

Если мысли мои заслужат их
(просвещенных мужей. — В.В.) одобрения,
я счастлив; если же и все мое сочинение
есть не что иное, как ошибка, то и в сем случае
не буду сожалеть о трудах моих; самое
заблуждение мое послужит в пользу другим¹.

В.М. Перевощиков

ВВЕДЕНИЕ

Важность исследования понятия формы произведения в авторском праве заключается в том, что именно с изложения (объяснения) мысли (чувства) и выражения результата творческого умственного труда во внешней (объективной) форме в действительном мире начинаются все отношения интеллектуальной собственности.

Раздел VII ч. 4 Гражданского кодекса РФ² содержит термин «объективная форма» (п. 3 ст. 1259 ГК РФ), но при этом в нем отсутствует понятие «форма произведения», являющееся основополагающим в авторском праве.

В целом ряде научных работ разрабатывалась проблема установления содержания этих понятий, но, на наш взгляд, до сих пор в доктрине авторского права не достигнуто единство научных позиций о признаках и содержании вышеуказанных понятий. При этом вопросы формы произведения до сих пор не были предметом специального исследования. По этим причинам данные правовые категории, наравне с понятиями «произведение», «объект авторского права» и др., нуждаются в дальнейшем исследовании.

Поскольку законодательство не содержит указаний на признаки названных понятий, то «разработка таких признаков является только делом науки гражданского права»³. При этом «учение об объекте автор-

¹ *Перевощиков В.М.* Опыт о средствах пленять воображение // Русские эстетические трактаты первой трети XIX в. В 2 т. Т. 1. М.: Искусство, 1974. С. 283.

² Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая — Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая — Федеральный закон от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья — Федеральный закон от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая — Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ. Далее — ГК РФ.

³ *Гордон М.В.* Советское авторское право. М.: Госюриздат, 1955. С. 61.

ского права – главная теоретическая проблема построения правовой охраны авторских прав»¹.

По нашему пониманию, понятие формы произведения, введенное в научный оборот И.Г. Фихте в 1791 г. в работе «Обоснование неправомерности перепечатки произведений», до сих пор не получило удовлетворительной формулировки и конкретизации ни в законе, ни в доктрине гражданского права, ни в судебной практике. Поэтому в настоящей работе предпринята попытка переосмыслить сложившиеся представления и разработать собственную доктрину о форме произведения, используемой в существующей концепции охраны авторских произведений, которая, конечно, не кажется нам «последним словом».

¹ *Гаврилов Э.П.* Объекты, охраняемые авторским правом: случай из практики // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2018. № 2. С. 9–10.

ГЛАВА 1

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ФОРМ ПРОИЗВЕДЕНИЙ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ

§ 1.1. Понятие формы произведения в авторском праве

Никому и никогда не удастся взглянуть на мир
твоими глазами, увидеть то, что видишь ты,
и понять это так, как понимаешь ты.
Ошо (Бхагван Шри Раджниш)

Раздел VII ч. 4 ГК РФ не содержит понятия «форма произведения»¹. По нашему убеждению, авторское право помимо понятия «объективная форма» (п. 3 ст. 1259 ГК РФ) непременно должно содержать понятие формы произведения, точнее, *формы изложения мысли* (идеи, чувства), собственное представление о которой мы изложим в настоящей работе. Не может быть сомнений в необходимости ясного понимания того, что скрывается в авторском праве под термином «форма произведения»².

Начнем с того, что цель творчества человека — это желание поделиться с другими людьми мыслями, чувствами, идеями. Творчество, например, сочинителя состоит в том, чтобы найти для изложения мысли (чувства) определенное сочетание предложений в надежде создать собственный (индивидуальный) образ (словесную форму) этой мысли³. Поэтому не вполне верно понимать под творческой деятельностью интеллектуальную деятельность автора по подбору и взаимному расположению звуков, цвета, форм, движений или

¹ Во многих судебных решениях содержится указание на то, что в силу норм закона защите подлежит форма произведения (см., например, постановление Суда по интеллектуальным правам от 21 декабря 2017 г. по делу № А40-16250/2017), однако при этом не раскрывается содержание понятия «форма произведения» путем указания его признаков.

² В научной литературе помимо термина «форма произведения» используется ряд терминов со схожим содержанием: «художественная форма», «художественные образы», «языковая оболочка», «образная система» и др.

³ См. об этом подробнее: *Витко В.* О признаках произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 12. С. 12–25.

понятий, основывающуюся на его представлениях об объективной реальности¹.

