



# Қазақстан Республикасы Заң шығару Институтының Жаршысы

№ 4 (32)  
2013

ҒЫЛЫМИ-ҚҰҚЫҚТЫҚ ЖУРНАЛ

**Меншік иесі және баспагер:**  
«Қазақстан Республикасының  
Заң шығару институты» ММ

**2006 жылдан бастап шығады**  
Журналдың материалдары  
<http://www.izrk.kz> сайтында  
орналастырылған

Заң ғылымдары бойынша  
диссертацияларының негізгі ғылыми  
нәтижелерін жариялауға арналған  
басылымдар тізіліміне енгізілген  
(ҚР БҒМ БҒСБК 30.05.2013 ж.  
№894 бұйрығы)

**Редакциялық кеңес:**  
Б.М. Имашев (Төраға)  
З.Х. Баймолдина  
А.А. Смағұлов  
И.Ш. Борчашвили  
М.Ш. Қоғамов

**Редакциялық алқа:**  
Н.М. Әбдіров  
З.С. Байниязова (Саратов қ., РФ)  
С.Ф. Бычкова  
М.Т. Фабдуәлиев  
Д. Досмырза  
Э.О. Дүйсенова  
А.Д. Жүсіпов  
Д.Ж. Игембаев  
Т.Е. Қаудыров  
Ж.О. Құлжабаева  
А.М. Нұрмағамбетов  
Р.Т. Нұртаев  
С.М. Рахметов  
А.Ж. Сағидан  
Ә.Г. Сақтағанов  
Т.С. Сафарова  
М.А. Сәрсембаев  
Т.Ә. Серікбаев  
У. Шапақ

Қазақстан Республикасы Мәдениет  
және ақпарат министрлігі  
Ақпарат және мұрағат комитетінің  
БАҚ есепке қою туралы куәлік  
№ 11219-Ж 15.11.2010 ж.

**Мекен-жайы:**  
Қазақстан Республикасы,  
010000, Астана қ.,  
Орынбор к., 8 үй  
тел.: 8(7172)74-02-06; факс: 8(7172)74-14-43  
E-mail: [instzak-kz@mail.ru](mailto:instzak-kz@mail.ru)  
[www.izrk.kz](http://www.izrk.kz)

## МАЗМҰНЫ

Қазақстан Республикасы Әділет министрі Б.М. ИМАШЕВТЫҢ ШЫҰ мүше мемлекеттердің әділет министрлерінің бірінші кеңесінде сөйлеген сөзі (ҚХР, Бейжің қ., 2013 ж. 5 қыркүйек).....	7
«Қазақстан Республикасының кейбір конституциялық заңдарына конституциялық мерзімдерді есептеу мәселелері бойынша өзгерістер мен толықтырулар енгізу туралы» Конституциялық заң жобасы бойынша Әділет министрі Б.М. ИМАШЕВТЫҢ ҚР Парламенті Сенатында сөйлеген сөзі (2013 ж. 12 қыркүйек).....	9
А.А. СМАҒҰЛОВ Қылмыстық іс жүргізудегі іс жүргізу келісім институтының кейбір аспектілері.....	12
<b>Конституциялық және әкімшілік құқық</b> .....	15
Л.Т. ЖАНҰЗАҚОВА Халықтың жергілікті өзін-өзі басқаруға қатысуының ұйымдастырушылық-құқықтық проблемалары.....	15
Ж.О. ОНЛАШЕВА Қазақстандағы заңнамалық бастама: қазіргі кездегі жай-күйі және перспективалары.....	20
<b>Азаматтық, азаматтық іс жүргізу құқығы</b> .....	26
С.П. МОРОЗ Қазақстан Республикасында шағын және орта кәсіпкерлікті мемлекеттік қолдау.....	26
Д.А. БРАТУСЬ Авторлық құқықтағы новеллалар (II-бөлім).....	36
Ж.О. ТІЛЕМБАЕВА Қазақстан Республикасы заңнамасында кәсіпкерлік қызмет саласында мемлекеттік органдар атқаратын қызметті белгілеу проблемалары туралы.....	49
<b>Қылмыстық құқық және қылмыстық іс жүргізу</b> .....	56
С.М. РАХМЕТОВ Қылмыстық кодекстің айғақтар мен жедел-іздігі материалдарын бұрмалағаны үшін жауаптылық туралы нормаларын жетілдірудің кейбір мәселелері (ҚК 348-бабы).....	56
Н.А. САРТАЕВА Қазақстан Республикасының Қылмыстық кодексі: уақыт prizмасынан қарағанда (2008-2013 жж.).....	60
Т.Ә. СЕРІКБАЕВ, М.Н. БАРАНОВ Қылмыстардан жапа шеккен тұлғаларды қорғау институтын дамыту үрдістері.....	66

<b>Халықаралық құқық және салыстырмалы құқықтану .....</b>	<b>72</b>
М.А. СӘРСЕМБАЕВ Кеден одағының (БЭК) қандай шарттық нормалары қазақстандық және халықаралық құқық нормаларына сәйкес келмейді.....	72
Ш.Ш. ОРМАНОВА Халықаралық адам құқықтары жүйесінің пайда болуы және бірлесу еркіндігі (кәсіптік одақтарға бірігу құқығын іске асыру мысалында).....	77
М.М. ДАУЛЕНОВ Еуразиялық Экономикалық Қауымдастық және Еуропалық Одақ аумақтық интеграциялық бірлестіктер аясындағы конституциялық бақылау органдары мен халықаралық сот органдарының ынтымақтастығы.....	86
<b>Құқықтық мониторинг және қолданыстағы НҚА-ға сыбайлас жемқорлыққа қарсы сараптама.....</b>	<b>92</b>
Т.С. САФАРОВА, Л.К. ҚАЙЫРБАЕВА Қазақстан Республикасының мемлекеттік жастар саясаты саласындағы кейбір заңнама мәселелері туралы.....	97
Ә.Ә. ДӘУЛЕТХАНОВА Құқықтық мониторингті жүргізу тетігін жетілдіру: теория мен практика мәселелері	
Р.Е. БҮЖІГТОВА Қазақстан Республикасы Еңбек кодексін құқықтық мониторингілеу мәселелері.....	100
<b>Мемлекеттік тілде заң шығару тәжірибесінен .....</b>	<b>104</b>
Ш.Р. МЫРЗАЕВА, Н.А. БАЙКӘРІМОВА Мемлекеттік тілдегі заңнаманы жетілдіру мәселелері.....	104
М.Ә. АЙЫМБЕТОВ Сөздік – терминді біріздендіру құралы.....	108
Д.М. ШЫҢҒЫСБАЕВА Заң терминдерінің бірізділігі туралы.....	111
Ж.М. ТҰРАРОВА, Т.С. АХМЕТОВА Заң терминдерін пайдалану мәселесіне (Қазақстан Республикасының Азаматтық кодексі бойынша салыстырмалы талдау мысалдары негізінде).....	114
<b>Шетелдік тәжірибе .....</b>	<b>118</b>
Н.И. МАРЫШЕВА, И.О. ХЛЕСТОВА (Мәскеу қ.) Ресей заңнамасы бойынша шет ел азаматтарының ұлттық режим қағидаты.....	118
А.А. КАШИРКИНА, А.Н. МОРОЗОВ (Мәскеу қ.) Кеден одағы мен ЕурАзЭҚ-тың халықаралық-құқықтық құралы.....	127
И.М. КОНОБЕЕВСКАЯ (Саратов қ.) Цифрлық контент айналымы саласындағы Ресей заңнамасының новеллалары: ақпараттық делдалдың құқықтық мәртебесін бекіту.....	136
Л.Н. ДОБРОБОГ (Днепропетровск қ.) Құқықтық көпорталықтық тұрғысындағы құқық жүйесі.....	140
<b>Құқық қолдану тәжірибе .....</b>	<b>146</b>
А.Қ. ЕСТАЕВ Зияткерлік меншік құқығын қорғау.....	146
ҚР Әділет министрлігі Сот актілерін орындау комитетінің материалдары.....	148
<b>Жас ғалым мінбері .....</b>	<b>153</b>
Г.Х. ЮСУПОВА, А.А. НӘЗІР Ювенальды әділет саласындағы заңнаманы әрі қарай жетілдіру мәселелері	
Р.Е. ЖАҚЫПОВ, А.Қ. АЯПБЕРГЕНОВА Борыштарды өндіріп алу жөніндегі қызметті (коллекторлық қызметті) құқықтық реттеу туралы.....	153
К.К. АХМЕТОВ Посткеңестік кеңістіктегі интеграциялық процестер контекстіндегі экологиялық қауіпсіздік.....	162
Н.Н. ОМАРОВА, Б.К. НАҒАШБАЕВА Елбасының Қазақстан халқына «Әлеуметтік-экономикалық жаңғырту – Қазақстан дамуының басты бағыты» атты жолдауы аясындағы құқықтық мониторингтің өзекті мәселелері .....	166
И.М. СМАЙЛОВА Қазақстан Республикасында алаяқтыққа қарсы күрес мәселелері.....	170
А.С. ӘБДІКӘРІМОВА Қазақстан Республикасындағы есірткі құралдары мен психотроптық заттардың заңсыз айналымына қарсы күрес мәселесіне.....	174
Д.Х. ПЕРНЕЕВ Бюджет аралық қатынастарды қалыптастырудың халықаралық тәжірибесі.....	180
С.Р. РАШИДОВА Гуманитарлық интервенцияны жүзеге асырудың кейбір мәселелері туралы.....	186

