восполняет иссякающие финансовые источники на рынке интеллектуальных прав. Во-вторых, авторы смогут чаще получать крупные единовременные выплаты вознаграждения на основе прогнозируемого дохода, который был бы получен от использования произведения в течение всего срока действия исключительного права, как это произошло в вышеописанном случае с Wu-Tang Clan. Вероятность применения схемы с единовременной выплатой повышается, поскольку количество внимания, которое привлечёт произведение в течение срока действия исключительного права, возможно спрогнозировать с помощью современных инструментов сетевой статистики. Для расчёта размера единовременной выплаты необходимо знать стоимость одного контакта с аудиторией, полученного с помощью внимания к произведению. С этой задачей качественно справляются системы расчёта стоимости контекстной и медийной рекламы в сети «Интернет». Таким образом, современные технологии предоставляют необходимые данные для расчёта размера единовременной выплаты автору в случае коммерциализации произведения через привлекаемое им внимание. В-третьих, единовременная выплата вознаграждения позволит правообладателям сократить потери за счёт исключения посредников, привлекаемых для розничного распространения произведений, и обществ по коллективному управлению правами. Авторы, выбравшие модель коммерческого использования произведения с помощью внимания, получат б*о*льшую долю доходов по сравнению с долей доходов, которую они получают на традиционных рынках от розничных посредников и организаций по управлению правами на коллективной основе. К моральным преимуществам можно отнести то, что после получения единовременной выплаты автор сможет сосредоточиться на творчестве, не отвлекаясь на отслеживании роялти от издателей и платежей от обществ по коллективному управлению правами.

Становление индустрии впечатлений представляет собой ещё одну тенденцию современного информационно и технологически обеспеченного общества. Направление и скорость развития этой индустрии будет зависеть от эффективности механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, потому что первичный материал для продуктов и услуг индустрии впечатлений создаётся авторами произведений науки, литературы и в наибольшей степени – искусства. Платон признаёт развлечение и удовольствие в качестве важных целей искусства[[334]](#footnote-334). В трактате «Политика» Аристотель пишет: «Нужно, чтобы граждане имели возможность заниматься делами и воевать, а в ещё большей степени – хранить мир и пользоваться досугом, исполнять необходимые и полезные дела, в особенности же – прекрасные»[[335]](#footnote-335). О. Уайльд считает, что цель искусства – поучать развлекая[[336]](#footnote-336). Таким образом, авторы произведений создают исходный материал для индустрии впечатлений, они в полной мере являются её родоначальниками и основоположниками. Данное обстоятельство представляет собой достаточное основание для того, чтобы авторы и правообладатели получили статус полноправных участников и, как следствие, стали бенефициарами индустрии впечатлений. Эта индустрия в соответствии со свойственным данному понятию масштабом, нацелена на производство такого блага как впечатления в больших объёмах, делающих её полноценным сектором экономики, включающим в себя производство, сбыт товаров и услуг данного рода, сопряжённые секторы хозяйства и клиентскую базу. Индустрию впечатлений следует отличать от традиционной индустрии развлечений.

Дж.Б. Пайн и Дж.Х. Гилмор пишут, что в современном мире для успешного ведения бизнеса одних только товаров и услуг уже недостаточно[[337]](#footnote-337). Граждане, уставшие от стандартизированной продукции, стремятся получить товары и услуги, которые созданы специально для них и соответствуют их внутреннему миру. Поэтому в настоящее время зарождается новая экономика – экономика впечатлений, ориентированная на ощущения потребителя. В контексте этой экономики предлагается отказаться от традиционных отношений между компанией и клиентами, вместо этого компании стоит стремиться стать «режиссёром впечатлений», а своих клиентов сделать «зрителями» или «гостями». Здесь, как мы видим, присутствует сильная корреляция понятий, которыми оперируют исследователи экономики впечатлений с правовыми понятиями интеллектуальной собственности, в частности – режиссёрская функция компании. Сотрудники такой компании выступают авторами служебного произведения, в форме которого осуществляться создание и доставка впечатления.

Вышеупомянутые исследователи рассматривают постановку впечатлений и театральные приёмы как инструмент повышения потребительской ценности и средство массовой персонализации продуктов и услуг. Ценовая конкуренция в эпоху массового производства, значительно снижающего издержки и цену продукции, больше не является лучшим методом завоевания рынка. Конкурентоспособные цены не гарантирует предприятию рост и прибыль. При этом впечатления уже сегодня заняли место экономического предложения, хотя и малоизученного вида. Отделение впечатлений от услуг открывает большие возможности для экономического роста компании, как в своё время признание услуг отдельным предложением привело к появлению нового типа экономики на фоне приходящей в упадок промышленной базы.

Аналитики индустрии впечатлений считают, что сегодня общество становится свидетелем зарождения «новой экономики». Информация как таковая не станет основой «новой экономики», потому что её нельзя назвать экономическим предложением. Говорить о создании новой потребительской ценности можно тогда, когда и если компании преподносят информацию в форме информационных услуг, информационных товаров или информационных впечатлений. В.А. Дозорцев считает, что экономическую ценность представляет только необщедоступная, конфиденциальная информация, и соответственно только она может быть объектом гражданского оборота[[338]](#footnote-338). Признание впечатлений отдельным экономическим предложением – это шанс для авторов открыть для себя дополнительные территории для творчества. Создание оригинального авторского материала позволяет строить на его основе захватывающие и увлекательные предложения индустрии впечатлений. Впечатления выступают основой для массовой персонализации товаров и услуг с помощью придания им дополнительной ценности, заключающейся в соответствии предложения уникальному внутреннему миру человека.

Примером предложений индустрии впечатлений, которые базируются на объектах авторских прав, являются парки развлечений «Волшебный мир Гарри Поттера» и «Диснейлэнд». Другими примерами выступают приобретающие популярность т.н. игры-квесты по книгам, например, по произведению Н.В. Гоголя «Гоголевская чертовщина» или по книге жизни Леонардо да Винчи, а также книги-игры, предполагающие переход от текста в чистом виде к проживанию ситуаций в виртуальном или реальном мире, например, «Квартал. Прохождение» Д. Быкова. Ещё одним примером являются гео-локационные игры по мотивам компьютерных игр, которые охраняются авторским правом в качестве программ для ЭВМ. По мотивам литературных, музыкальных и аудиовизуальных произведений создаются рестораны, клубы и даже сервисные предприятия, например, оказывающие услуги компьютерной помощи, которые эксплуатируют впечатления, которые берут своё начало в авторских произведениях. Впечатления постепенно становятся заметным источником вознаграждения для авторов и иных правообладателей. Значительная часть современных авторов, издателей, режиссеров и других деятелей творческой индустрии более не возлагает надежд на традиционные источники доходов через взимание платы за использование произведений с помощью ограничений исключительного права, поэтому они ищут возможности для получения дохода новыми способами через внимание и впечатления. Таким авторам и правообладателям необходим функционально состоятельный инклюзивный механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений, который повышает потенциал коммерческого использования произведений через привлекаемое внимание и создаваемые впечатления.

Обе инновационных модели коммерциализации произведений за счёт привлекаемого внимания и создаваемых впечатлений не могут полноценно существовать и развиваться без эффективного инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Данное утверждение не носит абсолютного характера, поскольку в определённых случаях обе эти модели могут реализовываться в классической парадигме исключительного права с запретом на неавторизованный доступ к произведениям и взиманием «платы за вход». Однако тут работает аналогия с другими рыночными товарами и услугами, среди которых есть предложения для массового рынка с доступной ценой и большими объёмами продаж и уникальные предложения с высокой ценой для небольшой прослойки клиентов. По аналогии существует возможность выбора на рынке авторских прав: привлекать внимание избранной группы лиц и предлагать впечатления для небольшого количества пользователей; либо использовать данные инструменты для работы с максимально широкой аудиторией. В первом случае правовых инструментов действующего эксклюзивно-ориентированного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений достаточно, но для достижения второй цели необходимо развить и системно укрепить инклюзивный механизм. Эта необходимость проистекает из закономерности, проявляющейся в условиях развитого информационного общества, которая заключается в том, что привлечение внимания публики к произведению или спрос на создаваемое им впечатление, втягивающее других пользователей, становится главной целью автора. Эта цель становится более приоритетной, чем немедленное получение платы за использование произведения, поскольку денежный сбор может явиться препятствием, триггером для переключения внимания публики на другое – конкурирующее произведение. При этом выигрыш в конкурентной борьбе за внимание публики и возможность произвести на неё впечатление с помощью произведения, открывает большие возможности для коммерциализации этих ценных ресурсов, которые помимо материального дохода повышают личную капитализацию автора, индекс его интеллектуального капитала[[339]](#footnote-339).

Для того, чтобы новые возможности, отношения и бизнес модели по использованию объектов авторских прав инновационными способами поставить на службу авторам, иным правообладателям и полезным посредникам на рынке интеллектуальных прав, в настоящем исследовании разработана цивилистическая концепция инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, алгоритм его построения и вступления в силу.

Тектонический сдвиг, происходящий на рынке авторских прав, требует формирования коммерческих посредников нового типа. Насколько быстро заработает экономика внимания и впечатлений зависит от того как скоро агенты и комиссионеры на рынке интеллектуальных прав переосмыслят методы своей работы в условиях информационно-компьютерного технологического уклада. Те авторы, которые быстрее других начнут извлекать прибыль из свободного использования принадлежащих им работ вместо подачи исков в защиту от противоправного доступа, получат шанс стать лидерами на рынке впечатлений и внимания, основанных на результатах творческой деятельности. Данный процесс уже идёт, но пока это единичные факты, уникальные случаи, которые принципиально не меняют правового и экономического ландшафта на рынке авторских прав. Квалифицированные посредники нового типа могут ускорить переход к интенсивному использованию произведений инновационными способами.

Мы прогнозируем роль нового коммерческого посредника в качестве брокера на рынке внимания и впечатлений, основанных на объектах авторских прав. Новый посредник должен знать то, какие произведения привлекают определённые группы пользователей, и понимать каким экономическим (корпорациям) и социальным (организациям и партиям) образованиям они интересны. Другими словами, посредник, с одной стороны, должен иметь социокультурный портрет пользователей произведений с которыми он работает, а с другой стороны, посредник должен владеть данными о том, каким социально-экономическим образованиям может быть интересно внимание этих групп пользователей. Цель коммерческого посредника заключается в совершении сделки с помощью сопоставления и соединения спроса с предложением. Фактором успеха посредника на рынке интеллектуальных прав будет обладание знаниями о том, как количественно и качественно распределены творческие предпочтения в обществе и как они соотносятся с портретами клиентов разных корпораций и социальных объединений. Исследование и прогноз пользовательских предпочтений будет иметь серьёзное значение в деятельности посредника, организующего инновационные способы использования объектов авторских прав. Квалифицированный посредник сможет предлагать клиентам портфель внимания и впечатлений разных слоёв общества. Такой портфель может формироваться под решение различных коммерческих и общественных задач, например, повышение лояльности, привлечение клиентов, позиционирование продуктов и услуг, брендинг и ребрендинг компаний, разъяснение социальных инициатив и программ.

