**Авторское право**

**I. Введение:**

За последние три года в правовой жизни нашего общества в сфере создания и использования произведений науки, литературы и искусства произошли существенные изменения. С принятием 10 июня 1996 года закона РК "Об авторском праве и смежных правах" завершилось формирование казахстанской системы авторского права как системы норм, предусматривающих очень высокий уровень охраны прав авторов, полностью соответствующий требованиям Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений, являющейся своеобразным мировым эталоном защиты авторских прав

Вопрос о принятии такого "сильного" закона был поднят давно как в связи с изменением политики государства в отношении человека, его прав и свобод, признанных высшей ценностью, так и в связи со стремлением Казахстана стать членом Бернского Союза.

Одним из принципов Бернской Конференции является принцип минимального объема охраны, что означает, что сама Конвенция устанавливает некоторые нормы авторско-правовой охраны, которые подлежат обязательному применению в странах, участвующих в ней. Долгое время СССР, а затем и Казахстан не могли присоединиться к Бернской Конвенции, так как национальное законодательство не обеспечивало такого высокого уровня охраны авторских прав. И лишь сегодня, когда уровень охраны, предоставляемый казахстанским законодательством, достиг так называемого уровня “Бернской” Конвенции, появилась реальная возможность присоединиться к Бернской Конвенции, что Казахстан и сделал, став с 10 ноября 1998 года полноправной ее участницей.

Признавая значимость этих правовых решений, необходимо выяснить наиболее важный для практики вопрос о том, как будут применяться нормы закона Конвенции? На какие события и факты распространяют они свое действие, в отношении создания и использования каких произведений они будут иметь силу, являются ли объектом охраны лишь произведения, созданные после даты вступления в силу закона или международного договора или же охрана предоставляется с обратной силой?

Общая теория права, определяя обратную силу закона как распространение его на случаи или факты, имевшие место до вступления его в силу, гласит, что по общему правилу действует принцип: "закон обратной силы не имеет". Сформулировав общий принцип, теория права оставила его конкретизацию за отдельными отраслями права в связи со спецификой их метода и предмета регулирования, предоставив им. возможность самостоятельно определять те случаи и факты, на которые распространяют свое действие новые нормы права.

Эта работа посвящена проблемам авторского права, цель которой - показать, как вопросы авторского права решаются на международно-правовом уровне и в национальных законодательствах различных стран.

Особое внимание хотелось бы уделить, наиболее актуальным сегодня для Казахстана проблемам: присоединению к Бернской Конвенции - в связи с этим подробно проанализировать положения статьи 18 Бернской Конвенции, касающиеся порядка ее действия, показать возможности ее толкования на примере США и Казахстана, отметить значение присоединения без обратной силы; порядка действия во времени Закона РК "Об авторском праве и смежных правах"

**II. Гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с творческой деятельностью**

1. Творческая деятельность и роль гражданского права в ее организации. Понятие и значение творческой деятельности.

Творческая деятельность осуществляется в области науки, техники, литературы, искусства, художественного конструирования (дизайна), создания товарных знаков и других видов обозначений товаров. Творческая деятельность имеет важное значение. Наука и техника позволяют использовать богатства и силы природы в интересах общества. Литература, искусство и другие виды творчества играют большую роль в формировании духовною мира человека, повышении его эстетического уровня. Проводимые в стране преобразования направлены также на развитие подлинно свободного научного, технического, художественного и иного творчества. За последние годы широкое распространение получили клубы самостоятельного технического творчества, центры научно-технического творчества молодежи, различные виды творческих объединений и ассоциаций. Творческой является умственная (мыслительная, интеллектуальная) деятельность, завершающаяся созданием нового, творчески самостоятельного результата в области науки, техники, литературы или искусства. Такая деятельность называется продуктивной, в отличие от репродуктивной, выражающейся в воспроизводстве готовых мыслей по правилам, формальной логики или иным известным правилам.

Творцами часто называют и рабочих, создающих новую технику на основе изобретения, и тех, кто отливает в металле памятник по сделанной скульптором модели. Однако в специальном понимании творческой является не материально-производственная, а духовная деятельность. В приведенных примерах рабочие при всей важности их труда лишь реализуют творческие результаты, полученные изобретателем и скульптором.

**Понятие и признаки результата творческой деятельности.**

Результат творческой деятельности - выраженный в объективной форме ее продукт, именуемый в зависимости от его характера научным или научно-техническим результатом, достижением, знанием либо изобретением, промышленным образцом, товарным знаком, произведением науки, литературы или искусства. Критерии творческого характера отдельных достижений имеют особенности, закрепленные в авторском, изобретательском праве, праве на промышленный образец и в других институтах гражданского права. Однако всем результатам творчества свойственна новизна или оригинальность их существенных элементов.

Наряду с существенной (качественной) новизной или оригинальностью результатов все виды творчества характеризуются идеальным характером данных результатов и невозможностью прямого воздействия права на процесс их создания.

**Роль гражданского права в организации творческой деятельности.**

Гражданское право не регулирует непосредственно творческую научно-техническую, литературную и иную деятельность. Процесс научно-технического и художественного творчества остается за пределами действия его норм. Гражданское право традиционно выполняет функции признания авторства на уже созданные творческие результаты, установления их правового режима, материального и морального стимулирования и защиты прав их авторов. Вместе с тем отдельные нормы гражданского права регулируют отношения по организации (на договорных началах) создания, передачи и использования новых достижений в области научно-технического, художественного и иного творчества. Нормы авторского права способствуют росту культурного уровня общества, охране прав и интересов творцов научных и литературно-художественных ценностей.

Гражданское законодательство активно способствует развитию инициативы в области науки, техники, литературы, искусства и в других сферах творческой деятельности. Ее роль не ограничивается охраной готовых результатов творчества. Оно влияет также на отношения по организации производства и использования этих результатов, например, в рамках договоров на создание (передачу) научно-технической продукции, авторских, лицензионных и иных договоров. Поэтому можно говорить о гражданских правоотношениях, связанных с творческой деятельностью как таковой, а не только с ее результатами.

2. Институты гражданского права, опосредующие отношения в области творческой деятельности

**Общие институты гражданского права и творческая деятельность**

Отношения, связанные с творческой деятельностью, регламентируют нормы многих институтов гражданского права. Это, в частности, нормы о субъектах и объектах гражданских прав, сделках, исковой давности, праве собственности, общие положения об обязательствах и нормы об отдельных видах обязательств. Так,ст.9 Основ предусматривает возможность граждан иметь права автора произведения науки, литературы и искусства, иного результата интеллектуальной (творческой) деятельности.

Важную роль играют сделки, совершаемые в связи с проведением конкурсов на лучшее произведение науки, литературы или искусства. Отдельные виды обязательств в сфере научно-технического и художественного творчества детально регламентируют законодательство о договорах на создание (передачу) научно-технической продукции, продажу лицензий и передачу "ноу-хау", авторских и тому подобных договорах.

В сфере научно-технического и художественного творчества применяют нормы о праве собственности и других вещных правах, опосредующих наделение творческих организаций (научно-исследовательских институтов, студий, театров и др.) основными и оборотными средствами, правовой режим отдельных видов их имущества, а также определяющих принадлежность конкретным субъектам вещных прав на материальные носители произведений творчества (книги, картины, рукописи, чертежи и т.п.).

**Специальные институты гражданского права, опосредующие творческую деятельность.**

Важную роль в области научно-технического и художественного творчества играют авторское, изобретательское (патентное) право, право на промышленный образец и товарный знак. Главные их нормы сосредоточены в ГК, а также в специальных законодательных актах.

Предписания авторского, изобретательского (патентного) законодательства, законодательства о промышленных образцах и товарных знаках входят в состав гражданского права лишь в той мере. в какой они регулируют имущественные и личные неимущественные отношения между юридически равными субъектами. Дело в том, что само это законодательство имеет комплексный характер и включает отдельные положения государственного, административного, финансового, трудового, процессуального и даже уголовного права.

Авторские, изобретательские и подобные им права обычно называют исключительными. Под исключительными правами в теории данного права понимаются субъективные абсолютные права, обеспечивающие их носителям правомочия на совершение различных действий (по использованию результата творчества, распоряжению им и т.п.) с одновременным запрещением всем другим лицам совершать указанные действия.

Исключительные авторские права, права на изобретения, промышленные образцы и другие объекты возникли как реакция права на массовое применение товарно-денежной формы в духовной сфере. Некоторые авторы ставят даже знак равенства между исключительным правом и собственностью.

Тождество или сходство функции авторского, изобретательского права, права на промышленный образец не означает необходимости включения последних в сферу изобретательского либо авторского права. Между всеми названными институтами есть принципиальные различия, обусловливающие их самостоятельное существование в системе гражданского права. Например, авторское право охраняет прежде всем форму произведения, в то время как изобретательское право - его содержание. Для признания творческого произведения объектом авторского права достаточно выражения его в любой объективной форме, позволяющей воспроизводить результат творчества. Напротив, для прямой охраны изобретений, рационализаторских предложений, промышленных образцов и товарных знаков требуется акт квалификации компетентного органа. Другие различия касаются прав авторов и оснований их возникновения.

Нематериальная природа объектов, творческий характер труда по их созданию, сходство в оформлении и исключительный характер некоторых субъективных прав породили еще в прошлом веке стремление создать единый институт "исключительных прав", или промышленных прав и авторского права, или авторского права в широком смысле. В настоящее время на Западе широко распространена концепция права нематериальных, или духовных, благ. Попытки разработать единый правовой институт в области науки, техники, литературы и искусства предпринимались и советскими авторами, предлагавшими в разное время объединить авторское и изобретательское право и право на промышленный образец.

Выявление общих черт в различных институтах, опосредуюших сферу научно-технического и художественного творчества, полезно для развития законодательства, правовой теории, правоприменения и изучения права. Однако этого недостаточно для конструирования в системе гражданском права единого "комплексного" института, опосредующего творческую деятельность. В законодательстве правовые нормы могут комбинироваться свободнее, и лишь в его структуре имеются основания для функционального обособления норм, скажем, изобретательского и авторского права.

**Теория "права интеллектуальной собственности".**

Наше гражданское право не знает институтов промышленной, научной, литературной, интеллектуальной или духовной собственности на сами творческие достижения.

Понятия промышленной и интеллектуальной собственности обычно употребляются в отечественной правовой литературе, юридической практике и некоторых нормативных актах лишь в связи с их использованием в международных соглашениях, в которых участвовал СССР. Например, в Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. и в Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности, от 14 июля 1967 г. Согласно этим Конвенциям, объектами "промышленной собственности" признаются, в частности, патенты на изобретения, полезные модели, промышленные, образцы и товарные знаки.

"Интеллектуальная собственность" включает, кроме того, права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям, исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телепередачам и тому подобным результатам творчества2.

Институт "собственности" на нематериальные блага возник в условиях, в которых автор является товаропроизводителем, отчуждающим свой товар. Однако и в свободном рынке проприетарная3 теория авторских прав не смогла в должной мере отразить их юридическую природу как комплекса личных и имущественных правомочий автора.

В самом деле, регламентация этих отношений по модели классических вещных прав могла бы лишь ухудшить положение автора- ведь, отчуждая объект своей “интеллектуальной собственности", его создатель тем самым лишался бы всяких прав на него, а новый "собственник" получал бы возможность по своему усмотрению изменять этот объект и вообще считать его исключительно своим. Между тем классическая “триада” правомочий собственника вообще не годится для характеристики прав на объект творческой деятельности.

Так, в отношении нематериальных благ, какими являются все продукты интеллектуальной деятельности, неприменимо правомочие "владения": нельзя физически обладать идеями и образами. Не может быть прямо применено к нематериальным объектам и вещное правомочие "пользования". Научно-технические идеи и художественные образы могут находиться одновременно в пользовании бессмысленного круга субъектов. При этом данные объекты не потребляются в процессе использования, не амортизируются в физическом смысле слова. Они могут устаревать лишь морально.

Принципиально важные особенности присущи и распоряжению творческими результатами: отчуждая право на их использование по лицензионному ному договору, продавец (лицензиар) не лишается возможности продолжать их использовать теми же или другими способами. Поэтому, строго говоря, категория собственности может быть применена только к материальным носителям научно-технических идей и художественных образов (рукописям, публикациям, технической документации и т.п.).

Проприетарная теория авторских, патентных и иных прав была порождена стремлением подчеркнуть абсолютный, сходный с таким "вечным" институтом, как право собственности, характер этих прав, в желании втиснуть новый институт в освященные традицией схемы. Поэтому вряд ли можно согласиться с предложениями по конструированию в нашей стране самостоятельного "института интеллектуальной собственности".

**Правовая охрана открытий.**

Ранее действовавшие Основы гражданского законодательства и республиканские гражданские кодексы содержали специальные разделы о правовой охране открытий. Государственная регистрация открытий осуществлялась Госкомитетом по изобретениям и открытиям путем ведения Государственного реестра открытий и выдачи дипломов их авторам. Диплом удостоверял признание заявленного положения открытием, авторство на нем и приоритет автора (авторов). Последний получал также право на единовременное денежное вознаграждение и некоторые льготы имущественного характера.

Однако право на открытие не предполагает закрепления за кем-либо исключительного права на использование открытия. Открытие - объект, который по характеру не поддается монополизации. Это главная причина, по которой во многих странах не существует прямой охраны открытий, хотя и ведутся дискуссии о возможности их охраны средствами патентного права.

Открытием признавалось установление неизвестных ранее объективно существующих закономерностей свойств и явлений материального мира, вносящих коренные изменения в уровень познания. Речь, таким образом, идет об углублении представлений об окружающем мире, о решении чисто познавательных задач, а не о создании творческого продукта, способном быть объектом имущественного оборота. Поэтому новые Основы гражданского законодательства отказались от гражданско-правового регулирования данных отношений, исключив право на открытие из сферы гражданского права. Это, однако, не препятствует продолжению государственной регистрации открытий и стимулирования их авторов. Данные отношения утратили лишь гражданско-правовой характер (по сути, его не было и ранее, ибо никаких исключительных прав на данный объект интеллектуального творчества все равно не возникало).

**III. Авторское право**

**Понятие и значение авторского права**

**Понятие авторского права.**

Авторское право - один из институтов гражданского права. Регулируемые им имущественные и личные неимущественные отношения связаны с созданием и использованием произведений литературы, науки и искусства: Авторские право как самостоятельный институт решает конкретные задачи, которые включают всемерную охрану имущественных, личных неимущественных прав и законных интересов авторов; обеспечение правовыми средствами наиболее благоприятных условий для создания научных и художественных произведений; широкое использование их обществом.

