
CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1
ОРИГИНАЛ: АНГЛИЙСКИЙ
ДАТА: 7 МАЯ 2010 Г.

**ОБЗОРНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ И СМЕЖНЫМ
ПРАВАМ И ОБЩЕСТВЕННОМУ ДОСТОЯНИЮ**

ПОДГОТОВЛЕНО

Северин Дюсолье, профессором Намюрского университета, Бельгия

* Взгляды и мнения, изложенные в настоящем исследовании, принадлежат исключительно автору. Исследование никоим образом не отражает мнения государств-членов или Секретариата ВОИС (30 апреля 2010 года).

| | |
|--|----|
| ВВЕДЕНИЕ | 4 |
| I. МЕСТО ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ | 6 |
| A. Понятие общественного достояния | 6 |
| 1. Традиционное определение общественного достояния | 6 |
| 2. Связанные с определением ограничения | 7 |
| (i) Различие между свободным использованием и свободным доступом . | 7 |
| (ii) Исключения в авторском праве | 9 |
| (iii) Правительственная информация, являющаяся общественным достоянием | 11 |
| (iv) Произведения, автор которых неизвестен, и произведения, издание | 13 |
| которых прекращено | |
| (v) Общественное достояние и традиционные знания | 13 |
| B. Роль общественного достояния в интеллектуальной собственности | 14 |
| C. История общественного достояния | 16 |
| D. Обоснование общественного достояния | 19 |
| II. СТРУКТУРА ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ | 22 |
| A. Основные принципы | 22 |
| B. Территориальность общественного достояния | 23 |
| C. Совокупность компонентов общественного достояния, основанных на | |
| охраняемых объектах | 24 |
| 1. Идея/выражение или онтология общественного достояния | 24 |
| 2. Требования в отношении охраны или предмет общественного | |
| достояния | 25 |
| (i) Оригинальность | 25 |
| (ii) Фиксация | 26 |
| (iii) Национальная принадлежность произведения | 27 |
| 3. Срок охраны или временное общественное достояние | 27 |
| 4. Исключенные произведения или политика в области общественного | |
| достояния | 32 |
| (i) Официальные акты | 33 |
| (ii) Новости дня | 34 |
| (iii) Другие исключения | 35 |
| 5. Отказ от авторского права: добровольное общественное достояние ... | 35 |
| 6. Промежуточные выводы о составе общественного достояния | 38 |
| D. Относительность общественного достояния | 39 |
| 1. Бессрочные личные неимущественные права | 39 |
| 2. Платное общественное достояние | 43 |
| 3. Восстановление авторского права в некоторых произведениях | 45 |
| 4. Права собственности | 46 |
| 5. Права неприкосновенности частной жизни | 47 |
| 6. Меры технической защиты | 47 |
| 7. Смежные права | 50 |
| 8. Прочие права интеллектуальной собственности | 52 |

| | |
|---|----|
| III. ИНИЦИАТИВЫ И МЕТОДЫ, ПОЗВОЛЯЮЩИЕ ОБЕСПЕЧИТЬ БОЛЕЕ ШИРОКИЙ ДОСТУП, ИСПОЛЬЗОВАНИЕ, ИДЕНТИФИКАЦИЮ И ЛОКАЛИЗАЦИЮ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ | 55 |
| A. Сохранение права копирования, лицензирование с открытым источником или с открытым доступом | 55 |
| 1. Понятие | 55 |
| 2. Сведения об основных режимах лицензирования | 56 |
| (i) Программное обеспечение с открытым исходным кодом | 56 |
| (ii) "Creative Commons" | 57 |
| (iii) Открытый доступ к научным публикациям | 61 |
| 3. Основные характеристики лицензирования "копилефт" | 61 |
| (i) Утверждение права интеллектуальной собственности | 62 |
| (ii) Обратное использование исключительности | 63 |
| (iii) Отсутствие дискриминации | 63 |
| (iv) Вирусный эффект или эффект "копилефт" | 64 |
| B. Данные о материале общественного достояния | 65 |
| C. Калькуляторы общественного достояния | 67 |
| D. Системы регистрации | 71 |
| E. Базы данных и системы поиска информации об общественном достоянии | 71 |
| F. Промежуточный вывод об инструментах общественного достояния | 72 |
| IV. ОХРАНА ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ | 72 |
| A. Существующая охрана общественного достояния | 73 |
| B. Основные задачи по укреплению общественного достояния | 75 |
| C. Рекомендации | 77 |
| ПРИЛОЖЕНИЯ: Сравнительный анализ | 80 |
| I. Формирование общественного достояния | 81 |
| II. Посягательства на общественное достояние | 90 |
| III. Позитивная охрана общественного достояния | 94 |

"Наличие устойчивого, постоянно улучшаемого материала общественной собственности, не охраняемого авторским правом (или другим видом охраны интеллектуальной собственности) – это само по себе хорошее явление, которое наши законы должны поощрять в той же мере, в какой они стимулируют творчество или вознаграждают за него".

D. Lange, "Recognizing the Public Domain", 44 *Law & Contemp. Probs.*, 147 (1981).

"Нам придется "изобрести" общественное достояние прежде чем мы сможем сохранить его".

J. Boyle, *The public domain*, Yale University Press, 2008, xv.

"Создадим литературную собственность, но в то же время заложим фундамент общественного достояния. Пойдем еще дальше. Раздвинем границы этого достояния".

В. Гюго, речь на открытии Международного литературного конгресса, заседание 17 июня 1878 года

ВВЕДЕНИЕ

Общественное достояние является одним из самых обсуждаемых сегодня вопросов в сфере интеллектуальной собственности. Как справедливо отметила Джейн Гинсбург, "все страсти кипят вокруг общественного достояния"¹. Парадокс заключается в том, что общественное достояние по определению не является объектом интеллектуальной собственности.

Тема общественного достояния и необходимости его сохранения стала символом широкой критики в отношении интеллектуальной собственности и – по мнению этих критиков – ее растущей экспансии. Общественное достояние преимущественно относят к видам, находящимся под угрозой исчезновения, обусловленного процессами обособления и коммодификации². В данной работе речь пойдет в основном о таких возникших перед общественным достоянием угрозах, как продление срока действия авторского права или смежных прав, нарушения, вызванные технологическими мерами охраны или новой системой охраны баз данных.

Следует ли рассматривать это новое исследование общественного достояния лишь в контексте – как полагают некоторые – "основной на сегодня конфронтации в области

¹ J. GINSBURG, "Une chose publique"? – The Author's Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law", в Р. Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p.133.

² J. BOYLE, *The public domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008; Y. BENKLER, "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain", *New York University Law Review*, 1999, Vol. 74, 354; R. COOMBE, "Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property", *DePaul L. Rev.*, 2002-2003, Vol. 52, p. 1173; C. CARON, "L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle", в *Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61-78; W. VAN CAENEGEM, "The public domain: Scientia Nullius?", *E.I.P.R.*, 2002, p. 324; L. GUIBAULT & B. HUGENHOLTZ (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006; а также все презентации на Конференции по общественному достоянию, состоявшейся в Университете в Дьюке в 2002 году, опубликованные в томе 66 *Обзора судебной практики Law and Contemporary Problems* (2003).

авторского права, а именно: противостояния «культуры ремикса» и «автора-идеалиста»³? Вероятно, так и было вначале, но все усиливающееся внимание научных и законодательных органов к неохранным аспектам интеллектуальной собственности уже от стадии простого осуждения перешло к утверждению основной ценности общественного достояния как сырья для творчества, инноваций и развития, и попыткам создания режима, который сможет обеспечить охрану и поддержку богатого и доступного общественного достояния. Цель этого проекта, по выражению г-на Бирнхака, состоит в том, чтобы показать, что "общественное достояние не является – или, вернее, не должно являться – непреднамеренным продуктом или "кладбищем" произведений авторского права, а, напротив, оно является – их целью"⁴.

Повестка дня ВОИС в области развития также ориентирована на протекционистский подход к общественному достоянию. Ее Рекомендация 16 советует "*рассмотреть вопрос о сохранении общественного достояния в контексте нормотворческого процесса ВОИС и углубить анализ последствий и преимуществ богатейшей области общественного достояния*". Рекомендация 20 содержит намерение "*содействовать нормотворческой деятельности в связи с ИС, которая поддерживает устойчивое общественное достояние в государствах-членах ВОИС, включая возможность подготовки руководства, которое могло бы помочь заинтересованным государствам-членам в идентификации объектов, которые перешли в область общественного достояния в их соответствующих юрисдикциях*". Обе рекомендации – вместо осуждения продолжающейся эрозии общественного достояния и призыва остановить экспансию интеллектуальной собственности – обращены в основном к самому общественному достоянию вне зависимости от его эквивалента, интеллектуальной собственности. Поскольку внимание как национальных, так и международных директивных органов в последние десятилетия было сосредоточено на определении и защите исключительных прав, не меньшее внимание сегодня начинают уделять ограничениям интеллектуальной собственности и поощрению развития сфер, не допускающих исключительности, таких как общественное достояние или изъятия и ограничения.

Эволюция цифровой технологии также благоприятствовала проектам, как с выгодой, так и без нее, основанным на материале общественного достояния, извлекая из этого пользу для обеспечения общества культурными ресурсами бесплатно или по низким ценам. Многие бизнес-модели чрезвычайно успешно используют общественное достояние, как, например, Система полнотекстового поиска по книгам, оцифрованным компанией "Гугл" (Google Books Search) и государственные власти содействуют цифровому развитию и доступности культурного наследия своей страны, примером чему является Цифровая библиотека "Европеана" ("Europeana").

В Повестке дня в области развития сформулировано, что охрана общественного достояния осуществляется в два этапа: во-первых, определение границ общественного достояния, что помогает установить его ценность и пределы, и, во-вторых, рассмотрение и содействие сохранности и доступности общественного достояния.

Настоящее исследование будет следовать в том же направлении: прежде всего в нем будут определены границы общественного достояния в соответствии с определениями авторского права, истории и философии, а затем будут рассмотрены вопросы его эффективности и большей доступности для населения и общества в целом. В результате будет подготовлен ряд рекомендаций, что, при толковании общественного достояния как источника, который должен иметь своего рода позитивный статус и охрану, могло бы содействовать устойчивости общественного достояния, о чем призывает Повестка дня в области развития.

В настоящем исследовании автор не ставит задачу определить, что должно или не должно включать общественное достояние; в нем также не рассматриваются причины сокращения общественного достояния, или они рассматриваются попутно. Автор исследования не участвует в дискуссии о том, что подлежит или не подлежит охране авторским правом, в какой

³ J. GINSBURG, "Une chose publique?...", *op. cit.*, p. 133.

⁴ M. BIRNHACK, "More or Better? Shaping the Public domain", в *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 60.

степени и как долго⁵. В нем не обсуждается также вопрос об определении таких пределов интеллектуальной собственности (что касается объема прав, объекта охраны, соответствующего срока действия права и т.д.). Такое ограничение сферы исследования является по сути вопросом политики, решать который надлежит государствам как на международном, так и на национальном уровне.

Поэтому общественное достояние, о котором пойдет речь здесь, представляет собой не только то, что осталось после определения границ авторского права, но и является по своей сути хранилищем своих собственных ресурсов. Поэтому рекомендации, сформулированные в конце настоящего исследования, не будут посвящены определению рамок авторского права и способам их ограничения; скорее будет сделана попытка разработать стратегию для расширения самого общественного достояния и его доступности для общества. Это исследование будет ограничено общественным достоянием, которое является результатом правовых режимов авторского права, а не патента или товарного знака.

В Части I настоящего исследования будет дана оценка роли общественного достояния в авторском праве, начиная с определения общественного достояния и его отличительных черт. Будет также дана историческая перспектива общественного достояния и обоснование авторского права.

В Части II будут обозначены компоненты общественного достояния, в частности на основе иллюстративного сравнения национальных законодательств. В ней будут проанализированы другие обеспеченные в законодательной области права и/или интересы, которые могут изменять или влиять на уровень доступности и применимости общественного достояния в связи с авторским правом.

В Части III будет дан обзор не связанных с законодательной сферой и частных инициатив по систематизации, которые обеспечивают больший доступ, использование, идентификацию и локализацию материалов, находящихся в области общественного достояния, и других творческих материалов, использование которых соответствует этой цели.

В Части IV будет в общих чертах обрисовано будущее общественного достояния на основе анализа набираемой им силы в законодательном и судебном контекстах, основных принципов, которые будут определять придание ему более позитивного статуса, и, наконец, будут разработаны рекомендации в отношении будущей деятельности в сфере общественного благосостояния в связи с авторским правом, которая могла бы проводиться Всемирной организацией интеллектуальной собственности

I. МЕСТО ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ

A. Понятие общественного достояния

1. Традиционное определение общественного достояния

Общественное достояние, как правило, определяется как включающее интеллектуальные элементы, которые не охраняются авторским правом или, которые не пользуются такой охраной в связи с истечением срока охраны.

Иногда это определение является более узким, когда выделяются лишь те произведения, которые более не охраняются авторским правом, иногда – более широким, когда приветствуется включение в сферу его действия произведений, которые по-прежнему

⁵ Настоящее исследование оставляет за рамками вопрос о продлении срока действия авторских прав (или смежных прав в данном случае), который активно обсуждался во многих странах в последние годы. Тем не менее вопрос о его воздействии на общественное достояние будет затронут при обсуждении случаев, когда восстановление авторского права иногда вызывалось увеличением срока охраны, и в рекомендациях, сформулированных в конце исследования.

охраняются авторским правом, но легитимированы введением исключения или выдачей лицензии⁶.

Такое расширение концепции общественного достояния путем включения любого ресурса, использование которого не обременено исключительностью, было также обусловлено изменением лексики. Вместо терминов "общее достояние", "интеллектуальное достояние" или "открытый контент" стали применять термин "общественное достояние" с акцентом на открытое или свободное использование материалов общественного достояния, а также на коллективный и общий характер такого использования.

Настоящее исследование будет придерживаться традиционного взгляда на общественное достояние⁷, по отношению к материалам, не охраняемым (или более не охраняемым) авторским правом. Такое определение является в основном негативным, так как его областью является обратная сторона сферы охраны авторских прав.

Этот негативный подход к общественному достоянию преобладает в большинстве режимов авторского права. Из этого следует, что если авторское право регулируется и поощряется, то на сами элементы общественного достояния, как правило, не распространяются какие-либо правила или охрана: термин "общественное достояние" редко появляются в положениях закона. Еще более редкими являются случаи, когда конкретные правила распространяются на общественное достояние, или его элементы⁸.

Такое отсутствие четкого правового определения или режима является решающим для любого анализа общественного достояния. Это говорит о концепции в отношении общественного достояния, глубоко заложенной в законы об авторском праве, и является одним из главных препятствий на пути его развития и сохранения. Определение общественного достояния как *не* охраняемого навязано законом об авторском праве, и любые попытки оценить важность общественного достояния должны развиваться и направляться на позитивное определение общественного достояния, а именно, свободное использование содержащихся в нем элементов и отсутствие в таких элементах какой-либо исключительности.

В настоящем исследовании будет определена роль и содержание общественного достояния как обратной стороны авторского права согласно традиционному подходу. Тем не менее, руководствуясь задачами сохранения и полной доступности, обусловленными отсутствием надлежащего режима для общественного достояния в законах об авторском праве, будут подготовлены рекомендации, имеющие своей целью заложить основу для совершенного и более доступного общественного достояния.

2. Связанные с определением ограничения

(i) Различие между свободным использованием и свободным доступом

Основным результатом отсутствия или истечения срока действия авторского права в элементе общественного достояния является отсутствие какой-либо исключительности в использовании такого элемента. Материал общественного достояния считается свободным для всеобщего пользования. Иными словами, никто не может контролировать или препятствовать его воспроизведению, публичной передаче или любому другому использованию, которые входили бы в сферу прерогатив авторского права.