В процессе работы посредник может сталкиваться с нехваткой творческих продуктов, привлекающих интересующую заказчика прослойку пользователей. В этом случае возможно создание недостающих произведений под заказ как это делают Amazon и Netflix, а также целевое взращивание артистов. На основании полученного опыта коммерческий посредник нового типа сможет выработать интеллектуальные алгоритмы, позволяющие выявлять кросс-культурные предпочтения пользователей для формирования пакета произведений и увеличения интегральной суммы внимания и впечатлений целевой аудитории, поставляемой заказчику. Рынок купли-продажи внимания и впечатлений может быть реализован в виде электронной биржи. Такая форма позволит наладить автоматизацию встречи спроса с предложением, прозрачное конкурентное ценообразование, минимизацию транзакционных издержек и демонополизацию рынка. Нишевым артистам будет проще найти своего заказчика, что благоприятно повлияет на культурное разнообразие общества.

С общественной точки зрения роль нового посредника может быть определена как создание каналов коммуникации через культурные коды. Корпорации и социальные институты смогут заменить банальную бьющую по площадям рекламу или агитацию на тонко настроенные обращения, переходящие в диалог на основе ценностей и творческих предпочтений. На практике модель коммерциализации произведений через внимание и впечатления несложно реализовать через указание, что данное произведение представлено определённой компанией или партией с дополнительным сообщением от неё. Упоминание имени и сообщение от презентующего субъекта может осуществляться в форме, соответствующей каналу распространения контента. В сети «Интернет» эти данные могут включаться в название файлов, на радио в звуковой форме в начале или в конце композиции.

Модель коммерциализации произведений через внимание и впечатления фрагментарно уже применяется в виде так называемого продакт-плейсмента (от англ. product placement, дословный перевод размещение продукции) внутри кинематографических и литературных произведений, а так же через предоставление доступа к файлам в сети «Интернет» в счёт просмотра рекламы. Однако эти подходы начала периода информатизации устаревают вследствие своей неизбирательности и отсутствия персонификации. Так, отличие продакт-плейсмента от коммерциализации произведений посредством внимания и впечатлений состоит в том, что этот приём не предполагает свободного использования произведения и не работает на максимизацию внимания пользователей к нему. Отличие рекламных технологий от внимания и впечатлений заключается в том, что реклама не является персонализированным обращением, она не позволяет осуществить диалектически важный переход от сообщения к общению, инициировать коммуникацию на уровне ценностей, наладить диалог с адресатом.

В части качающейся рекомендательных сервисов необходимо отметить, что они используют вкусовые предпочтения пользователей, историю просмотров и прослушиваний, выставленные оценки, написанные отзывы, способствуют распространению произведений и увеличению внимания публики к объектам авторских прав. Однако рекомендательные сервисы и системы коллаборативной фильтрации являются весьма тяжеловесным инструментом, которым не всегда пользуются даже квалифицированные пользователи. Кроме того, они стоят в стороне от создания такого инновационного продукта как постановка впечатлений на основе произведений.

Новая модель коммерциализации объектов авторских и смежных прав уже применяется небольшими посредниками нового типа, чутко следующими общественному запросу. Задача законодателя в этой связи заключается в правовой поддержке этого позитивного явления для общества. Такой поддержкой может стать внедрение в практику цивилистической концепции инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, которая сконструирована в настоящем исследовании. Вместе с тем, нет необходимости, чтобы все объекты авторских прав использовались в рамках новой модели. Мы предполагаем, что десяти процентов используемых по новой схеме работ будет достаточно, чтобы показать преимущества инклюзивного механизма над эксклюзивным механизмом регулирования при использовании произведений в сети «Интернет». Инклюзивная модель уже сегодня показывает свою эффективность и генерирует доходы для авторов, которые не обладали широкой известностью, но сумели найти своих пользователей с её помощью[[340]](#footnote-340). Это значит, что авторы чаще будут выбирать инклюзивный способ коммерциализации результатов своего творчества[[341]](#footnote-341), который необходимо поддержать на концептуальном уровне и в правоприменительной практике.

Экономико-правовая модель коммерциализации произведений через внимание и впечатления призвана снять главное противоречие исключительного права автора с общественным запросом на свободное использование и распространение востребованной информации в виде произведений науки, литературы и искусства. Вторая цель данной модели состоит в том, чтобы обеспечить авторам и иным правообладателям вознаграждение в условиях свободного использования их произведений. Третья решаемая задача заключается в том, чтобы предложить посреднику на рынке творческих продуктов в информационно развитом социуме актуальный профиль деятельности, востребованный правообладателями и обществом.

Резюмируя сказанное, подчеркнём, что при построении инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений необходимо принимать в расчёт не только назревшие правовые и социокультурные проблемы надстроечного характера, но и трансформации, происходящие в базисе общественно-экономической формации. Системный анализ проблем привёл к структурной разработке цивилистической концепции инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, с учётом прогноза по их дальнейшему развитию. Сухой нормативистский подход к правовому регулированию в целом, и механизму гражданско-правового регулирования авторских отношений в частности, эффективно работает во время относительной стабильности общественно-экономической формации, но он неэффективен в период турбулентности социума, связанной со сменой технологических укладов. Поэтому при построении инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, в дополнение к положениям легистской правовой школы были использованы подходы и принципы теории естественного права и либертарно-юридической теории права и государства. С позиции взвешенного соотношения основ, подходов и аргументов этих теорий права выработан алгоритм инклюзивно-ориентированной модернизации механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Применение инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений направлено на преодоление противоречий между имущественными интересами автора и стремлением современного общества к свободному использованию произведений науки, литературы и искусства, равно как и заключённой в них информации, выступающей фактором прогресса цивилизации.

Подытоживая результаты четвертой главы необходимо сделать следующие выводы. Выполнена систематизация и дана классификация существующих и предлагаемых к введению в действие инклюзивных правовых норм отечественного законодательства и международных договоров об интеллектуальных правах. Показано как с помощью инклюзивных правовых норм могут быть системно решены проблемы регулирования авторских отношений в информационном обществе. Разработан алгоритм поэтапного построения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений в Российской Федерации. Проанализированы отношения, складывающиеся вокруг новых подходов к использованию объектов авторских прав. Новые способы использования произведений проанализированы с точки зрения формирования дополнительных источников для вознаграждения авторов. Дано обоснование тому, что инклюзивный механизм позволяет сформировать правовую основу для инновационных способов использования произведений. Достигнутые результаты образуют цельную систему взглядов цивилистической концепции инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

# **Заключение**

Системный подход к решению поставленных в исследовании научных задач потребовал разработки цивилистической концепции инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений. Разработка инклюзивной концепции выполнена на основе всестороннего анализа и аргументированного переосмысления эффективности ряда положений и принципов института авторского права в информационном обществе. Выработка решений осуществлена на основе синтеза социально-экономических тенденций и прогноза развития авторских отношений, средств, методов и механизма их гражданско-правового регулирования. Сделан научно обоснованный вывод о том, что тектонический сдвиг в общественно-экономическом базисе развитых стран, который влечёт за собой модернизацию правовой надстройки, неизбежно приведёт к пересмотру ряда постулатов, которые оставались неизменными с момента становления и в процессе эволюции института авторского права в течение продолжительного времени.

Среди переосмысленных, послуживших основой для теоретически значимых заключений и законотворческих инициатив исследования, можно выделить следующие суждения и положения.

Действующий механизм гражданско-правового регулирования авторских отношений носит эксклюзивно-запретительный характер, при этом правовые средства незапретительного и поощрительного характера развиты в недостаточной степени, что на современном этапе развития общества более не удовлетворяет их участников. Заметная часть современных авторов более не считает нормы исключительного права эффективными средствами реализации своих интеллектуальных прав.

В реалиях компьютерно-информационного технологического уклада исчерпаны возможности охраны объектов авторских прав на основе формы в отрыве от содержания вследствие утраты статичности и единичности внешней формы, а иногда и внутренней структуры произведения, представленного в электронном виде.

Произведения литературы, науки и искусства проявляют свойства общественных благ и свойства информации, что объясняет неэффективность применения к ним запретительных и ограничительных средств гражданско-правового регулирования.

Растущая популярность альтернативных инновационных правовых концепций регулирования авторских отношений обусловлена их инклюзивной сущностью, которая направлена на преодоление императивно-запретительного уклона действующих правовых норм. Положительный мировой опыт использования альтернативных концепций авторского права позволил сделать предложение о рецепции некоторых их положений в правовую систему Российской Федерации.

Диспозитивность как один из основополагающих принципов гражданского права требует своего развития в правовых нормах законодательства об авторских правах с помощью теоретического выделения и практического построения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений.

Правовая мораль стремления, стимулируя автора к устранению барьеров на пути увеличения количества пользователей его произведения, объединяет интересы автора и граждан в части доступа к результатам интеллектуальной деятельности. Правовая мораль стремления выступает в качестве нравственной основы инклюзивного механизма их гражданско-правового регулирования.

При назначении цены использования оцифрованного произведения применяются субъективные критерии оценки его ценности, потому что объективно квантифицируемые стоимостные факторы не применимы к нематериальным объектам авторских прав. В качестве объективного критерия ценности и обоснования цены использования выступает относительная востребованность произведения.

Инновационные способы использования объектов авторских прав, формирующиеся в рамках развития экономики внимания и впечатлений, открывают дополнительные источники для вознаграждения правообладателей. Коммуникативная функция произведений приобретает высокую ценность в ситуации разобщённости граждан в современном обществе. На рынке авторских прав сложилась потребность в коммерческом посреднике нового типа для реализации потенциала инновационных способов использования произведений.

Для построения инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений разработана система дополнений и поправок в национальное законодательство и международные договоры об интеллектуальных правах, а также выработан алгоритм их поэтапного вступления в силу.

