

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ  
“ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ”

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

# ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 2 (том XVII)  
2014

Москва



United Nations  
Educational, Scientific and  
Cultural Organization

Организация  
Объединенных Наций по  
вопросам образования,  
науки и культуры



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ  
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS  
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY

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



## Главный редактор

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

## Редакционный совет:

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

ТРУДЫ  
ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ  
СОБСТВЕННОСТИ

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

№ 2 (том XVII)  
2014

Москва

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

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

**Учредитель и издатель:**

АНО “Творческий Центр ЮНЕСКО”, г. Москва

**Адрес редакции:**

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

**Адрес для корреспонденции:**

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

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

При подготовке журнала использована система «КонсультантПлюс»

Подписные индексы:

Объединенный каталог “Пресса России” - 11287

© Составление.

Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, 2014.

## ОГЛАВЛЕНИЕ

### **КОНСТИТУЦИЯ, СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА**

- Дейнеко А. Г.* Конституция России в цифровую эпоху 5
- Зарубин А. В.* Суждения судьи о суде (обзор практики ЕСПЧ) 18

### **ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ**

- Химмельрайх А.* (Германия) К вопросу о понятии и видах товарных знаков 27
- Дитц А.* (Германия) Право на неприкосновенность произведения в системе личных нематериальных прав автора 81
- Мэггс П.* (США) К вопросу о правовой охране ноу-хау по российскому законодательству 103

### **ПРАВО И ОБРАЗОВАНИЕ**

- Манов А. Г.* Курс политико-правовой теории: новые подходы 118

# CONTENTS

## CONSTITUTION, JUDICIAL AUTHORITY AND HUMAN RIGHTS

- Deineko A.G.* The Constitution of the Russian Federation in the digital era 5
- Zarubin A. V.* The judgments about the trial (review of the European Court of Human Rights) practice 18

## INNOVATION AND INTELLECTUAL PROPERTY

- Himmelreich A.* (Germany) On the concept and types of trademarks 27
- Dietz A.* (Germany) The right of integrity in the system of author's moral rights 81
- Maggs P.* (USA) On the legal protection of know-how in the Russian legislation 103

## LAW AND EDUCATION

- Manov A. G.* The course of political and legal theory: new approaches 118

# КОНСТИТУЦИЯ, СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

**А. Г. ДЕЙНЕКО**

*Государственная классическая Академия имени Маймонида, заведующий кафедрой публично-правовых дисциплин, кандидат юридических наук (115035, г. Москва, ул. Садовническая, д. 52/45, тел. (495) 439-14-70)*

## КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

**Ключевые слова:** Конституция; киберпространство; права человека; Интернет

**Аннотация:** В данной статье анализируются возможные направления совершенствования Конституции РФ в условиях развития сети Интернет.

12 декабря 2013 г. исполнилось 20 лет со дня принятия Конституции Российской Федерации<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации, принята всенародным референдумом 12 декабря 1993 (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 № 7-ФКЗ, от 05 февраля 2014 № 2-ФКЗ) // Официальный Интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>

Данному событию, чрезвычайно важному не только для российского права, но и для российского государства, в последнее время было посвящено множество публикаций видных российских ученых-конституционалистов<sup>1</sup>. Авторы указанных публикаций рассказывают не только о прошедшей эволюции конституционно-правовых институтов, но и о тех возможных изменениях, которые может претерпеть Конституция РФ в ближайшем будущем.

В качестве одной из актуальных проблем современного конституционализма многие авторы называют действие конституционных норм в новом пространственном измерении – киберпространстве. Можно согласиться с тезисом проф. М. А. Федотова о том, что, несмотря на сравнительную «молодость» Конституции РФ, «...быстро меняющиеся реалии информационного общества уже превратили ее в Основной закон прошлого века, ибо в ней крайне скудно представлены основополагающие принципы права, пригодные для формирования права киберпространства»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> В качестве теоретической базы для написания данной статьи послужили следующие публикации: *Зорькин В. Д.* Право в условиях глобальных перемен: Монография М.: Норма, 2013; *Чиркин В. Е.* Двадцать лет Конституции России // Гражданин и право. 2013. № 11; *Шахрай С. М.* О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М.: Наука, 2013.

<sup>2</sup> *Федотов М. А.* Обретет ли Конституция свое Интернет-измерение? // Теория и практика российского конституционализма: Сборник докладов научно-практической конференции, посвященной 75-летию со дня рождения



Данная статья преследует своей целью формулирование и анализ отдельных концептуальных предложений по совершенствованию Конституции РФ, связанных с развитием информационно-телекоммуникационных сетей в российском обществе. Появление и развитие Интернет-технологий по праву можно признать одной из важнейших технических революций XX века. Немыслимые ранее скорости коммуникации и доступа к информации существенным образом изменили характер общественных отношений во всем мире.

Как известно, конституции в целом характеризуются двойственным функциональным назначением. С одной стороны, конституция закрепляет, (буквально – конституирует) те основные принципы общественной жизни и государственного устройства, которые объективно существуют в конкретном государстве, а с другой стороны, при помощи норм-целей и норм-лозунгов устанавливает векторы развития для государства и общества на определенном историческом этапе.

В этой связи, те возможные направления совершенствования российской Конституции, которые предполагается сформулировать в данной статье, будут также преследовать как минимум, две цели: с одной стороны, конституционно закрепить уже существующие достижения научного прогресса в сфере Интернет – коммуникаций, а с другой – наметить новые пути достижения уже закрепленных в Конституции РФ целей, например, рассмат-

ривать создание информационного общества, как один из этапов построения демократического правового государства. Вместе с тем, следует отметить, что целью данной статьи не является выработка правовых норм «на будущее», поскольку, как показывает практика, без реальной основы в виде фактических общественных отношений такие нормы обречены стать «мертворожденными»<sup>1</sup>.

Как известно, Конституция РФ является системообразующим элементом в российской правовой системе, в соответствии с которым разрабатываются и принимаются все новые нормативно-правовые акты. Для правового регулирования отношений, происходящих в сети Интернет и других информационно-телекоммуникационных сетях, здесь не должно быть исключений. Следовательно, как отмечает проф. М. А. Федотов, «пока Конституция не обретет своего Интернет-измерения, всякие попытки правового регулирования деятельности в киберпространстве методами национального законодателя обречены на неудачу»<sup>2</sup>.

Одним из первых концептуальных предложений применительно к гл. 1 Конституции РФ может

---

<sup>1</sup> В качестве примера можно привести Федеральный закон «Об участии в международном информационном обмене» от 04 июля 1996 г. № 85-ФЗ, утративший силу 8 августа 2006 г. – *прим. авт.*

<sup>2</sup> *Федотов М. А.* Обретет ли Конституция свое Интернет-измерение? // Теория и практика российского конституционализма: Сборник докладов научно-практической конференции, посвященной 75-летию со дня рождения академика О. Е. Кутафина, 26 июня 2012 / Отв. ред. В. И. Фадеев. М.: Издательский центр Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2013. С. 35.

стать закрепление информационного общества, как одной из основ конституционного строя России. Сегодня понятие «информационное общество» не упоминается в Конституции РФ, но в то же время она содержит целый ряд норм-целей, определяющих Россию как «правовое, демократическое государство»<sup>1</sup>, «социальное государство»<sup>2</sup> и т. д. Концепция информационного общества уже нашла свое отражение в ряде нормативно-правовых актов, став вначале основой Стратегии развития информационного общества в России<sup>3</sup>, а затем базой для государственной программы «Информационное общество»<sup>4</sup>. Включение принципа развития информационного общества в российскую конституцию создаст дополнительные правовые предпосылки для развития данной государственной программы.

Вторым концептуальным предложением, применительно уже к гл. 2 Конституции РФ, устанавливающей основы правового статуса человека и гражданина в РФ, может стать признание права человека на доступ в Интернет и к другим информационно-телекоммуникационным сетям в каче-

---

<sup>1</sup> п. 1 ст. 1 Конституции РФ.

<sup>2</sup> п. 1 ст. 7 Конституции РФ.

<sup>3</sup> «Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации» (утверждена Распоряжением Президента Российской Федерации от 7 февраля 2008 г. № Пр-212) // Российская газета. 2008. 16 фев. № 34.

<sup>4</sup> Государственная программа Российской Федерации «Информационное общество (2011–2020 годы)» (утверждена Распоряжением Правительства Российской Федерации от 20 октября 2010 г. № 1815-р // СЗ РФ. 2010. № 46. Ст. 6026.

стве одного из основных прав человека. В 2011 г. Организация Объединенных Наций в своем специальном докладе<sup>1</sup> признала право на доступ в Интернет неотъемлемым правом человека. Если право на свободный доступ к информационно-телекоммуникационным сетям, а также право создавать информацию и свободно ей обмениваться станут неотъемлемой частью правового статуса человека и гражданина в Российской Федерации, а впоследствии и в правовых системах других демократических стран, это создаст предпосылки для их дальнейшего международного закрепления, в частности, во Всеобщей Декларации Прав Человека<sup>2</sup>.

В контексте защиты прав человека первостепенное значение будет иметь не просто сам факт признания права на доступ в Интернет, а то, что данный шаг создает конституционно-правовые гарантии, препятствующие отключению или ограничению доступа граждан к сети Интернет. Речь в данном случае не идет о том, что доступ к Интернет-ресурсам, содержащим информацию, запрещенную законом, не должен ограничиваться<sup>3</sup>, речь

---

<sup>1</sup> Специальный доклад Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 16 мая 2011 г. № А/РКС/1727 // <http://goo.gl/MDjS7>; см. также: <http://www.rg.ru>

<sup>2</sup> Всеобщая декларация прав человека, принятая Резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 10 декабря 1948 г. // Российская газета. 1995. 5 апр. № 67.

<sup>3</sup> По нашему мнению, доступ к сетевым ресурсам, содержащим пропаганду употребления наркотиков, пропагандирующим терроризм, или распространяющим детскую

идет о недопустимости произвольного и безосновательного блокирования электронных СМИ, в том числе, расположенных в международных и иностранных доменных зонах. К сожалению, подобная практика сегодня имеет место, в первую очередь, при освещении СМИ разного рода политических и военных конфликтов. Именно после признания права человека на доступ к информационно-телекоммуникационным сетям нормы о запрете цензуры могут получить свое дальнейшее развитие.

Также в последнее время крайне актуальными становятся вопросы развития демократических институтов в киберпространстве, в частности, институтов прямой демократии – референдума и выборов. В 2010 г. в России появилась концепция т. н. «облачной демократии», согласно которой в будущем при помощи методов электронной коммуникации граждане смогут (при наличии соответствующей правовой базы) решать актуальные вопросы общественной жизни прямым волеизъявлением в киберпространстве. Таким образом, в условиях развития Интернет-технологий понятие прямых методов демократии приобретает новый, буквальный оттенок<sup>1</sup>.

Право граждан на участие в управлении делами государства, закрепленное в ст. 32 Конституции РФ, является важнейшей основой демократического государства. Однако, процедуры выборов и ре-

---

порнографию, может и должен ограничиваться – *прим. авт.*

<sup>1</sup> Подробнее: Волков Л., Крашенинников Ф. Облачная демократия. Екатеринбург, 2010 // <http://www.cdem.ru>

ферендума, закрепленные в избирательном законодательстве России<sup>1</sup> (и других современных стран) обладают существенными недостатками, это в первую очередь, большие временные и финансовые издержки. Проведение референдума в современных условиях является затратным мероприятием для государственного бюджета, а сложность и длительность процедуры организации референдума фактически ставят под сомнение наличие у граждан РФ реальных возможностей для реализации конституционного права на участие в управлении делами государства. За 20 лет, которые прошли с момента принятия Конституции РФ, ни одного федерального референдума в нашей стране так и не состоялось. Проведение 16 марта 2014 г. исторического референдума о статусе Республики Крым резко повысило актуальность вопроса о правовых механизмах непосредственной демократии.

В настоящее время в сети Интернет функционируют несколько сайтов, основанных на принципах «облачной демократии», однако правовой базой на федеральном уровне обладает лишь сайт «Российской общественной инициативы»<sup>2</sup> (далее – РОИ),

---

<sup>1</sup> Имеется в виду Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ (в ред. от 13 апреля 2014 г.) // Российская газета. 2002. 15 июня. № 106 и ряд других законов – *прим. авт.*

<sup>2</sup> Сайт [www.roi.ru](http://www.roi.ru) создан в соответствии с Указом Президента Российской Федерации «О рассмотрении общественных инициатив, направленных гражданами Российской Федерации с использованием Интернет-ресурса

на котором граждане могут публиковать и голосовать за различные законодательные инициативы на региональном и на федеральном уровне. За год работы РОИ Интернет-пользователями было выдвинуто и поддержано более 3 тысяч инициатив.

Проведение референдумов на подобных Интернет-ресурсах могло бы минимизировать временные и организационные издержки и практически свести к нулю финансовые затраты. Вместе с тем, любому механизму, основанному на Интернет-технологиях, присущи такие проблемы киберпространства, как трансграничность, которая в данном случае выражается в невозможности определить гражданство конкретного пользователя, и анонимность, т. е. невозможность идентифицировать пользователя, как такового. В этой связи до решения указанных проблем проведение императивных референдумов при помощи РОИ не представляется обоснованным. Вместе с тем РОИ и аналогичные ресурсы в ближайшем будущем могут стать площадкой для проведения консультативных референдумов, решение по которым не влечет никаких правовых последствий. Важным импульсом для развития таких механизмов могло бы стать внесение изменений в ст. 32 Конституции РФ, предусматривающих, что участие граждан в управлении делами государства может осуществляться в том числе, при помощи сети Интернет. В этой связи, пожалуй, наиболее перспективной областью, в которой могут найти свое применение новые механизмы «облачной демократии», является местное

---

«Российская общественная инициатива» от 4 марта 2013 г. № 183. // СЗ РФ. 2013. № 10. Ст. 1019.

самоуправление. Во-первых, это удобно с точки зрения сравнительно небольшого количества жителей муниципальных образований, а во-вторых, решение вопросов местного значения гораздо легче контролировать.

Следует также заметить, что выдвижение «народной инициативы», в т. ч. конкретного законопроектного предложения посредством РОИ во все не означает его рассмотрения Федеральным Собранием Российской Федерации, поскольку с правовой точки зрения данная инициатива является коллективным обращением граждан и должна рассматриваться в соответствии с нормами законодательства о рассмотрении обращений граждан и организаций<sup>1</sup>. В ходе дальнейшего формирования практики работы РОИ возможно будет поставить вопрос о включении в Конституцию РФ нового субъекта законодательной инициативы в виде коллектива авторизованных пользователей численностью не менее ста тысяч человек.

Что же касается результата законодательного процесса, то ст. 107 Конституции РФ устанавливает, что принятый Федеральный закон подлежит обнародованию после подписания его Президентом Российской Федерации. При этом данная статья не устанавливает обязанности публикации принимаемых нормативно-правовых актов в сети Интернет. На практике это приводит к тому, что граждане Российской Федерации не всегда могут

---

<sup>1</sup> Федеральный закон «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ (в ред. от 2 июля 2013 г.) // Российская газета. 2006. 5 мая.



получить доступ к действующим нормативным актам, особенно если речь идет о региональном законодательстве.

На федеральном уровне данный вопрос был решен только 21 октября 2011 г., когда в законодательство, регулирующее порядок опубликования нормативно-правовых актов, были внесены изменения<sup>1</sup>, наделившие статусом официального публикатора правовых актов Официальный Интернет-портал правовой информации [www.pravo.gov.ru](http://www.pravo.gov.ru). Для регионального же законодательства подобных Интернет-порталов в настоящее время не существует. В развитие конституционного права на свободный доступ к информации, установленного ст. 29 Конституции РФ, представляется целесообразным закрепить в гл. 5 Конституции РФ обязательность публикации всех принимаемых нормативных актов на официальных Интернет-порталах правовой информации (на федеральном, региональном и местном уровнях) и обеспечения к ним бесплатного круглосуточного доступа для всех пользователей сети Интернет.

Еще одним направлением совершенствования Конституции РФ в контексте данной статьи может стать работа по корректировке формулировок, которые могут допускать двусмысленное или неоднозначное толкование. Одним из примеров такой

---

<sup>1</sup> Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» от 21 октября 2011 г. № 289-ФЗ // Российская газета. 2011. 24 окт.

формулировки может служить ст. 71 Конституции РФ, в которой перечислены вопросы, составляющие предмет исключительного ведения Российской Федерации. Пункт «и» данной статьи устанавливает, что к ведению Российской Федерации относятся «федеральная информация и связь». Такая формулировка с теоретической точки зрения допускает существование иных видов информации и связи, например, региональной или муниципальной информации и связи, однако такая классификация неизвестна российскому праву. Вариантов устранения данной неточности как минимум, два: либо дополнить законодательство новыми, ранее неизвестными юридической науке видами информации и связи, либо исключить из данной нормы слово «федеральной», признав тем самым трансграничный характер отношений в информационно-телекоммуникационных сетях.

Вышеописанные предложения по изменению и дополнению Конституции РФ вовсе не означают необходимости проведения незамедлительной конституционной реформы. Названные предложения, по нашему мнению, могут быть реализованы в рамках общей концепции реформирования российского законодательства с целью создания широкой правовой базы для нормативного регулирования отношений, происходящих в информационно-телекоммуникационных сетях. В этой связи одним из ключевых выводов данной статьи является тезис о необходимости более системного, концептуального подхода к правовому регулированию рассмотренных общественных отношений.

Библиографический список:

1. *Зорькин В. Д.* Право в условиях глобальных перемен: Монография М.: Норма, 2013.
2. *Чиркин В. Е.* Двадцать лет Конституции России // Гражданин и право. 2013. № 11.
3. *Шахрай С. М.* О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М.: Наука, 2013.
4. *Федотов М. А.* Обретет ли Конституция свое Интернет-измерение? // Теория и практика российского конституционализма: Сборник докладов научно-практической конференции, посвященной 75-летию со дня рождения академика О. Е. Кутафина, 26 июня 2012 / Отв. ред. В. И. Фадеев. М.: Издательский центр Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2013.
5. *Волков Л., Крашенинников Ф.* Облачная демократия. Екатеринбург, 2010 // <http://www.cdem.ru>

## **А. В. ЗАРУБИН**

*Волгоградский областной суд, председатель судебной коллегии по гражданским делам, кандидат юридических наук, доцент (400066, г. Волгоград, пр-т Ленина, д. 8; тел.: (8442) 38-21-98; oblsud@rambler.ru)*

### **СУЖДЕНИЯ СУДЬИ О СУДЕ (ОБЗОР ПРАКТИКИ ЕСПЧ)**

**Ключевые слова:** суд; свобода выражения мнения; права человека; информация; идея

**Аннотация:** В статье рассматривается понятие пределов реализации свободы выражения мнения судьей о суде на основании практики Европейского суда по правам человека

Свобода выражения мнения закреплена в п. 1 ст. 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция). Пределы её реализации чрезвычайно широки. Как указывает Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ, Европейский суд) право на свободу выражения мнения распространяется не только на «информацию» или «идеи», которые благосклонно принимаются или считаются безвредными или нейтральными, но также на оскорбляющие, шокирующие или причиняющие беспокойство (Постановление Европейского Суда от 23 апреля 1992 г. по делу «Кастельс против Испании» (Castells v. Spain) и др.). Оно включает, помимо прочего, право на добросовест-

ное распространение информации по вопросам, представляющим всеобщий интерес, даже если такая информация содержит порочащие высказывания о частных лицах (Постановление Большой Палаты по делу «Бладет Тромсе и Стенсос против Норвегии» (Bladet Tromse and Stensaas v. Norway), жалоба № 21980/93).

Вместе с тем, сама Конвенция устанавливает случаи, когда осуществление свободы слова может быть ограничено (п. 2 ст. 10 Конвенции). Один из них касается обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия<sup>1</sup>.

Как отмечает ЕСПЧ система правосудия – учреждение, жизненно важное для любого демократического общества. Следует учитывать и ту особую роль, которую играет в обществе судейский корпус. В качестве гаранта правосудия, основополагающей ценности в правовом государстве, он должен пользоваться общественным доверием, если намерен и далее успешно выполнять свои обязанности. Поэтому может оказаться нужным защитить такое доверие от ничем не обоснованных нападков, особенно имея в виду то обстоятельство, что на судьях лежит долг сдержанности, не позволяющий им отвечать на критику (Постановление ЕСПЧ по делу «Прагер и Обершлик против Австрии» (Prager and Oberschlick v. Austria) от 22 марта 1995 г.) Доверие, которое суды в демократическом обществе должны внушать обвиняемым, когда речь идет об уголовном разбирательстве, и общественности в целом, находится в зависимости от защиты авто-

---

<sup>1</sup> *Потапенко С. В.* О роли СМИ в обеспечении авторитета и беспристрастности правосудия // Труды по интеллектуальной собственности. 2012. № 1. (Том. X).

ритета правосудия (Постановление Европейского Суда от 24 февраля 1993 г. по делу «Фей против Австрии» (Fej v. Austria)).

Нападки на суд могут последовать от кого угодно. Наиболее часто это участники судебного разбирательства, а также средства массовой информации. Недовольство судами участниками процесса – событие ординарное и мало кто обращает на него серьезное внимание. К критике суда средствами массовой информации общественность тоже понемногу привыкла. Прошло довольно большое количество времени с момента провозглашения гласности и возможности прессы писать что угодно и о чем угодно, поэтому у наших сограждан уже выработался своеобразный «иммунитет» вместе с пониманием того, что журналист – профессия творческая. Статьи должны быть живы и привлекательны, сухое изложение фактов читается плохо. Другое дело, если негативная информация о судах распространяется судьями. Как верно отметил судья ЕСПЧ Г. Николау «следует учитывать, что публичные высказывания судьи могут иметь значительное воздействие, поскольку общественность, естественно, считает мнение судьи взвешенным и достоверным; тогда как, например, всем понятно, что журналист, который рассматривается как общественный контролер, может иногда допускать провокационный тон или иметь предрасположенность к преувеличению, в связи с чем для него допустима большая свобода» (особое мнение судьи Г. Николау по делу «Дело «Кудешкина (Kudeshkina) против Российской Федерации»).

ЕСПЧ уже давно высказался о том, что каждый государственный служащий свободен в своем

мнении, поскольку на него распространяет свое действие ст. 10 Конвенции, но, вместе с тем, необходимо учитывать, что работники связаны обязательством лояльности, сдержанности и осмотрительности в отношении своего работодателя. Это особенно справедливо в отношении государственных служащих, поскольку сам характер государственной службы требует, чтобы государственный служащий был связан обязательством лояльности и осмотрительности (Постановлении Европейского Суда по правам человека от 26 сентября 1995 г. по делу «Фогт (Vogt) против Германии»). Соответственно, раскрытие государственным служащими информации, полученной в ходе работы, даже по вопросам, представляющим всеобщий интерес, следует рассматривать в свете их обязанности сохранения лояльности и осмотрительности (Постановлении ЕСПЧ от 12 февраля 2008 г. по делу «Гуджа (Guja) против Молдавии»).

Европейский Суд полагает, что несмотря на то, что судебный корпус не является частью обычной гражданской службы, тем не менее, входит составной частью в государственную службу. Судья имеет особую ответственность в сфере отправления правосудия, через которую государство осуществляет свои суверенные полномочия. Следовательно, судья непосредственно участвует в осуществлении полномочий, переданных ему публичной властью, и несет обязанности по защите интересов государства (Решение ЕСПЧ от 08 февраля 2001 г. «По вопросу приемлемости жалобы №47936/99 «Галина Питкевич (Galina Pitkevich) против Российской Федерации»).

Учитывая особое место, принадлежащее судебным органам среди государственных органов в демократическом обществе, Европейский Суд придерживается того мнения, что это особенно прослеживается в деле об ограничении свободы судьи выражать свое мнение применительно к осуществлению им своих должностных функций (Решение ЕСПЧ от 08 февраля 2001 г. «По вопросу приемлемости жалобы №47936/99 «Галина Питкевич (Galina Pitkevich) против Российской Федерации»).

По этой причине Европейский Суд считает, что должностные лица, работающие в судебной сфере, обязаны демонстрировать сдержанность при осуществлении свободы выражения мнения во всех случаях, когда авторитет и беспристрастность правосудия могут быть поставлены под сомнение (Постановление ЕСПЧ от 28 октября 1999 г. «Дело «Вилле (Wille) против Лихтенштейна»»).

Итак, судья, как лицо облеченное государственными полномочиями, должен быть лоялен по отношению к власти, в первую очередь – судебной, и быть сдержанным в её оценках, дабы не допустить умаления авторитета суда. Вместе с тем, судья, как и любой другой государственный служащий, не лишен свободы слова. Более того, если её реализация преследует общественно-значимые цели, она становится необходимой. Вот что указывает в одном из своих постановлений<sup>1</sup> Конституционный

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 30 июня 2011 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности положений п. 10 ч. 1 ст. 17 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и статьи 20.1 Закона Российской Федерации «О ми-



Суд Российской Федерации со ссылками на практику ЕСПЧ: над обязанностью государственных служащих воздерживаться от негативных оценок власти иногда может превалировать заинтересованность общества в получении конкретной информации, необходимой для осуществления контроля за функционированием органов государственной власти в демократических системах, по вопросам, представляющим общественное значение, затрагивающим проблемы социально-экономического развития, совершенствования работы государственного аппарата, борьбы с преступностью, коррупцией и т. п. (Постановления Большой палаты ЕСПЧ от 21 января 1999 г. по делу «Фрессоз (Fressoz) и Руар (Roir) против Франции» и др.)