В объективном смысле авторское право представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих отношения по поводу создания и использования произведений науки, литературы и искусства. В субъективном смысле авторское право - те личные "неимущественные и имущественные права, которые принадлежат лицам, создавшим произведения литературы, науки и искусства.

**Принципы авторского права.**

Нашему авторскому праву присущи определенные общие принципы.

Принцип свободы творчества позволяет автору выбирать интересующую его тему, форму будущего произведения, метод создания, использовать свое произведение всеми дозволенными законом способами. Конституционное законодательство гарантирует свободу научного, технического и художественного творчества путем широкого развертывания научных исследований, изобретательской и рационализаторской деятельности, развития литературы и искусства.

Принцип сочетания личных интересов автора с интересами всего общества отражен в ст. 488 ГК, допускающей использование произведения автора для удовлетворения личных потребностей. Статья 488 ГК предусматривает возможность использования без согласия автора и уплаты ему авторскою вознаграждения изданного произведения для создания нового, творчески самостоятельного произведения.

Принцип моральной и материальной заинтересованности автора в создании и использовании произведений. На практике существуют личные формы морального поощрения: присуждение почетных званий (заслуженный артист и т.д.), переиздание произведений, снискавших признание народа. Моральным и материальным поощрением является присуждение авторам произведений науки, литературы и искусства различных государственных и именных премий. Установление авторского вознаграждения в виде гибких ставок за различного рода произведения также является способом материального стимулирования.

Принцип всемерной охраны прав и законных интересов авторов отражен не только в нормах права, которые устанавливают права и обязанности участников авторских правоотношений, закрепляют гарантии реализации субъективных прав, определяют компетенцию государственных органов, но и в нормах, обеспечивающих защиту нарушенных авторских прав.

Законодательство об авторском праве. Отношения в сфере научного и художественного творчества регулируются различными нормативными актами, которые в совокупности составляют законодательство об авторском праве. Оно характеризуется определенным единством, проявляющимся в задачах и общей направленности всех законодательных актов; в круге регулируемых им отношений, способах защиты авторских прав. Законодательство об авторском праве - составная часть гражданского законодательства.

Хотя в Основах гражданского законодательства и в гражданском кодексе авторское право выделено в самостоятельный раздел, тем не менее на регулируемые им отношения распространяется действие других норм этих законов, причем не только общих (например, о правоспособности граждан, включающей возможность иметь авторские права), но и ряда специальных (например, о наследовании при переходе по наследству некоторых правомочий автора, о договорах при заключении и исполнении авторских договоров, о возмещении убытков при защите имущественных прав авторов и др.).

Нормы авторского права содержатся в различных законодательных и нормативных актах республиканского значения. Основы гражданского законодательства устанавливают принципиальные положения по вопросам, требующим единообразного решения во вех республиках. Раздел Основ "Авторское право" относит к таковым критерии охраноспособности произведений как объектов авторского права, права субъектов научного и художественного творчества, правовые вопросы использования результатов научного и художественного творчества, срок действия авторского права. Такое единство предопределено и необходимостью участия в международных конвенциях по охране авторских прав.

При разрешении споров по авторским делам применяется руководящее постановление Пленума Верховною Суда СССР от 18 апреля 1986 г. "О применении судами законодательства при рассмотрении споров, возникающих из авторских правоотношений. "

Республика Казахстан как и другие субъекты бывшего СССР участвует в международной системе охраны авторских прав, что связано с присоединением СССР к Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве с 27 1973 г. Всемирная конвенция исходит из принципа национального режима. В силу этого принципа в каждой стране - участнице произведениями иностранных авторов предоставляется такая же охрана, как и произведениям своих граждан, т.е. применяются правила национального законодательства об авторском праве.

Конвенция дает примерный перечень охраняемых произведений. Законодательство ряда стран идет по этому пути.

Подробно решен во Всемирной конвенции вопрос о лицах, имеющих право на охрану. Согласно ее правилам, охраняются авторские права граждан государств, участвующих в Конвенции, независимо от места первого выпуска их произведений в свет. Охраняются авторские права граждан государств, не участвующих в Конвенции, произведения которых впервые вышли в свет на территории государства - участника конвенции.

Действие Всемирной конвенции распространяется на авторские права лиц без гражданства, поскольку каждое государство-участник имеет право внутренним законодательством предоставить такую же охрану авторских прав всем лицам, постоянно проживающим на территории этого государства, как и своим гражданам.

Всемирная конвенция уделяет внимание условиям предоставления охраны авторских прав:

специальное обозначение на всех экземплярах произведения, начиная с первого издания (С), имя обладателя авторского права, год первого выпуска издания в свет; специальные процессуальные требования, продолжительность срока охраны и др.

Следует отметить, что нормы Основ гражданского законодательства 1991 г. пошли еще дальше по пути расширения охраны авторских прав, учитывая многие положения более строгой Международной конвенции об охране литературных и художественных произведений (Бернской конвенции) и Конвенции об охране интересов артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римской конвенции).

**Основные категории авторского права**

**Объекты авторского права.**

Согласно ст. 471 ГК, авторское право распространяется на произведения литературы, науки и искусства. Правом охраняются лишь те произведения, которые обладают определенными признаками, отличающими их от иных результатов творческой деятельности. Эти признаки сформулированы в самом законе.

Прежде всего, произведение должно быть результатом творческой деятельности. Далее, оно должно иметь объективную форму выражения, обеспечивающую его воспроизведение.

Произведение, признаваемое объектом авторского права, возникает в результате творческой деятельности, но не всякой, а лишь той, которая непосредственно относится к области литературы, науки и искусства.

В юридической литературе под творчеством понимается интеллектуальная работа, направленная на создание нового. Одно из определений творчества (по Б.И.Серебровскому) обозначает его как сознательный и в большинстве случаев весьма трудоемкий процесс, имеющий целью достижение определенного результата.

Для творческой деятельности характерны два момента:

а) сознательный, интеллектуальный характер работы;

б) новизна созданного произведения.

Сознательный, интеллектуальный характер деятельности творческого работника проявляется в том, что до создания произведения оно формируется, складывается в его сознании, представлении. Прообразом произведения служит замысел, который в своем развитии проходит несколько этапов: замысел-идеал, замысел-план, набросок будущего произведения, воплощение замысла, создание произведения.

Переход от одного этапа к другому составляет процесс творчества. Каждый этап имеет особенности, помогает автору уточнить представления об объективной действительности. соотносить ее с эмоциональным восприятием. И, конечно же, творчество сугубо индивидуально по методам и стилю.

Новизна присуща не только произведению, но и творческой деятельности. Новизна в творчестве обнаруживается, когда автор создает оригинальное произведение, а также берет уже существующее произведение для создания на его основе творчески самостоятельного произведения. По мнению В. И. Серебровского, новизна как необходимый элемент творческой деятельности может выражаться в новом содержании, новой форме произведения, в новой идее, новой научной концепции.

В отличие от новизны творческой деятельности, есть новизна произведения творчества, получившего объективированное выражение. Она составляет обязательный и самостоятельный признак, установленный законом в отношении изобретений, промобразцов и т.д., т.е. результатов научного и технического творчества.

Применительно к объектам авторского права закон не называет признака новизны. В юридической литературе новизну произведения связывают с его темой, идеей, содержанием, формой.

Другой признак произведения - объективная форма выражения. Пока замысел автора не проявился вовне, нет объекта охраны. Его воплощение в произведение литературы, науки и искусства требует соответствующего правового регулирования, объективная форма произведения означает любое выражение вовне идеи, образа, мысли, доступной для восприятия других. Каждое произведение имеет конкретную форму выражения. Оно может быть устным, письменным, в форме рукописи, чертежа и т.д.

Для признания произведения объектом авторском права закон не требует завершенности работы. Произведение может быть незаконченным, но обеспечивается правовой охраной. В перечне объектов авторского права названы эскизы, планы и т.д., которые, как правило, используются автором при создании произведения.

Закон связывает объективную форму выражения произведения творчества с возможностью его воспроизведения, повторения. Так, рукопись, в которой воплощен замысел автора, может быть издана, экранизирована, использована иным образом, объективный труд может быть воспроизведен различными способами.

К формам воплощения произведения закон относит рукопись, чертеж, изображение, различные виды механической записи и т.д. Произведение, должно быть облечено в такую объективную форму, которая позволяла бы его воспроизводить другим лицам без участия автора. Если ту или другую форму воплощения творческого замысла практически невозможно воспроизвести, то такой результат творчества не может быть признан объектом авторского права.

Закон содержит обширный перечень произведений, на которые распространяется авторское право. Перечень примерный, так как невозможно перечислить все виды уже известных произведений. Кроме того, он дает возможность обеспечить правовую охрану произведений, могущих появиться в будущем. объекты художественного конструировании (дизайн), объемные веские оптические копии различных объектов (голография) получают правовую охран)', а следовательно, могут дополнить перечень объектов авторского права.

**Основные разновидности объектов авторского права.**

Литературные произведения составляют значительную часть объектов авторского права. Особенность их в том, что мысли, чувства, идеи и образы выражаются посредством слова в оригинальной композиции и оригинальном изложении.

В структуре литературного произведения выделяется тема, материал, идеология, образная система, сюжет, язык, заглавие. Эти элементы литературного произведения разделяются на юридически безразличные, т.е. тему, материал, сюжет, идейное содержание, и юридически значимые - образная система и язык. Использование значимых элементов произведения в ряде случаев требует согласия автора.

Литературная обработка как вид творческой деятельности возникла в связи с необходимостью записи рассказов "бывалых людей", мелодий народных певцов, т.е. людей, не имеющих опыта литературной или музыкальной работы. Записанный и обработанный литературный материал отвечает требованиям, предъявляемым законом к литературным или музыкальным произведениям.

Вместе с тем в законе нет специальной нормы, регулирующей отношения "бывалых людей" и литературных (музыкальных) обработчиков. На практике первые признаются авторами произведения, вторые - авторами литературной записи.

Наряду с произведениями литературы можно выделить группу произведений искусства:

музыкальные, хореографические, сценические, произведения изобразительного искусства, кинофильмы, телефильмы и др.

Музыкальные произведения выражаются в сочетаниях звуков, образующих мелодию и связанных ритмом и гармонией. Они имеют форму ораторий, симфоний, сонат, квартетов и т.п. Кроме музыкальных существуют музыкально-драматические произведения, которые создаются на литературно-драматической основе (либретто) и исполняются на сцене в виде опер, балетов, оперетт.

Музыкальные произведения записываются композитором особыми знаками, позволяющими фиксировать его творческий замысел. Нотная запись музыкального произведения образует клавир, представляющий собой переложение оркестровой пьесы, оперы для фортепьяно, или партитуру, содержащую все партии многоголосого музыкального произведения.

Музыкальное произведение может воспроизводиться путем переписки нот от руки, копирования их на множительной технике, издания в печати, публичном исполнения и т.д.

Обработка чужих произведений, оркестровка, переложение относятся к объектам авторского права, если они содержат элемент творчества.

Хореографические произведения и пантомимы создаются при помощи пластических движений человеческом тела. В сочетании с музыкой хореографическое произведение образует музыкально-сценическое произведение.

Из числа произведений изобразительного искусства можно выделить произведения живописи, скульптуры, графики, декоративно-прикладного искусства, иллюстрации, рисунки и т.д. Художники, скульпторы создают оригинальные произведения, которые могут воспроизводиться путем изготовления копий либо самими авторами, либо иными лицами.

Архитектурные произведения, отнесенные к объектам авторском права, представляют собой синтез инженерного искусства, бионики, живописи, скульптуры, науки, архитектуры. В них слиты наука, техника, искусство. Эскизный архитектурный проект, в котором воплощается замысел зодчего, содержит решение будущего сооружения, внутреннее развитие его сочлененных пространств, их объемы, фактуру и цвет. На основе эскизного архитектурного проекта строятся здания, сооружения, ансамбли и т.д.

В юридической литературе бытует мнение, что авторское право охраняет материальные носители, в которых выражен результат творчества архитектора. Это мнение представляется спорным, ибо авторское право охраняет совокупность идей и образов. Что же касается материальных носителей, то они являются предметами, в отношении которых действует вещное право с присущими ему способами охраны.5

Кинематографические произведения охватывают многообразные произведения для кино:

сценарии, сценарные планы, дикторский текст, текст песен, кинофильмы и т.д. Сценарий в качестве основы кинофильма должен отвечать требованиям закона, а также сценарного договора, отражающего специфику кинотворчества.

Материальные носители кинотелевизионного фильма - это пленка, видеокассета, видеодиски и т.д. На которые распространяется вещное право.

До сих пор речь шла об оригинальных произведениях, создаваемых авторами. Закон охраняет также зависимые произведения, возникшие на основе существующих оригинальных произведений. Эти произведения появляются в результате перевода, переделки, составительства.

Зависимость перевода литературного, научного, художественного произведения от оригинала не лишает его самостоятельности. Закон относит переводы к объектам авторского права, сохраняя для них те же критерии охраноспособности, что и для других произведений. Если же переводчик ограничивает работу подбором равнозначных слов по отношению к языку оригинала, то подобный перевод ("подстрочник") не может быть объектом авторского права. Перевод, выполненный с согласия автора или его правопреемников одним лицом, не препятствует другомулицу осуществлять новый перевод этого же произведения.

К объектам авторского права относятся сборники произведений. В сборники могут включаться произведения, не являющиеся предметом чьего-либо авторского труда (законы, судебные решения и т.д.), а также произведения отдельных авторов. Творческий характер труда составителя выражается в подборе и расположении материала. Авторское право составителя сборника не мешает другому лицу самостоятельно систематизировать, обрабатывать и выпускать в свет те же произведения (п. ст. 135 Основ).

Научное произведение представляет собой определенную систему понятий. Оно может быть выражено в форме учебника, монографии, статьи и т.д. Существуют и другие формы воплощения научных произведений, т.е. формулы, чертежи, планы, эскизы, различного рода карты (географические, геологические и др.).

Произведение становится объектом авторского права в силу самого, факта его создания автором без какой-либо специальной регистрации, оформления или соблюдения иных формальностей. Этим правовой режим объектов авторского права существенно отличается от режима охраны многих других результатов интеллектуального творчества, требующих специальном оформления (изобретений, рационализаторских предложений, промышленных образцов и др.).

