

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
“ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ”

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

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 4 (том XIX)
2014

Москва



United Nations
Educational, Scientific and
Cultural Organization

Организация
Объединенных Наций по
вопросам образования,
науки и культуры



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY

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



Главный редактор

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

Редакционный совет:

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

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

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

№ 4 (том XIX)
2014

Москва

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

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

Учредитель и издатель:

АНО “Творческий Центр ЮНЕСКО”, г. Москва

Адрес редакции:

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

Адрес для корреспонденции:

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

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

При подготовке журнала использована система «КонсультантПлюс»

Подписные индексы:

Объединенный каталог “Пресса России” - 11287

© Составление.

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

ОГЛАВЛЕНИЕ

12.00.00. Юридические науки

ВОПРОСЫ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

Морщакова Т. Г., Федотов М. А., Шаблинский И. Г. К вопросу о конституционности отдельных положений законодательства о прокуратуре 5

Шаблинский И. Г. Замкнутый круг в истории государства (к вопросу о политической модернизации в России) 27

ПРАВО И ОБЩЕСТВО

Довнар Н. Н. Роль СМИ в повышении правосознания и правовой культуры общества в период социальных трансформаций 46

Околёснова О. А. Новое прочтение принципов общественного контроля в контексте федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» 64

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И ПЕРСОНАЛЬНЫЕ ДАННЫЕ

Химмельрайх А. Владелец исключительного права на товарный знак 78

Дитц А. Право на обнародование произведения в системе личных неимущественных прав автора 109

Войниканис Е. А. Развитие правового регулирования персональных данных в условиях глобализации: теоретические аспекты 131

CONTENTS

12.00.00. Juridical sciences

ISSUES OF CONSTITUTIONALISM

- Morschakova T. G, Fedotov M. A, Shablinsky I. G.* On the issue of the constitutionality of certain provisions of the law on procuracy 5
- Shablinsky I. G.* Closed circle in the history of the state (to the question of political modernization in Russia) 27

LAW AND SOCIETY

- Dovnar N. N.* The role of the media in raising of legal awareness and legal culture of the society in the period of social transformation 46
- Okolesnova O. A.* New reading of the principles of civil control in the context of the adopted federal law «About bases of civil control in the Russian Federation» 64

INTELLECTUAL PROPERTY AND PERSONAL DATA

- Himmelreich A.* Holder of the exclusive right to the trademark 78
- Dietz A.* The right to disclosure the product in the moral rights of the author 109
- Voynikanis E. A.* The development of legal regulation of personal data in the context of globalization: theoretical aspects 131

ВОПРОСЫ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

Т. Г. МОРЩАКОВА

Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, член совета; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», заведующая кафедрой судебной власти и организации правосудия, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, Заслуженный деятель науки Российской Федерации (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 410; тел.: (495) 951-05-02; hse@hse.ru)

М. А. ФЕДОТОВ

Советник Президента Российской Федерации; Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, Председатель; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», директор Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

И. Г. ШАБЛИНСКИЙ

Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам чело-

века, член совета; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», ведущий научный сотрудник Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», доктор юридических наук, профессор (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

К ВОПРОСУ О КОНСТИТУЦИОННОСТИ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ПРОКУРАТУРЕ

Ключевые слова: законодательство о прокуратуре; прокурорский надзор; прокурорские проверки

Аннотация: Вопрос правовых и конституционных оснований проверок, проводимых органами прокуратуры, а также рядом ведомств, в связи с деятельностью некоммерческих организаций в последние годы неожиданно получил особую актуальность. В статье анализируется законодательство о прокуратуре с точки зрения конституционности его отдельных положений.

В последние годы неожиданно актуализировался вопрос о правовых и конституционных основаниях проверок, проводимых органами прокуратуры, а также рядом ведомств, в связи с деятельностью некоммерческих организаций. В принципе соответствующими полномочиями прокуратура была

наделена еще в конце 90-х годов, но данная тема оставалась на периферии внимания зрения юристов-специалистов по административному праву. Неожиданный новый смысл данная проблематика приобрела в связи с внесением в 2012 г. в Федеральный закон «О некоммерческих организациях» ряда поправок, вводящих понятие «некоммерческой организации, выполняющей функции иностранного агента», а также ряд норм, возлагающих на данные организации некоторые дополнительные полномочия в плане отчетности. Нужно отметить, что другими поправками – в административное и уголовное законодательство были также установлены основания для ответственности некоммерческих организаций за малейшее отклонение от выполнения этих новых обязанностей.

Последовавшие за обновлением законодательства массовые проверки НКО органами прокуратуры показали, что реализация новых норм может привести к фактическим нарушениям прав НКО, параличу их деятельности, общему ослаблению данного сектора гражданского общества.

В этой связи представляется особенно важным найти ответы на следующие вопросы, имеющие как теоретическое, так и вполне практическое значение. Каковы особенности прокурорского надзора как особого вида государственно-властной надзорной деятельности в соотношении с иными видами государственной контрольной деятельности (включая Министерство юстиции РФ, налоговые органы и т. п.)? Еще один вопрос. Следует ли учитывать (и если да, то в какой мере), что в соответствии с ч. 4.1 ст. 32 Федерального закона «О не-

коммерческих организациях» контроль за соблюдением некоммерческими организациями требований законодательства Российской Федерации и целей, предусмотренных их учредительными документами, возложен на Министерство юстиции РФ?

Из анализа норм ст.ст. 1, 21, 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» (далее – Закон) вытекает, что прокуратура осуществляет полномочия по надзору за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека **всеми органами публичной власти, различными государственными учреждениями и организациями, должностными лицами, органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих общественных организаций, а также гражданами.**

Именно в определенной универсальности этой компетенции прокуратуры по выявлению нарушений закона во всех сферах государственной и общественной жизни, прежде всего, и заключаются особенности прокурорского надзора как особого вида государственно-властной надзорной деятельности. Следует отметить, что применительно ко всему кругу объектов общего прокурорского надзора (п. 1 и абз. 1 и 2 п. 2 ст. 1), в том числе и по отношению к некоммерческим организациям (далее – НКО), нормы Закона говорят о надзоре за соблюдением Конституции и исполнением законов лишь в плане профилактики, выявления и устранения их нарушений – **содержательная же сторона деятельности НКО**, включая социальную востребованность, оптимальность ее организации, эф-

фективность, профессионализм и т. д. **к предмету прокурорского надзора не относится.**

В то же время, Положение о Министерстве юстиции Российской Федерации (утверждено указом Президента Российской Федерации от 13 января 2004 г. № 1313) предусматривает вполне конкретные полномочия Министерства в области: 1) определения порядка проведения проверок соответствия деятельности НКО целям, предусмотренным ее учредительными документами; 2) обеспечения дальнейшего нормативно-правового регулирования – в соответствии с законодательством об НКО; 3) осуществления федерального государственного надзора за деятельностью НКО, в том числе общественных объединений и иностранных некоммерческих негосударственных организаций. Указанные полномочия Министерства юстиции Российской Федерации, относящиеся именно к деятельности НКО, урегулированы также постановлением Правительства от 11 июля 2012 г. № 705, которым утверждено «Положение о федеральном государственном надзоре за деятельностью некоммерческих организаций». Еще более подробная регламентация данного вида ведомственной контрольно-надзорной деятельности предусмотрена, в частности, приказом главного управления Министерства юстиции от 28 октября 2013 г. № 835, которым утвержден «План проведения плановых проверок юридических лиц и индивидуальных предпринимателей на 2014 год». Этим документом предусмотрен, в том числе, и предельный срок проведения проверки – 20 дней.

С учетом изложенных особенностей надзорной компетенции Прокуратуры Российской Федерации и ведомственного контроля и надзора, осуществляемого Министерством юстиции Российской Федерации и его органами, и в целях более детального регулирования деятельности прокуратуры в данной сфере Генеральным прокурором Российской Федерации было издано Указание от 8 августа 2011 г. № 236/7 «Об исключении из практики прокурорского надзора фактов необоснованного вмешательства в деятельность органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов и организаций». В нем, в частности, рекомендовалось «исключить из практики случаи проведения проверок при отсутствии к тому оснований, подмены иных государственных органов либо дублирования их функций, направления запросов в неуполномоченные органы и организации, необоснованного истребования у государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов и организаций документов, материалов и сведений, в том числе явно выходящих за предмет проверки, излишних данных, информации открытого доступа либо непредусмотренных форм статистической отчетности, а также данных, содержащих охраняемую законом тайну, в нарушение установленного порядка». Органам прокуратуры предлагалось также максимально использовать возможности получения необходимых информации и сведений из доступных официальных источников, в том числе сети Интернет, а также в электронном виде. Указывалось на необходимость исключения фактов необосно-

ванного создания препятствий деятельности каких-либо органов и организаций, незаконного применения к ним мер принуждения и ответственности.

Хотя данное указание было отменено Генеральным прокурором Российской Федерации в 2013 г., из этого факта не следует, что те методы проведения прокурорских проверок, которые в 2011 году были признаны недопустимыми, отныне должны считаться допустимыми или, более того, предпочтительными.

Можно упомянуть также приказ Генерального прокурора Российской Федерации от 07 декабря 2007 г. № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина». Но в нем содержится лишь самое общее указание Главному управлению по надзору за исполнением федерального законодательства «осуществлять надзор за исполнением законов, соответствием законам издаваемых правовых актов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина..., соблюдением законов общероссийскими общественными объединениями ...»

Однако реализация данных полномочий прокуратуры, сформулированных в самом общем плане, и полномочий Министерства юстиции Российской Федерации, регламентированных весьма подробно, на практике **осуществляется путем одних и тех же контрольных действий и, в частности, проверки примерно одних и тех же документов.**

Об этом свидетельствуют факты конкретных проверок таких организаций, как, например, «Юристы за конституционные права и свободы»

(ЮРИКС), Союз «Женщины Дона», Межрегиональная Ассоциация правозащитных организаций «АГОРА» и других. В письмах, предваряющих проверки, органы прокуратуры и Минюста России предлагали представить для рассмотрения примерно один и тот же список документов. В этот список во всех случаях (и в письмах от прокуратуры, и в письмах от органов юстиции) входили: Устав организации, свидетельство о ее регистрации, выписка из ЕГРЮЛ, сведения о структурных подразделениях, сведения о зарегистрированных организацией СМИ, сведения о доходах и расходах (книги учета доходов и расходов организаций, применяющих упрощенную систему налогообложения), документы годовой отчетности, бухгалтерские балансы, копии штатных расписаний организации, копии аудиторских заключений (в случае, если проводились аудиторские проверки), документы, подтверждающие местонахождения организации, копии решений органов управления организации и т. д.

На основе данной практики никаких особенностей именно прокурорского надзора за исполнением законов некоммерческими организациями выявить невозможно.

И с теоретической, и с формально закрепленной в законе точки зрения, специфика прокурорского надзора по сравнению с ведомственным контролем и надзором, заключается в том, что прокуратура не вмешивается непосредственно в деятельность проверяемых организаций и вправе реагировать только на выявленные нарушения закона. Прокуратура, как предусмотрено действующим законом, **не**

должна подменять ведомственные контрольные и надзорные органы.

В историческом плане следует упомянуть, что лишь в Конституции СССР 1936 года было предусмотрено, что на Генерального прокурора СССР и подчинённых ему прокуроров возложен высший надзор за законностью. Однако это не означало ничего другого, кроме подтверждения положения прокуратуры как **органа, надзирающего также и за надзирающими**. Но в последующем законодательстве – как в советском, так и в российском, это положение уже не было отражено, хотя универсальность общего прокурорского надзора сохранилась.

Другой вопрос, на который бы мы хотели ответить в рамках данной статьи, может быть связан с нормативно-правовыми основаниями проведения органами прокуратуры проверок исполнения законов. В том числе, проверок с привлечением сотрудников иных органов государственной власти, например, сотрудников Министерства юстиции РФ. Можно ли усмотреть здесь возможность подмены органами прокуратуры иных государственных органов (что не допускается требованиями абзаца первого п. 2 ст. 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»)?

В ряде известных нам случаев прокурорская проверка осуществлялась одновременно с проверкой органами юстиции, хотя нормативно-правовые основания для таких совместных проверок выявить не удалось.

В подобных случаях проверяемые некоммерческие организации должны были представлять ко-

пии одних и тех же документов одновременно обоим надзорным инстанциям. **Очевидно, что здесь налицо дублирование (или подмена) органами прокуратуры иных государственных органов, хотя это запрещено Законом (п. 2 ст. 21).**

В некоторых известных Совету случаях представители прокуратуры проводили проверки совместно с представителями других ведомств, осуществляющих ведомственный контроль и надзор. В частности, НКО «Проект «Апрель» из г. Тольятти (занимается помощью ВИЧ-инфицированным) проверялась в мае 2014 г. работниками прокуратуры, а также трудовой инспекцией, в которую обратилась прокуратура Центрального района города. Несколько позже представители прокуратуры Комсомольского района города осуществляли собственную проверку указанной НКО – уже на предмет соблюдения правил противопожарной безопасности – совместно с представителями пожарной инспекции, также в отсутствие нормативно-правовых оснований для таких совместных проверок.

Еще один аспект. Можно ли рассматривать положения абзаца второго п. 2 ст. 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», связывающие основания проверок исполнения законов с наличием поступившей в органы прокуратуры информации, как подразумевающие сугубо инцидентный (в связи с конкретными обращениями) характер прокурорского надзора за исполнением законов? Или же под «поступившей в органы прокуратуры информацией» необходимо понимать в том числе сведения, полученные органами про-

куратуры самостоятельно (в инициативном порядке)?

Является ли указанное законоположение в достаточной степени ясным, четким, определенным с точки зрения отражения в нем конкретного характера прокурорского надзора за исполнением законов?

Поправка в Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации», дополняющая перечень организаций – объектов общего надзора коммерческими и некоммерческими организациями, была принята в 1999 г. (Федеральный закон от 10 февраля 1999 г. № 31-ФЗ) с целью большей конкретизации перечня этих объектов, подчеркивавшей универсальный характер прокурорского надзора. Тогда же прокурорский надзор был распространен не только на исполнение законов, но и на соблюдение Конституции Российской Федерации, что впоследствии потребовало конституционной интерпретации этой новеллы Конституционным Судом Российской Федерации. Согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, прокурор, надзирающий за соблюдением Конституции и федеральных законов, не вправе оспаривать – как противоречащие этим федеральным актам – Конституции и Уставы субъектов РФ в судах общей юрисдикции (Постановление Конституционного Суда РФ от 18 июля 2003 г. № 13-П). Тем самым на фоне законодательной конкретизации общенadzорной функции прокуратуры подчеркивалась недопустимость расширительного ее использования.

В рамках настоящего правового заключения не стоит задача обобщения за последние 15 лет опыта применения данной нормы, порождающей практику проведения прокурорских проверок по собственной инициативе, без обращений о нарушении закона. Однако известные Совету факты свидетельствуют именно о такой практике ее применения в отношении НКО в последние два года. Фактически прокурорские проверки за исполнением законов некоммерческими организациями, как правило, **носят инициативный характер**, хотя имеются отдельные случаи, когда основанием для очередной проверки являлось конкретное обращение. Например, упомянутая НКО «Проект «Апрель» стала объектом проверки прокуратуры и пожарной инспекции в связи с письмом конкретного лица, озабоченного состоянием противопожарной безопасности в здании, где арендовала помещение данная НКО.

Но чаще всего органы прокуратуры в качестве основания для проверок не ссылаются на какие-либо обращения. Так было при проведении проверок в НКО «ЮРИКС», «Женщины Дона», «Ассоциация «Агора», НКО «Мемориал» и других. В ряде случаев проверяемые организации узнавали о проводимой проверке лишь спустя несколько недель после ее начала.

Таким образом, представляется, что проведение прокурорских проверок в инициативном порядке является сложившейся практикой. При этом сама формулировка нормы п. 2 ст. 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», устанавливающая, что «проверки ис-

полнения законов проводятся на основании поступившей в органы прокуратуры информации о фактах нарушения законов, требующих принятия мер прокурором», содержит явную правовую неопределенность, позволяя толковать и применять данное положение расширительно и произвольно, а именно, проводить любую проверку, в любой организации, в любом объеме, в любое время.

На практике сотрудники прокуратуры считают достаточным для обоснования проверки формально сослаться на получение ими неких «сведений о нарушении законов», и исходят из того, что на них не возложена обязанность представлять проверяемой организации, например, тексты жалоб, которые легли в основу проверки, или иных письменных источников, в которых содержались бы эти «сведения». При таком толковании проверяемые НКО лишаются **важного процессуального правомочия обжаловать сами основания проверки, которое служит реализации закрепленного в ст. 46 Конституции РФ права на судебную защиту.** Источник сведений, если это была жалоба физического лица, не раскрывается под предлогом того, что физическое лицо не дало согласия на разглашение своих персональных данных (так это было при проверке организации «Гражданский контроль» в Санкт-Петербурге), либо упоминается в самом общем виде – например, что органы прокуратуры получили сведения из прессы и с сайтов самих организаций (такое объяснение проверкам прозвучало в выступлении представителя Генеральной прокуратуры РФ А. Г. Жафярова на заседании Совета при Президенте Российской Федера-

ции по развитию гражданского общества и правам человека 22 августа 2013 г.)

Таким образом, можно констатировать, что:
а) приведенная норма п. 2 ст. 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» не является четкой и определенной; б) неопределенный характер нормы провоцирует произвольное применение прокурорских проверок, поскольку она не содержит ясных требований ни к основаниям проверки, ни к обязанности их подтверждения какими-либо данными.

Конституционный Суд Российской Федерации имеет устоявшиеся правовые позиции по вопросу о том, что неопределенность правовой нормы провоцирует ее произвольное применение и нарушает принципиальное требование равенства перед законом (Постановления от 15 июля 1999 г. № 11-П, от 27 мая 2003 г. № 9-П, от 29 июня 2004 г. № 13-П, от 27 мая 2008 г. № 8-П, от 21 января 2010 г. № 1-П, от 13 июля 2010 № 15-П, от 31 марта 2011 г. № 3-П, от 30 ноября 2012 г. № 29-П и др.) Но, кроме того, нельзя не видеть, как указано выше, что проведение общенадзорных проверок органами прокуратуры в отсутствие законодательно установленных пределов ее усмотрения порождает определенные, произвольные и достаточно существенные ограничения для деятельности НКО и, следовательно, ограничивает конституционное право на свободу объединений.

В то же время, следует подчеркнуть, что **право не может быть ограничено на основе нормы закона, имеющей неопределенное содержание, допускающей расширительное истолкование вве-**

денных законодателем ограничительных мер, т. к. в этом случае само ограничение права определяется уже не законодателем, а правоприменительной практикой. Должно быть признано на законодательном уровне, что допустим только инцидентный (по обращениям о нарушениях закона) характер прокурорских проверок, поскольку иное нарушает запрет ограничения прав и свобод в правоприменительной практике, которое не основано на законе и не соответствует требованиям соразмерности.

Предположим, что проверочное мероприятие в порядке надзора за исполнением законов проводится органами прокуратуры по своей собственной инициативе. Предполагается ли в этом случае необходимость принятия для этого специального мотивированного решения, в том числе с указанием оснований проверки, определением целей и пределов проверки и т. п.? Связаны ли органы прокуратуры изначально определенным предметом проверки?

Нужно сказать, что данный вопрос изучался Советом при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека в ходе специального заседания на тему «Проверки НКО: затраченные ресурсы и полученные результаты», прошедшего 15 апреля 2013 г. с участием представителей Минюста России, других федеральных органов исполнительной власти, некоммерческих организаций, гражданских активистов и экспертов.

В Рекомендациях Совета, принятых по итогам заседания консенсусом 14 мая 2013 г., указано, в

частности, что прокурорские проверки, затронувшие начиная с марта 2013 г. несколько тысяч НКО, включая пользующиеся широким признанием правозащитные, экологические, исследовательские, образовательные, спортивные, религиозные и многие другие организации, проводились таким образом, что «ни одной из проверяемых организаций прокуратура не предоставила информацию о том, какие именно нарушения законодательства со стороны НКО послужили основанием для проведения проверки. <...>В обоснование проходящих проверок представители прокуратуры ссылались то на необходимость проверить соблюдение Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности», то на поиски НКО, выполняющих функции иностранного агента. <...>Следовательно, по мнению Совета, указанные проверки проводились ненадлежащими государственными органами, прокуратура в нарушение закона подменила деятельность органов Минюста России. <...>Проверки НКО проводились вне какой-либо единой процедуры, в отсутствие соответствующего административного регламента и не соответствовали Сводному плану проверок субъектов предпринимательства на 2013 г., размещенному на официальном сайте Генеральной прокуратуры РФ¹. <...> Ссылки представителей прокуратуры на плановый характер проверок НКО противоречат Федеральному закону от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации», который не только не знает понятия «плановая проверка», но и не содержит какой-либо ре-

¹ <http://plan.genproc.gov.ru/plan2013/>

гламентации прокурорских проверок: их оснований, сроков, периодичности, полномочий прокуроров, прав и обязанностей проверяемых субъектов. Ситуация усугубляется тем, что Федеральный закон от 29 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» не распространяется на деятельность прокуроров. Однако наличие очевидного пробела в законодательстве не является оправданием для нарушения закона. Следовательно, по мнению Совета, указанные проверки проводились вне установленного законом порядка осуществления государственного федерального надзора за деятельностью НКО».