1. Статью 1233 ГК РФ «Распоряжение исключительным правом» дополнить пунктом 6 следующего содержания: *«Правообладатель имеет право определить условия использования результата интеллектуальной деятельности с помощью типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации. Заявление делается путём размещения на официальном сайте федерального органа исполнительной власти в сети «Интернет». Федеральный орган исполнительной власти, ответственный за размещение соответствующих заявлений, а также порядок и условия их размещения определяются Правительством Российской Федерации».*

2. Статью 1235 ГК РФ «Лицензионный договор» дополнить пунктом 5.2 следующего содержания: *«Допускается применение типовых лицензий некоммерческих и саморегулируемых организаций, определяющих стандартизованные условия использования результатов интеллектуальной деятельности. Споры, возникающие из договоров на основе таких лицензий, рассматриваются в специализированном суде по интеллектуальным правам».*

3. Пункт 4 статьи 1298 ГК РФ «Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту» изложить в следующей редакции: *«Произведения науки, литературы или искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту, переходят в общественное достояние после выполнения сторонами контрактных обязательств, за исключением тех работ, в которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну».*

4. Статью 1274 ГК РФ «Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях» дополнить пунктом 5 следующего содержания: *«При условии выплаты вознаграждения правообладателю допускается: 1) свободное воспроизведение, распространение, публичный показ, публичное исполнение и доведение до всеобщего сведения в сети «Интернет» зарегистрированного по установленной форме произведения; 2) создание производного на основе зарегистрированного произведения, если производное произведение также зарегистрировано для свободного использования».*

5. Пункт 1 статьи 1286.1 ГК РФ «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства» в третьем абзаце дополнить следующим положением: *«Лицензионный договор может быть заключён в форме и на условиях типовой лицензии некоммерческой или саморегулируемой организации».*

6. Подпункт 3 пункта 6 статьи 1259 ГК РФ «Объекты авторских прав» изложить в следующей редакции: *«Не являются объектами авторских прав: 3) произведения народного творчества (фольклор), флэш-мобы, хепенинги, групповые художественные акции, шествия, демонстрации и другие произведения, не имеющие конкретных авторов».*

7. Статье 1262 ГК РФ «Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных» дать наименование «Государственная регистрация электронных эталонов объектов авторских и смежных прав» и изложить в следующей редакции: *«1. Электронный эталон объекта авторских или смежных прав – область данных (электронный файл), неразрывно фиксирующая форму и содержание объекта авторских или смежных прав, трактуемая информационной системой как единое целое. Формат электронного эталона объекта авторских или смежных прав – описание структуры данных электронного эталона объекта авторских или смежных прав. Идентификатор электронного эталона объекта авторских или смежных прав – уникальный символьный признак электронного эталона объекта авторских или смежных прав. 2. Правообладатель в течение срока действия исключительного права по своему желанию может зарегистрировать электронный эталон объекта авторских или смежных прав в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, либо в управомоченной организации, осуществляющей коллективное управление авторскими и смежными правами. Электронный эталон объекта авторских или смежных прав, в котором содержатся сведения, составляющие государственную тайну, государственной регистрации не подлежит. Лицо, подавшее заявку на государственную регистрацию (заявитель) электронного эталона объекта авторских или смежных прав, в котором содержатся данные, составляющие государственную тайну, несёт ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации. 3. Заявка на государственную регистрацию электронного эталона должна относиться к одному объекту авторских или смежных прав. Заявка на регистрацию должна содержать: заявление о государственной регистрации электронного эталона объекта авторских или смежных прав с указанием правообладателя, а также автора, если он не отказался быть упомянутым в качестве такового, и места жительства или места нахождения каждого из них; депонируемый электронный эталон объекта авторских или смежных прав; реферат для программы для ЭВМ или базы данных. Правила оформления заявки на регистрацию и допустимые форматы электронного эталона объекта авторских или смежных прав устанавливает федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности, либо управомоченная организация, осуществляющая коллективное управление авторскими и смежными правами. 4. На основании заявки на регистрацию федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности либо управомоченная организация, осуществляющая коллективное управление авторскими и смежными правами, проверяет наличие необходимых документов и материалов, их соответствие требованиям, предусмотренным пунктом 3 настоящей статьи. При положительном результате проверки федеральный орган либо управомоченная организация вносит электронный эталон объекта авторских или смежных прав в Реестр электронных эталонов объектов авторских и смежных прав, присваивает уникальный идентификатор электронному эталону объекта авторских или смежных прав и публикует сведения о регистрации в официальном бюллетене. По запросу указанного федерального органа либо по собственной инициативе автор или иной правообладатель вправе до момента государственной регистрации электронного эталона объекта авторских или смежных прав дополнять, уточнять и исправлять документы и материалы, содержащиеся в заявке на регистрацию. 5. Порядок государственной регистрации электронных эталонов объектов авторских или смежных прав, формат идентификатора и перечень сведений, публикуемых в официальном бюллетене, устанавливаются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности либо управомоченной организацией, осуществляющей коллективное управление авторскими и смежными правами. 6. Переход исключительного права на объект авторских или смежных прав, электронный эталон которого зарегистрирован, к другому лицу по договору или без договора подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, либо в управомоченной организации, осуществляющей коллективное управление авторскими и смежными правами. 6.1. По заявлению правообладателя федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности либо управомоченная организация, осуществляющая коллективное управление авторскими и смежными правами, вносит изменения, относящиеся к сведениям о правообладателе и (или) об авторе объекта авторских или смежных прав, в том числе к наименованию или имени правообладателя, его месту нахождения или месту жительства, имени автора, адресу для переписки, а также изменения, связанные с исправлением очевидных и технических ошибок, в Реестр электронных эталонов объектов авторских и смежных прав. Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности либо управомоченная организация, осуществляющая коллективное управление авторскими и смежными правами, может вносить изменения в Реестр электронных эталонов объектов авторских и смежных прав программ для исправления очевидных и технических ошибок по собственной инициативе или по просьбе любого лица, предварительно уведомив об этом правообладателя. Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности либо управомоченная организация, осуществляющая коллективное управление авторскими и смежными правами, публикует в официальном бюллетене сведения об изменениях записей в Реестре электронных эталонов объектов авторских и смежных прав. 7. Сведения, внесённые в Реестр электронных эталонов объектов авторских и смежных прав, считаются достоверными, поскольку не доказано иное. Ответственность за достоверность предоставленных для государственной регистрации сведений несёт заявитель».*

8. Пункт 1 статьи 1368 ГК РФ «Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец» дополнить и изложить в следующей редакции: *«Автор изобретения, полезной модели или промышленного образца может подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о выдаче патента с открытой лицензией на его использование. В этом случае пошлина за совершение юридически значимых действий, связанных с выдачей патента и государственной регистрацией изобретения, полезной модели или промышленного образца не взимается. Условия лицензии, на которых право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца может быть предоставлено любому лицу, сообщаются автором в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который публикует соответствующие сведения об открытой лицензии. После получения патента автор обязан заключить с лицом, изъявившим желание использовать указанные изобретение, полезную модель или промышленный образец, лицензионный договор на условиях простой (неисключительной) лицензии. Патентообладатель может подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о возможности предоставления любому лицу права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца (открытой лицензии). В этом случае размер патентной пошлины за поддержание патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец в силе не взимается с года, следующего за годом публикации федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности сведений об открытой лицензии. Условия лицензии, на которых право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца может быть предоставлено любому лицу, сообщаются патентообладателем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который соответствующие сведения об открытой лицензии. Патентообладатель обязан заключить с лицом, изъявившим желание использовать указанные изобретение, полезную модель или промышленный образец, лицензионный договор на условиях простой (неисключительной) лицензии».* Пункт 2 статьи 1368 ГК РФ оставить без изменений.

9. Пункт 1 статьи 13 Бернской конвенции изложить в следующей редакции: *«Каждая страна Союза может устанавливать для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого: (1) автору музыкального произведения и автору любого текста, уже разрешившему на его запись вместе с музыкальным произведением, разрешать звуковую запись музыкального произведения вместе с таким текстом, если таковой имеется; (2) правообладателю кинематографического или приравненного к кинематографическому произведения; однако все эти оговорки и условия применяются только в тех странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права этих авторов на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом».*

В ответ на общественный запрос об актуализации регулирования отношений вокруг создания и использования объектов авторских прав на современном этапе развития, разработана цивилистичекая концепция инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, который гармонично встроен в действующее законодательство об интеллектуальных правах.

Произведения науки и знания как структурированная информация, произведения литературы и искусства как сокровищница смыслов, эстетических образцов и культурного наследия, выступают определяющим фактором устойчивого развития современного общества. Применение на практике инклюзивного механизма гражданско-правового регулирования авторских отношений, позволяющего полнее и эффективнее задействовать этот ресурс и получить большую отдачу от его использования, может дать импульс для выхода на следующий виток развития постиндустриального общества в Российской Федерации.

# **Приложение 1**

Рисунок 1.

Сопоставление объёмов понятий «произведение» и «информация»

# **Приложение 2**

Форма регистрации произведения в системе компенсации за свободное использование в сети «Интернет» (проект)

Имя:

Email:

Адрес:

Регистрируется:

 Фонограмма / записанное музыкальное произведение

 Аудиовизуальное произведение

Если регистрируется музыкальная композиция, то укажите правообладателей произведений лежащих в её основе:

Длительность материала, заимствованного в других зарегистрированных произведениях:

 Ничего

 Менее 5%

 От 5% до 25%

 От 25% до 50%

 От 50% до 95%

 От 89% до 100%

Укажите регистрационные номера произведений, из которых заимствован материал, и длительность каждого заимствованного фрагмента:

1. Договор ВОИС по авторскому праву. WIPO // [Электронный ресурс], URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wct>; Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам. WIPO // [Электронный ресурс], URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wppt> Дата обращения 24.11.2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. Исключительное право получило своё наименование от правового понятия exclusive right, которое в англо-саксонской правовой системе означает обладание прерогативой на запрещение или разрешение использования произведения другим лицам, т.е. право на исключение из круга пользователей тех, кто не получил разрешение. [↑](#footnote-ref-2)
3. Менте Д. Юрисдикция киберпространства. Теория интернациональных пространств. Michigan Telecommunications and Technology Law Review 3, April 23, 1998. «Уникальный носитель, известный его пользователям как киберпространство, не находящийся на определённой территории, но доступный каждому в любой точке мира через Интернет». Киберпространство рассматривается в качестве четвёртого интернационального пространства в дополнение к Открытому морю, Антарктике и Космосу. [↑](#footnote-ref-3)
4. Локк Дж. Два трактата о правлении. Сочинения. В 3 т. Т. 3. М.: Мысль, 1988. С. 277. [↑](#footnote-ref-4)
5. Кондорсе Ж.А. Эскиз исторической картины прогресса человеческого разума. М.: Гос. публ. Библиотека России, 2010. С. 155.; Лютер М. О свободе христианина. Избранные произведения. СПб.: «Андреев и Согласие», 1994. С. 38. [↑](#footnote-ref-5)
6. Малько А.В., Липинский Д.А., Мусаткина А.А., Березовский Д.В. Теория государства и права. М.: Кнорус, 2015. С. 398. [↑](#footnote-ref-6)
7. Абрамова А.А. Эффективность механизма правового регулирования: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. Красноярск, 2006. С 26. [↑](#footnote-ref-7)
8. Сырых В.М. Теория государства и права: Учебник для вузов. М.: Юстицинформ, 2012. С. 311-363. [↑](#footnote-ref-8)
9. Корельский В.М., Перевалов В.Д. Теория государства и права. М.: ИНФРА М-Норма, 1997. С. 262. [↑](#footnote-ref-9)
10. Там же. С. 261. [↑](#footnote-ref-10)
11. Киселева О.М. Поощрение как метод правового регулирования. Дисс. … канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 211. [↑](#footnote-ref-11)
12. Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. М.: Юрайт-М, 2002. С. 344-345. [↑](#footnote-ref-12)
13. Липцик Д. Авторское право смежные права. М.: Ладомир Издательство ЮНЕСКО, 2002. С. 26. [↑](#footnote-ref-13)
14. Там же С. 28. [↑](#footnote-ref-14)
15. Там же С. 29. [↑](#footnote-ref-15)
16. Кузнецов С.А. Большой толковый словарь русского языка. СПб.: Норинт, 2014. [↑](#footnote-ref-16)
17. Светлов В.А. История философии в схемах и комментариях. СПб.: Питер, 2010. С. 253. [↑](#footnote-ref-17)
18. Левитан К.М. Англо-русский и русско-английский юридический словарь. М.: Проспект, 2014. С. 177. [↑](#footnote-ref-18)
19. Мюллер В.К. Новый англо-русский, русско-английский словарь. Litres, 2015. С. 46. [↑](#footnote-ref-19)
20. См. Cambridge University Press // [Электронный ресурс] Cambridge Dictionaries Online. URL: <http://dictionary.cambridge.org/ru> Дата обращения 11.01.2016. [↑](#footnote-ref-20)
21. Зенин И.А. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации к ч. 4 (учебно-практический). 4-е издание. Под ред. Степанова С.А. М.: Проспект, 2015. С. 46. [↑](#footnote-ref-21)
22. Подгаецкая И. Ю. Луиза Лабе. Сочинения // Серия «Литературные памятники» М.: Наука, 1988. С. 46. [↑](#footnote-ref-22)
23. См. Всемирная организация интеллектуальной собственности // [Электронный ресурс] Официальный сайт. Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений. Официальный русский текст. URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?file_id=283702> Дата обращения 12.01.2016. [↑](#footnote-ref-23)
24. Медиа-библиотека факультета журналистики МГУ // [Электронный ресурс] Свод уставов о цензуре. (Цензурный устав 1828 г. с дополнениями по 1857 г. и 4 к нему приложения). URL: <http://site.mediascope.ru/?q=node/63> Дата обращения 15.01.2016. [↑](#footnote-ref-24)
25. Корельский В.М., Перевалов В.Д. Теория государства и права. М.: ИНФРА М-Норма, 1997. С. 263-264. [↑](#footnote-ref-25)
26. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. М.: Юристъ, 2004. С. 230. [↑](#footnote-ref-26)
27. Алексеев С.С. Право: Азбука - теория - философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 420-431. [↑](#footnote-ref-27)
28. Creative Commons. State of the Commons // [Электронный ресурс], URL: <https://stateof.creativecommons.org/report/> Дата обращения 02.01.2016. [↑](#footnote-ref-28)
29. Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. М.: Юрайт-М, 2002. С. 345. [↑](#footnote-ref-29)
30. McLuhan M., Gordon W., Lamberti E., Scheffel-Dunand D. The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man. University of Toronto Press, 2011. С. 154. [↑](#footnote-ref-30)
31. Платон. Диалоги. М.: Мысль, 1986. С. 47. [↑](#footnote-ref-31)
32. Зубов В.П. Аристотель. М.: Издательство Академии наук СССР, 1963. С. 304. [↑](#footnote-ref-32)
33. Кант И. Критика способности суждения. СПб.: Наука, 1995. С. 568. [↑](#footnote-ref-33)
34. Гегель, Сочинения, т. 12. М.: Мысль, 1938. С. 189. [↑](#footnote-ref-34)
35. Леви-Строс К. Структурная антропология. М.: Академический проект, 2008. С. 436. [↑](#footnote-ref-35)
36. Виноградов И.И. Проблемы содержания и формы литературного произведения. М.: Издательство МГУ, 1958. С. 76. [↑](#footnote-ref-36)
37. Горанов К. Содержание и форма в искусстве. М.: Искусство, 1962. С. 65. [↑](#footnote-ref-37)
38. Толстой Л.Н. Собрание сочинений в 20 томах. Том 15. Статьи об искусстве и литературе. Что такое искусство? М.: Художественная литература, 1964. С. 201. [↑](#footnote-ref-38)
39. Бахтин М.М. Вопросы литературы и эстетики. М.: Художественная литература, 1975. С. 366. [↑](#footnote-ref-39)
40. Маркс К. и Энгельс Ф. Об искусстве, т. 1-2. М.: Советская литература, 1967. С. 131. [↑](#footnote-ref-40)
41. Коллендер Б.Г. Информация и сознание // [Электронный ресурс] Компьютерра, 2009. URL: <http://old.computerra.ru/readitorial/394724> [↑](#footnote-ref-41)
42. Серго А.Г. Интернет и Право. М.: Бестселлер, 2003. С. 116. [↑](#footnote-ref-42)
43. Корогодин В.И., Корогодина В.Л. Информация как основа жизни. Дубна: Издательский центр «Феникс», 2000. С. 20. [↑](#footnote-ref-43)
44. Наумов В.Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. М.: Книжный дом «Университет», 2002. С. 215. [↑](#footnote-ref-44)
45. См. напр., Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 6672/11 от 1 ноября 2011 г. Федеральные арбитражные суды Российской Федерации, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_be87c7b7-ec2b-4325-82c4-e1ae94f34e16> Дата обращения 21.07.2016. [↑](#footnote-ref-45)
46. Лессиг Л. Свободная культура. Пер. с англ. М.: Прагматика культуры 2007. С. 67. [↑](#footnote-ref-46)
47. Кириленко С.А. Санкт-Петербургский государственный университет. Центр изучения культуры: материалы международного форума, 12-16 апреля, 2005. С. 299. [↑](#footnote-ref-47)
48. Малахов С.В. Гражданско-правовое регулирование отношений в глобальной компьютерной сети Интернет: Дисс. ... канд. юрид. наук, Москва, 2001. С. 87. [↑](#footnote-ref-48)
49. Литвинов В.А. Информационные технологии в юридической деятельности. Учебное пособие. СПб.: Питер, 2013. С. 77. [↑](#footnote-ref-49)
50. Artnet // [Электронный ресурс] Официальный сайт. URL: [www.artnet.com](http://www.artnet.com) Дата обращения 22.01.2016. [↑](#footnote-ref-50)
51. Хоффман Б. Общественный домен произведений искусства: Кто обладает правами? Всемирная ИС, 2000. С. 52-58. [↑](#footnote-ref-51)
52. Бодрийяр Ж.. Прозрачность зла. М.: Добросвет, 2000. С. 95. [↑](#footnote-ref-52)
53. Там же. С. 108. [↑](#footnote-ref-53)
54. Japanese copyright law. Writings in Honour of Gerhard Schricker (Max Planck Series on Asian Intellectual Property Set). Kluwer Law International, 2005. С. 52. [↑](#footnote-ref-54)
55. Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет. Традиция и новеллы в современном праве. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 85 [↑](#footnote-ref-55)
56. Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М.: Добросвет, 2000. С. 154. [↑](#footnote-ref-56)
57. Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 42. М.: Государственное издательство, 1924. С. 18. [↑](#footnote-ref-57)
58. Зиновьев А.А. На пути к сверхобществу. М.: Litres, 2015. C. 25. [↑](#footnote-ref-58)
59. Barlow J.P. The Economy of Ideas. Wired // [Электронный ресурс] URL: [http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html Дата обращения 02.01.2016](http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html%20%D0%94%D0%B0%D1%82%D0%B0%20%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%B0%D1%89%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%8F%2002.01.2016) Дата обращения 21.07.2016; Дозорцев В.А. Новая эра в охране исключительных прав. Система права и система законодательства // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник Статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2005. С. 13. [↑](#footnote-ref-59)
60. Горский Ю.М., Степанов A.M., Теслинов Л.Г. Гомеостатика – наука XXI века // Проблемы информатизации, 1999, № 1. С. 13−21. [↑](#footnote-ref-60)
61. Голицын Г.А., Петров В.М. Информация. Поведение. Язык. Творчество. М.: ЛКИ, 2007. С. 5. [↑](#footnote-ref-61)
62. Моль А. Теория информации и эстетическое восприятие. М.: Мир, 1966. С. 75. [↑](#footnote-ref-62)
63. Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ (ред. от 06.07.2016) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СПС Консультант Плюс. [↑](#footnote-ref-63)
64. Винер Н. Кибернетика, или управление и связь в животном и машине; или Кибернетика и общество / 2-е издание. М.: Наука; Главная редакция изданий для зарубежных стран, 1983. С. 271. [↑](#footnote-ref-64)
65. Колмогоров А.Н. Теория информации и теория алгоритмов. М.: Наука, 1987. С. 56. [↑](#footnote-ref-65)
66. Саврухин А.П. «Информация как понятие и термин». Научные труды Московского государственного университета леса (МГУЛ), № 9, 2011. С. 37-56. [↑](#footnote-ref-66)
67. Bateson G. Form, Substance, and Difference, in Steps to an Ecology of Mind, General Semantics Bulletin, No. 37, 1970. С. 448-466. [↑](#footnote-ref-67)
68. Дозорцев В.А. Новая эра в охране исключительных прав. Система права и система законодательства // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник Статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2005. С. 58. [↑](#footnote-ref-68)
69. Капица П.Л. Энциклопедия «Кругосвет» // [Электронный ресурс], URL: <http://www.krugosvet.ru/enc/kultura_i_obrazovanie/izobrazitelnoe_iskusstvo/TVORCHESTVO.html> Дата обращения 07.01.2016. [↑](#footnote-ref-69)