Помимо содержания публичного высказывания, суждения, оценки к критериям, обуславливающим ограничение свободы выражения государственным служащим своего мнения, относится достоверность сообщенной им информации (Постановление ЕСПЧ от 23 апреля 1992 г. по делу «Кастелльс (Castells) против Испании»). Кроме того, необходима оценка возможного ущерба, который мог быть причинен властям (государственным интересам) публичным высказыванием государственного служащего, и сопоставление его объема с возможным положительным эффектом, который может быть достигнут в результате предания гласности соответствующей информации. Имеет значение и наличие у государственного служащего иных эффективных средств для исправления нарушения, о

---

лиции» в связи с жалобами граждан Л. Н. Кондратьевой и А. Н. Мумолина» // Российская газета. 2011. 13 июл.

котором он намеревался сообщить (Постановление ЕСПЧ от 16 декабря 1992 г. по делу «Хаджианастассиу (Hadjianastassiou) против Греции» и др.)

Реализация государственным служащим права на свободу выражения своего мнения может признаваться правомерной и соответствующей принципам, закрепленным в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, только в том случае, когда нарушение публичным высказыванием возложенных на него ограничений обусловлено общественными интересами, а не достижением личных целей, связанных, в том числе, с обидой, неприязнью, ожиданием личной выгоды и т. п. (решение Европейской комиссии по правам человека от 13 мая 1992 г. по жалобе «Хейзлдайн (Haseldine) против Соединенного Королевства», Постановлении ЕСПЧ от 12 февраля 2008 г. по делу «Гуджа (Guja) против Молдавии»).

Из этого Конституционный Суд Российской Федерации заключает<sup>1</sup>, что Европейский Суд исходит из того, что правовое положение государственного служащего, которое предопределяется его непосредственной связью с государством и требует сдержанности и лояльности при выполнении возложенных на него специфических обязанностей государственной службы, обуславливает и соблюдение им – в отличие от других граждан – определенных правил при публичном выражении своего мнения по вопросу, представляющему общественный интерес, в том числе, если это касается нарушений, допущенных государственным органом или должностным лицом, и если при невозможно-

---

<sup>1</sup> Там же.

сти иного – внутри самой системы государственной власти – реагирования на эти нарушения государственный служащий дает им публичную оценку, которая в таких случаях должна быть аргументированной, основанной на реальных фактах (обстоятельствах) и учитывающей последствия обнародования соответствующей информации.

Применив указанные выше выводы к судье, можно заключить, что он должен воздерживаться от публичной критики судебной власти в целом. Так, рассматривая одно из дел ЕСПЧ отметил, что заявители не просто причинили вред репутации отдельных представителей судебной системы, они подорвали доверие общества к честности судебной власти в целом (Постановление ЕСПЧ по делу «Прагер и Обершлик против Австрии» (Prager and Oberschlick v. Austria) от 22 марта 1995 г.) Впрочем, данное замечание не касается научной деятельности судьи о чем, правда косвенно, можно судить по делу «Вилле (Wille) против Лихтенштейна» (Постановление ЕСПЧ от 28 октября 1999 г.)

Если судье известны конкретные факты нарушения внутри системы правосудия, которые подтверждаются достоверными доказательствами, он должен сообщить об этом руководству либо органам судейского сообщества. Вынесение той или иной проблемы на публичное обсуждение возможно только если использование «внутрикорпоративных» механизмов оказалось неэффективным, либо если предмет дискуссии имеет большое общественное значение. Но в любом из этих случаев судьей не должны руководить мотивы личной выгоды, мести и тому подобное.

Отдельно ЕСПЧ отмечает, что выход за пределы допустимой критики не должен влечь за собой уголовное преследование судьи либо другую несоизмеримую реакцию в отношении него, ибо это может оказать «сдерживающее воздействие» на судей, желающих принять участие в публичной дискуссии об эффективности судебных институтов (Постановление ЕСПЧ от 26 февраля 2009 г. по делу «Кудешкина (Kudeshkina) против Российской Федерации»).

Кодекс судейской этики, утвержденный на очередном VIII Всероссийском съезде судей в декабре 2012 г., в главе «Принципы и правила профессионального поведения судьи» содержит ст. 13 «Взаимодействие со средствами массовой информации», где, в частности, отмечается, что судья должен способствовать профессионально грамотному освещению в средствах массовой информации работы суда и судей, так как это не только помогает формированию правосознания граждан и укреплению доверия к суду, повышению авторитета правосудия, но и содействует выполнению средствами массовой информации их важной общественной функции по информированию граждан обо всех социально значимых событиях.

Библиографический список:

1. *Потапенко С. В.* О роли СМИ в обеспечении авторитета и беспристрастности правосудия // Труды по интеллектуальной собственности. 2012. № 1. (Том. X).

# ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

## А. ХИММЕЛЬРАЙХ

*Институт Восточно-Европейского права, Мюнхен/Регенсбург, Германия, руководитель отдела права России, Украины и стран СНГ, доктор права, профессор (93047, Германия, г. Регенсбург, Ландсхатер, д. 4)*

## К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ И ВИДАХ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ\*

**Ключевые слова:** товарный знак; Гражданский кодекс; товар; исключительное право; свидетельство

**Аннотация:** В настоящей статье рассматривается понятие товарного знака, как оно определено в Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – Ч4 ГК РФ), а также вопрос о видах товарных знаков.

---

\* Настоящая статья подготовлена на основе материалов научного комментария к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, разрабатываемого Кафедрой ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности (2007–2014 гг.) Все ссылки на нормативно-правовые акты, судебную практику и научные источники актуализированы по состоянию на 1 июня 2014 г.

Понятие товарного знака закреплено в п. 1 ст. 1477 ГК РФ: *«На товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак (статья 1481)»*. В свою очередь, виды товарных знаков перечислены в п. 1 ст. 1482: *«В качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации»*.

## **I. Понятие товарного знака**

### **1. Новизна нормы**

До вступления в силу Ч4 ГК РФ соответствующие ст. 1477 правила были изложены в ст. 1 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках и знаках обслуживания» (далее – ЗоТЗ): «Товарный знак и знак обслуживания (далее – товарный знак) – обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг (далее – товары) юридических или физических лиц».

В отличие от ст. 1 ЗоТЗ ст. 1477 ГК РФ, во-первых, четко разделяет товарные знаки (п. 1) и знаки обслуживания (п. 2), распространяя на последние правила о товарных знаках, но не буквально, а «соответственно».

Во-вторых, отличие от ст. 1 ЗоТЗ в п. 1 ст. 1477 прямо указывается, что только зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей физические лица могут быть обладателями исключительного права на товарный знак. Такое

ограничение круга физических лиц, способных быть правообладателями товарных знаков, является по сравнению с нормой ст. 1 ЗоТЗ проявлением большей последовательности с точки зрения соблюдения правил законодательной техники.

2. Сопряжение нормы с другими правовыми нормами

В ст. 1477 ГК РФ определены общие требования охраноспособности обозначения как товарного знака. Действие этих правил распространяется не только на индивидуальные товарные знаки, но и на регулируемые в подразделах 4 и 5 § 2 гл. 76 Ч4 ГК РФ общеизвестные товарные знаки (ст.ст. 1508, 1509 ГК РФ) и коллективные знаки (ст.ст. 1510, 1511 ГК РФ).

Товарные знаки и знаки обслуживания (§ 2) вместе с правом на фирменное наименование (§ 1), правом на наименование места происхождения товара (§ 3) и правом на коммерческое обозначение (§ 4) относятся к средствам индивидуализации гл. 76 Ч4 ГК РФ. В абз. 1 п. 1 ст. 1225 ГК РФ в ред. Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ<sup>1</sup> средства индивидуализации приравниваются к результатам интеллектуальной деятельности. В соответствии с пп. 14 п. 1 ст. 1225 ГК РФ товарные знаки и знаки обслуживания являются охраняемыми объектами интеллектуальной собственности.

Товарный знак обеспечивает юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю, на имя которого он зарегистрирован в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания, исключительное право на него. Содержание и объ-

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2006. № 52 (Ч. 1). Ст. 5497.

ем данного права определяются подробно в ст. ст. 1484 и 1229 ГК РФ.

### 3. Объекты правоотношений

Объектами общественных отношений, регулируемых ст. 1477 ГК РФ, являются не только товарный знак и знак обслуживания, но также упоминаемое здесь свидетельство на товарный знак, которое удостоверяет приоритет товарного знака и исключительное право на товарный знак в отношении товаров, указанных в свидетельстве.

3.1. Хотя в § 2 гл. 76 Ч4 ГК РФ отсутствует единое и всеобъемлющее определение понятия «товарный знак», из содержания ст. 1477 можно вывести несколько критериев, которым обозначение должно удовлетворять для того, чтобы быть признано товарным знаком. Прежде всего, обратим внимание на то, что законодатель говорит об индивидуализирующей функции товарного знака как о его основной функции. При этом он определяет виды товарных знаков (ст. 1482) и основания возникновения исключительного права на товарный знак (ст. 1479).

3.2. Не все мыслимые обозначения могут получить статус товарного знака. Правовой охране подлежат только те обозначения, которые соответствуют требованиям ст. 1477 ГК РФ. Товарный знак служит для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, а знак обслуживания для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг. В свою очередь, индивидуализация предполагает способность обозначения



обеспечивать различение товаров, работ или услуг одного лица от товаров, работ или услуг другого лица<sup>1</sup>.

Параллельное использование в ст. 1477 ГК РФ терминов «товарный знак» и «знак обслуживания» в зависимости от объекта обозначения не имеет значения для правовой охраны самого обозначения, так как п. 2 ст. 1477 четко определяет, что правила Кодекса о товарных знаках соответственно применяются к знакам обслуживания. Знаки обслуживания пользуются той же правовой охраной и подлежат тому же правовому регулированию, что и товарные знаки<sup>2</sup>.

На практике указанное разграничение между товарным знаком и знаком обслуживания, как пра-

---

<sup>1</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 1. С. 12. *Корчагин А. Д., Орлова В. В., Горленко С. А.* Постатейный комментарий к Закону Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // Интеллектуальная собственность. Документы и комментарии. 2004. № 2–3. Ст. 1. С. 11.

<sup>2</sup> *Городов О.А.* Право промышленной собственности: Учебник. М.: Статут, 2011. С. 444. *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 64. К ранее существовавшему разделению товарного знака и знака обслуживания в соответствии с требованиями их использования согласно ст. 22 ЗоТЗ см.: *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 46 и сл.

вило, теряет значение еще и потому, что одно и то же обозначение может быть зарегистрировано на имя одного и того же правообладателя, как по классу товаров, так и по классу услуг<sup>1</sup>. Поэтому практическое значение этого формального разграничения проявляется в основном при составлении перечня товаров или услуг, в отношении которых испрашивается государственная регистрация соответственно товарного знака или знака обслуживания (см. пп. 3 п. 3 ст. 1492 ГК РФ), и при определении области правовой охраны обозначения в соответствии с п. 3 ст. 1484 ГК РФ.

3.3. Из п. 1 ст. 1477 ГК РФ можно вывести три критерия охраноспособности обозначения как товарного знака. Под обозначением понимается условное обозначение, служащее для индивидуализации товаров, работ или услуг конкретного лица и при этом способное отличать их от товаров, работ или услуг другого лица. Вопрос о соответствии заявленного обозначения данным требованиям решается согласно абз. 2 п. 1 ст. 1499 ГК РФ в ходе проведения экспертизы федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Первым критерием является условность обозначения, требование которого предполагает, что обо-

---

<sup>1</sup> *Городов О. А.* Право промышленной собственности: Учебник. М.: Статут, 2011. С. 444. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 606. *Петров И. А.* Охрана товарных знаков в Российской Федерации: Учеб.-практ. пособие. М.: Дело, 2002. С. 65.

значение является отвлеченным по отношению к обозначаемым им товарам, работам или услугам и функционально независимым от них<sup>1</sup>. Это имеет место тогда, когда возможно мысленно абстрагировать само обозначение от обозначаемых им товаров, работ или услуг<sup>2</sup>.

Далее следует, что обозначение, которое изначально и независимо от конкретных товаров, работ или услуг не способно служить для индивидуализации, не может быть признано товарным знаком. Хотя в российском законодательстве – в отличие от европейского и немецкого законодательстве (см. об этом ниже) – этот критерий «абстрактной различительной способности» в рамках определения понятия товарного знака особо не выделяется, можно исходить из того, что обозначения, не обладающие такой «абстрактной различительной способностью» не могут быть объектом исключительного права в соответствии со ст. 1477 ГК РФ. Однако, предполагается, что практическое значение данного критерия незначительно, т. к. отсутствие конкретной различительной способности (которая определяется по отношению к конкретным товарам, работам или услугам, для которых товарный заявлен) в соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 1483 Ч4 ГК РФ является основанием для отказа в государственной регистрации товарного знака.

---

<sup>1</sup> *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 600.

<sup>2</sup> *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 49.

Третий критерий заключается в том, что обозначение должно служить для индивидуализации товаров, работ или услуг. Понятие «товары» в смысле п. 1 ст. 1477 ГК РФ трактуется широко. Оно включает в себя вещи<sup>1</sup>, находящиеся в гражданском обороте, а также ограниченно оборотоспособные вещи (см. ст. 129 ГК РФ)<sup>2</sup>. Понятие «товары» включает в себя не только движимые вещи, но и недвижимость. Понятие «товары» в смысле комментируемой статьи распространяется также на имущество, не относящееся к вещам, а также на имущественные права<sup>3</sup>. Понятия «работы» и «услуги» используются в п. 2 ст. 1477 ГК РФ как синонимы термина «услуги» в смысле деления на классы в соответствии с Ниццким соглашением о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 1957 г.<sup>4</sup> (далее – МКТУ). Термином «услуги» в указанном документе охватываются все без исключения виды хозяйственной деятельности, вне зависимости от того,

---

<sup>1</sup> *Петров И. А.* Охрана товарных знаков в Российской Федерации: Учеб.-практ. пособие. М.: Дело, 2002. С. 64.

<sup>2</sup> Товарный знак: Постатейный комментарий статей 1477–1515 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2010. Ст. 1477. С. 15. *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 1. С. 12.

<sup>3</sup> Там же. С. 12.

<sup>4</sup> Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. М., 1989.

связаны они или нет с материальным результатом<sup>1</sup>. Различение между «работами» и «услугами» в п. 2 ст. 1477 ГК РФ обусловлено использованием соответствующей терминологии части второй ГК РФ, где также говорится о «работах» и «услугах»<sup>2</sup>. Если осуществляемая деятельность связана с получением материального результата, то в ГК РФ используется термин «работа» (см. ст. 702 ГК РФ о договоре подряда). Если деятельность не связана с получением осязаемого материального результата, то в ГК РФ используется термин «услуга» (см. ст. 779 ГК РФ о договоре возмездного оказания услуг)<sup>3</sup>.

3.4. Некоторые авторы кроме того выделяют новизну обозначения в качестве дополнительного критерия его охраноспособности<sup>4</sup>. Новизна обо-

---

<sup>1</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 1. С. 13.

<sup>2</sup> *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 46.

<sup>3</sup> Гражданское право / Отв. ред. Е.А. Суханов. В 4-х т. Том III. 3-изд. М., 2005 С. 619. *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 46. *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 1. С. 13.

<sup>4</sup> *Гришаев С. П.* Интеллектуальная собственность: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2003. С. 177. *Калятин В. О.* Интеллектуальная собственность (Исключительные права): Учебник для вузов. М.: Статут, 2000. С. 351 и сл. *Ра-*

значения при этом, по мнению этих авторов, не предполагает, что обозначение должно быть обязательно оригинальным и неизвестным<sup>1</sup>. Новым обозначение является скорее тогда, когда оно не является тождественным или сходным до степени смешения с перечисленными в п.п. 6, 8 ст. 1483 ГК РФ товарными знаками, фирменными наименованиями или коммерческими обозначениями других лиц, имеющими более ранний приоритет, в отношении однородных товаров (работ или услуг), либо когда оно в соответствии с п. 7 ст. 1483 ГК РФ не является тождественным или сходным до степени смешения с наименованием места происхождения товаров, охраняемым в Российской Федерации в отношении любых товаров, либо когда оно не является тождественным с перечисленными в п. 9 ст. 1483 ГК РФ возникшими ранее правами других лиц<sup>2</sup>.

Таким образом, критерий новизны исчерпывающе регулируется п.п. 6–9 ст. 1483 ГК РФ, преду-

---

*бец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 48, 51 и сл. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 600 и сл. Гражданское право: Учебник: В 3-х т. Т. 3. 4-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 268.

<sup>1</sup> *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 600.

<sup>2</sup> Там же. С. 600 и сл. *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 51.

сматривающими, что при коллизии с возникшими ранее правами других лиц новое обозначение не может быть зарегистрировано в качестве товарного знака. Поэтому вопрос о том, является ли обозначение новым, решается не при установлении общей охраноспособности обозначения в соответствии со ст. 1477 ГК РФ, а только при проверке охраноспособности обозначения в соответствии со ст. 1483 ГК РФ в отношении конкретных заявленных товаров (работ или услуг).

3.5. Другие (кроме уже названных) критерии не связаны с общей охраноспособностью товарного знака в соответствии со ст. 1477 ГК РФ, в частности не требуется ни какого-то особенного художественного оформления, ни оригинальности обозначения. Точно так же не требуется никакой взаимосвязи между товарным знаком и предприятием правообладателя этого товарного знака, как это имело место в некоторых правовых системах (например, немецкое право до реформы 1994 г.)

Общая охраноспособность обозначения не предполагает также возможность его графического изображения. Хотя в соответствии с п. 3 ст. 1492 ГК РФ заявка на товарный знак должна содержать «описание заявляемого обозначения» и само «заявляемое обозначение». Но в данном случае речь идет о формальных предпосылках для регистрации товарного знака, а не о критериях общей охраноспособности товарного знака.

#### 4. Отечественная правоприменительная практика

4.1. Что касается правоприменительной практики, то требования, предъявлявшиеся к общей охраноспособности обозначения в соответствии со

ст. 1477 ГК РФ, не создавали никаких сложностей в процессе правоприменения. По-видимому, судебная практика рассматривает понятие способности индивидуализации только конкретно и применительно к уже заявленным или зарегистрированным товарам или услугам, т. е. как основание для отказа в государственной регистрации товарного знака или знака обслуживания в смысле абз. 1 п. 1 ст. 1483 ГК РФ. Принимая во внимание достаточно низкие требования к абстрактной способности индивидуализировать товары и/или услуги, практически исключаются ситуации, когда может быть отказано в регистрации из-за ее отсутствия у обозначения в рамках ст. 1477 ГК РФ. Самостоятельное значение данное понятие приобретает, во всяком случае, применительно к новым видам товарных знаков, таким как обонятельные и вкусовые обозначения, в случае с которыми еще не всегда бывает ясно, способны ли они вообще указывать на источник происхождения товара.

4.2. Вызывает сомнения высказывание Президиума ВАС РФ в Постановлении от 6 июля 2004 г. № 2606/04 применительно к товарному знаку «PHENAZEPAMUM»: «таким образом, для лекарственного средства функция товарного знака как указателя источника происхождения товара, поскольку это указание дается прямым путем, не является единственной»<sup>1</sup>. Данная формулировка вызывает впечатление, что важнейшая функция товарного знака состоит в указании на источник происхождения товара. Поскольку тем самым основная функция товарного знака сводилась бы

---

<sup>1</sup> Вестник ВАС РФ. 2004. № 11. С. 76. *Курсив наш* – А.Х.



только к указанию на источник происхождения товара, данная формулировка противоречила бы ст. 1 ЗоТЗ, согласно которой товарный знак – так же как и в соответствии со ст. 1477 ГК РФ – служит для индивидуализации товаров различных лиц, выполняемых ими работ или оказываемых ими услуг.

## 5. Оценка нормы в юридической науке

5.1. Из определения ст. 1477 ГК РФ вытекает основная функция товарного знака как средства для индивидуализации товаров, работ или услуг<sup>1</sup>. Наряду с различительной, или индивидуализирующей, функцией, в юридической литературе в качестве классических функций товарного знака называют функцию указания на источник происхождения товара, рекламную и гарантийную функции<sup>2</sup>. Иногда эти классические функции дополняются другими функциями, в частности,

---

<sup>1</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 1. С. 12. *Гаврилов Э. П., Еременко В. И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Издательство «Экзамен», 2009. Ст. 1477. С. 818.

<sup>2</sup> *Борохович Л., Монастырская А., Трохова М.* Ваша интеллектуальная собственность. СПб.: Питер, 2001. С. 156. *Городов О. А.* Право промышленной собственности: Учебник. М.: Статут, 2011. С. 439 и сл. *Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. Ст. 1477. С. 648. *Петров И. А.* Охрана товарных знаков в Российской Федерации: Учеб.-практ. пособие. М.: Дело, 2002. С. 12 и сл.

функцией коммуникации<sup>1</sup>. Так же, как и ранее в ЗоТЗ, названные функции – за исключением различительной функции – закреплены в правилах Ч4 ГК РФ о товарных знаках лишь отчасти.

Функция товарного знака как указателя источника происхождения товара находит свое выражение как в определении товарного знака в ст. 1477 ГК РФ, так и в основаниях для отказа в государственной регистрации товарного знака в пп. 1-4 п. 1 ст. 1483 ГК РФ, в соответствии с которыми не подлежат государственной регистрации как раз такие обозначения, которые не выполняют данную функцию. Функция указания на источник происхождения товара ослабляется тем не менее в пользу свободной отчуждаемости товарного знака без одновременного отчуждения связанного с ним предприятия, но при этом, однако, отчуждение товарного знака не допускается, если оно может явиться причиной введения потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя (п. 2 ст. 1488 ГК РФ). Рекламная деятельность предпринимателя приводит к тому, что, как правило, товарный знак вызывает у потребителей определенные ассоциации. В данном случае речь идет о рекламной и гарантийной функциях товарного знака. Рекламная функция при этом, присущая товарному знаку, сила внушения. Гарантийная функция подразумевает ответственность правообладателя товарного знака перед потребителем за каче-

---

<sup>1</sup> *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 60.

ство товара. Данная функция особенно хорошо выражена в п. 2 ст. 1489 ГК РФ<sup>1</sup>, в соответствии с которым лицензионный договор должен содержать условие о том, что качество производимых или реализуемых лицензиатом товаров, на которые он помещает товарный знак, должно быть не ниже, чем качество товаров лицензиара, а лицензиар вправе осуществлять контроль за соблюдением этого условия. Кроме того, положения данной статьи предусматривают солидарную ответственность лицензиата и лицензиара в случае нарушения условий лицензионного договора. Благодаря этому правилу должна быть снижена опасность того, что будет нарушено доверие потребителя к качеству товаров лицензиара.

В отличие от гарантийной функции, рекламная функция товарного знака не закреплена законодательно в правилах Ч4 ГК РФ о товарных знаках, так как последние не предоставляют товарному знаку никакой правовой защиты от неправомерного использования или ухудшения рекламной силы товарного знака. Соответствующая правовая охрана может быть только выведена из положений конкурентного права (см. ст. 14 Закон «О защите конкуренции»)<sup>2</sup>.

Функция коммуникации описывает коммуникационные отношения между правообладателем товарного знака и потребителем на основе товарного

---

<sup>1</sup> *Борохович Л., Монастырская А., Трохова М.* Ваша интеллектуальная собственность. СПб.: Питер, 2001. С. 156.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31 (Ч. 1). Ст. 3434.

знака<sup>1</sup>. Так же, как и рекламная функция, коммуникативная функция товарного знака не нашла правового закрепления в правилах Ч4 ГК РФ.

Практическое значение учения о функциях товарного знака минимально, так как различные функции получают правовую охрану постольку, поскольку это вытекает из правил § 2 гл. 76 Ч4 ГК РФ. Из заявляемой функции товарного знака, следовательно, не должны выводиться какие-либо требования, если они не могут быть обоснованы путем системного или телеологического толкования текста норм о товарных знаках. На наш взгляд, учение о функциях товарного знака имеет в итоге лишь описательное значение и не претендует на самостоятельное правовое содержание.

5.2. В литературе встречались и встречаются попытки дать определение понятию товарного знака. Так, еще Г. Ф. Шершеневич исходил из того, что «под именем товарного знака понимается тот знак, которым торговец отличает свои товары в отличие от товаров других лиц»<sup>2</sup>. С. И. Раевич рассматривал товарные знаки в качестве постоянных знаков, являющихся «все же чем-то извне прикрепленным, приданным товару, но отнюдь не составляющим часть его самого»<sup>3</sup>. В. М. Сергеев определял то-

---

<sup>1</sup> *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 60.

<sup>2</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) М.: Фирма «Спарк», 1995. С. 264.

<sup>3</sup> *Раевич С.И.* Исключительные права. Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. Л.: Госиздат, 1926. С. 15.