Весьма важным представляется выяснить, содержит ли действующее законодательство и ведомственное правовое регулирование достаточную регламентацию, например, периодичности, порядка, сроков проведения органами прокуратуры проверок исполнения законов? Существуют ли нормативно установленные ограничения числа прокурорских проверок, проводимых в отношении одной и той же некоммерческой организации за конкретный период времени?

Нужно прямо сказать, что нам не удалось обнаружить ни законодательных актов, ни ведомственных нормативных актов Генеральной прокуратуры Российской Федерации, которые содержали бы правовые нормы, регламентирующие периодичность, сроки, а также порядок проведения органами прокуратуры проверок исполнения законов.

Можно отметить лишь, что на официальном сайте Генеральной прокуратуры Российской Федерации¹ размещен сводный план проверок. При этом дается ссылка на ч. 7 ст. 9 гл. 2 **Федерального закона от 29 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»**. В данном разделе официального сайта Генеральной прокуратуры Российской Федерации размещён сервис поиска по утверждённому ежегодному сводному плану проведения плановых проверок. Однако для проверяемых организаций данная информация не имеет большого значения, поскольку прокуратура имеет право на внеплановые проверки, которое активно использует.

Примечательно, что п. 3 ст. 1 упомянутого Федерального закона № 294-ФЗ указывает, что этот закон не распространяется на осуществление прокурорского надзора. Напротив, проверки деятельности НКО должны проводиться в соответствии именно с Федеральным законом № 294-ФЗ, в том числе плановые – в соответствии со сводным планом проверок. Это прямо следует из положений, содержащихся в п. 4.1–4.6 ст. 32 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях».

Поскольку в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» отсутствуют нормативно установленные ограничения числа проверок, проводимых в отношении одной и той же некоммерческой организации за определенный период

¹ www.genproc.gov.ru

времени, органы прокуратуры могут действовать в данной сфере абсолютно произвольно. Например, Совету известно много случаев, когда НКО в течение 2013–2014 гг. проверялись по два–три, а то и по пять раз. При этом проверки затягивались порой на несколько месяцев. Если же организация пыталась обжаловать результаты проверки в суде, то нередко начиналась новая прокурорская проверка.

Следует отметить, что в случаях проведения повторных проверок, даже в тех случаях, когда предыдущая проверка не выявила каких-либо нарушений в деятельности НКО, прокуратура, как правило, требовала повторного представления одних и тех же документов. Подобная практика работы надзорных органов фактически превращает прокурорские проверки в средство воспрепятствования законной деятельности проверяемых некоммерческих организаций. Проверки, проводимые непрерывно, легко могут парализовать деятельность НКО, что, естественно, вступает в противоречие с положениями Конституции Российской Федерации, согласно которым «общественные объединения равны перед законом» (ч. 4 ст. 13) и «свобода деятельности общественных объединений гарантируется» (ч. 1 ст. 30).

Вне какой-либо правовой регламентации органы прокуратуры определяют конкретные способы проверки НКО, произвольно решая, в какой форме и в какие сроки должны быть представлены истребованные материалы (копии, переводы, бухгалтерские документы, иногда тексты публикаций и т. п.)

Возможность для проверяемой некоммерческой организации согласовать с органами прокуратуры вопросы организации проверки, порядка, сроков и способов представления истребованных материалов ни законодательством, ни ведомственными актами не предусмотрена. На практике представители прокуратуры иногда проявляют готовность обсуждать с представителями проверяемых НКО некоторые детали проверок – сроки представления материалов, количество их копий и т. д. Но последнее слово в любом случае остается за прокуратурой, которая может в чем-то пойти навстречу НКО, а может установить заведомо невыполнимые сроки и условия проведения проверки.

Попытаемся подытожить сказанное и дать общую оценку рассматриваемых законоположений на предмет их соответствия Конституции РФ.

Представляется, что в случаях, когда представители прокуратуры осуществляют проверки некоммерческих организаций по тем же основаниям и с привлечением тех же материалов, что и представители Министерства юстиции (которые уполномочены проводить такие проверки именно в отношении НКО), они нарушают, предусмотренную ст. 21 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» норму, запрещающую прокуратуре при осуществлении надзора за исполнением законов подменять иные государственные органы. Однако недостаточная правовая определенность содержащегося здесь запрета создает условия для фактического нарушения конституционных норм, гарантирующих свободу деятельности некоммер-

ческих организаций и их равенство перед законом (ч. 4 ст. 13 и ч. 1 ст. 30). Неопределенность оснований прокурорских проверок НКО, отсутствие правовой регламентации порядка и сроков их проведения в условиях, когда контрольно-надзорные функции в этой сфере законодательно закреплены за Министерством юстиции Российской Федерации, ведет к такой и, более того, может даже провоцировать именно такую нарушающую права НКО практику осуществления возложенных на органы государства контрольно-надзорных функций.

С учетом данной практики можно сделать вывод, что нормы ст. 21 и 22 указанного Федерального закона не содержат такой регламентации деятельности прокуратуры при осуществлении проверок НКО, которая исключала бы злоупотребление указанными полномочиями. Необходимое регулирование не может быть предусмотрено ведомственными актами, поскольку это противоречило бы ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации. Требуется более четкое законодательное распределение полномочий между соответствующими контрольно-надзорными государственными органами. Необходимы также законодательно определенные условия и рамки осуществления надзорных полномочий и возможного усмотрения прокуратуры, исключающие (или сводящие к минимуму) возможность злоупотребления при проведении проверок (Постановление КС РФ от 18 февраля 2000 г. № 3-П).

Рассматриваемые нормы Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» – в силу своей правовой неопределенности фактически со-

здают условия для произвольных, а также несо-
размерных ограничений и дезорганизации дея-
тельности проверяемых некоммерческих органи-
заций, отвлечению их ресурсов на обслуживание
перманентных и непредсказуемых проверочных
мероприятий.

Представляется, что рассматриваемые нормы
Федерального закона «О прокуратуре Российской
Федерации» противоречат ст.ст. 13 (часть четвер-
тая), 19, 30, 46 и 55 (часть третья) Конституции
Российской Федерации, гарантирующим равное
право на свободную деятельность общественных
объединений, которое может быть ограничено
только на основе отвечающего правовым требова-
ниям федерального закона, но не на основе произ-
вольного усмотрения правоприменительных орга-
нов.

И. Г. ШАБЛИНСКИЙ

Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, член совета; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», ведущий научный сотрудник Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», доктор юридических наук, профессор (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

ЗАМКНУТЫЙ КРУГ В ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА (К ВОПРОСУ О ПОЛИТИЧЕСКОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ В РОССИИ)

Ключевые слова: Конституция; конституционное государство; конституционный проект

Аннотация: В статье анализируется книга одного из видных российских историков, в недавнем прошлом политика от демократической партии. Главная идея книги – Российское государство совершило круг в своем развитии: от первой попытки создать конституционный режим в 1906–1914 гг. до второй – в 1989–2014 гг. Обе попытки оказались неудачными. Однако, разные государства Европы тоже продвигались к конституционному порядку долгим, ступенчатым путём. Автор рецензии полагает, что у России будет и третья попытка.

В рамках настоящей статьи нам хотелось бы осмыслить, а может и переосмыслить весьма популярную сейчас историческую аналогию. Речь идет о сравнении политико-правовой ситуации в Российской Империи начале XX века с эволюцией политического режима в Российской Федерации в начале XXI века. Эта перекличка вех и эпох – достаточно плодотворный сюжет. Однако для его разбора требует более широкий исторический контекст. Тут нам поможет недавно вышедшая книга видного российского историка и государствоведа Виктора Шейниса¹. В ней мы найдем анализ того пути, который прошла русская конституционная мысль от одной обозначенной исторической вехи к другой. Нам представляется плодотворным остановиться несколько подробнее на некоторых темах, выделенных в этой работе. В принципе ее название несколько уже, чем ее реальный предмет. Её «Пролог» – а это без малого почти сто страниц – посвящён развитию русской конституционной мысли в XIX веке – веке больших надежд. Причём и это вступительная часть включает достаточно интересные очерки. Скажем, о концепции Сперанского, о различиях в программах декабристов, о земском движении.

Но, конечно, исходная точка – это предшествующие и сопутствующие русской революции 1905 года споры и проекты: рождение контура конституционного государства. От этого важного пункта русской истории до сегодняшних дней – уже чуть больше века. Собственно, этим столетием и опи-

¹ Шейнис В. Власть и закон. Политика и конституции в России в XX–XXI веках. М.: Мысль, 2014.

сывается, очерчивается тот круг, который совершила в своём развитии российское государство. Кому-то – по старой памяти – более убедительным покажется образ спирали. Суть от этого не меняется.

Данную суть автор книги в нескольких фразах передаёт уже в самом её начале, характеризуя намерения творцов Конституции 1993 года. Они, по словам Шейниса, «были озабочены не тем, чтобы удовлетворить властолюбие доставшегося им лидера, как представляет дело один из распространённых мифов. В сильной президентской власти они видели единственный действенный инструмент, способный защитить Россию от распада и сохранить демократические завоевания перестройки. Но воскресили, вопреки собственным представлениям и устремлениям, структуру власти, во многом сходную с Основными законами начала века. Круг замкнулся»¹.

Итак, перед нами длинный ступенчатый, но **кружной** путь. Именно это хотелось бы тут подчеркнуть. От попыток ограничить власть монарха, почти удавшейся реформы, реванша политической реакции и сосуществования самодержавия с некоторыми конституционными рамками, относительной свободой прессы и т. п. – через сокрушительную катастрофу 1917–1918 гг. и череду декларативных «основных законов», знаменующих собой разные стадии жизни бюрократического неправового режима (от людоедской до старчески шамкающей – 1924, 1936, 1977 гг.) – к новым надеждам на реформу, новым попыткам ограничить власть

¹ Там же. С. 18.

(1991–1993 гг.), опять-таки почти удавшимся и ... к реваншу политической реакции и режиму личной власти, сосуществующему с конституцией, относительной свободой некоторых СМИ, и некоторыми другими свободами, урезаемыми по ходу дела.

Конституции советской эпохи были, прежде всего, инструментами пропаганды. В то же время, это важные вехи истории режима. Каждая веха, так или иначе, высвечивала его сущностные черты. И мы вспоминаем о некоторых весьма важных, – даже с позиции сегодняшнего дня – деталях этих «основных законов». Конституции РСФСР 1918 г. и Конституция СССР 1924 г. отсекали от общественной жизни, лишая всех политических и части гражданских прав примерно 10% населения – «эксплуататоров» с семьями, но также и те «группы», «которые пользуются правами в ущерб интересам социалистической революции». Речь, в сущности, шла о значительной части населения, в пределах которой особенно велика была доля людей успешных, предприимчивых, креативных. Наделение избирательными правами в условиях данного политического режима не имело, правда, никакого значения. Тем не менее, выделение и политическая изоляция классово и идеологически «чуждого элемента» становится вектором развития – на десятилетия.

Ко времени принятия в 1936 году Конституции «победившего социализма» и первых выборов на её основе (декабрь 1937 г.) классово чуждый элемент уже не просто выделен и изолирован, но и в значительной мере физически истреблён. Автор книги возвращает нас к некоторым событиям и

цифрам, широко обсуждавшихся ещё 20 лет назад, но как-то позабытых или упрятанных в тень в последние годы. Условиями «победы социализма» и принятия соответствующей ей «сталинской конституции» стали миллионы жертв коллективизации и рукотворного голода – в основном, крестьян России и Украины: по самым скромным подсчётам 2–3 млн. человек (А. Шубин «Великая депрессия»), по другим – около 7 млн. человек (Р. Конквест «Жатва скорби»).

Жертвы первых лет действия Конституции 1936 года подсчитывались отдельно. И тут можно привести данные комиссии ЦК КПСС, подготовленные к XX съезду партии: арестовано 1 млн. 548 тысяч человек, из них расстреляно – 682 тысячи. А можно воспользоваться оценками А. Солженицына (также документированными): 1,7 млн. только расстрелянных.

Нужно признать, что таковой и была основная функция первых советских конституций – обрамлять монополию на власть и террор. Прикрывать тусклую и кровавую реальность юридической мишурой. Эту суть можно было бы передать и другими словами: возведение политической фальши в основной закон эпохи.

И тут нелишне вспомнить об определённой разнице в оценке указанных событий и цифр. Как известно у нас в 2010–2011 годах достаточно активно шла дискуссия, связанная с подготовкой новых учебников истории. Тема звучала примерно так: «можно ли считать Сталина эффективным управленцем»? Как известно, свернув НЭП и проведя упомянутую коллективизацию, вождь ВКП(б)

предпринял меры по индустриализации страны. У нас в последние годы как-то довольно бодро обсуждалось, не слишком ли велика была цена данной экономической линии. Многие участники дискуссии полагали, что нет, не слишком. В это же время, напоминает нам автор книги, в 2010 году апелляционный суд Киева «впервые в нашей общей истории поимённо назвал преступниками за организацию голодомора руководителей СССР и Украины во главе со Сталиным». Подчёркнём: это было судебное решение. Как бы то ни было, оно обозначило определённый вектор смещения и украинского общественного мнения и развития украинского государства. Суть его можно было бы обозначить как преодоление и изживание элементов советского прошлого в сознании. В это же время – в первом десятилетии XXI века – в Российской Федерации государство всё активнее использовало инструменты, связанные именно с советским опытом. В частности, установление контроля над СМИ, пропагандистско-идеологические кампании и создание фактической монополии на власть.

Но вернёмся в XX век, к истории российских конституций. Виктор Шейнис рассматривает середину 60-х годов как развилку, на которой советская политическая элита (после очередной смены власти) ещё могла выбрать один из, по крайней мере, двух вариантов развития страны. К этому времени наиболее проницательные из её представителей могли уже заметить, уловить признаки системного кризиса сталинской экономической мо-

дели. И бесперспективность тоталитарной модели власти с её имитациями демократии.

Но не заметили, не уловили. И выбор был сделан – в пользу консервации и данного типа экономики, и данного типа власти. Машина официальной пропаганды все 70-е годы работала, не сбавляя оборотов. Но к концу десятилетия уже большинству наших граждан и отнюдь не только интеллигенции, было очевидно, что эта машина работает вхолостую. Впрочем, два скачка цен на нефть (в 1973 и в 1979 гг.) позволили одряхлевшим советским олигархам поддерживать миф о некотором поступательном движении и даже повышать уровень народного благосостояния. Но всё равно главным жанром эпохи стал политический анекдот. Представляется, что и Конституция, принятая 7 октября 1977 г. – тоже, в какой-то мере, продукт этого жанра. (Из детских воспоминаний автора этих строк. В один из октябрьских вечеров того памятного года в давно облюбованном углу нашего двора на Башиловской улице под навесом привычно собиралась пьяная компания потёртых мужичков – довершать начатое днём. Их привычно стыдили наши бабушки, ссылаясь на близость детской площадки. Мужички бодро и весело мотивировали: «Ну, ладно тётки – конституцию принимаем!» Принимали, точнее, мотивировали принятием два или три вечера подряд).

Говоря о мотивации ускоренной разработки и принятия нового основного закона (формально конституционная комиссия существовала с 60-х годов), Виктор Шейнис упоминает понравившуюся членам политбюро идею – совместить торже-

ственное принятие Конституции с празднованием 60-летия октября – прихода большевиков к власти. Нет сомнений, что так оно и было. Но поскольку идея должна была получить одобрение и самого генерального секретаря, думается, ему были представлены аргументы, способные потрафить его тщеславию. Помнится, преклонный возраст генсека никак не препятствовал расцвету именно этого его качества. Сам он полжизни прожил при Конституции, которую довольно долго принято было именовать «сталинской». Думается, придворные льстецы пообещали лидеру партии, что «конституция развитого социализма» войдёт в историю как «брежневская». В разных мемуарах встречаются упоминания о данной аргументации.

Праздник 7 октября 1977 г. вышел на славу. Генсек, вопреки всем своим хворям, простоял на трибуне почти четыре часа и держался молодцом. В Конституции СССР 1977 года в основном воспроизводилась схема органов государственной власти и государственного управления, закреплённая Конституцией 1936 года. К реальной жизни эта схема имела косвенное отношение. Верховный Совет и его структуры не играли никакой реальной роли. Важнейшие политические решения принимались даже не ЦК КПСС и не полным составом Политбюро, но небольшой группой его членов – узким ареопагом из 4–5 олигархов. Во второй половине 70-х годов в этот ареопог входили Л. Брежнев, М. Суслов, А. Громыко, Д. Устинов, Ю. Андропов. Их решения оформлялись в аппарате ЦК, и затем доводились до Совета Министров и других административных органов. Виктор Шейнис

напоминает, что почти все значимые постановления в СССР объявлялись от имени двух инстанций – ЦК КПСС и Совета Министров. Но любопытно, что в Конституции 1977 года эта форма не была упомянута.

Как известно, данному творению поздней советской юридической мысли было отпущено 14 лет жизни.

Почему именно наша страна стала родоначальником (во всяком случае, одним из родоначальников) жанра декоративных конституций и держит рекорд по их числу? Почему этот жанр оказался у нас столь живуч? В сущности, именно на эти вопросы ищет ответа – переходя от эпохи к эпохе, автор книги.

Основной и самый объёмный её раздел посвящён периоду реформирования «основных законов» «брежневской» поры и созданию новой конституционной основы. В этой второй попытке выстроить в России конституционное государство сам Виктор Шейнис принимал активное участие – как народный депутат и как член Конституционной комиссии. Точнее, даже как один из фактических авторов текстов целого ряда статей, вошедших в итоге в новую Конституцию.

События, предшествовавшие и сопутствовавшие принятию Конституции 1993 года, автор книги описывает весьма обстоятельно. Эти тщание и добросовестность в разборе событий, свидетелем и активным участником которых был сам автор, бесспорно, делают книгу одним из авторитетных источников по истории России последней четверти XX века, и в частности по истории конституцион-

ной реформы. Полагаю, что именно в таком качестве она и будет использоваться.

В рамках же настоящего небольшого очерка мы ограничимся обозначением некоторых важнейших вех той реформы, которые получили отражение в книге и которые – при различных обстоятельствах – стали вдруг приобретать новую актуальность в последующие десятилетия.

Для начала вспомним «Декларацию о государственном суверенитете РСФСР». За этот документ, ассоциируемый сегодня с днём 12 июня и не слишком популярным государственным праздником, голосовали 907 народных депутатов, при 13 голосовавших «против» и 9 воздержавшихся. Это было невиданное ранее реальное политическое единство, тем более ценное, что демонстрировалось оно структурой, состоящей из совершенно разных по убеждениям людей. Следует напомнить, что декларация помимо прочего утверждала принципы многопартийности, разделения властей и правового государства. Таким, было, начало реформы в Российской Федерации в 1990 году.

Но уже 1993 год Россия «встречала в условиях острого экономического и политического кризиса, без утверждённого государственного бюджета, с обострившимся противостоянием президента и парламента, сковывавшими друг друга, с правительством, обречённым на лавирование между ними, без новой Конституции и перспективы её утверждения, с ощущением тупика и неясными надеждами на обещанное улучшение»¹.

¹ Там же. С. 598.

Теперь нужно вспомнить, какие вопросы послужили основой для фронтального раскола депутатского корпуса, а в определённой мере и всей социально активной части населения. Вот как характеризует их Виктор Шейнис. «Всё же в основе драматических схваток, при всех наслоениях и побочных мотивациях, был выбор между продолжением избранного типа и темпа реформ и такой его корректировкой, которая означала бы – осознали это или нет – сохранение тепличных условий для большинства предприятий, патронаж государства по отношению к производителям и потребителям и срыв антиинфляционного курса, т. е. обесценение всех ранее принесённых жертв и ревизию внешнеполитического курса, представлявшего собой развитие столь ненавистной агрессивной оппозиции линии Горбачева – Шеварднадзе на отказ от имперских притязаний и вхождение России в сообщество демократических государств»¹.