Кажется, невозможно сомневаться в том, что дело творца — «придать личную форму безличной идее»². При этом идея (главная мысль) должна быть изложена теми или иными абстрактными знаками (словами, линиями, цветом и т.д.), понятными человеку, образующими в воображении творца субъективную идеальную форму изложения мысли, которая при известных условиях подлежит охране авторским правом.

Подобную позицию занимает Э.П. Гаврилов, утверждающий следующее: «Что же тогда охраняется авторским правом в произведении? Отвечаю: *охраняется* форма выражения этих идей, то есть *форма произведения*»³. Важным в этом мнении является указание об охране формы изложения мысли, а не самой по себе мысли, как считают некоторые авторы⁴.

В цивилистической доктрине признается несомненным, что субъективная⁵ форма изложения мысли (форма произведения) является идеальным, неосязаемым объектом. Но что представляет собой эта форма изложения мысли (форма произведения)?

Так, Б.С. Антимонов и Е.А. Флейшиц высказали мнение о том, что авторское право «охраняет продукты *творчества*, выраженные в объективной форме мысли автора. В литературном произведении эти мысли выражены в определенной словесной форме. Авторское право на музыкальное произведение охраняет сочетание, которое автор дал для выражения своих мыслей определенным звукам. В авторском праве на произведение изобразительного искусства охраняются мысли, переживания автора, выраженные при помощи красок в картине, при помощи материала, из которого выполнена скульптура, и т.д.»⁶.

¹ Кобыляцкий Д.А. Правовая охрана произведений в сети Интернет: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2015. С. 56.

² Прудон П.Ж. Литературные майораты. Пб.: Изд. Жиркевича и Зубарева, 1865. С. 106.

³ Гаврилов Э.П. Авторское право и «диссертационное право» // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2018. № 12. С. 10.

⁴ См., например: Гульбин Ю.Т. Интеллектуальные права на результаты интеллектуальной деятельности. М.: Юрсервитум, 2014. С. 83.

⁵ Форма изложения мысли является субъективной, поскольку полностью зависит от субъективного усмотрения ее создателя, и является такой до тех пор, пока существует в воображении автора.

⁶ Флейшиц Е.А. Авторское право // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2015. С. 440–441 (в соавторстве с Б.С. Антимоновым).

Мы вполне разделяем эту точку зрения, с той необходимой поправкой, что мысли художника, скульптора изначально выражаются все-таки не красками или материалом, а определенной совокупностью абстрактных линий, цветов, геометрических фигур и т.п. В свою очередь краски (масло, акрил, темпера, гуашь, акварель и т.д.) и материал (холст, бумага и т.д.) служат лишь закреплению (отображению) идеальной формы изложения мысли, а не самой по себе мысли, объясняющей замысел творца, в объективной действительности.

Возможно, это мнение зиждется на словах В.И. Серебровского, который, рассматривая способы использования произведений изобразительного искусства, писал о «материальном предмете, в котором нашла свое воплощение творческая идея художника»¹.

Несомненный интерес представляет важное заключение цивилиста о том, что с точки зрения неразрывности содержания и формы произведения «под формой произведения понимается способ воплощения творческих идей, мыслей, образов автора (литературная форма, музыкальная форма и т.д.)»². Но «закон, однако, понимает под объективной формой произведения нечто иное: он имеет в виду любое внешнее выражение идей... устно, письменно, в виде рисунка и т.д.»³. По нашему представлению, в данном случае следовало бы пояснить, что изложение (объяснение) мысли (чувства) осуществляется определенными *абстрактными знаками* (словами, звуками, цветом и т.д.)⁴, которые образуют в воображении человека идеальный образ — субъективную форму изложения мысли, посредством которой она может быть усвоена (понята) другими людьми. Почему мы говорим, что форма изложения мысли есть идеальная, неосязаемая сущность? Потому что как мысли есть явления духовной жизни, так и абстрактные знаки мыслей (к примеру, слова) бестелесны, следо-

¹ *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М.: АН СССР, 1956. С. 217.

² Там же. С. 39.

³ Там же.

⁴ Известно, что многие поэты — к примеру, Андрей Белый, Велимир Хлебников, Алексей Крученых, Василий Каменский, искали новые средства выражения чувств, новый язык. Так, В. Хлебников ставил цель «создать общий письменный язык, общий для всех народов третьего спутника Солнца, построить письменные знаки, понятные и приемлемые для всей населенной человечеством звезды, затерянной в мире» (см.: *Хлебников Велимир.* Творения. М.: Сов. писатель, 1986. С. 621). По мнению В.Я. Ионаса, в случае, «когда художник изобретает язык, понятный ему одному, мы имеем дело с искусством, в лучшем случае — бесполезным, но не лишенным смысла» (*Ионас В.Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.: Юрид. лит., 1963. С. 77).