варный знак как «обозначение, используемое в установленном порядке для маркировки определенных видов товаров с целью их рекламы и отличия от однородных товаров других предприятий»<sup>1</sup>. В современной литературе А. П. Рабец предлагает свое определение товарного знака, которое звучит так: «товарный знак (знак обслуживания) – это обозначение, удовлетворяющее предъявляемым законодательством требованиям новизны и различительного характера и зарегистрированное в установленном порядке с целью рекламы и индивидуализации товаров (услуг) конкретного юридического лица или физического лица – предпринимателя среди однородных товаров (услуг) других юридических лиц или физических лиц – предпринимателей»<sup>2</sup>.

Конечно, может быть поставлено под сомнение то, необходимо ли вообще единое и всеобъемлющее определение понятия товарного знака, выходящее за рамки буквального текста ст. 1477 ГК РФ. Принимая во внимание обширность понятия «товарный знак», включение в закон его общего определения не имело бы большого смысла. Более того, представляется, что в ст. 1477 ГК достаточно описания условий охраноспособности обозначения как товарного знака.

---

<sup>1</sup> *Сергеев В.М.* Экспертиза товарных знаков. Л.: Изд-во ЛГУ, 1984. С. 10.

<sup>2</sup> *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 49.

6. Сопряжение нормы с нормами международно-го права

6.1. Соответствующее ст. 1477 ГК РФ правило содержится в первом предложении п. 1 ст. 15 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее – Соглашение ТРИПС), в соответствии с которым любое обозначение или любая комбинация обозначений, с помощью которых можно отличать товары или услуги одного предприятия от товаров или услуг другого предприятия, могут быть товарным знаком. В отличие от ст. 1477 ГК РФ, ст. 15 Соглашения ТРИПС не проводит различия между понятиями «товарный знак» и «знак обслуживания», а использует единое понятие «торговая марка» («trade mark») для обеих категорий обозначений.

6.2. В соответствии с п. 1 ст. 6 Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.<sup>1</sup> (далее – Парижская конвенция) условия подачи заявки и регистрации товарных знаков определяются в каждой стране Союза ее национальным законодательством.

После Лиссабонской конференции 1958 г. в Парижскую конвенцию была добавлена ст. 6<sup>sexies</sup>, которая обязала страны Союза охранять знаки обслуживания. Однако данная норма предоставляет знаку обслуживания лишь пониженную правовую охрану. Она не обязывает страны Союза предоставить в своих национальных правовых системах возможность регистрировать знаки обслуживания. Кроме того, ст. 6<sup>sexies</sup> Парижской конвенции не определяет условий правовой охраны знака об-

---

<sup>1</sup> Публикация ВОИС № 201 (R). Женева, 1996.

служивания и не приравнивает их к товарным знакам. Поэтому страны Союза вправе сами устанавливать форму и способы охраны знаков обслуживания; требованиям ст. 6<sup>sexies</sup> Парижской конвенции удовлетворяет также охрана знаков обслуживания в рамках конкурентного законодательства<sup>1</sup>.

6.3. В соответствии со ст. 2 Договора о законах по товарным знакам<sup>2</sup>, участником которого Российская Федерация является с 11 мая 1998 г.<sup>3</sup>, правила данного договора применяются также к знакам обслуживания. Указанное положение имеет большое практическое значение, поскольку в настоящее время не все страны регистрируют знаки обслуживания<sup>4</sup>. В соответствии со ст. 16 Договора государства-участники обязаны регистрировать знаки обслуживания и применять к ним положения Парижской конвенции, касающиеся товарных знаков.

## 7. Зарубежный опыт

7.1. Что касается зарубежного опыта, то так же, как и в ст. 15 Соглашения ТРИПС, в немецком Законе о товарных знаках понятие «торговая марка»

---

<sup>1</sup> *Fezer K.-H.* Markenrecht. 4. Aufl. München, 2009. Art. 6<sup>sexies</sup> PVÜ. Rn. 1.

<sup>2</sup> Публикация ВОИС № 225 (R). Женева, 1994.

<sup>3</sup> Постановление Правительства РФ от 1 декабря 1997 г. № 1503 «О принятии договора о законах по товарным знакам» // СЗ РФ. 1997. № 49. Ст. 5596.

<sup>4</sup> *Корчагин А. Д., Орлова В. В., Горленко С. А.* Постатейный комментарий к Закону Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // Интеллектуальная собственность. Документы и комментарии. 2004. № 2–3. Ст. 1. С. 11.

(«Marke») применяется как общее понятие для товарных знаков и знаков обслуживания, которые регулируются одинаковыми предписаниями и подлежат единой правовой охране. Основным критерий охраноспособности товарного знака регулируется п. 1 § 3 Закона о товарных знаках и предполагает, что обозначение должно отличать товары и услуги одного предприятия от товаров и услуг другого предприятия. П. 1 § 3 немецкого Закона о товарных знаках касается вопроса абстрактной охраноспособности товарного знака, которую следует отличать от конкретной охраноспособности товарного знака определенных товаров или услуг (см. п. 2 § 8 немецкого Закона о товарных знаках), которой может и не быть, тогда, когда обозначение в принципе обладает абстрактной способностью индивидуализации. В соответствии с п. 1 § 8 Закона о товарных знаках, дополнительным условием общей охраноспособности обозначения является возможность его графического изображения.

7.2. В английском праве о товарных знаках соответствующие вопросы регулируются в «Законо о торговых марках 1994 г.» («Trade Marks Act 1994», разделы 3(1)(a) и 1(1)). Согласно этим нормам правовой охране подлежит обозначение, удовлетворяющее следующим трем критериям: 1) предметом правовой охраны может быть условное обозначение; 2) данное обозначение должно иметь графическое изображение и 3) оно должно обладать различительной способностью<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Mountstephens A.* Das Markenrecht in Großbritannien und Nordirland. Dissertation. Köln u.a., 2003. S. 137. *Johnson P.* Kapitel 14: Vereinigtes Königreich, in: Lange P. (Hrsg.). In-



7.3. Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 22 октября 2008 г. № 2008/95/ЕС о сближении законодательств государств-членов ЕС о товарных знаках<sup>1</sup> (кодифицированная версия, далее – Директива о товарных знаках) и Регламент Совета Европейского Союза от 26 февраля 2009 г. № 207/2009 о товарном знаке Европейского сообщества (кодифицированная версия, далее – Регламент о товарном знаке ЕС)<sup>2</sup> используют понятие «торговая марка» («trade mark») как общее для понятий товарный знак и знак обслуживания.

Понятие товарного знака дается в ст. 2 Директивы о товарных знаках, согласно которой товарными знаками могут быть любые обозначения, которые могут быть представлены графически, если они способны различать товары или услуги одних предпринимателей от товаров или услуг других предпринимателей. При этом понятие абстрактной способности индивидуализации, содержащееся в ст. 2 Директивы о товарных знаках, необходимо толковать иначе, чем конкретную различительную способность обозначения, отсутствие которой является основанием для отказа в регистрации в соответствии с пп. б) п. 1 ст. 3 Директивы о товарных знаках.

Для товарных знаков ЕС правила относительно критериев абстрактной способности обозначения

---

ternationales Handbuch des Marken- und Kennzeichenrechts. München, 2009. S. 983, 984.

<sup>1</sup> Официальный вестник Европейских сообществ № L 299 от 8. 11. 2008. С. 25–33.

<sup>2</sup> Там же. № L 78 от 24. 3. 2009. С. 1–42.

быть товарным знаком содержатся в ст. 4 Регламента о товарном знаке ЕС, которая аналогична ст. 2 Директивы о товарных знаках. Здесь также необходимо различать между абстрактной способностью индивидуализации обозначения и основанием для отказа в регистрации обозначения в виде товарного знака вследствие отсутствия у обозначения конкретной различительной способности в соответствии с пп. б) п. 1 ст. 7 Регламента о товарном знаке ЕС.

## **II. Виды товарных знаков**

Теперь перейдем к видам товарных знаков.

### **1. Новизна нормы**

До вступления в силу Ч4 ГК РФ соответствующее ст. 1482 ГК РФ положение содержала ст. 5 ЗоТЗ, так что в этом отношении не произошло никаких содержательных изменений.

### **2. Сопряжение нормы с другими правовыми нормами**

Ст. 1482 ГК РФ относится к основным положениям, регулирующим право на товарный знак и право на знак обслуживания. Нормы данной статьи распространяются не только на обычные индивидуальные товарные знаки, но и на специально регулируемый общеизвестный товарный знак (ст.ст. 1508, 1509 ГК РФ) и коллективный знак (ст.ст. 1510, 1511 ГК РФ). Следовательно, все виды обозначений, допустимые как индивидуальные товарные знаки, могут быть зарегистрированы также как общеизвестный товарный знак или как коллективный знак.

### **3. Объекты правоотношений**

3.1. Ст. 1482 ГК РФ определяет, какие обозначения могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков. В соответствии с п. 1 указанной статьи могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации. Согласно п. 2 ст. 1482 ГК РФ товарный знак может быть зарегистрирован в любом цвете или цветовом сочетании. Упомянутые в п. 1 ст. 1482 ГК РФ обозначения конкретизирует п. 2.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания<sup>1</sup>.

Перечень видов обозначений, названных в п. 1 ст. 1482 ГК РФ, не является исчерпывающим<sup>2</sup>. В данном случае речь идет о примерном перечне наиболее важных на практике обозначений. Кроме того, само понятие «товарный знак» включает в себя и прочие виды обозначений<sup>3</sup>, так что следует

---

<sup>1</sup> Утверждены приказом Роспатента от 5 марта 2003 г. № 32, зарегистрированным в Минюсте РФ 25.3.2003 № 4322 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2003. № 23. С. 61–98.

<sup>2</sup> *Гаврилов Э. П., Еременко В. И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Издательство «Экзамен», 2009. Ст. 1482. С. 822. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / Отв. ред. канд. юрид. наук Л. А. Трахтенгерц. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»: «ИНФРА-М», 2009. Ст. 1482. С. 623.

<sup>3</sup> *Гришаев С. П.* Интеллектуальная собственность: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2003. С. 182. *Калинина Д.* Сравнительный анализ объектов авторского права и товарных знаков // ИС. Авторское право и смежные права. 2003. № 9. С. 18.

исходить из широкого понимания товарного знака с перспективой дальнейшего развития<sup>1</sup>.

В советское период долгое время предпочтение отдавалось изобразительным обозначениям. Несмотря на их менее значительную по сравнению со словесными обозначениями рекламную действенность, до начала 1990-х гг. около 70 % всех зарегистрированных в стране товарных знаков были изобразительными обозначениями<sup>2</sup>. С развитием рыночной экономики это соотношение изменилось. Распространенные до этого времени мелкие и сложные, трудно запоминающиеся изобразительные обозначения уступили место прежде всего коротким, легко запоминающимся и оригинальным словесным обозначениям<sup>3</sup>. На практике в настоя-

---

<sup>1</sup> Горленко С. А. Гармонизация законодательства по товарным знакам продолжается // Патенты и лицензии. 1993. № 9–10. С. 17. Калятин В. О. Регистрация в качестве товарного знака формы или упаковки товара // Патенты и лицензии. 2004. № 4. С. 13. Корчагин А. Д. Как защитить интеллектуальную собственность в России: правовое и экономическое регулирование: Справочное пособие. М.: Инфра-М, 1995. С. 139. Рабец А. П. Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 67.

<sup>2</sup> Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 611. Рабец А. П. Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 72.

<sup>3</sup> Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под. ред. А. Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 649.

щее время регистрируются преимущественно словесные обозначения, изобразительные обозначения и их комбинации.

3.2. В соответствии с п. 2.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания к словесным обозначениям относятся слова, сочетания букв, имеющие словесный характер, словосочетания, предложения, другие единицы языка, а также их сочетания.

Практически любое слово может стать товарным знаком, если оно способно индивидуализировать товары, работы или услуги. Это применяется как к русским словам, так и к словам иностранных языков<sup>1</sup>. Слово может даже быть искусственно образованным<sup>2</sup>. Если слово выполнено не в кириллице, а в иностранном алфавите, то, в зависимости от конкретного случая, оно может быть комбинированным словесно-изобразительным обозначением или изобразительным обозначением<sup>3</sup>. Товарный знак может также состоять из нескольких слов

---

<sup>1</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 28.

<sup>2</sup> *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 69 и сл. *Шестимиров А. А.* Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 37.

<sup>3</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 28 и сл.

(например, слоганы, лозунги)<sup>1</sup>. Как правило, правовая охрана распространяется на все виды написания (различными шрифтами) словесного обозначения<sup>2</sup>. Однако оно может быть зарегистрировано также в виде конкретного написания<sup>3</sup>. В этом случае мы имеем дело со словесно-изобразительным обозначением, чья правовая охрана ограничивается конкретным письменным оформлением.

В качестве словесных обозначений к регистрации, как правило, допускаются также имена лиц<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под ред. И. А. Близнеца. М.: Проспект, 2011. С. 332. *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 28 и сл. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 612.

<sup>2</sup> Там же. С. 611.

<sup>3</sup> *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 69. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 612. *Шестимиров А. А.* Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 39.

<sup>4</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 26. *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 70 и сл. *Шестимиров А. А.* Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 35 и сл. *Шмонина С.* Собственное имя физического лица как объект правовой охраны // ИС.

Это выводится умозаключением от противного из пп. 2 п. 9 ст. 1483 ГК РФ<sup>1</sup>, в соответствии с которым запрещается регистрация в качестве товарного знака имени только тогда, когда на дату подачи заявки оно тождественно имени известного в РФ лица и при этом не получено согласия этого лица или его наследника. Если такое имя было все-таки зарегистрировано, то в соответствии с пп. 2 п. 9 ст. 1483 в сочетании с пп. 1 п. 2 ст. 1512 ГК РФ решение о государственной регистрации товарного знака может быть оспорено. В остальном закон не предусматривает никаких ограничений относительно использования имен третьих лиц<sup>2</sup>. Заявитель, в частности, не должен предъявлять никакого доказательства своего права в отношении регистрируемого имени<sup>3</sup>. Поэтому в регистрации чужих имен в качестве товарного знака может быть отказано только по общим основаниям, например,

---

1999. № 3. С. 21. *Горленко С. А.* Регистрация объектов прав третьих лиц в качестве товарных знаков // ИС. 1997. № 11-12. С. 13 и сл.

<sup>1</sup> *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 70. *Шестимиров А. А.* Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 35. *Шмони́на С.* Собственное имя физического лица как объект правовой охраны // ИС. 1999. № 3. С. 21.

<sup>2</sup> *Гришаев С. П.* Интеллектуальная собственность: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2003. С. 181.

<sup>3</sup> Другого мнения придерживается: *Шмони́на С.* Собственное имя физического лица как объект правовой охраны // ИС. 1999. № 3. С. 22 и сл., которая, вне зависимости от пп. 2 п. 9 ст. 1483 ГК (раньше: абз. 3 п. 3 ст. 7 ЗоТЗ), говорит об обязательном подтверждении права в отношении регистрируемого имени.

в соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 1483 ГК РФ при отсутствии различительной способности в отношении товаров или услуг или в соответствии с пп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ в случае введения потребителя в заблуждение.

Как показывает вывод от противного на основе п. 8 ст. 1483 ГК РФ и, соответственно, пп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ, фирменные наименования, коммерческие обозначения и названия произведений науки, литературы или искусства также могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков, если при этом не нарушаются исключительные права других лиц, и данные обозначения соответствуют общим требованиям, предъявляемым к правоспособности товарного знака, в частности, к его различительной способности<sup>1</sup>.

Как словесные обозначения не могут быть зарегистрированы отдельные буквы, цифры, а также комбинации букв, которые не имеют словесного характера. В данном случае речь идет скорее о других регистрируемых видах обозначений согласно п. 1 ст. 1482 ГК РФ. При этом следует учитывать положение п. 2.3.1 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, в соответствии с которым обозначения, представляющие собой отдельные буквы, цифры, не имеющие характерного графического исполнения, сочетания букв, не имеющие словесного характера, согласно абз. 1 п. 1 ст. 1483 ГК РФ изначально не обладают

---

<sup>1</sup> Горленко С. А. Регистрация объектов прав третьих лиц в качестве товарных знаков // ИС. 1997. № 11–12. С. 13 и сл.



различительной способностью<sup>1</sup>. Но, разумеется, такие обозначения могут приобрести различительную способность согласно абз. 3 п. 1 ст. 1483 ГК РФ в результате их интенсивного использования в отношении конкретных товаров, работ или услуг какого-либо предприятия<sup>2</sup>.

3.3. В соответствии с п. 2.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания к изобразительным обозначениям относятся изображения живых существ, предметов, природных и иных

---

<sup>1</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 28. См. также: Решение Суда по интеллектуальным правам от 8 апреля 2014 г. по делу N СИП-402/2013 // СПС «КонсультантПлюс», которым был подтвержден отказ в регистрации словесного обозначения «GQ» в отношении заявленных товаров 32 класса МКТУ в связи с отсутствием различительной способности в смысле п. 1 ст. 1483 ГК РФ. Решение Палаты по патентным спорам от 12 июля 2006 г. по заявке № 806329/50 // <http://www.fips.ru>, которым был подтвержден отказ в регистрации обозначения «RSC» в отношении различных категорий товаров в связи с отсутствием различительной способности в смысле абз. 1 п. 1 ст. 6 ЗоТЗ.

<sup>2</sup> *Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под ред. И. А. Близнаца.* М.: Проспект, 2011. С. 334. *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 28. *Ашихин А. Н., Горленко С. А.* Совершенствование экспертизы заявок на регистрацию товарных знаков // Патенты и лицензии. 2003. № 7. С. 17.

объектов, а также фигуры любых форм, композиции линий, пятен, фигур на плоскости. Из п. 2 ст. 1482 ГК РФ следует, что изобразительные обозначения могут быть зарегистрированы в любом цвете или цветовом сочетании. Изобразительные обозначения могут быть предметными (реальными) или абстрактными<sup>1</sup>. В качестве товарных знаков допускается регистрация, например, графически оформленных надписей, а также графически оформленных букв и цифр, изображений товара, его упаковки или способа его изготовления, изображений географических мотивов, а также растений, животных, людей и т. д.<sup>2</sup>. В качестве товарных знаков могут быть также зарегистрированы изобразительные обозначения, охраняемые авторским правом, такие, как произведения изобразительного искусства, изображения архитектурных сооружений, фотографии, а также отдельные части этих произведений<sup>3</sup>.

3.4. В силу прямого указания п. 1 ст. 1482 ГК РФ в качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы также объемные обозначения. В соответствии с п. 2.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания к объемным обозначениям относятся трехмерные объекты, фигуры и комбинации линий, фигур. Наряду с этими не свя-

---

<sup>1</sup> Шестимиров А. А. Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 40.

<sup>2</sup> Там же. С. 39 и сл.

<sup>3</sup> Калинина Д. Сравнительный анализ объектов авторского права и товарных знаков // ИС. Авторское право и смежные права. 2003. № 9. С. 19.

занными с товарами выдуманскими обозначениями в качестве товарных знаков также может быть зарегистрировано оформление формы товара или его отдельных частей либо упаковки товара, если оно в принципе способно индивидуализировать товары одного производителя по отношению к однородным товарам других производителей<sup>1</sup>. Необходимым условием, однако, является то, чтобы обозначение, представляющее форму товара, воспроизводило не только его внешнюю форму, и чтобы форма товара или упаковки была обусловлена не только функциональными особенностями товара<sup>2</sup>.

Форма упаковки товара или самого товара в некоторых случаях может охраняться не только как

---

<sup>1</sup> Рабец А. П. Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 74. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 612. Ловцов С. В. Трехмерные формы в качестве товарных знаков и промышленных образцов: Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 2004. С. 8, 10.

<sup>2</sup> Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 32. Рабец А. П. Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 74. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 612. Шестимиров А. А. Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 63, 71. Ловцов С. В. Трехмерные формы в качестве товарных знаков и промышленных образцов: Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 2004. С. 5.

товарный знак, а в соответствии с п. 1 ст. 1352 ГК РФ и как промышленный образец, если конкретная форма является новой и оригинальной<sup>1</sup>. При выборе вида правовой охраны наряду со сроком охраны (для товарного знака – ст. 1491 ГК РФ: 10 лет с неограниченной возможностью продления; для промышленного образца – п.п. 1, 3 ст. 1363 ГК РФ: 15 лет с возможностью продления не более чем на 10 лет) необходимо также учитывать различный объем правовой охраны. В отличие от охраны товарного знака правовая охрана промышленного образца не ограничивается однородными товарами<sup>2</sup>, так что последняя может представлять интерес особенно в отношении недолговечных товаров, которые не нуждаются в «вечной» охране.

3.5. К комбинированным обозначениям в смысле п. 1 ст. 1482 ГК РФ в соответствии с п. 2.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания относятся комбинации элементов разного вида:

---

<sup>1</sup> Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 33. Мельников В. М. Товарный знак или промышленный образец // Патенты и лицензии. 2002. № 5. С. 29. О разграничении товарного знака и промышленного образца см.: Радченко Н. А., Селяков В. А. Промышленный образец или товарный знак: что предпочтительнее? // Патенты и лицензии. 2001. № 2. С. 22–26.

<sup>2</sup> Промышленный образец защищает форму упаковки вне зависимости от самого товара, см. подробно: Шестимиров А. А. Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 78.

изобразительных, словесных, объемных и т. д. К наиболее распространенным комбинированным обозначениям относятся самые разнообразные этикетки со словесными и изобразительными элементами, выполненными в определенном цветовом оформлении<sup>1</sup>.

3.6. Наряду с прямо указанными в п. 1 ст. 1482 ГК РФ видами обозначений в качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы и другие обозначения<sup>2</sup>. Новые виды обозначений могут появиться, прежде всего, благодаря будущему техническому прогрессу. Непосредственной визуальной воспринимаемости обозначения без вспомогательных технических средств закон не требует, так что вполне возможна регистрация в качестве товарных знаков также не воспринимаемых визуально обозначений.

3.6.1. В качестве других обозначений, предусмотренных п. 1 ст. 1482 ГК РФ, п. 2.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания

---

<sup>1</sup> Право интеллектуальной собственности: учебник / Под ред. И. А. Близнеца. М.: Проспект, 2011. С. 333. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 613.

<sup>2</sup> *Корчагин А. Д.* Как защитить интеллектуальную собственность в России: правовое и экономическое регулирование: Справочное пособие. М.: Инфра-М, 1995. С. 139. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 649.

называет, например, звуковые и световые обозначения.<sup>1</sup>

В соответствии с п. 2.8 Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений<sup>2</sup> как звуковые обозначения могут заявляться, среди прочего, музыкальные произведения, песни, созвучия, хорошо известные звуки и редкие звуки, которые встречаются в природе, электронные звуки, не встречающиеся в природе. В юридической литературе также высказывается мнение, что не только музыкальные мелодии, но и сигналы и другие шумы как звуковые обозначения могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков<sup>3</sup>. При этом приводятся следующие примеры звуков, способных стать товарными знаками, – естественные звуки, издаваемые животными: мычание коровы для продажи молока<sup>4</sup>, лай собаки для услуг по дрессировке собак или звук открываемой бутылки с шампанским для услуг по реализации этого това-

---

<sup>1</sup> Гульбин Ю. Т. Правовая охрана и защита интеллектуальной собственности. М.: Вершина, 2006. С. 38.

<sup>2</sup> Утверждены приказом Роспатента от 23. 3. 2001 № 39; в ред. приказа Роспатента от 6 июля 2001 г. № 91 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 613. Рабец А. П. Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 77.

<sup>4</sup> Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 35.

ра<sup>1</sup>. В качестве примера светового обозначения можно привести световые эффекты в форме последовательности нескольких различных световых сигналов<sup>2</sup>: световые инсценировки, световые инсталляции или иллюминации. Примерами световых обозначений, способных стать товарными знаками, являются также простые визуальные формы коммуникации: мигающий свет (сигнал), лучи света, движения света или световые импульсы.

3.6.2. Кроме звуковых и световых обозначений, упомянутых в п. 2.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, в качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы и иные обозначения в смысле п. 1 ст. 1482 ГК РФ, если они рассматриваются в правовом обороте как знак происхождения товаров, работ или услуг. Так, например, в соответствии с п. 2.9 Рекомендации по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений для регистрации могут быть заявлены обозначения, являющиеся движущимися изобра-

---

<sup>1</sup> Два последних примера приводятся в п. 2.8 Рекомендации по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений.

<sup>2</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 35. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 613.

жениями<sup>1</sup>. Примером движущегося обозначения является, в частности, процесс движения в целом, например, в виде чередования двух- или трехмерных картинок.

В юридической литературе, кроме того, говорится о возможности регистрации в качестве товарных знаков обонятельных<sup>2</sup> и в отдельных случаях даже вкусовых<sup>3</sup> обозначений.<sup>4</sup> Что касается потенциальной регистрируемости осязательных обозначений, то такие публикации до сих пор не были известны.

3.6.3. В соответствии с п. 2 ст. 1482 ГК РФ товарный знак может быть зарегистрирован в любом цвете или цветовом сочетании. Под этим подразуме-

---

<sup>1</sup> *Калинина Д.* Сравнительный анализ объектов авторского права и товарных знаков // ИС. Авторское право и смежные права. 2003. № 9. С. 19.

<sup>2</sup> *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 36. Товарный знак: Постатейный комментарий статей 1477–1515 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2010. Ст. 1482. С. 29. *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 76, 78. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 613.

<sup>3</sup> *Шестимиров А. А.* Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996. С. 86.