Добавим к этому несколько слов. Да, большинство депутатов ещё голосовали в 1992 году за программу приватизации и за другие законы, связанные с созданием рыночной экономики. Крайне низкие цены на нефть и пустая казна, практически, не оставляли им выбора. Но неприятие реформы – и экономической и в сфере деятельности государства на международной арене – нарастало. Для значительной части депутатов, и, вообще, бывшего советского правящего слоя разрыв с прежними идеологическими догмами был довольно болезненным. Отметим специально, что окончание «хо-

¹ Там же. С. 597–598.

лодной войны» этим слоем воспринималось как однозначное поражение и унижение страны.

Недовольство этих людей курсом «президентской команды» в 1992–1993 гг. достаточно быстро достигло градуса священной ненависти. Можно ли было в этих условиях искать и находить компромиссы? Думается, что, всё же, да. Просто потому что альтернативой была гражданская война.

В том, что дело, фактически, дошло до войны (пусть, короткой) Виктор Шейнис склонен винить обе стороны. И, думается, он прав.

Ведь весь ход событий «должен был показать и президенту и демократам, что «время бури и натиска» прошло, что надо осваивать трудную науку маневрирования, а не идти напролом. Но, во-первых, заниматься этим Б. Ельцин не любил и не умел; во-вторых, более жёсткой позиции от него требовали многие его сторонники.... А главное, для сохранения и развития компромисса... требовалось, чтобы к тому же стремилась и другая сторона...»⁴.

Мы помним итог этого противостояния. Конституция 1993 года стала результатом не компромисса, но тяжелейшего конфликта, в ходе которого одна сторона (Президент Б. Ельцин и его сторонники) вышла победителем. Этот успех был использован для того, чтобы закрепить и усилить в проекте Конституции положения, ведущие к дальнейшему ослаблению роли парламента и усилению главы государства. В самом начале ноября 1993 года, незадолго до вынесения конституционного проекта на референдум – то есть уже после всех съездов и Конституционного совещания – в него

вносились (в ходе аппаратных процедур) поправки. Устранявшие немногие остающиеся противоречия президентской власти. В частности, Государственная дума была лишена права давать согласие (или несогласие) на отставку Правительства. Переформулирована оказалась и статья о способе формирования Совета Федерации: изначально предполагалось, что он будет избираться населением, но вдруг оказалось, что его «формируют» региональные власти. И так далее.

Таким образом, и сам первый президент, и его ближайшие советники в наибольшей степени были озабочены в этот момент тем, чтобы всемерно укрепить президентскую власть, избавить её от возможных конкурентов. Как уже говорилось выше, автор книги полагает, что они таким путём стремились «защитить Россию от распада и сохранить демократические завоевания перестройки».

Представляется, что тут автор, скорее, выдаёт желаемое за действительное. В той ситуации желание угодить патрону и использовать момент было, насколько я мог тогда судить (работая в комиссии по доработке проекта), было сильнее всех стратегических замыслов. При всём уважении к Сергею Филатову и Сергею Шахраю в главных результатах их работы трудно увидеть именно стратегию. И, действительно, в итоге была воскрешена структура власти, весьма сходная с самодержавной монархией, правда, сосуществующей со слабым представительным органом, то есть структура, уже действовавшая в России в начале XX века. Круг, действительно, замкнулся.

К этому времени демократическая революция иссякала. В процессе тяжелого экономического кризиса её социальная база резко сузилась. Реформа в экономике в определённой мере ещё шла, но её последним неприглядным изводом стала быстрая концентрация капитала в руках нескольких наиболее удачливых группировок, приобретших влияние на власть. Виктор Шейнис резюмирует: «Неразделённость власти и собственности стали отличительной чертой российской государственно-монополистической системы, быстро прошедшей процесс становления»¹.

Первые годы действия Конституции 1993 – годы угасания последних импульсов революции. Они привели к созданию ряда демократических институтов, но институтов слабых, уязвимых, малоэффективных. В частности, многопартийность не стала серьезным фактором политики. Ни одна из партий так и не стала сильным актором, способным формировать государственную власть. Напротив, последняя манипулировала партийными проектами, приспособливая их для своих нужд. Совет Федерации после нескольких изменений порядка его формирования и фильтрования его состава фактически перестал быть частью парламента. Государственная Дума постепенно, по мере укрепления президентской авторитарной власти становилась всё более зависимой от неё (пока не превратилась к концу первого десятилетия нового века в её придаток). Более или менее активно действовали независимые СМИ, но и для них коридор свободы непрерывно сужался.

¹ Там же. С. 874.

Можно тут, кстати, отметить, что смешанная, мажоритарно-пропорциональная избирательная система довольно исправно действовала с 1993 года. Именно её главным инициатором и творцом принято считать Виктора Шейниса. Но, думается, вряд ли его устраивало то, как эта система использовалась в последние годы. Впрочем, это, конечно, частность.

На рубеже веков на смену краткому периоду реформ пришла черед контрреформ. А затем, после всплеска протестных настроений и самая настоящая политическая реакция. Сформировалась монополия на власть одной группировки во главе с бессменным лидером, судебная власть оказалась подчинена исполнительной – точнее, встроена во властную вертикаль. Крупнейшие СМИ оказались под полным контролем указанной правящей группы, а для немногих независимых изданий был оставлен узкий (и постоянно сужающийся) коридор для выражения некоторых точек зрения. Но это уже краткое подведение итогов последних полутора десятилетий. Им в рассматриваемой книге посвящён заключительный фрагмент.

Но мы напоследок обратимся не к этому, а к другому сюжету – не менее важному. Неплохо знавший первого президента России автор книги размышляет об обстоятельствах и причинах выбора Борисом Ельциным кандидатуры на позицию второго президента. Этот драматический выбор, – вообще, отдельная тема. И не так уж часто за эти годы её касались политологи и психологи.

Как известно, к 1999 году у Владимира Путина не было никакого опыта собственно политической

(не чиновничьей) карьеры, и о его политических взглядах можно было только догадываться. Первый президент, как теперь видится, тоже выстраивал на этот счёт определённую догадку, опираясь на свои чутьё и жизненный опыт. И тут уместна обширная цитата. Автор книги полагает, говоря о Б. Ельцине, находившимся в состоянии мучительного поиска в середине 1999 года, что «в его представлении, в обществе, где «растёт потребность в каком-то новом качестве государства, в некоем стальном стержне», требуется человек «интеллигентный, демократичный, по-новому думающий, но и по-военному твёрдый». Взгляд Ельцина остановился на чиновнике, сравнительно недавно появившемся в кремлёвской администрации, – Владимире Путине. Интерес, а затем и доверие президента Путин заслужил и своим обликом человека молодого, спортивного, сдержанного, не рвущегося в фёрзи, и послужным списком (в КГБ, но Ельцин теперь считал, что «надо восстанавливать авторитет спецслужб»). И ещё эпизодом, когда он, верный своему прежнему патрону, использовал свои связи и провернул сомнительную с точки зрения закона операцию: вывез за границу А. Собчака, которому грозило уголовное преследование.

Окончательный выбор в пользу Путина был сделан, по-видимому, когда накануне парламентских выборов стал складываться тандем Лужкова и Примакова, в котором Ельцин увидел угрозу не только себе и семье, но и тому пути России, на выбор которого он положил жизнь».

Далее автор приводит суждение первого президента России о возможном политическом режиме,

ассоциируемом с двумя названными политиками; оно с одной стороны объясняет его выбор, а с другой может предложить ответ на вопрос: «Как бы мог Ельцин отнестись к сложившемуся сегодня режиму? Автор книги напоминает нам об этом суждении: «Лужковская модель капитализма не предполагала свободы слова, свободы в идеологии, свободы политической конкуренции. Это была модель сословного, чиновничьего, жёстко-бюрократического капитализма «для своих»».

Комментарий тут вполне логичен: «Трудно сказать, в какой мере воображенный Ельциным результат предполагаемой победы Лужкова и его союзников соответствовал бы действительности. Но теперь-то совершенно очевидно, что Ельцин очень точно и выразительно обрисовал как раз то, что получила страна после успеха его протее, победившего коалицию Лужкова – Примакова»¹.

Представив читателю детальнейший анализ событий, охватывающих столетие и описываемых логикой замкнутого круга, автор, закономерно, скептичен и осторожен в выводах. Более всего его – как и наверно, многих современных обществоведов – огорчает то, как легко огромная часть общества отказалось от сопротивления произволу, от самоорганизации и чувства солидарности. И как уязвима оказалась для пропаганды. И, конечно, он не пытается свести причины кризиса (кризисов) к несчастной, увечной Конституции. Но всё же выражает надежду на то, что «перед лицом грозных вызовов, которые ставит перед Россией современ-

¹ См.: *Ельцин Б.* Президентский марафон. М.: АСТ, 2000. С. 276, 312, 320–326, 359.

ное мировое развитие, в стране возобладают силы, преследующие общенациональные интересы».

Данная заключительная формула даёт хороший повод для важных уточнений, для расстановки акцентов. В чём тут суть? Общенациональные интересы, бесспорно, состоят не в монополии на власть одной группировки, но в свободном соревновании политических и общественных сил, не в контроле государства над медиа-пространством, но в конкуренции взглядов и идей. Не в корпоративном государстве, замкнутом на интересы всё той же группы, но в государстве конституционном.

Книга «Власть и закон» представляет нам широкую историческую панораму. Образующие её события – многообразные и разнонаправленные – всё же складываются, на наш взгляд, в общий вектор – вектор развития страны, простирающийся от эпохи к эпохе то менее, то более явно. Это движение в направлении целей, обозначенных выше, можно замедлить, можно на определённое время прервать, но сменить или отменить вектор, думается, не дано никому.

Книга была закончена ещё до событий в Украине и, в частности, в Крыму в начале 2014 года. Вероятно, их учёт добавил бы скепсиса последним выводам автора в отношении конституционного развития России. Но это никак не касается сути дела. А она состоит в том, что миллионы россиян, имеющих совершенно различные взгляды на государство и экономику (или бравирующих отрицанием любых взглядов) в любом случае уже считают себя вправе выражать свои позиции свободно и не ставить их в зависимость от мнения государства. Они

могут быть введены в заблуждение на сей счёт, могут обманываться, их можно отвлечь или увлечь ложными посулами – но лишь на время (пусть и немалое). В стране, где фактически существует многообразие политических и общественных сил, действует институт частной собственности и постепенно нарастает слой собственников, выстраивание отношений между ними, в конце концов, будет происходить на основе права и конституции. Ну, да, слова «в конце концов» тут ключевые. Но не будем в данном случае вдаваться в детали.

Автор книги Виктор Шейнис описал две попытки построения в России конституционного государства. Их успеху мешали то войны, то фанатизм, то непомерные амбиции лидеров. Автор в своё время сделал всё от него зависящее, чтобы вторая попытка удалась. Что ж... Разные государства Европы продвигались к конституционному порядку долгим, ступенчатым путём. У них были свои тяготы и препятствия. Они нас в этом смысле несколько опередили. Но у России будет и третья попытка.

Пожалуйста, подождите.

Библиографический список:

1. *Ельцин Б.* Президентский марафон. М.: АСТ, 2000.
2. *Шейнис В.* Власть и закон. Политика и конституции в России в XX–XXI веках. М.: Мысль, 2014.

ПРАВО И ОБЩЕСТВО

Н. Н. ДОВНАР

Белорусский государственный университет, Институт журналистики, доцент; Общественный координационный совет в сфере массовой информации, член совета, кандидат юридических наук, доцент (220004, г. Минск, ул. Кальварийская, д. 9; тел.: (375 17) 259-70-25)

РОЛЬ СМИ В ПОВЫШЕНИИ ПРАВОСОЗНАНИЯ И ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ ОБЩЕСТВА В ПЕРИОД СОЦИАЛЬНЫХ ТРАНСФОРМАЦИЙ

Ключевые слова: правосознание; правовая культура; средства массовой информации

Аннотация: В статье раскрывается роль СМИ в повышении правосознания и правовой культуры общества в период социальных трансформаций. Обращается внимание на необходимость изменения вектора правовой проблематики от криминальных сообщений к вопросам профилактической направленности и правового просвещения граждан.

Проблемы правосознания и правовой культуры общества интересуют представителей различных

областей науки. В теорию правосознания внесли вклад целая плеяда российских и белорусских ученых. Методологическая основа была заложена еще в трудах Н. А. Бердяева, И. А. Ильина, П. И. Новгородцева, Л. И. Петражицкого. Различные аспекты правосознания затрагивались в рамках проблем совершенствования правовой системы или развития теории государства и права, прикладных исследований ученых советского и современного периодов (С. С. Алексеев, А. Ф. Вишневский, С. Г. Дробязко, Е. М. Ефременко, В. А. Кучинский, В. В. Лазарев, А. В. Малько, Н. И. Матузов, В. С. Нерсесянц и др.) О правовой культуре сегодня все чаще говорят философы, социологи, филологи¹.

Правосознание в теории государства и права рассматривается как одна из форм общественного сознания, которая представляет собой систему правовых взглядов, теорий, идей, представлений, убеждений, оценок, настроений, чувств, в которых выражается отношение индивидов, социальных групп, всего общества к действующему и желаемому праву, к правовым явлениям, поведению людей в сфере права. Правосознание – многоуровневое структурированное образование, позволяющее четко выделить отдельные элементы: правовую

¹ Бугаенко Ю. Ю. Правовая культура в современной России (социально-философский анализ): Автореф. дис. ... канд. филос. наук. Краснодар, 2007; Кирилин К. А. Средства массовой информации в развитии правовой культуры личности в России: Дис. ... канд. филол. наук. М., 2003; Мартынкина Д. Ю. Роль печатных средств массовой информации в правовом просвещении населения (на материалах федеральных общественно-политических газет): Автореф. дис. ... канд. филол. наук. М., 2011.

идеологию, правовую психологию и правовую мораль. Виды правосознания (обыденное, профессиональное и научное), подразделяются на общественное, индивидуальное и групповое¹.

По мнению правоведов, одним из направлений исследования проблемы правосознания, как признака правового государства, является утверждение в сознании и действиях отдельных индивидов и в обществе в целом нового отношения к праву: как социальной ценности, основанной на согласии, справедливости, уважении прав и свобод личности, а также как к наиболее эффективному и оптимальному регулятору, способному обеспечить целесообразное регулирование экономических, государственно-политических, организационных и иных отношений².

Современные исследования подтверждают этот тезис. И. В. Фабрика, рассматривая правосознание личности, доказывает, что правосознание есть форма индивидуального сознания, активно и целенаправленно творящего правовые идеи (смыслы), транслирующиеся через ценностные ориентации и проявляющиеся в правовых установках личности в акте правового взаимодействия. То есть правосознание выступает как некоторая психо-

¹ Вишневский А. Ф., Горбаток Н. А., Кучинский В. А. Общая теория государства и права. Минск, 2013. С. 284.

² Юрашевич Н. М. Повышение роли правосознания в процессе создания в Республике Беларусь правового государства // Конституционно-правовые проблемы формирования социального правового государства: Материалы междунар. научно-практической конференции БГУ / Редакция: А. А. Головки (гл. ред.) и др. Минск, 2000. С. 133.

интеллектуальная структура, имеющая ценностное содержание.

Правосознание выступает важнейшей социальной ценностью, поскольку находится в неразрывной взаимосвязи с существующим правом, в результате чего право и правосознание образуют единое ценностное пространство, в свою очередь, ценности выступают смыслообразующим элементом индивидуального правосознания, раскрывают сущность правосознания, его качество и носят целенаправленный характер в формировании ориентаций личности.

По мнению автора, в структуре индивидуального правосознания аксиологическая ментальность выступает структурообразующим компонентом правосознания личности, определяет его ценностную природу, являясь детерминантой правовой идеологии и правовой психологии.

Между общественным и индивидуальным правосознанием имеются противоречия: прослеживается дуализм аксиосферы права, то есть осознания ценности права частью общественного правосознания, с одной стороны, и правовых ценностей, формирующихся в индивидуальном правосознании, – с другой, выявляется реализация правовых ценностей через ценностные установки посредством правового взаимодействия разного уровня: личности и гражданского общества, гражданского общества и государства¹.

¹ *Фабрика И. В.* Аксиологическая сущность правосознания личности: теоретический аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2007.

Другим направлением, в котором правосознание играет важную роль, по мнению исследователей, является совершенствование процесса правотворчества. Прежде чем получить выражение в юридических нормах, определенные интересы и потребности людей проходят через волю и сознание тех, кто создает правовые нормы. Поэтому сегодня важно, чтобы правосознание этих людей было самого высокого уровня, правовые нормы и механизм их реализации соответствовал заявленным потребностям и, кроме того, существовал механизм, который позволял бы определить эффективность этих норм. При этом активным участником «контролирующих органов» должны быть не только государственные или общественные образования, а любой и каждый. Предлагается даже учредить порядок государственного учета (регистрации) заслуживающих внимание замечаний и предложений, высказанных населением по законопроектам в случаях их народного обсуждения¹.

Правосознание выполняет важные социальные функции. В юридической литературе изложены разные подходы к их классификации.

С учетом суждений многих авторов можно выделить следующие функции правосознания: познава-

¹ *Юрашевич Н. М.* Повышение роли правосознания в процессе создания в Республике Беларусь правового государства // Конституционно-правовые проблемы формирования социального правового государства: Материалы международной научно-практической конференции БГУ / Редкол.: А. А. Головкин (гл. ред.) и др. Минск, 2000. С. 133.

тельно-оценочную, регулятивную, прогностическую (моделирования).

Познавательно-оценочная функция правосознания связана с отражением в сознании человека правовой действительности. В результате мыслительной деятельности индивиды познают и анализируют реальную правовую жизнь, приобретают правовые знания, вырабатывают правовые воззрения, представления и т. д. На основе полученных знаний и приобретенного опыта они в процессе сложной психической деятельности оценивают действующее право, поведение людей в сфере права, работу юридических учреждений, свое собственное поведение. Познавательно-оценочные процессы рождают волевые установки личности в отношении юридически значимого поведения, т. е. предрасположенность, готовность поступать определенным образом.

На основе правовых установок и ценностных ориентаций, сопоставления своего поведения с правовыми установлениями осуществляется регулятивная функция правосознания, возникает побуждение к правомерному или противоправному поведению.

Прогностическая функция (моделирования) состоит в формировании определенных моделей (правил) поведения, которые оцениваются правосознанием как должные, социально необходимые. Она заключается в предвидении того, какие нормы нужно принимать и каким образом поступать, чтобы закрепленные в них права и обязанности эффективно регулировали общественные отношения. Нормы права, по существу, являются продуктом правосознания. Выступая идейным источником

права, правосознание выполняет прогностическую функцию. Именно через правосознание законодатель улавливает необходимость правоустановлений, соответствующих духу времени¹.

Подобный подход к функциям правосознания стоит учитывать всем социальными институтами, в том числе и СМИ. В теории журналистики важность этих функций осознается в полной мере, однако в основном используется другое понятие – «правовая культура». Это понятие, по мнению теоретиков права, в определенной мере совпадает с понятием «правосознание», но не полностью. Правовая культура включает в себя ту часть правосознания, которая выражает позитивное отношение к праву, правильное понимание права, его установлений, что рождает в сознании людей положительные установки, и в итоге – активное правомерное поведение. В целом это понятие включает в себя такие элементы, как само право, правосознание, правовые отношения, законность, правопорядок, правовая действительность².

Оказавшись в поле зрения журналистов, социологов, философов, понятие «правовая культура» приобретает более глубокое звучание.

Так, философы утверждают, что правовая культура не только играет в обществе роль нормативного ориентира. Она активно вторгается в социальную среду, обеспечивая необходимый уровень индивидуального правосознания и вовлекая индивидов в единую систему социальной организации.

¹ Вишиневский А. Ф., Горбаток Н. А., Кучинский В. А. Общая теория государства и права. Минск, 2013. С. 285.

² Там же. С. 285.

Правовая культура есть информация, которая сохраняется не только в объективном носителе – знаковых системах, но и в субъективном, которым являются человек, общество, социальные группы. Развернутое определение правовой культуры следующее: это специфический социальный феномен, выполняющий функцию формирования у людей политического и правового сознания, ценностно-нормативных установок и правового поведения. Под правовой культурой понимается также обусловленное всем социальным, духовным, политическим и экономическим строем качественное состояние правовой жизни общества, выражающееся в достигнутом уровне развития правовой деятельности, а также степени гарантированности государством и гражданским обществом свобод и прав человека¹.

Есть и другие точки зрения и на само понятие, и на ее составляющие, опираясь на которые можно судить о роли СМИ в повышении правовой культуры общества и отдельного индивида². Нас интересуют выводы философов о деформациях и кризисном состоянии правовой культуры в обществе, отчетливо видимом в последнее время, которые заключаются в правовом нигилизме, социальной анонии, в общем аксиологическом и когнитивном вакууме (снижение ценностного статуса морали, нравственности, непонимание происходящего), распространении неправовых практик и противо-

¹ Бугаенко Ю. Ю. Правовая культура в современной России (социально-философский анализ): Автореф. дис. ... канд. филос. наук. Краснодар, 2007.