вательно, и форма, образуемая ими в сознании, не может быть иной как бестелесной, т.е. нематериальной.

Итак, у нас нет сомнений в том, что автор объясняет возникшую идею мыслимыми (абстрактными) знаками (словами, цветом, звуками, движениями и т.д.), совокупность которых образует сообразную этим знакам форму изложения мысли, являющейся нематериальной, поскольку человек своей мыслительной деятельностью «способен создавать только идеальные образы, а не предметы материального мира»¹, ведь «ничего, кроме мысли, моя мысль схватить не может»².

Однако в литературе высказывается неожиданное мнение, что «виду того что произведение непременно должно иметь форму, позволяющую третьим лицам воспринимать его, оно не может быть идеальным объектом, поскольку в таком случае мы должны постулировать охрану произведений в субъективной (невещественной) форме...»³. Другой автор, правильно отмечая, что «объекты авторского права с точки зрения самого авторского права – это бестелесные объекты»⁴, почему-то после этого заключает, что «объект в авторском праве... потрогать и подержать в руках нельзя, кроме таких объектов, как картина художника, скульптура, произведения дизайна и др.»⁵.

С таким выводом нельзя согласиться. Как справедливо отмечал Я.А. Канторович, «объект ее (литературной собственности. – В.В.) не есть телесная вещь, так как в ней дело идет не об отпечатанной бумаге, но о содержащихся в книгах мыслях, лишенных тела, а потому неосязаемых... У нее нет характеристических признаков собственности, ибо на идею невозможно наложить какую-либо печать господства; идеи незримы и не подлежат внешнему обладанию. Она не может состоять в исключительном пользовании, так как мысли, будучи раз обнаружены, выходят из сферы частного господства автора и становятся общим достоянием, как воздух и вода»⁶.

¹ Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах (постатейный). 4-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен, 2005. С. 44.

² Трубецкой Е.Н. Смысл жизни / сост. П.П. Апрышко, А.П. Полякова. М.: Книжный клуб «Книговек», 2015. С. 16–17.

³ Милицын А. Объект авторского права: понятие и признаки // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2003. № 4. С. 30.

⁴ Рахматулина Р.Ш. Коммерческое использование объектов авторского права: монография. М.: Проспект, 2019. С. 9.

⁵ Там же. С. 12.

⁶ Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. 2-е изд. Пг., 1916. С. 31.

Таким образом, создание формы изложения мысли происходит в мире невидимом: в духовно-нравственном мире человека – в его воображении (сознании), при этом слова, цвета, линии, звуки, движения и т.д. творец представляет себе абстрактно, они только мыслятся, и поэтому эта форма является по своей природе идеальной (нематериальной).

Однако неточно говорить о том, что объекты авторского права являются нематериальными по прямому указанию законодателя. Глава 70 «Авторское право» разд. VII ч. 4 ГК РФ оснований для такого вывода не содержит: в ст. 1257 ГК РФ говорится о создании произведения творческим трудом гражданина, но при этом только подразумевается, что трудом умственным. Другое дело, что по общему представлению исследователей произведение – это «результат творческой деятельности автора, его творческого мышления, продукт человеческого мозга. Но мозг человека может производить только нематериальные объекты. В этой связи следует подчеркнуть, что произведение охраняется авторским правом именно как нематериальный объект»¹.

Кроме того, нельзя оставить без внимания утверждение о том, что картина, которую можно «потрогать и подержать в руках», является объектом авторского права. Это глубоко ошибочное мнение.

Картина – это не объект авторского права; им является идеальное по своей природе *изображение*, закрепленное (отображенное) художником красками на холсте. Сама же картина – оригинал (экземпляр) произведения является *вещью*, а значит, объектом вещного права². Так, А.И. Ваксберг и И.А. Грингольц, отмечая, что «живопись, скульптура, фотография немислимы без своей “вещной оболочки”», справедливо при этом подчеркивали, что «не надо, однако, смешивать произведение литературы, науки или искусства (роман, симфонию, картину, кинофильм и т.п.) с вещью, в которой оно воплощено (рукописью, киноплёнкой, покрытым красками полотном). На вещь существует право собственности, на произведение – авторское право»³. Не лишним будет вспомнить также мнение К.П. Победоносцева: «Предмет права

¹ Гаврилов Э.П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар. М.: Юрид. лит., 1988. С. 10.