⁶ О расхождениях между различными схемами общественного достояния см. P. SAMUELSON, "Challenges in the mapping of the public domain", в *The Future the public domain*, *op. cit.*, p. 9.

⁷ О других концепциях общественного достояния см. P. SAMUELSON, "Enriching Discourse on Public Domains", *Duke Law Journal*, 2006, vol. 55, 111-169.

⁸ См., в этой связи Часть IV. А, ниже.

Если говорить точнее, такой контроль не может быть основан на принуждении к соблюдению авторских прав, но может проявиться в других формах, будь то в юридических или технических, о чем мы узнаем позже.

Любой режим, применяемый к общественному достоянию, должен обеспечить такое свободное использование. Тем не менее "принадлежность достояния обществу" как таковая не гарантирует свободы доступа к ресурсам, которые в нем содержатся. Доступ к произведениям, являющимся общественным достоянием, будет зависеть от многих факторов.

Во-первых, следует отметить, что охрана авторских прав сама по себе ни в какой мере не влияет на относительную свободу доступа к произведениям. Действительно, возможность получать интеллектуальное удовольствие от содержания произведения, познавать его смысл и содержание, как правило, не ограничивается авторским правом⁹, поскольку любой член общества может получить материальный доступ к этим знаниям. Этот познавательный доступ к созданию и свободному наслаждению произведением индуцируется ограниченным набором прав, предоставляемых владельцу авторских прав. Исключительность, установленная авторскими правами, лишь влечет за собой контроль за актами общественного пользования произведениями, который охватывает воспроизведение произведения¹⁰, контакты с общественностью, публичное распространение и другие общественные акты распространения произведений, такие как аренда или заимствование. Акты простого чтения, просмотра, прослушивания или наслаждения произведением не должны считаться нарушением авторских прав. Естественной сферой действия авторского права является скорее всего контроль в отношении публичного распространения произведения для общественного потребления¹¹. Можно выразить эту идею и иначе, сказав, что центром внимания для авторских прав является *использование* произведения, где термин «использование» определяется как общественное распространение. Авторское право никогда не было задумано как средство регулирования доступа к произведениям или их *использованию*.

Тем не менее *интеллектуальный* доступ, получение удовольствия и использование материалов общественного достояния означает прежде всего получение *материального* доступа к ним. Материальный доступ к произведениям становится возможным и регулируется либо правом собственности в оригинальном воплощении произведения, либо путем заключения договора с распространителем на получение материальной копии произведения. Степень ограничения, обусловленная правом собственности, будет зависеть от количества копий, находящихся в обращении (см. ниже).

Кроме того, произведения, ставшие общественным достоянием, не всегда свободны от каких-либо затрат или вознаграждения. Было бы наивно предполагать, что в книжных магазинах сочинения Сервантеса будут предлагаться бесплатно. Статус общественного достояния, который распространяется на такие произведения, делает возможным их свободное воспроизведение и распространение в обществе, что, будем надеяться, обеспечит их бесплатный или дешевый выход на рынок и позволит дальнейшее развитие творческого выражения на их основе. Но отсутствие охраны произведений не может само по себе обеспечить свободный доступ к копиям произведениям, ставшим общественным достоянием. Кроме того, сама логика общественного достояния, сопряженная со свободой торговли,

⁹ Тем не менее некоторая эволюция системы ИС поставила под угрозу ключевую идею о свободном интеллектуальном потреблении. Авторское право, по причине загрязняющего внедрения программного обеспечения в свои ряды, постепенно распространяется на простое использование произведения, вначале через специальные правила в отношении программного обеспечения и баз данных, и, в конечном итоге, в отношении любого типа произведения путем защиты технических параметров, препятствующих использованию произведений и контролирующих само использование. Содержание произведения, в случае программного обеспечения, даже не является доступным для интеллектуального ознакомления. Нет уверенности в том, что будет открыт исходный код программного обеспечения в том случае, когда программное обеспечение является частью запатентованного изобретения.

¹⁰ Это произойдет только тогда, когда получаемая копия будет воспринята общественностью и, таким образом, станет объектом общественного использования.

¹¹ Этот аргумент более основательно рассмотрен в S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Larcier, 2005, n^{os} 419 et seq.

заключается в том, чтобы позволить предпринимателям, пусть и за вознаграждение, воспроизводить и распространять произведения, авторские права на которых истекли. Это вознаграждение станет необходимым стимулом для содействия доступа общественности к таким произведениям.

Другим ключевым фактором эффективности доступа к произведениям, который тесно связан с самим режимом авторского права, возможно является отсутствие разглашения или раскрытия. Многие произведения были созданы авторами, которые не считали необходимым их обнародовать. Даже если они недостаточно оригинальны или если срок их правовой защиты истек, технически они находятся в общественном достоянии, хотя и останутся неизвестными, и, следовательно, недоступными для общественности, как и нераскрытые идеи. Тогда фактическое общественное достояние будет ограничено только теми работами и произведениями, которые были опубликованы¹². То же самое можно сказать и о тех произведениях общественного достояния, которые преданы забвению. Возможность отсутствия или наличия нескольких копий делает иллюзорным их повторное использование. Неизвестная симфония Моцарта должна стать общественным достоянием, но она никак не обогатит его, если она утеряна или более не известна. Многие романы и сочинения, опубликованные до XIX века, так и останутся непрочитанными и неизвестными редкими экземплярами, покрытыми пылью в библиотеках: теоретически они могут принадлежать общественному достоянию, но не очень используемой его частью.

Можно сделать вывод, что в попытках обеспечить эффективный доступ к произведениям общественного достояния не следует пренебрегать фактором контроля над физическим доступом к произведениям; также следует предусмотреть определенные средства для повышения доступности для общественности творческого материала через публичные инициативы и библиотеки¹³ (см. ниже). Чем больше экземпляров будет иметь общественность в свободном доступе – бесплатно или за небольшую плату – тем более эффективным станет общественное достояние.

Во избежание повторного возникновения исключительных прав, любое содействие общественному достоянию должно быть направлено на обеспечение свободного и коллективного использования творческих ресурсов, составляющих это достояние; цель такого содействия должно заключаться в обогащении общественного достояния путем популяризации произведений и расширения доступа к их содержанию. Роль библиотек и их участие в правовом депонировании имеет в этой связи особое значение.

(ii) Исключения в авторском праве

Можно утверждать, что цели и оправдание общественного достояния и исключений и ограничений авторского права тесно связаны между собой: в обоих случаях речь идет о расширении доступа общественности к культуре и творческому выражению, и то и другое оправдывается общественными интересами. Одной из функций общественного достояния является санкционирование продуктивной практики, будь то культурной, творческой, чисто познавательной или потребительской, и освобождение ее от осуществления исключительного права собственности. Поэтому это можно сравнить с функционированием многочисленных исключений в авторском праве, которые позволяют использовать охраняемое произведение в потребительской или творческой манере.

С социологической точки зрения, исключения и общественное достояние схожи в том плане, что они основаны на общественном интересе и позволяют общественности пользоваться творческими произведениями, не нарушая чьих-либо прав интеллектуальной собственности. С экономической точки зрения, и те и другие распространяются на активы или пользование

¹² R. DEAZLEY, *Rethinking Copyright – History, Theory, Language*, Edward Elgar, 2006, p. 111. Следует также отметить, что восстановленным авторским правом могут быть наделены произведения, не опубликованные в течение нормального срока действия авторского права.

¹³ G. DINWOODIE & R. COOPER-DREYFUSS, "Patenting Science: Protecting the Domain of Accessible Knowledge", в *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 191 ; P. SAMUELSON, "Enriching Discourse on Public Domain", *op. cit.*, p. 163.

такими активами, для которых сделка не представляется возможной. Также с юридической точки зрения, если речь идет об определении общественного достояния как отсутствия исключительности, то исключения могут рассматриваться аналогичным образом, так как эксклюзивность не применяется к использованию охраняемых авторским правом произведений на основании исключения.

Такая аргументация убедила некоторых ученых причислить к общественному достоянию не только неохраняемые объекты, но и неохраняемое использование охраняемых авторским правом произведений, т. е. исключения из авторского права или добросовестное использование¹⁴. Так, например, Памела Самуэльсон выделила в рамках общественного достояния, "ядро", состоящее из интеллектуальных ресурсов, которые не защищены правами интеллектуальной собственности, а также ряд "прилегающих территорий" и некоторые "серые зоны"¹⁵. В число прилегающих районов могут быть включены такие объекты, как открытое программное обеспечение, добросовестное использование и другие исключения в авторском праве, причем последние в теоретическом плане хоть и не принадлежат общественному достоянию, но, "по всей видимости, находятся фактически внутри"¹⁶.

Присоединение исключений в авторском праве к общему определению общественного достояния фактически разделяет общественное достояние на две отдельные части: первая часть носит *структурный* характер и включает элементы, которые сами по себе не являются охраняемыми независимо от обстоятельств их использования; вторая часть носит лишь *функциональный* характер, так как охватывает ресурсы, свободное использование которых зависит от обстоятельств¹⁷. В первом случае, открытость и свобода использования основывается на отсутствии авторского права, а во втором – на невозможности осуществления и обеспечения соблюдения исключительности авторских прав.

В настоящем исследовании понятие общественного достояния будет ограничено структурными и более жесткими рамками, оставив исключения в авторском праве вне анализа. Основные различия между общественным достоянием в строгом смысле слова и исключениями в авторском праве являются оправданием такого подхода.

Если общественное достояние по своей природе является свободным для всех, без дискриминации, и в любых обстоятельствах использования, то исключения из авторского права, как правило, ограничены некоторыми категориями пользователей (например, учителя, отдельные лица, люди с ограниченными возможностями...) и строго определенными ситуациями (например, иллюстрация во время обучения, частное использование, информационная цель...). Сфера действия исключений из авторского права включает необходимость принятия во внимание исключительных прав владельцев авторского права, причем последние ограничены юридическими правами, предоставляемыми исключениями. И наоборот, свобода использования, предоставляемая общественным достоянием, не имеет какой-либо альтернативы или ограничивающих ее частных прав.

Еще более важным является то, что на международном уровне исключения из авторских прав заключены в рамки трехступенчатого теста, начало которому было положено в Бернской конвенции, и в конечном итоге принятого всеми другими основными международными соглашениями в области авторского права – от Соглашения ТРИПС до, в какой-то степени,

¹⁴ См., например, J. COHEN, "Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain", в *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 121; A. CHANDER & M. SUNDER, "The Romance of the Public Domain", *Cal. L. Rev.*, 2004, Vol. 92, p. 1340; J. BOYLE, *The public domain*, *op. cit.*, p. 38 (с некоторыми оговорками); P. SAMUELSON, "Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain", *Law & Contemp. Probs.*, 2003, Vol. 66, p. 148; V.L. BENABOU & S. DUSOLLIER, "Draw me a public domain", в P. TORREMANS (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161.

¹⁵ P. SAMUELSON, "Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain", *op. cit.*

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Это различие более подробно разъясняется в V.L. BENABOU & S. DUSOLLIER, "Draw me a public domain", *op. cit.*; и частично воспроизводится в Манифесте общественного достояния (Public Domain Manifesto), разработанном в рамках Европейского проекта "Коммуния" (Communia) (см. по адресу <<http://www.publicdomainmanifesto.org>>).

договоров ВОИС 1996 года¹⁸: этот тест делает общественный интерес или какие-либо частные интересы преобладающими над исключительным режимом, предоставляемым авторам в тех случаях, когда обычной эксплуатации произведений не был нанесен ущерб. В этом находит отражение стремление к равновесию, которое оправдано не только экономическими, но и нормативными соображениями. В некотором смысле он представляет собой тест на пропорциональность между исключительными правами и охраной таких прав, исходя из общественных интересов. Напротив, равновесие, закрепленное в общественном достоянии в сфере авторского права, предшествует исключительности, определенной законом, и не должно соизмеряться с обычной эксплуатацией произведения. Общественное достояние – это то, что не требует охраны, или более не требует охраны, и оно, как правило, не требует проверки, основанной на тесте на пропорциональность.

Наконец, содействие общественному достоянию и исключения из авторского права осуществляются весьма различными способами. Общественное достояние представляет собой нечто заданное в режимах авторского права. Если бы не попытки сдержать расширение авторского права, например, в отношении объекта охраны или продолжительности действия, сохранение общественного достояния по большей части будет связано с содействием его доступности и повышением его эффективности с точки зрения доступа и свободного использования. Исключения из авторского права основаны на политических решениях и их еще предстоит определить на международном уровне. Прежде чем приступить к оценке эффективности преимущества такого правового привилегированного статуса, необходимо прежде всего дать общее определение ключевым исключениям из авторского права. Это потребует иного подхода и, как следствие, иных направлений нормотворческой деятельности.

Как следствие, и для определения четких приоритетов и рекомендаций, настоящее исследование отделит общественное достояние, определяемое как интеллектуальный ресурс, не охраняемый авторским правом, от исключений из авторского права.

(iii) Правительственная информация, являющаяся общественным достоянием

Терминология общественного достояния также все чаще используется для обозначения правительственной информации или данных, полученных или финансируемых органами государственной власти. Например, принятая ЮНЕСКО в 2003 году Рекомендация о развитии и использовании многоязычия и всеобщем доступе к киберпространству, определяет общественное достояние следующим образом:

"доступная для общественности информация, использование которой не нарушает ни прав, установленных законом, ни обязательств сохранения конфиденциальности. Таким образом, это определение охватывает, с одной стороны, все произведения или объекты смежных прав, которые каждый может использовать без получения разрешения, например, когда на основании национального или международного права не предоставляется охрана или когда истекает срок действия охраны. С другой стороны, оно охватывает данные, являющиеся общественным достоянием, и официальную информацию, произведенную и добровольно предоставленную правительствами или международными организациями".

Свободный доступ и свободное использование такой информации или данных имеют важное значение в демократическом обществе и служат общественным интересам. Однако их не следует путать с понятием общественного достояния по смыслу настоящего исследования, так как оно не соответствует им ни по сути, ни по цели. Некоторая информация или документы, представляемые государством или другими государственными властями, могут принять форму общественного достояния, как это определено режимом авторского права, под воздействием правила об исключении официальных актов (см. ниже), хотя значительная часть другой правительственной информации может все еще быть объектом авторского права. В некоторых странах были предприняты усилия по содействию доступности для общественности таких

¹⁸ См. S. RICKETSON, исследование ВОИС, посвященное ограничениям и исключениям из авторского права в цифровой среде, Постоянный Комитет по авторскому праву и смежным правам, 2003, стр. 65 англ. текста.

официальных документов или данных, несмотря на возможность их охраны со стороны авторского права, в частности путем поощрения повторного использования и коммерческого использования информации государственного сектора¹⁹ или даже отказа от авторских прав в документах, представленных государственными административными органами²⁰.

Даже преследуя ту же цель, что и общественное достояние в области авторского права (хотя иногда и с более ориентированным на рынок подходом), правила, действующие в области государственного информационного сектора, не имеют отношение к общественному достоянию, как это определено в рамках настоящего исследования²¹.

(iv) Произведения, автор которых неизвестен, и произведения, издание которых прекращено

Не имея семейного анамнеза, "произведения-сироты", также часто не имеют и возраста: они могут как находиться, так и не находиться в общественном достоянии, но ключевым элементом для определения является идентификация их автора, смерть которого во многих случаях является отправной точкой для определения срока действия авторского права. Обращение к национальным правилам расчета продолжительности охраны с даты публикации для анонимных произведений может упростить проблему в некоторых, но не во всех случаях, так как дата публикации может также отсутствовать.

Вопрос о "произведениях-сиротах" часто оценивается с иной точки зрения: исходят из предположения что они как бы по-прежнему находятся под охраной авторских прав и что основным препятствием для их эксплуатации и повторного использования является отсутствие идентификации или местонахождения их правообладателей²².