<i>Ақпараттық хабарламалар</i> .....	189
2013 ж. 4-7 қыркүйекте Будапешт қ. (Венгрия) өткен Еуропалық криминологтар ассоциациясының 13-ші жыл сайынғы халықаралық конференциясы туралы ақпараттық хабарлама.....	189
2013 ж. 27 қыркүйекте Астана қ. өткен «Ғылыми лингвистикалық сараптама жүргізу және заң терминдерінің қолданылу ерекшеліктері» тақырыбындағы дөңгелек үстел туралы ақпараттық хабарлама.....	191
2013 ж. 1 қазанда Астана қ. өткізілген «Заңнама процесінің сатылары: теориясы, практикасы және халықаралық тәжірибесі» тақырыбындағы оқу семинары туралы ақпараттық хабарлама.....	193
<i>Даналық ойлар</i> .....	195
<i>Мерейтой</i> .....	196
ҚР ҰҒА академигі, з.ғ.д., проф. М.Т. БАЙМАХАНОВТЫҢ 80-жылдығына орай.....	196
З.ғ.д., проф., ҚР ЗҒА академигі Е.Б. АБДРАСУЛОВТЫҢ туғанына 50 жыл.....	198



**№ 4 (32)  
2013**

**Собственник и издатель:**  
ГУ «Институт законодательства  
Республики Казахстан»

**Издается с 2006 года**  
Все материалы журнала  
размещаются на сайте  
<http://www.izr.kz>

Включен в перечень изданий  
для публикации основных  
научных результатов диссертаций  
по юридическим наукам  
(Приказ ККСОН МОН РК №894  
от 30.05.2013 г.)

**Редакционный совет:**  
Б.М. Имашев (Председатель)  
З.Х. Баймолдина  
А.А. Смагулов  
И.Ш. Борчашвили  
М.Ч. Когамов

**Редакционная коллегия:**  
Н.М. Абдиров  
З.С. Байниязова (г. Саратов, РФ)  
С.Ф. Бычкова  
М.Т. Габдуалиев  
Д. Досмырза  
Э.О. Дуйсенова  
А.Д. Жусупов  
Д.Ж. Игембаев  
Т.Е. Каудыров  
Ж.О. Кулжабаева  
А.М. Нурмагамбетов  
Р.Т. Нуртаев  
С.М. Рахметов  
А.Ж. Сагидан  
А.Г. Сактаганов  
М.А. Сарсембаев  
Т.С. Сафарова  
Т.А. Серикбаев  
У. Шапак

Свидетельство о постановке  
на учет СМИ № 11219-Ж  
от 15.11.2010 г. Комитета информации  
и архивов Министерства культуры  
и информации Республики Казахстан

**Адрес:**  
Республика Казахстан,  
010000, г. Астана,  
ул. Орынбор, д. 8,  
тел: 8(7172)74-02-06; факс: 8(7172)74-14-43  
E-mail: [instzak-kz@mail.ru](mailto:instzak-kz@mail.ru)  
[www.izr.kz](http://www.izr.kz)

# Вестник Института Законодательства Республики Казахстан научно-правовой журнал

## СОДЕРЖАНИЕ

Выступление Министра юстиции Республики Казахстан Б.М. ИМАШЕВА на первом Совещании министров юстиции государств-членов ШОС (5 сентября 2013 г., г. Пекин КНР).....	7
Выступление Министра юстиции ИМАШЕВА Б.М. в Сенате Парламента РК по проекту Конституционного закона «О внесении изменений дополнений в некоторые Конституционные законы Республики Казахстан по вопросам исчисления конституционных сроков» (12 сентября 2013 г.)	9
СМАГУЛОВ А.А. Некоторые аспекты института процессуального соглашения в уголовном процессе .....	12
<i>Конституционное и административное право .....</i>	15
Л.Т. ЖАНУЗАКОВА Организационно-правовые проблемы участия населения в местном самоуправлении.....	15
Ж.О. ОНЛАШЕВА Законодательная инициатива в Казахстане: современное состояние и перспективы.....	20
<i>Гражданское и гражданско-процессуальное право .....</i>	26
С.П. МОРОЗ Государственная поддержка малого и среднего предпринимательства в Республике Казахстан.....	26
Д.А. БРАТУСЬ Новеллы в авторском праве (часть II).....	36
Ж.У. ТЛЕМБАЕВА О проблемах установления функций государственных органов в области предпринимательской деятельности в законодательстве Республики Казахстан.....	49
<i>Уголовное право и уголовный процесс .....</i>	56
С.М. РАХМЕТОВ Некоторые вопросы совершенствования норм УК об ответственности за фальсификацию доказательств и оперативно-розыскных материалов (ст.348 УК).....	56
Н.А. САРТАЕВА Уголовный кодекс Республики Казахстан: через призму времени (2008-2013 годы).....	60
Т.А. СЕРИКБАЕВ, М.Н. БАРАНОВ Тенденции развития института поддержки лиц, потерпевших от преступлений.....	66

<b>Международное право и сравнительное правоведение .....</b>	<b>72</b>
М.А. САРСЕМБАЕВ Какие договорные нормы ТС (ЕЭП) не стыкуются с нормами казахстанского и международного права.....	72
Ш.Ш. ОРМАНОВА Возникновение международной системы прав человека и свобода объединения (на примере реализации права на объединение в профсоюзы).....	77
М.М. ДАУЛЕНОВ Сотрудничество органов конституционного контроля и международных судебных органов в рамках региональных интеграционных объединений на примере Евразийского Экономического Сообщества и Европейского Союза.....	86
<b>Правовой мониторинг и антикоррупционная экспертиза действующих НПА.....</b>	<b>92</b>
Т.С. САФАРОВА, Л.К. КАИРБАЕВА О некоторых проблемах законодательства Республики Казахстан в сфере государственной молодежной политики.....	92
А.А. ДАУЛЕТХАНОВА Совершенствование механизма проведения правового мониторинга: вопросы теории и практики.....	97
Р.Е. БУЖИГИТОВА К вопросу правового мониторинга Трудового кодекса Республики Казахстан.....	100
<b>Из практики законотворчества на государственном языке .....</b>	<b>104</b>
Ш.Р. МЫРЗАЕВА, Н.А. БАЙКАРИМОВА Вопросы совершенствования законодательства на государственном языке.....	104
М.А. АЙЫМБЕТОВ Словарь как средство идентификации терминов.....	108
Д.М. ШЫНГЫСБАЕВА О единообразии юридических терминов.....	111
Ж.М. ТУРАРОВА, Т.С. АХМЕТОВА К проблеме использования юридических терминов (На основе примеров сравнительного анализа Гражданского кодекса Республики Казахстан).....	114
<b>Зарубежный опыт .....</b>	<b>118</b>
Н.И. МАРЫШЕВА, И.О. ХЛЕСТОВА (г. Москва) Принцип национального режима иностранных граждан по российскому законодательству.....	118
А.А. КАШИРКИНА, А.Н. МОРОЗОВ (г. Москва) Международно-правовой инструментарий Таможенного союза и ЕврАзЭС.....	127
И.М. КОНОБЕЕВСКАЯ (г. Саратов) Новеллы российского законодательства в сфере оборота цифрового контента: закрепление правового статуса информационного посредника.....	136
Л.Н. ДОБРОБОГ (г. Днепрпетровск) Система права в аспекте правового полицентризма.....	140
<b>Правоприменительная практика.....</b>	<b>146</b>
А.К. ЕСТАЕВ Охрана и защита прав интеллектуальной собственности.....	146
Материалы Комитета по исполнению судебных актов Министерства юстиции РК.....	148
<b>Трибуна молодого ученого.....</b>	<b>153</b>
Г.Х. ЮСУПОВА, А.А.НӘЗІР Вопросы дальнейшего совершенствования законодательства в сфере ювенальной юстиции.....	153
Р.Е. ЖАКУПОВ, А.К. АЯПБЕРГЕНОВА К вопросу о правовом регулировании деятельности по взысканию долгов (коллекторской деятельности).....	158
К.К. АХМЕТОВ Экологическая безопасность в контексте интеграционных процессов на постсоветском пространстве.....	162
Н.Н. ОМАРОВА, Б.К. НАГАШБАЕВА Проблемы правового мониторинга в свете Послания Главы государства народу Казахстана: «Социально-экономическая модернизация – главный вектор развития Казахстана».....	166
И.М. СМАИЛОВА Вопросы борьбы с мошенничеством в Республике Казахстан.....	170
А.С. АБДЫКАРИМОВА К вопросу борьбы против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ в Республике Казахстан.....	174