² Там же.

правного поведения вследствие трансформационных процессов в обществе, а также в отчуждении права.

Автор исследования проблем правовой культуры Ю. Ю. Бугаенко подчеркивает, что в современной России все отчетливее проявляется тенденция правового и нравственного нигилизма: неуважение к закону, праву, общепринятым социальным нормам. Правовая культура современного российского общества демонстрирует наличие деформаций, связанных в первую очередь, с утратой основных аксиологических различий, что свидетельствует об углублении общего социокультурного кризиса. В современной России развился и закрепился мозаичный, несистемный тип культуры, составленной из разнородных, плохо согласующихся между собой дисгармоничных фрагментов. Ее характеризует когнитивный вакуум, примитивный утилитаризм, отсутствие знаний и понимания ситуации в обществе, господство слухов и дезинформации. Мозаичность культуры – это внушаемость, манипулируемость и мифологичность сознания и иррациональность поведения. В этом смысле правовая культура отражает общий мозаичный характер культуры, включает в себя локальные фрагменты деформированного правосознания, неправовых ориентаций и мотиваций. Важной ее характеристикой является обесценивание правомерного поведения¹.

¹ Мазан Л. Правовая культура граждан – один из критериев формирования гражданского общества // Юстиция Беларуси. 2010. № 8. С. 33–35.

Подобная ситуация, с нашей точки зрения, наблюдается и в Беларуси, поэтому вышеуказанные проблемы находятся в поле зрения не только ученых, но и многих структур гражданского общества и государства, ведущих поиск путей их решения. Стоит заметить, что в период общественных трансформаций, когда меняется парадигма в управлении, контроле, взаимодействии различных акторов, всегда обращается внимание на институты, которые способны работать с информацией и позитивно влиять на умы людей. Неслучайно среди них практически всегда оказываются СМИ, служащие каналами связи между обществом и государством, между обществом, государством и индивидом, между индивидами.

Роль СМИ в развитии правосознания при этом характеризуется многофункциональностью (когда СМИ содействуют реализации познавательно-оценочной, регулятивной и прогностической функции правосознания); определенной глубиной воздействия (глубина воздействия может зависеть от проблематики, жанров и стилистических особенностей журналистских материалов); взаимосвязанностью и взаимообусловленностью с процессами, происходящими в правовой сфере.

В условиях формирования глобального мира и появлении новых вызовов и угроз эта роль возрастает многократно. К такому выводу приходят и ученые и практики. Так, на международной научно-практической конференции «Партнерство государства, общественного сектора и делового сообщества в борьбе с терроризмом – безопасность через диалог, согласие и взаимодействие», которая

прошла в Минске 30–31 октября 2014 г., в числе прочих вопросов рассматривалась роль СМИ в предупреждении расовой, национальной и религиозной нетерпимости и острых конфликтов на этой почве, в реализации психологических мер по предупреждению преступлений террористического характера, отмечались основные направления совершенствования правовых основ деятельности СМИ в предупреждении терроризма. В этой части главный тезис: представители всех религиозных конфессий, этнических, политических и иных общественных объединений, средств массовой информации, научного и делового сообщества, а также государственных органов могут и должны в рамках своей компетенции вносить существенный вклад в устранение причин и условий, способствующих терроризму; в убеждение граждан в необходимости использования ненасильственных и основанных на праве механизмов разрешения конфликтных ситуаций; в просвещение общественности, обеспечивающее безусловное понимание ценности человеческой жизни; в распространение гуманистических и демократических идей. Понятно, что основным каналом и одновременно субъектом просвещения будут СМИ.

Стоит заметить, что правовое просвещение населения всегда относилось к задачам государственной важности. Указ Президента Республики Беларусь от 1 декабря 1998 г. «О порядке распространения правовой информации в Республике Беларусь» положил начало работе многих государственных органов и организаций, деятельность которых направлена на доведение до населения пра-

вовой информации. В дальнейшем эта работа стала проводиться в различных формах, закрепленных в планах мероприятий по правовому просвещению граждан. Например, успешно был завершён План мероприятий по правовому просвещению граждан на 2007–2010 годы. Сейчас ведётся работа согласно Плану мероприятий по правовому просвещению граждан на 2011–2014 годы (утверждён постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 03 декабря 2010 г. № 1771).

Среди этих мероприятий: организация проведения «прямых линий» по правовым вопросам с гражданами с участием средств массовой информации; организация подготовки информационных материалов и видеосюжетов, освещающих правовые вопросы, в том числе для несовершеннолетних, и размещение их в теле- и радиоэфире; создание и демонстрация обучающих видеороликов, кино- и видеофильмов, направленных на предупреждение правонарушений, соблюдение законодательства и способствующих правовому просвещению граждан, в том числе несовершеннолетних; освещение в телевизионных, радиовещательных и печатных средствах массовой информации хода выполнения плана мероприятий по правовому просвещению граждан.

К тому же функции СМИ, связанные с правовым просвещением, закреплёны законодательно. Закон Республики Беларусь «Об основах деятельности по профилактике правонарушений» относит государственные СМИ к субъектам профилактики правонарушений. Основное направление деятельности СМИ, согласно закону, связаны с мерами общей

профилактики правонарушений и правовым просвещением граждан.

Более определенно обязанности СМИ определены государственными программами, в частности Государственной программой по борьбе с преступностью и коррупцией на 2010–2012 годы, Государственной программой комплексных мер противодействия наркомании, незаконному обороту наркотиков и связанным с ними правонарушениями в Республике Беларусь на 2009–2013 годы.

Государственная программа по борьбе с преступностью и коррупцией обязывает Министерство информации, Генеральную прокуратуру, Министерство внутренних дел, Министерство образования, Комитет Государственной безопасности, иные субъекты профилактики правонарушений и др. государственные органы, участвующие в борьбе с коррупцией, в том числе и Белтелерадиокомпанию, организовать мероприятия по регулярному освещению в средствах массовой информации деятельности правоохранительных и контролирующих органов по борьбе с преступностью и коррупцией, защите жизни, здоровья, чести, достоинства, прав, свобод и законных интересов граждан в целях создания атмосферы общественного неприятия коррупции во всех ее проявлениях и систематического информирования общественности о государственной антикриминальной (антикоррупционной) политике, в том числе о фактах привлечения к ответственности лиц, совершивших коррупционные преступления.

Государственная программа комплексных мер противодействия наркомании, незаконному оборо-

ту наркотиков и связанными с ними правонарушениями обязывает освещать в периодических изданиях и других средствах массовой информации проблемы наркомании, ход борьбы с незаконным оборотом наркотических средств, работу в этих направлениях республиканских органов государственного управления, общественных объединений; создавать тематические телепередачи, посвященные профилактике незаконного употребления и незаконного оборота наркотических средств, обучению молодежи сопротивляться желанию употреблять наркотики, навыкам справляться с беспокойством и стрессом без употребления наркотических средств и психотропных веществ, повышению уровня самосознания и самоуважения.

Возвращаясь к Закону «Об основах деятельности по профилактике правонарушений», отметим, что до последнего времени роль СМИ в деятельности субъектов профилактики не только четко не обозначалась, но и практически не упоминалась. Придание СМИ статуса субъекта профилактики актуализирует значимость данного социального института в профилактической деятельности государства, позволяет четче определить принципы взаимодействия СМИ с другими субъектами профилактики, права и обязанности субъектов правоотношений при сборе и распространении информации.

Известно, что СМИ могут организовать информационное сопровождение практически любого мероприятия, в основе которого лежит принцип гласности или требуется информационное воздействие. Это их функциональная обязанность (ин-

формирование). Однако определяют эти мероприятия правоохранительные органы исходя из своих функциональных обязанностей, в числе которых также информирование. В результате данная функция становится общей, тесно связанной с профилактической функцией, предусмотренной законом.

Изучение содержания (контента) СМИ на предмет правовой тематики в дипломных исследованиях выпускников Института журналистики БГУ, проведенное под руководством автора (Е. Лубкова (2000); А. Ю. Николайчук (2004); А. А. Анисовец (2005); В. Е. Филиппович (2006); Л. Н. Стецко (2007); О. М. Трубач (2007); М. С. Усова (2007); В. Л. Бабин (2009); Е. С. Соловьева (2009); О. К. Рудько, (2010); И. А. Станкевич (2011); Е. В. Соболев (2011)) показывает, что к проблематике, в материалах которой заложена профилактическая функция правового просвещения, в той или иной мере обращаются большинство СМИ, независимо от учредителя. Тематический спектр правовой тематики на страницах газет в последнее время значительно расширился и охватывает многие вопросы профилактической направленности и правового просвещения граждан. Вместе с тем нельзя не согласиться с исследователями, которые считают, что роль СМИ в правовом просвещении населения является уникальной. Без интенсификации правового просвещения населения через печатные СМИ невозможно развитие гражданского общества и правового государства. СМИ, с одной стороны, являются субъектом правового просвещения, когда занимаются данной деятельностью в силу соб-

ственной политики, а с другой – инструментом правового просвещения населения, когда иные субъекты (государство в лице его госорганов, общественные организации, образовательные учреждения и др.) могут использовать их в целях повышения правовой культуры граждан.

По мнению этих специалистов, сегодня большая часть материалов по правовой тематике ежедневных общественно-политических газет касается уголовного права и процесса, хотя читатели интересуются прежде всего гражданским и административным правом. Это существенный недостаток редакционной политики. На современном этапе развития страны необходимо совершенствовать деятельность СМИ по правовому просвещению населения в целях повышения ее эффективности, а именно: нужно возвести данную задачу в ранг национальных приоритетов, увеличить количество и улучшить качество публикаций по правовой тематике в печатных СМИ, организовать эту работу системно. Важными мерами представляются закрепление правовой тематики за узким кругом журналистов внутри редакции и создание при редакциях юридических советов, состоящих из юристов и журналистов¹.

Соглашаясь с таким подходом, добавим: требуют изменений и концептуальные подходы СМИ к выбору правовой тематики. Необходимо изменение вектора интересов СМИ от криминальных тем, в которых заключена только информационная или рекреативная функция, к серьезному разговору о деятельности правоохранительных органов, суда, к

¹ Там же.

материалам, ориентированным на анализ проблем в правовой сфере, в том числе проблем правосудия, состояния и причин преступности, экстремистской деятельности, к другим вопросам, помогающим осознать роль права в гражданском обществе, что, несомненно, будет способствовать повышению правовой культуры населения.

Важным шагом в этом направлении будет деятельность общественных советов и экспертно-консультативных групп при правоохранительных органах, о необходимости создания которых заявили участники вышеуказанной научно-практической конференции. Представляется, что работа этих институциональных образований повлияет также на уровень правосознания субъектов правотворческой и правоприменительной деятельности. В рамках правового регулирования любых общественных отношений принятие мер, которые способны исключить бессистемность, хаотичность законодательства и обеспечить его выход на уровень стабильности, возможно только с учетом глубоких знаний той области, которой они касаются. Не составляет исключение и сфера массовой информации, оценку состояния которой следует проводить понимая роль СМИ в обществе, их взаимосвязь с другими социальными институтами, особенности функционирования в новых общественных реалиях.

Библиографический список:

1. *Бугаенко Ю. Ю.* Правовая культура в современной России (социально-философский анализ):

Автореф. дис. ... канд. филос. наук. Краснодар, 2007.

2. *Кирилин К. А.* Средства массовой информации в развитии правовой культуры личности в России: Дис. ... канд. филол. наук. М., 2003.

3. *Мартынкина Д. Ю.* Роль печатных средств массовой информации в правовом просвещении населения (на материалах федеральных общественно-политических газет): Автореф. дис. ... канд. филол. наук. М., 2011.

4. *Вишневский А. Ф., Горбатов Н. А., Кучинский В. А.* Общая теория государства и права. Минск, 2013.

5. *Юрашевич Н. М.* Повышение роли правосознания в процессе создания в Республике Беларусь правового государства // Конституционно-правовые проблемы формирования социального правового государства: Материалы международной научно-практической конференции БГУ / Редкол.: А. А. Головки (гл. ред.) и др. Минск, 2000.

6. *Фабрика И. В.* Аксиологическая сущность правосознания личности: теоретический аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2007.

7. *Мазан Л.* Правовая культура граждан – один из критериев формирования гражданского общества // Юстиция Беларуси. 2010. № 8.

О. А. ОКОЛЁСНОВА

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», научный сотрудник Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», кандидат юридических наук (119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, 17, тел. (499) 238-31-39, hse@hse.ru)

НОВОЕ ПРОЧТЕНИЕ ПРИНЦИПОВ ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ В КОНТЕКСТЕ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «ОБ ОСНОВАХ ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

Ключевые слова: общественный контроль; гражданское общество; гласность; общественные интересы

Аннотация: Федеральный закон «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» является базовым для построения всей системы регулирования общественного контроля. В случае если те или иные особенности общественных отношений не предусмотрены базовым законом, приведённые принципы служат направлениями для формирования последующей нормативной правовой базы. Кроме того, они являются ориентиром при применении права по аналогии.

Принципы правового регулирования выступают, как известно важнейшим элементом механизма государственного воздействия на те или иные общественные отношения. В настоящей статье мы решили обратиться к анализу принципов общественного контроля в контексте федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации»¹. Рассмотрим регулирующее и системообразующее значение для системы общественного контроля в нашей стране каждого из них.

1. Приоритет прав и законных интересов человека и гражданина.

Правовое демократическое государство признаёт приоритет прав человека, ограничивая этими правами свои властные функции. Поэтому подлинная природа государства раскрывается через права человека, место и роль индивида в обществе, его взаимоотношения с государством.

Источником власти является народ. Соответственно, исходя из права на участие в управлении делами государства и права получения полной и достоверной информации о себе и деятельности органов власти, выделяется право на осуществление общественного контроля.

Возможность участия в общественном контроле должна быть гарантирована для всех граждан, независимо от пола, расы, национальности, социального происхождения и других факторов. Общественный контроль должен быть доступен в рав-

¹ Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации».

ной степени для всех граждан, желающих защищать общественные интересы.

Этот принцип напрямую поддержан положениями Конституции РФ: граждане Российской Федерации имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей¹, а также государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств².

2. Добровольность участия в осуществлении общественного контроля.

Никто не может быть принуждён к участию в осуществлении общественного контроля, за исключением случаев, когда осуществление общественного контроля является обязанностью субъекта. Например, Общественная палата Российской Федерации; общественные палаты субъектов Российской Федерации; общественные палаты (советы) муниципальных образований; общественные советы при федеральных органах исполнительной власти, общественные советы при законодательных (представительных) и исполнительных органах государственной власти субъектов Российской Федерации; общественные наблюдательные комиссии.

¹ Конституция Российской Федерации, п. 1, ст. 32.

² Там же, п. 1, ст. 19.

3. Самостоятельность субъектов общественно-го контроля и их независимость от органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия.

Данный принцип должен найти своё выражение в двух направлениях:

- отсутствие отношений соподчиненности между субъектами общественного контроля;
- создание условий для партнерства между ними, в том числе для обмена информацией, оказания взаимной помощи и содействия, объединения усилий и ресурсов и т. д.

Необходимо исключить иерархии подчинения при осуществлении процедур общественного контроля по нескольким причинам. Во-первых, это позволит сохранить его «общественную» сущность и подтвердит равенство и доступность для всех граждан, желающих принимать участие в процедурах общественного контроля. Во-вторых, иерархические схемы построения структур общественного контроля создадут новые соблазны и возможности коррупционного воздействия и недобросовестного участия в управлении делами государства. Поэтому, говоря о таких институтах общественного контроля как общественные палаты, вполне обоснованно, что региональные и муниципальные общественные палаты не должны находиться в организационном или финансовом подчинении у Общественной палаты РФ.

Кроме того, первостепенную важность здесь обретает степень участия государственных органов и органов местного самоуправления в формировании и функционировании институтов общественного контроля. Никто из субъектов общественного контроля не может подчиняться органам государственного управления, контроль деятельности которых является их прямой задачей.

4. Публичность и открытость осуществления общественного контроля и общественного обсуждения его результатов.

Открытость и внутреннее саморегулирование позволит обеспечить адекватность, объективность и законность процедур общественного контроля и даст гарантии невозникновения злоупотребления и фальсификации со стороны субъектов общественного контроля.

Возможность получения общественностью полной и достоверной информации о функционировании государства и его органов, за исключением сведений, отнесенных к категориям ограниченного доступа, способствует формированию активного пласта граждан, квалифицированно участвующих в общественной жизни и в обсуждении общественно значимых вопросов.

Кроме того, информация о нормативном правовом регулировании осуществления общественного контроля, о его субъектах, формах и т. п. также должна быть открытой.

Что касается открытости результатов общественного контроля, необходимость донесения до общественности, что на выходе получают субъекты общественного контроля, явно иллюстрирует,

что сделано для реализации целей и задач общественного контроля, какая реакция поступила от органов власти, были ли адекватно приняты замечания, отмеченные субъектами общественного контроля. Освещение положительных практик и опыта взаимодействия с органами власти позволит сформировать уважительную позицию доверия общественности к органам власти и их должностным лицам. Иллюстрация негативного опыта и представление на суд общественности фактов препятствия со стороны органов власти, игнорирование действий субъектов общественного контроля и иной неадекватной реакции органов власти, позволит сохранять органы власти в постоянном тонусе общественного внимания к их действиям.

5. Законность деятельности субъектов общественного контроля.

Все субъекты общественного контроля в своей деятельности должны соблюдать требования законодательства. Кроме того, в соответствии с принципом законности субъекты общественного контроля обязаны соблюдать и иерархию законов. В случае коллизии норм законодательства они должны руководствоваться сначала Конституцией РФ как основным законом, затем федеральными конституционными законами, а уже в последнюю очередь иными законами, если они не противоречат Конституции РФ и федеральным конституционным законам.

6. Объективность, беспристрастность и добросовестность субъектов общественного контроля, достоверность результатов осуществляемого ими общественного контроля.

Этот принцип сформирован из двух блоков: характеристика субъекта общественного контроля и характеристика результатов общественного контроля. Первый работает на обеспечение второго.

Первый блок – это критерии деятельности субъектов общественного контроля.

Объективность – критерий независимости деятельности субъектов общественного контроля от воли органов власти, политических партий и иных участников правоотношений в данной сфере.

Беспристрастность – характеристика, означающая отсутствие конфликта интересов.

Общественный инспектор, общественный эксперт или иное лицо субъекта общественного контроля не допускается к осуществлению общественного контроля при наличии конфликта интересов при осуществлении общественного контроля.

Под конфликтом интересов понимается ситуация, при которой личная заинтересованность общественного инспектора, общественного эксперта или иного лица субъекта общественного контроля влияет или может повлиять на объективность и беспристрастность осуществления общественного контроля и при которой возникает или может возникнуть противоречие между личной заинтересованностью общественного инспектора, общественного эксперта или иного лица субъекта общественного контроля и целями и задачами общественного контроля, установленными настоящим Федеральным законом.

Добросовестность – состояние субъекта общественного контроля, когда он при осуществлении

общественного контроля не знал и не знать о фактах, препятствующих законному осуществлению подобной деятельности.

Второй блок – достоверность результатов общественного контроля – не может быть обеспечена без соблюдения критериев первого блока.

Достоверность здесь – это степень соответствия информации, содержащейся в итоговых документах, представляющих результаты общественного контроля, действительному состоянию объекта общественного контроля. Соответственно, получить достоверную информацию посредством действий, не соответствующим критериям из первого блока, практически не возможно.

7. Обязательность рассмотрения органами государственной власти, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными организациями, иными органами и организациями, осуществляющими в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия, итоговых документов, подготовленных по результатам общественного контроля, а в случаях, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными нормативными правовыми актами, учет указанными органами и организациями предложений, рекомендаций и выводов, содержащихся в этих документах.

Цель любой формы общественного контроля – повышение эффективности государственного управления путём доведения до органов государ-

ственной власти максимально полной и достоверной информации. При этом вопросы эффективности приобретают, как известно в публично-правовой сфере в последние годы все более существенное значение¹.

Такая информация содержится в результирующих документах общественного контроля.

Соответственно у органов власти возникает обязанность рассмотрения таких результатов, а также их учёт при принятии решений. Не предусмотрена безоговорочная обязанность этих органов принять такие предложения в полном объеме, так как:

Во-первых, результаты общественного контроля могут быть недостоверными;

Во-вторых, если они и достоверны, но они могут быть неполными, ввиду того, что субъекты общественного контроля не обладают полной информацией по рассматриваемому вопросу.

Органы власти должны учитывать информацию, полученную от субъектов общественного контроля наравне с иными источниками информации. Соответственно обсуждение подобных вопросов открыто и публично позволит оптимизировать процесс принятия решения, основанный на максимально полной полученной из нескольких источников информации.

