**Творческий характер произведения как признак объекта авторского права**

Золотарев Алексей Михайлович, адвокат, член коллегии «Московский юридический центр»

Авторское право, нормы которого регулируют отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства, большинство российских ученых справедливо рассматривают в качестве особого института гражданского права [1]. В отличие от других институтов оно регулирует отношения, связанные с производством и обменом результатов интеллектуального труда, которые сохраняются вне самого трудового процесса. Вместе с тем создаваемые произведения неотделимы от их авторов и поэтому права последних носят личный и исключительный характер. Данные обстоятельства оказывают существенное влияние на правовое регулирование авторских отношений, предопределяя выделение норм авторского права в относительно самостоятельное подразделение.

Тесная связь, существующая между личностью автора и создаваемым им произведением, является не только отличительным признаком авторского права в целом, но и обуславливает законодательные принципы регулирования авторско-правовых отношений. Условием возникновения таких отношений является творческий труд человека, подразумевающий, собственно, создание объектов авторского права.

Однако, несмотря на то, что именно творчество является краеугольным камнем авторского права и, более того, авторское право служит реализации принципа свободы творчества, прямо закрепленного в ст. 29 Декларации прав и свобод человека и гражданина, принятой Верховным Советом России 22 ноября 1991 г. [2], само понятие творчества (творческой деятельности) до сих пор законодательно не раскрыто и порождает большое количество споров между юристами.

Как следует из п. 1 ст. 6 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" [3] (далее - Закон), авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности. Такое законодательное определение объекта авторского права еще раз подтверждает тезис о том, что творческую деятельность человека следует рассматривать как юридический факт - одно из необходимых условий возникновения авторско-правовых отношений.

Вместе с тем, отсутствие определения творческой деятельности может привести (и приводит) к тому, что в правоприменительной практике возникают затруднения, связанные с предоставлением тому или иному произведению правовой охраны.

Так, в Информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 сентября 1999 г. № 47 [4] анализируется исковое заявление акционерного общества, в котором содержится требование о признании за истцом авторского права на часть (название) произведения, опубликованного истцом раньше, чем ответчиком, и состоящего из нескольких томов под общим названием "Энциклопедия для детей и юношества".

По мнению Президиума ВАС Российской Федерации, арбитражный суд правомерно отказал в иске по следующим основаниям: "согласно статье 6 Закона "Об авторском праве..." к объектам авторского права относится и часть произведения (включая его название), которая является результатом творческой деятельности и может использоваться самостоятельно. Однако по мнению суда истец не смог доказать творческого (оригинального) характера названия, использованного им для серии книг".

Следует отметить, что в данном случае решение суда основано не только на нормах материального, но и на нормах процессуального права. В соответствии с ч. 1 ст. 50 Гражданского процессуального кодекса РСФСР [5] каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений. Иначе говоря, каждый раз, когда исковое заявление содержит требование о признании за истцом авторских прав, на истца в соответствии с нормами гражданского процессуального права возлагается обязанность доказывать творческий характер своей деятельности, что вряд ли возможно без раскрытия самого понятия творчества.

Очевидно, что не только в приведенном примера, но и в других спорах из авторских правоотношений автору придется доказывать в суде, что им была проделана именно творческая работа, для чего необходим единый легализованный подход к определению творческой деятельности.

Вместе с тем, надо заметить, что применение понятия творчества без раскрытия его содержания является традиционным для нашего законодательства и еще в ХIХ в. стало очевидно [6], что именно доктрине права предстоит выработать правовые критерии творчества и способствовать их закреплению если не законодательно, то хотя бы в судебной практике.

Исследование, проведенное в рамках этой статьи, представляется необходимым и оправданным по следующим причинам:

1) во-первых, в работах советских и российских юристов была рассмотрена деятельность автора по созданию далеко не всех видов существующих в настоящее время видов произведений;

2) во-вторых, позиции отечественных юристов требуют уточнения в связи с изменениями в филологии, литературоведении, искусствоведении и других отраслях знаний, использованных в гражданско-правовых работах 60-х, 70-х годов ХХ века;

3) в третьих, произошли изменения в законодательстве, являющиеся ключевыми при определении подхода к определению творческой деятельности авторов.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 475 ГК РСФСР [7], авторское право распространялось "на произведения,... выраженные в какой-либо объективной форме, позволяющей воспроизводить результат творческой деятельности автора".