70. Выготский Л.С. Психология искусства. М.: Искусство, 1986. С. 156. [↑](#footnote-ref-70)
71. Голицын Г.А., Петров В.М. Информация и биологические принципы оптимальности. Гармония и алгебра живого. М.: КомКнига, 2005. С. 88. [↑](#footnote-ref-71)
72. Дриккер А.С. «Информационный отбор» и социальная эволюция. Взаимодействие человека и культуры: теоретико-информационный подход. Таганрог: Изд. ТРТУ, 1998. С. 81-82. [↑](#footnote-ref-72)
73. Копцик В.А., Рыжов В.П., Петров В.М. Информационный подход в искусстве. Этюды по теории искусства. М.: ОГИ, 2004. С. 223. [↑](#footnote-ref-73)
74. Корогодин В.И., Корогодина В.Л. Информация как основа жизни. Дубна: Издательский центр «Феникс», 2000. С. 134. [↑](#footnote-ref-74)
75. Голицын Г.А., Петров В.М. Информация. Поведение. Язык. Творчество. М.: ЛКИ, 2007. С. 69. [↑](#footnote-ref-75)
76. Корогодин В.И., Корогодина В.Л. Информация как основа жизни. Дубна: Издательский центр «Феникс», 2000. С. 103. [↑](#footnote-ref-76)
77. Дубровский Д.И. Проблема «сознание и мозг»: Теоретическое решение. М.: «Канон+» РООИ «Реабилитация», 2015. С. 24. [↑](#footnote-ref-77)
78. Дозорцев В.А. «Интеллектуальные права: Понятие. Система. Классификация» М.: Статут, 2005. С. 228. [↑](#footnote-ref-78)
79. Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд. Пер. с фр. М.: Международные отношения, 1993. С. 173-174. [↑](#footnote-ref-79)
80. П. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. N 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» // «Российская газета», №4103, 28.06.2006. [↑](#footnote-ref-80)
81. Марченко М.Н. Теория государства и права. М.: «Зерцало», 2004. С. 453. [↑](#footnote-ref-81)
82. Там же. С. 244. [↑](#footnote-ref-82)
83. Дадян П.Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 11. [↑](#footnote-ref-83)
84. Лотман Ю.М. Структура художественного текста // Лотман Ю.М. Об искусстве. СПб.: «Искусство – СПБ», 1998. С. 43. [↑](#footnote-ref-84)
85. Лук А.Н. Психология творчества. М.: Наука, 1978, С. 68; Басин Е.Я. «Двуликий Янус» М.: Гуманитарий, 2009. С. 101. [↑](#footnote-ref-85)
86. Корогодин В.И., Корогодина В.Л. Информация как основа жизни. Дубна: Издательский центр «Феникс», 2000. С. 134. [↑](#footnote-ref-86)
87. Голицын Г.А., Петров В.М. Информация. Поведение. Язык. Творчество. М.: ЛКИ, 2007. С. 56. [↑](#footnote-ref-87)
88. Голицын Г.А., Петров В.М. Информация и биологические принципы оптимальности. Гармония и алгебра живого. М.: КомКнига, 2005. С. 88. [↑](#footnote-ref-88)
89. David A.P. “Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History,” in Mitchel B. Wallerstein, Mary Ellen Mogee, and Roberta A. Schoen, eds, Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. Washington: National Academy Press, 1993. [↑](#footnote-ref-89)
90. Барлоу Дж.П. «Продажа вина без бутылок: Экономика сознания в Глобальной сети», Солнце в зените на электронной границе: Концептуальные вопросы в киберпространстве. М.: Питер Лудлоу, 1996. С. 9-10. [↑](#footnote-ref-90)
91. Ефимова Е.Г. Экономика для юристов. М.: Флинта: Московский психолого-социальный институт, 1999. С. 234. [↑](#footnote-ref-91)
92. Иноземцев В.Л. Современное постиндустриальное общество: природа, противоречия, перспектив. М.: Логос, 2000. С. 135. [↑](#footnote-ref-92)
93. Там же. С. 146. [↑](#footnote-ref-93)
94. Рузакова О.А. Право интеллектуальной собственности. М.: МФПА, 2004. С. 169-199. [↑](#footnote-ref-94)
95. Иноземцев В.Л. Современное постиндустриальное общество: природа, противоречия, перспектив. М.: Логос, 2000. С. 22. [↑](#footnote-ref-95)
96. Crawford R. In the Era of Human Capital. The Emergence of Talent, Intelligence, and Knowledge as the Worldwide Economic Force and What It Means to Managers and Investors. L.-N.Y., 1991. С. 11. [↑](#footnote-ref-96)
97. Stiglitz J.E. Public Policy for a Knowledge Economy, World Bank Publishing, 1999. С. 25. [↑](#footnote-ref-97)
98. Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации // [Электронный ресурс] Аналитический доклад под ред. Ю.Е. Хохлова. М.: Институт развития информационного общества, 2011. URL: <http://iite.unesco.org/pics/publications/ru/files/3214699.pdf> С. 5. Дата обращения 11.08.2016. [↑](#footnote-ref-98)
99. Там же. С. 6. [↑](#footnote-ref-99)
100. Идея создания «творческих сообществ» (Creative Commons, далее СС) принадлежит известному американскому учёному и политическому деятелю Лоуренсу Лессигу, который вместе с Хэлом Абельсоном (профессором компьютерных технологий Массачусетсского технологического института) и Эриком Элдредом (интернет-издатель, публикатор произведений, находящихся в общественном достоянии) в 2001 году организовал некоммерческую организацию Creative Commons. Лессиг является профессором Гарвардского университета, директором «Центра этики Фонда Эдмонда Сафры», членом Совета директоров «Creative Commons», «MAPLight», «Brave New Film Foundation», «Change Congress», «Американской академии в Берлине», «Freedom House» и «iCommons.org», а также Консультативного совета «Sunlight Foundation». Кроме того, он был членом Совета «Фонда СПО», «Electronic Frontier Foundation», Общественной научной библиотеки, «Free Press» и «Public Knowledge». Лессиг преподавал в Стэнфордской юридической школе и основал при ней «Центр интернета и общества», а также являлся профессором Чикагского университета. Ранее он работал в офисе судей Ричарда Познера в 7-ом Окружном апелляционном суде и Антонина Скалья в Верховном суде США, был обозревателем журналов «Wired», «Red Herring» и «Industry Standard». Профессор Лессиг получил степень бакалавра в области экономики и бакалавра в области менеджмента в Университете Пенсильвании, магистра в области философии в Кембридже и доктора юридических наук в Йеле. Профессор Лессиг назван одним из 50 лучших американских научных визионариев и входит в число самых влиятельных людей Интернета. Ему присуждены различные награды, в том числе награда «Фонда Свободного программного обеспечения» (Фонд СПО). Лоуренс Лессиг является автором книг «Ремикс» (2008), «Кодекс v2» (2007), «Свободная культура» (2004), «Будущее идей» (2001) и «Кодекс и другие законы киберпространства» (1999). Он является членом Американской академии искусства и науки и Американского философского общества. [↑](#footnote-ref-100)
101. Spinello R., Tavani H. Intellectual Property Rights in a Networked World: Theory and Practice. Idea Group Inc., 2005. С. 200. [↑](#footnote-ref-101)
102. Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации. // Аналитический доклад под ред. Ю.Е. Хохлова. М.: Институт развития информационного общества, 2011. С. 33-56. [↑](#footnote-ref-102)
103. Подробнее см. Aliprandi S. Creative Commons: а user guide. A complete manual with a theoretical introduction and practical suggestions. 2011. С. 40-67. [↑](#footnote-ref-103)
104. Creative Commons // [Электронный ресурс], URL: <https://creativecommons.org/licenses/> Дата обращения 10.03.2016. [↑](#footnote-ref-104)
105. Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации. // Аналитический доклад под ред. Ю.Е. Хохлова. М.: Институт развития информационного общества, 2011. C. 63-64. [↑](#footnote-ref-105)
106. Рафаэл Д.М. Авторское право: путь к настоящей реформе // Право и политика, № 12, 2015. С. 1652-1656. [↑](#footnote-ref-106)
107. Кириллова Ю.А., Васильева М.В., Крохина Ю.А. Legal protection of copyright items inheritance in the internet by means of Creative Commons license // Review of European studies, Published by Canadian Center of Science and Education, № 4, 2014. С. 232-238. [↑](#footnote-ref-107)
108. Моисеевич Е.Я. Свободные лицензии в открытых образовательных ресурсах // Сборник научных статей: Труды XVI Всероссийской объединенной конференции. Санкт-Петербургский национальный исследовательский университет информационных технологий, механики и оптики, 2013. С. 248-257. [↑](#footnote-ref-108)
109. Засурский И.И. Общественное достояние и стратегия развития информационного общества // Вестник Московского Университета. Серия 10: Журналистика, № 3, 2012. С. 7-15. [↑](#footnote-ref-109)
110. Шарбоннэ О. Лицензия Creative Commons: Стратегические последствия для национальных библиотек // Научные и технические библиотеки, № 4, 2011. С. 78-91. [↑](#footnote-ref-110)
111. Ворожбит С. Правовые аспекты применения лицензий Creative Commons // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, № 1, 2012, С. 44-55. [↑](#footnote-ref-111)
112. Алистратова М.Е. Лицензии «Creative Commons» // Биржа интеллектуальной собственности, Том 11, № 6, 2012. С. 9-11. [↑](#footnote-ref-112)
113. Conhaim W.W. Creative Commons nurtures the public domain // Information today, № 7, 2002. С. 52-53. [↑](#footnote-ref-113)
114. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] Creative Commons [Официальный сайт], URL: <http://creativecommons.ru/sites/creativecommons.ru/files/docs/material_po_creative_commons__voynikanis__ispravlennyy.pdf> Дата обращения 10.03.2016. [↑](#footnote-ref-114)
115. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России. М: Юстицинформ, 2014. [↑](#footnote-ref-115)
116. Стенограмма круглого стола «Измерения в экономике авторского права» // ЦЭМИ РАН. 16.03.2010. URL: <http://www.labrate.ru/20100316/stenogramma.htm> Дата обращения: 26.09.2012. [↑](#footnote-ref-116)
117. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М.: Статут, 2009. С. 144. [↑](#footnote-ref-117)
118. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] Creative Commons [официальный сайт], URL: <http://creativecommons.ru/sites/creativecommons.ru/files/docs/material_po_creative_commons__voynikanis__ispravlennyy.pdf> С. 13-15. Дата обращения 10.03.2016. [↑](#footnote-ref-118)
119. Taм же. С. 16. [↑](#footnote-ref-119)
120. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России. М: Юстицинформ, 2014. С.19. [↑](#footnote-ref-120)
121. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: автореф. … дисс. канд. юрид. наук. Москва, 2014. С. 8-9. [↑](#footnote-ref-121)
122. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] С. 19. [↑](#footnote-ref-122)
123. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: автореф. … дисс. канд. юрид. наук. Москва, 2014. С. 8. [↑](#footnote-ref-123)
124. Там же. С. 21-22. [↑](#footnote-ref-124)
125. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] С. 17. [↑](#footnote-ref-125)
126. Там же. С. 18. [↑](#footnote-ref-126)
127. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: автореф. … дисс. канд. юрид. наук. Москва, 2014. С. 10. [↑](#footnote-ref-127)
128. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] С. 17. [↑](#footnote-ref-128)
129. Там же. С. 19. [↑](#footnote-ref-129)
130. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] С. 20. [↑](#footnote-ref-130)
131. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: автореф. … дисс. канд. юрид. наук. Москва, 2014. С. 9-10. [↑](#footnote-ref-131)