8. Многообразие форм общественного контроля.

Этот принцип означает возможность для субъектов общественного контроля самим определять форму и мероприятия общественного контроля,

¹ Кузнеченкова В. Е. Вопросы правовой природы аудита эффективности // Вестник Московского университета. Серия 26: Государственный аудит. 2010. № 1. С. 49–59.

необходимых в каждом конкретном случае. Такие формы могут быть предусмотрены как новым федеральным законом, так и другими федеральными законами. Кроме того, общественный контроль в различных субъектах Федерации может осуществляться с учетом местных национальных, культурных и религиозных обычаев и традиций.

9. Недопустимость необоснованного вмешательства субъектов общественного контроля в деятельность органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия, и оказания неправомерного воздействия на указанные органы и организации.

Речь идёт о злоупотреблении правом со стороны субъектов общественного контроля. Субъекты общественного контроля не могут вмешиваться в вопросы ведения этих органов. Приводя доводы, основанные на результатах общественного контроля, они могут предлагать меры и решения, но не обзывать или настаивать, так как субъекты общественного контроля не обладают полной информацией по рассматриваемому вопросу. Органы власти являются обладателями огромного массива информации, которая не всегда находится в открытом доступе. Соответственно, органы власти должны принимать к сведению и использовать всю информацию, полученную от субъектов общественного контроля, полученную законным путем в целях оптимизации государственного управления.

10. Презумпция добросовестности деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия, за деятельностью которых осуществляется общественный контроль.

Изначально предполагается, что все органы государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия, за деятельностью которых осуществляется общественный контроль, осуществляют свою деятельность добросовестно, осуществляемая ими деятельность соответствует установленным требованиям, если такая вероятность не будет опровергнута.

При проведении мероприятий общественного контроля все имеющиеся неустранимые сомнения толкуются в пользу органов власти.

Таким образом, идёт речь о доказательственной презумпции – предположении о существовании факта или его отсутствии, пока не доказано иное¹.

Понятие добросовестности непосредственно связано с проблемой злоупотребления правом. Встречаются ситуации, когда действия лица формально опираются на принадлежащее ему право, но оказываются неприемлемыми с точки зрения справедливости и защищенной законом цели. Признание

¹ Треушников М. К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 63.

субъекта добросовестным либо недобросовестным означает по факту признание его поведения правомерным либо неправомерным.

11. Недопустимость вмешательства в сферу деятельности политических партий

12. Соблюдение нейтральности субъектами общественного контроля, исключающей возможность влияния решений политических партий на осуществление общественного контроля.

Данные принципы перекликаются между собой, а также с принципом добросовестности субъекта общественного контроля.

Первый из этих принципов устанавливает рамки для субъекта общественного контроля – нельзя осуществлять общественный контроль и деятельность политической партии одновременно. Субъекты общественного контроля при осуществлении своей деятельности не должны преследовать целей политических партий.

Конструкция «сфера деятельности политических партий» избрана в связи с тем, чтобы избежать употребления понятия «политической деятельности», определения которого в законодательстве не представлено. По своей политической сути это деятельность, направленная на борьбу за власть, что никак не связано с основными целями общественного контроля – повышение эффективности государственного управления через повышение открытости деятельности органов власти.

Второй принцип закрывает путь в сферу общественного контроля для политических партий. Политические партии не только не должны осуществлять общественного контроля, но и не долж-

ны создавать его субъектов или оказывать им какую-либо, в том числе и финансовую, поддержку. Использование механизмов общественного контроля для борьбы со своими политическими противниками недопустимо.

Аналогичные требования должны предъявляться и к субъектам экономической деятельности. Хозяйствующие субъекты не должны создавать субъектов общественного контроля, а равно оказывать им какую-либо, в том числе и финансовую, поддержку в целях борьбы со своими конкурентами.

Всё это должно рассматриваться как акты недобросовестной конкуренции. Недобросовестная конкуренция – это любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации¹.

Соблюдение приведённых принципов позволит оптимизировать процедуру общественного контроля, а также будет способствовать дальнейшей эволюции законодательства об общественном контроле. Всем гражданам, желающим принять участие в осуществлении процедур общественного контроля, описанные принципы помогут чётко представить, что собой представляет общественный

¹ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

контроль как одна из форм участия граждан в управлении делами государства.

Библиографический список:

1. *Кузнеченкова В. Е.* Вопросы правовой природы аудита эффективности // Вестник Московского университета. Серия 26: Государственный аудит. 2010. № 1.

2. *Треушников М. К.* Судебные доказательства. М., 1997.

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И ПЕРСОНАЛЬНЫЕ ДАННЫЕ

А. ХИММЕЛЬРАЙХ

*Институт Восточно-Европейского права, Мюнхен
/Регенсбург, руководитель отдела права России,
Украины и стран СНГ (Ландшутер штрассе, 4, D-
93047, Регенсбург, Мюнхен, Германия)*

ОБЛАДАТЕЛЬ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА НА ТОВАРНЫЙ ЗНАК

Ключевые слова: право на товарный знак; исключительное право; персональные данные; обладатель

Аннотация: Статья посвящена проблемам правового регулирования исключительного права на товарный знак, правообладателем которого может быть как юридическое лицо, так и индивидуальный предприниматель.

Обладателем исключительного права на товарный знак может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, так определено в Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – Ч4 ГК РФ).

До вступления в силу Ч4 ГК РФ круг лиц, которые могли обладать товарными знаками, регулировался п. 3 ст. 2 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках и знаках обслуживания» (далее – ЗоТЗ), в соответствии с которым обладателем исключительного права на товарный знак могло быть юридическое лицо или осуществляющее предпринимательскую деятельность физическое лицо. Использование в ст. 1478 ГК РФ нового по сравнению с ранее действовавшей нормой п. 3 ст. 2 ЗоТЗ термина «индивидуальный предприниматель» соответствует общей терминологии ст. 23 ГК РФ.

Согласно ст. 1478 ГК РФ обладателем исключительного права на товарный знак может быть юридическое лицо. Понятие юридического лица дается в п. 1 ст. 48 ГК РФ путем перечисления его наиболее важных признаков как организации, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Объединения лиц без статуса юридического лица не могут быть обладателями исключительного права на товарный знак. Поэтому, например, простое товарищество, которое в соответствии с п. 1 ст. 1041 ГК РФ юридическим лицом не является, не может быть обладателем исключительного права на товарный знак. Так же не обладают гражданской правоспособностью представительства и фи-

лиалы юридических лиц (п. 3 ст. 55 ГК РФ), так что и они не могут быть правообладателями товарных знаков¹.

Деление юридических лиц в зависимости от их принадлежности к публичному или частному праву российскому праву не известно². Юридические лица всегда являются юридическими лицами частного права. Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования являются наряду с гражданами и юридическими лицами субъектами права *sui generis*³ или особыми субъектами гражданского правооборота⁴ (см. абз. 2 п. 1 ст. 2 ГК РФ). Поэтому их способность быть обладателями исключительного права на товарный знак будет рассмотрена отдельно.

В зависимости от цели деятельности п. 1 ст. 50 ГК РФ делит юридические лица на коммерческие и некоммерческие организации. Основной целью деятельности коммерческих организаций является извлечение прибыли. Для некоммерческих организаций извлечение прибыли не является основной целью деятельности, и полученная ими прибыль между участниками не распределяется. В соответ-

¹ Корчагин А. Д., Орлова В. В., Горленко С. А. Постатейный комментарий к Закону Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // Интеллектуальная собственность. Документы и комментарии, 2004. Ст. 2. С. 13 и сл.

² Гражданское право: В 4-х т. Т. I. 3-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2004. С. 227.

³ Там же.

⁴ Гражданское право. Т. I. 6-е изд. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2003. С. 218 и сл.

ствии с абз. 2 п. 3 ст. 50 ГК РФ такие организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям.

В публикациях кас. п. 3 ст. 2 ГК РФ велся спор о том, может ли быть обладателем исключительного права на товарный знак также та некоммерческая организация, которая вообще не вправе заниматься предпринимательской деятельностью. Одни авторы высказывали мнение, что, чтобы стать обладателем исключительного права на товарный знак, юридическое лицо должно осуществлять направленную на получение доходов деятельность¹. В соответствии с этим мнением, некоммерческие организации, которые не вправе осуществлять предпринимательскую деятельность, не могли быть правообладателями товарных знаков². Согласно другой точке зрения, любое юридическое лицо может быть обладателем исключительного права на товарный знак, в том числе и те некоммерческие организации, которые не вправе заниматься предпринимательской деятельностью³.

¹ *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. 2-е изд. СПб., 2004. С. 623. Товарные знаки в Российской Федерации / Под общ. ред. С. В. Дудушкина. М., 2004. С. 46.

² *Петров И. А.* Охрана товарных знаков в Российской Федерации. М., 2002. С. 28 и сл.

³ *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» М.: Экзамен, 2004. Ст. 2. С. 15. *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации. М., 2006. С. 43 и сл. *Гаврилов Э. П.* Из

В то время как в соответствии с п. 3 ст. 2 ЗоТЗ, действовавшим до вступления в силу Ч4 ГК РФ, могли быть еще сомнения в том, относится ли необходимость осуществления предпринимательской деятельности только к физическим лицам или также и к юридическим лицам, формулировка ст. 1478 ГК РФ лишила эти сомнения всякого основания: обладателем исключительного права на товарный знак может быть любое юридическое лицо. И не имеет значения, занимается ли конкретное юридическое лицо предпринимательской деятельностью или нет. Такой же вывод путем заключения от противного позволяет сделать п. 1 ст. 1538 ГК РФ, в соответствии с которым использовать коммерческие обозначения вправе только те юридические лица, которые осуществляют предпринимательскую деятельность.

В соответствии со ст. 1478 ГК РФ обладателем исключительного права на товарный знак может быть также индивидуальный предприниматель. В соответствии с п. 1 ст. 23 ГК РФ индивидуальный предприниматель – это гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя в едином государственном реестре. Следовательно, физическое лицо также может быть обладателем исключительного права на товарный знак, если оно зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Все остальные физические лица

практики Президиума ВАС РФ по вопросам охраны интеллектуальной собственности // Хозяйство и право. 2006. № 12. С. 8.

быть правообладателями товарных знаков не могут¹. Действует ли данное правило также в случаях отчуждения исключительного права на товарный знак и предоставления лицензии на использование товарного знака, по сравнению с действовавшими ранее положениями в ст.ст. 25, 26 ЗоТЗ в редакции 2002 г.², непосредственно в тексте закона (ст.ст. 1488, 1489 ГК РФ) больше не указывается. Но вряд ли законодатель хотел в данном случае таким образом внести изменение. Скорее всего, как приобретатель исключительного права на товарный знак, так и лицензиат должны быть индивидуальными предпринимателями по смыслу ст. 1478 ГК РФ.

В качестве индивидуального предпринимателя может быть зарегистрировано, по общему правилу, только лицо, обладающее полной дееспособностью³. В соответствии с п. 1 ст. 21 ГК РФ дееспособность возникает в полном объеме, как правило, с наступлением совершеннолетия, то есть по достижении 18-летнего возраста, но в двух исключительных случаях и до достижения этого возраста: в соответствии с абз. 1 п. 2 ст. 21 ГК РФ – со времени допускаемого законом вступления в брак до до-

¹ См. критику на этот счет: *Еременко В. И.* Развитие законодательства об интеллектуальной собственности Российской Федерации // Государство и право. 2004. № 1. С. 46.

² Федеральный закон от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 50. Ст. 4927.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч. 1. 3-е изд. / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. М., 2006. Ст. 23. С. 62.

стижения восемнадцати лет и в соответствии с п. 1 ст. 27 ГК РФ – в результате эмансипации¹.

Наряду с российскими гражданами в качестве индивидуальных предпринимателей могут также регистрироваться иностранные граждане и лица без гражданства, так как в соответствии с абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ они по своему статусу приравнены к российским гражданам, если иное не предусмотрено федеральным законом². Такое широкое толкование термина «гражданин» в ГК РФ – выражение закрепленного в ч. 3 ст. 62 Конституции РФ принципа национального режима, который, как правило, гарантирует иностранным гражданам и лицам без гражданства такой же объем прав и обязанностей, как и гражданам Российской Федерации³. Конкретизируется данный принцип в п. 1 ст. 13 в сочетании со ст. 4 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»⁴, где за иностранными гражд-

¹ *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 44.

² Там же. С. 44; *Григоренко С.* Проблемы гражданско-правового статуса индивидуального предпринимателя // *Хозяйство и право.* 1999. № 5. С. 19.

³ *Богуславский М. М.* Международное частное право. М., 2006. С. 80.

⁴ Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ // *СЗ РФ.* 2002. № 30. Ст. 3032 в ред. Федерального закона от 18 июля 2006 г. № 110-ФЗ // *СЗ РФ.* 2006. № 30. Ст. 3286; см. также: Постановление ФАС Московского округа от 10 июня 2005 г. № КГ-А40/4789-05 // СПС «Гарант» о признании в соответствии с пп. 2 п. 1 ст. 28, п. 3 ст. 2

данами прямо признается право на осуществление деятельности в качестве индивидуального предпринимателя¹. П. 1 ст. 2 данного Федерального закона предусматривает для иностранных граждан обязанность зарегистрироваться в Российской Федерации в качестве индивидуального предпринимателя. Регистрация в иностранном государстве не считается достаточной².

Предпринимательской деятельностью согласно абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ является «самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке». Важнейший критерий для отграничения предпринимательской деятельности от иных видов хозяйственной деятельности – намерение, направленное на извлечение прибыли. При этом намерение систематического получения прибыли должно быть главной целью данной деятельности. Если такая цель является лишь побочной целью, осуществляемая деятельность

ЗоТЗ недействительной государственной регистрации товарного знака на имя гражданки Латвии, не имевшей статуса индивидуального предпринимателя.

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Отв. ред. Н. И. Марышева, К. Б. Ярошенко. М., 2004. Ст. 1201. С. 421.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3-х т., части третьей / Под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова. М., 2004. Ст. 1201. С. 356 и сл.

предпринимательской не является¹. Так, например, нотариальная деятельность (ст. 1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате)² и адвокатская деятельность (п. 2 ст. 1 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»)³ направлены исключительно на исполнение публичных задач и поэтому не могут быть отнесены к предпринимательской деятельности.

Наконец, в соответствии с п. 1 ст. 23 ГК РФ для получения статуса индивидуального предпринимателя необходима государственная регистрация в едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей⁴. Только с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица. Процедура государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя регулируется в Федеральном законе «О государственной регистрации юридиче-

¹ Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. 2-е изд. М., 2006. С. 23.

² Утв. ВС РФ от 11 февраля 1993 г. № 4462-1 // ВВС РФ 1993. № 10. Ст. 357 в ред. Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 27. Ст. 2881.

³ Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102 в ред. Федерального закона от 20 декабря 2004 г. № 103-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 52. Ч. 1. Ст. 5267.

⁴ Гражданское право. Том I. 6-е изд. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2003. С. 118.

ских лиц и индивидуальных предпринимателей» (Глава VII.1)¹.

Ни ранее в п. 3 ст. 2 ЗоТЗ, ни теперь в ст. 1478 ГК РФ Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования не называются прямо, наряду с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, как возможные обладатели исключительного права на товарный знак. Могут ли эти субъекты публичного права быть правообладателями товарных знаков, зависит от их классификации как субъектов гражданского права.

Как уже было упомянуто, в российском праве не проводится различия между юридическими лицами в зависимости от их принадлежности к публичному или частному праву. Напротив, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования являются наряду с гражданами и юридическими лицами субъектами права *sui generis*² или особыми субъектами гражданского правооборота³ (см. абз. 2 п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Государство и муниципальные образования могут участвовать в гражданском правообороте непосредственно или опосредованно. Непосредственное участие в гражданском правообороте в

¹ Федеральный закон от 8 июля 2001 г. № 129-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 33. Ч. 1. Ст. 3431 в ред. Федерального закона от 5 февраля 2007 г. № 13-ФЗ // СЗ РФ. 2007. № 7. Ст. 834.

² Гражданское право: В 4-х т. Том I. 3-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2004. С. 376.

³ Гражданское право. Том I. 6-е изд. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2003. С. 218 и сл.

соответствии с пп. 1, 2 ст. 125 ГК РФ принимают органы государственной власти и органы местного самоуправления, выступающие соответственно от имени Российской Федерации, субъектов Российской Федерации или муниципальных образований. Опосредованно государство и муниципальные образования участвуют в гражданском правообороте путем создания государственных (муниципальных) юридических лиц. ГК РФ предусматривает для этого специальные организационно-правовые формы: государственные и муниципальные унитарные предприятия (ст.ст. 113, 114 ГК РФ), казенные предприятия (ст. 115 ГК РФ), а также финансируемые государством или муниципальными образованиями учреждения (ст. 120 ГК РФ). Эти государственные или муниципальные предприятия и учреждения, создаваемые по решению уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, отличаются от остальных юридических лиц своей ограниченной правоспособностью и ограниченными правами в отношении владения и пользования переданным им имуществом, что заложено уже в самих специальных организационно-правовых формах.

В соответствии с п. 1 ст. 124 ГК РФ Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования выступают в гражданских правоотношениях наравне с иными участниками этих отношений. В соответствии с п. 2 ст. 124 ГК РФ к указанным выше субъектам гражданского права применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если

иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов. Из этого следует, что в случаях, когда закон говорит об участии юридических лиц в гражданских правоотношениях, подразумеваются, как правило, также и публично-правовые образования¹. Таким образом, государство и муниципальные образования, в принципе, приравниваются законодателем к юридическим лицам, но не называются таковыми. Ответ же на вопрос, могут ли Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования так же, как юридические лица, быть обладателями исключительного права на товарный знак, не является однозначным.

С одной стороны, право публично-правовых образований обладать товарными знаками отрицается со следующим обоснованием: органы государственной власти и местного самоуправления не занимаются предпринимательской деятельностью, не производят и не продают товары и не оказывают услуги². Эту точку зрения следует, однако, отклонить по двум причинам. Во-первых, ее представители ошибаются, считая, что юридическое лицо должно заниматься предпринимательской деятельностью, чтобы быть вправе обладать товарным знаком (см. выше). Во-вторых, государство и муниципальные образования вполне могут осуществлять предпринимательскую деятельность путем создания государственных (муниципальных) унитарных предприятий.

¹ Гражданское право: В 4-х т. Том I. 3-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2004. С. 376.

² *Петров И. А.* Охрана товарных знаков в Российской Федерации. М., 2002. С. 30.

Другая точка зрения, представленная в юридической литературе, отвергает способность Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований обладать товарными знаками, ссылаясь на дословный текст ст. 1478 ГК РФ¹. Против этого мнения можно возразить, что оно не учитывает п. 2 ст. 124 ГК РФ.

В пользу способности публично-правовых образований быть субъектами исключительного права на товарный знак говорит также и соответствующая практика в России. Так, Российская Федерация является обладателем исключительного права на целый ряд товарных знаков, которые в советское время использовались государственными предприятиями². В некоторых случаях подзаконными актами определяются юридические лица, которые от имени Российской Федерации осуществляют исключительные права на товарные знаки. В качестве примера можно привести Постановление Правительства Российской Федерации от 4 июля 2002 г. № 494 «О товарных знаках на алкогольную и спиртосодержащую продукцию»³, в соответствии с которым права пользования и распоряжения (без права уступки) товарными знаками на алкогольную и спиртосодержащую продукцию от

¹ Рузакова О. А. Комментарий к четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 2007. Ст. 1478. С. 589; Рузакова О. А. Право интеллектуальной собственности. М., 2005. С. 162.

² Гражданское право: В 4-х т. Том I. 3-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2004. С. 388; см. также Постановление Президиума ВАС РФ от 11 февраля 2003 г. № 12464/02 // Вестник ВАС РФ. 2003. № 7. С. 40.

³ СЗ РФ. 2002. № 21. Ст. 2706.

имени Российской Федерации осуществляет федеральное казенное предприятие «Союзплодоимпорт» в порядке, устанавливаемом Министерством сельского хозяйства Российской Федерации и Министерством имущественных отношений Российской Федерации. В приложении к этому постановлению перечислены 17 товарных знаков, кроме прочих, товарные знаки водок «Stolichnaya», «Moskovskaya» и «Sibirskaya».

С принятием ЗоТЗ 1992¹ года различие между российскими и иностранными лицами применительно к их праву обладать товарными знаками было отменено. В п. 3 ст. 2 ЗоТЗ речь шла лишь о физических лицах, а не о гражданах. Тем не менее, ст. 47 ЗоТЗ прямо устанавливала, что иностранные юридические и физические лица пользуются правами, предусмотренными настоящим Законом, наравне с юридическими и физическими лицами Российской Федерации только в силу международных договоров Российской Федерации или на основе принципа взаимности². Таким образом, большинству иностранных лиц правовая охрана товарных знаков предоставлялась в России на основании Парижской конвенции по охране про-

¹ Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 // ВВС РФ 1992. № 42. Ст. 2322.