² По этой причине нельзя согласиться с отнесением к литературным произведениям, в частности, книг, брошюр и других письменных произведений (ст. 2 (1) Бернской конвенции), поскольку этим положением отождествляются произведение (идеальный объект) и экземпляр произведения – материальный носитель, в котором выражено произведение (вещь).

³ Ваксберг А., Грингольц И. Автор в кино. М.: Искусство, 1961. С. 12.

(авторского. — *В.В.*) не есть та или иная книга, та или иная рукопись. Право существует, не имея нужды выражать себя в господстве над вещью, существующей в пространстве... Предмет права здесь имеет свойство духовное, бестелесное»¹.

Кроме того, в этом суждении ученого ценной является мысль о том, что право не может обеспечить господство над идеальным объектом. По этой причине навряд ли возможно определять авторское право как «совокупность норм гражданского права, регулирующих исключительное и независимое от других лиц *господство над объективно неповторимым результатом творческой деятельности* и введение этого результата в экономический (имущественный) оборот»² (курсив мой. — *В.В.*).

Конечно, было бы желательно, чтобы автор пояснил, *как* осуществляется господство над идеальными результатами умственного труда. Напомним, что Стефан Пюттер еще в 1774 г. писал, что свойства литературной собственности не позволяют издателю «огораживать ее частоколом, обносить стеною и рвами, загораживать воротами и вообще физически ограждать от чужого посягательства»³. Кажется ясным, что если «сущность собственности состоит, главным образом, в неограниченном и исключительном господстве лица над вещью...»⁴, то на результат творческой умственной деятельности замок не навесишь, и поэтому невозможно говорить о господстве над производением ума.

Авторское право не может обеспечить автору или иному правообладателю, которому по установлению закона принадлежит исключительное право на произведение (подп. 1 п. 2 ст. 1255 ГК РФ), возможность не только физического господства над объектом авторского права, поскольку он по своей природе является идеальной сущностью и поэтому

¹ *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М.: Статут, 2012. С. 699.

² Российское гражданское право: учебник. В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. 4-е изд., стереотип. М.: Статут, 2016. С. 719 (автор главы — Н.В. Шербаков). Едва ли нужно уточнять, что по общему мнению, сложившемуся в доктрине, авторское право в объективном смысле — это совокупность правовых норм, регулирующих отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведений литературы, науки и искусства.

³ См.: *Табашиников И.Г.* Литературная, музыкальная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права и по постановлениям законодательства: Северной Германии, Австрии, Франции, Англии и России. Т. 1. СПб.: Тип. М.И. Попова, 1878. С. 24.

⁴ *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право. М.: Тип. А.В. Кудрявцевой, 1876. С. 4.

неподвластен владению: «нематериальным объектом владеть нельзя, поэтому исключительное право, в отличие от права собственности, не знает правомочия владения»¹, но и юридического господства. Закон наделяет автора (правообладателя) исключительным правом использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом, а также распоряжаться исключительным правом на произведение (п. 1 ст. 1270 ГК РФ) и тем самым юридическим господством над исключительным правом на произведение, а не над самим произведением.

Итак, не подлежит сомнению, что форма изложения мысли (чувства) по своей природе является идеальной (нематериальной), в отношении которой неприменимо правомочие «владения».

Обратим внимание на воззрение П.Ж. Прудона, согласно которому «всякое произведение автора заключает в себе более или менее развитую мысль, которая имеет свое собственное существование, независимо от печатной книги, рукописи и даже слова. Речь, в которую облекается эта мысль, бумага и буквы, с помощью которых эта речь, сначала придуманная, потом сказанная, становится видимой для глаза, вовсе не дети этой мысли, не плоды ее, а только *способы ее проявления*»².

Как видно, ученый был вполне убежден в том, что речь как одна из видов формы (словесной) является способом изложения мысли. Но вот что наиболее интересно в суждении П.Ж. Прудона: из слов «речь, сначала придуманная, потом сказанная, становится видимой для глаза» следует, что форма объяснения мысли первоначально создается в воображении человека и лишь потом подлежит «овеществлению» в реальном мире.

Здесь нам вспоминается А.В. Панкевич, который различал создание субъективной формы и ее воплощение в материальном носителе: «Труд, потраченный на воплощение формы, который делает ее способной к сохранению, к поступлению в гражданский оборот и к пользованию, ничтожен в сравнении с тем, который употреблен на создание самой формы»³.

¹ Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности Российской Федерации: законодательство и доктрина // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2018. № 8. С. 16.

² Прудон П.Ж. Литературные майораты. С. 17.