На самом деле, "произведения-сироты" занимают серые зоны, расположенные между определенной областью охраны авторских прав со всеми элементами, требующими получения соответствующего разрешения на использование произведения, и определенной областью общественного достояния со всеми элементами, подтверждающими, что произведение больше не защищено и им можно свободно пользоваться. Отсутствие идентифицирующей информации об авторе не позволяет точно определить место для "произведений-сирот" как в охраняемых, так и неохранных областях.

Поэтому необходимость уточнить положение "произведений-сирот" столь же тесно связана с принуждением к соблюдению авторских прав, сколь с содействием общественному достоянию.

Многие страны приступили к разработке механизмов как для определения правового происхождения таких "сирот" (с целью воссоединить их с авторами), так и, при отсутствии идентификации, для того, чтобы, тем не менее, разрешить их последующее использование.

Если цель общественного достояния состоит в обеспечении, насколько это возможно, самого широкого использования и повторного использования творческого материала, то системы, разработанные для получения разрешения на использование "произведений-сирот" – после того, как тщательные поиски ее автора оказались тщетными, иногда при условии

¹⁹ См., в частности, директиву ЕС 2003/98/ЕС о повторном использовании информации общественного сектора, ОJ, 2003 L345.

²⁰ См., например, веб-сайт правительства Нидерландов, контент которого является открытым в соответствии с лицензией ССО, открывающей контент для общественного пользования (см. <<http://www.rijksoverheid.nl/english>>).

²¹ О взаимосвязи государственного информационного сектора и авторских прав см. M. VAN EECCHOUD, "The Commercialization of Public Sector Information: Delineating the Issue", в *The Future of the public domain, op. cit.*, p. 279.

²² См. *Заключительный доклад о сохранении цифрового контента, произведений, автор которых неизвестен, и произведений, издание которых прекращено*, представленный в 2008 году Подгруппой по авторским правам Группы высокого уровня ЕС по цифровым библиотекам; или Доклад Управления по авторским правам, посвященный произведениям, автор которых неизвестен, представленный в Соединенных Штатах, доступен по адресу <<http://www.copyright.gov/orphan/>>.

вознаграждения, – будут служить тем же целям, что и сохранение общественного достояния. Это улучшит общественный доступ и эффективное использование произведений (даже если вознаграждение было временно собрано в отсутствие автора)²³.

И наоборот, если его цель заключается в обеспечении свободы и бесплатности такого повторного использования, то предпринимаемые в настоящее время усилия по лицензированию использования "произведений-сирот" могут идти вразрез с такой целью, поскольку без идентификации автора или возможного статуса произведения как общественного достояния, режим "произведения-сироты" будет, как правило, устанавливаться исходя из предположения, что произведение охраняется и требуется вознаграждение за его использование. Использование общественного достояния будет затем представлено для своего рода принудительного лицензирования и будет противоречить свободе использования, обычно свойственной общественному достоянию.

Соответственно, в тех случаях, когда на "произведения-сироты" являются частью мер, направленных на сохранение свободного использования и доступа к общественному достоянию, было бы очень важно приложить больше усилий для идентификации произведений и их авторов, с тем чтобы более точно определить, какие именно творческие произведения принадлежат или не принадлежат общественному достоянию. Вопрос о "произведениях-сиротах" должен быть изучен параллельно с проектами, осуществляемыми в области общественного достояния, даже несмотря на то, что между ними нет прямой связи.

(v) Общественное достояние и традиционные знания

Общественное достояние всегда являлось хранилищем традиционных знаний и фольклора в классических представлениях об интеллектуальной собственности. Традиционные знания и фольклор (кроме случаев, когда на традиционные знания распространяются нормы обычного права, предоставляющие другие формы собственности и прав) сталкиваются с определенными трудностями при реализации прав интеллектуальной собственности, которые коренятся в западных идеях авторства, поскольку, как правило, речь идет не о новых и оригинальных, а о весьма старых произведениях, основанных на существующих собранных, а не на индивидуальных традициях. С трудом охраняемый авторским правом, фольклор обычно относят к общественному достоянию, что облегчает его эксплуатацию и присвоение²⁴.

Развивающиеся страны в течение многих лет отказываются признавать концепцию общественного достояния, которая оставит без охраны их фольклор и традиционное творческое самовыражение. Определение общественного достояния, особенно обусловленное представлениями о развитии, должно учитывать особый статус традиционных знаний, а также текущую работу, проводимую в рамках ВОИС, в целях предоставления фольклору определенных прав. Режим (глобальный на данный момент) интеллектуальной собственности не должен по-прежнему отрицать исключительность или другие виды юридических прав на многие формы интеллектуального производства, знаний или культурного самовыражения. Поэтому важность общественного достояния состоит в том, необходимо бережно относиться к режимам общественной собственности других культур²⁵.

²³ В этой связи см. Рекомендацию Комиссии ЕС от 24 августа 2006 года по оцифровке и онлайн-доступу к культурным материалам и сохранению цифрового контента, 2006/585/CE, О.Ж., 31.08.2006, L236/28, статья 6.

²⁴ T. COTTIER & M. PANIZZON, "Legal perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection", в K. MASKUS & J. REICHMAN (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005, p. 570 ; R. COOMBE, "Protecting cultural industries to promote cultural diversity: Dilemmas for international policymaking posed by the recognition of traditional knowledge", в K. MASKUS & J. REICHMAN (eds.), *International public goods...*, op. cit., p. 602-604 ; A. CHANDER & M. SUNDER, op. cit.; CARLOS M. CORREA, *Traditional knowledge and intellectual property – Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*, 2001; G. DUTFIELD & U. SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, 2008, p. 335.

²⁵ В этой связи см. Декларацию Белладжио по общественному достоянию, принятую многими учеными в 1993 году: "в целом, мы выступаем за признание и охрану общественного достояния. Мы призываем международное сообщество к широкому применению концепций добросовестного использования, обязательного

Поэтому в настоящем исследовании выражения фольклора и традиционных знаний будут выведены за рамки общественного достояния, которое оно пытается определить и обозначить границами, даже несмотря на то, что они по-прежнему, при нынешнем состоянии международного права, не считаются охраняемыми с точки зрения авторского права, основанного на авторстве.

Следует отметить, что многие развивающиеся страны включают в свои режимы авторского права специальную охрану выражений фольклора, которая обычно приравнивается к охране общественного достояния, если таковая предусмотрена. Среди стран, чьи национальные законы рассмотрены в данном исследовании, к ним относятся Алжир, Кения и Руанда. В ходе обозначения фольклора или культурного наследия, некоторым креативным формам выражения присваивается особый статус, не приравненный к охране авторских прав, но включающий положения, разрешающие их использование официальными органами, иногда за вознаграждение, и запрещающие ложную интерпретацию или искажение такого наследия.

V. Роль общественного достояния в интеллектуальной собственности

Никто больше не подвергает сомнению решающую роль общественного достояния в балансе интеллектуальной собственности, равно как и тот факт, что авторское право в принципе ограничено с точки зрения масштабов, предмета и срока действия и поэтому многие элементы выпадают из сферы ее действия становясь общественным достоянием.

Результат отсутствия охраны таких элементов или произведений приводит к свободному использованию, воспроизведению и общественному распространению того, что принадлежит общественному достоянию. Это служит многим целям. Памела Самуэльсон перечислила восемь основных достоинств общественного достояния в авторских и патентных режимах²⁶:

- служить в качестве «строительных блоков» для создания новых знаний или творений;
- делать возможной конкурентоспособную имитацию;
- делать возможным инновационный процесс;
- делать возможным доступ к информации;
- давать доступ к культурному наследию;
- содействовать образованию;
- содействовать здравоохранению и безопасности;
- способствовать демократическому процессу и ценностям.

Некоторые из этих ценностей особенно важны для общественного достояния в области авторского права. Прежде всего, свободное использование элементов общественного достояния, таких как идеи, принципы, факты или произведения, срок охраны которых истек, позволяет последующим создателям опираться на уже существующие элементы. Общественное достояние имеет здесь значение для дальнейшего творческого использования и

[продолжение сноски с предыдущей стр.]

лицензирования, и сужения исходного диапазона действия права собственности в первую очередь. Но, поскольку существующие режимы, ориентированные на автора, закрывают глаза на интересы не являющихся авторами производителей, а также на важность творческих содружеств, основное несогласие с таким расширением общественного достояния должно трактоваться в пользу тех, кто был исключен авторской предвзятостью действующего законодательства" (цитируется в R. COOMBE, "Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship ...", *op. cit.*, p. 1184).

²⁶ P. SAMUELSON, "Challenges in Mapping the Public Domain", *op. cit.*, p. 22.

участвует в нарастающей природе всех видах художественного творчества²⁷. Кроме того, общественные достояние предоставляет материал для использования в учебных целях, что делает возможным доступ к важным аспектам знаний и культуры общества.

Но общественное достояние способствует также простому потребительскому пользованию: если произведение не охраняется уже более не охраняется, его использование является бесплатным для всех и может быть осуществлено без каких-либо затрат или с незначительными затратами, в зависимости от условий предоставления их рынком или государственными учреждениями. Из-за особенностей литературных и художественных произведений, даже их потребительское использование будет иметь общественную пользу, так как при этом общество приобщается к знаниям, культуре и просвещению.

Наконец, общественное достояние приносит и экономическую пользу: бизнес-модели могут быть созданы на основе неохранных произведений, так как стоимость доступа к таким произведениям снижена по истечению срока авторских прав. Некоторые издатели специализируются на издании книги или музыкальных произведений из общественного достояния. Цифровая среда еще более снизила стоимость разработки бизнес-моделей на основе общественного достояния, что недавно было продемонстрировано на примере Google Books. Google действительно запустил новую бизнес-модель, которая предоставляет публике свободный доступ к книгам, которые более не охраняются, даже несмотря на то, что она приносит прибыль от рекламы своей поисковой системы. В рамках Повестки дня в области развития, общественное достояние может также рассматриваться как ключевой инструмент для развития, поскольку оно позволяет странам активизировать творческую, образовательную и инновационную деятельность путем обеспечения доступа к информации, знаниям и культуре. Наряду с авторским правом, экономический рост может развиваться на основе общественного достояния, который оправдывает то повышенное внимание, которое, как мы видим сегодня, уделяется сфере неохранных материала.

В более широком контексте общественное достояние можно также рассматривать в качестве центрального элемента культурного наследия человечества²⁸. Об этом свидетельствует та интенсивная работа, которую проводила ЮНЕСКО в 90-х годах по разработке понятия и защите общественного достояния²⁹, определяемого главным образом как совокупность произведения с истекшим сроком действия авторских прав. Суть этой работы заключается в том, что общественное достояние рассматривалось как часть общего наследия человечества, и как таковое, заслуживающее принятия конкретных мер, направленных на обеспечение его подлинности и целостности. В результате, несмотря на ссылки на принцип свободного использования элементов, входящих в общественное достояние, усилия в области политики, предусмотренные ЮНЕСКО, предполагали скорее усиление контроля над общественным достоянием, через неограниченные личные неимущественные права или другие правовые системы, что позволяло государству сохранять данные произведения. Этот аспект общественного достояния не соответствует строгому определению авторского права и относится к области охраны культурного наследия, где могут применяться критерии качества, поскольку не все, что закон об авторском праве определяет как общественное достояние, будет иметь ценность культурного наследия.

Поэтому важность общественного достояния – исходя из общественных интересов – является многогранной с точки зрения образования, демократических и экономических процессов и свободной конкуренции. Общественное достояние играет ту же роль, что и авторское право в демократическом обществе, где основными целями являются культурное разнообразие и свобода творчества, нововведений и участие в культурной и научной жизни. Мощное и яркое общественное достояние в области культуры и науки является основным

²⁷ J. LITMAN, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, 1990, vol. 39, p. 965-1023.

²⁸ B. D'ORMESSON-KERSAINT, "The protection of works in the public domain", *R.I.D.A.*, April 1983, p. 93.

²⁹ См. ЮНЕСКО, Проект рекомендации государствам-членам об охране произведений, являющихся общественным достоянием, 1993 год, 27 С/40, Генеральная конференция, 27-я сессия, Доклад об интеллектуальных произведениях универсальной ценности, которые стали общественным достоянием и рассматриваются в качестве составной части общего наследия человечества, Генеральная конференция ЮНЕСКО, 1999 год, 30 С/56.

элементом общего наследия человечества, и как таковое оно должно быть доступно для всех. Это ключевой стимул для социально-экономического развития. Следует также охранять достояние от чрезмерной приватизации и посягательств, и оно должно служить сбалансированным противовесом исключительности интеллектуальной собственности.

С. История общественного достояния

История общественного достояния в авторском праве противопоставляет два различных подхода. По самому распространенному мнению – особенно ученых в области авторского права, которые пытаются защитить общественное достояние – общественное достояние существовало до появления авторского права. Или, как справедливо отметил Марк Роуз, "вначале, как гласит предание, весь литературный мир был свободен и открыт, но после того, как сформировались и замкнулись его различные части, возникла литературная собственность. Утверждается, что общественное достояние, как литературное достояние, предшествует авторскому праву"³⁰. Потом появился копирайт, как поглотитель ранее неохраняемых ресурсов, что привело к уменьшению размеров этого Эдема общественного достояния, где все могли свободно всем пользоваться³¹. Некоторые добавляют к этой концепции или уточняют ее, указывая, что первые законы об авторском праве также создали общественное достояние или укрепили его, разграничив предоставляемые им привилегии, оставив на долю общественного достояния лишь то, что выходит за рамки авторского права или не обладает правом на охрану³².

С другой стороны, некоторые ученые обычно утверждали, что такая общепринятая идея, согласно которой общественное достояние предшествует передаче права интеллектуальной собственности, вполне может оказаться ошибочной применительно к ранним режимам авторского права³³. По их мнению, общественное достояние не всегда пользовалось тем успехом, которым оно пользуется сегодня как в трактатах, так и в правовой реальности. Сам термин "общественное достояние" появился лишь в XIX веке³⁴. В большинстве случаев свобода копирования являлась на практике почти мифом, поскольку на этапе, предшествующем появлению авторского права, печать и издательская деятельность тщательно регулировались привилегиями или цензурой, ограничивающими возможности для свободного копирования и публикации работ, умерших или живущих авторов³⁵. По утверждению Джейн Гинзбург, даже после появления авторских прав, их предоставление не может поэтому рассматриваться как создание общественного достояния, состоящего из всех произведений, которые не соответствуют требованиям, предъявляемым к охране³⁶. Требования в отношении охраны произведений сопровождались обширными интерпретациями, обязательность в отношении соблюдения введенных формальностей являлась не столь категоричной по сравнению с требованиями закона и, как правило, не были задействованы предоставляемые общим правом средства защиты от несанкционированного копирования и издательской деятельности (по крайней мере в Соединенном Королевстве), а их несоблюдение имело неясные последствия. Охрана авторских прав в этих ранних системах защиты, следует рассматривать в более широком контексте и ее границы были не так строго определены, как это может быть сформулировано в законах. Как следствие, в этот период истории авторского права контуры самого общественного достояния были размытыми и неопределенными.

³⁰ M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain", *Law and Contemporary Problems*, 2003, vol. 66, p. 75; R. DEAZLEY, *Rethinking Copyright*, *op. cit.*, p. 108.

³¹ J. BOYLE, *op. cit.*; L. LESSIG, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, 2004.

³² M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*, p. 75.

³³ См., в частности, J. GINSBURG, "Une chose publique...", *op. cit.*; а также Т. ОЧНОА, "Origin and Meanings of the Public Domain", *Dayton L. Rev.*, 2002, Vol. 28, p. 215; и, что касается более сбалансированного подхода, M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*

³⁴ Т. ОЧНОА, "Origin and Meanings of the Public Domain", *op. cit.*

³⁵ M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*, p. 75-76.