**Субъекты авторского права.**

Субъектами авторском права выступают лица, создавшие творческим трудом произведения литературы, науки и искусства (авторы).

Возникновение субъективных авторских прав у гражданина не зависит от возраста, состояния здоровья, имущественного положения, места создания и выпуска произведения в свет и т.д.

Иностранный гражданин может быть субъектом казахстанского авторского права, если его произведение впервые выпущено в свет на территории страны либо не выпущено, но находится на ее территории в какой-либо объективной форме. Когда произведение иностранного автора впервые выпущено в свет за границей или находится там в объективной форме, он становится субъектом казахстанского авторского права только в силу заключенных РК соглашений и в пределах, ими установленных.

Субъективные авторские права возникают у автора в результате факта создания произведения. Его права в юридической литературе принято называть первоначальными.6

Наряду с авторами к субъектам авторского права относятся лица (граждане и организации), которые не участвуют в создании произведений литературы, науки и искусства. Их называют правопреемниками. К правопреемникам переходит определенный круг авторских правомочий по использованию произведения автора. Основаниями такого перехода служат закон, наследование или договор с автором. Правопреемниками становятся наследники. государство, организации (издательства, театры и др.), оформившие с автором договорные отношения по использованию его произведения.

Круг правомочий указанных лиц уже, чем у автора, а по характеру правомочия производны, так как переходят от автора.

Наследники как субъекты авторского права приобретают права в силу закона или завещательных распоряжений. По закону и по завещанию наследнику принадлежит право на опубликование, воспроизведение и распространение произведения, право на вознаграждение. Наследник вправе решить вопрос об использовании изданных произведений, а также тех, что еще не выходили в свет.

Различия прав наследника и действительного автора проявляются не только в их объеме, но и в сроке действия. Авторские права наследников действуют в течение 25 лет после смерти автора.

Государство становится субъектом авторского права в определенных случаях: при принудительном выкупе авторского права, объявлении произведения достоянием государства, ликвидации юридического лица, обладавшего авторским правом.

Согласно ст. 497 ГК, принудительно выкуплено государством может быть авторское право на издание, публичное исполнение и иное использование произведения. В каждом случае принимается постановление правительства, которое определяет порядок и условия использования произведений. Государство становится обладателем не всей совокупности авторских прав, а лишь отдельных правомочий.

Другим основанием признания государства субъектом авторском права является объявление произведений достоянием государства. Закон имеет в виду произведения, в отношении которых истек срок действия авторского права (ст. 496 ГК). И в этом случае принимается постановление правительства, • которое определяет порядок и условия использования произведений, объявленных достоянием государства.

Действующее законодательство закрепляет авторское право за юридическими лицами в случаях и пределах, специально установленных законодательством.

Гражданский Кодекс признает за издательствами, выпускающими энциклопедии, газеты, журналы, сборники научных трудов и другие продолжающиеся издания, право на использование произведения (книги, журнала, сборника, газеты) в целом ( ст. 479 ); за кино- и телестудиями - право на использование фильма в целом (ст. 480); за организациями эфирного вещания - право разрешать другим организациям ретрансляцию, запись и воспроизведение их передач, а также право разрешать публичное воспроизведение телепередач (ст. 480). Однако эти права не называются законом авторскими.

Такой подход дает основание закрепить в законе авторские права за членами творческого коллектива, объединившего автора сценария, композитора, художника, режиссера-постановщика, оператора и других творческих работников. Ведь. строго говоря, в любом случае произведение создается творческим трудом конкретных граждан, а юридические лица могут становиться субъектами авторских правоотношений лишь в случаях использования ими произведений, а не в качестве авторов (создателей).

**Соавторство.**

Как правило, автором того или иного произведения выступает одно лицо, которое создало его творческим трудом. Но в работе над произведением литературы, науки и искусства могут быть объединены и усилия нескольких лиц. Образуется коллектив авторов, отношения которых регулируются ст. 476 и ст. 477 ГК.

Из этих правовых норм вытекает, что авторское право на произведение, созданное совместным трудом двух или более лиц (коллективное произведение), принадлежит соавторам совместно, независимо от того, образует ли такое произведение неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет и самостоятельное значение.

Соавторство характеризуется несколькими признаками:

а) совместный труд нескольких лиц;

б) создание коллективного произведения

в) принадлежность авторского права на произведение всем, кто над ним работал.

Совместный труд нескольких лиц должен иметь творческий характер. Только в результате творческой деятельности возникают произведения литературы, науки и искусства, которые признаются охраноспособными объектами.

Совместный труд соавторов может протекать по-разному. Одни объединяют творческий процесс и работают вместе, как, например, это делали Ильф и Петров, художники Кукрыниксы. Другие вырабатывают план, структуру произведения, определяют каждому участнику творческого коллектива ту часть, которую он должен создать. Затем объединяют, изменяют и редактируют написанное. Соавтор может приступить к работе на любом этапе. Момент вступления в работу не является определяющим для соавторства. Важнее индивидуальные особенности авторов, их манера работы.

Другой признак, характеризующий соавторство, - создание коллективного произведения. В работе над коллективным произведением соавторы используют разные формы выражения замыслов: слово, звук, изображение и т.д. При использовании одной формы выражения (например, слово) труд соавторов носит однородный характер, поскольку они выполняют одинаковую работу: пишут роман, повесть, статью и т.п. Целостность такого коллективного произведения определяется единством его содержания.

Коллективное произведение может состоять из частей, имеющих разные формы выражения, например кинофильм, опера. Единство таких произведений обеспечивается сочетанием 'содержания и формы выражения.

Третий признак соавторства - принадлежность авторского права лицам, участвующим в создании произведения. В действующем законодательстве авторское право закреплено за соавторами независимо от того, образует ли произведение неразрывное целое или состоит из частей, каждая их которых имеет самостоятельное значение. Каждый из соавторов сохраняет авторское право на созданную им часть коллективного произведения, имеющую самостоятельное значение. Самостоятельной признается работа, которая может быть использована независимо от других частей произведения.

Признаки соавторства, закрепленные законом, позволяют выделить два вида соавторства:

нераздельное и раздельное. При нераздельном соавторстве произведение, созданное двумя или более авторами, представляет собой единое целое, в котором невозможно выделить самостоятельные части, например карикатуры Кукрыниксов.

В этих случаях соавторам принадлежит авторское право на все произведение в целом. Вопрос об ответственности соавторов нормативно не урегулирован. В юридической литературе высказываются разные точки зрения, одна из которых заключается в том, что при нарушении обязательств по созданию такого произведения одним из соавторов ответственность наступает для всех без исключения.

Совместным трудом соавторов создаются произведения, состоящие из отдельных самостоятельных частей. К такого рода произведениям относятся песня (музыка и поэтический текст), опера (музыка и либретто), книга (текст и иллюстрации). В данном случае соавторство раздельное, поскольку каждая часть произведения имеет самостоятельное литературное, научное или художественное значение. Автор такой части коллективного произведения имеет на нее авторское право и может использовать отдельно от других частей.

Положения ст. 476 ГК в части раздельного соавторства оцениваются в юридической литературе неоднозначно. Высказываются сомнения по поводу соавторства автора литературного произведения и автора иллюстраций к нему, композитора и автора текста песни. Предлагается раздельное соавторство именовать случаями совместного использования различных произведений.

Оправдана ли трактовка раздельного соавторства как совместное использование различных произведений? Видимо, нет, поскольку каждая часть произведения требует для создания различные виды творческой деятельности. Соединение результатов творчества различных авторов (музыки и стихов) приводит к появлению нового объекта авторского права - песни.

Для раздельного соавторства характерна строго индивидуализированная ответственность. Нарушение обязательств одним из соавторов не влечет юридических последствий для его коллег.

Отношения в коллективе соавторов регулируются соглашением. В нем отражены различные вопросы: последовательность указания имен, способ обозначения, распределение вознаграждения и др. Соглашение может бьпъ составлено в письменной форме и подписано всеми соавторами. Оно может быть достигнуто в любой стадии работы над коллективным произведением. При отсутствии письменного соглашения отношения соавторов регулирует закон.

Оказание автору или соавторам технической помощи (подбор и перепечатка материалов, составление схем, чертежей и т.п.) не является основанием возникновения соавторства.

Субъекты авторского права на зависимые произведения.

**субъектом авторского права выступает составитель сборника. Его труд выражается в** том, что он организует, обрабатывает, систематизирует либо восстанавливает те или иные произведения. При составлении сборника литературных произведений с текстологической подготовкой составитель наряду с отбором материала для включения в сборник проводит определенную исследовательскую работу.

Составители используют произведения, составляющие предмет чьего-либо авторского права или таковым не являющиеся. При формировании сборника из произведений, имеющих авторов, составитель должен получить их согласие. Он пользуется авторским правом на сборник при условии соблюдения прав авторов, чьи произведения обработал или систематизировал ( ст. 487 ГК).

Сборники могут состоять из произведений, не являющихся предметом чьего-либо авторского права: законы, судебные решения, иные официальные документы, произведения народного творчества, авторы которых неизвестны, произведения, не охраняемые авторским правом, и др. Подготовившему сборник из названных произведений принадлежит авторское право, если он самостоятельно их обработал или систематизировал.

Согласно ст. 485 ГК, перевод - самостоятельный объект авторского права, а лицо, его осуществившее, признается субъектом авторскою права. Переводчик обладает рядом правомочий на выполненный перевод: на обозначение своего имени, опубликование, воспроизведение и распространение перевода, на авторское вознаграждение и т. д.

Для перевода требуется согласие автора оригинального произведения. Автор и переводчик пользуются авторским правом на отдельные объекты (оригинальное произведение и выполненный перевод). Использование перевода допускается с согласия переводчика.

Право автора разрешать перевод своего произведения на другой язык в целях дальнейшего использования дает ему право получать вознаграждение за использование произведения на другом языке. Размер, условия и порядок выплаты вознаграждения предусматриваются в постановлениях правительств республик.

**Иные субъекты авторского права.**

Развитие творческой деятельности, технических форм воспроизведения ее результатов давно поставили на повестку дня вопрос о расширении круга участников авторских правоотношений за счет включения в их число, например, артистов-исполнителей, режиссеров-постановщиков, изготовителей фонограмм, вещательных организаций, использующих современные средства приема и передачи звука и изображения (в частности, спутники, кабельное телевидение и т.п.).

Творческая деятельность названных лиц и организаций делает доступными для широкой публики музыкальные, драматические и иные виды охраняемых авторским правом произведений, тогда как сами они оставались без правовой охраны.

Поскольку все они творчески используют созданные другими лицами (авторами) произведения, их более ограниченные правомочия, "примыкающие" к авторским и закрепленные законодательством ряда стран, а затем и некоторыми специальными международными конвенциями, получили название "смежных" прав

В ст. 141 Основ гражданского законодательства впервые для нашей страны закрепляется охрана прав исполнителей (артистов), режиссеров (постановщиков, дирижеров), создателей звуко- и видеозаписей и организаций эфирного вещания, ставших в силу этого субъектами авторского права (см. ст. ст. 142. 143 Основ).

Разумеется, они не рассматриваются в качестве авторов исполняемых или записываемых и воспроизводимых произведений. Объектом их авторских прав служит само исполнение либо звуко- и видеозапись (обычно полученная по договору с автором). Поэтому особый, в известной мере ограниченный характер носят и их авторские права, сводящиеся к разрешению (согласию) на воспроизведение (использование) и требованию соответствующей оплаты.

**3. Права авторов и их защита**

**Права авторов, их содержание и осуществление.**

Автору произведения литературы, науки и искусства принадлежат следующие права: право авторства (на авторство), право на имя, на опубликование и иное использование произведения, на неприкосновенность произведения, на вознаграждение за использование произведения другими лицами , то есть всеми правами перечисленными в статье 475 ГК .

Основное право лица, занимающегося научной или художественной деятельностью, - право на авторство. Оно является основополагающим в том комплексе прав, которыми обладает автор.

В юридической литературе высказываются предложения о необходимости закрепления этого права автора в законе.

В содержание права на авторство входит не только право лица считаться творцом созданного произведения, но и требовать ссылки на автора при его использовании. Право авторства сохраняется у лица независимо от формы, назначения и достоинства произведения. Не имеет значения, выпущено произведение в свет или не выпущено.

С целью индивидуализации лиц, создающих произведения литературы, науки и искусства, им предоставляется право на имя. Автор может выпустить в свет произведение под собственным именем, под псевдонимом или анонимно. Он реализует право на имя в случаях использования его произведения, когда вступает в договорные отношения с другими лицами и организациями.

Закон разрешает всеми дозволенными способами опубликование, воспроизведение и распространение произведения. Под опубликованием понимается всякое сообщение произведения неопределенному круп- лиц любым установленным законом способом, т.е. путем издания, публичного исполнения, публичного показа, передачи по радио, телевидению и т. д.

Право автора на воспроизведение означает возможность размножения произведения с помощью снятия с него копии или иным способом. И опубликование, и воспроизведение осуществляются на основе договора, который заключает автор с организацией (издательством, театром, киностудией и т. д.). Воспроизведение, как и опубликование произведения, требует согласия автора.

Исключение из правила об использовании произведения на основе договора закреплено в законе. Статья 488 ГК предусматривает случаи использования произведения без согласия автора и без уплаты авторского вознаграждения, а ст. 490 ГК - использование произведения без согласия автора, но с выплатой авторского вознаграждения (ст. 138 Основ).

Право автора на распространение своего произведения сегодня приобретает тот смысл, который закладывал законодатель, закрепляя его за творцом произведения. Сложившаяся в последние годы практика издания произведений за счет средств автора предоставила ему возможность самому распространять свои произведения. Поэтому сами собой отпали утверждения ученых-юристов о том, что автор не обладает правом на распространение своего произведения, так как не располагает печатными средствами, бумагой и т.д.

Право на неприкосновенность произведения означает запрет внесения изменений в само произведение, его название и в обозначение имени автора без его согласия при любом способе использования (издание, публичное исполнение, публичный показ и т.д.).

Статья 482 ГК запрещает без согласия автора снабжать произведение при его издании иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями и какими бы то ни было пояснениями. Указывается только один способ - издание, но этот порядок должен сохраняться при всех иных способах использования произведения.

В отличие от других субъективных прав автора, представляющих меру возможного поведения, право на неприкосновенность произведения и имени автора изложено как запрет, адресованный третьим лицам.