132. Войниканис. Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] С. 20. [↑](#footnote-ref-132)
133. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: автореф. … дисс. канд. юрид. наук. Москва, 2014. 10. [↑](#footnote-ref-133)
134. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в России // [Электронный ресурс] С. 21-22. [↑](#footnote-ref-134)
135. Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации. // Аналитический доклад под ред. Ю.Е. Хохлова. М.: Институт развития информационного общества, 2011. С. 50-51. [↑](#footnote-ref-135)
136. Соболь И.А. Свободные лицензии в авторском праве России: автореф. … дисс. канд. юрид. наук. Москва, 2014. С. 16. [↑](#footnote-ref-136)
137. Протасов П.В. Дуэль на костылях, или Creative Commons по-русски // [Электронный ресурс] «Вебпланета», URL: [http://web.archive.org/web/20110918123013/http://webplanet.ru/knowhow/law/protasov/2011/07/25/kostyl.html](http://web.archive.org/web/20110918123013/http%3A//webplanet.ru/knowhow/law/protasov/2011/07/25/kostyl.html) Дата обращения 02.01.2016. [↑](#footnote-ref-137)
138. Creative Commons. State of the Commons // [Электронный ресурс], URL: <https://stateof.creativecommons.org/report/> Дата обращения 02.01.2016. [↑](#footnote-ref-138)
139. Проект GNU. [Электронный ресурс] // Свободная Unix-подобная операционная система, разрабатываемая Проектом GNU [Официальный сайт] URL: <https://www.gnu.org> Дата обращения 30.11.2015. [↑](#footnote-ref-139)
140. Tully J. A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries. Cambridge University Press 1982. C. 55. [↑](#footnote-ref-140)
141. Будник Р.А. Основы инклюзивной модели авторского права. М.: Юрлитинформ, 2014. C. 127. [↑](#footnote-ref-141)
142. "Transcript of Richard Stallman speaking on GPLv3 in Torino". March 18, 2006. Everyone who uses the term intellectual property is either confused himself or trying to confuse you. [Электронный ресурс] // Free Software Foundation [Офиц. сайт] URL: <http://fsfe.org/campaigns/gplv3/torino-rms-transcript.en.html#note-on-ip> Дата обращения 30.11.2015. [↑](#footnote-ref-142)
143. Herbert G.B. A Philosophical History of Rights. Transaction Publishers, 2003. C. 118. [↑](#footnote-ref-143)
144. Что такое «copyleft»? [Электронный ресурс] // Free Software Foundation [Официальный сайт], URL: https://www.gnu.org/copyleft Дата обращения 05.12.2015. [↑](#footnote-ref-144)
145. Stallman R., Gay J., Lessig L. Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman. Create Space Independent Publishing Platform, 2009. C. 15. [↑](#footnote-ref-145)
146. Edwards L., Waelde C. Law and the Internet. Bloomsbury Publishing, 2009. C 321-342. [↑](#footnote-ref-146)
147. Software too slippery for export rules embargo // New Scientist, № 1460, 1985, Том 106. С. 7. [↑](#footnote-ref-147)
148. Определение свободной программы [Электронный ресурс] // Free Software Foundation [Официальный сайт], URL: [http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.ru.html Дата обращения 05.12.2015.](http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.ru.html%20%D0%94%D0%B0%D1%82%D0%B0%20%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%B0%D1%89%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%8F%2005.12.2015.%20%20)  [↑](#footnote-ref-148)
149. Dixon R. Open Source Software Law. Artech House, 2004. C. 25. [↑](#footnote-ref-149)
150. См. Creative Commons // [Электронный ресурс], URL: <http://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode> Дата обращения 22.02.2016. [↑](#footnote-ref-150)
151. См. Unlicense // [Электронный ресурс], URL: <http://unlicense.org> Дата обращения 25.12.2015. [↑](#footnote-ref-151)
152. См. Creative Commons // [Электронный ресурс], URL: <https://creativecommons.org/about/pdm> Дата обращения 22.02.2016. [↑](#footnote-ref-152)
153. См. Распоряжение Правительства Российской Федерации от 17 декабря 2010 г. N 2299-р // «Собрание законодательства РФ», 27.12.2010, N 52 (ч. I), Ст. 7181. [↑](#footnote-ref-153)
154. См. Приказ Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации (Минкомсвязь России) от 13 августа 2012 г. N 196 г. // «РГ» - Федеральный выпуск №59272, 2 Ноября 2012 г. [↑](#footnote-ref-154)
155. Stallman R. The right way to tax DAT. Wired magazine, May 1992. C. 67-77. [↑](#footnote-ref-155)
156. Lunney G., "Reexamining Copyright’s Incentive-Access Paradigm,” Vanderbilt Law Review 49 (1996). С 483. [↑](#footnote-ref-156)
157. Fisher W. Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford University Press, 2004. С. 202. [↑](#footnote-ref-157)
158. Сурмин Ю.П. Теория систем и системный анализ: Учебное пособие. Киев: МАУП, 2003. С. 36. [↑](#footnote-ref-158)
159. Aigrain P. Sharing: Culture and the Economy in the Internet Age. Amsterdam University Press, 2012. С. 197. [↑](#footnote-ref-159)
160. Stallman R. The right way to tax DAT. Wired magazine, May 1992. C. 71. [↑](#footnote-ref-160)
161. Zinkan G. Advertising Research: The Internet, Consumer Behavior, and Strategy. Marketing Classics Press, 2012. С. 60. [↑](#footnote-ref-161)
162. Fisher W. Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford University Press, 2004. С. 199. [↑](#footnote-ref-162)
163. Глобальная лицензия [Электронный ресурс] // [Официальный сайт], URL: <http://global-license.ru> Дата обращения 09.12.2015. [↑](#footnote-ref-163)
164. Lessig L. Free Culture: The Nature and Future of Creativity. Penguin, 2004. С. 305. [↑](#footnote-ref-164)
165. Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. М.: Норма, 2002. C. 12. [↑](#footnote-ref-165)
166. Fisher W. Promises to keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford University Press, Stanford, California, 2004. C. 206. [↑](#footnote-ref-166)
167. Объяснение этого феномена можно найти у Jeremy Bentham. A Manual of Political Economy. New York: G.P. Putnam, 1839. и J. G. Head. Public Goods and Public Policy. Public Finance 17, 1962. [↑](#footnote-ref-167)
168. Mill J.S. Principles of Political Economy 5th ed. London: Longmans, Green & Co., 1909. С. 932-933. [↑](#footnote-ref-168)
169. David A.P. Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History, in Mitchel B. Wallerstein, Mary Ellen Mogee, and Roberta A. Schoen, eds, Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. Washington: National Academy Press, 1993. [↑](#footnote-ref-169)
170. J. Fiske. Television Culture. Routledge, 2 edition, 2010. С. 89. [↑](#footnote-ref-170)
171. В. Фишер использует термин административная система, которую, по нашему мнению, логично определить в качестве государственной системы, управляемой правительством. [↑](#footnote-ref-171)
172. Fisher W. Promises to keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford University Press, Stanford, California, 2004. C. 316. [↑](#footnote-ref-172)
173. Shavell S., Tanguy van Ypersele, Rewards versus Intellectual Property Rights // Journal of Law and Economics 44, 2001. С. 525-447. [↑](#footnote-ref-173)
174. Plant A. The Economic Theory Concerning Patents for Inventions. Economica 30, 1934. C. 30-51; Glynn S. Lunney, Jr. Reexamining Copyright’s Incentive-Access Paradigm. Vanderbilt Law Review 49, 1996. C. 483-656. [↑](#footnote-ref-174)
175. Macfie R.A. The Patent Question under Free Trade: A Solution of Difficulties by Abolishing or Shortening the Inventors’ Monopoly, and Instituting National Recompenses 2d ed. London: W.J. Johnson, 1863. [↑](#footnote-ref-175)
176. Machlup F. An Economic Review of the Patent System. Study No. 15 of Subcomm. on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Senate Comm. on the Judiciary, 85th Cong. 2d Sess., 1958. C. 80. [↑](#footnote-ref-176)
177. Stiglitz J. E. Economics of the Public Sector, 3rd ed. New York: Norton, 2000. С. 25-37. [↑](#footnote-ref-177)
178. Netanel N. Impose a Noncommercial Use Levy // Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 17, December 2003. [↑](#footnote-ref-178)
179. Постановление Правительства Российской Федерации от 14 октября 2010 г. N 829 г. Москва «О вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях» // Российская газета - Федеральный выпуск №5319 (240), 22 октября 2010 г. [↑](#footnote-ref-179)
180. Ивановский Р. И. Теория вероятностей и математическая статистика. Основы, прикладные аспекты с примерами и задачами в среде Mathcad, Спб.: БХВ-Петербург, 2008. С. 278. [↑](#footnote-ref-180)
181. Eckersley P. Virtual Markets for Virtual Goods: The mirror of digital Copyright? // Harvard Journal of Law & Technology, Volume 18, Number 1, 2004. C. 86-165. [↑](#footnote-ref-181)
182. Hugenholtz P. B. The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law, Kluwer Law International, 2006. С. 145-161. [↑](#footnote-ref-182)
183. Desai D., Hamlin J., Mattson R. History as Art, Art as History: Contemporary Art and Social Studies Education, New York, Routledge, 2009. С. 165-189. [↑](#footnote-ref-183)
184. Подробный расчёт в Fisher W. Promises to keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford University Press, Stanford, California, 2004. C. 317. [↑](#footnote-ref-184)
185. Lemley M. The Economics of Improvement in Intellectual Property Law // Texas Law Review 75, 1997. [↑](#footnote-ref-185)
186. Nimmer B.M., Nimmer D. Nimmer on Copyright. Albany: Matthew Bender, 1997. С. 194. [↑](#footnote-ref-186)
187. Boyle J. The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain // Law and Contemporary Problems, Vol. 66, 2003. С. 33-74. [↑](#footnote-ref-187)
188. Parness H. Internet Radio: As RIAA and DiMA Prepare to Do Battle Over ‘Interactivity,’ Questions Resurface About ISP Liability, Cyberspace Lawyer 6, 2001. C. 50. [↑](#footnote-ref-188)
189. Go-Golf, Online Piracy in Numbers – Facts and Statistics // [Электронный ресурс], URL: <http://www.go-gulf.com/blog/online-piracy> Дата обращения 07.03.2016. [↑](#footnote-ref-189)
190. Steele R. If You Think Piracy Is Decreasing, You Haven’t Looked at the Data… Digital Music News // [Электронный ресурс], URL: <http://www.digitalmusicnews.com/2015/07/16/if-you-think-piracy-is-decreasing-you-havent-looked-at-the-data-2> July 16, 2015. Дата обращения 07.03.2016. [↑](#footnote-ref-190)
191. Pew Internet & American Life Project, “Sharp Decline in Music File Swapping: Data Memo from PIP and comScore Media Metrix”, January 4, 2004 // [Электронный ресурс], URL: <http://www.pewinternet.org/files/old-media/Files/Reports/2004/PIP_Filesharing_April_04.pdf.pdf> Дата обращения 07.03.2016. [↑](#footnote-ref-191)
192. Комаров С. А., Малько А. В.. Теория государства и права. Учебно-методическое пособие. Краткий учебник для вузов. М.: Издательская группа НОРМА—ИНФРА-М, 1999. С. 227. [↑](#footnote-ref-192)
193. Треушников М.К. Развитие гражданского процессуального права России // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве. М.: Издательский дом «Городец», 2004. С. 17. [↑](#footnote-ref-193)
194. Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Сов. Государство и право, 1970. № 1. С. 42-43. [↑](#footnote-ref-194)
195. Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. М.: Норма, 2002. С. 72, 302. [↑](#footnote-ref-195)
196. Мальцев Г.В. Социальные основания права. М.: Инфра-М, 2011. С. 585. [↑](#footnote-ref-196)
197. Алексеев С.С. Право: Азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 59. [↑](#footnote-ref-197)
198. Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 251. [↑](#footnote-ref-198)
199. Демин А.В. К вопросу о диспозитивности в налоговом праве // Вопросы правоведения, №2, 2009. С. 111-123. [↑](#footnote-ref-199)
200. Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 33-41. [↑](#footnote-ref-200)
201. Wetzel. System des ordentlichen Civilprozesses. 3. Aufl. 1878. С. 396. [↑](#footnote-ref-201)
202. Endemann. Das deutsche Civilprozesses. 1879. Bd. 27. С. 411. [↑](#footnote-ref-202)
203. Heinze. Dispositionsprinzip und Officialprinzip Verhandlungsform und Untersuchungsform Archiv fur D. Und Pr. Strafrecht. Bd. 24. 1876. С. 267. [↑](#footnote-ref-203)
204. Canstein. Die rationallen Grundlagen des Civilprozesses. 1877. С. 185 - 186. [↑](#footnote-ref-204)
205. Гурвич М.А. Советский гражданский процесс. М.: Высш. школа, 1975. С. 35. [↑](#footnote-ref-205)
206. Жеруолис И.А. Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс: Минтис, 1969. С. 87-89. [↑](#footnote-ref-206)
207. Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 267-273. [↑](#footnote-ref-207)
208. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 2011. С. 242. [↑](#footnote-ref-208)
209. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: ООО «ТК Велбн», 2003. С. 183. [↑](#footnote-ref-209)
210. Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений. WIPO // [Электронный ресурс], URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?file_id=283702> Дата обращения 24.04.2016. [↑](#footnote-ref-210)
211. Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам. WIPO // [Электронный ресурс], URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wppt> Дата обращения 24.04.2016. [↑](#footnote-ref-211)
212. Договор ВОИС по авторскому праву. WIPO // [Электронный ресурс], URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wct> Дата обращения 24.04.2016. [↑](#footnote-ref-212)
213. Клейнмана А.Ф. Советский гражданский процесс. М.: Изд-во МГУ, 1964. С. 26. [↑](#footnote-ref-213)
214. Воложанин В.П., Кайгородов В.Д., Кац А.К., Козлов А.Ф., Комиссаров К.И., Масленникова Н.И., Осипов Ю.К., Решетников И.В., Ярков В.В., Отв. ред.: Осипов Ю.К.: Гражданский процесс. Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 42. [↑](#footnote-ref-214)
215. Дыдынский Ф.М. Латинско-русский словарь к источникам римского права. М.: Спарк, 1998. С. 177. [↑](#footnote-ref-215)
216. Нисенбаум М.Е. "Via Latina ad ius" ("Латинская дорога к праву"). М.: Юристъ, 1996. С. 505. [↑](#footnote-ref-216)
217. Моисеев С.В. Принцип диспозитивности арбитражного процесса: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 1989. С. 22. [↑](#footnote-ref-217)
218. Колесов П.П. Процессуальные средства защиты права / НовГУ имени Ярослава Мудрого. Великий Новгород, 2004. С. 135. [↑](#footnote-ref-218)
219. Воронов А.Ф. Гражданский процесс: эволюция диспозитивности. М.: Статут, 2007. С. 134. [↑](#footnote-ref-219)
220. Суханов Е.А. Гражданское право в 2 т., Т. 1. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2006. С. 40. [↑](#footnote-ref-220)
221. Лазарев В.В. Общая теория права и государства. М.: Юристъ. 2001. С. 121. [↑](#footnote-ref-221)
222. Копылкова Н.М Способы распоряжения исключительным правом. // Отрасли права. Аналитический портал. [Электронный ресурс] URL: <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/3414> Дата обращения 24.04.2016. [↑](#footnote-ref-222)
223. Рузакова О.А. Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 7. [↑](#footnote-ref-223)
224. Котиа С.Т. Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности: понятие, сущность и правомочие правообладателя // Российский судья. 2011. № 4. С. 32 - 34. [↑](#footnote-ref-224)
225. Яковлев В.Ф., Маковский А.Л., Суханов Е.А., Степанов П.В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского. Исследовательский центр частного права. М.: Статут, 2008. С. 328. [↑](#footnote-ref-225)
226. Марченко М.Н. Философия права. Курс лекций. М.: Проспект, 2014. C. 7. [↑](#footnote-ref-226)
227. Gitt W. In the Beginning Was Information. New Leaf Publishing Group, 2006. C. 16. [↑](#footnote-ref-227)
228. Веинке В. Авторское право. Регламентация, основы, будущее / Под ред. Б.Д. Панкина. М.: Юрид. лит. 1979. С. 170-177. [↑](#footnote-ref-228)
229. Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля. М.: Юристъ, 1998. С. 62-70. [↑](#footnote-ref-229)
230. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: ИНФРА-М – Норма, 1999. С. 22. [↑](#footnote-ref-230)
231. Завадников В.Г. Предисловие к книге Л.Л. Фуллера «Мораль права». М.: ИРИСЭН, 2007. С. 6. [↑](#footnote-ref-231)
232. Локк. Сочинения в 3-х т. М.: Мысль, 1985. Том 1. С. 405. [↑](#footnote-ref-232)
233. Там же. С. 406. [↑](#footnote-ref-233)
234. Нерсесянц В.С. Философия права: Учебник для вузов / Институт государства и права РАН. - 2-e изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 470. [↑](#footnote-ref-234)
235. Локк. Сочинения в 3-х т. М.: Мысль, 1985. Том 3, С. 38. [↑](#footnote-ref-235)
236. Гроций Г. О праве войны и мира. М.: Ладомир, 1994. С. 72. [↑](#footnote-ref-236)
237. Батиев Л.В. Философия права Джона Локка. Учёные записки // Сборник научных трудов юридического факультета РГУ. Вып. 4. Ростов-на-Дону: Изд. дом «Проф-Пресс», 2002. С. 355-380. [↑](#footnote-ref-237)
238. Теория государства и права: Учебник / под ред. Марченко. М.: Зерцало, 2004. С. 36. [↑](#footnote-ref-238)
239. Пёрсиг Р.М. Лайла. Исследование морали. М.: АСТ, 2014. С. 14. [↑](#footnote-ref-239)
240. Калатози Д.Г. Право и мораль // Российская Академия Правосудия, 2011. С. 5-13. [↑](#footnote-ref-240)
241. Рубаник В.Е., Рубаник С.А. История правовых и политических учений. М.: Волтерс Клувер, 2011. С. 406. [↑](#footnote-ref-241)
242. Дмитриева Н.А. Неокантианство немецкое и русское в прошлом, настоящем и будущем // Вопросы философии, 2009. № 3. С. 165-175. [↑](#footnote-ref-242)
243. Баталина В.В. История политических и правовых учений. М.: Окей-книга, 2008. С. 111. [↑](#footnote-ref-243)
244. Козлихин И.Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право, 2000. № 3. С. 5-11. [↑](#footnote-ref-244)
245. Архипов В.В. Концепция права Л. Фуллера: автореф. дисс. … канд. юрид. наук, Санкт Петербург, 2009. С. 10. [↑](#footnote-ref-245)
246. Фуллер Л.Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 16. [↑](#footnote-ref-246)
247. Там же. С. 40. [↑](#footnote-ref-247)
248. Щеглов А.Ф. Два типа морали Лона Фуллера // Вестник Кемеровского государственного университета, Выпуск № 4 (60), Том 1, 2014. С. 208-211. [↑](#footnote-ref-248)
249. Аристотель. Этика. М.: АСТ, 2004. С. 492. [↑](#footnote-ref-249)
250. Сартр Ж.-П. Тетради по морали. Проблема цели и средства в политике // Этическая мысль 1991. С. 258. [↑](#footnote-ref-250)
251. Гусейнов А.А. Моральная теория // Этическая мысль, Выпуск 4, 2003. С. 68. [↑](#footnote-ref-251)
252. Гусейнов А.А. Моральная теория // Этическая мысль, Выпуск 3, 2002. С. 31. [↑](#footnote-ref-252)
253. Фуллер Л.Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 20. [↑](#footnote-ref-253)
254. Lessig L. Copyright’s First Amendment, 48 UCLA L. Rev. 1057, 1065, 2001. [↑](#footnote-ref-254)
255. Фуллер Л.Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 16. [↑](#footnote-ref-255)
256. Там же. С. 59. [↑](#footnote-ref-256)
257. Рыжов В.В. Психологические основы коммуникативной подготовки: автореф. дисс. … д-ра психол. наук. Новосибирск, 1995. [↑](#footnote-ref-257)
258. Leun G.V., Mandel T. Rules of the Net: Online Operating Instructions for Human Beings. Hyperion, 1996. С. 60. [↑](#footnote-ref-258)
259. Rheingold H. The Virtual Community: Homesteading on the Electronic Frontier. MIT Press, 2000. С. 379. [↑](#footnote-ref-259)
260. Васин А.А., Морозов В.В. Теория игр и модели математической экономики. М.: Макс-пресс, 2005. С. 32. [↑](#footnote-ref-260)
261. Popek E. Understanding the World of User-Generated Content. Rosen Publishing Group, 2010. С. 8. [↑](#footnote-ref-261)
262. Александров В.В., Кулешов С.В., Цветков О.В. Цифровая технология инфокоммуникации: Передача, хранение и семантический анализ текста, звука, видео. СПб.: Наука, 2008. С. 174. [↑](#footnote-ref-262)
263. Долгин А.Б. Экономика символического обмена. М.: Инфра-М, 2006. C. 558. [↑](#footnote-ref-263)
264. Там же. C. 90-95. [↑](#footnote-ref-264)
265. Голицын Г.А., Петров В.М. Информация. Поведение. Язык. Творчество. М.: ЛКИ, С. 86. [↑](#footnote-ref-265)
266. Kelly K. Out of Control: The New Biology of Machines, Social Systems and the Economic World. Basic Books, 1995. С. 125. [↑](#footnote-ref-266)
267. Von Neumann, J., 1966, The Theory of Self-reproducing Automata, A. Burks, ed., Univ. of Illinois Press, Urbana, IL.; Robert A. Freitas Jr., Ralph C. Merkle, Kinematic Self-Replicating Machines, Landes Bioscience, Georgetown, TX, 2004. С. 251-265. [↑](#footnote-ref-267)
268. Lanham, Richard. The Economics of Attention: Style and Substance in the Age of Information. The University of Chicago Press, 2006. С. 73-85. [↑](#footnote-ref-268)
269. Бард А., Зодерквист Я. Netократия. Новая правящая элита и жизнь после капитализма. Стокгольмская школа экономики в Санкт-Петербурге, 2004. С. 200-206. [↑](#footnote-ref-269)
270. Goldhaber M. Attention Shoppers // Wired magazine, January 1997. [↑](#footnote-ref-270)
271. Cook P.J, Frank R.H. The Winner-Take-All Society. Random House, 2010. C. 68. [↑](#footnote-ref-271)
272. Goldhaber M. Attention Shoppers // Wired magazine, January 1997. [↑](#footnote-ref-272)
273. Shapiro C., Varian H.R. Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy. Harvard Business Press, 1998. C. 164. [↑](#footnote-ref-273)
274. Долгин А.Б. Манифест новой экономики: вторая невидимая рука рынка. М.: АСТ, 2010. С. 18. [↑](#footnote-ref-274)
275. Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М.: Добросвет, 2001. С. 42-154. [↑](#footnote-ref-275)
276. Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 N 38-ФЗ в ред. от 08.03.2015, с изм. и доп., вступ. в силу 01.10.2015. [↑](#footnote-ref-276)
277. Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб.: Издательский дом «Питер», 1999. С. 424. [↑](#footnote-ref-277)
278. Egan J. Marketing Communications. Thompson Learning EMEA, 2007. С. 43. [↑](#footnote-ref-278)