Как представляется, именно эта норма определила подход В.Я. Ионаса [8] и других юристов к критериям творчества в авторском праве. Суть этого подхода заключается в том, что критерием творческого характера произведения признавалась не творческая деятельность автора по созданию произведения, а элементы произведения, являющиеся объективным выражением творческой деятельности. Следствием этого был постулат: если в произведении нет самостоятельных элементов, представляющих собой объективно выраженный результат творческой деятельности, то произведение в целом не подлежит правовой охране.

Теперь же Закон устанавливает, что авторское право распространяется на произведения являющиеся результатом творческой деятельности (п. 1 ст. 6 Закона), соответственно, именно творческая деятельность подлежит определению и является основанием возникновения авторских правоотношений. При этом не важно, есть ли в произведении "юридически значимые элементы" (термин В.Я. Ионаса) или нет.

4) в-четвертых, названные выше изменения в подходе законодателя к творческой деятельности не были учтены современными юристами, что подтверждается тем, что в появившихся в последнее время работах наличие в произведении такого признака, как творческий характер по-прежнему устанавливается в зависимости от наличия "юридически значимых элементов" [9].

Творческий процесс является первичным при создании объекта авторского права. Соответственно, без правового определения творчества невозможно ответить на вопрос: подлежит ли произведение авторско-правовой охране.

Российское законодательство применительно к авторско-правовым отношениям не содержит определения творчества (творческой деятельности). Однако в ст. 3 "Основ законодательства Российской Федерации о культуре" [10] определение творческой деятельности дано: "творческая деятельность - создание культурных ценностей и их интерпретация".

Также в ст. 3 Основ раскрывается понятие "культурные ценности": "культурные ценности - нравственные и эстетические идеалы, нормы и образцы поведения, языки, диалекты и говоры, национальные традиции и обычаи, исторические топонимы, фольклор, художественные промыслы и ремесла, произведения культуры и искусства, результаты и методы научных исследований культурной деятельности, имеющие историко-культурную значимость здания, сооружения, предметы и технологии, уникальные в историко-культурном отношении территории и объекты".

Представляется, что такое определение творческой деятельности не может использоваться в авторском праве по следующим причинам:

1) большинство "культурных ценностей" не соответствуют признакам объекта авторского права (например, язык, художественный промысел и ремесло не имеют объективной формы выражения);

2) в Законе "Об авторском праве и смежных правах" прямо предусмотрено, что авторское право не распространяется на идеи, методы, процессы, системы, способы, концепции, принципы, открытия, факты (п. 4 ст. 6 Закона), к которым можно отнести нравственные и эстетические идеалы, нормы и образцы поведения.

3) наконец, если сопоставить определение объекта авторского права, данное в п. 1 ст. 6 Закона с определением творческой деятельности, приведенным в ст. 3 Основ, то следует признать, что "авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом деятельности по созданию произведений культуры и искусства, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения".

Анализ актов органов судебной власти позволяет выделить следующие характерные черты, сложившейся к настоящему времени судебной практики по делам, в которых исследовался вопрос о наличии в произведении такого признака как творческий характер:

1) вопросы о наличии в деятельности авторов признаков творчества были рассмотрены судами лишь в отношении отдельных видов произведений (частей произведения), таких как: программа телепередач, дизайн-макет художественного оформления упаковки, название литературного произведения.

К сожалению, при этом Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в своих постановлениях не раскрыл понятия творчества и не привел признаков, при наличии которых деятельность автора должна рассматриваться как творческая.

2) при решении вопроса о предоставлении произведению авторско-правовой охраны суды вынуждены прибегать к помощи юристов - экспертов в сфере интеллектуальной собственности.

Так, например, при решении вопроса о возможности предоставления правовой охраны дизайн-макету художественного оформления упаковки зубной пасты "Фтородент" судом было учтено заключение экспертизы, проведенной сотрудниками института интеллектуальной собственности, в соответствии с которым "лишь некоторые элементы дизайн-макета сами по себе являются произведением искусства" (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 апреля 2000 г. № 295/00).