³⁶ J. GINSBURG, "Une chose publique...", *op. cit.*

Возможно, оба комментария являются несколько чрезмерными и их можно сблизить. Действительно, "идиллия общности, от которых мы якобы отказались"³⁷ является, в некоторой степени, проекцией желая рассматривать общественное достояние в качестве правила, на которое авторское право все чаще посягает. Регламентация использования печатного станка и, следовательно, издательской деятельности, до и после принятия законодательства об авторском праве, оставило весьма ограниченные возможности для свободного копирования. Тем не менее эта регламентация распространяется только на выражение в произведениях, таких как книги, хотя к ним можно было бы применить более широкое толкование, включающее другие литературные произведения. Другие виды творческого выражения все еще являются открытыми для копирования, и даже сочинения могут быть скопированы или стать своего рода основой для творческой деятельности других, что будет рассматриваться на сегодняшний день как нарушение авторских прав. Регламентирование издательской деятельности и рынков не содержало с этого времени запрет на любую возможность свободного использования и копирования³⁸.

Рождение правового режима авторского права, отменившего прежние привилегии, также поставило вопрос о надлежащем ограничении таких юридических прав. Даже если такие ограничения могут иметь нечеткий и неопределенный характер, а сфера действия права иметь широкое толкование, положившее начало для расширения интеллектуальной собственности, которое широко осуждается в настоящее время, их узаконение вызвало определенные дискуссии и в законодательном порядке определило пространство для свободного использования. В этом смысле справедливо будет сказать, что "авторское право и общественное достояние родились вместе"³⁹, по крайней мере их концепции, в том как они понимаются и ограничиваются правовой классификацией. Однако еще предстоит определить риторику и режим такого свободно используемого пространства, что может вызвать появление подлинного общественного достояния из тумана исторической неопределенности, если не в фактической реальности, то, по крайней мере, в рассуждениях об авторском праве.

На это созидательный процесс – от Статута Анны и других ранних положений авторского права – потребовалось определенное время и поэтому создается впечатление, что в начале истории авторского права общественное достояние практически отсутствует. Связанная с общественным достоянием терминология появилась в большинстве стран весьма поздно. Впервые ею воспользовались французы в связи с окончанием срока действия авторского права. Долгое время к "общественному достоянию" относили только те произведения, срок охраны которых истек по прошествии определенного времени. Постепенно эта концепция нашла применение для обозначения всех творений, которые не являются – или более не являются – охраняемыми авторским правом⁴⁰.

Наряду с постепенной разработкой надлежащей терминологии и риторики, понятие и режим общественного достояния нашли применение в XIX веке во многих странах, как в ходе дебатов о расширении авторского права, так и в судебной практике при решении вопросов о применении авторского права. Еще до начала использования термина "общественное достояние" концепция доступных для всех свободных ресурсов служила дубликатом установлению монополии на творческое выражение. Джейн Гинзбург напоминает, что, несмотря на кажущуюся протекционистскую позицию Франции, ее система авторского права "явилась первым ближайшим шагом к признанию сути общественного достояния, особо отмечая, что общественная собственность является задником частных прав"⁴¹. Такое понятие общественного достояния было передано через понятия "общественная собственность" или

³⁷ M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*, p. 76.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁰ См., например, Т. Очоа, "Origin and Meanings of the Public Domain", *op. cit.*, который анализирует процесс использования терминологии в прецедентном праве США начиная с 1896 года для установления произведений или изобретений, которые не были обеспечены патентной или авторско-правовой охраной по причине несоответствия требованиям в отношении охраны.

⁴¹ J. GINSBURG, "Une chose publique...", *op. cit.*, p.144.

"общая собственность"⁴². Хорошо известно, что часто цитируемое высказывание Ле Шапелье в поддержку принципа литературной собственности – "самым святым, самым легитимным, самым бесспорным и, так сказать, самым личным из всех форм собственности является произведение, которое появляется как плод мыслей писателя" – имеет следующее продолжение:

"Но эта собственность разительно отличается от всех других видов собственности. [После того как автор обнародовал свое произведение] писатель разделил с публикой свою собственность или, вернее, в полном объеме передал эту собственность публике. Тем не менее, именно потому что это в высшей степени справедливо, чтобы люди, возделывающие поле идей, имели возможность воспользоваться плодами своего труда, необходимо обеспечить такое положение, при котором при жизни авторов и в течение нескольких лет после их смерти никто не смог бы без их согласия воспользоваться плодами их таланта. И кроме того, после назначенного срока вступает в силу положение об общественной собственности и каждый должен иметь возможность печатать и публиковать эти произведения, которые способствовали просвещению человеческого духа".

Примечательно, что в данном высказывании понятие "общественная собственность" появляется сразу за обнародованием произведения. Упомянутую здесь собственность общества не следует путать с традиционным правом собственности на материальные или нематериальные вещи⁴³, но следует понимать как заинтересованность собственности к получению доступа к интеллектуальным произведениям для получения удовольствия от них. В этом смысле Ле Шапелье вводит понятие общественного достояния в рамках самой системы авторского права; в определенной мере такая свобода доступа к произведениям обусловлена механизмом обнародования и действует параллельно исключительности, предоставляемой авторским правом. Здесь мы имеем дело с упомянутой выше отсылкой на познавательное общественное достояние, когда проводится различие между свободой использования, обусловленной общественным достоянием в строгом смысле слова, и интеллектуальным доступом к произведениям в зависимости от обнародования произведения и безотносительно от охраны авторского права.

Понятие общественного достояния в нашем нынешнем представлении стало более актуальным в ходе дискуссий, имевших место в XIX веке, и касались продления срока охраны в отношении художественной собственности⁴⁴. Во Франции, многие известные писатели, философы и политики бурно обсуждали этот вопрос, выступая либо в защиту, либо против неограниченной продолжительности литературной и художественной собственности, как и любого другого права собственности. Пьер Жозеф Прудон был одним из самых яростных противников бессрочного авторского права и часто ссылаясь на понятие и терминологию общественного достояния:

"Приняв такой закон, законодательная власть причинит гораздо больший вред, нежели выплатив автору непомерный гонорар, она откажется от принципа общественной собственности, интеллектуальной области, нанеся тем самым огромный ущерб обществу... Давайте не будем лишать человечество такого наследства... интеллектуальная собственность не только посягает на общественное достояние, она обманым путем лишает общество его доли в производстве всех идей и всех выражений"⁴⁵.

⁴² Т. ОСНОА, "Origin and Meanings of the Public Domain", *op. cit.*, p. 233-235.

⁴³ Поскольку в то время понятие собственности имело не столько правовой, сколько идеологический смысл. И наоборот, что касается использования общественного достояния в сфере авторского права в юридическом смысле, см. Р. РЕЧТ, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, LGDJ, 1969.

⁴⁴ В этой связи см. L. PFISTER, "La propriété littéraire est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle", *R.I.D.A.*, July 2005, p. 117.

⁴⁵ J. PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, 1868 (где неоднократно используется терминология общественного достояния).

Здесь общественное достояние противопоставляется предоставлению авторского права, оно трактуется как необходимый эквивалент и призвание – противопоставление, которое и ныне определяет характер рассуждений об общественном достоянии.

В 1878 году на церемонии открытия Международного литературного конгресса, который подготовил принятие Бернской конвенции, Виктор Гюго поддержал обе идеи общественного достояния: утверждая, с одной стороны, что "как только произведение опубликовано, автор уже не является его хозяином, оно переходит во власть другого субъекта, называйте его как угодно, человеческий дух, общественное достояние, общество", а, с другой стороны, выступая в поддержку общественного достояния как неизбежной судьбы произведений по окончании срока охраны авторских прав.

Также в XIX веке общественное достояние стало объектом возросшего внимания в прецедентном праве и в законодательном процессе. Заметным предвестником послужило знаменитое английское дело *Donaldson v. Beckett*⁴⁶ 1774 года, когда суд выступил в поддержку общественного достояния исходя из *publici juris* после окончания установленного законом срока охраны авторских прав. В этом решении, лорд Камден высказал превосходную идею о приравнивании науки и обучения к "общему достоянию всего человечества, которые должны быть свободным и общедоступным как воздух или вода".

В Соединенных Штатах Верховный суд начал пользоваться этой терминологией в конце XIX века и, что является более важным, дополнил ее понятиями режима свободного доступа и безотзывности⁴⁷.

На международном уровне, уже в 1886 году, в Бернскую конвенцию была включена ссылка на общественное достояние для обозначения произведений, срок действия охраны авторских прав которых истек, причем это положение было заимствовано из французского Закона об авторском праве⁴⁸. Эта ссылка на общественное достояние, всегда увязываемая с истечением срока охраны, и по сей день содержится в статье 18 (1) Бернской конвенции⁴⁹.

Из этого краткого исторического обзора следует, что потребность в общественном достоянии постепенно укоренилась в дискурсе по авторскому праву и его правовому режиму, утверждая себя в качестве необходимого противовеса охране авторских прав. Общественное достояние приобрело сегодня большее значение как в дискурсе, так и в политическом мышлении, что, по все вероятности, объясняется цифровой средой, наличие которой не только благоприятствует доступу к культурному контенту, но и поднимает вопрос о расширении масштабов публичного достояния наряду с охраной авторских прав.

D. Обоснование общественного достояния

В традиционных философских обоснованиях интеллектуальной собственности зачастую не содержится упоминание общественного достояния, но, тем не менее, в них излагается способ отношения интеллектуальной собственности к тому, что не защищено. В таких теориях основной упор делается на аргументации предоставления исключительных прав авторам на плоды их творческого труда или деятельности, следовательно, на оправдание передачи права собственности. Однако не так много внимания уделяется возможному обоснованию сохранения общественного достояния или общего достояния в сфере знаний или культуры, по крайней мере в западных теориях интеллектуальной собственности (которая по-прежнему доминирует в дискурсе об авторском праве).

⁴⁶ *Donaldson v. Beckett*, 98 Eng. Rep., at 357 (1774).

⁴⁷ См. дела, проанализированные в Т. Очноа, "Origin and Meanings of the Public Domain", *op. cit.*, p. 240 and seq.

⁴⁸ См. статью 14 Бернской конвенции 1886 года, которая предусматривает следующее: "Согласно целям и условиям, которые определяются по взаимному согласию, настоящая Конвенция применяется ко всем произведениям, которые к моменту вступления ее в силу не стали еще общим достоянием в стране происхождения".

⁴⁹ "Настоящая Конвенция применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны".

Трудовая теория собственности Джона Локка часто используется для оправдания предоставления авторского или патентного права, похожего на право собственности, в отношении произведений или изобретений, являющихся результатом умственного труда⁵⁰. Его известная клаузула, изложенная в *Трактате о гражданском правлении*, гласит следующее:

"Все то, что [человек] извлекает из состояния, которое создала и сохранила природа, к чему он приложил свой труд и дополнил чем-то своим, становится таким образом собственностью человека"⁵¹.

В ней не говорится об интеллектуальной собственности и Локк никогда не писал на эту тему, но она постоянно присутствует в истории авторского права, когда возникает необходимость применить права собственности к плодам интеллектуального труда⁵².

Еще одним традиционным философским обоснованием интеллектуальной собственности является теория Гегеля, который оправдывает предоставление человеку права на объект тем, что человек вкладывает в этот объект свою волю. Его личностная теория собственности признает законными права частной собственности как результата субъективного акта присвоения, что является продолжением личности.

В применении к интеллектуальной собственности обе философии ставят знак равенства между собственностью и созданием людьми произведений культуры: охраняется то, что люди извлекли из дикого состояния природы⁵³. Принцип собственности Локка основывается на положении о том, что любой ресурс является бесплатным для каждого человека, который становится собственником в процессе труда, а гегелевское видение основывается на идее всеобщего достояния, которое готово для перехода во владение любой "стремящейся к этому" личности. Обе теории рассматривают природу как перспективную частную собственность. В приложении к интеллектуальной собственности природа может быть приравнена к общественному достоянию, которое, таким образом, рассматривается в качестве сырья для будущего создания и охраны авторских прав.

Тем не менее философия Локка не отрицает необходимости сохранить часть ресурсов для свободного для всех пользования; по его собственному определению, при обращении в собственность необходимо оставить "достаточно столь же хорошего качества" ресурсов для

⁵⁰ О влиянии теории Локка на ранние законы в области авторского права см. S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, op. cit., n° 276; D. ATTAS, "Lockean Justifications of Intellectual Property", в A. GOSSERIES, A. MARCIANO & A. STROWEL (eds.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 29.

⁵¹ JOHN LOCKE, *An Essay Concerning the True original, Extent, and End of Civil Government*, in *Two Treatises of Government*, Ch. V, 27 (Peter Laslett ed., 1988).

⁵² См. заявление библиотекарей в ходе дискуссии по Статуту Анны в *Журнале Палаты общин* от 26 февраля 1706 года, цитируемое в A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, Bruylant/LGDJ, 1993, p.187: "многие ученые потратили массу времени и средств на сочинительство книг, копии которых они в обычном порядке и по здравому размышлению передали приобретателям для печатания (...) однако в последние годы такая собственность стала объектом многочисленных посягательств"; или в преамбуле к Закону об авторских правах от 17 марта 1783 года штата Массачусетс, цитируемой в J. GINSBURG, "A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America", R.I.D.A., January 1991, p. 144; или, что касается Франции, многочисленные заявления Ле Шапелье и Лаканала, во время принятия революционных декретов 1791 и 1793 годов, содержащих ссылку на труд гениального писателя, или Манифест Луи д'Эрикура в пользу литературной собственности ("Рукопись (...) в авторском плане, является собственностью, которая реально принадлежит автору, ибо она является плодом его труда, и поэтому только он волен распоряжаться ею по своему усмотрению") (цитируется в A.C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, Jules Renouard et Cie, Tome I, 1838, p. 156).

⁵³ A.-C. RENOARD, op. cit. p. 441: "Как разум преобладает над вещами, так и человек является законным хозяином неразумной природы, переданной ему в распоряжение; эта истина является столь очевидной, что не подлежит сомнению".

всеобщего пользования⁵⁴. Поэтому не исключена возможность, что естественное право собственности обусловлено параллельным признанием общего достояния. Это позволит создать важное равновесие в сфере интеллектуальной собственности, при котором предоставление исключительности уравнивается признанием нематериального достояния или того, что мы называем сегодня «общественным достоянием»⁵⁵.

Другая философия, которая могла бы помочь понять необходимость признания авторского права при сохранении определенного доступа к культуре, может быть найдена в работе Юргена Хабермаса об общественной сфере⁵⁶. Общественная сфера, понимаемая как общество лиц, находящихся в критической оппозиции к государству, возникает в XVIII веке одновременно с появлением ранних законов об авторских правах. Законодательное оформление охраны литературных и художественных произведений именно в это время не является случайным. Матрицей общественной сферы, в трактовке Хабермаса, действительно является культура, так как она находит почву для политической дискуссии и мышления (что в то время уже было описано Кантом⁵⁷) в литературном и художественном творчестве. Поясняется, что социальной целью авторского права является содействие общественной сфере. Произведение предназначено для публики, а суть режима охраны заключается в том, чтобы облегчить распространение произведений в общественной сфере, наделив автора правом определенного контроля над этим распространением. Таким образом, модель общественной сферы по сути интегрирует общественное достояние как один из ключевых элементов режима авторского права, конечная цель которого должна заключаться в стимулировании общественного доступа к произведениям.

Позднее теории естественных прав на интеллектуальную собственность были заменены утилитарными концепциями, которые оправдывают предоставление права частной собственности приносимым им всеобщим социальным благосостоянием. Интеллектуальная собственность является законной в этом контексте, если она дает достаточно стимулов творцам и инноваторам для ускоренного создания произведений и изобретений. Такое объяснение лежало в основе разработки обширного аналитического материала по интеллектуальной собственности в области права и экономики за последние 30 лет.