Д.Х. ПЕРНЕЕВ Зарубежный опыт формирования межбюджетных отношений.....	180
С.Р. РАШИДОВА О некоторых проблемах осуществления гуманитарной интервенции.....	186
<b>Информационные сообщения</b> .....	189
Информационное сообщение о 13-й ежегодной международной конференции Европейской ассоциации криминологов 4-7 сентября 2013 года в г. Будапеште (Венгрия).....	190
Информационное сообщение о круглом столе «Ғылыми лингвистикалық сараптама жүргізу және заң терминдерінің қолданылу ерекшеліктері» («Проведение научной лингвистической экспертизы и особенности применения юридических терминов»), г. Астана, 27 сентября 2013 г.....	192
Информационное сообщение об обучающем семинаре «Этапы законодательного процесса: теория, практика и международный опыт», г. Астана, 1 октября 2013 г.....	194
<b>Мудрые мысли</b> .....	195
<b>Юбилей</b> .....	196
К 80-летию академика НАН РК, д.ю.н., проф. М.Т. БАЙМАХАНОВА.....	196
Академику АЮН РК, д.ю.н., проф., АБДРАСУЛОВУ Е.Б. – 50 лет.....	198



**Братусь Дмитрий Александрович,**  
ведущий научный сотрудник отдела гражданского, гражданско-  
процессуального законодательства и исполнительного производства  
Института законодательства РК, кандидат юридических наук

## НОВЕЛЛЫ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ (часть II)

(продолжение, см. начало в №3(31)-2013 г.)

5. Произведение (оригинал) и экземпляр (копия). Объективная форма

Определение понятия произведения связано с его типологизацией в системе объектов гражданских прав – выявлением родовых и видовых признаков. Сложность заключается в отсутствии развернутого цивилистического учения об объектах. При том, что самой проблеме в научной литературе уделяется пристальное внимание. Поскольку нормативная классификация несовершенна, догматический анализ всегда уязвим.

В п. 2 ст. 115 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК) упоминаются «объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности». Эта категория отождествляется законодателем с имуществом. Она охватывает произведения, в которых, кстати, заложен и личный неимущественный элемент (п. 3 ст. 115, ст. 963 и ст. 977 ГК, ст. 15 Закона Республики Казахстан «Об авторском праве и смежных правах», далее – Закон). Другой нюанс: в базовых положениях о праве интеллектуальной собственности, закрепленных в Особенной части ГК (пп. 1 п. 1 и п. 2 ст. 961), упоминаются просто «результаты интеллектуальной творческой деятельности», без уточнения объективной формы в названии категории. Оба противоречия существенны, так как касаются природы авторского права. Диспропорция общих положений гражданского законодательства о роли способа выражения произведения сглаживается специальными нормами, предусматривающими юридическое значение фиксации творческого результата (п. 1 и п. 2 ст. 971 ГК, п. 2 ст. 6 Закона об авторском праве).

С позиции классической теории «произведение – это совокупность идей, мыслей и образов, получивших в результате творческой деятельности автора свое выражение в доступной для восприятия человеческими чувствами конкрет-

ной форме, допускающей возможность воспроизведения» [1, с. 32]. Данное мнение в основном поддерживается цивилистами [2, с. 110; 3, с. 136; 4, с. 42; 5, с. 57-59; 6, с. 31; 7, с. 42]. К. Маркс писал: «Паук совершает операции, напоминающие операции ткача, и пчела постройкой своих восковых ячеек посрамляет некоторых людей-архитекторов. Но и самый плохой архитектор от наилучшей пчелы с самого начала отличается тем, что, прежде чем строить ячейку из воска, он уже построил ее в своей голове» [8, с. 189]. Стихотворение, научное эссе, картина и прочие творения прежде возникают, да и оттачиваются, в сознании автора. Абстрактная идея в результате сложного мыслительного процесса и реальных действий по воплощению задуманного обретает вонне совершенную форму. Квалификация произведения в этом смысле позволяет считать его нематериальным благом. Произведение заслуживает быть упомянутым среди личных неимущественных благ (п. 3 ст. 115 ГК). Положительное решение этого вопроса привлекает завершенностью конструкции: право авторства и другие неотъемлемые юридические возможности автора – личные неимущественные права, а произведение – личное неимущественное благо.

Требование закона выразить духовный продукт объективно, зафиксировать на определенном материальном носителе (диске, холсте, бумаге, камне, металле и т.д.) не меняет существа дела – произведение, независимо от способа его выражения, считается идеальным, а не материальным объектом.

Во-первых, авторское право никак не связано с правом собственности на материальный носитель, в котором выражено произведение (ст. 968 ГК, п. 5 ст. 6 Закона). Примечательно суждение Е.Л. Вакмана и И.А. Грингольца, которые на примере произведения изобразительного искусства обратили внимание: не существует

двух различных понятий для обозначения картины как продукта духовного творчества художника и как покрытого красками холста [9, с. 59]. Здесь – чисто лингвистический эффект, омоним. Слово одно – «картина», но смысл его варьируется. Обоснование материальности, «вещественности» произведения на столь зыбком фундаменте сомнительно с юридической точки зрения.

Во-вторых, сама объективная форма не обязательно вещественна, она может быть устной. Например, при публичном произнесении лекции, публичном исполнении музыкального произведения. Н.Л. Зильберштейн сообщает хрестоматийный пример: композитор А.П. Бородин в кругу друзей и единомышленников исполнил увертюру к опере «Князь Игорь». Так и не записав мелодию в нотах, автор умер. Один из слушателей восстановил мелодию по памяти [10, с. 12]. Законом установлен исчерпывающий перечень способов объективирования без материального носителя: «публичное произнесение, публичное исполнение и тому подобное» (пп. 2 п. 2 ст. 971 ГК, пп. 2 п. 2 ст. 6 Закона). В силу приведенного основания ошибочно положение судебной доктрины: «Авторские права на произведение, выраженное в устной форме, распространяются только в том случае, если оно публично произнесено (исполнено)» [11]. Какой дополнительный способ устной передачи информации, не относящийся к произнесению и исполнению, приемлем для данного открытого перечня? Невербальная коммуникация, применяемая глухими, слабослышащими и немыми, – комбинация жестов рук, мимики лица, формы глаз, губ и телодвижений. Полагаем, закон подразумевает возможность такого устного сообщения. Интересен жизненный подвиг известнейшего физика-теоретика, космолога Стивена Хокинга. В результате заболевания центральной нервной системы он к настоящему моменту практически лишён возможности двигаться. После операции на горле в 1985 г. С. Хокинг потерял и способность говорить. Друзья подарили ему синтезатор речи, закрепленный на кресле-коляске напротив мимической мышцы щеки, которая остается подвижной. С помощью синтезатора ученый управляет компьютером, общается с окружающими. Лекционные выступления С. Хокинга с большой долей условности можно считать «произнесенными». В данном случае отсутствует и исполнение.

В-третьих, даже вещественная материальная форма порой становится условностью, если не позволяет человеку непосредственно, без помощи специальных технических устройств, взаимодействовать с объектом авторских прав. На-

пример, компьютерные программы, базы данных и другие творения, зафиксированные в «машинночитаемой» форме, используются посредством ЭВМ, по крайней мере – на стадии преобразования в иную объективную форму.

В-четвертых, проблемным является само понятие объективной формы – способа выражения произведения вовне, обеспечивающего возможность его адекватного восприятия и воспроизведения окружающими. Охватываются ли этим понятием, например, электронно-цифровые записи объектов авторских прав, представленных («перемещаемых») в интернет-пространстве? Опираясь на смысл нормы (пп. 3 п. 2 ст. 971 ГК, пп. 3 п. 2 ст. 6 Закона), можно ответить утвердительно. В правоприменительной практике авторско-правовое значение объективной формы произведения часто смешивается с материальной (физической, вещественной) формой вообще. Материальная (отождествляемая с материальным носителем) и объективная форма соотносятся как категории вида и рода, первая – частный случай второй.

В результате общераспространенным становится, к примеру, договор «поставки» интернет-версий компьютерных программ и баз данных [12, с. 123-128]. Часто доминирует предубеждение: если, например, элементы водорода и кислорода в молекуле воды признаются физической субстанцией и могут отчуждаться по договору купли-продажи (энергоснабжения), тогда почему «поставка» реально существующего потока других частиц, например электронов, не может охватываться действием аналогичных общих правил? Тем самым, подменяется предмет договора, искажается существо упомянутых обязательств, игнорируется идеальный образ произведения и связанная с этим необходимость заключения авторского договора об отчуждении (предоставлении) имущественного права, а не самого произведения. Обычно это делается в угоду определенным меркантильным интересам – в целях налоговой оптимизации и уклонения от таможенного контроля.