<sup>4</sup> *Гульбин Ю. Т.* Исключительные права на средства индивидуализации товаров – товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров: Гражданско-правовой аспект. М.: Статут, 2007. С. 79.



меваются в первую очередь регистрация цветных изображений обычных обозначений, таких как слова, изобразительные и объемные изображения, что не влечет за собой проблем<sup>1</sup>. Не однозначно решается, напротив, вопрос о регистрации бесконтурных, т. е. не связанных с конкретной формой использования, цветов и цветовых сочетаний как таковых.

С одной стороны, говорится о невозможности регистрации в качестве товарного знака цвета как такового, но в то же время – о возможности признания товарным знаком определенного сочетания цветов<sup>2</sup>. Идет ли при этом речь о возможности регистрации абстрактных цветовых сочетаний, не совсем понятно. Исходя из ограничительного толкования ст. 1482 ГК РФ применительно к возможности регистрации цвета как такового, следует признать, что под этим подразумевается только охрана формы использования, конкретизированной цветной поверхностью, распределением цве-

---

<sup>1</sup> *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 612. *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 77.

<sup>2</sup> *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 612. *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 73: с указанием, что, прежде всего, нет необходимой различительной способности применительно к конкретному товару.

тов или нюансированием цветов. В других публикациях на эту тему говорится о возможности регистрации цвета как такового как новой формы обозначения согласно ст. 1482 ГК РФ. Предпосылкой для этого является ассоциация в коммерческом обороте определенного цвета с товарами конкретного производителя<sup>1</sup>. О том, могут ли быть также зарегистрированы абстрактные сочетания цветов, данные публикации умалчивают.

Возможность регистрации цвета как такового или абстрактного сочетания цветов должна определяться также с помощью общих критериев, в частности, необходимо установить, представляют ли они собой в данной ситуации условное обозначение и могут ли они быть использованы для разграничения товаров или услуг разных производителей<sup>2</sup>. Хотя цвета сами по себе, как правило, едва ли предназначены для передачи конкретных сведений, нельзя исключить ситуации, в которых цвет как таковой или абстрактное цветовое сочетание может указывать на происхождение товаров или услуг от конкретного предприятия. Поэтому цвета как таковые или абстрактные цветовые сочетания также должны, как правило, признаваться обозна-

---

<sup>1</sup> Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 35. Герман П. В. Охрана цвета в качестве товарного знака // Патенты и лицензии. 2006. № 5. С. 28 и сл.

<sup>2</sup> Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 35.

чениями, которые в соответствии с п. 1 ст. 1482 ГК РФ могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков, в том случае если они соответствуют остальным требованиям, предъявляемым к товарному знаку.

#### 4. Отечественная правоприменительная практика

Хотя согласно п. 1 ст. 1482 ГК РФ регистрация современных видов обозначений является, в принципе, допустимой, на практике происходит это крайне редко. Такие виды обозначений регистрируются преимущественно иностранными правообладателями товарных знаков<sup>1</sup>. Тем не менее, имеется несколько случаев, когда также российские предприятия регистрировали в качестве товарных знаков современные виды обозначений, в частности, звуковые обозначения<sup>2</sup>. Так, например, для радиостанции «Маяк» были зарегистрированы как звуковое обозначение вступительные такты музыки к песне «Подмосковные вечера»<sup>3</sup>.

На практике существуют отдельные случаи регистрации товарного знака в виде цвета как такового, например, цвета «розовый» (четырёхугольный квадрат) для «Telekom», охрана которого была ограничена, однако, конкретной формой товара.

---

<sup>1</sup> *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004. С. 613.

<sup>2</sup> Там же. С. 613. *Корчагин А. Д.* Как защитить интеллектуальную собственность в России: правовое и экономическое регулирование: Справочное пособие. М.: Инфра-М, 1995. С. 139.

<sup>3</sup> *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 77.

Неоднократные попытки зарегистрировать отдельные цвета как таковые или их абстрактные сочетания, т. е. без связи с конкретной формой товара, оставались до сих пор безуспешными. Причиной для отказа в регистрации цветов и их сочетаний были, в том числе, недостаточная определенность и отсутствие возможности графического представления таких обозначений<sup>1</sup>.

Попыток зарегистрировать в качестве товарных знаков обонятельные, вкусовые или осязательные обозначения на практике практически не было.

#### 5. Оценка нормы в юридической науке

В связи с дискуссией о регистрируемости не воспринимаемых визуально товарных знаков, цветов как таковых и их абстрактных сочетаний возникает вопрос о том, какие требования должны предъявляться к представлению таких обозначений. Ст. 1482 ГК РФ на этот счет ничего не говорит. В соответствии с пп. 2, 4 п. 3 ст. 1492 ГК РФ заявка на товарный знак должна содержать заявляемое обозначение и его описание.

5.1. В каком виде должно быть представлено заявляемое обозначение, для звуковых и световых обозначений регулируется в п. 3.3.1 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания: звуковые (световые) обозначения представляются исполненными графически и в виде фонограмм (видеозаписей) на аудио (видео) кассетах<sup>2</sup>. Не яс-

---

<sup>1</sup> Герман П. В. Охрана цвета в качестве товарного знака // Патенты и лицензии 2006. № 5. С. 29.

<sup>2</sup> Рабец А. П. Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид.

но, достаточно ли также словесного описания звукового (светового) обозначения для графического представления в соответствии с п. 3.3.1 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания. В соответствии с п. 2.8 Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений заявленные на регистрацию звуковые обозначения могут быть представлены в виде нотной записи и/или словесного описания звука, указания происхождения звука (его источника) и характера. При этом принято исходить из того, что звуки, как правило, могут быть представлены графически в виде нотной записи<sup>1</sup>. В случае, если звук может быть только частично представлен нотной записью, в заявке может быть представлено дополняющее словесное описание звука (звуков). Следовательно, в виде исключения, в соответствии с п. 2.8 Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений взамен графического представления звукового обозначения достаточно также словесного описания, если звуковое обозначение не может быть представлено графически полностью, как, например, в случае с природными шумами.

---

центр Пресс, 2003. С. 77, считая, что в случае с природными звуками (звук водопада, рычание животных) достаточно акустического воспроизведения с помощью аудиозаписи.

<sup>1</sup> В этом смысле может быть также понят: *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 34.

Так же выглядят требования, предъявляемые к описанию звукового (светового) обозначения при регистрации товарного знака. В соответствии с п. 2.11 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания в случае со световым обозначением приводится характеристика световых символов (сигналов), их последовательность, длительность свечения и другие особенности. Если на регистрацию в качестве товарного знака заявляется звуковое обозначение, то приводится характеристика составляющего его звука (звуков), или нотная запись, или диаграмма частот, с приложением фонограммы на аудиокассете.

5.2. До настоящего времени остается невыясненным вопрос, как должны быть представлены и описаны движущиеся, обонятельные и вкусовые обозначения в случае подачи заявки на их регистрацию в качестве товарного знака. Положения об этом отсутствуют и в Правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, и в Рекомендациях по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений. Так же нет по этому вопросу и устоявшейся практики.

Исходя из содержащегося в п. 3.3.1 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания положения касательно звукового (светового) обозначения, движущиеся, обонятельные и вкусовые обозначения должны быть представлены для регистрации также графически. Здесь, однако, возникают два вопроса.

С одной стороны, нужно выяснить, какие требования предъявляются к графическому представлению этих обозначений, в частности, достаточно ли одного словесного описания данных обозначений. Исходя из содержащегося в п. 2.8 Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений положения касательно звукового обозначения на этот первый вопрос можно ответить утвердительно<sup>1</sup>. Достаточно ли в этой связи также представления химической структурной или суммарной формулы, до сих пор в юридической литературе не обсуждалось. Проблематичным могло бы быть графическое представление движущегося обозначения, так как правовая охрана требуется не для отдельного представления, а для всего процесса движения целиком. По крайней мере, эта проблема возникала бы тогда, когда движущееся обозначение состоит из не установленной заранее последовательности множества картинок.

С другой стороны, требуется выяснить, является ли достаточным одно лишь графическое представление движущихся, обонятельных и вкусовых обозначений в заявке на их регистрацию в качестве товарных знаков. Как в случае со звуковыми и световыми обозначениями, можно и в данном случае говорить о сочетании визуальных и невизуальных

---

<sup>1</sup> То же самое применительно к обонятельным обозначениям: *Фелицина С.В., Журавлева В. В.* Сладкий аромат товарного знака // Патенты и лицензии. 2004. № 5. С. 43. Другого мнения придерживается: *Герман П. В.* Охрана цвета в качестве товарного знака // Патенты и лицензии. 2006. № 5. С. 30: «изображение – это конечный рисунок, имеющий контуры, очертания, границы».

возможностей представления этих обозначений. Дополнительно к графическому представлению можно было бы потребовать, например, депонирования проб запаха или вкуса. Применительно к движущимся обозначениям можно было бы подумать о предоставлении видеозаписей.

5.3. Также является нерешенным пока вопрос о том, какие требования должны предъявляться к представлению и описанию цветов и сочетаний цветов при их регистрации в качестве товарных знаков. Как на законодательном, так и на подзаконном уровне данный вопрос не урегулирован. Устоявшейся практики Роспатента на этот счет тоже нет. В юридической литературе до сих пор можно было найти только единичные высказывания по этой проблеме<sup>1</sup>. При этом считается, что описание цвета с помощью частотных признаков и со ссылкой на одну из международно-признанных систем классификации цветов не обеспечивает необходимую ясность и однозначность для идентификации заявленного цвета, так как потребитель не различает цвета посредством подобных признаков<sup>2</sup>. Требованиям графического представления соответствует скорее описание цвета с помощью

---

<sup>1</sup> Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 35. Герман П. В. Охрана цвета в качестве товарного знака // Патенты и лицензии. 2006. № 5. С. 29 и сл.

<sup>2</sup> Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004. Ст. 5. С. 35.



цветового образца. Дополнительно могут быть приняты во внимание и другие критерии, например, частотные характеристики цвета<sup>1</sup>.

6. Сопряжение нормы с нормами международного права

Как и п. 1 ст. 1482 ГК РФ, международные договоры также исходят из широкого понятия товарного знака. В соответствии с вторым предложением п. 1 ст. 15 Соглашения ТРИПС в качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы, в частности, слова, включая имена лиц, буквы, цифры, изобразительные элементы и сочетание цветов, а также любое сочетание таких обозначений. Данный перечень в п. 1 ст. 15 Соглашения ТРИПС не является исчерпывающим, так что в качестве товарного знака могут быть зарегистрированы и иные виды обозначений. В отличие от ст. 1482 ГК РФ в качестве допустимых товарных знаков прямо признаются отдельные буквы и цифры, а также абстрактные сочетания цветов.

7. Зарубежный опыт

Как и ст. 1482 ГК РФ, соответствующие законы многих стран исходят из широкого понятия товарного знака, которое, как правило, не предусматривает никаких ограничений в отношении допустимых видов обозначений. Хотя особенно в случае с не воспринимаемыми визуальными видами обозначений возникают трудности в связи с (не)возможностью их графического представления.

7.1. В США возможность регистрации в качестве товарных знаков звуковых обозначений признает-

---

<sup>1</sup> Там же. Ст. 5. С. 35.

ся уже давно и является бесспорной<sup>1</sup>. В основном они представляют собой джинглы (музыкальные рекламные заставки) на радио. Кроме того, допустима также регистрация выполненных акустически товарных знаков, которые состоят исключительно из шумов или комбинации шума с другими мультимедийными эффектами<sup>2</sup>. Кроме того, в США могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков также обонятельные и движущиеся обозначения<sup>3</sup>.

7.2. В соответствии с п. 1 § 3 немецкого Закона о товарных знаках все обозначения, в частности, слова, включая имена лиц, изображения, буквы, цифры, звуковые обозначения, трехмерные изображения, включая форму товара или его упаковки, а также прочие оформления, включая цвета и сочетания цветов могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков. Закон допускает, в принципе, любой вид обозначения. Под цветами и сочетаниями цветов понимаются не только цветные обозначения в виде слов, изобразительных и объемных изображений, но и отдельные цвета и их сочетания сами по себе. Перечень примеров не является исчерпывающим. Наряду с прямо названными обозначениями в качестве товарных знаков могут

---

<sup>1</sup> *Fezer K.-H.* Markenrecht. 4. Aufl. München 2009. § 3 MarkenG. Rn. 593. *Sowade K.* Markenschutz in den U.S.A. Dissertation. Köln 2002. S. 168.

<sup>2</sup> *Sieckmann R.* Zum Begriff der grafischen Darstellbarkeit von Marken // Wettbewerb in Recht und Praxis. 2002. S. 495.

<sup>3</sup> *Fezer K.-H.* Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken // Wettbewerb in Recht und Praxis. 1999. S. 579. *Sowade K.* Markenschutz in den U.S.A. Dissertation. Köln 2002. S. 174–180.

быть зарегистрированы новые, не воспринимаемые визуально обозначения, например, осязательные, обонятельные и вкусовые<sup>1</sup>.

7.3. Директива о товарных знаках регулирует допустимые виды обозначений в ст. 2, которая имплементирована в немецком законодательстве в п. 1 § 3, п. 1 § 8 немецкого Закона о товарных знаках. Суд Европейских сообществ в решении по делу «Philips/Remington» установил, что «не существует такой категории товарных знаков, которые могут быть индивидуализированы на основании их сущности или использования, и которые не были бы при этом в состоянии индивидуализировать товары или услуги в соответствии со ст. 2 Директивы о товарных знаках»<sup>2</sup>. Тем самым Суд категорически отверг возможный исчерпывающий перечень товарных знаков<sup>3</sup>. В рамках имплементации ст. 2 Директивы о товарных знаках в государствах-участниках ЕС звуковые обозначения, например, либо прямо предусмотрены в законе<sup>4</sup>, либо охва-

---

<sup>1</sup> *Hacker F.* Eintragungsvoraussetzungen und Schutzzumfang von nicht-konventionellen Marken // GRUR Int. 2004. S. 216. *Fezer K.-H.* Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken // Wettbewerb in Recht und Praxis. 1999. S. 577.

<sup>2</sup> Решение от 18 июня 2002 г. // GRUR Int. 2002. S. 846.

<sup>3</sup> *Ingerl R., Rohnke Ch.* Markengesetz Kommentar. 3. Aufl. München, 2010. § 3. Rn. 24.

<sup>4</sup> *Франция:* статья L.711-1.b) Code de la propriété intellectuelle от 1 июля 1992 г. // Blatt für das Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1993. S. 216, в ред. закона № 96-1106 от 19 декабря 1996 г. // Blatt für das Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1997. S. 371; *Греция:* п. 1 ст. 1 Закона о товарных знаках № 2239/1994 от 16 сентября 1994 г. //

тываются широко толкующимся определением видов товарных знаков<sup>1</sup>.

В европейском законодательстве о товарном знаке ЕС допустимые виды товарных знаков регулируются ст. 4 Регламента о товарном знаке ЕС, которая почти дословно совпадает с п. 1 § 3 немецкого Закона о товарных знаках. Хотя звуковые обозначения, а также цвета и сочетания цветов не упоминаются прямо в тексте Регламента как допустимые виды товарных знаков, они охватываются, однако, открытым понятием товарного знака, которое содержит ст. 4 Регламента о товарном знаке ЕС.

7.4. Суд Европейских сообществ, в общем, исходит из возможности регистрации в качестве товарных знаков не воспринимаемых визуально обозначений. Но значение соответствующих решений Суда Европейских сообществ ограничивается высказываниями Суда по поводу необходимости графической представляемости в решениях по делу «Sieckmann» касательно обонятельного обозна-

---

GRUR Int. 1995. S. 886; *Португалия*: п. 1 ст. 165 Закона № 16/1995 о правовой охране результатов интеллектуальной деятельности в области экономики от 24 января 1995 г. // GRUR Int. 1997. S. 698.

<sup>1</sup> *Бельгия, Люксембург, Нидерланды*: п. 1 ст. 1 Единообразного Закона стран Бенилюкса о товарных знаках от 19 марта 1962 г. // GRUR Int. 1976. S. 452, в ред. от 2 декабря 1992 г. // GRUR Int. 1997. S. 29, в ред. протокола от 7 августа 1996 г. // Blatt für das Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1997. S. 430; *Великобритания*: Sec. 1 Trade Marks Act 1994 от 21 июля 1994 г. // Blatt für das Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1997. S. 286.

чения<sup>1</sup> и по делу «Shield Mark» касательно звукового обозначения<sup>2</sup>. Эти решения Суда Европейских сообществ привели к тому, что, наряду с другими национальными правовыми порядками, в правовом регулировании товарных знаков в Германии, которое складывается под воздействием ограничительной практики Суда по ст. 2 Директива о товарных знаках, к графическому представлению не воспринимаемых визуально товарных знаков предъявляются относительно строгие требования.

Требованиям, предъявляемым Судом Европейских сообществ к графическому представлению, соответствует применительно к звуковым обозначениям только представление в виде обычной нотной записи, но не в виде сонограммы или звукоподражательного слова без дополнительных пояснений. Таким образом, правовую охрану зарегистрированного товарного знака в государствах-участниках ЕС могут получить только те звуковые обозначения, которые могут быть представлены в виде обычной нотной записи<sup>3</sup>. Другие звуковые обозначения могут охраняться лишь как незарегистрированные товарные знаки, если только законодательство государства-участника ЕС предусматривает охрану незарегистрированных товарных знаков. Так, например, п. 2 § 4 немецкого За-

---

<sup>1</sup> Решение от 12 декабря 2002 г. // GRUR. 2003. S. 145: основополагающие высказывания по поводу графической представляемости не воспринимаемых визуально обозначений.

<sup>2</sup> Решение от 27 ноября 2003 г. // GRUR. 2004. S. 54.

<sup>3</sup> *Hacker F.* Eintragungsvoraussetzungen und Schutzzumfang von nicht-konventionellen Marken // GRUR Int. 2004. S. 221.

кона о товарных знаках предусматривает правовую охрану для незарегистрированных товарных знаков, если они приобрели известность в коммерческом обороте в результате их использования.

По мнению Суда Европейских сообществ, для графического представления обонятельного обозначения не является достаточным ни представление его в виде химической структурной или суммарной формулы, ни словесное описание запаха или депонирование пробы запаха, ни даже сочетание указанных выше способов. Таким образом, по состоянию на сегодняшний день обонятельные обозначения не могут быть зарегистрированы в государствах-участниках ЕС в качестве товарных знаков. То есть и в этом случае можно говорить лишь о правовой охране, предоставляемой незарегистрированным товарным знакам, которые приобрели известность в коммерческом обороте в результате их использования. То же самое касается и правовой охраны вкусовых и осязательных обозначений, чье возможное в настоящее время графическое представление не отвечает строгим требованиям, предъявляемым Судом Европейских сообществ<sup>1</sup>.

Суд Европейских сообществ подтвердил также возможность регистрации в качестве товарных знаков цвета как такового – в решении по делу «Libertel» для цвета «оранжевый»<sup>2</sup> – и сочетаний цветов – в решении по делу «Heidelberger Bauchemie GmbH» для цветового сочетания «си-

---

<sup>1</sup> *Ströbele P., Hacker F.* Markengesetz Kommentar. 10. Aufl. Köln u.a., 2012. § 3. Rn. 66, 68.

<sup>2</sup> Решение от 6 мая 2003 г. // GRUR. 2003. S. 604 ff.

ний/желтый»<sup>1</sup>. Однако, для графического представления отдельного цвета как такового не достаточно одного лишь цветового образца или словесного описания. На практике поэтому, как правило, требуется описание цвета в соответствии с одной из международно-признанных систем классификации цветов (например, Pantone, RAL)<sup>2</sup>. В случае с сочетанием отдельных цветов Суд Европейских сообществ потребовал указания систематического расположения, в котором соответствующие цвета связаны друг с другом заранее установленным и постоянным способом<sup>3</sup>. Поэтому, например, в Германии правовая охрана бесконтурных сочетаний цветов без указания соответствующего распределения цветов возможна только лишь в качестве незарегистрированных товарных знаков в соответствии с п. 2 § 4 немецкого Закона о товарных знаках<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Решение от 24 июня 2004 г. // GRUR. 2004. S. 858. Мельников В. М. Охраноспособность цветовых товарных знаков // Патенты и лицензии. 2006. № 2. С. 60.

<sup>2</sup> Hacker F. Eintragungsvoraussetzungen und Schutzzumfang von nicht-konventionellen Marken // GRUR Int. 2004. S. 217. Решение Федерального патентного суда ФРГ от 14 декабря 2005 г. 32 W(pat) 95/03 по делу «Orange/Pantone 165C».

<sup>3</sup> Решение от 24 июня 2004 г. // GRUR. 2004. S. 858, 859.

<sup>4</sup> Решение Федерального верховного суда ФРГ от 5 октября 2006 г. // GRUR. 2007. S. 55 – по делу «желтый/зеленый II»: В этом решении Федеральный верховный суд вследствие решения Суда ЕС по делу «Heidelberger Bauchemie GmbH» пересмотрел свою раннюю слишком великодушную практику относительно графической представляемости абстрактного сочетания цветов. Суд указал, что представленный цветовой обра-

Библиографический список:

1. *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Издательство «Экзамен», 2004.

2. *Корчагин А. Д., Орлова В. В., Горленко С. А.* Постатейный комментарий к Закону Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // Интеллектуальная собственность. Документы и комментарии. 2004. № 2–3.

3. *Городов О. А.* Право промышленной собственности: Учебник. М.: Статут, 2011.

4. *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006.

5. *Рабец А. П.* Правовая охрана товарных знаков в России: современное состояние и перспективы. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003.

6. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004.

7. *Петров И. А.* Охрана товарных знаков в Российской Федерации: Учеб.-практ. пособие. М.: Дело, 2002.

8. Товарный знак: Постатейный комментарий статей 1477–1515 Гражданского кодекса Россий-

---

зец в форме двух расположенных рядом, но не связанных друг с другом прямоугольников вместе с описанием этого обозначения не удовлетворяет требованиям об указании систематического расположения сочетания цветов.



ской Федерации / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2010.

9. Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. М., 1989.

10. Гражданское право / Отв. ред. Е. А. Суханов. В 4-х т. Том III. 3-изд. М., 2005

11. *Гришаев С. П.* Интеллектуальная собственность: Учебное пособие. М.: Юристъ, 2003.

12. *Калятин В. О.* Интеллектуальная собственность (Исключительные права): Учебник для вузов. М.: Статут, 2000.

13. *Борохович Л., Монастырская А., Трохова М.* Ваша интеллектуальная собственность. СПб.: Питер, 2001.

14. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) М.: Фирма «Спарк», 1995.

15. *Раевич С. И.* Исключительные права. Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. Л.: Госиздат, 1926.

16. *Fezer K. - H.* Markenrecht. 4. Aufl. München, 2009. Art. 6<sup>sexies</sup> PVÜ. Rn. 1.

17. *Mountstephens A.* Das Markenrecht in Großbritannien und Nordirland. Dissertation. Köln u.a., 2003.

18. *Johnson P.* Kapitel 14: Vereinigtes Königreich, in: Lange P. (Hrsg.). Internationales Handbuch des Marken- und Kennzeichenrechts. München, 2009.

19. Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под. ред. И. А. Близнеца. М.: Проспект, 2011.

20. *Шмонина С.* Собственное имя физического лица как объект правовой охраны // ИС. 1999. № 3.

21. *Шестимиров А. А.* Товарные знаки: Учебное пособие. М., 1996.

22. *Калинина Д.* Сравнительный анализ объектов авторского права и товарных знаков // ИС. Авторское право и смежные права. 2003. № 9.

23. *Гульбин Ю. Т.* Правовая охрана и защита интеллектуальной собственности. М.: Вершина, 2006.

24. *Герман П. В.* Охрана цвета в качестве товарного знака // Патенты и лицензии 2006. № 5.

25. *Fezer K. - H.* Markenrecht. 4. Aufl. München 2009. § 3 MarkenG. Rn. 593.

26. *Sowade K.* Markenschutz in den U.S.A. Dissertation. Köln 2002.

27. *Sieckmann R.* Zum Begriff der grafischen Darstellbarkeit von Marken // Wettbewerb in Recht und Praxis. 2002.

28. *Fezer K.-H.* Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken // Wettbewerb in Recht und Praxis. 1999.

29. *Sowade K.* Markenschutz in den U.S.A. Dissertation. Köln 2002.

30. *Hacker F.* Eintragungsvoraussetzungen und Schutzzumfang von nicht-konventionellen Marken // GRUR Int. 2004.

**А. ДИТЦ**

*Институт проблем интеллектуальной собственности и конкуренции (Институт Макса Планка, Мюнхен, Германия), доктор права, профессор (80539, Германия, г. Мюнхен, Маршталплац, д. 1, тел.: (49) 89-24246-0)*

## **ПРАВО НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ПРОИЗВЕДЕНИЯ В СИСТЕМЕ ЛИЧНЫХ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ АВТОРА<sup>1</sup>**

**Ключевые слова:** право на неприкосновенность; право авторства; право на имя; личные неимущественные права; автор

**Аннотация:** Настоящей статьей автор намерен продолжить небольшой цикл статей, подготовленных специально для научного журнала «Труды по интеллектуальной собственности» и посвященных анализу такого важного института авторского права как личные неимущественные права автора, уделив особое внимание тому, как в российском гражданском законодательстве понимается право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений.