Пределы неприкосновенности произведения не могут быть безграничными. Автор, вступая в договорные отношения с издательством, театром и другими организациями-пользователями, допускает, что в ходе подготовки произведения к выпуску в свет будут вноситься определенные поправки. Редактор или режиссер, совершенствуя произведение, не вправе нарушать замысел автора, особенности его стиля и т.д. Вносимые ими в произведение исправления должны согласовываться с автором.

К числу прав автора, закрепленных законом, относится право на вознаграждение за разрешение использовать произведение. Это - имущественное право.

Особенности авторского вознаграждения определяются спецификой творческого труда. Факт создания произведения еще не порождает у автора возможности реализовать право на вознаграждение. Осуществление данного права связано с использованием произведения другими лицами, иными словами, когда установлена общественная полезность произведения.

Ставки авторского вознаграждения за использование произведений учитывают вид характер произведения, его объем, сложность, количественные критерии. При издании научного или художественного произведения вознаграждение выплачивается, исходя из ставки за один авторский лист. Поэтические произведения оплачиваются по ставкам за одну строку. Отдельные произведения - рассказ, эпиграмма, стихотворение до 30 строк - оплачиваются аккордно, т.е. за произведение в целом.

Ставки авторского вознаграждения за издание произведений литературы, науки и искусства дифференцированы в зависимости от вида произведения (художественная проза, одноактная пьеса, литературно-критические, литературоведческие работы, научно-популярная, учебная литература и т.д.).

При издании произведения литературы, науки и искусства автор получает 100% авторского вознаграждения. Каждое последующее издание обычно оплачивается в уменьшенном размере:

второе и третье издание литературно-художественном произведения - в размере 60% от первого издания; четвертое - 40%; пятое - 30% и т.д.

При издании переработанного автором произведения авторское вознаграждение выплачивается в следующем порядке: новый материал оплачивается, как первое издание -100%, ранее опубликованный материал - в процентном исчислении с учетом порядкового номера издания.7

Отпадение государственной монополии в издательском деле привело к утрате обязательной силы типовых авторских договоров и предусматривавшихся ранее ставок авторского вознаграждения. Однако многие издательства ориентируются на прежние принципы исчисления авторского вознаграждения, одновременно дополняя их современными (например, возможностью получения автором части дохода, полученного издательством от распространения тиража его произведения). Аналогичным в принципе образом строится расчет авторского вознаграждения за публичное исполнение драматических, музыкально-драматических, музыкальных и других произведений. Одни ставки применяются при оплате публичного исполнения произведения, созданного по заказу зрелищного предприятия, другие - публичного исполнения уже опубликованных произведений.

За произведение, выполненное по заказу, либо за право первой постановки неопубликованного произведения автору выплачивается единовременное вознаграждение. Кроме того, зрелищное предприятие, публично исполняющее произведение, вьшлачивает автору вознаграждение в виде определенного процента от суммы валового сбора, поступившего от продажи билетов. Публичное исполнение уже опубликованных произведений оплачивается в виде процентов от поспектакльных сборов.

Рассмотренные выше права авторов произведений литературы, науки и искусства делятся на личные и имущественные. Личные права охватывают право на авторство, на авторское имя, на неприкосновенность произведения и имени автора, право на опубликование. Имущественным считают право на воспроизведение и распространение произведения, на авторское вознаграждение.

Личные и имущественные права автора тесно переплетены, каждое принадлежащее автору право призвано в той или иной мере охранять как его имущественные, так и неимущественные интересы.

Приведем несколько примеров. Право автора на имя, которое является личным правом автора, в определенных случаях затрагивает его имущественные интересы. Если не указан один из соавторов, то он лишается авторского вознаграждения. Лицо, выдавая чужое произведение за свое, нарушает право на авторство и право на имя действительного автора, а также его право на авторское вознаграждение. В данном случае тесно переплетены личные и имущественные интересы автора.

Право на неприкосновенность произведения тоже может порождать для автора имущественные последствия. Например, искажение театром пьесы при постановке может снизить посещаемость зрелищного учреждения или привести к исключению пьесы из репертуара театра. В свою очередь это приведет к уменьшению размера вознаграждения или прекращению его выплаты.

Практически трудно выделить личные и имущественные права в чистом виде, поскольку одно и то же принадлежащее автору право может охранять его имущественный и неимущественный интересы.

Срок действия авторского права установлен в течение всей жизни автора и 50 лет после его смерти (считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора), что соответствует требованиям международных конвенций (а до 1973 года - лишь в течение 15 лет).

Право на авторство, авторское имя и неприкосновенность произведения охраняются бессрочно (ст. 137 Основ гражданского законодательства).

**Основные способы защиты авторских прав.**

При нарушении личных неимущественных прав автор может требовать восстановлены нарушенного права путем внесения соответствующих исправлений, сообщения в печати или иным способом о допущенном нарушении.

Пресечение действий нарушающих права автора, достигается запрещением выпуска произведения в свет либо прекращением его распространения. Независимо от требований автора, связанных с защитой его личных неимущественных прав, согласно ст. 499 ГК, может ставиться вопрос о защите имущественных прав автора.

Нарушение имущественных прав (ст. 499 ГК) может быть связано с нарушением других имущественных прав автора. Например, права собственности на объект, в котором материализовано произведение (картина, рукопись, клавир и т.п.). Возмещение стоимости утраченной или поврежденной вещи не лишает автора права на возмещение убытков, связанных с нарушением авторского права.

Из общих мер защиты гражданских прав не применяется к авторским правам присуждение .к исполнению обязанности в натуре. Невозможно заставить автора написать произведение по договору заказа, если он не выполнил взятого на себя обязательства. Право на авторство, право на авторское имя, на неприкосновенность произведения защищаются независимо от истечения срока исковой давности.

**Органы защиты авторских прав.**

Судебный порядок защиты авторских прав наиболее распространен. Его основу составляет исковое производство.

В исковом заявлении указывается, какие права автора нарушены (личные неимущественные или имущественные). Исковые требования неимущественного характера связаны с восстановлением личных прав автора, а исковые требования имущественного характера - со взысканием авторского вознаграждения или убытков. Возможны иски, в которых одновременно заявлены требования о восстановлении личных неимущественных и имущественных прав.8

Нарушение имущественных интересов автора в ряде случаев не затрагивает его личных прав. Оно возможно при правомерном использовании организацией произведения, а также при бездоговорном использовании. В первом случае речь идет об определении вознаграждения ниже предусмотренного, несоблюдении порядка и сроков выплаты вознаграждения и т.д.; во втором - об отказе организации выплатить автору причитающийся ему гонорар.

Права авторов внутри страны и за ее пределами до 1990 года охранялись Всесоюзным агентством по авторским правам (ВААП). Оно было создано в 1973 году по инициативе творческих союзов. Академии наук СССР, Агентства печати "Новости" и других организаций. Охраняя права и законные интересы авторов и их правопреемников, ВААП обеспечивало их представительство, принимало необходимые меры по предотвращению нарушений или восстановлению нарушенного права. ВААП вело дела авторов в административных и судебных органах, выполняло функции по сбору и выплате авторского вознаграждения.

Вместе с тем, ВААП обладало монополией на заключение договоров с зарубежными партнерами и на представительство интересов авторов, нередко без их на то согласия. Фактически оно выполняло функции органа государственного управления в сфере авторских отношений. Поэтому происходящие в стране процессы радикального обновления существенно отразились на его деятельности.

**4. Авторско-правовая охрана программной продукции ЭВМ**

**Понятие программной продукции.**

В нашей стране в последние годы бурно развивается информатика - новое направление человеческой деятельности, связанной с хранением, обработкой и передачей информации с помощью ЭВМ. Важной составляющей информатики является программное обеспечение ЭВМ, создание и реализация которого, в качестве товарной продукции ,осуществляются в гражданско-правовых формах.

Как и во всякой науке, находящейся в процессе становления, в информатике еще не устоялись основные понятия и не получили легального закрепления в национальных и международных правовых актах. Соответственно имеются различные трактовки понятия "программное обеспечение" ЭВМ. Согласно Типовому положению по охране программного обеспечения вычислительных машин, разработанному консультативной группой Всемирной организации интеллектуальной собственности в 1977 году, программное обеспечение включает в себя в качестве основополагающих компонентов (элементов) программу для ЭВМ, описание программы и вспомогательный материал.

Термин "программа для ЭВМ" означает набор команд, которые, будучи записаны на машиночитаемом носителе, могут заставить машину, способную обрабатывать информацию, выполнить известную функцию, решить задачу или достичь конкретного результата.

Под "описанием программы" понимается полное пооперационное изложение алгоритма в словесной, схематической или другой форме, детализированное в степени, достаточной для определения набора команд, составляющих содержание соответствующей программы для ЭВМ.

"Вспомогательный материал" включает в себя любой материал, кроме самой программы и ее описания, созданный с целью облегчения понимания или применения программы для ЭВМ (например, инструкции для пользователя).

При этом любой из трех элементов сам по себе или в комбинации нескольких из них может быть обозначен термином "программное обеспечение". Однако в процессе разработки, производства и использования программного обеспечения ЭВМ ни одному из указанных выше компонентов (элементов) программного обеспечения не придается значения самостоятельных объектов гражданско-правового регулирования. Таким объектом становится программное средство.

.Интеграция РК в мировую науку и экономику привлекла приведение основных категорий в соответствие общепринятыми в мировом сообществе категориями. Если взять в пример Российскую Федерацию то нормативная характеристика программ для ЭВМ и баз данных дается в Законе РФ "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных".

В Законе РК “ ОБ авторском праве и смежных правах ” дается определение программы для ЭВМ : набор инструкции или правил, выраженных словами , цифрами , кодами , символами , знаками , диаграммами или в какой-либо другой форме , которые могут быть использованы в ЭВМ или другим компьютерным устройством с целью выполнения заданной функции или с целью достижения желаемого результата , включая также подготовительные материалы ,полученные в процессе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.9

Основываясь на этой характеристике, специалисты полагают, что программное средство -продукт материального производства в виде машиночитаемого носителя информации и представленной в нем программой в машиночитаемой форме. Говоря иначе, программное средство - программа для ЭВМ в объектном коде (т.е. на языке, понятном машине) с технической документацией.

С данным объектом связаны вопросы по производству, тиражированию, передаче и использованию, нуждающиеся в нормативной регламентации.

**Гражданско-правовые способы охраны программной продукции.**

Предпосылкой нормативной регламентации отношений по отчуждению, реализации программной продукции является регламентация отношений по созданию программ для ЭВМ и охране авторских прав их разработчиков.

Сложность решения указанных проблем обусловливается двойственной природой самого объекта охраны: по внешнему виду программа для ЭВМ - вещь (магнитные ленты, диски), по сути же - нематериальное благо в виде комплекса операций, сосредоточенных в алгоритме, а затем воплощенных в программе. Следовательно, с одной стороны, программа для ЭВМ - объект гражданского, коммерческого оборота и в данной связи к ней применяется термин "продукция", с другой стороны, это - результат творческой деятельности, объект "интеллектуальной собственности".

В той мере, в какой программная продукция вовлекается в гражданский оборот, ее режим устанавливается договором (в частности, договором поставки программных средств, договором на создание (передачу) научно-технической продукции, договором о передаче программных средств для использования, договором лицензионного типа при осуществлении казахстанскими организациями внешнеэкономической деятельности по импорту и экспорту программной продукции).

Отношения по созданию программ для ЭВМ и охране авторских прав их разработчиков регламентированы на законодательном уровне в рамках гражданско-правового регулирования отношений по созданию и использованию результатов творческой деятельности.

В юридической литературе обсуждались четыре варианта возможной охраны: 1) охрана изобретательским правом; 2) охрана авторским правом; 3) охрана специальным законодательством;

4) использование других форм охраны: "ноу-хау", законодательство о товарных знаках и т.п.

Формальным препятствием на пути охраны программ для ЭВМ нормами изобретательского права являлось Разъяснение N 4 Госкомитета по делам изобретений и открытий от 13 ноября 1975 г. "О признании изобретениями объектов вычислительной техники, характеризуемых математическим обеспечением ЭВМ", которым предусматривалось, что "не принимаются к рассмотрению заявки на выдачу авторского свидетельства и патента на изобретение, если заявляемый объект представляет собой математическое решение задачи, в частности, алгоритмы, программу для ЭВМ".

Нераспространение норм изобретательского права на программы для ЭВМ обусловливается тем, что патентная охрана применительно к программной продукции имеет недостатки. Процесс патентования является длительным и дорогостоящим, в то время как жестким критериям патентоспособности может соответствовать липа незначительная часть программ для ЭВМ. Для прохождения экспертизы в патентном ведомстве требуется тщательная подготовка заявочной документации. С момента подачи документации до выдачи патента в среднем проходит три года. Только после удовлетворения заявки на патент начинается охрана патента. При этом срок охраны патента не соответствует "коммерческой жизни" программного обеспечения.

Вместе с тем, по мнению ряда специалистов, указанные недостатки вполне устранимы, особенно если учитывать бесспорные преимущества патентной формы правовой охраны. Главным преимуществом является то, что патентная охрана распространяется на сущность, основополагающую идею программы, воплощенную в алгоритме.

В этой связи заслуживает внимания точка зрения И. Э. Мамиофы о необходимости приравнять правовую охрану' новых и неочевидных алгоритмов к изобретениям, подобно тому, как к ним приравнены новые сорта растений и породы животных.

Но реализм данного предложения представляется преждевременной, поскольку в сфере действия изобретательского (патентного) права еще не получили полного разрешения такие узловые проблемы, как поиск аналогов заявленного алгоритма, обнаружение его прототипа, составление описания и формулы, определение новизны алгоритма и ее качественные оценки, установление факта противоправного использования алгоритма. В этих условиях целесообразно идти по пути применения норм авторского права, как в большинстве стран мира.

**Авторско-правовая охрана программной продукции.**

К достоинствам авторско-правовой охраны программного обеспечения ЭВМ относится то. что авторское право способно охватить своей охраной большинство моментов программного обеспечения. Охрана авторским правом носит автоматический характер, проста, легкодоступна и дешева. Нормы авторского права хорошо разработаны и содержат четкую регламентацию соответствующих отношений. Авторское право обеспечивает охрану и на международном уровне (по Бернской конвенции и Всемирной конвенции по авторским правам).

Немаловажным обстоятельством является тот факт, что авторское право (как отечественное, так и зарубежное) не дает определения охраняемого произведения. Перечень охраняемых объектов авторского права носит примерный характер. Соответственно для признания программ для ЭВМ объектами авторского права достаточно указать их в примерном перечне объектов авторского права.