² *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Экзамен, 2004. Ст. 47. С. 172; *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 44.

мышленной собственности от 20 марта 1883 г. (далее – Парижская конвенция)¹, участником которой Российская Федерация является как правопреемник СССР². Что касается граждан государств, не являвшихся участниками Парижской конвенции, их товарные знаки защищались в России только в том случае, если в соответствующем иностранном государстве товарные знаки российских граждан и юридических лиц охранялись на принципе взаимности, или если правовая охрана предоставлялась любому гражданину и юридическому лицу независимо от наличия взаимности³.

Принцип национального режима в ст. 47 ЗоТЗ исключал из круга лиц, которые могли быть правообладателями товарных знаков, иностранных физических лиц, не имевших статуса индивидуального предпринимателя⁴. Тем самым под иностранными физическими лицами в смысле ст. 47 ЗоТЗ подразумевались только лица, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринима-

¹ Публикация ВОИС № 201 (R). Женева, 1996.

² *Рассохин В. П.* Законодательство России в области промышленной собственности // Патенты и лицензии. 1993. № 7–8. С. 5; *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Экзамен, 2004. Ст. 47. С. 172.

³ Там же. С. 173; *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 45.

⁴ Там же. С. 45.

телей¹. Но регистрации в качестве индивидуально-предпринимателя в самой России не требовалось². Так, например, гражданин Германии может быть правообладателем товарного знака в России, если он зарегистрирован как коммерсант в немецком торговом реестре.

По смыслу ст. 47 ЗоТЗ лица без гражданства не приравнивались к иностранным физическим лицам. За лицами без гражданства в России не признавалось право быть обладателем исключительного права на товарный знак³. Если же лицо без гражданства было зарегистрировано в Российской Федерации в качестве индивидуального предпринимателя, оно также могло быть правообладателем товарного знака (см. абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ)⁴.

¹ Там же. С. 45; *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Экзамен, 2004. Ст. 47. С. 172.

² См.: Постановление ФАС Московского округа от 10 июня 2005 г. № КГ-А40/4789-05 // СПС «Гарант».

³ *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 45. *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Экзамен, 2004. Ст. 47. С. 172.

⁴ *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 45.

Так же и ст. 1478 ГК РФ не делает различия между лицами российского права и иностранными лицами. В абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ установлено лишь общее положение о том, что правила гражданского законодательства применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. Норма, соответствующая ст. 47 ЗоТЗ, в Ч4 ГК РФ отсутствует. Планировал ли законодатель тем самым изменить прежнее правовое положение и предоставить соответствующую правовую охрану иностранным гражданам и иностранным юридическим лицам независимо от условий международных договоров Российской Федерации и принципа взаимности, станет понятно только со временем. По меньшей мере, представляется вполне возможным, что в Ч4 ГК РФ намеренно отказались от этого правила, в связи с тем, что в настоящее время большинство государств уже участвуют в Парижской конвенции, а с многочисленными прочими государствами заключены двусторонние соглашения, так что специальное установление принципа взаимности для каждого единичного случая казалось излишним.

Объектом правоотношений являются товарный знак и знак обслуживания. Эту сторону правоотношений ст. 1478 ГК РФ не регулирует. Положения об объекте данных правоотношений содержатся прежде всего в ст.ст. 1477, 1482 ГК РФ.

В той мере, в какой в ст. 1478 ГК РФ речь идет об исключительном праве на товарный знак, уместна отсылка к ст. 1484 и ст. 1229 ГК РФ. Пра-

ва и обязанности обладателя исключительного права на товарный знак регулируются прежде всего ст.ст. 1484-1491 и ст. 1515 в §2 гл. 76 ГК РФ. Специальные положения для общеизвестного товарного знака содержатся в ст. 1508 и для коллективного знака – в ст. 1510 в §2 гл. 76 ГК РФ.

Чтобы стать правообладателем товарного знака, юридическое лицо должно быть создано в соответствии с законом. Согласно п. 2 ст. 51 ГК РФ юридическое лицо считается созданным со дня внесения соответствующей записи в единый государственный реестр юридических лиц¹. Так же и физическое лицо может стать обладателем исключительного права на товарный знак в соответствии со ст. 1478 ГК РФ только с момента регистрации в едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей (см. выше).

С прекращением предпринимательской деятельности индивидуальный предприниматель теряет свое право быть обладателем исключительного права на товарный знак по смыслу ст. 1478 ГК РФ. В данном случае в соответствии с пп. 4 п. 1 ст. 1514 ГК РФ правовая охрана зарегистрированного на имя индивидуального предпринимателя товарного знака прекращается досрочно на основании решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

То же самое касается и случая прекращения существования юридического лица, на имя которого

¹ О регистрации юридических лиц см. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

зарегистрирован товарный знак. В соответствии с п. 1 ст. 61 ГК РФ ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам. В соответствии с п. 8 ст. 63 ГК РФ ликвидация юридического лица считается завершённой после внесения об этом записи в единый государственный реестр юридических лиц. С этого момента данное юридическое лицо не может быть правообладателем товарного знака в соответствии со ст. 1478 ГК РФ.

На право юридического лица быть обладателем исключительного права на товарный знак в отношении любых видов товаров не оказывают влияния ни объем его правоспособности, ни наличие специального разрешения (лицензии) на осуществление отдельных видов деятельности, исчерпывающий перечень которых дается в ст. 17 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности»¹.

Так же и индивидуальный предприниматель независимо от вида его предпринимательской деятельности может быть обладателем исключительного права на товарный знак в отношении любых видов товаров². Достаточно уже того, что индивидуальный предприниматель в общем осуществляет

¹ Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 33 (Часть 1). Ст. 3430 в ред. Федерального закона от 5 февраля 2007 г. № 13-ФЗ // СЗ РФ 2007. № 7. Ст. 834; см. также *Гаврилов Э. П., Данилина Е. А.* Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Экзамен, 2004. Ст. 2. С. 15.

² Там же. С. 15.

предпринимательскую деятельность. Нет необходимости во взаимосвязи между предприятием заявителем и заявленными товарами. Такая взаимосвязь товарного знака не требуется ни для возникновения, ни для существования, ни для перехода исключительного права на товарный знак.

Ст. 1478 ГК РФ регулирует, кто может быть обладателем исключительного права на индивидуальный товарный знак. Положение ст. 1478 ГК РФ распространяется, по всей видимости, также на приобретателя исключительного права на товарный знак (ст. 1488 ГК РФ) и лицензиата (ст. 1489 ГК РФ), которые также должны являться либо юридическими лицами, либо индивидуальными предпринимателями (см. выше).

Ст. 1478 ГК РФ применяется и в отношении правообладателя общеизвестного товарного знака (ст. 1508 ГК РФ). Данное лицо также должно быть юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем. Исключение из этого правила предусматривает п. 1 ст. 1510 ГК РФ в отношении правообладателя коллективного знака. Данная норма сужает круг лиц, указанных в ст. 1478 ГК РФ, так как в соответствии с ней правообладателями коллективных знаков могут быть только объединения лиц. В свою очередь, эти объединения должны являться юридическими лицами. Пользоваться же коллективным знаком вправе не только юридические лица, но и индивидуальные предприниматели.

Используя понятия «юридическое лицо» и «индивидуальный предприниматель», ст. 1478 ГК РФ прямо отсылает к общим положениям части пер-

вой ГК РФ о физических (гл. 3) и юридических (гл. 4) лицах.

Международные договоры в области охраны товарных знаков не содержат никаких соответствующих ст. 1478 ГК РФ предписаний о субъектном составе правообладателей товарных знаков. В соответствии с п. 1 ст. 6 Парижской конвенции каждое государство-участник Парижской конвенции самостоятельно определяет в своем национальном законодательстве условия подачи заявки и регистрации товарных знаков. Сюда относится также определение круга лиц, которые вправе обладать товарными знаками.

В соответствии со ст. 21 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее – Соглашение ТРИПС) обладатель зарегистрированного товарного знака имеет право передавать права на товарный знак с передачей предприятия, которому принадлежит товарный знак, или без такой передачи. Эта норма, как и п. 4 ст. 11 Договора о законах по товарным знакам¹ и иначе, чем п. 1 ст. 6^{quater} Парижской конвенции, исходит из того, что товарный знак – это самостоятельный объект права, в отношении которого правообладатель может совершать любые действия как, например, отчуждать или закладывать его или заключать лицензионный договор². Но ст. 21 Соглашения ТРИПС не говорит ничего о том, должен ли заявитель или правообладатель товарного знака владеть существующим в том или ином виде пред-

¹ Публикация ВОИС № 225 (R). Женева, 1994.

² *Ströbele P., Hacker F.* Markengesetz Kommentar. 7. Aufl. Köln u.a., 2003. §27. Rn. 9.

приятием, так что на уровне международного права остается открытым вопрос, может ли любое физическое лицо быть правообладателем товарного знака.

Судебная практика, затрагивающая вопросы, регулируемые ранее нормой п. 3 ст. 2 ЗоТЗ, а в настоящее время – ст. 1478 ГК РФ, крайне скудна. Так например, вместе с решением вопроса о том, должна ли быть правовая охрана, предоставленная товарному знаку «Живчик», зарегистрированному на имя латвийской гражданки в Государственном реестре товарных знаков, объявлена в соответствии с пп. 2 п. 1 ст. 28 ЗоТЗ недействительной, ФАС Московского округа в 2005 году затронул в своем решении положение п. 3 ст. 2 ЗоТЗ¹. Данное решение интересно по двум причинам.

Первый аспект касается вопроса, должен ли иностранный гражданин являться предпринимателем, чтобы иметь в России право зарегистрировать на свое имя товарный знак. В этом отношении суд установил, что в соответствии с п. 3 ст. 2 ЗоТЗ физическое лицо может быть субъектом права на товарный знак только тогда, когда оно осуществляет предпринимательскую деятельность. Это положение было применено судом также и в отношении иностранного гражданина, независимо от того, что в соответствии с законодательством страны, гражданином которого является данное лицо, правообладателем товарного знака может быть любое физическое лицо. В данном случае, по мнению суда, нельзя сослаться и на охрану товарного знака с

¹ Постановление ФАС Московского округа от 10 июня 2005 г. № КГ-А40/4789-05 // СПС «Гарант».

оговоркой «таким, как он есть» в соответствии с пп. 1, 2 ст. 6^{quinquies} Парижской конвенции, так как в названной статье речь идет об охраноспособности товарного знака, а не об условиях подачи заявки и регистрации товарных знаков.

Второй затронутый в решении аспект касается вопроса, должен ли иностранный гражданин быть зарегистрирован как индивидуальный предприниматель именно в Российской Федерации. В этой связи, основываясь на тексте решения, можно сделать вывод, что, чтобы согласно п. 3 ст. 2 ЗоТЗ стать обладателем исключительного права на товарный знак в России, достаточно регистрации в качестве предпринимателя в соответствующем иностранном государстве.

Причина ограничения круга физических лиц, имеющих право обладать товарными знаками, только индивидуальными предпринимателями кроется не в самом законодательстве о товарных знаках, а в общей части гражданского права, в соответствии с которой осуществление любой предпринимательской деятельности требует государственной регистрации. Законодательство о товарных знаках, таким образом, делает лишь соответствующие выводы из этого общего требования гражданского законодательства, запрещая регистрацию в качестве правообладателя товарного знака физического лица, не имеющего статуса индивидуального предпринимателя. Если же товарный знак все-таки будет зарегистрирован, то в соответствии с пп. 3 п. 2 ст. 1512 ГК РФ такая регистрация товарного знака может быть оспорена и признана недействительной.

В прошлом имели место различные попытки изменить установленную п. 1 ст. 23 ГК РФ обязанность физических лиц быть зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей, так как данная правовая норма, согласно одной из точек зрения, нарушает ст. 34 Конституции РФ, гарантирующую каждому право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской деятельности¹. Однако в настоящее время данный вопрос больше не обсуждается².

Сомнения в конституционности ограничения круга физических лиц, имеющих право обладать товарными знаками, только категорией индивидуальных предпринимателей высказывались также отдельными авторами в юридической литературе, посвященной товарным знакам, со ссылкой на ч. 1 ст. 44 Конституции РФ³. Часть 1 ст. 44 Конституции РФ гарантирует каждому свободу всех видов

¹ См. проект Федерального закона № 240368-3 «О внесении дополнений в статью 23 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и дополнении части первой Гражданского кодекса Российской Федерации статьей 23.1» // СПС «КонсультантПлюс».

² См. официальный отзыв Правительства РФ от 16 января 2003 г. № 211 п-П5 «На проект Федерального закона № 240368-3 «О внесении дополнений в статью 23 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и дополнении части первой Гражданского кодекса Российской Федерации статьей 23.1» // СПС «КонсультантПлюс».

³ *Еременко В. И.* Развитие законодательства об интеллектуальной собственности Российской Федерации // Государство и право. 2004. № 1. С. 46.

творчества, а также охрану интеллектуальной собственности. Разработчик товарного знака, не являющийся индивидуальным предпринимателем, в соответствии с данной точкой зрения, также должен иметь право зарегистрировать на свое имя товарный знак, например, с целью последующего отчуждения исключительного права на товарный знак. В случае неиспользования зарегистрированного товарного знака правовая охрана могла бы тогда прекращаться на основании решения Палаты по патентным спорам в соответствии с пп. 4 п. 1 ст. 29, п. 3 ст. 22 ЗоТЗ (пп. 3 п. 1 ст. 1514, ст. 1486 ГК РФ). Кроме того, как указывают сторонники этой точки зрения, Договор о законах по товарным знакам, участником которого является Российская Федерация, предусматривает в пп. а) (xvii) п. 1 ст. 3 для государств-участников возможность требовать, чтобы заявка на регистрацию товарного знака содержала заявление о намерении использовать знак в соответствии с требованиями законодательства данного государства¹. В дополнение к такому заявлению государства-участники в соответствии с пп. b) п. 1 ст. 3 Договора о законах по товарным знакам могут потребовать от заявителя подать заявление о фактическом использовании знака и представить доказательства этого в соответствии с требованиями национального законодательства. При переносе данных положений в российское право появились бы достаточные механизмы правовой защиты против злоупотребления

¹ *Еременко В. И.* Развитие законодательства об интеллектуальной собственности Российской Федерации // Государство и право. 2004. № 1. С. 47.

правом со стороны т. н. «пиратов» в связи с регистрацией товарных знаков.

В принципе, ограничение круга физических лиц, имеющих право обладать товарными знаками, только категорией индивидуальных предпринимателей должно быть отменено. Но при этом надо учитывать, что товарный знак является не обязательно результатом творческой деятельности в смысле предложения 1 ч. 1 ст. 44 Конституции РФ, а средством индивидуализации предлагаемых на рынке товаров. Вызывает сомнения и то, действительно ли предложение 2 ч. 1 ст. 44 Конституции РФ гарантирует каждому право на охрану интеллектуальной собственности. Это будет иметь место только тогда, когда правовая норма обнаруживает дополнительно к своему объективному содержанию субъективно-правовую сторону и гарантирует каждому субъективное право на эффективную защиту его прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. В пользу этого могло бы говорить нахождение данной нормы права внутри каталога конституционных прав и свобод человека и гражданина. Но сам текст этой нормы не предусматривает никакого субъективного права каждого на защиту интеллектуальной собственности законом. В данном случае речь идет лишь о конституционно-правовом задании для законодателя по правовой охране интеллектуальной собственности. Следовательно, в дополнение к запрету на государственное вмешательство в защищаемую предложением 1 ч. 1 ст. 44 Конституции РФ сферу, государство обязано обеспечить

эффективную правовую охрану интеллектуальной собственности¹.

Более эффективную по сравнению с действовавшей ранее нормой пп. 4 п. 1 ст. 28 ЗоТЗ правовую защиту против «пиратского захвата» товарных знаков физическими лицами могла бы обеспечить новая норма пп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ в той мере, в какой отсутствие намерения использовать регистрируемый товарный знак выполняет состав злоупотребления права, служащий основанием для признания предоставленной правовой охраны товарному знаку недействительной.

Иначе чем установлено ст. 1478 ГК РФ, в соответствии с пп. 2, 3 §7 немецкого Закона о товарных знаках правообладателями товарных знаков могут быть все юридические лица частного и публичного права, а также правоспособные товарищества. Правоспособными товариществами в смысле п. 3 §7 Закона о товарных знаках являются торговые товарищества (полное товарищество и коммандитное товарищество), а также партнерство (Partnerschaftsgesellschaft). В основополагающем решении по поводу правоспособности простого товарищества (§§705 и сл. Гражданского уложения Германии), Второй сенат Федерального верховного суда ФРГ в 2001 г. решил многолетний спор о правовой природе простого товарищества и признал за простым товариществом правоспособ-

¹ *Алексеева О. Л.* Об использовании понятия «интеллектуальная собственность» // ИС. Промышленная собственность. 2002. № 6. С. 6. Комментарий к Конституции Российской Федерации. / Под ред. Л. А. Окунькова и др. М., 2002. Ст. 44. С. 345 и сл.

ность¹. Впоследствии как Федеральным патентным судом ФРГ,² так и большинством авторов в юридической литературе³ за простым товариществом, которое по немецкому праву не является юридическим лицом, признавалась способность обладать товарным знаком.

Соответствующий закон Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (Trade Marks Act 1994) не регулирует вопрос субъектного состава обладателей товарных знаков. Британский закон не требует ни того, чтобы заявитель был предпринимателем, ни заявления о намерении использования товарного знака при подаче заявки⁴. Что касается прав резидентов и лиц иностранного права, никаких различий, как и в немецком праве, нет.

Первая директива Совета от 21 декабря 1988 г. № 89/104 о сближении законодательства госу-

¹ Решение от 29 января 2001 г. // NJW 2001. S. 1056–1061.

² Решение от 20 августа 2004 г. // GRUR 2004. S. 1031 ff. Однако, еще в 2000 г. Первый сенат Федерального верховного суда ФРГ отвергал способность простого товарищества обладать товарным знаком; см. Решение от 24 февраля 2000 г. // GRUR 2000. S. 1030 – по делу «Ballermann».

³ См.: Fezer K.-H. Markenrecht. 3. Aufl. München 2001. §7 MarkenG. Rn. 34 ff. Ingerl R., Rohnke Ch. Markengesetz Kommentar. 2. Aufl. München, 2003. §7. Rn. 12. Ströbele P., Hacker F. Markengesetz Kommentar. 7. Aufl. Köln u.a., 2003. §7. Rn. 10.

⁴ Mountstephens A. Das Markenrecht in Großbritannien und Nordirland. Dissertation. Köln u.a., 2003. S. 135.

дарств-членов ЕС о товарных знаках¹ не содержит никаких обязательных для государств-участников ЕС предписаний по регулированию круга субъектов прав на товарный знак.

Права в отношении товарных знаков Европейского сообщества регулируются ст. 5 Регламента Совета от 20 декабря 1993 г. № 40/94 о товарном знаке Европейского сообщества (далее – Регламент о товарном знаке ЕС)², в соответствии с которой обладателями прав на товарные знаки ЕС могут быть физические и юридические лица, включая публично-правовые образования. Общества и другие организационно-правовые объединения, которые в соответствии с их личным законом наделяются правами и способны самостоятельно нести обязанности любого вида, от своего имени заключать договоры, выполнять другие юридические действия и выступать в суде, приравнены в соответствии со ст. 3 Регламента о товарном знаке ЕС к юридическим лицам. В соответствии со ст. 5 Регламента о товарном знаке ЕС товарным знаком ЕС могут обладать граждане государства-участника ЕС (пп. а) п. 1) либо граждане государства-участника Парижской конвенции или Соглашения о создании Всемирной Торговой Организации (далее – Соглашение о ВТО) (пп. b) п. 1). Граждане третьих государств могут приобретать права на товарные знаки ЕС в том случае, если их место жительства, местонахождение или отделение находится внутри Европейского Союза либо

¹ Официальный вестник Европейских сообществ № L 40 от 11 февраля 1989 г. С. 1–7.

² Там же. № L 11 от 14 января 1994 г. С. 1–36.

на территории другого государства-участника Парижской конвенции или Соглашения о ВТО (пп. с) п. 1), либо если их государство предоставляет гражданам всех государств-участников ЕС такую же правовую охрану, как и своим собственным гражданам (пп. d) п. 1).

Библиографический список:

1. *Корчагин А. Д., Орлова В. В., Горленко С. А.* Постатейный комментарий к Закону Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // Интеллектуальная собственность. Документы и комментарии, 2004.