Экономические выгоды от интеллектуальной собственности часто демонстрировались. В этой научной области также проявляется озабоченность в связи с общественным достоянием, хотя исследования в области права и экономики или экономического анализа общественного достояния только начинают появляться⁵⁸. Например, по заказу Европейского союза проводится исследование экономической ценности общественного достояния, в частности, для учреждений, занимающихся культурным наследием⁵⁹. Поскольку такие исследования направлены на оценку текущей ценности общественного достояния и ценности произведений, которые будут поступать в общественное достояние в ближайшие годы, они могли бы помочь определить ценность богатого общественного достояния и последствия

⁵⁴ Анализ этой части философии Локка см. W. GORDON, "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *Yale L.J.*, 1993, Vol. 102, p. 1555 et seq.

⁵⁵ О применении теории Локка к общественному достоянию см. J. BOYLE, *op. cit.*, p. 28; см. также G. DUTFIELD & U. SUTHERSANEN, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁶ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962. О применении модели общественной сферы к охране авторских прав и его последствия для цифровой системы охраны авторских прав см. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, p. 220 et seq.

⁵⁷ I. KANT, « Beantwortung der Frage: Was Ist Aufklärung ? », *Berlinische Monatschrift*, 1784.

⁵⁸ R. POLLOCK, *The Value of the Public Domain*, July 2006, см. по адресу <<http://www.ippr.org/publicationsandreports/publication.asp?id=482>>; E. SALZBERGER, "Economic Analysis of the Public Domain", в *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p.27-58; Computer & Communications Industry Association, *Fair Use in the US Economy*, 2007, см. по адресу <<http://www.cciainet.org/Copyright-Resources/>>.

⁵⁹ См. первый доклад этого исследования, *Economic and Social Impact of the Public Domain: EU Cultural Institutions and the PSI Directive*, May 2009, по адресу <http://www.epsiplus.net/reports/economic_and_social_impact_of_the_public_domain_eu_cultural_institutions_and_the_psi_directive_may_2009>.

любых изменений, которые могут быть приняты для корректировки границы между наличием и отсутствием охраны в рамках режимов авторского права.

Экономические исследования по вопросу о продлении срока действия некоторых прав интеллектуальной собственности также полезны для определения ценности общественного достояния, состоящего из произведений, срок действия авторских прав на которые истек⁶⁰. Имеются многочисленные исследования по экономике лицензирования с открытым доступом и программному обеспечению с открытым исходным кодом⁶¹. В них рассматриваются экономические выгоды, которые могут быть ассоциированы с практикой обмена данными и отказом от исключительности в управлении интеллектуальными активами – черты, которые объединяют развитие в направлении открытого доступа и общественное достояние (см. ниже).

Общим для этих экономических исследований является постепенная эволюция от идеи так называемой трагедии общих фондов к идее получения возможной выгоды от организации, в отличие от приватизации, таких фондов. "Трагедия общих фондов" – так была озаглавлена в 1968 году известная статья Гарретта Хардина по вопросам экономики, в которой он утверждает, что коллективно управляемые ресурсы из-за отсутствия там исключительных прав, обязательно приведут к чрезмерному потреблению и истощению ресурсов⁶². С тех пор многим видным авторам (не последнее место среди них занимает лауреат Нобелевской премии 2009 года в области экономики Элинор Остром⁶³) удалось доказать, что коллективное управление фондом как материального, так и нематериального достояния, может избежать таких трагедий и создать определенные ценности. Несмотря на эти последние исследования, можно сказать, что "изучение информации и знаний в отношении фондов все еще находится на стадии раннего детства"⁶⁴. Но эта исследовательская работа может быть полезным для обогащения правовой дискуссии по общественному достоянию, и по его значению для творческого и инновационного процесса.

Недостатком всех этих мировоззрений, разработанных или примененных в отношении интеллектуальной собственности, можно считать тот факт, что они покоятся на фундаменте западных философских или экономических доктрин, которые, имеют тенденцию рассматривать частную собственность и исключительность как основу развития и справедливости. Другие представления о собственности или правах на имущество могли бы быть полезными при обсуждении вопроса об общих фондах или общественном достоянии, согласно которому ценность коллективной собственности или культурной продукции определяется не через призму индивидуальных актов авторства, а в спектре вклада в общую культуру и наследие⁶⁵. В этом отношении были бы полезны дальнейшие исследования.

II. СТРУКТУРА ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ

A. Основные принципы

Общественное достояние состоит из элементов, которые сами по себе охраняются, независимо от обстоятельств их использования. Это общественное достояние является свободным для пользования по своей сути, так как оно основано на отсутствии в нем исключительного права.

⁶⁰ W. LANDES & R. POSNER, "Indefinitely renewable copyright", *U. Chi. L. Rev.*, 2003, Vol. 70, p. 471.

⁶¹ Недавнее исследование см., например, J. HOUGHTON, *Open Access – What are the economic benefits?*, Study commissioned for Knowledge Exchange, 2009, по адресу <<http://www.knowledge-exchange.info/Default.aspx?ID=316>>.

⁶² G. HARDIN, "The Tragedy of the Commons", *Science*, 1968, n°162, 1243.

⁶³ См., например, E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

⁶⁴ C. HESS & E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons – From Theory to Practice*, MIT Press, 2006, p. 3.

⁶⁵ R. COOMBE, "Fear, Hope and Longing", *op. cit.*, p.1181.

Оно будет основано на элементах, которые обычно используются во многих странах для определения предмета охраны авторского права, но будет дополняться другими элементами, которые согласно некоторым национальным законам относятся к общественному достоянию. Для проведения настоящего исследования структуры общественного достояния в национальном праве, были выбран ряд стран для получения сбалансированного и дифференцированного представления о законодательной деятельности с учетом таких факторов, как географическое распределение, уровень экономического развития, а также правовая система. Такими странами являются: Австралия, Алжир, Бразилия, Дания, Италия, Кения, Китай, Коста-Рика, Малайзия, Республика Корея, Руанды, Соединенные Штаты, Франция и Чили.

Идентификация содержания общественного достояния может оказаться полезной во многих отношениях. Во-первых, она может помочь странам определить, какие произведения относятся к общественному достоянию. Во-вторых, она продемонстрирует, что общественное достояние не является однородным. Оно – многогранно, охватывает множество эклектических элементов и имеет два последствия. С одной стороны, то, каким образом каждый элемент вводится – в силу закона или любым иным способом – в общественное достояние, подчеркивает разнообразие методов и преследует различные цели, которые могут влиять на политические рекомендации или стратегии для сохранения и развития "публичности" этих разных частей общественного достояния. С другой стороны, поскольку каждая категория элементов общественного достояния подчиняется различным механизмам, то это, безусловно, подвергает их всевозможным рискам, связанным с обособлением или превращением в товар. Понимание различий в характере и действиях таких угроз является необходимым условием для соответствующих рекомендаций в отношении противостояния такому неправомерному вторжению.

Следовательно, для рассмотрения различных частей общественного достояния необходимы различные рекомендации.

V. Территориальность общественного достояния

Статус интеллектуального ресурса зависит от применяемого к нему права. Бернская конвенция – равно как и многие национальные законы или прецедентное право, содержащие правило определения применимого права в области авторского права, – предусматривает, что пользование этими авторскими правами и их осуществление "не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения" и что "объем охраны, равно как и средства защиты, предоставляемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана" (статья 5 (2) Бернской конвенции). Там, где есть объект для применения Бернской конвенции, право, применяемое к существованию авторских прав является *lex protectionis*. Эта норма действующего законодательства, обязательно присущая основному принципу территориальности в авторском праве, также относится и к продолжительности охраны авторского права, с некоторыми оговорками, которые будут рассмотрены ниже. Единственное исключение относится к выражениям фольклора, в соответствии со статьей 15 (4) (а) Бернской конвенции⁶⁶.

Как следствие, статус охраняемого авторским правом произведения будет варьироваться в зависимости от законодательства страны, в которой истребуется такая охрана. Произведение может по-прежнему защищаться авторским правом в одной стране, но рассматриваться как относящееся к общественному достоянию – в другой, на основе различных правил, применяемых к авторско-правовой охране или сроку ее действия.

⁶⁶ "В случае неопубликованных работ, когда личность автора неизвестна, но когда есть все основания предполагать, что он является гражданином страны Союза, законодательным ведомствам этой стран вменяется право назначать компетентный орган, который должен представлять автора и иметь право на защиту и соблюдение его прав в странах Союза". Это положение в большей степени касается компетентного органа для обеспечения соблюдения прав в фольклоре, нежели определения применимого права, но в его основу в момент включения в Бернскую конвенцию было заложено, безусловно, стремление обеспечить охрану национального фольклора в соответствии с законом страны его происхождения.

Эта изменчивость может значительно усложнить задачу определения структуры общественного достояния, в частности, в случае, когда эксплуатация или использование произведения из общественного достояния имеет место одновременно во многих странах, как это все чаще происходит, а именно с появлением онлайн-использования. Это – основная головоломка в процессе сохранения общественного достояния и содействия его развитию.

С этого момента творческий материал сам по себе не рассматривается как являющийся или не являющийся частью общественного достояния, но будет рассматриваться как объект авторского права – или не рассматриваться таким объектом – в соответствии с применимым к нему законодательством. В этой связи возникает первая трудность для обеспечения сохранения общественного достояния. Если произведение не имеет окончательного и постоянного статуса, как можно содействовать его свободному использованию вне национальной основы? На чем зиждется уверенность пользователя в праве на свободное использование такого произведения, независимо от места его использования?

C. Совокупность компонентов общественного достояния, основанных на охраняемых объектах

1. Идея/выражение или онтология общественного достояния

Ключевая разделительная линия между предметом авторского права и общественным достоянием находится в так называемом принципе дихотомии идея/выражение. Этот принцип означает, что только творческие выражения заслуживают охраны, а идеи или информация остаются во всеобщем свободном пользовании или, по известному выражению Дебуа, находятся "в свободном полете". Произведения являются выражением и воплощением идей, фактов, принципов, методов. На самом деле, дихотомия идея/выражение воплощает понятие произведения⁶⁷ даже до возникновения вопроса о том, что есть литературное и художественное произведение, или что представляет собой оригинальное предложение. Идеи, факты, стиль, методы, сюжеты, чистая информация, концепции, таким образом, не защищены по определению и представляют собой достояние в собственном смысле этого слова. Можно сказать, что они образуют *онтологическую* форму общественного достояния.

Идеи все еще могут быть защищены конфиденциальностью и неразглашением, но "как только автор обнародует свое произведение, то любые *идеи*, содержащиеся в произведении, переходят в общественное достояние, автор должен довольствоваться сохранением контроля лишь в отношении формы, в которую он впервые облек эти идеи⁶⁸". Это не только линия водораздела между достоянием с авторско-правовой охраной и неохранным общественным достоянием, но и критерий для определения возможного нарушения авторских прав, так как только копирование выражения, а не идеи, будет рассматриваться как нарушение авторских прав.

Бернская конвенция прямо не указывает на принцип дихотомии идея/выражение. Это было сделано в 1996 году в Конвенции ВОИС по авторскому праву, Статья 2 которой гласит, что "авторско-правовая охрана распространяется на форму выражения, а не на идеи, процессы, методы функционирования или математические концепции как таковые". Эта формулировка была заимствована из статьи 9 (2) Соглашения ТРИПС.

Идеи, процессы, методы функционирования или математические концепции можно рассматривать только как примеры того, что включает общее понятие "идеи"⁶⁹. Информация как таковая, просто факты, необработанные данные, концепции или стили также не защищены. Сюда можно было бы добавить слова, ноты, цвета, или любые другие основные элементы, служащие для самовыражения.

⁶⁷ V.-L. BENABOU, "Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, janvier 2005, p. 53.

⁶⁸ C. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, *Copyright Law*, Lexis Nexis, 7th edition, 2006, p. 106.

⁶⁹ J. REINBOUHE & S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths Lexis Nexis, London, 2002, p. 47.

Логическое обоснование этого принципа исходит от признанного допущения, что идеи и информация являются основными составляющими элементами новаторства, созидания, научных исследований и образования. Авторские права не могут ограничивать возможности пользователей и создателей в получении доступа к существующим знаниям и опоры на них для развития творческого процесса на пути к прогрессу.

Идеи составляют "твердое ядро" общественного достояния, поскольку оно *per se* не может воспользоваться благами авторско-правовой охраны⁷⁰. Очевидно, что даже если эти идеи облечены в оригинальные формы выражения и не являются более общественным достоянием, то объект охраны является новым, то есть оригинальным произведением, и оставляет нетронутой идею, которая уже содержится в самом произведении. В этом смысле идея никогда не выходит за рамки общественного достояния, и может быть снова использована кем угодно и когда угодно. Из-за их вездесущности, идеи невосприимчивы к авторско-правовой охране, которая ориентирована на форму, а не на содержание.

Многие национальные законы эксплицитно воспроизводят этот принцип. Исключение идей появляется, например, в законах об авторском праве Австралии (охрана только форм выражения), Бразилии (исключающих идеи, нормативные процедуры, системы, методы или математические проекты или концепции как таковые, диаграммы, планы и правила для выполнения умственных операций, игры или ведение бизнеса, информация общего пользования, например, содержащейся в календарях, дневники, реестры или надписи, а также промышленное и коммерческое использование идей, воплощенных в произведениях), Китая (требование выражения произведения в какой-либо форме), Коста-Рики (исключающих "идеи, процедуры, методы функционирования, сами математические концепции), Дании (требующие, чтобы произведение было выражено в той или иной форме), Кореи (определяющих произведения как выражение идей), Руанды (исключающих "любые идеи, процедуры, системы, методы функционирования, концепции, принципы, раскрытие чистых данных, даже если они выражены, описаны, объяснены, проиллюстрированы или воплощены в произведении"), Соединенных Штатов (исключающих из своей сферы " любую идею, процедуру, процесс, систему, метод эксплуатации, концепцию, принцип или открытие"). В других режимах это исключение косвенно признается или применяется судами, или является результатом охраны только "произведений", которые приравниваются к творческому выражению. Поскольку положения и ТРИПС и ДАП могут быть толковаться как налагающие на их государства-члены обязательство в отношении исполнения, ни одна страна не может принять иного решения⁷¹.

Несмотря на кажущуюся устойчивость в режиме авторского права, отсутствие охраны идей и информации постоянно подвергается растущей угрозе в последние десятилетия экспансии интеллектуальной собственности. Первопричиной этой угрозы является установление в законодательном порядке специальных охранных мер в Европейском союзе и в некоторых других странах (например, Корея) для неоригинальных баз данных. Следствием так называемого права *suí generis* является предоставление исключительных прав, эквивалентных правам на воспроизведение и сообщение в пакетах данных. Действительно, отдельные необработанные данные никогда не будут предметом охраны, объектом которой являются только основные части базы данных и фонды данных. Однако, когда данные или информация имеют смысл только как фонд или когда базы данных являются единственным источником такой информации, право *suí generis* вполне может пренебрегать принципом свободного доступа и использования идей (см. ниже).

2. Требования в отношении охраны или предмет общественного достояния

(i) Оригинальность

⁷⁰ Ни патентной охраны, учитывая, что вопреки тому, о чем не раз говорилось, абстрактные идеи никогда не могут быть запатентованы, но должны иметь технический или конкретный характер.

⁷¹ См. также статью 1 (1) ТРИПС, допускающую более широкую охрану в национальных законах "при условии, что такая охрана не противоречит положениям настоящего Соглашения".