Из этих положений об охраняемости программ для ЭВМ нормами авторского права исходили ведомственные нормативные акты Госкомитета по вычислительной технике и информатике (ГК ВТИ): Положение об учете и охране авторских прав разработчиков программных средств вычислительной техники и информатики. Положение об авторском вознаграждении за создание (тиражирование) и использование программных средств для персональных ЭВМ по авторским договорам, а также Типовой авторский договор на создание и использование программных средств для персональных ЭВМ. Все это облегчило восприятие авторско-правовой концепции охраны программного обеспечения ЭВМ.

С учетом международно-правовых обязательств п. 2 ст. 134 Основ гражданского законодательства прямо включил программы для ЭВМ в объекты авторского права. Тем самым установлена и авторско-правовая Охрана прав разработчиков программной продукции.

Последующее ее закрепление в отдельных законодательных актах, вне рамок общего авторско-правового законодательства, по существу не изменяло самой регламентации.

В рамках авторского права не исключается возможность разработки специальных норм, ориентированных на специфику охраняемого объекта. При любом другом способе, отличном от авторско-правового, перспективы последующих действий в создании механизма правовой охраны программ для ЭВМ пока еще неясны. Более того, любой другой способ охраны будет препятствовать выработке правовых основ для участия в международном обмене программами для ЭВМ.

Авторско-правовой охраной, сходной с правовой охраной программ для ЭВМ и баз данных, теперь пользуются также топологии интегральных микросхем.

**IV. Международное и авторское право**

Международные договоры по авторскому праву по-разному решают вопрос о том, в отношении каких произведений они будут действовать. Вступая в силу с определенной даты, международные договоры охраняют так называемые "новые" произведения, то есть произведения, созданные после этой даты. Какова же судьба "старых" произведений, которые были созданы до этой даты, но продолжают использоваться и после заключения договора или присоединения к нему?

В случае если международный договор предоставляет охрану как "новым", так и "старым" произведениям, это означает, что он имеет обратную силу. Если же такой договор не предоставляет защиту "доконвенционным" произведениям, то такой договор, напротив, обратной силы не имеет.

При заключении международных договоров вопрос о том, будет ли он иметь обратную силу или нет, наиболее важный, и решение его зависит от той экономической и политической ситуации, которая существует на момент заключения такого договора в договаривающихся государствах, а также от цели такого договора. Принятию решения о порядке действие договора должен предшествовать тщательный экономический анализ последствий распространения действия договора на "старые" произведения. Ведь, если Конвенция не предусматривает охраны с обратной силой, то она позволяет любой присоединяющейся стране постепенно "привыкать" к охране авторских прав на иностранные произведения. Для любой страны на день вступления Конвенции в действие все ранее используемые произведения иностранцев оказываются "старыми", и за их использование, как и прежде, не надо платить гонораров авторам. И только постепенно, по мере появления "новых" произведений, будут заключаться договоры, и выплачиваться авторские вознаграждения.

Если же Конвенция предоставляет охрану с обратной силой, то в день присоединения страны к ней все "доконвенционные" произведения становятся охраняемыми, и требуется срочно заключать договоры с иностранными авторами на использование этих произведений, выплачивая значительные суммы в качестве авторских гонораров.

Прежде чем обратиться к анализу положений Бернской Конвенции, касающихся порядка ее применения, хотелось бы рассмотреть, как решается вопрос о предоставлении обратной силы в других международных договорах, участником которых РК является.

РК является участником всемирной Конвенции об авторском праве, которая была заключена 6 сентября 1952 года. 27 мая 1973 года к этой Конвенции присоединился Советский Союз. Казахстан присоединился к Конвенции об авторском праве 10 ноября 1998 года , спустя два года после издания закона “Об авторском праве и смежных правах”. Вопросу об обратной силе посвящена статья 7 Конвенции, которая гласит:

"Настоящая Конвенция не распространяется на произведения или права на эти произведения, охрана которых к моменту вступления в силу настоящей Конвенции в Договаривающемся Государстве, где предъявляется требование об охране, окончательно прекратилась или никогда не существовала".

По общему мнению, статья 7 лишает Конвенционной охраны произведения, находящиеся в общественном достоянии, то есть произведения (или права на эти произведения), охрана которых на дату вступления в силу Конвенции о договаривающемся государстве, окончательно прекратилась или никогда не существовала. Это означает, что Всемирная Конвенция обратной силы не имеет.

Тем не менее, нельзя сказать, что Всемирная Конвенция полностью отрицает обратную силу по отношению к ранее созданным произведениям: она устанавливает, что если такие произведения охраняется в определенном государстве на момент вступления Конвенции в силу для этого государства, то они не только продолжают охраняться по национальному законодательству, но и получают охрану уже на основе норм Конвенции. Это значит, что в отношении таких произведений Конвенция имеет обратную силу.

Помимо участия во Всемирной Конвенции об авторском праве, Советский Союз, и, после прекращения его существования, РК заключили около десяти двусторонних соглашений о взаимной охране авторских прав. Все эти договоры предусматривают охрану как "новых", так и "старых", произведений, то есть действуют с обратной силой.

Возьмем для примера Соглашение между СССР и Болгарией о взаимной охране авторских прав, вступившее в силу с 1 января 1975 года. Статья 8 этого Соглашения гласит:

"Под действие настоящего Соглашения подпадает использование после вступления настоящего Соглашения в силу указанных в статье 2 произведений, в отношении которых не истекли к моменту использования сроки, предусмотренные статьей З".

Поясню, что в соответствии со статьями 2 и 3 Соглашения, каждая договаривающаяся сторона обязуется охранять права граждан другой договаривающейся стороны и их правопреемников на произведения литературы, науки и искусства, независимо от места их первого опубликования, предоставляя им национальный режим. Охрана осуществляется в течение срока, установленного внутренним законодательством договаривающихся сторон, при этом договаривающаяся сторона, где истребуется охрана, не обязана обеспечивать охрану произведений в течение срока, более продолжительного, чем срок охраны, установленный законодательством другой договаривающейся стороны.10

Принцип обратной силы в данном соглашении сформулирован вполне определенно: в договаривающихся государствах должны быть "оживлены" все "старые" произведения, которые с момента вступления Соглашения в силу и до истечения сроков, предусмотренных статьей 3, подлежат охране на территории стран-участниц.

Не во всех международных договорах принцип их действия сформулирован достаточно четко, что дает возможность присоединяющимся странам давать ему различные толкования. Ярким примером такого международного договора является Бернская Конвенция об охране литературных и художественных произведений, заключенная 9 сентября 1886 года.

**Правило об обратном действии Бернской конвенции**

Принципу охраны произведений, существующих на момент присоединения страны их происхождения к Бернской Конвенции, известному как "правило, об обратном действии" посвящена статья 18 Конвенции, которая устанавливает:

1. Настоящая Конвенция применяется ко всем произведениям, которые к моменту вступления ее в силу не стали еще общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны.

2. Однако если вследствие истечения, ранее предоставленного произведению срока охраны, оно стало уже общим достоянием в стране, в которой истребуется охрана, это произведение не будет вновь поставлено под охрану в этой стране.

3. Указанный принцип применяется в соответствии с положениями специальных Конвенций, которые заключены или будут заключены с этой целью между странами Союза. При отсутствии таких положений соответствующие стороны определяют - каждая для себя - условия применения этого принципа.

4. Предшествующие положения применяются также в случае новых присоединений к Союзу...

В пункте 1 настоящей статьи говорится о произведениях, которые еще не перестали охраняться в "стране происхождения". При этом страной происхождения в смысле Бернской Конвенции считается:

а) для произведений, впервые выпущенных в свет в какой-либо стране Союза, - эта страна, для произведений, выпущенных в свет одновременно в нескольких странах Союза, предоставляющих различные сроки охраны, - та сторона, законодательство которой устанавливает самый короткий срок охраны;

Ь) для произведений, не выпущенных в свет одновременно в какой-либо стране, не входящей в Союз и в одной из стран Союза, - это последняя страна;

с) для произведений, не выпущенных в свет или для произведений, выпущенных в свет в первые в стране, не входящей в Союз, без одновременного выпуска в свет в какой-либо стране Союза, - та страна Союза, гражданином которой является автор, при условии, что :

1. в отношении кинематографических произведений, изготовитель которых имеет свою штаб-квартируили обычное место жительства в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна, и

2. в отношении произведений архитектуры, сооруженных в какой-либо стране Союза или других художественных произведений, являющихся частью здания или другого сооружения, расположенного в какой-либо стране Союза, страной происхождения является эта страна.

Это общий принцип Бернской Конвенции, который обязывает вновь вступившие в Союз государства охранять произведения, которым предоставляется охрана в стране их происхождения, за исключением случаев, когда они уже стали в стране происхождения общественным достоянием. Данная норма должна применяться ко всем произведениям, упомянутым в пункте 1 статьи 18, независимо от того, охранялись ли они на территории страны, где истребуется охрана, или нет. При этом если такая охрана не предоставлялась, причина ее отсутствия не имеет никакого значения. До времени Берлинского пересмотра (1908 год) было отмечено, что переход в сферу общественного достояния должен быть результатом окончания срока охраны; с тех пор стало применяться правило "сравнения сроков", предусмотренное пунктом 8 статьи 7, который гласит:

8. В любом случае срок определяется законом страны, в которой истребуется охрана; однако если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может быть более продолжительным, чем срок, установленный в стране происхождения произведения.

В соответствии с этой статьей, являющейся исключением из общего принципа национального режима, период предоставляемой охраны определяется законодательством страны, где испрашивается охрана, но он не должен превышать срока охраны, установленного в стране происхождения. Например, страна, недавно вступившая в Союз, охраняет произведения в течение 50-ти лет после смерти автора. В отношениях между этой страной и той, которая предоставляет более длительную охрану, применяется меньший срок. Однако это правило действует, если законодательством страны, предоставляющей охрану, не предусмотрен иной порядок.

Итак, пункт 1 статьи 18 Бернской Конвенции содержит ясно выраженный принцип обратной силы ее действия.

Однако пункт 2 статьи 18 содержит существенную оговорку к этой норме: если произведение, охраняемое по пункту 1, уже утратило охрану "вследствие истечения ранее предоставленного произведению срок охраны" в стране, где такая охрана истребуется, то это произведение не будет вновь охраняться на территории этой страны. Иными словами. Бернская Конвенция запрещает возвращение произведений, которые стали общественным достоянием, в сферу частного права, вновь предоставляя им охрану.

Необходимо отметить, что, в отличие от всемирной Конвенции об авторском праве, которое безразлично, почему произведение перешло в сферу общего достояния. Бернская Конвенция акцентирует внимание на причине, по которой охрана прекратилась. Этой причиной не может быть, например, несоблюдение формальностей, необходимых для охраны, или то, что охрана "никогда не существовала" в стране, где такая охрана испрашивается. Во время Берлинского пересмотра в докладе Комитета специально было отмечено, что страны, вновь присоединяющиеся к Конвенции, не могут "заявить, что произведения, которые никогда ранее не охранялись на их территории, признаются перешедшими в общественное достояние".

Комментируя положения статьи 18 Бернской Конвенции, ученые едины в своем мнении: "Бернская Конференция прямо выраженным образом предусматривает обратную силу действия Конвенции, ограничивая ее сроком авторского права".11

Пунктом 3 статьи странам Бернского Союза предоставлена возможность урегулирования применения принципа обратной силы и исключений из этого принципа в специальных Конвенциях, которые "заключены или будут заключены" между участниками Конвенции. Такое решение было принято при разработке текста Конвенции, так как было, очевидно, что применение принципа обратной силы может вызвать определенные затруднения. Впоследствии, на Парижской Конференции 1896 года некоторые участники Бернской Конвенции выдвинули предложение о снятии оговорки о специальных Конвенциях, обосновывая это тем, что с момента вступления в силу Конвенции прошло достаточно времени для того, чтобы урегулировать отношения по применению принципа обратной силы. Однако такое предложение не получило поддержки от других делегаций. Выступая против такого решения, члены этих делегаций подчеркивали, что оно может послужить причиной нарушения прав лиц, законно использовавших иностранные произведения без разрешения авторов в то время, когда они находились в сфере общего достояния. Именно поэтому разработчики проекта признали, что у вновь присоединяющихся стран, как и у государств, участвующих, в Конвенции с момента ее заключения, может возникнуть необходимость в принятии переходных мер. Оставив положения пункта 3 статьи 18 неизменными. Комитет добавил пункт 4 в статью 18, подтверждающий, что пункты 1,2,3 "применяются также в случае новых присоединений к Союзу".

По мнению некоторых специалистов, следует считать, "что под понятия таких специальных Конвенций подпадают также те, которые были заключены между отдельными странами, даже если некоторые из их участников или даже некоторые участники во время заключения такой специальной Конвенции не были членами Бернского союза, а вступают в этот союз позднее". В связи с этим в литературе отмечалось, что к таким специальным Конвенциям следует отнести и Всемирную Конвенцию об авторском праве, которая исключает охрану произведений, находящихся в общественном достоянии в стране, где предъявляется .требование об охране.12

В случае отсутствия специальных соглашений каждая страна может самостоятельно определять условия применения указанного принципа. В комментарии к Бернской Конвенции отмечается, что обратное действие может приобрести большое значение в тех случаях, когда в Союз вступает новая страна, в связи с необходимостью предоставлять охрану множеству иностранных произведений, находящихся в сфере общего достояния по любым иным основаниям, кроме истечения срока охраны. В этой ситуации необходимо учитывать экономические последствия, которые могут наступить для лиц, ранее использовавших произведения свободно, так как в случае полного соблюдения принципа обратной силы, авторы получат исключительные права контроля над не охранявшимися ранее произведениями. Именно для этого каждой присоединяющейся стране предоставлена определенная свобода в применении указанного принципа. Государство может само определять, какие ограничения существуют для такого обратного действия путем включения соответствующих положений в свое внутреннее законодательство, а также обязывая суды в случае судебного разбирательства учитывать ранее приобретенные права.

Однако необходимо акцентировать внимание на том. что, хотя присоединяющимся государствам и предоставлена определенная свобода закрепления особых условий о применении принципа обратной силы в специальных Конвенциях и своем национальном законодательстве, это не означает полного отрицания принципа обратного действия. Так как эти условия могут оговариваться лишь при непременном соблюдении норм пунктов 1 и 2 статьи 18.