Сферой происхождения – мир идей и образов – и культурно-эстетическим предназначением характеристика произведений не исчерпывается. Сравнение с другими интеллектуальными продуктами и в целом с нематериальными благами (честь, достоинство, деловая репутация и т.д.) позволяет обосновать ряд принципиальных особенностей. Подобная квалификация необходима хотя бы потому, что дефиниция произведения является сугубо теоретической социальной ценностью, существует априори, без легального

закрепления. В дореволюционном российском, советском, современном казахстанском законодательстве и в большинстве иностранных позитивных источников она (дефиниция) отсутствует. Однако для практической работы, учитывая многократное упоминание в ГК и Законе термина «произведение», его системообразующую роль, важно адекватное понятие и точные признаки.

Авторские отношения в узком смысле (изобретатель – тоже автор) складываются по поводу создания и использования объективно выраженных и существенно новых (уникальных) творений. Таковы, по нашему мнению, два важнейших критерия, раскрывающие существо творческого результата по авторскому праву.

Произведение не может существовать лишь в сознании автора. Иначе исчезнет гарантия от злоупотреблений, возникнут серьезные проблемы с обеспечением доказательств и путаница при определении истинного содержания творческого труда. Проще говоря, невозможно использовать то, что отсутствует в реальности. Исключительное право возникает только в отношении реальных, а не абстрактных, мыслимых достижений. Поэтому творение должно иметь завершенный образ, доступный постороннему восприятию. Как следствие, объективная форма не просто практически необходима, но имеет юридическое, авторско-правовое значение. Объективную форму – способ «передачи» авторского замысла неопределенному кругу лиц – следует отграничивать от формы самого произведения. В отличие от содержания, означающего внутреннюю суть произведения (тема, сюжет, главная идея, отстаиваемые автором концепции и теории), его форма – совокупность избранных автором художественных средств и приемов, позволяющих конкретно и ярко отразить окружающую действительность. Например, форма литературного творения – это язык и художественные образы; научного достижения – профессиональные термины и определения, обоснованные в соответствующей области знаний законы общественного и естественного развития, их строго лаконичные выражения (формулы); произведения искусства – индивидуальный стиль, авторская школа, художественное направление. Ещё одна грань формы проявляется в соотношении естественных (объективных) и юридических категорий. Особенностью юридической формы произведения является его абсолютно свободное бытие – возникновение и существование без каких-либо обязательных регистраций, депонирований и прочих публично-правовых актов.

«Авторское право на произведение... возникает в силу факта его создания. Для возникновения и осуществления авторского права не требуются регистрация произведения, иное специальное оформление произведения или соблюдение каких-либо формальностей» (ч. 1 п. 1 ст. 9 Закона). Здесь, пожалуй, проявляется дополнительный критерий, свойственный (среди всех прочих объектов права интеллектуальной собственности) только произведениям и смежным с ними творческим результатам.

Только творческая интеллектуальная работа приводит к появлению объекта авторского права. Понятие творчества многогранно (способ, процесс, итог), во многом условно и выводится теоретическим путем [1, с. 32-35; 7, с. 44-45; 13, с. 465-477].

В.И. Серебровский писал: «Полагая, что «новизна» всегда присуща творчеству, мы не видим оснований выдвигать признак «новизны» в качестве самостоятельного признака произведения» [1, с. 36]. В ответ на это, в общем справедливое, замечание уточним два момента.

Во-первых, не всякое творчество приводит к созданию достижения, охраняемого авторским правом.

Во-вторых, круг объектов авторского права ныне значительно расширился. В современном гражданском обороте задействовано множество специфических видов, возникающих в процессе механической работы: компьютерные программы и базы данных для ЭВМ; «творческие» продукты, созданные «искусственным интеллектом»; рекламные лозунги (слоганы) как произведения «малых форм» [14]; рисунки, выполненные с помощью средств компьютерной технологии, и т.д.

Значит, действительно, не элементарный, а уникальный (существенно новый) результат творческой деятельности признается произведением. Существенная новизна имеет юридический смысл. Оригинальность, неповторимость достижения вытекает из природы авторского права. Второго «Евгения Онегина» не существует и в принципе не может быть [15]. Жизнь, однако, ярче юридических условностей, «право природы» в силу своего естества шире природы права, «самая смелая фантазия не в силах представить себе тех необычайных и диковинных случаев, которые встречаются в обыденной жизни» [16, с. 97].

Марина Влади сообщает один такой случай из жизни В.С. Высоцкого. Однажды советский бард ошибочно обвинил в плагиате французского поэта Артюра Рембо: «Ты представляешь, этот тип,

этот француз – он все у меня тащит! Он пишет, как я, это чистый плагиат! Нет, ты посмотри: эти слова, этот ритм тебе ничего не напоминают? Он хорошо изучил мои песни, а? Негодяй! И переводчик, мерзавец, не постеснялся», «...Я, наконец, говорю, что от скромности ты, по-видимому, не умрешь и что тот, кто приводит тебя в такое бешенство, не кто иной, как наш великий поэт, родившийся почти на целый век раньше тебя, – Артюр Рембо. Ты открываешь титульный лист и краснеешь от такого промаха. И, оставив обиды, ты всю ночь с восторгом читаешь мне стихи знаменитого поэта» [17, с. 61]. В другом источнике приведен еще более парадоксальный эпизод: «Писатель сэра Конан Дойл, литературный отец детективов о Шерлоке Холмсе, целый месяц работал над новой книгой. Незадолго до окончания своего труда в одной из библиотек ему попался роман французского писателя Ги де Мопассана. Он был абсолютно идентичен его новой книге. Даже место действия точно совпадало: тот же самый отель в Швейцарии. Конан Дойл прежде никогда не видел книгу Мопассана и, прочитав, бросил свою рукопись в камин» [18, с. 14]. Более реалистичное описание этой истории не менее удивительно: «Уже на пути домой Дойл случайно купил сборник рассказов Мопассана, которого никогда прежде не читал. Действие рассказа «Гостиница» происходило в том же месте, где только что останавливались Дойлы, и сюжет был в точности тот же самый. Это совпадение доктор всю жизнь считал не случайным: по его мнению, Провидение, подсунув ему в нужный момент книгу Мопассана, уберегло его от обвинений в плагиате. Мопассана с тех пор он очень полюбил – во всяком случае, рассказы...» [19, с. 209].

Вне всяких сомнений не считаются творчеством плагиат и механическое копирование. Охраноспособность аналогичных творческих достижений, возникших после создания исходного творения (так называемые «параллельные творения») – вопрос дискуссионный. На практике спор по поводу авторства разрешается судом, но прежде всего важна теоретическая квалификация.

Позиция Э.П. Гаврилова – «авторское право не охраняет те творческие результаты, которые могут создаваться параллельно, т.е. лицами, работающими независимо друг от друга» [20, с. 26] – посвящена, видимо, соотношению объектов авторского и патентного права. Если Э.П. Гаврилов действительно не допускает «параллельные творения» в авторском праве и признает не охраняемыми и исходное и аналогичное произведение, независимо созданное позже, мы не согласны с

его мнением. Следуя подобной логике, работы Ги де Мопассана и Артюра Рембо вместе со стихами В.С. Высоцкого (см. упомянутые выше казусы) надлежит признать общедоступными, что несправедливо. Влияние позитивного права на жизнь человека ограничено. Вероятность относительна. Степень относительности предсказуема только теоретически. Риск независимого повторения увеличился с появлением в авторском праве технологически ориентированных объектов – фотографий, произведений архитектуры и градостроительства, садово-паркового дизайна и прочих упомянутых выше. Правовое регулирование должно быть определенным. Если следовать идее абсолютного запрета «параллельных творений», то любому автору, его наследникам и другим правообладателям в какой-то момент времени в пределах срока авторско-правовой охраны может быть отказано в юридической защите только на основании появления «клона», схожего с первоначальным творческим результатом до степени смешения. Подобное толкование как бы сокращает существующий на сегодня легальный перечень объектов и не отвечает интересам стабильности гражданского оборота. Более того, оно способно спровоцировать злоупотребления и серьезно усложнить гражданский процесс [21].

Е.А. Войниканис пишет: «чтобы считаться автором базы данных, ее создатель, во-первых, не может заимствовать структуру или подбор материалов у иной авторской базы данных, а во-вторых, не может расположить или подобрать материалы так, как это делается «обычно», тем способом, который используется повсеместно. В противном случае его база данных не будет защищаться авторским правом. То, что было своеобразным в момент своего создания, в дальнейшем может потерять это качество, а вместе с ним свою новизну и оригинальность. Последнее замечание имеет прямое отношение к электронным базам данных. Эффективные и оригинальные с дизайнерской точки зрения решения нередко становятся образцами, моделями, оригинальная черта становится обычной вещью. В этой связи соответствие объекта указанным критериям должно проверяться по состоянию на момент создания базы данных» [22, с. 50-51].