Вход в здание авторских прав зависит от того, будет ли найдена в произведении определенная степень оригинальности. Оригинальность, по словам Раймонда Касас Валлеса, есть "доказательство и материализация авторства и то, что оправдывает предоставление авторского права"⁷². Все страны применяют этот принцип. Оригинальность прямо не упоминается в Бернской конвенции, и редко упоминается в национальных законах (исключения являются законы Алжира, Австралии, Коста-Рики, Кении, Малайзии, Руанды и Соединенных Штатов Америки), хотя она, вероятно, подразумевается в словах "литературные и художественные произведения" и ее можно обнаружить в условии интеллектуального творчества, которое применяется к охране сборников (статья 2 (5) Бернской конвенции).

Бернская конвенция также оставляет определение оригинальности на национальное рассмотрение, поэтому в разных странах определение и степень требуемой оригинальности различны. Весьма радикальное различие между критериями, используемыми в странах авторского права (*droit d'auteur*) и традициями копирайта, весьма часто подчеркивается, а иногда смягчается⁷³. В первом случае делается упор на сведениях о личности автора, связывая оригинальность с субъективным подходом, а во втором – применяется менее строгая и более объективная проверка, требованием которого является независимое произведение, которое не скопировано с другого, и демонстрация некоторых интеллектуальных усилий. Критерий "в поте лица", наличие которого ранее было достаточно в некоторых странах для удовлетворения требованиям оригинальности, был категорически дисквалифицирован в решении Верховного суда США по известному делу *Feist*, а именно:

*"Условием «sine qua non» авторского права является оригинальность. (...) Оригинальность, как термин используемый в авторском праве, означает лишь то, что произведение было самостоятельно создано автором (в отличие от скопированного из других произведений) и что ему присуща по крайней мере некоторая минимальная степень креативности. Безусловно, требуемый уровень креативности является крайне низким; даже небольшое количество будет достаточным"*⁷⁴.

Но критерий авторско-правовой охраны является не самым подходящим инструментом селекции для создания общественного достояния. С одной стороны, во многих странах порог оригинальности для получения авторско-правовой охраны является очень низким и, как правило, истолковывается как любое интеллектуальное участие, любой отпечаток личности. Немногие интеллектуальные творения станут общественным достоянием по причине их несоответствия требованиям оригинальности. В этом смысле, оригинальность, как критерий для передачи произведения под охрану авторского права, является превалирующей идеей в интеллектуальной собственности, в которой прослеживается влияние Локка и Гегеля, то есть принцип, согласно которому все, созданное в результате деятельности человека, должно иметь право на частную охрану (см. выше). Основание для охраны носит, таким образом, крайне селективный характер, будучи весьма минимальным.

С другой стороны, оригинальность очень трудно установить с уверенностью, и ее окончательное толкование часто будет передаваться на усмотрение судов. Иными словами, могут возникнуть трудности при решении вопроса об охране творческого произведения и многие потенциальные пользователи могут сделать осмотрительный выбор в пользу авторско-правовой охраны в случае какой-либо неопределенности. Таким образом, контуры этой части общественного достояния представляются весьма нечеткими.

Такой низкий уровень оригинальности также представляет собой угрозу общественному достоянию, так он оставляет все меньше и меньше незащищенных работ, распространяясь иногда на нелепые предметы с минимальным уровнем творчества.

⁷² R. CASAS VALLES, "The requirement of originality", в E. Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edgar Elgar, 2008, p. 102.

⁷³ См., в частности, A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright*, op. cit.

⁷⁴ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991).

Некоторые юридические механизмы также усиливают диспропорцию между тем, что подлежит охране, а что нет. Например, в Австралии в ходе судебного разбирательства наличие авторского права в произведении презюмируется, если ответчик не опровергает это⁷⁵. Таким образом, возможный статус общественного достояния данного произведения в процедуре нарушения не оспаривается *prima facie*.

(ii) Фиксация

Некоторые страны требуют, чтобы произведение было зафиксировано в материальном воплощении, чтобы пользоваться авторско-правовой охраной. Так обстоит дело в Соединенных Штатах, где требование фиксации считается выполненным, когда воплощение произведения "в копии или звукозаписи, осуществленной автором или под его руководством, является достаточно постоянным и стабильным, чтобы позволить его восприятие, воспроизведение, или иную форму передачи в течение более длительного времени, чем временный срок" (раздел 102 (b) Закона США об авторском праве). Некоторая фиксация произведения применяется также в Кении (статья 22 (3) Закона об авторском праве) и Малайзии (раздел 7 (3) (b) Закона об авторском праве). Можно предположить, что в этих странах произведения, не имеющие фиксации, останутся незащищенными, и, следовательно, перейдут в общественное достояние.

Сообщается, что в других странах произведения находятся под охраной с момента их создания.

(iii) Национальная принадлежность произведения

Многие страны по-прежнему предусматривают в своих законах исключение из авторско-правовой охраны произведений на основе их национальности, обеспечивая охрану произведений, созданных их гражданами или опубликованных на их территории, а также произведений, странами происхождения которых являются государства-члены договора, сторонами которого являются эти страны. Например, закон об авторском праве Кении эксплицитно включает в сферу общественного достояния "иностранное произведения, которые не пользуются охраной в Кении" (статья 45 (1)). То же самое относится к Австралии, Бразилии, Дании, Китаю, Корее, Коста-Рике, Малайзии, Соединенным Штатам и Чили. В некоторых странах, таких как Италия, Руанда, Франция, это исключение в отношении охраны касается только тех произведений, которые опубликованы в странах, которые не признают достаточным уровень охраны для произведений, опубликованных в перечисленных выше странах. Правило взаимности может, таким образом, сохранить произведения из стран, не принадлежащих к Бернской конвенции.

Поскольку состав участников Бернской конвенции и Соглашения ТРИПС постоянно растет, существует немного стран, чьи произведения не могут охраняться на других территориях. Поэтому весьма редко встречаются ситуации, когда этот критерий является причиной перехода произведения в общественное достояние в какой-либо юрисдикции.

3. Срок охраны или временное общественное достояние

Существенной особенностью в области интеллектуальной собственности, за исключением товарных знаков, географических указаний и, в некоторой степени, права *sui generis*, предоставленного базам данных, является ограничение во времени. По истечении определенного периода времени произведение или изобретение может, так сказать, перейти в общественное достояние. Можно говорить о *временном* общественном достоянии.

Важность этого ограничения во времени для устройства общественного достояния объясняет тот факт, что во многих странах и в течение длительного времени, выражение "общественное достояние" само по себе в основном относилось к произведениям, на которые уже не распространялась охрана. При появлении авторского права, установленный срок также рассматривался в качестве основного двигателя для обеспечения доступа к литературной и

⁷⁵ Аналогичная презумпция существует в Кении.

художественной продукции со стороны общества в целом, а также лучшим подтверждением компромисса между охраной и общественными интересами.

В дебатах, которые проходили в XIX веке во многих странах по вопросам продления этого срока, яростно отстаивалась эта точка зрения. Цель ограничения срока состояла в том, чтобы обеспечить достижение баланса между охраной собственности и доступностью для общественности, создавая при этом два отдельных достояния, заполняемых по ходу времени. Общественное достояние было признано правилом, а авторское право – исключением, которое необходимо, но не вечным, как заявил в своем часто цитируемом выступлении перед английской Палатой общин в 1841 году лорд Макаулей:

*"Это хорошо, что авторы должны получать вознаграждение, и самым небезупречным способом вознаграждения является монополия. Кроме того, монополия есть зло. Ради добра мы должны согласиться на зло, но зло не должно длиться на день дольше, чем это необходимо для обеспечения добра"*⁷⁶.

Учреждение права частной собственности было лишь ограниченным вторжением в общественное достояние, которое должно рассматриваться как правило. По свидетельству Джейн Гинзбург, общественное достояние с очевидностью преобладало в начале режимов литературной и художественной собственности как во Франции, так и в Соединенных Штатах⁷⁷. В 1774 году в деле *Donaldson v. Beckett*⁷⁸, являющимся одним из первых дел в отношении авторского права в Соединенном Королевстве, Палата лордов проголосовал за принцип ограничения во времени авторского права, настаивая на общественном интересе сохранения общественного достояния как правила.

В настоящее время все страны соблюдают принцип ограничения во времени. Минимальная продолжительность срока действия для стран, присоединившихся к Бернской конвенции и Соглашению ТРИПС, составляет 50 лет после смерти автора. Кроме того, статья 7 Бернской конвенции предусматривает конкретные способы расчета продолжительности срока, которые в меньшей степени ориентированы на автора. Что касается кинематографических произведений, в статье 7 (2) говорится, что национальное законодательство может предусмотреть, что срок охраны истекает спустя пятьдесят лет после того, как произведения с согласия автора было сделано доступным для всеобщего сведения, либо – если в течение пятидесяти лет со времени создания такого произведения это событие не наступит – что срок охраны истекает спустя пятьдесят лет после создания произведения. Срок охраны произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, истекает спустя пятьдесят лет после того как произведение было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения, за исключением тех случаев, когда личность автора хорошо известна или со временем итоге раскрыта. В заключение статья 7 (4) допускает более короткий срок охраны для произведений прикладного искусства – 25 лет со времени их создания. Тот же предел может применяться по отношению к фотографическим произведениям, если только данное государство не ратифицировало Договор ВОИС по авторскому праву 1996 года, статья 9 которого отменяет столь короткий срок, возвращаясь к общему минимальному сроку в 50 лет *post mortem auctoris*.

Но эти условия являются лишь минимальными пределами и ничто не мешает государствам увеличивать сроки за пределы 50 лет. Таким образом, национальное законодательство определяет срок действия авторского права на произведение, устанавливая соответственно, что находится в общественном достоянии, а что нет. Поэтому сроки охраны в разных странах определяются по-разному и может возникнуть трудности при их установлении, учитывая также применение коллизионного права для их определения. В самом деле, в качестве условий существования авторского права, статья 7 (8) Бернской конвенции предусматривает, что срок будет определяться законом страны, в которой истребуется охрана. Определение временного общественного достояния будет зависеть от законов той страны, где данное произведение используется. Однако это же положение несколько смягчает этот принцип следующим

⁷⁶ T. B. MACAULAY, *Macaulay Speeches and Poems*, 1874, p. 285.

⁷⁷ J. GINSBURG, "A Tale of two Copyrights...", *op. cit.*

⁷⁸ 1 Eng. Rep. 837 (H.L. 1774).

утверждением: "однако, если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может превышать срок, установленный в стране происхождения произведения". Это одно из основных исключений к общему применению *lex loci protectionis*, которое будет обязательным, если государство не примет иного решения⁷⁹.

Результат применения этого правила сопоставления сроков может еще более усложнить задачу определения срока действия авторского права на произведение. Речь идет о правиле "материальной взаимности"⁸⁰, когда отдается предпочтение применению более короткого срока охраны, установленного в стране происхождения произведения. Например, продолжительность охраны произведения, страной происхождения которой является Алжир (где срок охраны ограничен 50 годами после смерти автора), будет определяться во Франции сроком в 50 лет после смерти автора, что означает отказ от применения обычного срока в 70 лет, установленного французской Кодексом интеллектуальной собственности⁸¹. Как следствие, вычисление срока охраны прежде всего потребует информации о том, отменила ли страна действие статьи 7 (8) Бернской конвенции, а затем необходимо определить страну происхождения произведения и установленную в этой стране продолжительность для того, чтобы сравнить ее с продолжительностью, предусмотренной законодательством страны, в которой испрашивается охрана.

Помимо возможного применения этого правила сопоставления, при расчете срока действия авторского права не исключена возможность возникновения сложностей, связанных с некоторыми национальными особенностями.

Большинство стран начали с простых правил. Общий принцип заключается в применении срока в 50 лет (например, Алжир, Кения, Китай, Корея, Малайзия, Руанда), или в 70 лет (Австралия, Бразилия, Дания, Италия, Коста-Рика, Соединенные Штаты, Франция, Чили) после смерти автора⁸². На региональном уровне общая продолжительность либо предписывалась (как в директиве ЕС от 1993 года, которая определяет единый срок в 70 лет после смерти автора), либо предлагалась (как в Приложении VII Бангкийского соглашения АОИС, которое устанавливает срок в 70 лет после смерти автора). В большинстве стран срок устанавливается в соответствии с Бернской конвенцией, а именно, с 1 января после смерти автора или иного соответствующего события.

Этот общий принцип часто дополняют конкретными правилами, применимыми к отдельным категориям произведений. Срок действия может отсчитываться с момента предоставления в пользование или опубликования произведения (или даже с момента его создания) в случае произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом (применимо для всех проанализированных стран), аудиовизуальных произведений (Алжир, Бразилия, Кения, Китай), фотографических произведений (Алжир, Бразилия, Кения, Китай), коллективных произведений (Алжир), произведений, созданных на условиях найма или принадлежащих юридическому лицу (Китай, Чили), неопубликованных произведений неизвестного авторства (Дания), произведений, созданных по поручению правительства (Кения), или по авторскому праву верховной власти, когда это применимо (Австралия)⁸³.

Могут быть также предусмотрены более короткие сроки.. Бразилия, например, предоставляет непродолжительную охрану на период от одного года для названий

⁷⁹ Для более полного объяснения правила сравнения сроков см. S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002, p. 117-142.

⁸⁰ J. REINVOTNE & S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 117.

⁸¹ Поскольку французы не только отступают от этого правила, но и усиливают его положением, предусматривающим, что срок действия охраны произведения, автор и страна происхождения которого не являются европейскими, будет соответствовать сроку, установленному в стране происхождения, но не превышать срока, предусмотренного во Франции (см. статью L.123-12 CPI).

⁸² Обратите внимание, что сроки охраны, обсуждаемые здесь, касаются только экономических прав; сроки немущественных прав будут рассмотрены ниже.

⁸³ Тем не менее в Австралии определение авторских права неограниченного срока действия является прерогативой Короны и осуществляется в виде законов и подзаконных актов.

периодических изданий, включая газеты, до двух лет для ежегодных публикаций. В Коста-Рике действует срок в 25 лет после публикации в отношении произведений, созданных органами государственной власти.

Директива ЕС от 1993 года предоставляет охрану авторских прав в течение 25 лет после опубликования или публичной передачи издателю произведения общественного достояния, которое ранее не было опубликовано⁸⁴. Давайте представим, что человек находит неизвестную рукопись Виктора Гюго и издает ее. Несмотря на то, что такое произведение относится к общественному достоянию, а Гюго мертв уже более 70 лет, этот человек будет пользоваться исключительными правами в отношении этого произведения в течение 25 лет. Такая охрана, однако, ограничена экономическими правами, что делает ее более похожей на смежное право, устанавливаемое на базе инвестирования, нежели на подлинное авторское право, по причине отсутствия охраны личных неимущественных прав. Суть этого конкретного правила заключается в том, чтобы стимулировать обнародование и доступность произведения, которое обычно должно рассматриваться как общественное достояние. Этот случай будет рассмотрен ниже, так как он в некоторой степени посягает на общественное достояние.

В некоторых странах могут также применяться весьма своеобразные правила, которые еще более усложняют расчеты. В Соединенных Штатах упраздненные в настоящее время формальности в качестве условия для осуществления авторского права, по-прежнему в некоторой степени влияют на определение срока действия авторского права.

Для произведений, созданные в США на или после 1 января 1978, авторско-правовая охрана распространяется на время жизни автора плюс 70 лет. Когда речь идет о произведении, выпущенном анонимно или под псевдонимом, или созданном по найму, срок увеличивается до 95 лет после первой публикации или до 120 лет после создания, в зависимости от того, какой срок истечет раньше. Это положение применимо и к произведениям, созданным, но не опубликованным или зарегистрированным до 1 января 1978, с одной специальной оговоркой в случае последующего издания до 2003 года, т.е. если срок не истекает до конца 2047. Для произведений, созданных до 1978 года, принадлежность или отсутствие принадлежности к общественному достоянию будет по-прежнему зависеть от выполнения упомянутых выше формальностей. В случае, если произведение будет опубликовано в данный период времени с надлежащим уведомлением, 28-летний первый срок охраны автоматически продлевается на дополнительный срок в 67 лет (или в случае, если продление срока действия было получено должным образом для произведений, опубликованных в период между 1923 и 1963 годами). Произведения, опубликованные до 1923 года, находятся в общественном достоянии. Следует также отметить, что эти и без того сложные правила могут применяться только к произведениям американского происхождения, а в отношении иностранных произведений действуют еще более запутанные правила⁸⁵.