Новейшие комментарии зарубежных специалистов содержат очень краткий анализ статьи 18 Конвенции. В одном из них утверждается, что сейчас статья 18 сохраняет свое значение только в тех случаях, когда к Бернскому Союзу присоединяется новая страна. В этом случае произведения, страной происхождения которых является член Бернского Союза, и которые до этого находились в сфере общественного достояния во вновь присоединяющейся стране, охраняется в соответствии с Бернской Конвенцией с момента вступления присоединения в силу. Однако это распространяется лишь на произведения, не попавшие в сферу общего достояния в результате истечения срока охраны в стране их происхождения. При этом, делая вывод о безусловном применении принципа обратной силы по Бернской Конвенции, авторы комментария оговариваются, что "эти положения не так ясны, как может показаться на первый взгляд".

Другие авторы менее категоричны. Рассматривая не подлежащее ранее сомнению и обсуждению правила об обратном действии Конвенции, они делают вывод, что, даже в случае применения тех или иных оговорок и условий, "нельзя полностью отрицать применение принципа обратной силы в отношении определенных категорий произведений". При этом, рассматривая вопрос о новых присоединениях к Конвенции, признается, что "применение пункта 2 может оказаться более проблематичным" На практике так оно и получилось, так как появилась возможность истолкования статьи 18 не в духе Бернской Конвенции, что позволило США , России и Казахстану нарушить все традиции и присоединиться к Конвенции без обратной силы.

**Присоединение к Бернской конвенции без обратной силы. Опыт США.**

На протяжении 80-ти лет с момента, когда статья 18 Бернской Конвенции была окончательно сформулирована, она единодушно рассматривалась, как обязывающая охранять "старые" иностранные произведения. Первой страной, которая иначе истолковала этот вековой принцип, стали США, присоединившиеся к Конвенции 1 марта 1989 года. Вступая в Бернский Союз, США предварительно заявили в своем внутреннем законодательстве, что они не будут предоставлять охрану произведениям иностранных авторов с обратной силой. Статья 12 вступившего в силу Закона об изменении раздела 17 Свода Законов США по применению Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений в Парижской редакции от 24 июля 1971 года (Закон № 100-568 от 31 октября 1988 года) гласит:

"Раздел 17 Свода Законов США в редакции настоящего Закона не предоставляет авторско-правовой охраны каким-либо произведениям, находящимся в общественном достоянии США". Таким образом, США, присоединяясь к Конвенции, воспользовались нормой пункта 2 статьи 18, истолковав ее как распространяющую свое действие на любые, не охраняемые произведения. То есть, если иностранное произведение на 28 февраля 1989 года не пользовалось охраной в США, то оно не будет охраняться новым Законом, в который трансформированы положения Бернской Конвенции.

Каково же юридическое обоснование такого истолкования "правила об обратном действии"? Прежде, чем обратиться к рассмотрению хода рассуждений американских специалистов, необходимо выяснить по каким причинам то или иное произведение перестало охраняться, попав в сферу общего достояния. Большинство специалистов, изучавших этот вопрос, ограничились делением всех произведений, находящихся в общественном достоянии, на две группы:

1. произведения, более не охраняемые по причине несоблюдения определенных условий и формальностей;

2. произведения, попавшие в сферу общего достояния в результате истечения общих сроков охраны.

Лишь некоторыми правоведами исследовались причины, по которым срок предоставляемой охраны истек, а ведь именно здесь и кроется возможность нетрадиционного толкования статьи 18 Бернской Конвенции. Для того чтобы выяснить, в результате чего произведения второй группы стали не охраняемыми, необходимо рассмотреть проблему предоставления охраны неопубликованным произведениям. Национальные законодательства по-разному определяют судьбу иностранных неопубликованных произведений, но большинство стран такие произведения охраняют.

Если неопубликованные произведения иностранных авторов подлежат защите, то они охраняются в течение определенного срока, который рано или поздно истекает. Что же является причиной истечения этого срока? Юридическим правопрекращающим фактом может быть как событие (например, истечение 30-тилетнего срока охраны пасло смерти автора), так и действия. Таким действием является опубликование иностранного произведения в стране, не связанной с другой страной каким-либо международным договором по авторскому праву. Несомненно, прекращение охраны по этой причине означает переход произведения в сферу общего достояния вследствие истечения срока ранее предоставлявшейся охраны, которое не подлежит "оживлению" в соответствии с пунктом 2 статьи 18 Бернской Конвенции.

Возможность такой интерпретации пункта 2 статьи 18 была обнаружена еще в 1978 году на заседании группы консультантов, созданной Всемирной Организацией Интеллектуальной Собственности для "изучения вопроса о соответствии законодательства США положениям Бернской Конвенции...". Было отмечено, что на 1 января 1978 года (дата вступления в силу нового Закона об авторском праве США) все неопубликованные произведения охранялись в США по общему праву, независимо от гражданства автора. При этом предоставленный таким произведениям срок охраны моментально "истекал", если произведение было опубликовано без знака охраны, без соблюдения оговорки об изготовлении копий произведения в США, а также, если его автором был иностранец, публикация состоялась в стране, не связанной с США соглашением или взаимностью. Был сделан вывод, что в соответствии с этой теорией применение принципа обратной силы не требует восстановления охраны для любых произведений, попавших в США в сферу общественного достояния. Большинство консультантов считали, что. если США именно таким образом истолкую пункт 2 статьи 18, то никакого несоответствия между действующим законодательством США и Бернской Конвенцией в отношении обратной силы не будет.

Такая же позиция была занята Ведомством США по авторским правам и к представителями Специальной рабочей группы по подготовке присоединения США к Бернской Конвенции. Они отмечали в своем предварительном и заключительнрм докладах, что "статья 18 пункт 2 исключает охрану произведений, попавших в сферу общего достояния в стране, где испрашивается охрана, вследствие истечения срока ранее предоставляемой охраны". Необходимо отметить, что Законом об общем пересмотре авторского права, разделом 17 Свода Законов США и другими вопросами 1976 года, была существенно сужена, сфера действия общего права. Статутным правом была также предоставлена охрана неопубликованным произведениям независимо от гражданства или домицилия автора (статья 104 а). Это означает, что прежние рассуждения американских специалистов сохраняют свое значение и применимы на момент вступления США в Бернскую Конвенцию.

Естественно, что позиция, занятая законодательством США, не могла не вызвать реакции неодобрения, однако их критика носила достаточно умеренный характер. Специалисты отмечали, что закрепление такого положения во внутреннем законодательстве США противоречит интересам других стран-участниц, обязанных охранять американские произведения с обратной силой. При этом указывалось, что это может отразиться на решении судов при рассмотрении дел в отношении "старых" американских произведений. Правоведами, однако, выражалась надежда на то, что суды США будут стремиться к разрешению дел в духе конвенционного права.

Необходимо отметить, что такое толкование статьи 18 не вызвало ответной реакции со стороны других членов Бернского Союза, хотя возможность такой реакции и предусмотрена статьей 33 Бернской Конвенции. По мнению специалистов, одной из причин такого молчания явилось то, что до присоединения к Бернской Конвенции, США участвовали во Всемирной Конвенции об авторском праве, которая может рассматриваться как специальная конвенция в смысле пункта 3 статьи 18 Бернской Конвенции, значительно облегчило принятие занятой США позиции.

США, присоединяясь к Бернской Конвенции, хорошо осознавали, что, не соблюдая полностью важнейший принцип Конвенции - принцип взаимности в предоставлении охраны авторских прав -создали угрозу возникновения-дискриминации в отношении "доконвенционных" американских произведений, особенно кинематографических произведений, обеспечение охраны которых было основной целью участия США в Бернском Союзе. Причем, если в некоторых странах-участницах это может отразиться лишь на принимаемых судебных решениях, то другие могут привести аналогичную США мотивацию (как уже упоминалось, многие страны, как и США, охраняют неопубликованные произведения независимо от гражданства и местонахождения автора) и заявить, что они не будут охранять "старые" произведения американских авторов. А вновь присоединяющиеся страны, следуя опыту США, могут вообще не применять обратной силы. Именно поэтому США стремится к заключению дополнительных соглашений с вновь присоединяющимися странами, подтверждающих предоставление охраны "старым" американским произведениям, как это было с Китаем (членом Бернской Конвенции с 15 октября 1992 года), с которым США заключили Меморандум Взаимопонимания по вопросам защиты интеллектуальной собственности еще в январе 1992 года.

Необходимо отметить, что США при вступлении в Бернскую конвенцию раз заявляли, что они придают принципу обратной силы большое значение и вернутся к рассмотрению этого вопроса позднее, что они и сделали. Была созвана группа специалистов по авторскому праву для проведения исследований по вопросам, связанным с обратной силой.13 Цель работы этой группы - изудение возможности внесения соответствующих изменении и дополнений в Закон об авторском праве США, которые могли бы обеспечить предоставление охраны в соответствии с требованиями стат4>и 18 Бернской Конвенции. Учитывая конституционные, экономические и иные факторы, специалисты попытаются определить, при каких условиях и каким образом могут быть "оживлены" произведения, находящиеся в сфере общественного достояния. Также будут проанализированы возможные последствия, которые может повлечь за собой предоставление охраны таким произведениям для частных лиц и компаний, свободно использовавших их прежде.

Принимая во внимание, что непредставление охраны с обратной силой может стать барьером в международных торговых и инвестиционных отношениях, что отразится на американской экономике, и особенно на ее киноиндустрии, США заключили 7 октября 1992 года с Канадой и Мексикой Североамериканское соглашение о свободной торговле, которое вступило в силу с 1 января 1994 года. По этому Соглашению США обязались предоставить охрану изготовленным в Канаде и Мексике, художественным фильмам, которые стали общим достоянием в соответствии с параграфом 405 раздела 17 Свода Законов США (отсутствие знака охраны) до 1989 года. Не подлежит сомнению, что принятое решение является очень важным прецедентом для предоставления охраны с обратной силой иностранным произведениям на основе международных договоров.

Итак, рассмотрев опыт США, мы убедились, что существует возможность присоединения к Бернской Конвенции без обратной силы. истолковав норму статьи 18 иначе, чем это делалось ранее.

**Присоединение Казахстана к Бернской конвенции.**

В течение многих лет Советский Союз, а потом и Казахстан, не могли стать участниками Бернского Союза в силу несоответствия предоставляемой по национальному законодательству охраны произведениям "уровню Бернской Конвенции".

Но, несмотря на то, что Закон, принятие которого позволило бы присоединиться к Бернской Конвенции, вступил в силу только 10 июня 1996 года, некоторыми правоведами уже в 1992 году поднимался вопрос о способе возможного присоединения Казахстана. В частности, один из них отмечал, что статья 18 Бернской Конвенции не содержит обязательства обеспечения охраны с обратной силой, и, поэтому не исключено, что РК при присоединении к Бернской Конвенции выразит именно такую точку зрения. Позднее не раз высказывалось мнение о необходимости присоединения Казахстана к Конвенции без обратной силы, что "для Казахстана, для казахстанских организаций, использующих иностранные произведения" оказалось бы "наиболее выгодным и безболезненным, особенно в течение первых лет после присоединения".

10 ноября 1998 года произошло долгожданное событие - Казахстан наконец стал полноправным участником Бернской Конвенции об охране литературных и художественных произведений. При подаче дипломатической ноты о присоединении Казахстан уведомил других участников Конвенции о том, что “действие Бернской Конвенции не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для РК на ее территории общественным достоянием”.

В соответствии со статьей 29 Закона РК "Об авторском праве и смежных правах" произведение перестает охраняться, и переходит в общественное достояние, в результате истечения срока действия авторского права. Как, уже ранее отмечалось, в случае, если страна предоставляет охрану неопубликованным произведениям иностранных авторов, срок охраны истекает на момент опубликования этого произведения в стране, не связанной с ней каким-либо соглашением об охране авторских прав.

Рассмотрим, как в Казахстане решается судьба иностранных неопубликованных произведений. Согласно статье 5 Закона "Об авторском праве и смежных правах", охрана по авторскому праву предоставляется неопубликованным произведениям иностранных авторов следующим образом:

- если они находятся в какой-либо объективной форме на территории Казахстана, то они охраняются по Казахстанскому законодательству во всех случаях;

- если они находятся в какой-либо объективной форме за пределами РК, то получают охрану на основе международных договоров.

Что касается первой группы неопубликованных произведений, выделенной законодателем, здесь ситуация вполне понятна: неопубликованные иностранные произведения, которые находятся на территории Казахстана, охраняются по Казахстанскому авторскому праву. Поскольку само произведение в определенной материальной форме находится на Казахстанской территории, все противоправные действия в отношении этого произведения (например, обнародование без согласия автора, плагиат, переработка и пр.) также могут иметь место на ее территории, и, следовательно, попадают под Казахстанскую юрисдикцию. Охрана, предоставленная такому произведению, носит условный характер, так как она поставлена в зависимость от места последующего опубликования. В случае если публикация будет иметь место в Казахстане, оно будет продолжать находиться под охраной. Если же оно будет обнародовано за рубежом, такое произведение Казахстанским авторским правом охраняться не будет, вследствие истечения срока предоставляемой охраны. Следовательно, после присоединения Казахстана к Бернской Конвенции, в случае, если до 10 ноября 1998 года такое произведение было впервые опубликовано за рубежом и вследствие этого утратило правовую охрану, Казахстан, согласно пункту 2 статьи 18 Бернской Конвенции, не обязан вновь ставить это произведение под охрану.

Вопрос же в отношении неопубликованных произведений иностранных авторов, находящихся в какой-либо материальной форме за рубежом, крайне сложен. Казахстанским законом предусмотрено, что охрана таким произведениям предоставляется лишь на основании международных договоров. Если предположить, что Закон адекватно отражает казахстанскую практику охраны неопубликованных произведений иностранцев, то все иностранные произведения, находящиеся в объективной форме за рубежом, независимо от того, были ли они обнародованы или нет до 10 ноября 1998 года, подлежат охране на территории Казахстана с этой даты. И, следовательно, другие члены Бернского Союза могли бы выдвинуть справедливые возражения против участия Казахстана в Бернской Конвенции без обратной силы.

Занятая казахстанским законодателем позиция в отношении охраны иностранных неопубликованных произведений была подвергнута критике специалистами, которые указывали на то, что она служит источником возникновения множества проблем на практике. Например, будет ли охраняться произведение, один экземпляр которого находится за границей, а другой - на казахстанской территории? Или, с какого момента подлежат охране созданные за рубежом произведения: с момента создания иди с момента пересечения границы?