В связи с этим, представляется необходимым обратиться к работам юристов, посвященным изучению критериев творчества в гражданском праве.

Первым среди отечественных юристов определение творчества дал В.Я. Ионас. Он представлял творчество как "продуктивное мышление", то есть воспроизводство "неготовых" мыслей без применения правил логики [11].

На основании приведенного определения было предложено, соответственно, различать:

1) "произведения творческие", являющиеся результатом продуктивного мышления;

2) "произведения нетворческие", создаваемые путем воспроизведения готовых мыслей по правилам логики [12].

В качестве примера "нетворческого произведения", созданного по правилам логики, можно привести хронологический сборник стихов, элементы которого будет взаимно расположены по принципу времени написания. Очевидно, что автор такого сборника при его составлении будет руководствоваться лишь формальными принципами.

Поскольку воспроизводство автором "неготовых", то есть не существующих прежде мыслей всегда предполагает неизвестность полученного результата, В.Я. Ионасом было введено понятие "новизны" творчества. Кроме того, по мысли исследователя необходимо различать субъективную и объективную новизну.

Суть этих двух понятий, используемых юристами до сих пор, состоит в субъективном (авторском) и объективном (третьих лиц) отношении к результатам творчества. В первом случае подразумевается неизвестность будущего результата для самого автора, во втором - не только для автора, но и для остальных лиц [13].

Таким образом, можно сделать вывод, что с точки зрения В.Я. Ионаса, под творчеством следует понимать деятельность человека ("продуктивное мышление"), результат которой заранее не известен не только самому автору, но и третьим лицам.

Вместе с тем очевидно, что положения работ В.Я. Ионаса не могут быть применены на практике безоговорочно. К примеру, в литературе существует проблема так называемых "творческих повторов". Так близкий друг С. Есенина, поэт-имажинист Анатолий Мариенгоф вспоминал:

"Я сошью себе черные штаны из бархата голоса моего", - написал Маяковский.

Понятия не имея об этой великолепной, образной строчке, Вадим Шершеневич, обладающий еще более бархатным голосом, несколько позже напечатал: "Я сошью себе полосатые штаны из бархата голоса моего".

Такие катастрофические совпадения в литературе не редкость. Но попробуй уговори кого-нибудь, что это всего-навсего проклятая игра случая.

Стоило только Маяковскому увидеть на трибуне нашего златоуста, как он вставал посреди зала во весь свой немалый рост и зычно объявлял:

- А Шершеневич у меня штаны украл!" [14].

Приведенный пример наглядно показывает, что две творческих личности, работая параллельно, независимо друг от друга, могут прийти к одинаковому результату (в данном случае - это образ "штаны из бархата голоса"), который будет следствием "продуктивного мышления", то есть объективно новым.

С учетом проблемы "творческих повторов" Э.П. Гавриловым был предложен такой признак объекта авторского права, как оригинальность. Оригинальным, по мнению Э.П. Гаврилова, являются те объективно новые творческие результаты, которые уникальны и не повторяются при параллельном творчестве [15].

В авторском праве зарубежных стран оригинальность является обязательным признаком произведения, закрепленным законодательно. Так, в Законе Соединенных Штатов Америки "Об авторском праве" (Copyright Law) прямо говориться, что правовая защита предоставляется только "оригинальным авторским работам" (п. "а" ст. 102.)

По мнению Э.П. Гаврилова "...и в российском законодательстве: под охраняемым произведением имеется в виду оригинальный творческий результат". Однако в Законе Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" такой признак произведения как оригинальность не упоминается. В судебной практике термин оригинальность хоть и употребляется, но не в контексте, используемом Э.П. Гавриловым.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в своем информационном письме указал на "неоригинальность словосочетания "Энциклопедия для детей". Однако представляется, что суд имел в виду, что данная часть произведения (а именно - название) не является результатом творческой деятельности автора и термин "оригинальность" в данном случае скорее подчеркивает признак творческой деятельности, а не означает самостоятельный признак произведения (Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 сентября 1999 г. № 47).

В связи с вышесказанным такой признак произведения как оригинальность правильнее было бы рассматривать лишь как доктринальный, поскольку ни в законодательстве, ни в судебной практике он до сих пор закреплен не был.