Определение в США статуса общественного достояния по отношению к национальному произведению, таким образом, основывается на множестве элементов, таких, как наличие и дата публикации, соблюдение формальностей при уведомлении, применяемых в то время, наличие пролонгации охраны – информации, которую трудно получить неспециалистам.

Положение в Австралии является не менее сложным. Помимо общего правила о 70-летнем сроке после смерти автора или 70-летнем сроке после первой публикации для выпущенных анонимно или под псевдоним произведений, охрана распространяется и на произведения, впервые опубликованные после смерти автора, звукозаписи, и фильмы, созданные после 1 мая 1969. Однако, если автор умер до 1955 года, авторское право на произведение, опубликованное при жизни автора, перестает действовать на основании нормы об отсутствии обратной силы, введенной в 2005 году.

Авторское право на неопубликованные письменные произведения, такие как неопубликованные письма, еще не утратило силу, за исключением фотографий, сделанных до

⁸⁴ См. статью 4 Директивы ЕС о сроках действия авторского права.

⁸⁵ Полный обзор метода подсчета срока действия авторских прав на произведения в США, см. по адресу <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm>.

1955 года, независимо от того, опубликованы они или нет. Произведения, созданные до 1 июля 1912 года, более не охраняются авторским правом, за исключением случаев, когда право, предусмотренное Законом об авторских правах от 1911 года, распространяется на эти произведения.

Пример Австралии дает представление о сложностях, которые могут возникнуть во многих странах при продлении срока действия авторского права на основании нового законодательства. Если определенный законом новый срок не направлен на восстановление авторских прав на произведения, уже ставших частью общественного достояния, эти произведения останутся неохраняемыми. Например, в Чили имеются разногласия в отношении охраны произведений лауреата Нобелевской премии поэтессы Габриэлы Мистраль. Она умерла в 1957 году, когда чилийское авторское право гарантировало охрану авторских прав только в течение 30 лет после смерти автора. В результате ее произведения являются общественным достоянием с 1988 года. Остается открытым вопрос о восстановлении авторского права на ее произведения, и на другие произведения, ставшие общественным достоянием, так как в 1992 году срок охраны авторских прав после смерти автора был продлен до 50 лет (а затем – до 70 лет).

Во многих странах имеются конкретные правила, касающиеся восстановления или отказа в восстановлении авторского права при продлении срока действия авторских прав, но получение информации о таких правилах и их применении сопряжено с трудностями.

Введя единообразный срок охраны в 70 лет после смерти автора, Европейский союз сделал выбор в пользу восстановления авторских прав на произведения, которые по-прежнему защищены в одной из стран Союза на момент вступления в силу этой директивы. Таким образом, охрана авторских прав произведения, находящегося в общественном достоянии в одном государстве, может быть пересмотрена, если это произведение все еще пользуется охраной в другом государстве-члене. В этой связи необходимо также рассмотреть вопрос о том, находилось ли произведение – на момент принятия этой директивы – под охраной какого-либо государства-члена (в ту пору их было 12).

Эти два примера показывают, что для точного определения временного общественного достояния нередко требуются сведения о периодичности применения следующих один за другим законодательных продлений условий авторского права.

Срок действия авторского права может быть также продлен в некоторых странах на основании так называемых продлений военного времени. Так обстоит дело во Франции, где два закона, 1919 и 1951 годов, добавили дополнительные месяцы к обычным срокам охраны авторских прав в отношении тех произведений, которые не считались общественным достоянием во время принятия законов, для того, чтобы компенсировать отсутствие использования по причине двух мировых войн. По первому закону было добавлено шесть лет и, в зависимости от разных методов подсчета, 83 или 152 дня, а по второму – восемь лет и 120 дней⁸⁶. Если автор погиб, сражаясь за Францию, его (или ее) произведения пользуются дополнительным сроком охраны в 30 лет! Это комплекс продлений вызвал много споров во Франции (как и в Бельгии, которая в законодательном порядке ввела аналогичные продления), в частности, по вопросу об их совместимости с согласованными в данный момент сроками охраны на всей территории Европейского союза. Французский Кассационный суд частично урегулировал эти разногласия в 2007 году в деле о портрете Верди, написанным Болдини, который умер в 1931 году⁸⁷. Произведение в обычном порядке стало общественным достоянием с 1 января 2002 года, однако правообладатели настаивали на использовании двух продлений военного времени и, следовательно, на охране до 2016 года. Верховный суд отказал в таком продлении на том основании, что оно покрывается сроком охраны в 70 лет, который был установлен директивой Сообщества. Однако, единственное исключение было сделано при толковании статьи 10 (1) директивы, когда срок охраны, превышающий 70 лет *post mortem auctoris*, вступал в действие 1 июля 1995 года (дата вступления в силу директивы). В этом

⁸⁶ A. LUCAS & H.J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 3d ed., 2006, § 513.

⁸⁷ Cass., 27 February 2007, *D.*, 2007, p. 807.

случае применяется более длительный срок охраны, а французское исключение в отношении продлений военного времени по-прежнему годятся для применения, но только в редких случаях.

Другая национальная особенность наблюдается в Чили, где срок охраны может рассчитываться с даты смерти последнего выжившего из числа лиц, к которым относят жену и дочерей автора (если только они не состоят в браке). Не исключена возможность, что это странное (и не нейтральное в гендерном отношении) положение будет вскоре отменено законопроектом, который в настоящее время обсуждается.

Создается впечатление, что анализ этих национальных законов противоречит автоматическому компоновке временного общественного достояния, которая предусматривает, что произведение становится общественным достоянием по прошествии определенного периода времени. Многие события могут сделать неопределенной дату его фактического перехода в общественное достояние и не последнюю роль играет здесь возможное законодательное продление срока действия.

Отчасти это объясняется то, что неоднократное продление сроков всегда наталкивалось на активное сопротивление. Были приведены многочисленные доводы в защиту утверждения о том, что некоторые повторяемые продления обусловлены охраной авторов и их наследников и их участия в получаемых от использования произведения выгодах, но в большинстве случаев требование о продлении срока охраны исходит от предприятий и, следовательно, от рынка, который хотел бы воспользоваться неограниченной монополией на некоторые произведения. Все помнят о мощной оппозиции Закону США о продлении авторского права от 1988 года (известному также как Закон «Sony Bono»), который продлил срок охраны авторского права до 70 лет после смерти автора, как и в Европе. Это продление срока было оспорено в Верховном суде на основании его неконституционности, так как Конституция США предусматривает, что Конгресс имеет право "содействовать развитию науки и полезных ремесел, закрепляя *на ограниченный период* времени за авторами и изобретателями исключительные права на их сочинения и открытия". В деле *Eldred v. Ashcroft*⁸⁸, Верховный суд подтвердил этот закон: "ограниченный период времени", таким образом, рассматривается не как короткий период времени, а как период времени, не являющийся неограниченным; тонкое, но значимое различие.

Вместо того, чтобы поддержать мнение о сроке охраны, в котором проводится четкая грань между охраняемыми произведениями и общественным достоянием, как в деле *Donaldson v. Beckett*, Верховный суд США признал, что срок действия авторского права можно регулярно продлевать до тех пор, пока Конгресс в состоянии выдвигать рациональное обоснование для такого продления. Затем получило признание то, что особенно сильным мотивом для продления срока охраны могут быть экономические потребности. Как и в Европе во время принятия в 1993 году директивы о сроках действия, был также выдвинут аргумент об увеличении продолжительности жизни человека: авторское право должно приносить пользу автору и двум последующим поколениям наследников, что, по демографическим причинам, не вполне достижимо в течение в 50-летнего срока. Но, помимо определения "необходимого срока действия авторского права", необходимо учитывать и продуктивную жизнь произведения, а именно, период, в течение которого оно имеет ценность на рынке. Иными словами, если произведения все еще могут иметь коммерческую ценность, авторское право на них существует, и его срок действия соответственно продлевается. По этой логике, общественное достояние будет представлять собой свалку не имеющих ценности (по крайней мере в экономическом плане) произведений и режим авторского права будет формироваться в соответствии с требованиями рынка, а общественное достояние будет формироваться из рыночных отходов, не подлежащих восстановлению. Это говорит о том, что временное общественное достояние не является преобладающим принципом и что определение общественного достояния в режиме авторского права не является достаточно сильным, чтобы противостоять таким текущим продлениям. В подобном законодательном контексте редко оценивается влияние продления срока действия на общественное достояние.

⁸⁸ 537 U.S. 186 (2003).

Это также означает, что общественное достояние, учрежденное в соответствии с правилом срока охраны, не является неизменным, или, правильнее сказать, общественное достояние не принимает окончательную форму раз и навсегда. Проще говоря, теперь мы не знаем, когда существующие произведения перейдут в общественное достояние; мы знаем только то, что в конечном итоге все произведения туда перейдут. Такое положение не укрепляет общественное достояние.

4. Исключенные произведения или политика в области общественного достояния

Общественное достояние также обогащено элементами, которые в прямой форме исключены из области охраны. Эти исключения касаются произведений интеллектуального творчества, которые могут на первый взгляд иметь право на авторско-правовую охрану, но законодатель решил, что они не подлежат охране по соображениям государственного или общественного интереса. Такие исключения составляют то, что можно назвать *политическим общественным достоянием*.

Бернская Конвенция предусматривает два возможных исключения из практики охраны авторских прав⁸⁹. Одно из них является обязательным и касается новостей дня и различных событий (статья 2 (8)), другое – не является обязательным и охватывает официальные тексты государства (статья 2 (4)). Многие страны придерживаются Конвенции в отношении обоих исключений. Некоторые другие типы исключений также можно найти в некоторых национальных законах.

(i) *Официальные акты*

В авторском праве одно из традиционных исключений из охраны относится к официальным текстам законодательного, административного и юридического характера, а также к официальным переводам таких текстов, как это предусмотрено статьей 2 (4) Бернской конвенции. Она также позволяет определять на национальном уровне охрану политических речей и речей в ходе судебных процессов (статья 2-бис (1)) и предусматривает предоставление исключительных прав автору для создания сборников таких выступлений (статья 2-бис (3)).

Цель таких исключений состоит в том, чтобы сделать документы, каковыми являются законы, судебные решения и другие виды официальных документов, доступными для всех, и чтобы сделать действенной формулу, согласно которой "незнание закона не является оправданием". Другой аргумент заключается в том, что поскольку официальные акты приняты избранными в качестве представителей народа, они не могут быть присвоены и являются общими для всех граждан.

Несмотря на факультативный характер Бернской конвенции, большинство стран отказывается в предоставлении охраны данному типу документов либо путем прямого законодательного исключения (например, Алжир, Бразилия, Дания, Италия, Китай, Корея, Малайзия, Руанда, Соединенные Штаты) либо на основе прецедентного права (Франция).

Масштаб исключений, а, следовательно, и доля общественного достояния, состоящая из официальных документов, варьируется от одной страны к другой. Как минимум, законы и другие нормативные акты, а также судебные решения⁹⁰, считаются принадлежащими общественному достоянию (Алжир, Италия, Китай, Корея, Руанда, Франция). В некоторых странах исключение иногда распространяется на материалы, произведенные или субсидированные государством или другими государственными органами (например, Бразилия, Малайзия, США) или предусматривается некоторая свобода на использование таких

⁸⁹ Другое исключение содержится в статье 2 (7) Бернской конвенции, которая позволяет государствам вынести за рамки авторско-правовой охраны произведения прикладного искусства, установив для них специальную охрану, которая предоставляется образцам и моделям. Как следствие, в странах, применяющих такие исключения, произведения декоративно-прикладного искусства будут формально входить в сферу общественного достояния с точки зрения авторского права, но, как правило, они будут пользоваться охраной, выходящей за рамки общественного достояния – охраной в отношении образцов.

⁹⁰ Что касается официальных переводов таких актов, см. J. GINSBURG & T. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works – 1886-1986*, Oxford Press, 2006, § 8.108.

административных документов (например, Алжир, Дания). Прецедентное право также иногда исключало произведения, имеющие нормативную ценность, такие как банкноты⁹¹, официальные экзамены для некоторых профессий⁹², или мнения судей⁹³.

Единственными странами, которые не придерживаются этого правила, являются те страны, которые считают издательское право принадлежащим государству; к ним относятся Великобритания или Австралия, которые таким образом отделяют официальные акты от общественного достояния, и передают авторское право на них государству (в Австралии) или королеве (в Великобритании). Принадлежащее государству право на официальные акты в последнее время подверглось критике со стороны австралийского Комитета по пересмотру законов об авторском праве, который рекомендует отменить такую охрану во имя общественной заинтересованности в доступе к таким официальным документам в современной демократии⁹⁴.

В Чили, положение является неопределенным и представляется, что при отсутствии ясно выраженного исключения в законе об авторском праве⁹⁵, официальные акты могут охраняться, даже если это никогда не приводилось в исполнение. Однако в последних судебных процессах, связанных с выступлениями лауреата Нобелевской премии Пабло Неруды, когда он был конгрессменом, Верховный суд постановил, что эти выступления являются частью общественного достояния на том основании, что надлежащее функционирование демократической системы требует отсутствия авторского права в выступлениях государственных служащих.

Тем не менее присущий официальным актам характер общественного достояния не помешал введению частной исключительности по отношению к сборникам таких документов, например, в странах Европейского союза, на основании права *sui generis* применительно к базам данных. Как свидетельствует недавнее решение Европейского суда⁹⁶, могут потребоваться доказательства значительных инвестиций в подготовку сборников не подлежащих авторско-правовой охране законов и судебных решений, чтобы придать базам данных, включающим такие документы, исключительные права в отношении извлечения и повторного использования существенных частей этих баз данных. По мере расширения доступности официальных актов через базы данных, что упрощает их поиск и ознакомление с ними, неограниченное предоставление права *sui generis* в отношении таких баз данных в сочетании с очень либеральным подходом Европейского суда в отношении объема предоставляемых таким образом прав⁹⁷, может нанести ущерб общедоступности, которая гарантирует передачу законов, судебных решений и другой продукции государства в общественное достояние. Это еще один пример трудности в обеспечении эффективности общественного достояния.

(ii) Новости дня

⁹¹ Что касается Франции, см. Cass. 5 fév. 2002, *R.I.D.A.*, July 2002, p. 381 (решение об исключении банкнот из сферы действия авторских прав, которое впоследствии было отменено постановлением 2005 года о передаче авторских прав на банковские монеты и банкноты производящим их учреждениям).

⁹² Что касается Франции, см. TGI Paris, 9 nov. 1988, *Cah. Dr. auteur*, February 1989, p.16; CA Paris, 13 June 1991, *D.* 1992, somm. p. 12.

⁹³ Что касается Соединенных Штатов, см. *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591, 668, 8 L. Ed. 1055 (1834)

⁹⁴ См. Copyright Law Review Committee's Crown Copyright report, по адресу <<http://www.austlii.edu.au/au/other/clrc/18.pdf>>.

⁹⁵ Однако это может измениться, поскольку обсуждаемый в настоящее время законопроект о пересмотре Закона об авторских правах предусматривает исключение официальных актов из сферы авторского права.

⁹⁶ ECJ, 5 March 2009, *Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD*, C-545/07.

⁹⁷ Европейский суд действительно считает, что даже простое ознакомление с охраняемой базой данных в некоторых случаях может представлять собой нарушение права на получение данных. См. ECJ, 9 October 2008, *Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, C-304/07.