На последний вопрос практика, причем широко распространенная дает следующий ответ: когда неопубликованное произведение иностранного автора попадает на территорию Казахстана, оно подлежит охране по казахстанскому авторскому праву с момента его создания. И, хотя подход законодателя, отраженный в Законе не изменился по сравнению с позицией статьи 474 Гражданского Кодекса РК и статьи 136 Основ гражданского законодательства 1991 года. Это не означает, что неопубликованные иностранные произведения, находящиеся в материальной форме за пределам Казахстана, не охраняются по казахстанскому законодательству.

В литературе отмечалось, что "неопубликованные произведения иностранных авторов, находящиеся за рубежом, не могут рассматриваться" в Казахстане как произведения, "постоянно находящиеся в сфере общественного достояния", и, следовательно, подлежат охране наравне с произведениями, находящимися на ее территории.

Необходимо также отметить, что нередко при заключении двусторонних договоров охрана неопубликованных произведений вообще не оговаривалась.

Итак, казахстанское (а до 25 декабря 1991 года советское) авторское право фактически охраняло, и охраняет любые неопубликованные произведения иностранных авторов с момента их создания. Но, если это произведение впервые публикуется не в Казахстане и не в стране, связанной с Казахстаном международным договором, то такое произведение становится в Казахстане общественным достоянием, так как ранее предоставленный срок охраны истек. Именно поэтому Казахстан смог присоединиться к Бернской Конвенции. Это означает, что в отношении граждан стран, участвующих и в Бернской, и во Всемирной Конвенции, в Казахстане будут охраняться только те произведения, которые будут опубликованы после 26 мая 1973 года (дата присоединения СССР к Всемирной Конвенции). Что касается граждан государств, участвующих только в Бернской Конвенции, то в Казахстане будут поставлены под охрану только те их произведения, которые впервые опубликованы в этих странах после 13 марта 1995 года.

В прессе высказывались различные оценки принятого решения о присоединении без обратной силы. Одни специалисты целиком и полностью поддержала его, другие же осуждая его, утверждали, что "по сути же оказалось, что к Бернской Конвенции Казахстан не присоединился". Заинтересованные же лица - издатели, единодушно поддерживая присоединение к Бернской Конвенции, также разошлись в оценке порядка такого присоединения, крупные издатели, которые "присоединились к Берну в одностороннем порядке" еще в 1996 году либо удивлены таким подходом, либо полностью отвергают его, рассматривая решение правительства как "возведение воровства в государственную полигику" и "легализацию пиратства". Высказывалось мнение, что присоединение Казахстана к Бернской Конвенции с обратной силой отвечало бы интересам казахстанских издателей, так как им "выгодно покупать права и платить иностранным авторам", что позволит им "иметь возможность, продавать права на книги казахстанских авторов".

Естественно, что крупным издательствам под силу выплачивать огромные гонорары за приобретение исключительных прав на распространение произведений иностранных авторов на территории Казахстана. Это им действительно выгодно, так как их затраты окупятся через реализацию книжной продукции, в стоимость которой включаются и суммы авторских гонораров, и передача неисключительных прав на использование другим издательствам, в конечном итоге за счет казахстанских читателей. Присоединение с обратной силой к Конвенции, по мнению иных издателей, также не "позволило бы встать на ноги молодым издателям", не имеющим большого стартового капитала. На мой взгляд, это также прекратило бы приток в Казахстан множества произведений зарубежной литературы, что, в конечном счете, отразилось бы как на развитии только появившейся книжной индустрии, так и на культурно-духовной сфере нашего общества.

Действительно, при принятии ответственных правовых решений, каким является решение о присоединении к Бернской Конвенции, необходимо исходить из интересов всего общества, а не отдельных его групп. Учитывая то, что нормы Конвенции действуют не в идеальных, а реальных условиях, должны приниматься во внимание и те экономические последствия, которые могло бы повлечь предоставление охраны произведениям, ранее считавшимся в Казахстане общественным достоянием.

Как было показано выше, критика присоединения без обратной силы носит в основном экономический характер. Вопрос о самой формулировке постановления не поднимался. Специалисты, несмотря на то, что в прессе и было отменено, что формулировка не ясна, ограничились лишь констатацией того, что она означает, что Казахстан присоединился к Бернской Конвенции без обратной силы, думается, что необходимо рассмотреть постановление правительства именно с точки зрения данной им формулировки, которая допускает неоднозначность ее толкования.

Итак, постановление содержит указание на то. что произведениям, ставшим на территории Казахстана общественным настоянием на момент присоединения к Бернской Конвенции, охрана вновь предоставлена не будет. Рассматривая обоснование возможности присоединения Казахстана без обратной силы, нами приводилось положение статьи 29 Закона РК "Об авторском праве и смежных правах", согласно которому причиной перехода произведения в общественное достояние служит истечение срока охраны. Однако статья 29 предусматривает и иную причину: перешедшими в • общественное достояние также считаются произведения, охрана которым на территории Казахстана никогда не предоставлялась. В формулировке, данной правительством, не указывается, по какой именно причине не будут охраняться произведения, ставшие на территории Казахстана общественным достоянием, хотя такой причиной является истечение сроков охраны. Нами было отмечено, что на законодательном уровне охрана предоставляется лишь тем иностранным неопубликованным произведениям, которые находятся на казахстанской территории, хотя практика и иначе решает этот вопрос. Однако, именно то, что на практике охранялись, и охраняются все неопубликованные произведения иностранных авторов, позволило истолковать статью 18 Бернской Конвенции как не обязывающую, предоставлять охрану с обратной силой. Тем не менее, зарубежные специалисты, не знакомые с казахстанской практикой, могут провести анализ на законодательном уровне и сделать вывод, что Казахстан, присоединяясь к Конвенции, принял решение не охранять иностранные произведения, ставшие на ее территории общественным достоянием в силу того, что они никогда не охранялись. По такое решение противоречило бы пункту 2 статьи 18 Конвенции, которой все причины неохраняемости, кроме истечения срока охраны, безразличны. Если формулировка правительства будет истолкована таким образом, это может послужить основанием возникновения споров с другими членами Конвенции по поводу применения Бернской Конвенции.

Думается, что лучшим способом устранить имеющееся противоречие до присоединения к Конвенции было бы привести действующее законодательство об авторском праве в соответствие с практикой, закрепив, что охрана по казахстанскому законодательству предоставляется всем иностранным неопубликованным произведениям, независимо от того, на территории какого государства они находятся. Это значительно упростило бы аргументацию принятого Казахстаном решения о присоединении без обратной силы. Иначе эту проблему можно было бы решить, указав при подаче ноты, что действие Бернской Конвенции не будет распространяться на произведения, которые на дату вступления Конвенции в силу для Казахстана уже являются на ее территории общественным достоянием вследствие истечения ранее предоставленного срока охраны. Сегодня же, на мой взгляд, единственный способ устранить всякую возможность возникновения спорной ситуации - дополнительно уведомить страны Союза о причинах, по которым иностранные произведения перешли в сферу общего достояния.

Несмотря на то, что некоторые специалисты считают, что "непредставление обратной силы вообще лишает Конвенцию смысла", я рассматриваю присоединение Казахстана к Бернской Конвенции как чрезвычайно значительное событие. Во-первых, теперь Казахстан связан международным договором со многими странами, отношения с которыми по авторском}7 праву никак не регулировались. Во-вторых, произведения иностранных авторов тех стран, с которыми Казахстан был связан Всемирной Конвенцией, получают охрану также по Бернской Конвенции, уровень которой намного выше. Что же касается стран, связанных с Казахстаном по Бернской Конвенции, то их интересы, конечно, затронуты присоединением без обратной силы. Однако, учитывая то, что произведения граждан большинства государств-членов Бернского Союза уже охранялись по Всемирной Конвенции и по двусторонним соглашениям, нарушение интересов этих государств не столь существенно. Думается, что по истечении некоторого переходного периода "привыкания" к защите авторских прав граждан стран-участниц Бернской Конвенции, Казахстан пойдет по пути заключения двусторонних соглашений с отдельными странами, как это делается сейчас в США, по которым охрана будет предоставляться с обратной силой. Однако это не может произойти раньше, чем Казахстан действительно будет к этому готов.

**Обратная сила авторско-правовых норм в иностранном национальном законодательстве.**

Выше нами рассматривался вопрос о том, как решается проблема обратной силы авторско-правовых норм на международно-правовом уровне. Не менее важен вопрос о порядке охраны произведений, созданных до вступления в силу новых национальных законов, предоставляющих более высокий уровень охраны авторских прав по сравнению с предыдущим законодательством.

Национальные законодательства разных стран по-разному решают вопрос об обратной силе. Рассмотрим, как решается этот вопрос в зарубежном законодательстве не примере двух стран: Польши и Украины, недавно принявши новые законы об авторском праве.

4 февраля 1994 года Польским Парламентом был принят новый Закон об авторском праве и смежных правах, разработка которого заняла почти двадцать лет. Результатом длительной работы явилось появление содержащего множество новелл нормативного акта, существенно усилившего охрану прав авторов. В отношении сроков охраны Польский Закон 1994 года пошел намного дальше, чем законодательство в других европейских странах, в том числе и в наиболее развитых. Кроме увеличения сроков охраны до 50-ти лет в случаях для:

- произведений, созданных после вступления в силу нового закона, и

- произведений, срок охраны которых не истек к моменту вступления нового закона в силу, новый Закон впервые в мире ввел в действие довольно сложный механизм охраны с обратной силой. В области авторского права Закон также предусматривает применение его положений к произведениям, "срок охраны которых истек в соответствии с ранее действовавшим Законом, но не истек в соответствии с новым Законом, за исключением периода после истечения срока охраны до вступления нового Закона в силу" (ст. 124.1.3.). Однако Закон устанавливает, что это положение не применяется к имущественным правам в отношении экземпляров произведений, которые были опубликованы до его вступления в силу" (ст. 124.1.2.).

Закрепленная норма касается произведений, срок охраны которых истек по старому Закону, но не истек по Закону 1994 года на момент вступления этого закона в силу. Эти произведения по истечении ранее предоставлявшихся сроков охраны перешли в сферу общего достояния и стали неохраняемыми. Но с момента вступления нового Закона в силу им снова предоставляется охрана уже по этому Закону в течение периода, представляющим собой разницу между сроками охраны, предоставляемыми по новому и старому законам. При этом оговаривается судьба экземпляров произведений, опубликованных до вступления закона в силу, то есть в то время когда эти произведения находились в общественном достоянии - к имущественным правам на такие экземпляры положения нового Закона применяться не будут. Иными словами, правообладатели этой категории произведений не смогут контролировать использование экземпляров, изготовленных в то время, когда произведение находилось в сфере общего достояния.

Рассмотренная нами норма однозначно указывает на то, что Закон об авторском праве и смежных правах Польши действует с обратной силой.

В литературе данный "механизм охраны с обратной силой" подвергался критике, и, на мой взгляд, совершенно справедливо отмечалось, что это правило чрезвычайно трудно реализовать на практике. Действительно, практическое применение этого частично ограниченного правила об обратном действии, несомненно, окажется проблематичным. Кроме того, это положение противоречит статье 18 Бернской Конвенции (к которой Польша планирует присоединиться в ближайшее время), вновь предоставляя охрану произведениям, перешедшим в сферу общего достояния вследствие истечения срока охраны.

По-иному вопрос об обратной силе решен в отношении принятого 23 декабря 1993 года Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах", по своему содержанию почти полностью совпадающий с российским законом.

Постановлением Верховного Совета Украины "О порядке введения в действие Закона... " предусмотрен следующий порядок действия закона:

3. Закон Украины... применяется к правоотношениям, возникшим после введения его в действие. Для правоотношений, возникших до опубликования Закона, закон применяется к тем правами обязанностям, которые возникнут после введения его в действие.

4. Установить, что на произведения, ранее не охранявшиеся авторским правом, действие этого Закона распространяется, в случае, если они выпущены и свет, изготовлены, распространены после опубликования этого Закона.

5. Установить, что предусмотренные статьей 24 закона Украины срок охраны прав авторов применяется к произведениям, на которые срок, действия авторского права до опубликования этого Закона не истек.

Согласно приведенной цитате. Закон распространяется на отношения по созданию и использованию произведений, имеющих место после вступления его в силу. В случае если эти отношения носят длящийся характер на момент введения закона в действие, его положения будут применяться к правам и обязанностям, возникшим после этого момента. Пункт 5 указывает на увеличение сроков охраны произведений, не ставших еще общим достоянием вследствие истечения, предоставленного предыдущим законодательством срока охраны авторских прав на дату опубликования нового Закона. Причем специально оговаривается, что новый Закон не придает юридического значения фактам создания и использования произведений, имевших место до вступления Закона в силу, которые не являлись на тот момент юридическими и не порождали правовых последствий.

Итак, новый Закон Украины "Об авторском праве и смежных правах" не предоставляет охраны произведениям, перешедшим в общественное достояние по причине истечения сроков охраны или вследствие того, что эти произведения никогда не охранялись на территории Украины.

Из приведенных нами примеров видно, что каждая страна сама для себя определяет порядок действия закона во времени, придавая или не придавая ему обратную силу. Законодатель сам решает, исходя из ситуации в стране и учитывая принцип авторского права, предусматривающий сочетание личных интересов с интересами общества, как может и должен быть, решен этот вопрос.

Необходимо отметить, что нормы о введении в действие этих двух законов сконструированы таким образом, что не возникает никаких сомнений в том. что Польский Закон имеет обратную силу, а Закон Украины нет. Существенно не только само намерение законодателя предоставить или не предоставить охрану с обратной силой, но и как это стремление будет реализовано в нормах права. Как было рассмотрено, ранее, существуют нормы, формулировка которых допускает разное толкование. А вопрос о том, как будет действовать закон - является наиболее важным вопросом для практической реализации его положений.

**Решение вопроса об обратной силе авторско-правовых норм в Казахстанском национальном законодательстве.**

10 июня 1996 года Президентом РК был принят Закон РК "Об авторском праве и смежных правах", вступивший в силу с момента подписания .