---

<sup>1</sup> Перевод статьи подготовлен при содействии Фонда им. Фридриха Эберта, Германия. Автор благодарит переводчиков и редакторов, подготовивших русскую версию текста, и отмечает, что использованные в статье материалы и ссылки на источники даны в том виде, в каком статья была передана редакторам.

Настоящей статьёй я продолжаю небольшой цикл своих публикаций, подготовленных специально для научного журнала «Труды по интеллектуальной собственности» и посвященных анализу такого важного института российского авторского права как личные неимущественные права автора. В первой статье этого цикла я рассмотрел право авторства и право на имя<sup>1</sup>. В настоящей статье я намерен сконцентрировать внимание на том, как в российском гражданском законодательстве понимается право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений.

Основная идея положений ст. 1266 Четвертой части Гражданского кодекса РФ<sup>2</sup> (далее – ЧЧ ГК РФ) до сих пор лишь частично и в рудиментарной форме содержалась в абз. 5 п. 1 ст. 15 предшествующего Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»<sup>3</sup> (далее – ЗоАП). Там было прописано право автора на защиту репутации, определенное как право на защиту произведения (включая его название) от любого искажения или иного посягательства, способного нанести

---

<sup>1</sup> *Дитц А.* Право авторства и право на имя в системе личных неимущественных прав автора. // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. № 1 (том XVI). С. 64 и далее.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (в ред. от 23 июля 2013 г.) // Российская газета. 2006. 22 дек. № 289.

<sup>3</sup> Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (утратил силу 31.12.2007) // Российская газета. 1993. 9 авг. № 147.

ущерб чести и достоинству автора<sup>1</sup>. Эта формулировка довольно близка соответствующим положениям ст. 6-bis Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений<sup>2</sup> (далее – Бернская Конвенция), где защита от искажений также направлена именно против посягательств на честь и достоинство автора<sup>3</sup>.

Защита неприкосновенности произведения, до сих пор ориентированная исключительно на защиту репутации автора, была, очевидно, определена в ЗоАП слишком узко; сейчас она в основном соответствует подробно прописанной в п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ дополнительной защите деловой репутации автора<sup>4</sup> (об этом речь пойдет далее). Т. И. Якуше-

---

<sup>1</sup> *Якушева Т. А.* Личные неимущественные (моральные) права автора в России и Германии: Монография. Ставрополь, 2007. С. 103 и далее.

<sup>2</sup> Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) Вступила в силу для Российской Федерации с 13 марта 1995 г. // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

<sup>3</sup> *Сергеев А. П.*, Авторское право России. СПб., 1994. С. 138, *Он же.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: 1999, с. 207; отличия от статьи 6-bis Бернской Конвенции усматривает В. О. Калятин, см. *Калятин В. О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права): Учебник для вузов. М., 2000. С. 66.

<sup>4</sup> По проблематике понятия «право на защиту чести и т. д.» см. *Погуляев В. В., Вайпан В. А., Любимов А. П.* Комментарий к Закону Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (постатейный). М.: 2006. С. 46–47.

ва<sup>1</sup> взвешивает для прежнего законодательства альтернативу, которая, возможно, означала бы более широкую защиту и согласно которой к «способного нанести ущерб чести...» относился бы только элемент «иноного посягательства»; в новой норме (п. 2 ст.1266 ЧЧ ГК РФ) это толкование – во всяком случае, на будущее – лишено основы из-за формы множественного числа «порочащие».

Предусмотренная теперь в абз. 1 п. 1 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ значительно более широкая защита неприкосновенности или целостности произведения, которая не привязана к посягательству на репутацию автора и, таким образом, является абсолютной, не имеет аналога в прежней норме. Проф. Э. П. Гаврилов усматривает<sup>2</sup> в предоставлении права на переработку согласно п. 2 ст. 16 ЗоАП реализацию общего запрета на изменение произведения, имевшегося уже в прежнем регулировании; на это можно возразить, что право на переработку имеет имущественно-правовой характер и поэтому может быть передано. Возврат законодателя к общему запрету на изменение произведения приветствуют В. О. Калятин<sup>3</sup> и В. И. Еременко<sup>4</sup>. Так что

---

<sup>1</sup> Якушева Т. А. Указ. соч. С. 104 и далее.

<sup>2</sup> Гаврилов Э. П., Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. Судебная практика. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: 2003. С. 115–116.

<sup>3</sup> Калятин В. О. Авторское право в проекте части четвертой Гражданского кодекса РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 9. С. 10

<sup>4</sup> Еременко В. И. О части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2007. № 4. С. 33.

следует говорить о значительном расширении в новой норме ЧЧ ГК РФ охраны личных интересов автора<sup>1</sup>.

Если же говорить о субъектах права на неприкосновенность произведения, следует обратиться к статье 1265 ЧЧ ГК РФ. Субъектом прав, предоставляемых согласно абз. 1 п. 1 и п. 2 ст. 1265 ЧЧ ГК РФ (право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений), может быть только сам автор как творец произведения. Защиту от искажений (защита чести и достоинства автора) согласно нормам п. 2 ст. 266 ЧЧ ГК РФ могут, кроме того, осуществлять также заинтересованные лица, но при этом, к сожалению, остается неясным<sup>2</sup>, на чем основана их заинтересованность. Достаточно ли здесь любой общественной, профессиональной или даже любительской заинтересованности в «чистоте» произведений литературы или искусства, или же должна иметь место какая-либо особая личная связь с автором (принадлеж-

---

<sup>1</sup> *Близнец И. А.* Авторские и смежные права в четвертой части ГК РФ // Патенты и лицензии. 2006. № 6. С. 3 и далее; *Калятин В. О.* Авторское право в проекте части четвертой Гражданского кодекса РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 9. С. 10–11; критика прежнего регулирования – см. *Погуляев В. В., Вайтан В. А., Любимов А. П.* Комментарий к Закону Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (постатейный). М., 2006. С. 47.

<sup>2</sup> *Близнец И. А.* Авторские и смежные права в четвертой части ГК РФ // Патенты и лицензии. 2006. № 6. С. 7.

ность к семье, дружеские отношения и т. п.)?<sup>1</sup> В последнем случае, однако, следует выявить взаимосвязь с последующим регулированием в абз. 1 и 2 п. 2 ст. 1267 ЧЧ ГК РФ.

Специальная норма, закрепленная в абз. 2 п. 1 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ, модифицирует, кроме того, защиту неприкосновенности произведения после смерти автора в том плане, что эта защита ослабляется в пользу владельца исключительного права. После смерти автора осуществлять защиту в принципе призваны лица, определенные согласно абз. 2 п. 2 ст. 1267 ЧЧ ГК РФ, но и владельцу исключительных (имущественных) прав предоставляются определенные полномочия на изменение произведения.

Предметом регулирования в абз. 1 п. 1 и п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ являются, очевидно, два различных права автора: во-первых, как это явствует из заголовка статьи, право на неприкосновенность произведения, и, во-вторых, право на защиту произведения от искажений. В обоих случаях, однако, речь идет о сохранении произведения в максимально неизменной форме (целостность произведения), так что сначала следует выяснить взаимосвязь между обоими полномочиями автора.

Право на неприкосновенность произведения определено в ЧЧ ГК РФ в том смысле, что без согласия авторане допускается внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании

---

<sup>1</sup> См. также скорее более реальную оценку *Калятин В. О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права): Учебник для вузов. М., 2000. С. 68.



иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями. Что же касается права самого автора на последующее внесение изменений в свое произведение, то у запрета на внесение изменений есть и позитивные стороны<sup>1</sup>. Следует прежде всего различать две категории манипуляций с произведением. С одной стороны, речь идет о сохранении аутентичной формы самого произведения, которое нельзя сокращать, дополнять или изменять каким бы то ни было иным образом. С другой же стороны, речь идет о манипуляциях, которые не затрагивают самого произведения, но помещают его в пользовательский контекст, которого автор в таком виде не хотел – посредством добавления иллюстраций, предисловий, послесловий или комментариев и прочих пояснений. Это дает автору сильную защиту от вмешательств в связи с использованием произведения<sup>2</sup>. Предоставляемая ст. 1266 ЧЧ ГК РФ защита в принципе направлена и против собственника оригинального произведения, но здесь придется все же в достаточной мере учитывать также интересы собственника, в частности, если речь идет о предметах прикладного искусства и т. д.<sup>3</sup>

Защиту неприкосновенности произведения дополняет «защита произведений от искажения»,

---

<sup>1</sup> *Сергеев А. П.* Авторское право. С. 139; *тот же автор*, Учебник, с. 207-208.

<sup>2</sup> Критика в этой связи: *Близнец И. А., Леонтьев К. Б.* Авторское право и смежные права: Учебник. М.: Проспект, 2009. С. 143–144.

<sup>3</sup> *Сергеев А. П.* Авторское право. С. 143-144; *Он же.* Учебник. С. 211–212.

установленная в п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ. Эта специальная защита предоставляется не абсолютно, а существует лишь на тот случай, что искажение, сокращение или иное изменение влечет за собой порочение чести, достоинства или деловой репутации<sup>1</sup> автора, или на случай предстоящих посягательств на них. Используемая в новой формулировке форма множественного числа «порочащие» показывает (в отличие от использованной в прежней норме (абз. 5 п. 1 ст. 15 ЗоАП) формы единственного числа «способного»), что все искажения и т. д. запрещаются лишь при условии посягательства на честь и т. д. автора. Если следовать логике, то такие искажения, сокращения и прочие изменения являются одновременно также нарушениями неприкосновенности произведения, которые без согласия автора не допустимы уже согласно абз. 1 п. 1 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ; это верно уже потому, что изменения в равной мере упоминаются в обоих пунктах рассматриваемой статьи. Но констатация такого нарушения неприкосновенности произведения в абз. 1 п. 1 не зависит от вопроса о том, затрагиваются ли при этом честь, достоинство или деловая репутация автора. Это противоречие можно, очевидно, разрешить, рассматривая содержащуюся в п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ ссылку на ст. 152 Граж-

---

<sup>1</sup> Проф. Э. П. Гаврилов считает, что эти понятия часто употребляются в качестве синонимов: *Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. Судебная практика. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: 2003. С. 116. Критика по практическому использованию: Макагонова Н. В. Авторское право: Учебное пособие. М.: 1999. С. 137.*

данского кодекса РФ<sup>1</sup> (далее – ГК РФ) исключительно как указание на правовые последствия. Соответствующую ссылку на ст. 152 ГК РФ содержит, кстати, также положение о правовой защите личных неимущественных прав в п. 3 ст. 1251 ЧЧ ГК РФ.

Таким образом, можно сделать следующий вывод: если в результате изменения произведения, которое без согласия автора и без того запрещено в силу абз. 1 п. 1 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ как нарушение неприкосновенности произведения, *одновременно* возникает искажение и т. д. произведения, порочащее честь, достоинство или деловую репутацию автора, то автор в дополнение к претензиям, обусловленным нарушением неприкосновенности произведения, вправе выдвинуть особые претензии, предусмотренные ст. 152 ГК РФ, то есть право требовать отзыва или опровержения (при необходимости в средствах массовой информации или в исходящем от организации документе), а также, в частности, возмещения материальных убытков и морального вреда. Надо, конечно, иметь в виду, что автор согласно п. 1 ст. 1251 Четвертой части ГК РФ при нарушении личных неимущественных прав, к которым однозначно относится право на неприкосновенность произведения, вообще имеет право требовать возмещения морального вреда. То есть, речь идет лишь о том, что автор в случае порочения его чести и т. д. согласно статье 152 ГК

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 2 ноября 2013 г.) // Российская газета. 1994. 8 дек. № 238–239.

РФ вправе требовать повышенного или дополнительного возмещения морального вреда.

Что же касается соотношения указанных в абз. 1 п. 1 и в п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ случаев посягательств на целостность произведения, то следует исходить из того, что случаи, предусмотренные п. 2, являются квалифицированными случаями применения абз. 1 п. 1. Это вытекает из семантического анализа, поскольку искажение произведения – это особо сильное, негативное, изменение произведения, хотя недопустимым является любое неразрешенное автором изменение, пусть даже при объективном рассмотрении оно является улучшением произведения<sup>1</sup>. Тем самым имело место огромное усиление личных прав автора, которое кажется несколько нереальным и, наверное, может привести к практическим трудностям.

Специальная норма, содержащаяся в абз. 2 п. 1 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ, предоставляет владельцу исключительного (имущественного) права на произведение после смерти автора определенные полномочия на внесение изменений в произведение (право разрешать изменения, сокращения и дополнения), но только при определенных условиях, если при этом не искажается замысел автора, не нарушается целостность восприятия произведения, изменения не противоречат воле автора, выраженной им в завещании, письмах и т. п. Эта норма представляет собой модификацию положений о защите неприкосновенности произведения после смерти автора согласно ст. 1267 ЧЧ ГК РФ, в част-

---

<sup>1</sup> Сергеев А. П. Авторское право. С. 138; *Он же*. Учебник. С. 207.

ности, п. 2 данной статьи, и поэтому ее надо рассматривать в связи с этой статьей. То же самое относится к положению, содержащемуся в п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ, согласно которому по требованию заинтересованных лиц допускается защита чести и достоинства автора и после его смерти.

Будучи личным неимущественным правом автора, право на неприкосновенность произведения подобно праву авторства и праву автора на имя имеет абсолютный характер и ему не противопоставлены соответствующие обязанности автора. Ограничение абсолютного характера этого права, конечно, вытекает из квалифицированного случая защиты произведения от искажений, порочащих честь и достоинство автора. Защита от искажений, извращений и других изменений, имеющих особые правовые последствия согласно ст. 152 ГК РФ, предоставляется лишь при условии, что тем самым порочатся честь, достоинство или деловая репутация автора, либо возможно посягательство на них. Автор в порядке обоснования иска должен это доказать. Если ему не удастся этого доказать, он, тем не менее, может принять меры против неразрешенных изменений, опираясь на право на неприкосновенность произведения.

Поскольку внесение в произведение изменений, сокращений и дополнений, а также снабжение произведения иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями допускается только с согласия автора, другие лица, будь то владельцы исключительных или неисключительных прав использования произведения, собственники образцов и т. п.,

должны получить согласие автора, если они намерены внести в произведение такие изменения и т. д. То же самое относится к квалифицированным случаям п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ, где возможность получения согласия автора на искажающее вмешательство, конечно, не упоминается. Но исключение такой возможности согласия следовало бы расценить как явное преувеличение идеи защиты, которое даже ограничило бы свободу самого автора. Скорее надо исходить из того, что изменения в форме искажений и извращений произведения, на которые дал согласие сам автор, уже не могут порочить его честь и т. д.<sup>1</sup> При наличии такого согласия признаки нарушения нормы, прописанной в п. 2, отпадают. Наличие или отсутствие согласия автора имеет, таким образом, в обоих случаях решающее значение.

В абз. 2 п. 2 ст. 1228 ЧЧ ГК РФ в общей форме закреплены принципы неотчуждаемости, непередаваемости и безотказности также других личных неимущественных прав. Но обращает на себя внимание тот факт, что в статье 1266 ЧЧ ГК РФ эти принципы не повторены в применении к прописанным там правам (право на неприкосновенность произведения и на его защиту от искажений), в то время как это сделано в отношении права авторства и права автора на имя в п. 1 ст. 1265. Следует ли из этого, что эти принципы не действуют, когда речь идет о праве на неприкосновенность произведения и на его защиту от искажений, так что ста-

---

<sup>1</sup> *Гаврилов Э. П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. Судебная практика. Изд. 3-е, перераб. и доп. М., 2003. С. 117.

тью 1266 следует рассматривать как «lex specialis» по отношению к абз. 2 п. 2 ст. 1228 ЧЧ ГК РФ? Тот факт, что нормы о защите согласно статье 1266, как сказано выше, действуют лишь тогда, когда автор не дал согласия на соответствующие изменения, действительно свидетельствует о том, что автор обладает соответствующими договорными распорядительными возможностями. Наконец, согласие на такое вмешательство в произведение может быть предоставлено в договорной форме<sup>1</sup>.

Здесь следует, разумеется, различать, с одной стороны, договорную форму согласия на внесение соответствующих изменений в произведение и, с другой стороны, отчуждение самого права на дачу согласия (его передачу или отказ от него). В том случае, если такое отчуждение предполагается вне связи с конкретно планируемым вмешательством, последствия которого для целостности произведения автор не может предвидеть, оно не может быть допустимым. Таким образом, принцип неотчуждаемости права на неприкосновенность произведения должен быть сохранен, по крайней мере, в своей основе – например, в том смысле, что автор имеет право на последующую проверку изменений<sup>2</sup>. И в этом случае нельзя полностью исключить договорные распорядительные возможности авто-

---

<sup>1</sup> Что касается аргументов «за» и «против», когда речь идет о передаваемости права на внесение изменений, см. также *Сергеев А. П.* Авторское право. С. 141–142; *Он же.* Учебник. С. 209–210.

<sup>2</sup> *Калятин В. О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права): Учебник для вузов. М., 2000. С. 67.

ра. Так, автор, очевидно, должен иметь возможность – например, в издательском договоре (ст. 1268 ЧЧ ГК РФ) – дать издателю с самого начала согласие на снабжение произведения предисловием или послесловием, или же иллюстрациями (в частности, например, когда речь идет о научном труде), хотя содержание этих добавлений ему в деталях еще не известно.

Поэтому в спорных случаях зачастую автору придется взвешивать, стоит ли ему требовать устранения добавлений или изменений, уже внесенных в произведение без его предварительного согласия или не соответствующих его представлениям. Критерием для принятия решения здесь, конечно, должен быть, в частности, экономический аспект. Это относится в особой мере к таким, например, произведениям, как кинофильмы, изготовление которых связано с большими затратами: согласно п. 3 ст. 1240 ЧЧ ГК РФ, например, личные неимущественные права авторов, участвовавших в творческом процессе, в результате которого создаются кинофильмы и другие сложные объекты, сохраняются за ними. Как и в отношении права авторства и права автора на имя, здесь также обнаруживается практическая необходимость в определенном ограничении принципов неотчуждаемости, непередаваемости и безотказности права автора на неприкосновенность произведения.

Добавим, что в законодательной норме остается неясным соотношение между защитой неприкосновенности произведения и случаями свободного использования произведения, предусмотренными нормами ЧЧ ГК РФ. Есть, однако, несколько осно-



ваний, чтобы исходить из того, что сохранение целостности произведения (право на неприкосновенность и защита от искажений) при разрешенном (свободном) использовании произведения без согласия автора возможно не в полном объеме<sup>1</sup>. Это выясняется уже при допустимом использовании произведения в личных целях (ст. 1273 ЧЧ ГК РФ); было бы нелогично, если бы пользователю произведения не было разрешено вносить изменения в произведение (например, в его копию), поскольку все это происходило бы в личной сфере. В других случаях разрешенного свободного использования, предусмотренных, например, п. 1 ст. 1274 ЧЧ ГК РФ<sup>2</sup>, законодательство изначально допускает соответствующие сокращения; поэтому ссылка автора на запрет сокращений из п. 1 ст. 1266 ГК РФ лишила бы силы норму законодательства о свободном использовании произведений. Так что следует исходить из имманентного законодательного ограничения права на неприкосновенность произведения.

---

<sup>1</sup> *Сергеев А. П.* Авторское право. С. 140–141; *Он же.* Учебник. С. 209; *Якушева Т. А.* Указ. соч. С. 107–108.

<sup>2</sup> Например, при цитировании, при учебном использовании, при информационном использовании публичных речей, или при освещении текущих событий. В соответствии с Федеральным законом «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» от 12 февраля 2014 г. № 35-ФЗ, с 1 октября 2014 г. нормы п.п. 1, 3, 4 ст. 1274 ЧЧ ГК РФ, устанавливающие случаи свободного использования произведений, будут изложены в новой редакции, п. 2 ст. 1274 ЧЧ ГК РФ в новой редакции вступит в силу 1 января 2015 г.

Но и в этом случае положения о праве автора на неприкосновенность произведения – в частности, на защиту от искажений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию автора – полностью не утрачивают своей значимости. Если в рамках свободного использования происходит такое нарушение – например, фальсификация цитат или сознательное одностороннее освещение событий, автор, несмотря на в принципе разрешенное свободное использование произведения, имеет право на защиту согласно ст. 1251 ЧЧ ГК РФ, а также в общем плане согласно ст.ст. 150, 152 ГК РФ, что может привести даже к полному запрету использования произведения в конкретной форме.

Как видно из перечисления в п. 2 ст. 1255 в сочетании со ст. 1226 ЧЧ ГК РФ, права автора на неприкосновенность произведения и защиту произведения от искажений однозначно относятся к личным неимущественным правам автора. Тем самым все нормы ГК РФ, связанные с этой категорией прав, применимы также к правам, прописанным в ст. 1266, хотя при этом – в отличие, например, от права авторства и права автора на имя – конкретные ссылки на эти права зачастую отсутствуют. Здесь следует упомянуть ст. 2, ст. 150 и далее ГК РФ, а также, в частности, п. 2 ст. 1228, п. 1 ст. 1231 и ст. 1251 ЧЧ ГК РФ.

В то же время право на неприкосновенность произведения специально упоминается в п. 2 ст. 1255 ЧЧ ГК РФ при перечислении прав, которым в целом обладает автор, в ст. 1267 ЧЧ ГК РФ, где регулируется бессрочная защита, и в связи с этим в п. 2 ст. 1282 ЧЧ ГК РФ, где речь идет о произведе-

ниях, перешедших в общественное достояние. При этом обращает на себя внимание тот факт, что в данных случаях речь всегда идет только о неприкосновенности произведения, а вторая половина нормы ст. 1266, то есть защита произведения от искажений и обусловленного ими порочения чести и т. д., не упоминается. Это является еще одним аргументом в пользу толкования, согласно которому последний случай является квалифицированным случаем применения общего принципа защиты неприкосновенности произведения.

Обратившись к международному законодательству об авторском праве, мы увидим, что как и в отношении права авторства, статья 6-bis Бернской Конвенции составляет основу международной защиты права на неприкосновенность произведений. Но согласно абз. 1 ст. 6-bis Бернской Конвенции эта защита предоставляется не безусловно, поскольку автор лишь обладает правом противодействовать любому искажению, извращению, прочим изменениям или ущемлениям своего произведения, которые могли бы нанести вред его чести или его репутации. Эта формулировка в целом соответствует норме, содержащейся в п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ. Защита неприкосновенности произведения, безусловно предоставляемая ст. 1266, выходит, таким образом, за рамки международно-правовых обязательств в соответствии с Бернской Конвенцией. Поскольку право на неприкосновенность произведения является бессрочным, то есть действует и после прекращения защиты имущественных прав, и защита от искажений произведения, порочащих честь и т. д. автора после смерти автора

может бессрочно осуществляться заинтересованными лицами, выполняется также минимальное требование к сроку защиты согласно абз. 2 статьи 6-bis Бернской Конвенции.

В Комментариях к ЧЧ ГК РФ под ред. В. В. Погуляева содержится ссылка<sup>1</sup> на судебную практику Басманного районного суда г. Москвы, который вынес решение в пользу композитора, музыка которого к детской песенке была без согласия автора использована для радиорекламы. Кроме этого, следует упомянуть о деле журнала «Огонек» 1999 г., о котором сообщает проф. М. А. Федотов<sup>2</sup>; в одной из статей этого журнала была опубликована, очевидно, уничижительная оценка творчества известного художника-баталиста В. В. Верещагина (1842-1904), которую суд счел порочащей честь и достоинство давно умершего художника и подверг санкциям. В связи с этим решением сомнения вызывает то обстоятельство, что суд, очевидно, в недостаточной мере принял во внимание гарантированную конституцией свободу слова автора статьи в журнале. Это решение свидетельствует о рисках, которые могут быть связаны с осуществлением личных неимущественных прав, основанным на субъективных или слишком щепетильных оценках «заинтересованных лиц», когда автор уже давно

---

<sup>1</sup> Погуляев В. В., Вайпан В. А., Любимов А. П. Комментарий к Закону Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (постатейный). М., 2006. С. 48–49.

<sup>2</sup> Федотов М. А. Автор как «элементарная частица» правовой охраны интеллектуальной собственности. // Труды по интеллектуальной собственности. 2013. № 4 (Т. XV). С. 4–36.

умер, а срок защиты имущественных прав давно истек.

Обратимся к зарубежным аналогам российского института о неприкосновенности произведений. Нормы Германского закона об авторских правах<sup>1</sup> о защите автора от искажений или других нарушений целостности произведения исходит из того, представляют ли они опасность для интеллектуальных или личных интересов автора произведения. Здесь существует определенная близость со специальным случаем применения защиты целостности произведения согласно п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ (защита от искажения) в российском авторском праве, хотя и сохраняются содержательные различия (с одной стороны, «личные и интеллектуальные интересы», с другой – «честь, достоинство и деловая репутация»). В Германии формулировка закона стала теоретическим поводом для того, чтобы в целом поставить защиту автора в зависимость от соотношения между его личными и духовными (интеллектуальными) интересами, с одной стороны, и интересами пользователя произведения, с другой<sup>2</sup>. Поскольку, однако, п. 2 ст. 1266 ЧЧ ГК РФ является только квалифицированным случаем применения предоставляемой в остальном безусловно защиты неприкосновенности произведения согласно абз. 1 п. 1 ст. 1266, именно в этом состоит большое отличие от германского права;

---

<sup>1</sup> § 14 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1966 (mit zahlreichen späteren Änderungen).