279. Kelly K. The Inevitable: Understanding the 12 Technological Forces That Will Shape Our Future. Penguin, 2016. С. 234. [↑](#footnote-ref-279)
280. McLuhan M. Understanding media: the extensions of man. New American Library, 1964. С. 39. [↑](#footnote-ref-280)
281. Hein H.S. Public Art: Thinking Museums Differently. Altamira, Press, 2006. С. 34. [↑](#footnote-ref-281)
282. Крылов С.М. Руководство по конструированию вселенных: Алгоритмы и технологии. М.: URSS, 2014. С. 136-144. [↑](#footnote-ref-282)
283. All Prior Art // [Электронный ресурс] URL: <http://allpriorart.com/about> Дата обращения 05.05.2016. [↑](#footnote-ref-283)
284. All Our Patent Are Belong To You. Tesla Motors, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <https://www.teslamotors.com/blog/all-our-patent-are-belong-you> Дата обращения 15.05.2016. [↑](#footnote-ref-284)
285. SpaceX, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://www.spacex.com/hyperloop> Дата обращения 15.05.2016. [↑](#footnote-ref-285)
286. Oracle America, Inc. v. Google Inc. // The United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/13-1021.Opinion.5-7-2014.1.PDF> Дата обращения 06.05.2016. [↑](#footnote-ref-286)
287. Apple Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd. // The United States District Court for the Northern District of California, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://cand.uscourts.gov/lhk/applevsamsung> Дата обращения 06.05.2016. [↑](#footnote-ref-287)
288. Heredero C.P., Berzosa D.L. Open Innovation in Firms and Public Administrations: Technologies for Value Creation, IGI Global, 2011. C. 39. [↑](#footnote-ref-288)
289. Директива Европейского парламента и Совета ЕС № 2012/28/ЕС от 25.10.2012 г. об отдельных случаях легального использования произведений с неизвестной принадлежностью (сиротских произведений), WIPO, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=13043> Дата обращения 07.05.2016. [↑](#footnote-ref-289)
290. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2003_Eldred.pdf> Дата обращения 07.05.2016. [↑](#footnote-ref-290)
291. UK Government, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf> Дата обращения 08.05.2016. [↑](#footnote-ref-291)
292. Договор о патентной кооперации (РСТ), WIPO, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/ru/docs/faqs_about_the_pct.pdf> Дата обращения 10.05.2016. [↑](#footnote-ref-292)
293. Intellectual Property and the U.S. Economy: Industries in Focus, 2012, The United States Patent and Trademark Office, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf> Дата обращения 10.05.2016. [↑](#footnote-ref-293)
294. The 2013 Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, 2013, U.S. General Services Administration's Office of Citizen Services and Innovative Technologies, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/2013-us-ipec-joint-strategic-plan.pdf> Дата обращения 10.05.2016. [↑](#footnote-ref-294)
295. Executive Order «Blocking the Property of Certain Persons Engaging in Significant Malicious Cyber-Enabled Activities», U.S. General Services Administration's Office of Citizen Services and Innovative Technologies, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/04/01/executive-order-blocking-property-certain-persons-engaging-significant-m> Дата обращения 10.05.2016. [↑](#footnote-ref-295)
296. Authors Guild v. Google, Inc., USA Second Circuit Court of Appeals, Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/b3f81bc4-3798-476e-81c0-23db25f3b301/1/doc/13-4829_opn.pdf> Дата обращения 10.05.2016. [↑](#footnote-ref-296)
297. The Hargreaves Review of Intellectual Property: Where Next? // First Report of Session 2012-13, Vol. 1. Report, Together with Formal Minutes, Oral and Written Evidence, Том 1. С. 41. [↑](#footnote-ref-297)
298. В соответствии с концепцией морали права Л.Л. Фуллера мораль стремления побуждает субъекта к действию «наилучшим возможным образом» для максимальной самореализации, которая в контексте авторских отношений придаёт стремлению социально-ориентированную направленность, совпадающую с общественным запросом на беспрепятственное использование произведений науки, литературы и искусства. Фуллер Л.Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. [↑](#footnote-ref-298)
299. Под электронным эталоном произведения понимается область данных (электронный файл), неразрывно фиксирующая форму и содержание объекта авторских или смежных прав, трактуемая информационной системой как единое целое. [↑](#footnote-ref-299)
300. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т., Т. 2. М.: «Юридическая литература», 1982. С. 27. [↑](#footnote-ref-300)
301. Там же. С. 28. [↑](#footnote-ref-301)
302. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т., Т. 2. М.: «Юридическая литература», 1982. С. 29. [↑](#footnote-ref-302)
303. Файнберг М.М. Модернизация правовой системы Российской Федерации: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. С. 11. [↑](#footnote-ref-303)
304. Догадайло Е.Ю. Модернизация законодательства в современных Российских экономических условиях: проблемы определения содержания понятия // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление, Октябрь, 2013. С. 43-46. [↑](#footnote-ref-304)
305. Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: 1990. С. 228. [↑](#footnote-ref-305)
306. Eisenstadt S. Modernization: Protest and Change. New York, 1966. С. 1. [↑](#footnote-ref-306)
307. Tönnies F., Harris J. Community and Civil Society. Cambridge University Press, 2001. C. 21. [↑](#footnote-ref-307)
308. Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. СПб: Центр гуманитарных инициатив, 2012 С. 206. [↑](#footnote-ref-308)
309. Осипов М.Ю. Правовое регулирование как динамическая система // Право и политика, № 11, 2006. С. 17. [↑](#footnote-ref-309)
310. Комаров С.А. Общая теория государства и права. СПб: Издательство Юридического института, 2012. С. 9. [↑](#footnote-ref-310)
311. Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М.: Прометей, 1999. С. 338. [↑](#footnote-ref-311)
312. Малинецкий Г.Г. Модернизация – курс на VI технологический уклад // Препринты ИПМ им. М.В. Келдыша, № 41. М.: 2010. С. 16-19. [↑](#footnote-ref-312)
313. Куров С.В. Проблемы разработки законодательного обеспечения модернизации системы российского образования // Право и образование, № 2, 2008. С. 16-17. [↑](#footnote-ref-313)
314. Зорькин В.Д. Тезисы о правовой реформе в России // Сборник статей под редакцией В.П. Мозолина. М.: ЛУМ, 2013. С. 20-38. [↑](#footnote-ref-314)
315. Бек У. Что такое глобализация? М.: Прогресс-Традиция, 2001. С. 119. [↑](#footnote-ref-315)
316. Сильвестров С.Н. Индикативное планирование в стратегии развития // Научный эксперт, № 1, 2008. С. 5-6. [↑](#footnote-ref-316)
317. Белых В.С. Модернизация российской экономики и предпринимательского законодательства: вопросы теории и практики: Моногр. / Под общ. ред. А.И. Татаркина. Екатеринбург, 2011. С. 17. [↑](#footnote-ref-317)
318. Догадайло Е.Ю. Модернизация законодательства в современных Российских экономических условиях: проблемы определения содержания понятия // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление, Октябрь, 2013. С. 43-46. [↑](#footnote-ref-318)
319. Хижняк Н.Н. Проект Hyperloop Элона Маска сдвинулся с мёртвой точки // Hi-News.ru [Электронный ресурс] URL: <http://hi-news.ru/technology/proekt-hyperloop-elona-maska-sdvinulsya-s-mertvoj-tochki.html> Дата обращения 29.05.2016. [↑](#footnote-ref-319)
320. Google Tango // Официальный сайт [Электронный ресурс] URL: <https://www.google.com/atap/project-tango/about-project-tango/> Дата обращения 29.05.2016. [↑](#footnote-ref-320)
321. Гуриева Л.К. Концепция технологических укладов // Инновационная экономика, № 10, 2014. С. 69-73. [↑](#footnote-ref-321)
322. Menthe D. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of international spaces. // 4 Michigan Telecommunications and Technology Law Review, № 69, 1998. С. 69. [↑](#footnote-ref-322)
323. Schwartz B.I. The World of Thought in Ancient China. Harvard University Press, 1989. C. 200. [↑](#footnote-ref-323)
324. Simon H.A. The Sciences of the Artificial // Cambridge, MA: The MIT Press, 1996. C. 25. [↑](#footnote-ref-324)
325. Carol R. Ember. Cross-Cultural Research Methods. London: Altamira Press, 2009. C. 1-27. [↑](#footnote-ref-325)
326. Долгин А.Б. Экономика символического обмена. М.: ИНФРА-М, 2006. С. 6. [↑](#footnote-ref-326)
327. Котлер Ф., Келлер К. Л. Маркетинг менеджмент. СПб.: Издательский дом Питер, 2007. С. 228. [↑](#footnote-ref-327)
328. Artun O., Levin D. Predictive Marketing: Easy Ways Every Marketer Can Use Customer Analytics and Big Data. New Jersey: John Wiley & Sons, 2015. С. 78. [↑](#footnote-ref-328)
329. Commitment to a new kind of art. Deutsche Welle. Официальный сайт. [Электронный ресурс] URL: <http://www.dw.com/en/berlin-catches-whiff-of-olfactory-art-scent-sation/a-17613816> Дата обращения 05.07.2016. [↑](#footnote-ref-329)
330. Chao L., Smith E. Google Aims to Crack China With Music Push. The Wall Street Journal. Официальный сайт. [Электронный ресурс] URL: <http://www.wsj.com/articles/SB120226551059746565> Дата обращения 05.07.2016. [↑](#footnote-ref-330)
331. Alfa Future People привезет в Россию диджеев №1. Альфа-Бфнк. Официальный сайт. [Электронный ресурс] URL: <https://alfabank.ru/press/news/2015/12/30/35258.html> Дата обращения 05.07.2016. [↑](#footnote-ref-331)
332. Who bought the most expensive album ever made? Bloomberg Business. Официальный сайт. [Электронный ресурс] URL: <http://www.bloomberg.com/features/2015-martin-shkreli-wu-tang-clan-album> Дата обращения 05.07.2016. [↑](#footnote-ref-332)
333. Кинотеатр №1. РБК. Официальный сайт. [Электронный ресурс] URL: <http://www.rbc.ru/technology_and_media/27/01/2016/56a236109a7947d24ff87836> Дата обращения 05.07.2016. [↑](#footnote-ref-333)
334. Plato, Pangle T. L. The Laws of Plato. University of Chicago Press, 1988. С. 407. [↑](#footnote-ref-334)
335. Аристотель. Политика. М.: Litres, 2016. С. 238. [↑](#footnote-ref-335)
336. Wilde O. The Prose of Oscar Wilde. Cosimo Inc., 2005. C. 401. [↑](#footnote-ref-336)
337. Пайн Дж.Б., Гилмор Дж.Х. Экономика впечатлений. Работа – это театр, а каждый бизнес – сцена. М.: Вильямс, 2005. C. 19. [↑](#footnote-ref-337)
338. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации. М.: Статут, 2003. С. 228. [↑](#footnote-ref-338)
339. Andriessen D. Making Sense of Intellectual Capital. New York: Routledge, 2004. С. 313. [↑](#footnote-ref-339)
340. Frazer J.D. Money For Content and Your Clicks For Free: Turning Web Sites, Blogs, and Podcasts Into Cash. Indianapolis: John Wiley & Sons, 2006. С. 98. [↑](#footnote-ref-340)
341. Scott D.M. Cashing in with Content: How Innovative Marketers Use Digital Information to Turn Browsers Into Buyers. Medford: Information Today, Inc., 2005. C. 74. [↑](#footnote-ref-341)