Имеет ли новый закон обратную силу или нет - вопрос чрезвычайно сложный. Неточность формулировок, содержащихся в постановлении о введении в действие Закона, позволяет по-разному толковать порядок применения Закона, что уже порождает возникновение многочисленных проблем на практике. В зарубежной литературе отмечалось, что новый казахстанский закон привлекает и будет привлекать внимание зарубежных правоведов не столько с точки зрения содержащихся в нем положений, сколько с точки зрения его переходных норм, касающихся правил его действия.

Специалисты по авторскому праву придерживаются диаметрально противоположных точек зрения по поводу действия Закона: одни считают, что новый Закон обратной силы не имеет, другие же, напротив, утверждают, что закон действует с обратной силой.

Прежде, чем перейти к анализу норм определяющих порядок действия закона, на мой взгляд, необходимо рассмотреть, как был решен вопрос об обратной силе при введении в действие Основ гражданского законодательства Союза СССР и республик, принятых 31 мая 1991 года (далее Основ).

Принятие Основ явилось первым, но очень значительным шагом в сторону повышения уровня охраны прав авторов. Основы не только содержали множество новелл (например, закрепление новых объектов охраны, появление права авторства, сужение сферы без договорного использования и пр.), но и увеличили срок предоставляемой охраны до 50-ти лет.

В соответствии с Постановлениями Верховного Совета РК Основы гражданского законодательства применяются к гражданским правам и обязанностям, которые возникли после вступления Основ в силу на территории Казахстана. Помимо этого законодатель предусмотрел, что в отношении длящихся на момент введения в действие Основ правоотношений положения Основ будут применяться лишь к тем правам и обязанностям, которые возникнут после этого момента. Следовательно, законодатель, конкретизируя общий принцип, установил, что Основы обратной силы не имеют.

Теперь перейдем к рассмотрению Указа Президента РК о порядке введения в действие Закона "Об авторском праве и смежных правах", которым предусматривается следующий порядок действия Закона:

2. Закон РК "Об авторском праве и смежных правах" применяется к отношениям по созданию, а также по использованию объектов авторского права возникающим после введения в действие указанного Закона.

3. Сроки охраны прав, предусмотренные ст. 28 указанного закона применяются во всех случаях, когда 50 - летний срок действия авторского права не истек к 1 января 1997 года.

4. Авторское право юридических лиц, возникшее до введения в действие указанного Закона, прекращается по истечении 50 лет с момента правомерного обнародования произведения или создания произведения, если оно не было обнародовано.

Согласно пункту 1 указанного постановления. Закон не распространяет свое действие как на отношения по использованию, так и на отношения по созданию произведений, имевших место до введения его в действие, то есть до 10 июня 1996 года. Следовательно, если ранее определенные объекты не подлежали охране по авторскому праву, то и новое законодательство не распространяет свое действие на такие объекты, так как к случаям создания произведения до 10 июня 1996 года применяется не новое, а прежнее законодательство. Это означает, что Закон не рассматривает в качестве юридических факты создания произведения, имевшие место до 10 июня 19% года и не порождавшие никаких последствий с точки зрения прежнего законодательства Однако на мой взгляд, необходимо непридание этим прежним, фактам юридическогого значения, во избежание неправильного толкования воли законодателя, оговаривать отдельно.

Именно таким образом поступил законодатель при принятии Основ, указав и пункте 11 Постановления о введении их в действие, что "на произведения, ранее не признававшиеся объектами автоского права, действие раздела 4 Основ гражданского законодательства Союза СССР и республик распространяется, если произведение выпущено в свет после вступления Основ в силу". В качестве юридической даты указывается дата "выпуска в свет", а не дата "создания" произведения. Эго объясняется тем, что дату "выпуска в свет" установить намного проще, и она более показательна для проведения отсчета различных сроков, и, по мнению специалистов, выбор именно этой даты общего принципа не колеблет.

Итак, норма, содержащаяся в пункте 1 постановления, устанавливает, что Закон действует без обратной силы.

Анализируя положение пункта 2 указанного постановления, нельзя не обратиться к совпадающему с ним по структуре пункту 12 общесоюзного постановления о введении в действие Основ. Согласно этому" пункту, "предусмотренные статьей 137 Основ гражданского законодательства сроки действия авторского права применяются к произведениям, срок действия авторского права на которые не истек до 1 января 1992 года". Толковать эту норму можно было только однозначно: прежнее законодательство об авторском праве предусматривало охрану прав в течение жизни автора плюс 25 лет, а Основы ввели новый срок охраны - время жизни автора плюс 50 лет. Следовательно, эта переходная норма касалась лишь тех произведений, в отношении которых сроки охраны на момент введения в действие Основ еще "текли", удлиняя эти сроки на 25 лет.

Аналогичным образом была построена и норма Указа Президиума верховного Совета СССР "О внесении изменений и дополнений в Основы гражданского законодательства Союза СССР и союзных республик от 21 февраля 1973 года". Согласно ей срок охраны авторских прав после смерти автора был увеличен с 10 до 25 лет, и новые нормы о сроке охраны не применялись к произведениям, срок действия авторского права на которые истек до 1 января 1973 года.

С точки зрения отдельных правоведов, именно такая норма является нормой - толкованием принципа "Закон обратной силы не имеет", специфической - для авторского права, то есть она должна применяться во всех случаях принятия новых законов, устанавливающих сроки охраны более продолжительные, чем предусматривалось предыдущим законодательством. Естественно, что из каждого правила бывают исключения, бывают и исключения из принципа "закон обратной силы не имеет" применительно к авторскому праву. Однако тогда и формулировка переходной нормы выглядит совершенно иначе, как, например, выглядит норма о введении в действие Польского Закона, ясно указывающая на обратную силу его действия.

Пункт 3 постановления о введении в действие Закона говорит о произведениях, 50-ти летний срок охраны которых не истек к моменту вступления в силу новых авторско-правовых норм. Как уже рассматривалось выше. Основы удлинили срок охраны авторских прав до 50-ти лет. Под 50-ти летним сроком охраны, о котором говорится, в пункте 3, подразумевается срок охраны, предоставленный Основами. В отношении произведений, срок охраны которых не истек к 10 июню 1996 года, действует новый закон, который в определенных случаях удлиняет этот срок.

Например, композитор Дмитрий Шостакович умер в 1975 году. В соответствии с Гражданским Кодексом РК его произведения должны были бы перейти в общественное достояние через 25 лет после его смерти, то есть 1 января 2001 года. Основы удлинили срок охраны до 50-ти лет, следовательно, произволения Шостаковича должны были, бы перестать .охраняться только с 1 января 2025 года. В соответствии с пунктом 5 статьи 28 закона этот срок увеличен еще на четыре года, так как Шостакович написал свою седьмую симфонию во время блокады в Ленинграде, следовательно, по новому Закону его произведения подлежат охране до 31 декабря 2029 года.

Помимо проведенному анализа, который привел нас к выводу, что пункт 2 не подразумевает придание закону обратной силы, можно уяснить смысл этой нормы также с помощью лексико-грамматического толкования. В пункте 2 говорится о произведениях, срок охраны которых еще не "истек" на момент вступления Закона в силу, следовательно, эта норма касается лишь произведений, в отношении которых сроки еще "текли", то есть авторское право на такие произведения еще действовало на дату введения Закона в действие. Это еще раз подтверждает то, что пункт 2 постановления содержит положение об удлинении сроков охраны в случаях, предусмотренных статьей 28 Закона в отношении произведений, которые еще не перестали охраняться в результате истечения предоставлявшегося по прежнему законодательству срока охраны.

Однако некоторые юристы толкуют содержание пункта 2 следующим образом: если на момент введения Закона в действие со дня смерти автора не прошло еще 50-ти лет, то к произведениям этого автора будут применяться правила об исчислении сроков охраны, предусмотренные статьей 28 Закона; и, следовательно. Закон в отношении этих произведений будет действовать с обратной силой.

Но такое толкование означает, что законодатель предусмотрел возможность возобновления охраны в отношении произведений, находившихся на момент вступления закона в силу в сфере общественного достояния вследствие истечения сроков их охраны, что противоречит положениям статьи 18 Бернской Конвенции, участником которого Казахстан является. Помимо несоответствия нормам международного права, придание закону обратной силы породило бы возникновение просто нелепых ситуаций на практике. Приведем следующий пример:

Писатель Осип Мандельштам умер в советском концлагере в 1938 голу. Согласно статьям 10 и 15 Основ законодательства Союза СССР об авторском праве от 16 мая 1928 года, срок охраны составлял время жизни автора плюс 15 лет после смерти, следовательно, срок охраны его авторских прав истек 31 декабря 1952 года. Однако Мандельштам был частично реабилитирован в 1956 году. Учитывая то, что согласно пункту 5 статьи 27 законам, в случае, если автор был репрессирован и реабилитирован посмертно, срок охраны авторских прав начинает действовать с 1 января, следующего за годом реабилитации. Следовательно, если предположить, что Закон имеет обратную силу, с момента вступления в силу нового закона произведения Мандельштама должны были бы охраняться вновь после того, как 40 лет они находились в сфере общественного достояния. Полная реабилитация Мандельштама имела место при Горбачеве в 1987 году, следовательно, его произведения стали бы вновь общим достоянием лишь через столетие после его смерти.

Пункт 4 постановления определяет судьбу авторского права юридических лиц, возникшего у них до вступления в силу закона. Здесь речь идет, естественно, не о производном авторском праве, а о первоначальном, возможность возникновения которого была предусмотрена в определенных случаях (ст. 478 ГК РК). При этом авторское право не ограничивалось каким-либо сроком, а действовало бессрочно (ст. 492 ГК РК). Основы Гражданского законодательства не предусматривали ни одного случая возникновения первоначального авторского права у юридических лиц. И даже более того: в отношении кино - и телефильмов Основы прямо предусматривали получение изготовителем авторских прав по договорам с авторами отдельных произведений (п.5 ст. 135 Основ). Однако вопрос о том, будут ли охраняться первоначальные авторские права юридических лиц, появившиеся до даты введения Основ в действие на территории Казахстана и, если да, то в течение какого срока, остался неурегулированным. Ответ именно на этот вопрос и содержит пункт 4: эти права сохраняются и действуют и в настоящее время, но не бессрочно, а в течение 50-ти лет после создания или обнародования произведения. Это не означает, что Закон распространяет свое действие в отношении первоначальных авторских прав юридических лиц на прошлое время. По новому Закону такие права подлежат охране лишь в течение оставшейся части установленного 50-летнего срока охраны.

На основе проведенного анализа текста постановления о введении в действие Закона РК "Об авторском праве и смежных правах" я делаю следующий вывод: Закон не распространяет свое действие на авторско-правовые отношения, имевшие место до вступления его в силу, то есть Закон не имеет обратной силы. Однако относительно вопроса о порядке действия Закона все-таки нет единого мнения как у теоретиков, так и у практиков. Трудно себе представить, какие последствия может повлечь за собой разное токование, и, следовательно, разное применение норм постановления на практике.

Думается, что единственное средство установить действительную волю законодателя - дать официальное толкование норм постановления. Хочется надеяться, что при осуществлении такого толкования будут приняты во внимание интересы лиц, долгое время использовавших произведения, ставшие общественным достоянием, в бездоговорном порядке и учтены экономические и иные последствия, для общества в целом, которые может повлечь за собой толкование норм постановления как придающего Закону обратную силу.

**V. Заключение.**

Авторское право регулирует отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства. Авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения . Роль авторского права в формировании культуры несомненна. А ,что есть у нации кроме культуры, нет культуры нет и нации. Люди всегда что- нибудь изобретали, и безусловно авторское право будет изменяться, но самое главное это осознание, что его надо охранять. Тем более в настоящее время. Раньше Казахстан в составе СССР был одним из самых развитых стран мира, и ее держало на такой высоте именно технология. Я считаю, что сейчас надо больше денег уделять науке, а деньги надо вкладывать в наиболее перспективные отрасли. Даже если мы поднимем свою экономику из разрухи, все равно уже нам не стать одной из первых стран мира, но если развить науку, то безусловно станем. На этом я и закончу данную работу.

**Список литературы**

1. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве,М, 1972

2. Пизуке Х.А. Правовое регулирование архитектурной деятельности., 1984.

3. Зенин И. А. Рынок и право интеллектуальной собственности. Вопросы изобретательства, 1991, N3

4. Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права, М, 1956

5. Жуков В.И. Гражданское законодательство и институт интеллектуальной собственности. Вопросы изобретательства, 1989, Ш

6.Арамеев Р. "Россия обязалась охранять права авторов". Известия, 14 марта 1995 года .

7. Бабенко В. "Воровство как политика". Книжное обозрение, №7, 1995 год.

8.Быстров В. "Чего в Берне не хватает?", Книжное обозрение №6. 1995 год.

9.Воронкова М. "Срок действия авторского права". Российская юстиция №2, 1995 года

10. Воронкова М. "По сути же оказалось, что к Бернской Конвенции Россия не присоединилась", Книжное обозрение. №13, 1995 год. Д. и других авторов.

11. Гаврилов Э.П. "Об обратной силе действия международных договоров по авторскому праву. Бюллетень по авторскому праву, 1992 год.

12. Гаврилов Э.П. "Благородство-то надо проявлять за свой счет",.Книжное обозрение, №15, 1995 год.

13.Гаврилов Э.П. "Об обратной силе действия Закона об авторском праве и смежных правах", Российская юстиция. №2, 1995 год (и другие его работы)

14. Душенко К. "Бернский треугольник". Книжное обозрение, №52, 1994 год. Международные Конвенции об авторском праве. Комментарии, Москва, "Прогресс", 1982 год.

16. Конституция Республики Казахстан.

17. Закон Республики Казахстан " Об авторском праве и смежных правах"

18.Закон Республики Казахстан от 10 ноября 1998 года N 297-1 О присоединении Республики

Казахстан к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений

19.Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 9 февраля 1995 г. N 142 "О ставках авторского вознаграждения за публичное исполнение произведений литературы и искусства, за создание произведений декоративно-прикладного искусства и использование их в промышленности

20.3акои Республики Казахстан от 24 июля 1992 года N 3400 Патентный Закон

21.Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 11 августа 1994 г. N 896 Об утверждении Положения о служебных изобретениях, полезных моделях и промышленных образцах, создаваемых в Республике Казахстан (изменения постановлением Правительства РК от 09.08.96 N 987)

22. Закон Республики Казахстан от 18 января 1993 г. N 1888-ХП О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров

23.Гражданский кодекс Казахской ССР от 28 декабря 1963 года

24.Указ Президента СССР от 31 мая 1991 г. Основы Гражданского законодательства Союза ССР и Республик.