<sup>2</sup> *Dietz*, Handbuch des Urheberrechts, herausgegeben von Ulrich Loewenheim. München. 2003. С. 231 и далее.

там по практическим соображениям такая безусловная защита произведения от изменений осознанно не предусмотрена.

Во французском праве право на неприкосновенность произведения согласно статье L. 121-1 французского Кодекса определено как право автора на уважение к произведению («*droit au respect de son oeuvre*»)<sup>1</sup>; как право автора на имя и право авторства оно имеет также признаки неотчуждаемости, неприменимости срока давности и бессрочности, то есть защита продолжает действовать и после истечения срока защиты имущественных прав.

В британском «*Copyright Act*» 1988 г. право на неприкосновенность произведения сформулировано как «*right to object to derogatory treatment of work*» (Section 80); от этого права можно отказаться посредством письменного заявления, во многих случаях оно ограничивается (например, в пользу работодателя согласно Разделу 82). В целом этот вид защиты автора там выражен довольно слабо<sup>2</sup>. Правовая ситуация в других европейских странах в этом плане подробно изложена у Дутрелепона<sup>3</sup>.

В праве США, как и в отношении права автора на имя, общее регулирование отсутствует; но в сфере изобразительного искусства авторам согласно «*Visual Artists Right Act*»<sup>4</sup> при определенных

---

<sup>1</sup> *Lucas A. et Lucas H.-J.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3<sup>e</sup>éd. Paris, 2006. С. 372 и далее.

<sup>2</sup> *Cornish W. and Llewelyn D.* *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Fifth Edition. London, 2003. С. 459 и далее, с. 463 и далее.

<sup>3</sup> *Doutrelepont C.* *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*. Brüssel, 1997. С. 259 и далее.

<sup>4</sup> VARA USA 1990.

условиях предоставляется «right of integrity»<sup>1</sup>; от его осуществления в отношении определенного использования произведения можно отказаться в письменной форме. В остальном это право не передаваемо.

Таким образом, говоря о зарубежном опыте установления правовых гарантий неприкосновенности произведений, следует заметить, что наряду с правом авторства и правом автора на имя, право автора на защиту неприкосновенности произведения является сегодня в большинстве стран континентальной правовой системы важной составной частью всего комплекса норм, касающихся «права автора как личности» (Германия), «droit moral» или «droits moraux» (Франция) или «moral rights» (Великобритания). В этом плане также приходится констатировать, что в ЧЧ ГК РФ обобщающая норма отсутствует.

Библиографический список:

1. *Дитц А.* Право авторства и право на имя в системе личных неимущественных прав автора. // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. № 1 (том XVI).

2. *Якушева Т. А.* Личные неимущественные (моральные) права автора в России и Германии: Монография. Ставрополь, 2007.

3. *Сергеев А. П.* Авторское право России. СПб., 1994.

---

<sup>1</sup> *Dieselhorst*, Das Ende des «amoralen» Copyrights? GRUR Int. 1992. С. 902, с. 907 и далее, а также в общем плане: *Goldstein*, Copyright. Vol. III. New York, 2005, Section 15.23.

4. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1999.

5. *Калятин В. О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права): Учебник для вузов. М., 2000.

6. *Погуляев В. В., Вайтан В. А., Любимов А. П.* Комментарий к Закону Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (постатейный). М., 2006.

7. *Гаврилов Э. П.*, Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. Судебная практика. Изд. 3-е, перераб. и доп. М., 2003.

8. *Калятин В. О.* Авторское право в проекте части четвертой Гражданского кодекса РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 9.

9. *Еременко В. И.* О части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2007. № 4.

10. *Близнец И. А.* Авторские и смежные права в четвертой части ГК РФ // Патенты и лицензии. 2006. № 6.

11. *Федотов М. А.* Автор как «элементарная частица» правовой охраны интеллектуальной собственности. // Труды по интеллектуальной собственности. 2013. № 4 (Т. XV).



## **П. МЭГГС**

*Иллинойский университет (США), Школа права,  
профессор права (61820, США, штат Иллинойс, г.  
Шампейн, Западная Пенсильвания просп., д. 504,  
тел.: (217) 333-6711)*

## **К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ОХРАНЕ НОУ-ХАУ ПО РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ**

**Ключевые слова:** Гражданский кодекс; интеллектуальные права; авторские и смежные права; защита прав; ноу-хау; охрана

**Аннотация:** Статья посвящена рассмотрению понятий «ноу-хау» в российском законодательстве, «коммерческая тайна».

Появлению термина «ноу-хау» в российском законодательстве предшествовал термин «коммерческая тайна», которая охранялась Законом СССР «О предприятиях в СССР» 1990 г.<sup>1</sup>, Законом РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» того же года,<sup>2</sup> а также Законом «О конку-

---

<sup>1</sup> Ст. 33 Закона СССР «О предприятиях в СССР» от 4 июня 1990 г. // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1990. № 25. Ст. 460.

<sup>2</sup> Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности» // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст.418.

ренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» 1991 г.<sup>1</sup>

Ст. 128 первой части Гражданского кодекса РФ<sup>2</sup> (далее – ГК РФ) относила информацию к числу объектов гражданских прав. Ст. 139 содержала широкое определение «служебной и коммерческой тайны». В Федеральном законе «О коммерческой тайне»<sup>3</sup> 2004 г. (далее – Закон «О коммерческой тайне») появились более детальные правила. Данное понятие также встречается в ст. 183 Уголовного кодекса РФ и в ст. 13.14 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

В 2008 г. в гл. 75 четвертой части Гражданского кодекса РФ<sup>4</sup> (далее – ЧЧ ГК РФ) термин «коммерческая тайна» был заменен термином «секреты производства (ноу-хау)», также были изменены некоторые правила охраны таких секретов.

Секреты производства (ноу-хау) являются результатами интеллектуальной деятельности, кото-

---

<sup>1</sup> Ст. 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» от 22 марта 1991 г. № 948-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Российская газета. 1994. 8 дек. № 238–239.

<sup>3</sup> Федеральный закон «О коммерческой тайне» от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ, с изменениями, внесенными законом от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // Российская газета. 2006. 8 фев. № 25.

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (в ред. от 23 июля 2013 г.) // Российская газета. 2006. 22 дек.; далее – ГК РФ.

рые регулируются и общими положениями гл. 69 ЧЧ ГК РФ. Соотношение норм ст. 1227 ЧЧ ГК РФ и гл. 75 ЧЧ ГК РФ не совсем ясное, так как передача права собственности на материальный носитель секрета фактически может значить правомерное приобретение секрета новым владельцем носителя и потерю секрета бывшим владельцем носителя.

С принятием ЧЧ ГК РФ, Закон «О коммерческой тайне» подвергался различным изменениям (были отменены отдельные статьи и пункты), но остался в силе.<sup>1</sup> Таким образом, здесь налицо исключение из общего подхода ЧЧ ГК РФ (отмены отдельных законов в области интеллектуальной собственности), сейчас существуют два параллельных источника – гл. 75 ЧЧ ГК РФ и Закон «О коммерческой тайне». К сожалению, в гл. 75 нет ссылки на этот закон. Но, как будет показано ниже, невозможно понимать статьи гл. 75 ЧЧ ГК РФ без рассмотрения закона «О коммерческой тайне».

Гл. 75 ЧЧ ГК РФ в целом соответствует нормам основных актов международного права, связанных с коммерческой тайной – речь идет о ст. 39 (о коммерческой тайне), ст.ст. 41–50 (о защите интеллектуальной собственности) Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности<sup>2</sup> (далее – ТРИПС) и п.п. 2 и 3 ст. 10bis

---

<sup>1</sup> Федеральный закон «О введении в действие части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации» от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ. Ст. 34.

<sup>2</sup> Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS), заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г. Соглашение вступило в силу для России 22 августа 2012 г. // СЗ РФ. 2012. № 37 (приложение, ч. VI). Ст. 2818–2849.

Парижской конвенции об охране промышленной собственности<sup>1</sup> (далее – Парижская конвенция). Однако, требование очень конкретного «режима коммерческой тайны» в ст. 10 Закона «О коммерческой тайне» вызывал серьезный вопрос о совместности определения «секрета производства» с определением «закрытой информации», содержащейся в ст. 39 ТРИПС.<sup>2</sup> Поэтому приветствуется расширение определения секреты производства дополнением к ст. 1465 ГК РФ фразы «принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны».<sup>3</sup> Требование п. 3 ст. 39 ТРИПС об охране закрытых данных, представляемых госучреждениям, выполняется не гл. 75 ЧЧ ГК РФ, а ст. 13 Закона «О коммерческой тайне».

В странах общего права коммерческая тайна охранялась прецедентным правом уже в XIX в., важный прецедент в американском праве – дело *Peabody v. Norfolk*, 98 Mass. 452 (1868). Правила современного американского общего права о торговых секретах, представленные в §§ 39-45 Свода

---

<sup>1</sup> Конвенция по охране промышленной собственности, заключена в г. Париже 20 марта 1883 г. (в ред. от 2 октября 1979 г.) // Закон. 1999. № 7 (извлечение).

<sup>2</sup> Английский суд отказал защиту российской компании за несоблюдение «режима коммерческой тайны». См.: *Ojsc Tnk-BP Holding & Anor v Lazurenko* [2012] EWHC 2781 (Ch) (16 October 2012) // <http://www.bailii.org>

<sup>3</sup> Федеральный закон «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 12 марта 2014 г. N 35-ФЗ, пункт 142 ст. 3.

норм о нелояльной конкуренции<sup>1</sup>. Большинство штатов США приняли законы, основанные на Единообразном законе о торговых секретах<sup>2</sup>, а также установили уголовную ответственность за кражу секретов<sup>3</sup>.

Возвращаясь к анализу норм российского законодательства о секрете производства, начнем с его легального определения, установленного ст. 1465 ЧЧ ГК РФ. Согласно данной статье, секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

Данное определение представляется не совсем удачным. Смысл фразы «секреты производства (ноу-хау)» неясен и может означать или «секреты производства, а также ноу-хау», или «секреты производства, то есть ноу-хау». Также неясно было, охранялась ли ценная коммерческая информация, не связанная с производством, например список клиентов. Ранее действующее определение,

---

<sup>1</sup> Restatement (Third) of Unfair Competition, §§ 39–45.

<sup>2</sup> Uniform Trade Secrets Act.

<sup>3</sup> Economic Espionage Act (Закон о коммерческом шпионаже) 1996, 18 U.S.C. §§ 1831–1839.

содержащееся в п. 1 ст. 139 ГК РФ, было более удачным: «Информация составляет служебную или коммерческую тайну в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности»<sup>1</sup>.

В первоначальной редакции ст. 3 Закона «О коммерческой тайне» содержались более подробные определения. Коммерческой тайной признавалась конфиденциальность информации, позволяющая ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду. Помимо этого ст. 3 также содержала определение «информация, составляющая коммерческую тайну», которой признавалась научно-техническая, технологическая, производственная, финансово-экономическая или иная информация (в том числе составляющая секреты производства (ноу-хау), которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к которой нет свободного доступа на законном основании и в отношении которой обладателем та-

---

<sup>1</sup> Ст. 139 отменена с 1 января 2008 г. Федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации», п. 12 ст. 17.

кой информации введен режим коммерческой тайны.

В этих определениях, как и в ст. 1465 ЧЧ ГК РФ, соотношение понятий «ноу-хау» и «секрет производства» неясное. Однако очевидно, что значение фразы «секреты производства (ноу-хау)» значительно более узко, чем значение фразы «информация, составляющая коммерческую тайну». С вступлением же в силу ЧЧ ГК РФ определения в пп. 2, 3 ст. 3 Закона «О коммерческой тайне» были изменены, чтобы совпадать с определением ст. 1465 ЧЧ ГК РФ:<sup>1</sup>

В отличие от первоначальной редакции ст. 3 Закона «О коммерческой тайне», в которой понятие «секреты производства (ноу-хау)» было более узким, чем понятие «коммерческая тайна», ст. 1465 ЧЧ ГК РФ (и ст. 3 Закона «О коммерческой тайне» в новой редакции) использует термин «секреты производства (ноу-хау)», как синоним коммерческой тайны. Такое резкое изменение может вызывать ошибки в практике применения ст. 1465.

Другим недостатком формулировки ст. 1465 ЧЧ ГК РФ является фраза «введен режим коммерческой тайны». Данный режим определен не в ЧЧ ГК, а в ст. 10 Закона «О коммерческой тайне», при этом гл. 75 ЧЧ ГК РФ не содержит ни одной ссылки на этот закон. Поэтому правоприменитель, не являющийся специалистом по интеллектуальной собственности, может и не знать, что полное определение такого режима находится в другом норма-

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации», п. 2 ст. 34.

тивно-правовом акте. Ст. 5 Закона «О коммерческой тайне» содержит список сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну. Отсутствие ссылки на этот список – тоже серьезный недостаток ст. 1465 ЧЧ ГК РФ.

Еще одним недостатком данной статьи является то, что она определяет только объект (секрет производства (ноу-хау) правоотношения, не упоминая о субъектах.

Существуют также определенные сомнения в совместимости ст. 10 Закона «О коммерческой тайне» и п. 2 ст. 39 ТРИПС, требующего охраны информации, которая является секретной, имеет коммерческую ценность и является предметом надлежащих мер, направленных на сохранение её секретности, со стороны лица, правомерно контролирующего эту информацию. Согласно ст. 10 Закона «О коммерческой тайне», режим коммерческой тайны должен включать пять специфических мер охраны информации<sup>1</sup>, а ТРИПС говорит только о применении «надлежащих в данных обстоятельствах мер». Вполне возможно, что в конкретных обстоятельствах меры могут быть «надлежащими», даже если такие меры не включают все меры, перечисленные в ст. 10 закона.

Если обратиться к американскому праву, то мы увидим, что определения торгового секрета не содержат конкретных условий, похожих на конкрет-

---

<sup>1</sup> Определение перечня информации, ограничение доступа к ней, учет лиц, получивших доступ к информации, регулирование отношений по использованию данной информации работниками и нанесение соответствующих грифов на материальные носители – ст. 10 Закона.



ные требования ст. 10 Закона «О коммерческой тайне». Ст. 39 Свода норм о нелояльной конкуренции содержит следующее определение: «Торговый секрет – любая информация, которую можно использовать в деятельности коммерческой организации или другого предприятия и которая является достаточно ценной и секретной, чтобы дать настоящее или потенциальное преимущество перед другими». Подобные определения находятся также и в Единообразном законе о торговых секретах (§4(1) и в Законе о коммерческом шпионаже (§1839(2)). В отличие от ст. 10 Закона «О коммерческой тайне», американское законодательство не требует применения специфического режима секретности. Уровень нужных мер разъясняется судебными прецедентами<sup>1</sup>.

Ст. 1466 ЧЧ ГК РФ, содержащая общие положения об исключительном праве на секрет производства, также послужила причиной внесения ряда изменений в Закон «О коммерческой тайне». Так, п. 1 данной статьи заменил ст. 7 Закона «О коммерческой тайне»<sup>2</sup>, а п. 2 заменил п. 2 ст. 4 того же закона<sup>3</sup>. Ст. 1466 ЧЧ ГК РФ весьма расплывчато подходит к вопросу о субъектах рассматриваемых правоотношений. В частности, в ней не упоминается о том, что субъектом исключительного права

---

<sup>1</sup> См., например, *Rockwell Graphic Systems, Inc. v. Dev Industries, Inc.*, 925 F. 2d 174 (7th Cir. 1991).

<sup>2</sup> Отменен федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации», п. 4 ст. 34.

<sup>3</sup> Отменен федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации», п. 3 ст. 34.

на секрет производства может быть индивидуальный предприниматель (п.3 ст. 10 Закона «О коммерческой тайне»), или юридическое лицо, занимающееся коммерческой деятельностью.

Субъектам принадлежит исключительное право использования секрета производства, однако ст. 1466 ничего не говорит об их обязанностях. В то же время, если субъект не будет сохранять режим коммерческой тайны (ст. 10 Закона «О коммерческой тайне»), он потеряет свои права. Следовательно, можно говорить о наличии у субъектов обязанности по сохранению режима коммерческой тайны.

Американский Свод норм о нелояльной конкуренции (§ 43) содержит положение, похожее на п. 2 ст. 1466 ЧЧ ГК РФ, согласно которому независимые открытие и анализ публично доступных товаров или информации не являются нелояльными мерами приобретения.

Нормы ст. 1467 ЧЧ ГК РФ о сроке действия исключительного права на секрет производства были взяты из более ранних редакций ст. 139 ГК РФ и ст. 3 Закона «О коммерческой тайне». По своему содержанию данная статья соответствует подп. «а» п. 2 ст. 39 ТРИПС. В то же время законодательство США содержит определенное дополнение, согласно которому суд может продлить действие судебного запрета (*injunction*) использования секрета производства, режим коммерческой тайны в отношении которого был нарушен, на «дополнительный разумный срок, чтобы исключить коммерче-

ское преимущество, которое иначе извлекалось бы из нелояльного присвоения»<sup>1</sup>.

Дополнительные субъекты правоотношений по распоряжению исключительным правом на секрет производства появляются в ст. 1468 ЧЧ ГК РФ, посвященной договору об отчуждении исключительного права на секрет производства. Сторонами такого договора являются владелец исключительного права и приобретатель исключительного права. По договору приобретатель получает все права бывшего владельца, который, в свою очередь, обязан сохранить конфиденциальность сведений, составляющих секрет производства. Нормы ст. 1468 ЧЧ ГК РФ корреспондируют общим нормам о распоряжении и отчуждении исключительного права, указанным в ст.ст. 1233 и 1234 ЧЧ ГК РФ и также принципу свободы распоряжения исключительным правом, установленным ТРИПС.

Вопрос о временном (посредством лицензионного договора) предоставлении права использования секрета производства, отраженный в ст. 1469 ЧЧ ГК РФ, ранее регулировался ст. 7 Закона «О коммерческой тайне», посвященной предоставлению прав на использование информации, составляющей коммерческую тайну. Субъектами данных правоотношений, согласно ЧЧ ГК РФ, являются владелец исключительного права на секрет производства (лицензиар), и лицензиат. Объектом правоотношений являются права использования секрета производства. Обязанность сохранять конфиденциальность секрета производства распространяется и на лицензиара и на лицензиата.

---

<sup>1</sup> §2 Единообразного закона о торговых секретах США.

В правовой системе США передача прав на торговые секреты (как на временной, так и на постоянной основе) регулируется общими прецедентными принципами договорного права, которые излагаются в Своде норм договорного права<sup>1</sup>.

Ст. 1470 ЧЧ ГК РФ, посвященная служебному секрету производства, в отличие от иных норм гл. 75 ЧЧ ГК РФ, обладает значительной новизной по сравнению с действовавшим до 2008 г. законодательством. Главная новизна данной статьи состоит в том, что служебный секрет производства теперь принадлежит работодателю. В связи с этим п. 2 ст. 1470 требует сохранения конфиденциальности работником (в т. ч. бывшим работником) до прекращения действия исключительного права. Ранее, п. 3 ст. 11 Закона «О коммерческой тайне» устанавливал, что информация, составляющая коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты, после прекращения трудового договора не подлежит разглашению в течение срока, предусмотренного соглашением между работником и работодателем, заключенным в период срока действия трудового договора, или в течение трех лет после прекращения трудового договора, если указанное соглашение не заключалось. Единственным условием сохранения конфиденциальности и во время действия трудового договора, и после прекращения трудового договора является выполнение работодателем требований ст. 11 Закона «О коммерческой тайне».

---

<sup>1</sup> Restatement (Second) of Contracts: *Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право в США и СССР. М., 1988.

Отметим также, что существует возможное противоречие между ст. 1472 ЧЧ ГК РФ и четвертым абзацем п. 1 ст. 10 Закон «О коммерческой тайне», который устанавливает в качестве одного из условий охраны секрета заключение соответствующих трудовых и гражданско-правовых договоров, а ст. 1472 в свою очередь, предусматривает охрану без конкретного условия в трудовом договоре.

В ТРИПС не содержится правил, касающихся служебных секретов производства. Однако в американском праве судебные прецеденты устанавливают для работника и бывшего работника «*duty of confidence*» (обязанность конфиденциальности) по отношению к работодателю.

В российской судебной практике Пленум Верховного Суда Российской Федерации указал, что «работодатель вправе требовать от работника возмещения ущерба в полном размере независимо от того, содержится ли в трудовом договоре с этим лицом условие о полной материальной ответственности. При этом вопрос о размере возмещения ущерба (прямой действительный ущерб, убытки) решается на основании того федерального закона, в соответствии с которым руководитель несет материальную ответственность»<sup>1</sup>. В качестве одного из примеров такого федерального закона, в Постановлении была указана ч. 7 ст. 11 Закона «О коммерческой тайне». Хотя ч. 7 ст. 11 отменена, принцип преимущества законодательства о ком-

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 года № 52 «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю».

мерческой тайне над положениями Трудового кодекса РФ остается в силе.

Существенные новшества содержатся и в нормах о распоряжении исключительным правом на секрет производства, полученный при выполнении работ по договору. Ст. 1471 ЧЧ ГК РФ изменила режим коммерческой тайны при выполнении государственного или муниципального контракта для государственных или муниципальных нужд по сравнению с ранее действующей ст. 9 Закона «О коммерческой тайне». Субъектами данных правоотношений являются подрядчик и заказчик. Исключительное право на секрет производства имеет только подрядчик, а заказчик не имеет такого права, если договором между ними не установлено иное.

Подводя итог анализу норм, содержащихся в гл. 75 ЧЧ ГК РФ, отметим, что ст. 1472 ЧЧ ГК РФ, посвященная ответственности за нарушение исключительного права на секрет производства, практически не содержит существенных новелл по сравнению с положениями Закона «О коммерческой тайне». Так, п. 1 ст. 1472 ЧЧ ГК РФ соответствует ст. 14 Закона «О коммерческой тайне», а также общим принципам о возмещении убытков, указанным в ст. 15 ГК РФ, а п. 2 ст. 1472 ЧЧ ГК РФ совпадает с п. 4 ст. 14 Закона «О коммерческой тайне». Согласно п. 5 ст. 14 ГК РФ, обладатель информации имеет право требовать в судебном порядке принятия мер по охране конфиденциальности от лица, которое получило доступ к информации непредумышленно.

Специальными субъектами ст. 1472 ЧЧ ГК РФ являются обладатель секрета производства, нарушитель права (п. 1) и лицо, использовавшее секрет непредумышленно (п. 2). В соответствии со ст.ст. 41-52 ТРИПС, обладатель информации также имеет право на эффективную судебную защиту своих прав.

Библиографический список:

1. *Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право в США и СССР. М., 1988.

## ПРАВО И ОБРАЗОВАНИЕ

### **А. Г. МАНОВ**

*Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина, доцент кафедры теории государства и права, кандидат юридических наук, доцент (123242, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская ул., д. 9; тел.: (499) 244-88-03; msal@msal.ru)*

### **КУРС ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЙ ТЕОРИИ: НОВЫЕ ПОДХОДЫ**

**Ключевые слова:** теория; политический фактор; политическое регулирование; судебное право

**Аннотация:** Статья посвящена исследованию новых подходов к политико-правовой теории

Наука заслуживает того, чтобы быть самоцелью. Она самодостаточна. И не зависит *напрямую* ни от чего и ни от кого. Даже от политического фактора. Хотя многих почему-то всё-таки пугает тематика цикла. И сама идея его подготовки.

Я понимаю, что книги уже практически никто не читает. Тиражи бывают, если это не книги высших чиновников, смехотворно малы. Но эти монографии (я выделил пока 9 основных тем) необходимы. Пусть не мне дано все их полностью и достаточно



быстро написать. Тем более все девять. Но наша страна может, я уверен, в ближайшее время слегка захлебнуться, если эти темы не будут разработаны учёными, а результаты исследований – обнародованы. Правовой вакуум и научный вакуум опасны. Вроде бы наличие вакуума вообще ведёт к взрыву.

Ниже я привожу список работ, которые я предполагаю, вместе с соавторами, подготовить и опубликовать в ближайшее время. Работа должна осуществляться при участии наиболее компетентных специалистов, умеющих писать глубоко и быстро. Как умели делать мой отец и брат. Я убеждён, что необходим весь «комплект». Читателя пусть не смущает внешне теоретический характер многих из монографий. Основное внимание, хотя это научно-публицистические издания, а во многом – чисто научные, будет уделено всё же практическим, прикладным аспектам. А значение же ускоренной разработки ряда общих вопросов права, на мой взгляд, в последнее время безусловно возросло.

Правовая сфера жизни нашего общества в настоящее время, по моему мнению, ещё плохо развита и нуждается в серьёзной трансформации. Политическая сфера также, на мой взгляд, не выдерживает серьёзной критики. Конечно, вопрос: «кто хуже» (правовая система или политическая) в прямом смысле пока не стоит, но очевидно, что реформы, достаточно радикальные, давно назрели.

Я уверен, что в ближайшее время должна произойти тотальная правовая реформа. Это наше неизбежное будущее, если мы хотим жить благополучно. Реформа, тем более правовая, – это вовсе

не революция. Здесь мало общего. Не надо этого опасаться. Тем более прогрессивно настроенным людям.