В цитируемом тезисе заложено внутреннее противоречие. Если автор базы данных не может заимствовать даже «структуру или подбор материалов у иной авторской базы данных», тогда каким образом «оригинальная черта становится обычной вещью»? Что же в таком случае изначально является «оригинальной чертой»? Как проверить соответствие разрабатываемой базы

критерию оригинальности, если общераспространенная и, тем не менее, субъективная оценка конкретного признака может со временем измениться? Какое значение имеет популярное мнение («все так говорят»), в угоду которому якобы изменяется юридическая квалификация определенных фактов, если объект авторского права уже существует (вероятно, активно используется на основании авторских договоров или, быть может, зарегистрирован)? Полагаем, подборка материалов в юридических базах данных одной и той же национальной правовой системы будет в основном типичной. Даже так называемый классификатор, как правило, совпадает [23]. В чем же проявляется уникальность этих баз? Законодатель называет принципиальные особенности (пп. 9 ст. 2 Закона). Их выявлением и детализацией в случае спора занимается суд, обычно – с помощью специалистов или экспертов. «Бог – в мелочах...» (И.В. ф. Гете).

Несмотря на широко известные профессиональному сообществу сомнения в природе баз данных и компьютерных программ как объектов авторского права и признание таковых произведениями «по соображениям исключительно практического свойства» [24, с. 17], конвенционные и национальные установления непреложны – отмеченные объекты охраняются авторским правом. Толкование норм против их прямого смысла и целей правовой охраны невозможно.

«Новизна» характерна не только для произведений, но и для патентуемых творческих достижений – изобретений, полезных моделей, промышленных образцов и т.д. Причем, подразумевается именно «существенная новизна»: «Новеллой, относящейся к изобретениям, является ч. 2 ст. 991 ГК, содержащая определение изобретения как технического решения, являющегося новым, имеющего изобретательский уровень и технически применимого. Оно созвучно определению, содержащемуся в п. 21 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях бывшего СССР. Изобретение признавалось им как новое и обладающее существенными отличиями...» [25, с. 472].

Если существенная новизна и объективная форма (например, техническое средство) свойственны объектам патентного права, то благодаря каким особенностям выделяются произведения?

Во-первых, повторю, они возникают в силу самого факта создания, без каких-либо документальных формальностей – без патентования, обязательной регистрации, депонирования, включения в реестр и т.п. (см. ст. 976 и п. 2 ст. 979 ГК,

п. 1 ст. 9 Закона). Влияние публично-правовых начал в этом сегменте творческой подотрасли ослаблено. Даже проставление знака охраны авторских прав (©) – дело добровольное, влияющее в случае спора на объем доказательственной базы, но, по сути, не предвещающее то или иное развитие ситуации. Предупредительная маркировка характеризует лишь заботливого правообладателя. Очевидно, отсутствие документальных формальностей позволяет рассматривать вопрос о дополнительном квалифицирующем признаке произведения.

Во-вторых, по общему правилу произведение не соотносится с коммерческой составляющей, производственными перспективами или потребностями гражданского оборота. Видимо, исключение из этого правила должно быть сделано для сложных, технологически ориентированных объектов, создание которых связано с крупными инвестициями. Пока наш закон не содержит подобных изъятий. В России, например, другая тенденция – интересы инвесторов учитываются авторским правом (ст. 1240 ГК РФ).

Авторское право не зависит от назначения, содержания, достоинства, способа и формы выражения произведения (п. 1 ст. 971 ГК, п. 1 ст. 6 Закона), что дает правоведам повод причислить отмеченные признаки к «юридически безразличным» [25, с. 425]. Обоснованность такого вывода вызывает сомнения.

Во-первых, содержание, способ и форма выражения в конкретном авторском споре могут обладать свойствами доказательств [26, с. 231-239].

Во-вторых, в экспертной практике они помогают приблизиться к творческому уровню произведения, лучше понять наличие или отсутствие признаков, влияющих на охраноспособность [27, с. 91-95].

Хотя бы в силу отмеченных причин юридический смысл имеется. Группу фактов, прямо не влияющих на квалификацию творческого результата, желательно именовать «фактическими признаками». Их перечень исчерпывающий.

Не считаются произведениями обычные потенциально повторимые достижения, возникающие в итоге логической или иной известной последовательности действий, соблюдения общеустановленных правил – телефонный справочник, программа телевизионных передач, технические каталоги, редакционные правки и т.п. Не признаются авторами лица, выполняющие чисто техническую работу. Если упомянутая информация оригинально обработана (например, с помощью компьютерной программы или

художественно оформлена, изложена в стихах), она охраняется авторским правом. Надзорная коллегия Верховного Суда РК признала произведением рабочую тетрадь, содержащую сведения о продвижении на рынке продукции истца. В постановлении надзорной инстанции отмечался факт «творческого труда по сбору и анализу данных о деятельности на рынке» и оригинальная структура рабочей тетради[28].

В Законе имеются положения, которые могут быть улучшены в техническом плане без малейшего изменения смысла. Обоснование не сообщая ввиду практической малозначительности предлагаемых новелл.

В пп. 4 ст. 8 Закона рекомендую добавить слово «информационные» перед формулировкой «сообщения о событиях и фактах» и удалить слова «имеющие информационный характер».

В п. 1 ст. 9 Закона обнаруживается терминологическая разобщенность: «для оповещения», «для свидетельства», «для подтверждения». Три разных словоупотребления вместо одного. Явление выражается по-разному в нарушение юрико-технического требования единства терминологии. Предлагаю в каждом случае использовать наиболее точное, как мне кажется, выражение: «для подтверждения».

Подобная неоднозначность имеется и в ст. 10 – ст. 11, п. 2 ст. 14 Закона. Вместо термина «авторский договор» используются «соглашение», «договор» и «авторский договор». Лишними представляются слова «между ними» в формулировке «соглашение между ними».

Пункт 3 ст. 13 Закона рекомендую дополнить диспозицией «если иное не предусмотрено авторским договором» после словосочетания «экземпляров аудиовизуального произведения».

В нормах Закона некорректно используются специальные (авторско-правовые) термины «оригинал», «экземпляр», «копия» (от лат. *exemplum* – копия, образец) и «произведение». Допускаются, например, такие выражения: «оригинала или экземпляра произведения» (пп. 17 ст. 2), «экземпляров оригиналов или копий... произведений» (пп. 18 ст. 2), «на оригинале или экземпляре произведения» (п. 2 ст. 9), «оригинал или экземпляры произведения» (пп. 2 п. 2 ст. 16), «оригинала или экземпляров произведения» (ч. 2 п. 3 ст. 16), «оригинала произведения изобразительного искусства» (п. 2 ст. 17). Пары «оригинал» и «произведение», «экземпляр» и «копия» являются синонимами, следовательно, их одновременное применение (как показано выше) – яркий пример тавтологии («масло масляное»). Тавтологическое словоупотребление нежелатель-

но и должно быть исправлено.

Специальное значение термина «экземпляр» постепенно исчезает из бытовой лексики. В словарях дореволюционного и первой половины советского периода, которые до сих пор считаются основными, оно присутствует [29, с. 663; 30, с. 639; 31, с. 795; 32, с. 906], но в некоторых справочно-информационных лексических изданиях его почему-то нет[33, с. 596]. Смещение бытового и специального оттенков слова в профессиональной сфере нежелательно, а в ряде случаев просто неприемлемо.

#### 6. Понятие обнародования

В Законе смешиваются два понятия, одно из которых – «обнародование» – относится к категории рода, а другое – «опубликование» – к категории вида (пп. 32 ст. 2 Закона, п. 2 ст. 971 ГК). Причем, первое определяется в ГК и Законе противоречиво, по крайней мере, с технической точки зрения.

Сначала сравним нюансы регламентации в данных нормативных источниках, затем обратимся к иерархии категорий в Законе.

Под обнародованием ГК понимает опубликование, выпуск в свет, издание, публичное исполнение и публичный показ (п. 2 ст. 971). Определение не дается, перечень способов осуществления права – закрытый и не идеальный. Например, опубликование (выпуск в свет) и издание можно считать идентичными, родственными понятиями. Волей законодателя подчеркивается деловая операция, осуществляемая издателем-профессионалом. Констатация факта ничего не прибавляет к юридическому содержанию. Практически важен правовой статус издателя. Опубликование было и остается объявлением, оглашением в печатном органе [32, с. 457, 630]. Неясно, почему законодатель не назвал в данном списке другие востребованные способы.

Закон (пп. 32 ст. 2), во-первых, закрепляет юридическую дефиницию обнародования («осуществление с согласия автора действия, которое впервые делает произведение доступным публике»); во-вторых, содержит структурированный (последовательный и подробный) перечень способов реализации права на обнародование («посредством... опубликования, публичного показа, публичного исполнения, доведения до всеобщего сведения...»); в-третьих, данный перечень по Закону является открытым («...и иными способами»), отчего норма становится универсальной, отвечающей реальным жизненным обстоятельствам. Открытая позиция – дальновидный приём. В этом свободном для широкого толкования

списке «умещаются» и издание, и библиотечное депонирование и другие практические действия. Некоторые специфичны по факту, но не юридически.

Пункт 2 ст. 6 Закона, совпадающий в рассматриваемой части с п. 2 ст. 971 ГК, конфликтует с пп. 32 ст. 2 Закона. Повторение одних и тех же или приблизительно тех же способов в пп. 32 ст. 2 и п. 2 ст. 6 Закона считаем неоправданным.