³ Панкевич А.В. Объект авторского права. Одесса: Тип. Ульриха и Шульце, 1878. С. 12.

Таким образом, мысль (идея, чувство) излагается человеком посредством понимаемых другими людьми (видимых, слышимых, ощущаемых и т.д.) идеальных (абстрактных) знаков (слов, звуков, движений, поз, линий, цвета и т.п.), образующих в совокупности определенную субъективную мысленную¹ (идеальную) форму, которую мы называем *формой изложения мысли (чувства)*. Следует отметить, что такой термин, едва ли не впервые (в 2009 г.), использовал Э.П. Гаврилов в статье «Авторское право и содержание произведения», формулируя вывод о том, что «форма выражения идеи... охраняется авторским правом»².

На наш взгляд, понятие «форма изложения мысли», в отличие от повсеместно применяемого исследователями термина «форма произведения», более ясно и точно раскрывает сущность умственной деятельности человека и, кроме того, является практически применимым при решении спорных правовых вопросов³, возникающих, к примеру, в связи с плагиатом.

Так, по представлению В.А. Дозорцева, форму произведения составляет «*внутренняя организация материала*», что следует из предлагаемого им определения произведения как «совокупности *внешнего облика* нематериального результата интеллектуального труда и *внутренней организации материала*, составляющих *форму* произведения, доступную для восприятия третьих лиц (объективно выраженную любым способом — на материальном носителе или даже лишь устно), являющуюся *результатом творчества*»⁴. В юридической доктрине В.Я. Ионасом представлена целостная концепция, содержащая ряд ценных и правильных положений⁵, и потому ее следует внимательно рассмотреть. Главная мысль ученого относительно понятия «форма произведения» сводится к следующему положению: элементами, со-

¹ Мысленный — воображаемый, существующий в мыслях (см.: *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка: ок. 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / под ред. проф. Л.И. Скворцова. 27-е изд., испр. М.: Мир и образование, 2018. С. 306).

² *Гаврилов Э.П.* Право интеллектуальной собственности. Авторское право и смежные права. XXI век. М.: Юрсервитум, 2016. С. 229.

³ Так, в решении от 29 апреля 2019 г. по делу № А40-315418/18 Арбитражный суд г. Москвы применил близкий по значению термин — «форма выражения содержания (описание)», указав, что именно она подлежит охране авторским правом.

⁴ *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2005. С. 190.

⁵ В ее основании во многом лежат представления, выработанные в эстетике. См., например: *Ванслов В.* Содержание и форма в искусстве. М.: Искусство, 1956; *Горанов К.* Содержание и форма в искусстве. М.: Искусство, 1962.

ставляющими структуру произведения, являются «юридически безразличные», т.е. неохраняемые, элементы (в теории литературы – содержание (тема, материал, сюжет, идея)) и «юридически значимые» элементы, образующие *форму произведения*: образы (внутренняя форма) и язык произведения (внешняя форма)¹.

Как видно, по мысли ученого, охраняемую авторским правом форму произведения образуют элементы внутренней (*образы*) и внешней (*язык произведения*) формы. При этом из суждения о том, что «необходимо четко отличать объективную форму выражения как нечто внешнее для произведения (рукопись, книга, партитура и т.д.) от *художественной формы*, имманентной произведению и *являющейся продуктом творчества*»² (курсив мой. – В.В.), следует сделать вывод, что *творчество заключается в создании образов и языка (художественной формы)*.

По представлению цивилиста, творчество начинается с созерцания действительности, результаты которого перерабатываются мышлением в идеи, художественные образы. С этим следует согласиться, можно лишь добавить: с восприятия явлений, которые удивляют и поражают. Созданные творцом субъективные идеи и (или) образы облекаются в *объективную* форму: словесную, графическую, музыкальную, живописную и т.д. и становятся доступны восприятию других людей³.

Как можно судить, этапами создания произведения являются:

1) создание идеи и (или) художественного образа – идеального представления мысли о чем-то (например, «образы природы, как ее видит художник, образы человека»⁴);

2) выражение идей (образов) в объективной форме (словесной, музыкальной и т.д.): «В литературе в качестве средства выражения образа художник пользуется словом, тогда как в других видах искусства он использует для этой цели краски, звуки и т.д.»⁵.

Итак, если совсем коротко, «творчество начинается с создания идей»⁶, которые подлежат выражению в действительном мире (словами, красками и т.д.).

¹ Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1972. С. 46.

² Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.: Юрид. лит., 1963. С. 70.

³ Там же. С. 24.

⁴ Там же. С. 41.

⁵ Там же. С. 36.

⁶ Там же. С. 17.