Но хотелось бы напомнить, что реформы обычно преследуют какую-то цель: сделать либо как должно, либо как лучше. В России же уже давно «изобретён» новый вид реформ: сделать как получится. Но это крайне нежелательно и опасно.

Тем не менее, политические события самого последнего времени всё же внушают определённый оптимизм. Далеко не всё ещё потеряно. Наоборот, многое предстоит сделать. Но делать это надо.

Совершенно убеждён: политические события, как внутри страны, так и вовне, диктуют насущную необходимость скорейшего появления серии научно-юридических публикаций (пусть даже в основном через Интернет и личные сайты) по наиболее принципиальным проблемам политико-правовой теории.

В первую очередь, на мой взгляд, необходима разработка следующих тематических направлений.

## **1. Политическое регулирование**

Речь пойдёт о том, что современные социально-политические и правовые реалии, само состояние гражданского общества, взаимодействующего с государственными и иными политическими структурами, крайне нуждаются в их осмыслении и освещении с точки зрения общей и специальной теории социального регулирования. Автор, учитывая это и одновременно работая над практически одноимённой докторской диссертацией, излагает свои взгляды на актуальные проблемы поли-

тики и права в их социально-управленческом аспекте, так как общество, как известно, является всего лишь сложной системой саморегуляции и управления.

Это потребовало рассмотрения понятий политики и социального регулирования в их непосредственной взаимосвязи. Отправная точка исследования – общее понимание политики, её проявлений и видов (общая, внутренняя, внешняя, военная, отраслевая, местная, локальная и т. д., с их критериями обоснованности и целесообразности, правомерности осуществления в рамках тех или иных организационных структур и от их имени). Легальность и легитимность политики как объект теоретического анализа.

Разумеется, нельзя обойти вниманием многие основные вопросы политики: социально-классовая структура, строй, собственность, расслоение, власть, политическая свобода, самоуправление и др. Иначе исследование будет не вполне научным и полным.

Кроме того, важно разобраться в пределах политики и, в частности, в самой сути политических функций. Речь в связи с этим в первую очередь идёт о функционировании системы местного самоуправления, которая, с одной стороны, составляет важную часть конституционного опосредствования, а с другой – лишена, на мой взгляд, реальной возможности эффективно воздействовать на социальную жизнь.

Основное внимание в данной книге уделяется следующим вопросам:

– констатация такого явления, как политическое регулирование, открытого, видимо, мною, около тридцати лет назад (во всяком случае – в данной понятийно-теоретической интерпретации). Политическое регулирование существует одновременно с правовым и независимо от него. Одновременно право (правовое регулирование) есть разновидность политического регулирования. Известно также политико-правовое регулирование.

Предметом правового исследования является прежде всего, конечно, политическое регулирование в виде правового регулирования.

«Чисто» политическое регулирование тяготеет к такой науке, как политология. Для разработки научной концепции политического регулирования необходимо достаточно хорошо знать его современные формы, способы, приёмы и методы. Такую информацию в достаточно полном для научного исследования объёме получить весьма сложно. Поэтому такое исследование из-за недостатка информации может быть необъективным – с перегибом в ту или иную сторону.

Что касается политико-правового регулирования, то оно в современной России, как я полагаю, не предпринимается и вряд ли возможно сегодня, хотя достаточно активно использовалось в СССР при КПСС, впрочем, подчас достаточно формально, например, при издании совместных постановлений высших партийных и государственных органов. Тщательное изучение этих постановлений показало, что «симбиоз» политического регулирования и правового вообще вряд ли возможен на уровне нормативных документов.

Статус вывода о понятии политического регулирования, его основных составляющих, разработка применимой к проблеме терминологии как определённого научного открытия в области гуманитарных наук обусловлен тем, что под таким ракурсом политику, кажется, никто ещё не рассматривал, хотя это позволяет выйти на важнейшие, наиболее актуальные, насущные проблемы политики, права и правовой регуляции; существенно переосмыслить прошлое и немного прогнозировать будущее.

Я думаю, что использование категориального аппарата, непосредственно связанного с понятием политического регулирования, немного поможет восполнить ту нишу, которая неизбежно возникает из-за того, что противопоставление понятий права и закона, естественного и позитивного права – так или иначе, с течением времени – неизбежно устаревает и само по себе, – несмотря на свою глубину, – не может быть достаточным в современный период для всесторонней оценки правовой реальности. Эту реальность мы, тем не менее, наблюдаем и должны пристально исследовать («осуществлять мониторинг, говоря современным языком»). Да и у науки есть своя «мода». А теория социального управления, «социальная кибернетика», отражающие эту моду, – далеко не только «мода», они вполне современны в полном смысле этого слова;

– комплексный, всесторонний анализ политического регулирования на современном этапе актуализации; его современные формы, проявления, методы, каналы воздействия на общественные отно-

шения; реальные достижения, даже победы, во внешней и внутренней политике и весомые, серьёзные политические просчёты;

– соотношение политического и правового регулирования, их взаимодействие на современном этапе, пути достижения максимальной гармоничности, в том числе с учётом новейших внешнеполитических и внутривнутриполитических событий и инициатив; соотношение политически значимой управленческой деятельности и не имеющей в этом смысле яркого политического смысла, но, тем не менее, весьма важной, особенно для населения; деятельности в сфере местного самоуправления; разработка понятия «местная политика»;

– индустриализация и коллективизация, земельная «реформа», культурная революция, военно-кадровая политика, иные процессы из прошлого, допущение гласности; перестройка и ускорение, демократизация, стимулирование индивидуальной трудовой деятельности и создания различных кооперативов, приватизация, обесценивание вкладов, ваучеризация, «500 дней», фактическая декооперация, суверенизация («парад суверенитетов) – как проявление политического регулирования; предостережения от ошибок, перегибов во внутренней, а также внешней политике;

– формулирование правил и пределов политического регулирования, не только в чисто научном, абстрактном, но и практическом ракурсе;

– дальнейшая разработка политической функции права (Т. Н. Радько);

– оценка реальной политизированности современного российского права в целом, а также ряда

новейших законодательных актов. Такой анализ включает исследование многих, в том числе достаточно новых, политико-правовых понятий в их наиболее актуальной трактовке: экстремизм, коррупция, иностранные агенты, государственные агенты, государственные преступления, финансовые инструменты, избирательные «фильтры», политический процесс и политическое дело, диссиденты, враги народа, национализм, сепаратизм, суверенитет, общественная безопасность и общественный порядок, массовые беспорядки, политические права, социальное партнёрство, самозащита, гласность-транспарентность и др.

Этот анализ включает рекомендации по совершенствованию действующего материального права и современных, достаточно разнообразных процессуальных процедур. Обо всём этом автор знает не «по наслышке», но и из «первоисточников», прежде всего – из итогов длительной юридической работы как эксперта, специалиста, допускаясь к разрешению ряда серьёзных проблем политико-правового характера; адвоката, участвовавшего в ряде достаточно значимых юридических процессах, имеющих прямое отношение к реальной политике;

– выявление действительной политизированности современной судебной системы и судебной деятельности, правоприменения в целом: взгляд на всё это «со стороны». Надо, наконец, достаточно чётко определиться в следующем вопросе: судебская беспринципность и полицейский произвол – это вымысел или реальность? Давно пора продвинуться и в понимании таких проблем, как судебная

дисциплина, стабильность судебного решения, правовая определённость. «Гражданское неповиновение» судей, адвокатов, других субъектов судебного процесса либо расследования; «доведение до абсурда» как «приём» судей (К. А. Москаленко), а также других государственных служащих (чиновников), – всё это вымысел или реальность? Проблема судейского и адвокатского иммунитета, иммунитета свидетеля, эксперта, специалиста. Проблема статуса судьи, адвоката, эксперта и др. субъектов юридического процесса в целом, защита свидетелей, экспертов, правозащитников.

Это содействует выходу на решение следующих важнейших проблем:

1) политическая и управленческо-регулятивная сущность судебного решения, анализ вопроса в целом и с точки зрения теории правового прецедента, подлежащей, конечно, самостоятельному, всестороннему и достаточно подробному исследованию;

2) контроль за судебной деятельностью, критерии правомерности «надзора» за национальной судебной деятельностью со стороны международных судебных органов

– оценка отечественной судебной системы (и правовой в целом) с точки зрения стандартов и критериев правовой и политической культуры; анализ политико-правового сознания субъектов судебного процесса;

– исследование понятия «политический процесс» (не путать с исследованиями Л. С. Мамута в области политического процесса – динамической составляющей политической системы общества); ис-



торический экскурс в этих целях (подход к этой проблеме со стороны обвинения и обвиняемых, судей, выявление разновидностей политического процесса: политический процесс по своей фабуле и/или формуле обвинения, квалификации (суть вменяемого деяния); политизированные процессы; процессы инквизиционные, а также заказные, «сфабрикованные» – по политическим и квазиполитическим мотивам; процессы недостаточно обоснованные в своей первоначальной стадии («авось что найдется») и тщательно подготавливаемые. Процессы, имеющие политические значимость, как особая разновидность политического процесса. Политические процессы, инициированные субъектами права и политики, стремящимися добиться каких-либо значимых, с их точки зрения, перемен, изменений. Симуляция политического дела (политичности процесса). Политизация в юриспруденции как вид пиара. «Спекуляции» в области уголовного процесса – со стороны обвинения и со стороны обвиняемых, защиты, отношение к данному вопросу в ретроспективном аспекте (в эпоху сталинизма). Необходимость доказывания политичности дела (в современных условиях), способы, методы доказывания, применимые презумпции и распределение бремени доказывания. Значение экспертизы как средства доказывания, виды применимых в данном ракурсе экспертиз и их целесообразность.

– обращение в суд как средство политической активности;

– описание методов политического регулирования внеправового характера:

а) нейтрально-позитивных (нормативные, идеологические, стимулирующие (пропаганда и агитация, параллельное действие, «разбор полётов», поощрение и др.);

б) негативных, а в действительности – недопустимых (политические репрессии, устрашение, борьба с «врагами народа», инакомыслящими, «охота на ведьм», притеснения правозащитников, адвокатов, цензура, самобичевание, доносительство, разоблачения, насильственные исчезновения, политические убийства, привлечение в этих и иных целях военных и гражданских наёмников, в том числе из числа лиц, отбывающих лишение свободы либо приговорённых к смертной казни, пытки, дурное (ненадлежащее) обращение, пытки, коррумпирование, предоставление льгот). Основная политическая сущность тоталитаризма с точки зрения автора. Разумеется, все эти меры лишь условно можно отнести к какому-либо виду «регулирувания», но нельзя отрицать их широкую применимость и эффективность, а, следовательно, нельзя и обойти молчанием в связи с контекстом книги.

Формы партийного руководства как достаточно совершенная система политического регулирования в условиях авторитарного общества, зависящая, в действительности, однако, от необходимых ресурсов: силовых, материальных, кадровых, интеллектуальных (теперь понятно, почему при Сталине преподавателям и учёным лучше платили); роль льгот и привилегий (поощрений) применительно к политическому регулированию.

Санкции в политике. Внутриполитический и международный аспект. Критерии допустимости санкций как средства политического воздействия.

– изучение субъектов и «объектов» политического регулирования. Вожди, элита, лидеры, средний класс, маргиналы, люмпены, «профессиональные революционеры», оппозиционеры, правозащитники, инакомыслящие, «враги народа», диссиденты, иностранные агенты (последних, доводя ситуацию до абсурда, предлагается переименовать в политических агентов), провокаторы – как субъекты и объекты политического регулирования.

Непосредственные субъекты и объекты политического регулирования.

Место лоббизма в политическом регулировании, теория и практика лоббизма, как в стране, так и за рубежом (А. В. Тарасов), лоббизм на общенациональном уровне и местном, включая местное самоуправление;

«Непрямые» субъекты политики: профсоюзы, церковь, отдельные молодёжные, спортивные и др. организации.

Изменение политико-правовых основ статуса и деятельности субъектов и объектов политического регулирования в связи с расширением содержания политической деятельности, политизация ряда традиционно «неполитических» проблем (соматических, экологических, проблем, связанных с защитой животных, и т. д.) (О. В. Ангарова).

– Расширение содержания политической деятельности, «политизация» ряда

Я уверен, что тщательно разобраться во всех этих вопросах в их политико-правовой взаимосвя-

зи крайне важно с чисто научной точки зрения и ещё более актуально для отечественной правовой системы в целях её кардинального совершенствования. Во-первых, такое современное явление, как политическое регулирование, в последнее время по сути дела никто не изучал и не рассматривал. Книга предназначена для объективного, основанного на научных выводах анализа новейших законов и практики их применения и непосредственной реализации, с примерами и конкретными фактами по, так называемым, «политическим процессам», в том числе – с непосредственным участием автора, а также с участием коллег по адвокатскому «цеху». Идёт плодотворная работа с чисто «архивными» материалами, которые никогда не были обнародованы и, видимо, без этой книги обнародованы не будут. По мере написания данного макета поступают всё новые материалы (по делу о событиях на Болотной, по делу Г. Г. Фетисова и др.), подлежащие тщательной аналитике, так как не всё здесь, конечно, однозначно и требует взвешенного, объективного, чисто научного и, одновременно, правового подхода к проблеме. Так, только что было озвучено мнение Г. Г. Фетисова (бывшего миллиардера-олигарха), что уголовный процесс в отношении него является – политическим. А сам он по этому сидит в тюрьме (СИЗО). А не в связи с утратой средств вкладчиков его банка.

Всё это заставило дополнительно задуматься над проблемой общей и частной превенции применительно к такого рода процессам.

И правомерен ли тезис: политическое регулирование как раз и состоит в том, чтобы прежде всего

отреагировать на правонарушения со стороны «репрезентативных», хорошо известных, достаточно значимых в обществе лиц, располагающих значительными ресурсами (... пенсии, пособия и т. п.) А для права, действительно, все равны, одинаковы (естественно, с учётом современной интерпретации либертарно-юридической теории В. С. Нерсесянца).

В более широком контексте данная проблематика предполагает рассмотрение различных видов социального регулирования, в том числе – экономического регулирования, включающего в себя политику в области финансовой деятельности, инвестиций, займов, кредитования, налогообложения, сборов, пошлин и т. д. Это во многом обусловлено тем, что даже бизнес не может быть не заинтересован в качественных, излишне не политизированных (во всяком случае, политизированных в интересах бизнеса) – законах, и в действительно независимом, объективном, беспристрастном суде, который эти законы применяет в точном соответствии с их смыслом, «духом» и «буквой», способен хотя бы понять их правовой смысл, осуществить системное толкование применимого законодательства и, более того, хорошо умеет это делать, во всяком случае – не хуже других юристов, имеющих такой же диплом о высшем юридическом образовании. Такой суд способен также, при необходимости, оперативно и качественно формулировать отдельные правовоположения (или правовые позиции), которые должны действительно соответствовать нормам права и его принципам,

не выходя за пределы конституционных полномочий и требований доктрины разделения властей.

Автор уважает правосудие, но мы не обязаны огульно уважать конкретные суды, их систему, реальных судей. «А судьи кто?»

## **2. Двенадцать источников судебного права в России**

После того, как решены общие вопросы – вопросы политики, следует перейти к более юридизированной материи.

Ключевое звено здесь, как представляется, – правосудие и судебная система. Тем более что на неё «завязаны» все иные государственные органы в силу доктрины разделения властей, «сдержек и противовесов».

Замысел данного исследования основан на искреннем стремлении содействовать совершенствованию, реформе судебной системы России, обеспечить действительную независимость судов, повысить их реальную роль и значение в обществе, освободить судью от излишнего политического и бюрократического контроля, мелочной регламентации его деятельности, дать ему, наконец, возможность избавиться от «мантии» чиновника, так как именно в этом уже давно заинтересованы практически все «игроки» на политическом, экономическом и правовом «поле», все действительно порядочные люди.

Очень часто со стороны самых различных авторитетных лиц звучат призывы или требования укрепить судебную систему России, сделать суды подлинно независимыми. Это залог и обеспечения

прав человека, и успешного бизнеса, и инвестиций, в том числе иностранных, и привлечения к нам действительно крупного капитала. Я уверен, что всё это нам действительно нужно, позволит улучшить благосостояние народа. А материальные затраты сравнительно небольшие, если, конечно, постоянно не «перетасовывать карты», менять здания, вывески, города и т. д.

Для реализации этих «пожеланий» необходимо тщательно разобраться в нормативной и реальной компетенции судов различных видов и инстанций. Исследуются естественно возникшие вопросы: насколько разумна и совершенна наша судебная система; каковы надлежащие виды судопроизводства, какой «набор» инстанций наиболее служит правосудию, надо ли адвокатов лишать суда присяжных и вообще допускать общественность к осуществлению правосудия. Анализируются наиболее актуальные проблемы иерархической и линейной структуры судов, основные начала применительно к мировым судам; «должное» и «сущее» (реальное) в их наименовании, статусе и деятельности, реальное взаимодействие с местным самоуправлением, которое, как представляется, необходимо.

Апелляция и кассация в историческом аспекте и современность. Судебный надзор.

Тем более что в связи с проблемами правосудия «перекраиваются» даже традиционные кафедры вузов.

Особое внимание уделяется такому нововведению, как объединение Верховного Суда РФ и

Высшего арбитражного суда РФ как высших судов.

В свете реформы высших судов ещё более актуализируется проблема судебного (судейского) права: какие инстанции будут вырабатывать «индивидуальные нормы», в каком количестве, с какой интенсивностью, с какой целью и т. п. Соотношение судебного и судейского права.

Насколько конституционна практика издания отдельных постановлений пленумов, президиумов? Не присвоены ли полномочия, которых, в действительности, нет?

В этом аспекте, поскольку нельзя объять необъятное, а также в контексте активно обсуждаемой в настоящее время проблемы прецедента в РФ как формы права, комплексно анализируются источники судебного (точнее, судейского) права в России.

М. Н. Марченко уже давно сделал прогноз, что судебный прецедент в ближайшее время будет официально признан в РФ. Однако данный прогноз, во всяком случае – по срокам, не сбылся.

Предлагается исходить из того, что в России, не знающей прецедента как такового, всё же сформировались следующие источники судейского права:

1. Обобщённо этот источник можно представить следующим образом: Процессуальные результаты судебной оценки нормативно-правовых актов, осуществляемой судами при рассмотрении практически любого дела (общий нормоконтроль). Это положение закреплено в нашей Конституции. Речь идёт и о её прямом действии. Судебные акты,



обеспечивающие действие принципов прямого действия и дискретности полномочий.

2. Постановления (акты) Конституционного Суда РФ (негативное правотворчество), его правовые позиции как безусловный источник права. Тем не менее, с моей точки зрения, – это не прецедент в его традиционном понимании (Н. В. Витрук).

3. Судебные акты, обеспечивающие имплементацию норм международного права, содержащихся в признанных РФ конвенциях (международных соглашениях). Прямое действие конвенционных норм международного права.

4. Акты (постановления) Европейского Суда по правам человека, имеющие прецедентный характер.

5. Постановления пленумов высших судебных инстанций России (подлежат анализу в контексте истории вопроса, современного понимания, конституционности, перспектив развития).

6. Ординарные акты президиумов различных судов, выходящие за рамки обычного правоприменения (официальные и официозные интерпретационно-казуальные акты судов). Их легитимность и легальность.

7. Ретроспективные казуальные акты надзорно-кассационных инстанций (в контексте «судебного парадокса»).

8. Аналогия права и аналогия закона, применяемые в процессе судебной деятельности наряду с толкованием норм права. Сравнительно-правовой и ретроспективный анализ, современное состояние. Скрытые аналогии. Прецеденты толкования (В. Б. Венгеров).

9. Общие и специальные стандарты судебного усмотрения, предполагающие особый анализ ряда норм действующего законодательства на предмет их эффективности и целесообразности избранной юридической техники, а также изучение проблемы законодательного апеллирования к усмотрения суда.

10. Регламенты судов с учётом их внутреннего и внешнего действия. «Скрытые нормы».

11. Иностранное право прецедентного характера, подлежащее применению либо учёту судами. Универсальная юрисдикция.

12. Судебные обычаи (на первый взгляд, их не так уж много и не так уж они важны, но, в действительности, весьма репрезентативны и могут «взорваться» как раковая клетка).

Случайно этих источников оказалось именно 12.

Итак: Сбылось ли предсказание проф. М. Н. Марченко? Если нет, сбудется ли оно?

Исследование данной проблематики основано на уже достигнутом: теории правоположения (правовой позиции) в различных её ракурсах (В. В. Лазарев), изучении интерпретационной деятельности судов, а также анализе зарубежного прецедентного права (Англия, США), международно-правовых прецедентов и т. д.

Под этим углом зрения («прецедентного права») следует проанализировать и практику работы различных «квазисудебных» органов, в том числе адвокатских и т. п. палат, в части разрешения споров и привлечения каких-то лиц к ответственности, целесообразность издания многотомных дисци-

плинарных обобщений, особенно – на местном уровне.

Примечательно, что аналогичные проблемы, не разрешимые, видимо, вне судебной системы, возникли и у наших спортсменов, точнее – спортивных сообществ.

Это исследование должно быть весьма востребовано и судами, и адвокатскими структурами, и учебными учреждениями, а также «широким» читателем.

### **3. Источники права в свете международного права и прав человека**

Современный этап развития права характеризуется международной интеграцией, процессами глобализации, усилением роли международного права.

Одновременно произошло повышение значимости международного гуманитарного права (права прав человека).

Развивается и система международных судов. Эти суды, помимо всего прочего, используют особые приёмы доказывания, что представляет особый интерес не только для специалистов, но и для всех заинтересованных и любознательных юристов, обладающих широким кругозором, либо просто стремящихся его расширить. Ведь всё может пригодиться.

К сожалению, в современный период не утратило своей особой актуальности международное гуманитарное право в собственном историческом смысле (право, связанное с ведением войн, внеш-

ними вооружёнными конфликтами, а ныне – и внутренними).

Всё более зримые очертания приобретает международное уголовное право. В то же время, именно в нём, как представляется, в современный период в первую очередь содержатся первоосновы права, его исходные начала, принципы, аксиомы. Достаточно упомянуть теорию прав человека в современной интерпретации, стандарты правосудия и судопроизводства, основы государственно-правового и политического «измерения», не отделимые от «измерения» человеческого.

Международное право, во всяком случае – в его уже тщательно разработанной теории, всё менее является сосудом, в который можно влить любое содержимое.

В свете этих процессов необходимо переосмыслить понимание источников применимого внутри страны права, как внутренних, так и внешних, а также выделить всеобщие источники права, значимые как для международного права, так и внутреннего. Причём некоторые всеобщие источники, форма которых практически не отделима от содержания, могут являться не только компонентом структуры (системы) права, но и стержневым элементом самой правовой системы. В этой связи необходимо вернуться к обсуждению идеи о том, что источники права также формируют систему (структуру) права. И тезис о том, что источник – это простой «костюм» для права, здесь не «работает» в полной мере, так как структура права, в её традиционном понимании, также не связана непосредственно с его содержанием. Тем не менее, ес-

ли руководствоваться диалектической логикой, форма также существенна, в той или иной мере отражает содержание, а в каких-то ситуациях, событиях это содержание демонстрирует весьма существенно. И всеобщие источники права также отражают суть права очень точно и ярко.

Это переосмысление должно охватить и различные сферы социально-экономической жизни, а не только чисто «гуманитарную» сферу. Тем более что сама экономическая жизнь должна гуманизироваться. Период первоначального накопления уже закончился. «Собственность обязывает». Конечно, это отдельная тема, но совершенно ясно, что некоторое грядущее перераспределение материальных ценностей и ресурсов, позволяющих их иметь и преумножать, должно производиться с учётом принципиальных начал права, его всеобщих источников, а ни в коем случае – вопреки им, так как это приведёт к последствиям, не совместимым с благими целями. Однако и «забвение» этой необходимости предполагает чудовищную несправедливость.

Возможно, упомянутые последствия, связанные, в первую очередь, с перераспределением собственности, и не наступили бы. Но для нас важно: право, в отличие от политики, как представляется, полностью отвергает тезис о том, что цель оправдывает средства.

В конечном счёте всё это будет способствовать юридической защищённости субъектов права, так как источник права – это, в первую очередь, то, чем можно воспользоваться при защите своих прав («на что можно сослаться»).

Последние события на Украине, развязки которых применительно к какой-то отдельной стадии конфликта я ожидал, прежде чем закончить этот материал, убедили меня в крайней актуальности монографии по данной теме. Имеются явные признаки конфликта: как внутреннего (прежде всего – на Украине), так и международного (хотя пока и не очень большого). Конфликты, во всяком случае – внешний, находятся пока ещё на достаточно ранней стадии, «операбельны» (за исключением, по всей вероятности, внутривнутриполитического и националистического на Украине). К моменту опубликования данного материала ситуация, конечно же, изменится в ту или иную сторону, поэтому пусть простит меня читатель, так как я не предсказатель. Однако совершенно ясно, что, не вторгаясь в политику, как внутреннюю, так и международную, необходимо обнародовать современную систему позитивных знаний по рассматриваемой в книге проблеме.