Вопрос: с какой целью в ГК сделана попытка раскрыть смысл обнародования? Не оставить ли определение, включая примерный перечень способов обнародования, в специальном нормативном правовом акте, удалив из общего? На второй вопрос отвечаю утвердительно. Формулировку «(опубликованные, выпущенные в свет, изданные, публично исполненные, публично показанные)» предлагаю исключить из п. 2 ст. 971 ГК и п. 2 ст. 6 Закона.

Бытовое и юридическое значение обнародования как факта оповещения автором третьих лиц о создании или наличии произведения в основном совпадают [1, с. 116-117; 32, с.432; 34, с. 605].

Термин «опубликование» не охватывает случаи публичного показа и публичного исполнения произведения, сообщение по проводам или средствами беспроводной связи, включая сообщение в эфир или по кабелю и т.д. В нескольких нормах, в которых встречается данный термин, имеется погрешность. После слова «опубликование» (в соответствующем падеже) в пп. 32 и пп. 14 ст. 2, а также в пп. 3 п. 4 ст. 35 Закона следует сделать уточнение: «(выпуск в свет)» (в соответствующем падеже), которое будет означать:

во-первых, стремление законодателя полнее, за счет устойчивой юридической терминологии квалифицировать как «опубликование» в частности, так и «обнародование» в целом;

во-вторых, наличие синонима, удобного при толковании некоторых исключительных прав (например, права на фонограмму) и расширение понятийного аппарата Закона (легальный тезаурус для этого и предназначен) новым широко употребляемым понятием;

в-третьих, разумное сочетание конвенционных подходов – п. 3 ст. 3 Бернской конвенции и ст. VI Всемирной конвенции.

Схожий, но со своими нюансами, путь избран российским законодателем (п. 1 ст. 1268 ГК РФ) и авторитетно обоснован в юридической литературе [35, с. 643; 36, с. 181-182].

В п. 2 ст. 5 Закона наблюдаю подмену понятия: вместо обнародования законодатель трижды упоминает опубликование. Возможно, это сдела-

но не ошибочно, а специально. В издательской практике общепринята традиция фиксации места, года выхода произведения в свет, что важно для обеспечения эффективной конвенционной охраны [37, с. 45; 38, с. 89-91]. Однако, повторю, международная охрана авторских прав распространяется не только на опубликованные, но и на другие обнародованные произведения. Поэтому сужение авторско-правовой охраны в п. 2 ст. 5 Закона недопустимо. По тем же основаниям «первого опубликования» (пп. 3 п. 1 ст. 9 Закона), «опубликованного» (ч. 1 п. 3 ст. 16 Закона и п. 4 ст. 978 ГК) и «опубликованных» (ст. 22 Закона) необходимо заменить, соответственно, на «обнародования», «обнародованного» и «обнародованных». В пп. 3 п. 4 ст. 35 Закона после слова «опубликования» следует дополнить: «(выпуска в свет)».

7. Право на неприкосновенность произведения и право на защиту репутации автора

В пп. 3 п. 1 ст. 15 Закона содержание права на неприкосновенность произведения заключено в юридическую форму права на защиту репутации автора – первое охватывается вторым, что, по сути, неверно, противоречит пп. 3 п. 1 ст. 977 ГК и ст. 6bis Бернской конвенции.

В данном случае Закон и ГК также содержат принципиально разные концепции. Конструкцию, созданную разработчиками Кодекса (пп. 3 п. 1 ст. 977 ГК), считаю прогрессивной, а закрепленную в пп. 3 п. 1 ст. 15 Закона, – устаревшей.

Право на неприкосновенность и право на защиту репутации – самостоятельные личные неимущественные права автора. Первое не может (не должно) поглощаться вторым, как это вытекает из пп. 3 п. 1 ст. 15 Закона. «Если для защиты неприкосновенности достаточно... продемонстрировать факт изменения произведения (это сделать несложно), то для защиты репутации надо произвести еще и оценку этого факта, которая всегда субъективна, дополнительно доказать ущерб, нанесенный репутации автора. Это уже достаточно сложно и может вызывать самые разнообразные споры. Такое изменение ущемляет интересы автора и произведено в интересах пользователя, получающего возможность манипулировать произведением в процессе его использования»[39, с. 381-382].

Подпункт 3 п. 1 ст. 15 Закона рекомендую изложить в новой редакции, дополнив словами «и право»:

«3) право на неприкосновенность произведения, включая его название, и право противодействовать любому искажению или иному изме-

нению произведения, а также любому другому посягательству, способному нанести ущерб чести или репутации автора (право на защиту репутации автора);».

Подобное аккуратное вмешательство в нормативную материю будет означать, что в Законе право на неприкосновенность упоминается среди остальных личных неимущественных прав, а детально раскрывается – в пп. 3 п. 1 ст. 977 ГК. Нет смысла повторять в одной и той же норме Закона название правомочия: «право на неприкосновенность произведения... (право на неприкосновенность произведения)». Право на защиту репутации автора даже не упоминается в ст. 977 ГК, но расшифровывается в пп. 3 п. 1 ст. 15 Закона, будучи расположено рядом (в одной норме Закона) с правом на неприкосновенность.

Однако потенциал улучшения далеко не исчерпан. Предпочтительной представляется такая конструкция нормы, в которой будут определены оба личных неимущественных правомочия автора – и право на неприкосновенность, и право на защиту репутации.

#### 8. Содержание исключительного права

Легальные определения исключительных и неисключительных прав (пп. 6 и пп. 7 ст. 2 Закона) сформулированы некорректно, с упущением существенных особенностей и нарушением правил юридической техники. Полноценный анализ этих понятий обеспечивается в их сопоставлении.

Исключительное право – полный комплекс абсолютных имущественных правомочий, изначально всегда принадлежащий автору. Его частным случаем является неисключительное право – определенный в договоре набор относительных имущественных правомочий первого после автора или очередного (второго, третьего и т.д.) правообладателя.

В отличие от дефиниции исключительного права (пп. 7 ст. 2 Закона), в которой упоминается его имущественная природа, законодатель почему-то не раскрывает имущественную природу неисключительного права (пп. 6 ст. 2 Закона). Подобная невнимательность при конструировании нормы позволяет констатировать отсутствие единого юридико-технического приема.

Формулировка «б) неисключительное право – право, когда одновременно...» изложена лексически некорректно (особенно слова «...право – право, когда...») и, как следствие, непрофессионально; «... – это когда...», – говорят обыч-

но дети, когда познают и учатся объяснять мир.

Специальное определение неисключительного права в Законе вообще представляется нецелесообразным. Неисключительное право вытекает из исключительного, несмотря на кажущееся противопоставление данных категорий. Автор, иной правообладатель могут распорядиться исключительным правом, сохранив за собой возможность запрета на использование произведения. При этом, подразумевается, такой запрет будет применен только для ограничения незаконного (контрафактного) использования, но, конечно, не для одностороннего отказа (по общему правилу) от неисключительной лицензии. «Свобода договора, но не свобода от договора» [40, с. 38].

В содержании исключительного права (пп. 7 ст. 2 Закона) упомянута только одна возможность правообладателя – использовать творческий результат лично. К сожалению, пропущены две другие ключевые возможности – разрешать или запрещать использование произведения (объекта смежных прав) другим лицам (п. 2 ст. 16 Закона, п. 2 ст. 978 ГК). При этом п. 2 ст. 16 Закона отличается большей точностью и конкретикой в сравнении с п. 2 ст. 978 ГК.

Словосочетание «по своему усмотрению» в пп. 7 ст. 2 Закона представляется лишним. Подчеркивая абсолютный характер исключительных прав, оно в то же время «размывает» универсальность определения. Ведь исключительные права по казахстанской концепции отчуждаемы. После заключения договора об отчуждении (предоставлении) исключительных прав автономия воли, «усмотрение» исходного обладателя (автора, наследника) *de facto* и *de jure* ограничивается условиями договора.

Многословие «исполнения, постановки, фонограммы, передачи организаций эфирного или кабельного вещания» в пп. 7 ст. 2 Закона для соблюдения нормативной экономии желательно заменить одним термином – «объекта смежных прав».

В том же подпункте формулировка «в течение срока, установленного настоящим Законом» настраивает на ошибочное понимание возможного срока действия исключительных прав. Закон устанавливает максимальный (предельный) срок действия исключительных прав – 70 лет, который исчисляется для соответствующего объекта с момента наступления определенного события (ст. 28 и ст. 42 Закона, ст. 982 и ст. 989 ГК). Однако, по договору исключительные права могут быть предоставлены на меньший срок. В случае спора расчет срока, как и результат вычислений, подтверждаются судом. В силу чего цитируемую

здесь формулировку предлагаю заменить другой: «в течение установленного срока».

Подпункт 6 ст. 2 рекомендую исключить из Закона, а пп. 7 той же статьи – изложить в новой редакции:

«7) исключительное право – имущественное право автора, иного правообладателя осуществлять, разрешать, запрещать использование произведения, объекта смежных прав любым способом в течение установленного срока;».