2. Гражданское право: В 4-х т. Т. I. 3-е изд. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2004.

3. Гражданское право. Т. I. 6-е изд. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2003.

4. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. 2-е изд. СПб., 2004.

5. Товарные знаки в Российской Федерации / Под общ. ред. С. В. Дудушкина. М., 2004.

6. *Петров И. А.* Охрана товарных знаков в Российской Федерации. М., 2002.

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

8. *Городов О. А.* Право на средства индивидуализации. М., 2006.

9. *Еременко В. И.* Развитие законодательства об интеллектуальной собственности Российской Федерации // Государство и право. 2004. № 1.

10. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч. 1. 3-е изд. / Под ред. Н. Д. Егорова, А. П. Сергеева. М., 2006.

11. *Григоренко С.* Проблемы гражданско-правового статуса индивидуального предпринимателя // Хозяйство и право. 1999. № 5.

12. *Богуславский М. М.* Международное частное право. М., 2006.

13. *Попондопуло В. Ф.* Коммерческое (предпринимательское) право. 2-е изд. М., 2006.

14. *Рузакова О. А.* Комментарий к четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 2007.

15. *Рузакова О. А.* Право интеллектуальной собственности. М., 2005.

16. *Рассохин В. П.* Законодательство России в области промышленной собственности // Патенты и лицензии. 1993. № 7–8.

17. *Алексеева О. Л.* Об использовании понятия «интеллектуальная собственность» // ИС. Промышленная собственность. 2002. № 6.

18. Комментарий к Конституции Российской Федерации. / Под ред. Л. А. Окунькова и др. М., 2002.

19. *Fezer K.-H.* Markenrecht. 3. Aufl. München 2001. §7 MarkenG. Rn. 34 ff.

20. *Ingerl R., Rohnke Ch.* Markengesetz Kommentar. 2. Aufl. München, 2003. §7. Rn. 12.

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

А. ДИТЦ

Институт проблем интеллектуальной собственности и конкуренции – Институт Макса Планка (Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht), доктор права, профессор (80539, Германия, г. Мюнхен, Маршталплац, д. 1, тел.: (49) 89-24246-0)

ПРАВО НА ОБНАРОДОВАНИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ В СИСТЕМЕ ЛИЧНЫХ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ АВТОРА*

Ключевые слова: авторское право; обнародование; права автора; личные неимущественные права

Аннотация: Настоящей статьей проф. А. Дитц продолжает небольшой цикл своих публикаций, подготовленных специально для научного журнала «Труды по интеллектуальной собственности» и посвященных анализу такого важного института российского авторского права как личные неимущественные права автора. В первой статье этого цикла было рассмотрено право авторства и право на имя². Предметом анализа во второй статье было

² Дитц А. Право авторства и право на имя в системе личных неимущественных прав автора // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. № 1 (том XVI). С. 64 и да-

право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений¹. В настоящей статье будут рассмотрены различные аспекты осуществления права автора на обнародование произведения, в том числе в сравнении с ранее действующим российским и аналогичным зарубежным законодательством.

Основные моменты положений ст. 1268 «Право на обнародование произведения» Четвертой части Гражданского кодекса РФ² (далее – Ч4 ГК РФ) уже содержались в абз. 4 п. 1 ст. 15 предшествующего Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»³ (далее – ЗоАП), хотя, если исходить из заголовка, это право однозначно относилось к личным неимущественным правам. В новом правовом регулировании такое однозначное отнесение, к сожалению, отсутствует; хотя в этом, в конечном счете, нет никаких сомнений, данный результат достигается посредством нескольких шагов толкования.

лее.

¹ Дитц А. Право на неприкосновенность произведения в системе личных неимущественных прав автора // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. № 2 (том XVII). С. 81 и далее.

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

³ Закон Российской Федерации от 09 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (утратил силу 31 декабря 2007 г.) // Российская газета. 1993. 09 августа. № 147.

Различия скорее регулятивно-технического характера имеются при определении используемых терминов¹. В новой норме такие центральные понятия, как «обнародование» и «опубликование» определяются непосредственно в абз. 1 и 2 п. 1 ст. 1268 Ч4 ГК РФ, тогда как в прежнем регулировании содержится ссылка на перечень дефиниций в ст. 4 ЗоАП. Дефиниции в старом и новом законодательстве в основном совпадают, хотя и имеют ряд не очень существенных отличий: в новой норме при определении «обнародования» особо упомянуты рядом друг с другом сообщение произведения в эфир и по кабелю как частные случаи, тогда как в прежнем законодательстве это вытекает лишь из соответствующей дефиниции «сообщения в эфир» в перечне дефиниций (см. также соответствующий комментарий к ст. 1270). Приведенные при определении права на обнародование произведения понятия «публичный показ» и «публичное исполнение» в ЗоАП также определяются в рамках перечня дефиниций, тогда как в новой норме опять-таки необходима ссылка на подп. 3 и 6 п. 2 ст. 1270 Ч4 ГК РФ.

С другой стороны, в нормах Ч4 ГК РФ при определении «опубликования» добавлен не содержащийся в определении прежнего закона поясняющий признак: что речь идет о выпуске в обращение

¹ Что касается менее четкого регулирования в прежнем законодательстве, см.: *Сергеев А. П.* Авторское право России. СПб., 1994. С. 90 и далее, *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд-е 2-е, перераб. и доп. М., 1999. С. 159, 215–216.

экземпляров произведения, представляющих собой *копию* произведения в любой материальной форме (то есть, не оригинал). Новым является также пояснение в п. 2 ст. 1268 Ч4 ГК РФ, согласно которому следует исходить из того, что автор, передавший другому лицу по договору произведение для использования, считается согласившимся на его обнародование (о значении этого пояснения см. ниже). В прежней норме такого пояснения нет; п. 3 ст. 15 ЗоАП, напротив, предусматривал вообще для всех личных неимущественных прав, то есть также для права автора на обнародование произведения, что автор продолжает ими обладать и в случае уступки исключительных прав на использование произведения.

Новым и не имеющим образца в прежнем регулировании является также положение, содержащееся в п. 3 ст. 1268 Ч4 ГК РФ, о специальном случае обнародования после смерти автора необнародованных (посмертных) произведений; оно дополнено в отношении произведений, перешедших в общественное достояние, в абз. 1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ.

Переходя к вопросу о субъектах права на обнародование произведения, прежде всего, надо сослаться на п. 2 ст. 1265 Ч4 ГК РФ. Субъектом права на обнародование произведения, как личного неимущественного права является автор, как создатель произведения. Поскольку право автора на обнародование произведения как «другое» личное неимущественное право является согласно абз. 2 п. 2 ст. 1228 Ч4 ГК РФ неотчуждаемым, непередаваемым и безотказным, при жизни автора оно не мо-

жет перейти к другим лицам. До тех пор, пока автор еще не осуществил свое право на обнародование определенного произведения (то есть пока оно еще не исчерпано), оно сохраняется, причем и в том случае, если произошло не разрешенное, то есть осуществленное без согласия автора обнародование произведения¹. В этом смысле право автора на опубликование произведения также является бессрочным, хотя ни в абз. 1 п. 3 ст. 1228, ни в п. 1 ст. 1267 Ч4 ГК РФ оно не относится к бессрочным неимущественным правам. Это вытекает из самой сущности нормы, содержащейся в ст. 1268 Ч4 ГК РФ.

С другой стороны, использование произведения предполагает, как правило, его обнародование в одной из форм использования, указанных в дефиниции «обнародования» в абз. 1 п. 1 ст. 1268 Ч4 ГК РФ. Но такое использование осуществляется, как правило, третьими лицами (издателем, продюсером и т. п.), по причине чего в упомянутой дефиниции наряду с обнародованием произведения *самим автором* особо упоминается гораздо чаще встречающийся на практике вариант обнародования *с согласия автора*. Согласие автора на обнародование произведения, которое по времени может предшествовать фактическому обнародованию, нельзя смешивать с недопустимой передачей права на обнародование.

Автор, конечно, может поручить по договору третьему лицу (по большей части партнеру по до-

¹ Аналог.: *Калятин В. О.* Право автора на обнародование произведения // Патенты и лицензии. 2005. № 9. С. 47 и далее.

говору об использовании произведения) определить время, место, а также способ фактического обнародования произведения. Таковую возможность также предусматривает п. 2 ст. 1268 Ч4 ГК РФ; по данному положению следует исходить из того, что автор, передавший другому лицу по договору произведение для использования, считается согласившимся на обнародование этого произведения¹. Право на обнародование произведения осуществляется, таким образом, и в этом случае самим автором (а не, например, его партнером по договору), причем уже при передаче произведения, хотя в этот момент оно еще не доступно общественности². Партнер автора по договору выступает здесь как бы в роли представителя общественности. То есть, обнародование произведения другими лицами с согласия автора – это не то же самое, что осуществление этими лицами *права* на обнародование. Право на обнародование произведения как таковое остается непередаваемым.

Если имеет место авторизованное автором обнародование (или передача в целях обнародования) произведения, то право на обнародование считается исчерпанным, так как в упомянутой дефиниции определенно имеется в виду *первое* обнародование, которое делает произведение доступным для

¹ Ср. *Гаврилов Э. П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. Судебная практика. Изд-е 3-е, перераб. и доп. М., 2003. С. 113.

² См. также: *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 33.

всеобщего сведения¹. Поэтому дальнейшие обнародования произведения уже не подпадают под право автора на обнародование. Это не означает, что он не смог бы контролировать дальнейшие действия по обнародованию произведения; но при этом автору придется воспользоваться исключительными правами на использование произведения, которыми он также обладает. Но здесь уже не затрагивается специфика права на обнародование в смысле суверенного решения автора о том, должно ли произведение выйти из его частной сферы и стать достоянием общественности или нет.

В связи с исчерпанием права на обнародование произведения вместе с его первым обнародованием все произведения, обнародованные при жизни автора, не сталкиваются с проблемой правопреемства после смерти автора; права (на обнародование), которое могло бы перейти к наследникам (или другим лицам), больше не существует. Следовательно, нормативное регулирование ограничивается случаем посмертного обнародования произведений, в отношении которых автор при жизни как раз не использовал свое право на обнародование. В таких случаях согласно п. 3 ст. 1268 Ч4 ГК РФ обнародование может осуществить лицо, обладающее исключительным правом на про-

¹ Так уже в отношении прежнего закона: *Сергеев А. П.* Авторское право России. СПб., 1994. С. 88, *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд-е 2-е, перераб. и доп. М., 1999. С. 157, *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 33.

изведение, которым согласно п. 1 ст. 1282 Ч4 ГК РФ в первую очередь могут быть наследники¹. Это положение дополняется абз. 1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ, где такое обнародование по истечении срока защиты исключительных прав в принципе разрешается любому лицу. Очевидно, российский законодатель исходит здесь из того, что существует культурно-политический интерес в посмертном обнародовании произведений; об этом свидетельствует также предоставление специального права публикатора согласно ст. 1377 и далее Ч4 ГК РФ в рамках положений о смежных правах (Глава 71 Ч4 ГК РФ)²..

Тем не менее, обнародование произведений в обоих названных случаях (п. 3 ст. 1268 и абз. 1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ) обусловлено оговоркой о том, что обнародование не должно противоречить воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и тому подобное)³. В этой ограниченной (негативной)

¹ Слишком узко и довольно далеко от реальности: *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 33–36; этот автор выступает за то, чтобы право на обнародование предоставлялось наследникам лишь при наличии определенного разрешения обнародования со стороны (умершего) автора.

² Абз. 2 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ также содержит ссылку на это положение – *прим. авт.*

³ Строго в этом смысле: *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 33–36.

форме право автора на обнародование произведения действует, таким образом, и после его смерти, причем закон, конечно, ничего не говорит о том, кто должен осуществлять выраженную таким образом волю автора. Но есть все основания исходить из того, что здесь по аналогии следует применять положения, относящиеся к другим личным неимущественным правам¹. Согласно этим положениям осуществлять (негативную) волю автора и тем самым не допускать обнародования произведения призваны в первую очередь специально указанный автором исполнитель завещания, а также, в субсидиарном порядке, любое «другое заинтересованное лицо».

Таким образом, норма, содержащаяся в п. 3 ст. 1268, а также в абз. 1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ, подтверждает, что право на обнародование произведения существует в негативной форме (защита от обнародования против воли автора) без ограничения во времени. Эта норма является расширением положения, содержащегося в п. 1 ст. 1267 Ч4 ГК РФ, согласно которому бессрочной защитой пользуются (только) авторство, имя автора и неприкосновенность произведения. В плане критики здесь, конечно, следует отметить, что бессрочная защита здесь, как и в других случаях с личными неимущественными правами, в культурно-политическом смысле является сомнительной и даже контрпродуктивной практикой, причем тем более, чем больше времени проходит с момента смерти авто-

¹ П. 2 ст. 1267, а также, при необходимости, предложение 2 П. 2 ст. 1266 – *прим. авт.*

ра¹. Если, к примеру, обнаружится прежде неизвестная рукопись таких знаменитых русских авторов, как А. С. Пушкин или Ф. М. Достоевский, и в то же время письменное заявление автора о том, что эту рукопись нельзя обнародовать, то ее обнародование могло бы быть запрещено через суд по ходатайству какого-либо «заинтересованного лица». Но ведь и в России следует предположить, что существует широкая культурная и историческая заинтересованность общественности в обнародовании такой рукописи, о чем косвенно свидетельствует также предоставление специального права публикатора согласно ст. 1337 и далее Ч4 ГК РФ. Так что авторское право не должно способствовать принятию решений, сомнительных с культурно-политической точки зрения.

Предметом правовых отношений в ст. 1268 Ч4 ГК РФ является право автора на обнародование произведения в его различных проявлениях. В соответствии с определением права на обнародование произведения как центрального понятия (абз. 1 п. 1 ст. 1268 Ч4 ГК РФ) при этом подразумевается право осуществить действие или дать согласие на осуществление действия, которое *впервые* делает произведение доступным для всеобщего сведения²,

¹ Что касается прежнего, менее строгого регулирования, ср.: *Сергеев А. П.* Авторское право России. СПб., 1994. С. 147–148, *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд-е 2-е, перераб. и доп. М., 1999. С. 214–215.

² Что касается разграничения между обнародованием и простым доведением до сведения ограниченного круга лиц, ср.: *Поголяев В. В., Вайпан В. А., Любимов А. П.* Комментарий к Закону Российской Федерации «Об ав-

а именно путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом. Перечисленные здесь в качестве примеров и ни в коем случае не в исчерпывающем порядке формы¹ осуществления права на обнародование определены, в основном, в ст. 1270 Ч4 ГК РФ, регулирующей содержание исключительных имущественных прав автора. Это относится к публичному показу, публичному исполнению, сообщению в эфир и сообщению по кабелю.

Определение опубликования (выпуска в свет) содержится в абз. 2 п. 1 ст. 1268 Ч4 ГК РФ. Речь идет о выпуске в обращение экземпляров произведения, представляющих собой *копию* произведения в любой материальной форме, в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения. Эта очень гибкая формулировка напоминает

торском праве и смежных правах» (постатейный). М.: 2006. С. 44; *Калятин В. О.* Право автора на обнародование произведения // Патенты и лицензии. 2005. № 9. С. 48; *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 33.

¹ Возможны, таким образом, и другие, не перечисленные в законе формы использования произведения, в частности, с помощью Интернета; см. *Калятин В. О.* Право автора на обнародование произведения // Патенты и лицензии. 2005. № 9. С. 47; *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 33.

ет дефиницию обнародованных произведений в абз. 3 ст. 3 Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений¹ (далее – Бернская Конвенция). Она, однако, исключает определенные формы деятельности, которые, тем не менее, могут являться актами обнародования произведения в смысле общего определения, содержащегося в абз. 1 п. 1 ст. 1268 Ч4 ГК РФ. Это относится, к примеру, к продаже *оригинала* произведения изобразительного искусства антиквару, которые выставит его в открытую продажу, что согласно подп. 2 п. 2 ст. 1270 Ч4 ГК РФ является актом распространения, но не опубликования произведения. Публичное распространение произведения в электронной форме (например, через Интернет) также не является опубликованием, поскольку речь здесь не идет о копиях произведения *в материальной форме*; но здесь имеет место доведение произведения до всеобщего сведения в соответствии с подп. 11 п. 2 ст. 1270 Ч4 ГК РФ². Во всех этих случаях обнародование, если оно не осуществляется самим автором, требует его согласия.

Согласно п. 2 ст. 1268 Ч4 ГК РФ предполагается, что автор считается согласившимся на обнародо-

¹ Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.). Вступила в силу для Российской Федерации с 13 марта 1995 г. // Бюллетень МД. 2003. №9.

² Аналогично: *Калятин В. О.* Право автора на обнародование произведения // Патенты и лицензии. 2005. № 9. С. 48; *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 33.

вание своего произведения, если он передал произведение по договору другому лицу для использования. Однако это предположение нельзя считать бесспорным, поскольку в нем упоминается именно договорное регулирование. Если автор, например, определенно оставил за собой в договоре право на принятие решения о даче согласия на обнародование, то данное предположение теряет силу; партнер по договору может начать обнародование, лишь получив от автора «добро». Тем не менее, данное предположение является облегчением практики использования произведений. Такое облегчение в пользу обладателя исключительного имущественного права на произведение предусматривает также п. 3 ст. 1268 Ч4 ГК РФ, где речь идет об обнародовании после смерти автора не обнародованного произведения; абз.1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ дополняет и модифицирует это положение в отношении посмертного обнародования произведений после их перехода в общественное достояние.

По своей сути право на обнародование произведения является одним из важнейших личных неимущественных прав автора¹. Оно оставляет за автором в плане защиты его интеллектуально-

¹ О правовых последствиях обнародования произведения при его переходе в общественное достояние см.: *Сергеев А. П.* Авторское право России. СПб., 1994. С. 144, *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд-е 2-е, перераб. и доп. М., 1999. С. 51, *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12. С. 32.

личных интересов право на суверенное решение о том, будет ли его произведение доведено до сведения общественности или нет. Конечно, здесь могут возникнуть трудноразрешимые конфликты – например, когда речь идет о служащих авторах. Норма о служебных произведениях, содержащаяся в абз. 2 п. 2 ст. 1295 Ч4 ГК РФ, исходит из того, что соответствующее произведение предоставляется «в распоряжение» работодателя, что предполагает в понимании п. 2 ст. 1268 Ч4 ГК РФ согласие на обнародование произведения. Здесь, однако, вполне возможно возникновение конфликтов в сфере трудового права, если автор не согласится на передачу (то есть обнародование) произведения, создавать которое он был обязан согласно трудовому договору. Тем не менее, и в этом случае автора нельзя в принципе лишить его исконного права на решение о том, считает ли он свое произведение достойным обнародования или нет¹. Что касается специального случая, упоминаемого в п. 3 ст. 1295 Ч4 ГК РФ (в сочетании с п. 2), то закон наделяет работодателя правом на обнародование произведения, если в договоре с наемным автором не предусмотрено иное.

Решение об обнародовании произведения является, как уже не раз говорилось, результатом суверенного решения автора, за которое он не должен

¹ Аналог.: *Сергеев А. П.* Авторское право России. СПб., 1994. С. 146, *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд-е 2-е, перераб. и доп. М., 1999. С. 213, *Якушева Т.А.* Личные неимущественные (моральные) права автора в России и Германии: Монография. Ставрополь, 2007. С. 83.

оправдываться. Как видно из положений о посмертном обнародовании произведений, содержащихся в п. 3 ст. 1268 и абз. 1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ, автор может на все время своей жизни отказаться от обнародования отдельных или всех своих произведений. Он в принципе не обязан осуществлять свое право на обнародование произведений, даже если могут возникнуть конфликтные ситуации в сфере трудового права, которые тогда следует разрешать средствами трудового права¹. То же самое относится к санкциям договорного права по договорам, в которых автор обязался передать свое произведение в пользование третьим лицам. Автор ни в коем случае не может быть принужден к исполнению такого обязательства. Тем не менее, работодатель и заказчик могут исходить из предположения согласно п. 2 ст. 1268 Ч4 ГК РФ.

При обнародовании произведений после смерти автора (п. 3 ст. 1268 Ч4 ГК РФ) либо по истечении срока охраны (абз. 1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ) обладатель исключительного права на произведение или лицо, публикующее перешедшие в общественное достояние произведения, в принципе вправе осуществлять обнародование, но при этом обязаны соблюдать выраженную в письменном виде волю автора.

Что же касается внутренней взаимосвязи ст. 1268 с другими нормами ГК РФ, то в приведенных выше комментариях уже указывалось на их взаимо-

¹ Аналог.: Гаврилов Э. П., Данилина Е. А. Комментарий к закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». М.: Экзамен, 2004. Ст. 2. С. 115.