Соответственно, вопрос о предоставлении правовой защиты неоригинальным произведениям также следует отнести к разряду дискуссионных.

По мнению Э.П. Гаврилова, если бы неоригинальные творческие результаты "охранялись авторским правом, пришлось бы либо условно признавать всех лиц, получивших такие результаты, соавторами, либо признавать автором только то лицо, которое первым получило такой результат" [16].

Такая точка зрения, между тем, является далеко не бесспорной. Во-первых, правовой режим соавторства предполагает, что произведение создается совместным творческим трудом двух или более лиц (п. 1 ст. 10 Закона), что не соответствует сущности "творческих повторов". Во-вторых, гипотетически возможна следующая ситуация:

М. обратился в суд с иском о защите авторского права на сборник фотоиллюстраций к статье "Москва вчера и сегодня". Суд признал его работу творческой и постановил взыскать с ответчика, использовавшего произведение без согласия автора, компенсацию за нарушенное право. По прошествии некоторого времени идентичный результат был получен К., и в такой же ситуации, поскольку суду не было известно о работе М., было вынесено решение о предоставлении защиты и произведению К.

Из приведенного примера прямо следует:

1) если признать, что оригинальность произведения является его необходимым признаком, то оценка творчества М. и К. не будет с точки зрения права объективной;

2) фактически возникает возможность отмены решения суда по вновь открывшимся обстоятельствам;

3) если бы суду было известно о работе М., он бы отказал К. в иске, что было бы верно юридически, но противоречило бы сути проблемы, поскольку деятельность и К., и М., безусловно, является творческой.

Думается, предоставление правовой защиты в таких случаях должно быть связано с обязанностью лица, оспаривающего "оригинальность" полученного результата, доказывать в суде самостоятельность своего творчества. Для этого оправданным представляется включение в Закон норм, аналогичных содержащимся в Законе Российской Федерации "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных". В соответствии с п. 2 ст. 3 названного Закона "творческий характер деятельности автора предполагается до тех пор, пока не доказано обратное".

В целом же можно предложить следующее правовое определение творческой деятельности: творческой признается деятельность автора, направленная на создание произведений науки, литературы и искусства при условии, что:

1) результат этой деятельности является объективно новым, то есть неизвестен заранее ни самому автору, ни другим лицам;

2) результат этой деятельности является оригинальным, то есть позволяет говорить о наличии индивидуальности автора.

Индивидуальность автора обусловлена особенностями его мировоззрения, идеологии, нравственно-эстетических качеств.

Такое определение отличается от существующих до сих пор тем, что:

1) понятие творческой деятельности не сводится только к "продуктивному мышлению";

2) оригинальность выделяется в качестве самостоятельного признака именно творческой деятельности, а не произведения. Причем содержание оригинальности как признака творческой деятельности отличается от понятия оригинальности как признака объекта авторского права.

Соответственно, о таком признаке произведения, как "творческий характер", мы можем говорить лишь в том случае, если его создание было результатом творческой деятельности.

**Список литературы**

 [1] См., напр., Сергеев А.П. Авторское право России. - Спб.: Издательство С.-Петербургского университета. 1994. С. 3.

 [2] Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1865.

 [3] Ведомости СНД и ВС РФ, 12.08.1993, N 32, ст. 1242.

 [4] Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, № 11, 1999.

 [5] Ведомости ВС РСФСР, 1964, № 24, ст. 407.

 [6] См., например, Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 154.

 [7] Ведомости ВС РСФСР, 1964, N 24, ст. 407.

 [8] См., напр., Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. - М.: Юридическая литература, 1963.

 [9] См., напр., Сергеев А.П. Указ. соч. С. 40.

 [10] Ведомости СНД и ВС РФ, 19.11.1992, № 46, ст. 2615.

 [11] Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. - М.: Юридическая литература, 1963. С. 20.

 [12] Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. - М.: Юридическая литература, 1972. С. 6.

 [13]Там же, С. 23.

 [14] Мой век, мои друзья и подруги: Воспоминания Мариенгофа, Шершеневича, Грузинова: Сборник. - М.: Московский рабочий, 1990. С. 131-132.

 [15] Гаврилов Э.П. Указ. Соч. С. 32.

 [16] Гаврилов Э.П. Указ. соч., 1996. С. 33.