#### 9. Исключительное право на воспроизведение

Подпункт 19 ст. 2 Закона конфликтует с п. 3 ст. 978 ГК. В этих нормах по-разному истолковывается понятие «воспроизведение», заложено различное понимание данного правомочия – в узком (п. 3 ст. 978 ГК) и широком (19 ст. 2 Закона) смыслах.

Обе формулировки «сосуществуют» с момента принятия нормативных правовых актов: с 1996 г. – в Законе, с 1999 г. – в Особенной части ГК. В Комментарий к ГК сообщается, что норма Закона «уточняет понятие», закрепленное в Кодексе [41]. На самом деле здесь явная коллизия, причём, устаревшим правилом является п. 3 ст. 978 ГК.

Буквальная трактовка воспроизведения по ГК не позволяет считать копированием иное техническое повторение произведения, например, «перевод» книги из бумажного носителя в электронный формат, «воспроизведение... произведений... рельефно-точечным шрифтом или другими специальными способами для слепых...» (пп. 6 ст. 19 Закона) и т.д. Ограничительная интерпретация не согласуется с уровнем современной техники, ведет к ошибочному отождествлению духовного продукта с физическим носителем, в итоге – к смешению права собственности и интеллектуальных прав (что категорически недопустимо) и потому давно утратила свою актуальность.

В настоящее время доминирует оценка воспроизведения как повторения произведения в любой объективной форме. Таковы тенденции международной охраны интеллектуальной собственности [42], зарубежного авторского законодательства [43] и местной судебной практики [44].

Дополнительно замечу: Кодекс – сосредоточие принципов, обобщенных положений, глобальных нормативных идей. Если в Казахстане принята модель двухуровневого правового регулирования авторских отношений (ГК и специальный закон), то технические дефиниции – к таковым, по моему мнению, относится и юри-

дическая формула воспроизведения – следует по возможности включать в специальный акт.

Пункт 3 ст. 978 ГК рекомендую удалить из ГК, сохранив формулировку пп. 19 ст. 2 Закона.

#### 10. Выводы

По некоторым аспектам правового регулирования авторских отношений ГК и Закон противоречат друг другу. Усматриваем три основных причины коллизии:

во-первых, целесообразность новелл на стадии разработки оценивается не системно – Закон корректируется почти ежегодно, те же положения ГК – нет;

во-вторых, некоторые авторско-правовые нормы ГК излишне детализированы (содержат дефиниции, подробное описание процедур и т.д.), не прослеживается видение законодателем четкой модели двухуровневой регламентации: какие нормы принципиально важны для Кодекса, а какие – нет и должны присутствовать только в Законе;

в-третьих, очень отстает от требуемых стандартов качество технической проработки норм Закона. Этот факт является очевидным, заметен даже при беглом ознакомлении. Во главу угла разработчики и законодатель, видимо, не ставят универсальность, лексическую безупречность и ясность (доступность) обывателю общеобязательных правил. Законы пишутся не для юристов, как иногда ошибочно полагают, а для всех граждан государства. Принцип древнейшей античности и раннего средневековья – подданный не должен знать законы, но должен их исполнять – анахронизм. По мере накопления формальные изъяны оборачиваются нормативными коллизиями.

По многим позициям правовой мониторинг позволяет выявить целесообразность совершенствования авторского законодательства, но не позволяет приступить к такому улучшению. Требуется волевое (политическое) решение и дополнительное научное исследование.

Во всестороннем изучении нуждается проблема консолидации авторско-правовых норм, их распределение из разрозненной массы источников по двум ключевым – ГК (главы 49 – 51) и Закон. Особого внимания заслуживает вопрос о соотношении норм Кодекса и Закона: следует отойти от практики элементарного дублирования, исключить из ГК все непринципиальные и «технические» установления, касающиеся интеллектуальных прав.

Желательна оценка перспектив рецепции прогрессивных норм Части четвертой ГК РФ

(перечень и содержание заимствуемых правил, адресат новелл – Закон или ГК, концепция изменений и т.д.).

Появляются в реальной жизни и активно обсуждаются в юридической литературе интересные организационно-правовые решения. Абсолютно новым явлением для нашего авторского права стали (становятся) так называемые свободные, или открытые, лицензии (freelicense) типа «MozillaPublicLicense», «GNUGeneralPublicLicense», «CreativeCommons» и т.д. [38, с. 13, 66 – 67, 83; 45; 46, с. 62-68; 47, с. 108-114] В этом направлении очевидны объективные сложности: «... коммерческим организациям целесообразно воздерживаться от заключения между собой безвозмездных лицензионных договоров» [48]. Имеет смысл изучение с точки зрения авторского права правил о принудительных лицензиях.

Актуальной представляется идея о личном праве автора на информацию о судьбе произведения [38, с. 92-94]. Она достойна внимания нашего законодателя.

Необходимо дальнейшее исследование природы (имущественной, личной неимущественной или смешанной) права следования и права доступа.

Правила об авторских и смежных с ними договорах, об отчуждении и предоставлении имущественных авторских и смежных прав могли бы составить отдельную главу Закона. Желательно согласовать содержание глав 49 и 50 ГК (в части норм о лицензионном договоре) с положениями главы 45 ГК («Комплексная предпринимательская лицензия (франчайзинг)») – некоторые позиции совпадают, на что законодателю имеет смысл обратить пристальное внимание. Ведь стремление к идеалу – девиз юридической техники.

В самостоятельное структурное подразделение Закона могут быть выделены публично-правовые нормы о регистрации имущественных прав, депонировании произведений и объектов смежных прав, порядке выплаты вознаграждения за производство и импорт оборудования и материальных носителей для воспроизведения аудиовизуальных произведений и звукозаписей и т.д.

Очень важен – и именно на уровне Закона – максимально строгий регламент деятельности организаций по коллективному управлению имущественными правами («электронная» регистрация заключаемых договоров о коллективном управлении и взаимном представительстве, ежедневная отчетность о собранных и распре-

ленных вознаграждениях в режиме on-line, пристальный внутренний учет и т.д.). Желательна не менее жесткая линия государства в отношении с такими организациями, чем та, которая выстроена в публично-правовых контактах с финансовыми организациями (банки, кредитные товарищества, накопительные пенсионные фонды, страховые компании) и нотариусами. Аналогия уместна. В сфере коллективного управления – ни для кого не секрет – также обращаются крупные и при том «чужие» активы. Пока никакого, тем более строгого, регламента нет. Стратегические интересы (государства, общества, реальных правообладателей, производителей и пользователей) не защищены должным образом.

Абсолютно не развит в нашем законодательстве и судебной практике субститут исчерпания авторских и смежных прав. Принцип исчерпания является базовым постулатом права интеллектуальной собственности, одним из связующих звеньев этой подотрасли с другими направлениями гражданского права. Целесообразна его детализация в главе 49 ГК. Еще более привлекательным представляется легальное закрепление в этой главе неисчерпывающего (подотрасль динамично развивается) перечня принципов интеллектуальных прав. Суды должны получить четкие ориентиры, а предприниматели – надежные и определенные гарантии. Это реальная практическая потребность.

Развитие мер имущественного стимулирования – следующее актуальное направление совершенствования авторского законодательства. Считаю, настало время повысить минимальный размер компенсации нарушенного авторского права, распространить данную санкцию на другие, пока не охваченные ею результаты интеллектуальной творческой деятельности, отразить ее в перечне способов защиты гражданских прав (п. 1 ст. 9 ГК) и среди специальных санкций, сформулированных в п. 1 ст. 970 ГК. В результате прогнозируется повышение гражданской активности правообладателей, волна делового интереса к интеллектуальным правам в целом, усиление динамики творчества в Казахстане. Подобные новеллы будут замечательным «приложением» к введенным в январе 2012 г. мерам налогового стимулирования (льготы по подоходному налогу в связи с использованием зарегистрированных в Казахстане изобретений). Ожидается, так сказать, мультипликативный эффект.

Особое внимание – к международным обязательствам Республики Казахстан в сфере охраны интеллектуальных прав. Требуется их комплексный мониторинг и, если будут выявлены

нарушения, оперативная инициатива по обоснованию соответствующих рекомендаций. Проведенное исследование позволяет констатировать: Казахстан не соблюдает свои обязательства в сфере коллективного управления авторскими и смежными правами (ст. 10 Соглашения о единых принципах). Впрочем, пока подобное состояние можно считать взаимным. Мне ничего не известно о создании белорусско-казахстанско-российской комиссии, координирующей работу организаций по коллективному управлению. Соответствующий международный договор «до даты вступления в силу» Соглашения о единых принципах (п. 4 ст. 10) не заключался. Соблюдение обязательств по формированию общих баз данных подтверждается, видимо, Соглашением о сотрудничестве в сфере межгосударственного обмена информацией и формированию национальных баз данных авторского права и смежных прав от 20.11.2009 г. и Концепцией, одобренной Решением Совета глав правительств СНГ от 25.05.2006 г. Имеются концептуальные противоречия в конструкциях расширенного представительства, закрепленных во внутреннем законодательстве стран-участниц ЕврАзЭС. По крайней мере, в российской и казахстанской конструкциях. Соглашение о единых принципах не допускает представительство интересов обладателей авторских и смежных прав в отсутствие у представителя – организации по коллективному управлению имущественными правами – договорных полномочий (п. 1 ст. 10), Закон прямо

предусматривает обратное (ч. 3 п. 2 ст. 46-1). Полагаем, «особенности» работы казахстанских организаций по коллективному управлению известны их российским коллегам, по объективным причинам – лучше, чем коллегам из Беларуси. Традиционно тесные контакты российских организаций по коллективному управлению со своим законодателем не вызывают сомнений. Оговорки, закрепленные в ст. 10 упомянутого Соглашения, склонен рассматривать в качестве свидетельства беспокойства зарубежных контрагентов и политических партнеров Казахстана ситуацией, сложившейся в нашей стране в сфере коллективного управления.