связь с целым рядом других норм; ниже эти взаимосвязи еще раз резюмируются. Следует указать на различные формы использования произведения, связанные с его обнародованием, которые перечислены в определении права на обнародование в абз. 1 п. 1 ст. 1268. Более детально они определяются, с одной стороны, в абз. 2 п. 1 ст. 1268 (опубликование), а с другой – в п. 2 ст. 1270 Ч4 ГК РФ (публичный показ, публичное исполнение, сообщение в эфир и сообщение по кабелю).

То, что право автора на обнародование произведения является частью его личных неимущественных прав, в отличие от предшествующего закона (см. п. 1 ст. 15 ЗоАП) нигде специально не оговорено. Тем не менее, это вытекает из обзора положений в п. 2 ст. 1228 Ч4 ГК РФ «иные личные неимущественные права» и п. 2 ст. 1255 Ч4 ГК РФ, а также из системного положения ст. 1268 Ч4 ГК РФ в комплексе статей 1265–1268; согласно п. 2 ст. 1228 Ч4 ГК РФ они действительно касаются личных неимущественных прав автора. Положение, практически идентичное п. 3 ст. 1268 Ч4 ГК РФ, содержит абз. 1 п. 3 ст. 1282 Ч4 ГК РФ; в первом случае речь идет об обнародовании после смерти автора, но до истечения срока охраны прав, не обнародованных при его жизни произведений, во втором случае – о таком обнародовании уже по истечении срока охраны прав.

Как уже указывалось в предыдущих статьях, российское право, так же как и ряд континентально-европейских систем авторского права, при обеспечении личных неимущественных прав автора («droit moral») выходит за рамки минимальной

охраны, предусмотренной в ст. 6-бис Бернской конвенции; наряду с предусмотренной конвенцией охраной авторства и неприкосновенности произведения российское законодательство обеспечивает также право на обнародование произведения как часть личных прав автора. Другие международные договоры по авторскому праву такого права также не предусматривают.

Поэтому, чтобы защитить автора от неразрешенных публикаций, международное право опирается на исключительные права использования (ст. 8 и далее Бернской конвенции), которыми автор также обладает как первый владелец авторских прав. Эти права являются, однако, передаваемыми; следствием этого является то обстоятельство, что зачастую утрачивается специфика, связанная с правом автора на обнародование произведения как одним из личных прав, то есть принадлежащее только автору право на принятие суверенного решения о том, обнародовать или не обнародовать произведение и если уж обнародовать, то каким образом.

В связи с краткостью пояснений о защите личных неимущественных прав автора, содержащихся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. № 15¹, где в п. 17 лишь кратко упомянуто право автора на обнародование произведения, следует сделать вывод

¹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» // Российская газета. 2006. 28 июня. № 137.

о недостаточной проработанности данного вопроса в судебной практике высших судов Российской Федерации.

Как говорилось выше, предоставление автору права на обнародование произведения как одного из нескольких личных неимущественных прав является достижением континентально-европейского авторского права. Менее развитые в этом плане англо-американские правовые системы, во всяком случае, не наделяют автора этим правом как специфическим личным полномочием; то же самое относится и к международным конвенциям по авторскому праву. Ситуация в других странах Европы изложена в обзоре Дутрелепона¹.

Во Франции, на родине «морального права», право на обнародование произведения («*droit de divulgation*») урегулировано в ст. xL. 121-2 и I. 121-3 французского Кодекса. Согласно общему мнению оно обладает, как и другие «моральные права», признаками неотчуждаемости, бессрочности и неприменимости срока давности, если только оно не исчерпано за счет своей первой реализации². Абзац 2 ст. L. 121-2, а также ст. L. 121-3 французского Кодекса предусматривают при этом специальное правило об осуществлении права на обнародование не обнародованных при жизни автора произведений после его смерти. Согласно этим положениям после смерти автора осуществлять право на обнародование произведений должны в

¹ См.: *Doutrelepont C.* Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Brüssel, 1997. С. 182 и далее.

² См. *Lucas A. et Lucas H.-J.* Traité de la propriété littéraire et artistique. 3^eéd. Paris, 2006. С. 353 и далее.

первую очередь назначенный автором исполнитель завещания, а при отсутствии такового – родственники автора. В этом плане французское право напоминает российские положения, закрепленные в абз. 1 п. 2 ст. 1267 Ч4 ГК РФ, которые, конечно, как уже сказано, во всяком случае, по аналогии применимы к праву на обнародование произведения.

Положения, содержащиеся в ст. L. 121-3 французского Кодекса, направлены против злоупотреблений при осуществлении или неосуществлении права на обнародование произведения после смерти автора, в данном случае при вмешательстве третьих лиц – в частности, министерства культуры. Критика французской нормы, по своей направленности имеющей много общего с соответствующей нормой Ч4 ГК РФ, как и в целом критика системы защиты «моральных прав», может состоять в том, что она, исходя из интересов бессрочного соблюдения воли автора, возможно, выходит за рамки культурно-политической необходимости. Ее воздействие на творчество живущего поколения художников и на культурную жизнь в целом может быть слишком ограничивающим и даже контрпродуктивным.

Германская норма предоставляет автору согласно абзацу 1 § 12 UrhG¹ в качестве важного частного полномочия в рамках «права автора как личности» право определять, как должно и должно ли вообще быть обнародовано его произведение.

¹ §12 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1966 (mit zahlreichen späteren Änderungen).

Аналогично тому, как это закреплено в абз. 2 п. 1 ст. 1268 Ч4 ГК РФ, понятие «обнародование» определяется в абз. 1 § 6 германского UrhG в том плане, что произведение обнародуется тогда, когда оно становится доступным общественности с согласия правообладателя. В Германии, очевидно, господствует мнение, что право на обнародование произведения исчерпывается с его *первой* публикацией, что, конечно, не является бесспорным¹. Здесь российская норма, содержащаяся в абз. 1 п. 1 ст. 1268 Ч4 ГК РФ, выгодно отличается большей ясностью, поскольку в дефиниции права на обнародование изначально указано, что речь идет о *первой* публикации. Если она осуществлена, право на обнародование считается исчерпанным.

По сравнению с французским регулированием больший реализм германской концепции в отношении срока действия личных полномочий автора проявляется, в частности, в норме о праве на обнародование произведения. Так, наследники автора, если это прямо не запрещено завещательными распоряжениями автора, могут после его смерти допустить обнародование ранее не обнародованных произведений даже вопреки ранее выраженной воле автора, причем этому не может воспрепятствовать третья сторона. С культурно-политической точки зрения общество не заинтересовано в том, чтобы постоянно держать под запретом неопубликованные произведения, что находит свое выражение, с одной стороны, в упоминав-

¹ См. подтв. Dietz A. Handbuch des Urheberrechts, herausgegeben. München: Ulrich Loewenheim, 2003. С. 286 и далее.

шемся положении о прекращении охраны авторских прав спустя 70 лет после смерти автора, а с другой – в предоставлении специального смежного права на посмертное опубликование произведений согласно § 71 германского UrhG. Данная норма имеет соответствие в российском авторском праве, где в ст. 1337 и далее Ч4 ГК РФ закреплены также права публикатора.

Библиографический список:

1. *Дитц А.* Право авторства и право на имя в системе личных неимущественных прав автора // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. № 1 (том XVI).
2. *Дитц А.* Право на неприкосновенность произведения в системе личных неимущественных прав автора // Труды по интеллектуальной собственности. 2014. № 2 (том XVII).
3. *Сергеев А. П.* Авторское право России. СПб., 1994.
4. *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. Изд-е 2-е, перераб. и доп. М., 1999.
5. *Калятин В. О.* Право автора на обнародование произведения // Патенты и лицензии. 2005. № 9.
6. *Гаврилов Э. П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. Судебная практика. Изд-е 3-е, перераб. и доп. М., 2003.
7. *Коростелева С.* Личные неимущественные права. Особенности использования права на обнародование // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 12.

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

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

10. *Doutrelepont C.* Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Brüssel, 1997.

11. *Lucas A. et Lucas H.-J.* Traité de la propriété littéraire et artistique. 3^eéd. Paris, 2006.

12. *Dietz A.* Handbuch des Urheberrechts, herausgegeben. München: Ulrich Loewenheim, 2003.

Е. А. ВОЙНИКАНИС

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», член Научно-методического центра «Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», кандидат философских наук, доцент (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

РАЗВИТИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Ключевые слова: система правового регулирования персональных данных; национальные системы правовой защиты данных; интеллектуальная собственность

Аннотация: Статья посвящена рассмотрению теоретических аспектов правового регулирования персональных данных в условиях глобализации.

Действующая система правового регулирования персональных данных сформировалась в 70–80 годы XX века. Семидесятые годы характеризуются принятием первых национальных законов по защите персональных данных (в Германии, Швеции и Франции). В 80 годы в сфере защиты персональных данных были приняты два основополагающих международных акта. В 1980 году по итогам двух-

летней работы специальной экспертной группы и многочисленных согласований Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) были утверждены «Руководящие принципы по защите частной жизни и трансграничных потоков персональных данных», а в 1981 году была принята Конвенция Совета Европы «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных».

Как подчеркивает В. П. Иванский, «национальные системы правовой защиты данных не смогли обеспечить экстерриториальность персональных данных, а существующая «разногласица законов» препятствовала созданию международной системы правового регулирования обработки персональных данных»¹. Поэтому основная задача, которую решали принципы ОЭСР, заключалась в *создании основ для международного обмена персональными данными*. Уже в те годы было очевидно, что как следствие развития компьютерных технологий объем данных будет постоянно увеличиваться, а отсутствие разумных правил организации межгосударственного обмена информацией может стать серьезным препятствием для экономического роста. Таким образом, руководящие принципы решали одновременно две задачи – обеспечение прав человека и предотвращение сбоев в международных потоках данных. Несмотря на то, что принципы ОЭСР носят исключительно рекомендательный

¹ Иванский В. П. Правовая защита информации о частной жизни граждан. Опыт современного правового регулирования: Монография. М.: Издательство РУДН, 1999. С. 112.

характер, принятие данного документа оказало значительное влияние на развитие законодательства о персональных данных. Наибольшую роль сыграли восемь базовых принципов, в числе которых качество персональных данных (релевантность цели, полнота и достоверность), определенность цели обработки, ограничение использования (обработка в целях, отличных от первоначальной, требует согласия субъекта или осуществляется согласно закону), меры по защите персональных данных, право на получение информации от оператора персональных данных и другие.

Опережающее развитие информационных технологий, прежде всего, облачных вычислений и больших данных, привело к возникновению новых рисков и проблем, связанных с защитой персональных данных. Сегодня мы наблюдаем так называемую *«вторую волну» развития правового регулирования персональных данных*. В 2013 году была принята новая редакция руководящих принципов ОЭСР¹. Отметим, что новая редакция не изменила сами принципы, но изменила и дополнила их содержательное наполнение. Однако больше, чем новая редакция руководящих принципов, о проблемах и тенденциях в регулировании защиты персональных данных, говорят выводы Экспертной группы, которая занималась разработкой об-

¹ Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. C(80)58/FINAL, as amended on 11 July 2013 by C(2013)79.

новленной редакции¹. Экспертная группа, в частности, признает, что понятийный аппарат и принципы были оставлены без изменений не потому, что такие изменения не требовались (напротив, многочисленные проблемы, которые возникают в связи с их реализацией, очевидны), а потому что *еще не сформировалось отчетливого понимания, какие именно изменения необходимы на современном этапе*². Эксперты также посчитали необходимым выделить те *проблемы*, которые требуют своего решения в ближайшем будущем. Приведем и прокомментируем наиболее важные из таких проблем.

Необходимо определить, какую роль играет анонимизация персональных данных в случае, когда существует возможность повторной идентификации данных, и существуют ли другие подходы, которые позволяют защитить персональных данных более эффективно. Как известно, анонимизация представляет собой удаление из наборов данных всех личных идентификаторов (имя, адрес, номер кредитной карты, дата рождения). После анонимизации данные можно обрабатывать без риска нарушения конфиденциальности. Учитывая современный уровень развития технологий, важно иметь в виду, что такой подход работает только в

¹ Privacy Expert Group Report on the Review of the 1980 OECD Privacy Guidelines. OECD Digital Economy Papers No. 229. Document № DSTI/ICCP/REG(2012)15/FINAL. OECD Publishing, 2013.

² Privacy Expert Group Report on the Review of the 1980 OECD Privacy Guidelines. OECD Digital Economy Papers No. 229. Document № DSTI/ICCP/REG(2012)15/FINAL. OECD Publishing, 2013. P.6.

мире малых данных. Большие данные упрощают повторное установление личности в связи увеличением количества и разнообразия информации.

Другая проблема связана с определением персональных данных, разграничение между «идентифицируемым» и «неидентифицируемым». Например, голландский ученый и практик Ханс Буйтлар (Hans Buitelaar) усматривает одну из основных причин крайне низкой эффективности контроля над персональными данными в неясном определении понятия, из-за которого также неясными оказываются меры, направленные на прозрачность обработки персональных данных¹. Инициатива Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций Российской Федерации (Роскомнадзора) по разработке так называемой «матрицы» персональных данных направлена на решение именно этой проблемы – прояснение понятия «персональные данные»², что могло бы существенно повысить правовую определенность.

Наконец, стоит упомянуть о проблеме согласия на обработку персональных данных. Эксперты ОЭСР считают возможным поставить вопрос об ограничении индивидуального выбора, когда речь

¹ *Buitelaar J. C. Privacy: Back to the Roots // German Law Journal. 2012. Vol. 13. № 3. P. 189.*

² Напомним, что Федеральный закон РФ от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных» определяет персональные данные в соответствии с европейской моделью, т.е. крайне абстрактно. Персональными данными считается «любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)».

идет об обеспечении общественного блага. Данный вопрос также имеет непосредственное отношение к технологиям больших данных. С одной стороны, уведомление субъекта персональных данных об обработке и получение его согласие составляет основу основ действующей системы защиты персональных данных. С другой стороны, если речь идет о больших массивах данных, то их ценность не ограничивается первичным использованием и, как правило, выявляется при последующем использовании. Инновационные способы вторичного использования невозможно знать заранее, на момент сбора данных. Соответственно и получить согласие на обработку, цель которой еще неизвестна, также невозможно. В контексте больших данных концепция уведомления и согласия не только теряет свое значение, но и может нанести вред, т. к. препятствует извлечению полезной информации, которая может послужить общему благу.

Теперь обратимся к *Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных*¹ и вопросам, касающимся ее ревизии. В Преамбуле Конвенции говорится, что стороны признают необходимость «согласования фундаментальных ценностей уважения неприкосновенности личной сферы и свободного обмена информацией между

¹ Федеральный закон Российской Федерации 19 декабря 2005 года № 160-ФЗ «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных». Конвенция вступила в силу для России с 1 сентября 2013 г.

народами». Таким образом, ценность защиты частной жизни и ценность свободного обмена информацией рассматриваются как *равнозначные*. В Пояснительном докладе (Explanatory Report) подчеркивается, что единственная цель установления ограничений в отношении обработки персональных данных заключается не в защите персональных данных как самостоятельной задаче, а в обеспечении *баланса между различными правами человека* (п. 25 Доклада)¹. В докладе также подчеркивается, что «принцип свободного международного обмена информацией» имеет фундаментальное значение, как для физических лиц, так и для стран (п. 9 Доклада). Нормы, связанные с трансграничной передачей данных, содержатся в ст. 12 Конвенции. В Пояснительном докладе указывается, что основная цель статьи согласовать эффективную защиту персональных данных с принципом свободного обмена информацией независимо от границ. Данный принцип непосредственно связан с фундаментальным правом на свободу выражения своего мнения (включая свободу обмена информацией), которое закреплено в ст. 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1953)² (п. 62 Доклада).

Уже несколько лет идет работа по «модернизации» Конвенции Совета Европы. Российская Фе-

¹ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Explanatory Report // <http://conventions.coe.int>

² Россия ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод 30 марта 1998 года.

дерация, прежде всего в лице Минкомсвязи России, участвует в работе Специального комитета по защите данных, созданного при Совете Европы в 2013 году в целях доработки и согласования новой редакции конвенции¹. В процессе модернизации положения конвенции, касающиеся трансграничной передачи данных, подверглись серьезным изменениям. Вместо задачи согласования двух фундаментальных ценностей (уважения к частной жизни и свободного обмена информацией) в проекте новой редакции поставлена иная задача – продвижение на мировом уровне фундаментальных ценностей уважения к частной жизни и защиты персональных данных, что будет способствовать свободному обмену информацией между народами. Таким образом, новая редакция конвенции уже не рассматривает свободный обмен данными как фундаментальный принцип, непосредственно связанный с правом человека на свободу выражения своего мнения и свободу передавать и получать информацию. ***Свободный обмен информацией и данными фактически выведен из числа фундаментальных ценностей, которые требуют защиты наравне с другими ценностями и правами, такими как неприкосновенность частной жизни.*** Данный вывод подтверждается

¹ Несмотря на заявления о том, что в процессе модернизации должны быть разработаны глобальные принципы защиты персональных данных при активном участии максимального большого числа стран, в том числе и не членов Совета Европы, по факту основным разработчиком выступает Европейский союз. России, как и иным государствам, которые не являются членами Европейского союза, отстаивать свою позицию крайне сложно.

тезисами из Проекта пояснительного доклада. Как указывается в проекте, инновационные технологии призваны служить людям и поэтому должны уважать их права. Соответственно, уважение к правам человека в процессе использования инноваций повысит доверие к инновациям и таким образом будет способствовать их дальнейшему развитию (п. 10 Проекта пояснительного доклада). Очевидно, что «доверие» не может рассматриваться как определяющее условие для стимулирования развития информационных технологий. Представляется, что отказ подхода, предполагающего в качестве основной задачи установление баланса между двумя равнозначными ценностями, повышает риск принятия неверных решений, а также приводит к недооценке серьезного и неизбежного воздействия, которые оказывают новые технологии на обработку персональных данных.

В заключении необходимо еще раз подчеркнуть, что основной причиной, по которой сегодня различные страны пересматривают свое законодательство в сфере защиты персональных данных, является развитие технологий, таких как облачные вычисления, большие данные и Интернет вещей. Профессор права из Израиля, известный эксперт по защите персональных данных Омер Тене (Omer Tene) справедливо отмечает, что «вторая волна законодательства по информационной неприкосновенности личности совпадает со сейсмическими сдвигами в общем развитии бизнеса и технологий», и однако ревизия законодательства, которая проводится Организацией экономического сотрудничества и развития, Европейским Союзом и США

показывает, что обновленные законы по-прежнему основываются на принципах, которые были разработаны в век перфокарт и больших ЭВМ¹. Необходимость пересмотра законодательства в сфере защиты ПД очевидна, и основной вопрос заключается в том, в каком направлении и на основании какого подхода осуществляется модернизация действующей системы регулирования. Основное отличие «первой волны» законодательства о персональных данных от «второй волны» состоит в том, что первоначально разработанная система соответствовала используемым в тот период технологиям. Особенность современной ситуации заключается в том, что при наличии острой потребности в обновлении законодательства отсутствует ясное понимание в том, какая именно стратегия является правильной. Приходится с сожалением констатировать, что законодатели различных стран, вместо того, чтобы начать с выработки новых подходов, занимаются усилением действующей системы (увеличивают объем обязанностей, сферу ответственности, санкции и т. п.) Аналогичную ситуацию мы наблюдаем сегодня в сфере интеллектуальной собственности. Поэтому полагаем, что в настоящее время наиболее актуальной является задача по формированию новых принципов и новых подходов к обеспечению защиты персональных данных, и России необходимо проводить самостоятельные исследования и осуществлять самостоятельный поиск новых решений с учетом как пози-

¹ *Tene O.* Privacy Law's Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws // *Ohio State Law Journal*. 2013. Vol. 74. № 6. P. 1260.

тивного, так и негативного опыта зарубежных стран.

Библиографический список:

1. *Иванский В. П.* Правовая защита информации о частной жизни граждан. Опыт современного правового регулирования: Монография. М.: Издательство РУДН, 1999.

2. *Buitelaar J. C.* Privacy: Back to the Roots // *German Law Journal*. 2012. Vol. 13. № 3.

3. *Tene O.* Privacy Law's Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws // *Ohio State Law Journal*. 2013. Vol. 74. № 6.

ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Полный текст Правил представления рукописей авторами размещен на сайте www.unescochair.ru

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

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

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

www.unescochair.ru
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Подписано в печать 30.11.2014 г.
Формат 60×90 ¹/₁₆. Печать офсетная.

Объем 9 п. л.

Тираж 900 экз. Заказ 297.

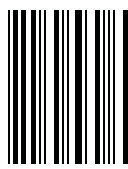
Отпечатано в типографии НОУ «ПМБ ЕГУ».
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

Свободная цена.

ISSN 2225347-5



9 772225 347000



1 4004