Это спасёт какое-то количество человеческих жизней, женщин, детей, православных церквей, синагог. Международная юридическая ответственность, о которой придётся подробно рассказать в книге, – достаточно неприятная вещь. Нельзя доводить кого-то до её крайних форм, тем самым дополнительно обостряя ситуацию. В этой связи, давайте, уважительно, снисходительно и терпимо, здраво отнесемся к использованию всех форм содействия осуществлению соглашений о правах человека, сотрудничества в этой сфере, включая такие, как: международная уголовная ответственность, составление специальных списков, между-

народные меры пресечения (санкции и т. п.), использование и/либо создание специальных судов (трибуналов), универсальная и международная юрисдикция, доклады, сообщения, жалобы, их обсуждение и рассмотрение, переговоры в целях мирного урегулирования, международная медиация и др. Особо следует остановиться на санкциях внешнего или международного характера, их относимости к обеспечению прав человека.

Мой брат, Б. Г. Манов, охотно бы принял участие в написании данной книги как специалист в области прав человека и международного сотрудничества по содействию в их осуществлении, автор одной из первых монографий по данному вопросу. Но он, к сожалению, умер, оставив на своём рабочем столе проект международного уголовного кодекса.

Однако я уже практически заручился поддержкой его близких друзей, безусловных лидеров в области международной защиты прав человека.

Самое главное в смысле практического решения проблемы быстрого выхода в свет книги и обеспечения глубины и актуальности её содержания: книга будет подготовлена совместно со С. М. Дмитриевским. Применительно к другому вопросу, он сумел глубоко и всесторонне разобраться в проблеме применимого права как такового. И он уже научен горьким опытом, занимаясь научными исследованиями на достаточно острые правовые темы, хотя и хотел, всего лишь, разобраться в данном вопросе с чисто научной точки зрения. Суд снял с него все обвинения. Поэтому в данном случае будет именно научное исследование проблемы,

излагаемое, по возможности, в чисто академическом стиле.

А что касается публикаций С. М. Дмитриевского, то, действительно, их пытались запретить и конфисковать, но суды пришли к выводу о том, что книги написаны нормально, ничего противоправного в них нет. Решение суда достаточно давно вступило в законную силу. Адвокат А. Г. Манов представлял интересы С. М. Дмитриевского и соавторов в суде как первой, так и второй инстанций.

Справочно: труды С. М. Дмитриевского мало доступны, часть всё-таки успели сжечь, уничтожить, присвоить. Но, независимо от этого, данную тему надо развивать, научно углублять, юридизировать, приводить в соответствие с потребностями сегодняшнего дня.

А ведущие эксперты-лингвисты, возможно, составят предисловие на предмет того, что «всё нижеследующее в книге» написано в соответствии с общепринятыми стандартами научного и правового общения между нормальными людьми, не страдающими никакими сдвигами в изменённом сознании.

При этом использована новейшая зарубежная литература по данному вопросу, которой дана достаточно объективная, на наш взгляд, оценка.

#### **4. Правовая аксиоматика**

Это будет, пожалуй, самая трудная часть работы над курсом. Но я хочу исполнить научное завещание своего отца. Он задумал книгу об аксиомах права по просьбе академика В. Н. Кудрявцева, но



не успел приступить к её написанию из-за внезапной смерти от инфаркта.

Вопрос стоял так: в чисто академических кругах вне юриспруденции правоведение не в полной мере воспринимали как подлинную науку, особенно вспоминая сталинские времена, А. Я. Вышинского и всё то, что было с ним связано. И поэтому явно не стремились избирать их в Академию Наук.

У отца возникло предположение: может быть, это происходит потому, что у юристов нет своих аксиом?

Отец успел написать и опубликовать научную статью об аксиомах в праве, работал над задуманной книгой, но не успел её написать. При этом не собирался становиться академиком.

Проблема аксиом в праве осталась так и не разработанной в достаточной степени до сих пор. Хотя отдельных учёных всё-таки избрали в академии.

В настоящее время проблема актуализировалась следующим образом: необходимо срочно разработать, сформулировать правовую аксиоматику, с тем чтобы:

- попытаться «отрегулировать», усовершенствовать правотворческую деятельность (право не сосуд, в который можно влить (слить) любое содержание);

- добиться «более правовых» судебных актов, не ограничиваясь их экспертизой на «коррупционность»;

- объяснить согражданам нормальные (не «шулерские») правила игры на «юридическом рынке», научить пользоваться ими, дать возмож-

ность реализовать в полной мере свои права и свободы.

Между тем многие абитуриенты поступают в юридические вузы, чтобы «найти способы обхода закона», понимать «лазейки» в них, «видеть между строк закона». Даже не обладая необходимыми профессиональными навыками, которые накапливаются и совершенствуются, шлифуются годами. Это не нормально. Да и некоторым бывшим олигархам не удалось успешно «преодолеть» закон.

Аксиоматика права предполагает разработку в первую очередь следующих проблем.

I. Теория правовой материи, правового пространства и правового времени. Основы их взаимодействия. Правовая материя и правовая энергия. Взаимопереход этих понятий-явлений.

Без разрешения данного вопроса трудно описать аксиоматику права. Вспомним в связи с этим семинары Ю. М. Батурина.

Отдельно имеет смысл остановиться на итогах некоторых частных теоретических исследований (например, в области сроков в праве), а также на исследованиях предполагаемых (например, по «приостановлениям» в праве). Небезинтересны рассуждения о разном значении времени в различных «правовых режимах». Более того, изучение правовой материи, её структуры и наполнителей предполагает выход на вечные вопросы о сущности права и его определениях.

Автор полагает, что практически все общепринятые суждения о праве, точнее – его определения, находясь в единой системе взаимодействия, тем не менее, нуждаются в переосмыслении. Ни одно из

них не является самодостаточным. С учётом изложенного, предлагается авторское определение понятия права, обладающее существенной новизной. При этом используется методология, отнюдь не являющаяся общепризнанной.

Если бы не опасения доброжелательной иронии О. В. Мартышина, виднейшего специалиста в области философии права и истории политических и правовых учений, профессора нашей кафедры, здесь можно было бы привести это определение и дать более-менее развёрнутый анализ системы общепринятых определений права. Поэтому ограничимся следующим «перечнем»:

1. Право как мера свободы. Здесь видится «наказательный» (Ю. А. Тихомиров) аспект. Право предоставляет свободу, а не ограничивает её («свобода – см. лишение свободы» (В. С. Нерсесянц)).

В первую очередь право является мерой справедливости. А также, как ни странно, мерой самого равенства.

Право, скорее, является нормативным бытием справедливости, свободы и равенства.

Теория нормативности (Е. А. Лукашёва) предполагает:

- активную детерминированность, императивность в этом смысле;
- масштабированность, заданную дискретность.

Естественно, здесь не хватает ещё одного необходимого признака, предиката... Только с его помощью можно объяснить, что такое право (как и мораль, душа, разум, сердце).

Классического правопонимания, по-моему, явно недостаточно.

Так ли уж не правы экзистенциалисты (М. Хайдеггер и др.), которые под правом, по-моему, понимали «наказ бытия»? Здесь есть соответствующий субъект этого наказа. И с его помощью можно определить недостающий «элемент» права.

Приведём простой пример: собрались: судья, прокурор, адвокат. А права нет. Просто каждый должен был исполнить свой долг. Но ни один из них этого не сделал.

Между тем, человек, идущий по мосту и заметивший тонущего человека, должен попытаться его спасти. Хотя вода зимой холодная. Хотя спасающий не умеет плавать.

Всё это: жизненное, событие; жизненная ситуация. На неё и действует наказ.

Отдельно имеет смысл остановиться на итогах некоторых частных теоретических исследований (например, в области сроков в праве), а также на исследованиях предполагаемых (например, по «приостановлениям» в праве). Небезинтересны рассуждения о разном значении времени в различных «правовых режимах». Более того, изучение правовой материи, её структуры и наполнителей предполагает выход на вечные вопросы о сущности права и его определениях.

2. Право не может быть выше, чем экономический строй и обусловленный им уровень культурного развития (К. Маркс).

Следовательно, оно – в своём позитивном проявлении – не должно быть и ниже этого строя, уровня культурного развития.

3. Если право – воля господствующего класса, то оно – в позитивном проявлении – в равной мере может быть и произволом этого же класса.

4. Закон есть мера политическая, есть политика (В. И. Ленин). Трудно возразить. Но закон, да и само право (позитивное) может быть плохим (А. И. Денисов).

5. Право есть концентрированное выражение политики (А. Е. Бовин). Не совсем точно: право концентрированно, нормативно выражает, закрепляет основы социального строя: политического, экономического, собственно социального.

Пожалуй, достаточно. А то я уже чувствую дыхание конструктивной критики.

II. Понятие правовых аксиом. Виды правовых аксиом.

Всеобщие правовые аксиомы. Специальные аксиомы и аксиомы отраслевого характера. Аксиомы внутренние и аксиомы внешние.

Применимая методология к этой проблеме.

Аксиоматика права – это более широкое понятие, чем аксиомы права. Правовые аксиомы не являются аксиомами в прямом смысле. Многие из них опровержимы. В связи с этим аксиоматика права *в той или иной мере* включает не только сами аксиомы, но и доктрину, принципы, сами устои права.

## **5. Опыт сравнительно-правового исследования политико-правовых понятий**

В современный период исследование не может быть достаточно полным без сравнительно-правовых составляющих.

В первую очередь необходимо проанализировать в сравнительном плане ряд правовых понятий и конструкций (методик), таких, как:

- правовая система: значение основных правовых институтов как критерий её выделения и обособления;

- политическая деятельность;

- местное самоуправление;

- правопонимание;

- понятие права: политический оттенок;

- правоотношения: общие и конкретные, значение данного вопроса для прав и свобод, их фактической реализации; –

- источники права: политический ракурс;

- роль международного права;

- понимание прав человека;

- система права: частное и публичное право;

- судебная структура; суд присяжных и другие формы участия общественности в отправлении правосудия;

- преступное деяние, его общественная опасность (понятие и стандарты оценки);

- экстремизм;

- терроризм;

- иностранные агенты;

- ответственность высших должностных лиц;

- основы системы наказаний и их виды;

- аналогия в различных её юридических видах, толкование норм права, его виды и способы.

## **6. Реальная политическая система и реальное местное самоуправление: Российская Федерация**

Уже давно хотелось бы увидеть достаточно глубокую монографию (книгу), описывающую с научных, политологических и правовых позиций политическую систему России на современном этапе актуализации.

Тем более что право не может быть вне политики. Вообще, очень многое имеет к ней отношение, даже спорт.

Необходимо вернуться к исследованию понятия, компонентов и элементов данной системы, её значимых особенностей. Очень важно рассмотреть её нормативную основу и реальное функционирование, со всеми механизмами, структурами, политико-правовыми обычаями и другими нормами.

В политическую систему в том или ином ракурсе входит и местное самоуправление. Однако у нас оно, как таковое, не обладает пока достаточными ресурсами для реализации своих функций. Конституция РФ не относит местное самоуправление в лице его органов к государственной власти. Всё формально заканчивается на уровне «верхотуры» субъектов Федерации (почему-то за исключением Москвы и Санкт-Петербурга и, видимо, новых субъектов). Это ставит в сложное положение должностных лиц местного самоуправления и систему в целом. Ведь у ответственных за решение местных проблем лиц, как правило, нет ни необходимых ресурсов, ни средств, ни полномочий. Объекты местной инфраструктуры, с которыми непосредственно сталкивается население, очень часто далеки от совершенства, а не редко вообще находятся в плачевном состоянии. «Хозяйство» местного значения колоссально, а средств, иных ресур-

сов, полномочий явно недостаточно. В то же время существует большое количество федеральных и других чисто государственных структур, различных «государственных инспекций» и т. п. контрольно-надзорных органов. Но их должен кто-то хотя бы эффективно координировать в процессе их деятельности. Делать это целесообразно органам местного самоуправления, так как именно на местном уровне можно принимать наиболее целесообразные решения. Во всяком случае, игнорировать местный фактор, его регулятивный импульс совершенно недопустимо. Тем более что Федеральный закон «Об общих принципах местного самоуправления» допускает это. Целесообразно сделать это на уровне муниципального района.

Конституцию менять нет необходимости, хотя в ней и допущен, по нашему мнению, определённый просчёт. Однако есть простой выход, требующий решения в ближайшее время. Именно его и предлагает автор, а именно – делегирование полномочий в соответствии с положениями Конституции РФ и вышеуказанного закона.

Под эту проблему уже почти «открыта» закономерность: местное самоуправление возможно усилить за счёт политического регулирования (политического наполнения, политического решения проблемы). Это потребует вернуться к идее дискретности полномочий (М. А. Федотов), которая не исключает политического регулирования.

Однако конкретные вопросы необходимо решать при участии экспертов в различных областях «народного» хозяйства, создав на время реформы местного управления необходимые комиссии и ра-



бочие группы (В. И. Фадеев). Оттягивать это нельзя, так как в этом сильно заинтересованы сограждане.

Одновременно необходимо правильно разрешить следующие вопросы:

- соотношение государственной власти и местного самоуправления; пути совершенствования их взаимодействия;

- политический характер местного самоуправления, его роль в политическом регулировании и политической саморегуляции;

- совершенствование организационной и иерархической структуры государственных органов и определения в государственном механизме места органов местного самоуправления, перераспределение полномочий, преодоление дублирования; поиск наиболее эффективных и оптимальных путей использования материальных и финансовых ресурсов, предназначенных для освоения на местном уровне в интересах населения;

- взаимосвязь самоуправления и кооперации в свете реформ П. А. Столыпина, на что недавно обратил внимание Г. Е. Быстров.

Работа» автора в качестве депутата в органы местного самоуправления Троицка (Москва – Московская область), в связи с выборами в Курултай (законодательный орган Башкортостана), а также общение с лидерами местного самоуправления, их рекомендации (К. В. Печурин и др.) позволила ему сформулировать ряд предложений и даже целую концепцию.

Возможно, к этому вопросу вообще необходимо подойти как-то иначе: распространить систему

государственной власти на верхний уровень местного самоуправления. Существует и такая точка зрения.

## **7. Профессиональные навыки юриста**

Я думаю, достижение реальных результатов во многих процессах было обусловлено не только чисто теоретической подготовкой, но и выработанными за годы непростой работы практическими навыками. Поэтому в процессе подготовки данного макета возник ещё один замысел: подготовить книгу – **«Профессиональные навыки адвоката (юриста) в современной России»**. Это будет особенно актуально и не менее востребовано, чем другие задуманные книги. Достаточно отметить, что такая работа будет иметь непосредственное отношение к учебным планам юридических вузов, в том числе нашей академии – Университета им. О. Е. Кутафина. У нас одновременно обучается около 17 тыс. студентов. Все они смогут это изучать. Это реально полезно. Более того, это – «конвертируемые знания», применимые в любой стране, в любой правовой системе современности, так как практические навыки у юристов в разных странах являются сходными

Данная тематика – профессиональные навыки юриста – составная часть курса «Введения в юридическую профессию». Мы попытаемся показать юристам, адвокатам, как следует добиваться победы в юридических процессах, какими методами пользоваться и что необходимо помнить в первую очередь.

Уже предпринята достаточно удачная, на наш взгляд, попытка рассказать о том, как консультировать клиентов, разрабатывать позицию по делу, готовиться к делу, анализировать доказательства и тексты применимых законов (нормативно-правовых актов) и судебной практики, допрашивать (опрашивать) стороны, свидетелей, выступать в прениях, предварительно осуществив необходимую подготовку, а также составлять грамотные юридические документы с учётом всех требований юридической техники, проводить переговоры между участниками юридического конфликта, а также содействовать разрешению споров, иных конфликтов посредством третейского судопроизводства и медиации. Издан соответствующий кафедральный учебник.

Изучен обширный юридический и фактический материал из практики адвокатов США и государств Европы с учётом подготовленных в последнее время за рубежом научно-практических изданий.

Работа будет возобновлена на значительно более высоком уровне.

Эта книга может быть легко подготовлена. Но её углублённый вариант, разумеется, потребует более продолжительного времени.

Естественно, необходимо включить туда разделы: юрист в сфере бизнеса, в банковской сфере, в сфере страхования и т. д., а также, что особенно важно, – работа юриста по политически значимым, резонансным, «правозащитным» делам.

При этом будет обеспечена тесная связь с вышеизложенным: профессиональные навыки наиболее

эффективны, если освоить всё, рассмотренное в вышеперечисленных книгах, то есть подготовиться теоретически.

### **8. По итогам процесса С. М. Дмитриевского**

Эта часть цикла обусловлена следующими соображениями: надо доказать читателю, что все идеи вышеперечисленных книг, как итог напряжённой и кропотливой 30-летней работы, уже реально востребованы и, при правильном их использовании, дают практический эффект.

Одно из доказательств тому – моя судебная работа по делу С. М. Дмитриевского.

Защита просто добросовестно выполнила всё то, что требуется от адвокатов, а судья не захотела выйти за правовые рамки. Апелляционный суд не увидел в деле ничего для себя достаточно интересного.

Сплошная мистика (в смысле экзистенциализма, экзистенции).

Такого рода «репрезентативных» дел проведено уже немало. Но это дело, являющееся, собственно говоря, чисто «политическим» в полном смысле слова (сама проблема такова), – наиболее интересно с точки зрения практической иллюстрации теоретических положений, изложенных в других книгах. Просто по этому делу уже имеется значительный материал, наверняка интересный для читателя. Этот материал уже почти готов к публикации.

Имеются и другие «прецеденты» с личным участием, в том числе экономического, а не политического содержания. Но материал по ним, на мой взгляд, не такой яркий.

Поучительный итог дела С. М. Дмитриевского: не надо охотиться на «ведьм», заниматься их поиском, – и не надо бояться собственной тени. Просто надо жить нормально, по праву. Не более того.

### **9. Марксистско-ленинская общая теория государства и права: ремэйк (с учётом возможного вторично-возвратного процесса (А. Б. Венгеров)**

Идея переиздания курса была высказана, в частности, А. В. Корневым и В. И. Фадеевым.

Было бы слишком по-современному – забыть, что все мы, теоретики права, по сути дела, во многом «стоим на плечах гигантов». Речь идёт о том, что за нами огромный пласт отечественных теоретических исследований. Эти исследования провели представители старшего поколения, в том числе в период социалистического строительства.

Разумеется, недопустимо при этом оправдывать тоталитарную теорию.

Мой отец, проф. Г. Н. Манов, смог вернуться в Москву из Таджикистана, видимо, только благодаря члену-корреспонденту АН В. М. Чхиквадзе, директору Института государства и права АН СССР. Чхиквадзе сделал ставку на отца в связи с идеей подготовки обширного курса по марксистско-ленинской общей теории государства и права. Отцу удалось успешно справиться с поставленной задачей. Работал он вместе со своими коллегами – высочайшими профессионалами.

А мой брат, между тем, смог избавиться от асты, так как родной московский климат подходил ему, конечно, больше. А в Душанбе отца ранее, кажется, фактически выслали за «космополитизм».

Курс получил всеобщее признание, переведён на многие иностранные языки, в том числе – японский, сейчас данный курс, состоящий из 4-х томов, является библиографической редкостью, его невозможно нигде найти.

У меня было два комплекта курса, но я их утратил: эти книги забрали, по сути дела, – украли, из одной из квартир, принадлежащих мне и членам моей бывшей семьи. Значит, они действительно ценны.

Также как не сохранилось более 200-х научных работ отца, которые кто-то почему-то просто выбросил на свалку вместе с его фотографиями.

Однако осуществить простое переиздание того курса было бы, на мой взгляд, не совсем разумно, да и расточительно.

Я хотел бы попробовать новый жанр – юридический ремэйк. Тем более что курс состоит из 4-х обширных томов. Переиздание вследствие этого было бы, как отмечено выше, проблематичным.

Я полагаю, что основные интеллектуальные права на данный курс принадлежат мне, хотя и не только мне, конечно.

Эту идею, безусловно, надо реализовать, книга будет реально востребована.

Даже этот макет я пишу здесь, в Ильинке, – в кабинете отца. Этот дом упомянут даже Е. А. Евтушенко: «В Ильинке хаза, а в ней – вино». Поэтично, не правда ли? Не подумайте плохого.

#### **Конечная цель всего этого цикла:**

– содействовать развитию гражданского общества в современной России; повышению уровня правовой защищённости граждан и юридических

лиц, сделать действительно суверенными важнейшие финансово-инвестиционные структуры;

– ускорить формирование реальной правовой государственности, провозглашённой в Конституции, но пока (правовой государственности) ещё существующей, к сожалению, лишь «виртуально» (почти аналогично «Утопии» Т. Мора и «Городу Солнца» Т. Кампанеллы). В. Н. Жуков называет такой научный подход идеализацией, а К. Маркс называл это утопическим социализмом;

– обеспечить совершенствование судебной деятельности, в том числе в связи с её реорганизацией, осуществляемой в настоящее время;

– содействовать дальнейшей реформе местного самоуправления;

– вооружить читателя, в том числе и прежде всего – юристов, достаточно глубокими юридическими познаниями и эффективными профессиональными навыками; во всяком случае, – содействовать всему этому;

– избавить часть сограждан от назойливого желания обязательно «выходить на митинги» (в том числе «с обеих сторон»), перенести часть социального конфликта, который уже, видимо, имеет место (мягко говоря) и, возможно, даже наверняка, будет продолжаться – в суды как орган правосудия – достаточно заманчиво, так как митинг часто заканчивается простым бесследным разгоном со стороны полиции, а судебные решения, судебные акты остаются – в виде текстов этих документов, протоколов, аудио- и видео- записей.

**– как итог, повысить роль права в социальной жизни, если это ещё действительно возможно.**

Как и многие мои современники, я уже практически ни во что не верю. Но Вера осталась. И, как у специалиста в области юриспруденции, осталась вера в право. Тем боле – это наш «хлеб». Как у предпринимателя – деньги, журналиста – деньги, проститутки – тело. Конечно, автор, может быть, ещё недостаточно современен. Но успею ли полностью адаптироваться к этому обществу? Если эти книги выйдут в свет, людям, возможно, будет хотя бы немного проще проходить процесс адаптации к современному гражданскому, политическому и правовому обществу. А многие просто уцелеют в процессе политических, национальных, религиозных, военных и правовых конфликтов – конфликтов с позитивным «законом», который далеко не всегда совершенен.

Скорее всего, надо было бы расширить количество публикаций за счёт книг (новейших монографий) по философии права (историко-политический аспект), социологии права (с основным разделом о юридической политологии) и юридической техники. Изучение последней иногда подменяют постижение права как такового. Поэтому и об этом писать надо (в гитлеровской Германии, видимо, была неплохая юридическая техника).

«Лейтмотив» нового курса – в первую очередь изучить смысл и содержание права именно с точки зрения его политической значимости для общества.



В то же время, занимаясь разработкой теории политического регулирования, автор в первую очередь попытался показать, что и оно, а не только правовое, подчиняется ряду закономерностей, принципов, критериев допустимости.

Тогда самостоятельных разработок будет ровно 12. Но это – случайное совпадение (по числу апостолов, по числу присяжных).

Так или иначе все «фигуранты» курса (из числа «задействованных» в том или ином качестве) почему-то взаимосвязаны. И почему-то почти все были в этом кабинете. Случайно ли это?

## ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ

– журнал публикует материалы по фундаментальным и прикладным проблемам авторского права, информационного права, права интеллектуальной собственности;

– в журнале печатаются материалы, ранее не опубликованные и не предназначенные к одновременной публикации в других изданиях; автор может опубликовать в одном номере журнала не более одного материала; все материалы проверяются на наличие плагиата;

– плата за публикацию материалов не взимается; авторам гонорар не выплачивается;

– элементы издательского оформления материалов включают: сведения об авторах; заглавие материала; подзаголовочные данные; аннотацию; ключевые слова; сведения о языке текста, с которого переведен публикуемый материал; приложения; пристатейный библиографический список; допускается использовать дополнительные элементы издательского оформления; представляются также на английском языке: название статьи, аннотация, ключевые слова, фамилия, имя, отчество автора(ов); отдельно необходимо указать контактный телефон и адрес электронной почты для оперативной связи, адрес с индексом для отправки номера журнала; по выходу журнала каждому автору бесплатно высылается отдельный номер журнала;

– объем материала не должен превышать 1 п. л. (40 000 знаков);

– решение редакционного совета о принятии статьи к печати или ее отклонении сообщается авторам;

– электронные носители и рукописи авторам не возвращаются; рецензии на принятые материалы представляются по запросам авторов;

– аннотации материалов, ключевые слова, информация об авторах будут находиться в свободном доступе

на сайте Кафедры, в системах цитирования на русском и английском языках; через год после выхода номера журнала его полнотекстовая версия будет размещена на сайте Кафедры.

Полный текст Правил представления рукописей авторами размещен на сайте [www.unescochair.ru](http://www.unescochair.ru)

Учредитель и издатель:  
АНО «Творческий центр ЮНЕСКО»  
117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая,  
д. 55А, каб. 112.

Адрес редакции: 117279, г. Москва,  
ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.

Почтовый адрес: 119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка,  
д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО

[www.unescochair.ru](http://www.unescochair.ru)  
[unesco.chair.copyright@mtu-net.ru](mailto:unesco.chair.copyright@mtu-net.ru)

Подписано в печать 30.06.2014 г.  
Формат 60×90 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Печать офсетная.  
Объем 10 п. л.

Тираж 1000 экз. Заказ 72.  
Отпечатано в типографии НОУ «ПМБ ЕГУ».  
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

Свободная цена.

ISSN 2225347-5



9 772225 347000



1 4 0 0 2