Конечно, перечисленные выше и другие аспекты могут вызывать теоретические разногласия, базироваться на различных доктринальных подходах, вытекать из своеобразных взглядов практиков – частнопрактикующих юристов и адвокатов, работников уполномоченного органа, судей и сотрудников аппарата Верховного Суда Республики Казахстан, предпринимателей, хозяйственников, иностранных специалистов, в том числе российских консультантов. «Всех слушай, но не всех слушайся» (Ю.Г. Басин). К слову, можно воспользоваться ситуацией и в ходе очередного обсуждения проекта Основ ЕврАзЭС предложить отдельный раунд. В любом случае предстоит обмен идеями по главам 1 и 2 раздела VI Основ, почему бы не уточнить мнение зарубежных коллег относительно планируемых изменений в нашем авторском законодательстве.

### Список литературы

1. Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. – М.: Издательство АН СССР, 1956.
2. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М.: Проспект, 1996.
3. Мартынов Б.С. Права авторства в СССР // Ученые труды ВИЮН. Вып. IX. – М., 1947.
4. Ваксберг М.А. Некоторые вопросы советского авторского права // Советское государство и право. 1954. № 8.
5. Гордон М.В. Советское авторское право. – М.: Госюриздат, 1955.
6. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права). Учебник для вузов. – М.: Норма, 2000.
7. Хохлов В.А. Авторское право: Законодательство, теория, практика. – М.: Городец, 2008.
8. Маркс К. Капитал // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 23.
9. Вакман Е.Л., Грингольц И.А. Авторское право художников. – М.: Советский художник, 1955.
10. Зильберштейн Н.Л. Авторское право на музыкальные произведения. – М.: Советский композитор, 1960.
11. Часть 4 п. 2 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 25.12.2007 г. № 11 «О применении судами некоторых норм законодательства о защите авторского права и смежных прав».
12. Дашян М.С. Изобретение, товарный знак, ноу-хау, фирменный бренд... Партизанские войны

за право быть лучшим. – М.: Эксмо, 2008.

13. Красавчиков О.А. Творчество и гражданское право (понятие, предмет и состав подотрасли) // Он же. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. – М.: Статут, 2005.

14. Морозова И. Слагая слоганы. Изд. 2-ое, испр. – М.: РИП-холдинг, 2005.

15. См. критику: Яши Питер. Об эффекте автора: современное авторское право и коллективное творчество / Пер. с англ. С. Силаковой // Новое литературное обозрение. 2001. №48 // <http://magazines.guss.ru/nlo/2001/48/>

16. Конан Дойл Артур. Рассказы. Пер. с англ. – М.: Художественная литература, 1982.

17. Влади М. Владимир, или Прерванный полет / Пер. с франц. М. Влади и Ю. Абдуловой. – Алма-Ата: Жазушы, 1986.

18. Кай Хофельманн. 1000 необъяснимых феноменов. – М.: АСТ «Астрель» - «Олимп», 2000.

19. Чертанов М. Конан Дойл. – М.: Молодая гвардия, 2008.

20. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах». – М.: Спарк, 1996.

21. Братусь Д.А. Экспертное заключение – «царица доказательств»? // Юрист. 2008. № 12.

22. Войниканис Е.А., Калятин В.О. База данных как объект правового регулирования: Учебное пособие. – М.: Статут, 2011.

23. См., например: Захарова И.Г. Технологии работы с правовыми базами данных: учебное пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2010.

24. Эдельман Б. Мысли об авторском праве и путях его развития в странах Европейского Экономического Сообщества // Бюллетень по авторскому праву. 1994. № 3.

25. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный): В двух книгах. Книга 2 / Отв. ред. Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов. – Алматы, 2006.

26. Справочник по подготовке гражданских дел к судебному разбирательству / Под ред. Н.М. Гурбатова. – М.: Юридическая литература, 1989. (гл. XXV «Дела, связанные с авторским правом»).

27. Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. – М.: Юридическая литература, 1972.

28. Обзор апелляционной и надзорной практики по делам, рассмотренным во втором полугодии 2004 года // Бюллетень Верховного Суда РК, 2005, № 4.

29. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. Т. 4. – М.: Русский язык, 1998.

30. Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. В 3 т. Т. 3. – М.: Вече, Мир книги, 2001.

31. Словарь иностранных слов / Под ред. И.В. Лёхина и Ф.Н. Петрова. Изд. 4-ое, перераб. и доп. – М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1954.

32. Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / РАН. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. – 4-е изд., доп. – М.: Азбуковник, 1998.

33. Александрова З.Е. Словарь синонимов русского языка / Под ред. Л.А. Чешко. – М.: Советская энциклопедия, 1968.

34. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. II. – М.: Русский язык, 1998.

35. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1992 – 2006). – М.: Статут, 2010.

36. Маковский А.Л. «Американская история» // Вестник гражданского права. 2007. № 1. Т. 7.

37. Близнец И.А. Леонтьев К.Б. Авторское право и смежные права: учеб / Под ред. И.А. Близнеца. – М.: Проспект, 2009.

38. Братусь Д.В. Естественно-правовая природа личных неимущественных авторских прав: Дисс. ... магистра юриспруденции. – М.: РГАИС, 2012.

39. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исследовательский центр частного права. – М.: Статут, 2003.

40. Басин Ю.Г. Гражданское право как отрасль права // Он же. Избранные труды по гражданскому праву. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003.

41. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный):

В 2-х книгах. Кн. 2 / Отв. ред. Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов. – Алматы // БД «Параграф».

42. Пункт 1 ст. 9 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, ст. IV Всемирной конвенции, пп. 1 п. 1 ст. 9 Соглашения о единых принципах.

43. Подпункт 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, раздел 17 Закона Великобритании об авторском праве, промышленных образцах и патентах, п. 4 ст. L. 122-5 Французского Кодекса интеллектуальной собственности, ст. 18 Закона Испании об авторском праве.

44. Часть 3 п. 13 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 25.12.2007 г. № 11 «О применении судами некоторых норм законодательства о защите авторского права и смежных прав»; Алимбеков М.Т., Абдиев Ж.Н., Абдрасулова Г.Э. и др. Споры о праве интеллектуальной собственности (практическое пособие) / Верховный Суд РК, отдел стратегических разработок и анализа. – Астана, 2011 // БД «Параграф».

45. Лессиг Л. Свободная культура / Пер. с англ. О. Данилова. – М.: Прагматика Культуры, 2007.

46. Калятин В.О. Проблема введения в гражданское законодательство «свободной лицензии» как нового типа договора // Юрист. 2012. № 2.

47. Мотылева В.Я. Нетрадиционные способы распоряжения исключительным правом на объекты авторского и патентного права // Национальная инновационная система и значение правовой охраны интеллектуальной собственности в ее развитии. Тезисы докладов участников научно-практической конференции. – М., 2011.

48. Заключение Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации от 24.11.2008 г. № 112-у на запрос депутата Государственной думы Кущева В.



*Мақалада авторлық құқық және сабақтас құқықтар туралы қазақстандық заңнаманың жаңа даму тенденциялары қарастырылады.*

*Түйін сөздер:* авторлық құқық, авторлық қатынастар, пайдаланушылар, ретрансляция.

*В статье рассматриваются новейшие тенденции развития казахстанского законодательства об авторском праве и смежных правах.*

*Ключевые слова:* авторское право, авторские отношения, пользователи, ретрансляция.

*The article examines the latest trends in the development of Kazakhstan's legislation on copyright law and related rights.*

*Keywords:* copyright law, copyright relationships, users, retransmission.

**Дмитрий Александрович Братусь,**

ҚР Заң шығару институты азаматтық, азаматтық іс жүргізу заңнамасы және атқарушылық іс жүргізу бөлімінің жетекші ғылыми қызметкері, з.ғ.к.

**Авторлық құқықтағы новеллалар (II-бөлім)**

**Братусь Дмитрий Александрович,**

ведущий научный сотрудник отдела гражданского, гражданско-процессуального законодательства и исполнительного производства Института законодательства РК, к.ю.н.

**Новеллы в авторском праве (часть II)**

**Bratus Dmitry Aleksandrovich,**

leading research fellow of Department of the civil, civil-proceeding legislation and execution of the Institute of legislation of the Republic of Kazakhstan, c.j.s.

**Novellas in copyright law (part II)**