Второе исключение, предусматриваемое Бернской конвенцией, и на этот раз обязательное, распространяется на "новости дня или на различные события, имеющих характер простой пресс-информации" (статья 2 (8)).

Это исключение прямо предусмотрено в Италии, Китае, Корее, Коста-Рике и Руанде. Другие страны применяют его на основе прецедентного права, либо по причине отсутствия оригинальности, либо сообразно принципу дихотомии «идея/выражение»⁹⁸.

Новости дня подпитывают общественное достояние в большей мере благодаря дихотомии «идея/выражение», нежели с точки зрения обоснования государственной политики. По своей сути информация, просто факты и новости не подлежат авторско-правовой охране⁹⁹, что определяет их принадлежность к *онтологическому* общественному достоянию, которое мы определили выше.

(iii) Другие исключения

Государства могут также свободно ссылаться на другие мотивы общественного интереса, чтобы исключить некоторые произведения от охраны и поместить их в общественное достояние. Проведенный нами анализ стран свидетельствует о том, эта практика применяется не часто.

В Чили, например, к общественному достоянию относят произведения, которые были экспроприированы государством, за исключением тех случаев, когда закон определяет бенефициаров в случае охраны таких произведений (статья 11 Закона об авторском праве). Эта статья была введена в начале 70-х годов, когда в Чили было социалистическое правительство (до переворота 1974 года) и отражает дух того времени, когда экспроприация в общественных интересах была политической стратегией. Но, как представляется, с тех пор не было ни одного случая применения такого положения в отношении творческих произведений.

В двух других странах полагают, что произведения авторов, которые умирают не оставив наследников, должны находиться в общественном достоянии (см. статью 66 Закона об авторском праве в Коста-Рике и статью 45 Закона об авторском праве в Бразилии). В других странах, возможно, применяются стандартные правила, касающиеся правопреемства при отсутствии претендента на собственность, которые, как правило, предоставляют авторские права государству.

Передача произведений, не имеющих правопреемников, в общественное достояние в Бразилии и Коста-Рике может рассматриваться как стремление государства не применять частные права по отношению к творческим произведениям, а оставить их в общем достоянии, так как передача произведений государству превращает их в коллективные блага. В этом смысле общественное достояние, которому они принадлежат, ближе к понятию общественного достояния в области административного права, когда речь идет об имуществе, принадлежащем государству и использованном для коллективных целей.

В заключение отметим, что Закон США об авторском праве исключает из охраны авторского права "любую часть (производного) произведения, в котором (существовавший ранее) материал был использован неправомерно" (§ 103 (а)). Это исключение производного произведения, которое сопряжено с нарушением, отражает также стремление государственной власти предотвратить нарушение существующих авторских прав.

5. Отказ от авторского права: добровольное общественное достояние

Недавно возникший вопрос о структуре общественного достояния касается возможности того, что общественное достояние будет включать произведения, от авторских прав на которые отказались. Произведения, от авторско-правовой охраны которых отказались их владельцы,

⁹⁸ См., например, дело Верховного суда США *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 234 (1918).

⁹⁹ S. RICKETSON, *op. cit.*, p. 13.

формируют нечто похожее на *добровольное общественное достояние*¹⁰⁰ не в силу закона, а лишь по воле самих авторов¹⁰¹.

В отличие от других прав интеллектуальной собственности, например, патентов или товарных знаков, право собственности авторов иницируются единым творческим актом (или фиксацией в некоторых правовых системах). Нельзя отказаться от «титула» после его предоставления; «авторство» является единичным с феноменом творчества. Отсутствуют какие-либо регистрационные формальности, платежи за оказанные услуги, расходы, конфликтные ситуации общественного порядка, на основании которых можно отказать автору в охране, предусмотренной исключительным правом. Если бы автор захотел отказаться от охраны как таковой, у него нет способа уйти от юридической модели исключительной охраны.

Передача работ в общественное достояние, таким образом, требует принятия некоторых формальных действий, своего рода позитивного жеста в пользу отказа от авторского права. Такая передача работ в общественное достояние происходит все чаще и чаще и принимает форму более общей полемики по вопросу об интеллектуальной собственности. Иногда это результат процессов, имеющих место в лицензировании авторского права с открытым доступом и использовании таких схем, как, например, Creative Commons (см. ниже), в настоящее время предлагающих также полный отказ от авторского права на свое произведение с помощью стандартной лицензии, называемой Creative Commons CC0¹⁰². Цель этой стандартной лицензии состоит в подтверждении отказа владельца авторских прав от всех своих авторских и смежных прав на произведение в максимально допустимой законом степени. Другой отказ от авторских прав может иметь форму менее формализованной лицензии или даже просто заявления на этот счет.

Такое добровольное общественное достояние отличается от открытого доступа или лицензии с бесплатным распространением в том, что они направлены на полный отказ от авторско-правовой охраны, при этом последние лишь гарантируют свободу на использование произведений, но сохраняют существование и применение авторского права¹⁰³ (см. ниже). Лицензии, от которых отказались в пользу общественного достояния, часто относят к категории «права не охраняются», тогда как традиционные лицензии с сохранением права копирования могут быть квалифицированы как «некоторые права охраняются» (классическим примером осуществления исключительного авторского права является вариант «все права охраняются»). Добровольное общественное достояние следует также отличать от ситуаций, в которых автор не использует свои права в случае нарушения авторских прав: такое решение не влияет на существование авторского права, которое по-прежнему распространяется на данное произведение¹⁰⁴.

Некоторые страны включают такие отказы от охраны авторских прав в свое определение общественного достояния. Из числа стран, которые мы проанализировали, к ним относятся Чили, хотя реальность и масштабы отказа от авторских прав могут быть противоречивы, и Кения. Последняя предусматривает определенные формальные требования для того, чтобы такие отказы были действительными и гарантированными, которые предусматривают, что «отказ автора или его правопреемника от своего права должен быть сделан в письменной форме и обнародован, но любой такой отказ не должен противоречить каким-либо предыдущим договорным обязательствам, касающимся произведения» (статья 45 (2) Закона об авторском праве Кении). Республика Корея признает, что авторы могут передать свои права в дар министру культуры и туризма, который затем поручит корейской Комиссии по авторским правам взять на себя управление авторскими правами на эти произведения, но не для коммерческих

¹⁰⁰ или "domaine public consenti", если воспользоваться выражением из S. CHOISY, *op. cit.*, p. 167 ; см. также M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thesis, University of Montpellier, December 2006, unpublished, 281 et seq.

¹⁰¹ M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, *op. cit.*, p. 420.

¹⁰² См. по адресу http://wiki.creativecommons.org/CC0_FAQ.

¹⁰³ S. CHOISY, *op. cit.*, 168.

¹⁰⁴ M. CLEMENT-FONTAINE, *op. cit.*, 286.

целей¹⁰⁵. Тем не менее, на произведении, которое со всей определенностью не передано в общественное достояние, все еще распространяется авторское право.

За исключением стран, однозначно разрешивших такую передачу в общественное достояние и придавших ей официальный статус, законность и обоснованность отказов от авторского права вызывает много вопросов.

В большинстве законов отсутствует четкий ответ на вопрос, сможет ли правообладатель отказаться от полного осуществления своих исключительных прав. С точки зрения только экономических прав, такой отказ поставит под сомнение вопрос о самой природе авторского права. Следует ли рассматривать этот отказ в качестве основополагающего права, как это, вероятно, имеет место в некоторых правовых системах? Является ли законным отказ от такого права? И наоборот, если авторское право рассматривается как имущественное право, то вопрос является менее сложным, так как такое право содержит неотъемлемый атрибут отказа от самого имущества (злоупотребление правом).

Но ключевым и более сложным вопросом является личное неимущественное право. Неотделимая от личности создателя, охрана личного неимущественного права считается неотъемлемой во многих странах, что автоматически означает невозможность отказа автора от личного неимущественного интереса в произведении. Следовательно, даже в случае отказа от экономических прав на законных основаниях, произведение будет по-прежнему находиться под охраной неимущественных прав и владелец авторских прав может пользоваться ими для сохранения определенного контроля над использованием своего произведения.

Возникает другой вопрос: если признать обоснованным полный отказ от авторских прав, подразумевает ли это безотзывность? Может ли автор передумать и в определенный момент вновь осуществлять свое исключительное право на произведение, отрицая передачу произведения в общественное достояние? И здесь вновь отсутствует какая-либо определенность. Все будет зависеть от предусмотренных в лицензии или односторонних актах положений, касающихся возможности отзыва, в соответствии с которыми автор на практике подтвердит прекращение действия какой-либо охраны в отношении своего произведения. Ответы могут быть разными в зависимости от правовой системы.

Предоставление такого отказа от права может стать искушением для тех создателей, которые хотят развивать и укреплять общественное достояние в области авторского права. Следует, однако, проявлять особую осторожность при создании такого механизма.

Во-первых, только авторам произведения, а не последующим правообладателям, должна разрешаться передача произведения в общественное достояние, или это допускается только с выраженного и осознанного согласия авторов.

Во-вторых, и особенно в тех случаях, когда отказ от авторско-правовой охраны считается окончательным, он должен подвергнуться скрупулезной процедуре проверки на удовлетворение формальным требованиям, целью которой является обеспечение свободного и достоверного желания автора на этот счет, и информирование автора о безотзывности своего выбора, если такое положение применяется. Предприниматели оказывают все более сильное давление на авторов в целях сокращения уровня авторско-правовой охраны и могут быть очень заинтересованы в отказе от авторских прав, что сделало бы свободным и неограниченным использование таких произведений. Независимость авторов, которая могла бы служить оправданием для легитимности такого выбора, является следствием исключительности, которую им гарантирует закон об авторских правах. Однако не следует также недооценивать финансовые или социальные соображения, которые могут повлиять на их решение отказаться от своих авторских прав.

Даже в случае признания такого отказа, следует помнить, что произведение, таким образом переданное в общественное достояние, не защищено от любых попыток присвоения. Находящееся в общественном достоянии произведение пользуется режимом свободного

¹⁰⁵ Обратите внимание, что до настоящего времени не было случаев такого пожертвования.

пользования, а это дает возможность другим лицам путем незначительной, но оригинальной адаптации, воспользоваться таким новым произведением и, получив исключительные права на него, извлечь прибыль. В этом возможное объяснение того факта, что некоторые авторы, желающие разрешить общественности свободный доступ и использование их произведений, отдают предпочтение менее радикальным лицензиям, которые гарантируют такие свободы, но при этом сохраняют определенный контроль, в противовес полному отказу от своих авторских прав.

6. Промежуточные выводы о составе общественного достояния

Состав общественного достояния может быть представлен следующим образом:

| Часть общественного достояния | Состав | Перемещающиеся границы |
|---|---|---|
| <i>Онтологическое общественное достояние</i> | – идеи, методы, правила, принципы, стиль, факты, информация и т. д. – новости дня | присвоение сбора данных путем охраны неоригинальных баз данных |
| <i>Предметное общественное достояния</i> | – неоригинальные произведения – иностранные произведения, не охватываемые договорами В некоторых странах: – незафиксированные произведения В странах с прежним режимом формальностей: – произведения, не соответствующие формальностям, действующим в тот момент | – требования в отношении низкого уровня оригинальности – трудности в установлении оригинальности – соблюдение международных договоров или двусторонних соглашений |
| <i>Временное общественное достояние</i> | – 70 после смерти автора – специальные правила | – правило о сравнении сроков (статья 7(8) Бернской конвенции) – неоднократное продление срока действия авторского права – промежуточные меры, возобновление или невозобновление срока действия авторского права |
| <i>Государственное общественное достояние</i> | – официальные тексты В некоторых странах: – произведения, конфискованные государством – произведения умерших авторов, не оставивших наследников – производные произведения с нарушением прав | присвоение сборников официальных текстов путем охраны неоригинальных баз данных |
| <i>Добровольное общественное достояние</i> | произведения, переданные в общественное достояние после отказа от авторского права | неопределенность в отношении юридической действительности |

Проведенный выше анализ свидетельствует о том, что этот состав характеризуется неопределенностью контуров и изменчивыми параметрами общественного достояния. Причины этого многообразны.

Во-первых, принцип территориальности авторско-правовой охраны приводит к изменению статуса произведения, в зависимости от законодательства страны, где испрашивается охрана. Как следствие, его возможная принадлежность к общественному достоянию также определяется территориальностью применения закона, а иногда осложняется вмешательством закона страны происхождения.

Во-вторых, трудно точно определить контуры отдельных частей общественного достояния, поскольку критерии охраны – или ее отсутствия – либо субъективны, либо неопределенны (например, оценка оригинальности), либо регулируются сложными правилами (например, срок действия авторского права).

Наконец, ограниченная охрана общественного достояния в законах об авторском праве в основном рассматривается как отрицание интеллектуальной собственности, на которую не распространяется особый режим охраны, превращает ее в легкую мишень для повторного использования, о чем свидетельствуют примеры восстановления авторского права в произведениях общественного достояния при продлении срока действия авторских прав или неопределенный статус произведений, переданных их авторами в общественное достояние.

Неопределенность границ общественного достояния является одной из первых трудностей для его идентификации и доступности. Это не позволяет своевременно реагировать на проблемы, связанные с другими правовыми или техническими механизмами, на которых мы остановимся ниже.

D. Относительность общественного достояния

В результате его негативного определения, элементы, относящиеся к общественному достоянию, будут свободными от исключительности уже в силу действия закона об авторских правах. С точки зрения действующего закона, ничто не мешает их резервированию или приватизации с помощью других механизмов, потому что определенное таким образом общественное достояние не следует абсолютному правилу отсутствия исключительности.

Это означает, что некоторые материалы, которые могут быть квалифицированы как не охраняемые авторским правом и, следовательно, как принадлежащие общественному достоянию по авторскому праву, могут быть защищены с помощью других правовых, договорных и технических средств. Как следствие, контуры общественного достояния, которые мы только что обозначили, являются лишь относительными и не приводят к бесспорному статусу неохраняемой или государственной собственности.

В этой части будут перечислены различные проблемы, которые могут затронуть произведения общественного достояния, и которые могут придать их "публичности" или доступности более ограниченный характер. Можно сделать вывод, что в большинстве случаев воздействие других методов контроля в отношении материалов общественного достояния может быть само по себе ограниченным и не приведет к существенной эрозии публичного характера общественного достояния, равно как и эффективности его свободного использования. Национальные законы проанализированных выше стран будут по-прежнему служить основой для нашего исследования.

1. Неограниченные личные неимущественные права

Свободный доступ к произведениям общественного достояния и их использование могут быть нивелированы результатами применения неограниченного личного неимущественного права. В государствах, где признается такой неограниченный срок, адаптация произведения, переданного в общественное достояние, может вполне оказаться под угрозой из-за противодействия дальних родственников авторов, если они смогут доказать свое право на наследование в ходе осуществления неимущественного права. Они могут также поддаться соблазну взять на себя роль цензора.

Как следствие, реальность свободного использования общественного достояния может оказаться хрупкой и ни один пользователь или создатель производного произведения не застрахован от продолжающегося применения личного неимущественного права на авторство.

Когда такое неограниченное право расширяет свои границы правом на обнародование, где такое право существует, авторское право само по себе дает наследникам автора мощное средство по предотвращению обнародования посмертных и неопубликованных работ, снижая тем самым интеллектуальный доступ общественности к произведениям общественного достояния. Третий атрибут неимущественного права, право авторства, скорее всего, будет менее важной проблемой, так как оно не будет ни препятствовать созданию новых творений на основе находящегося в общественном достоянии произведения, ни сокращать использование или доступ к такому произведению. Но это заставит последующих создателей или пользователей адекватно отображать имя его автора произведения общественного достояния при его использовании.

Бернская конвенция не устанавливает срок действия неимущественного права и не запрещает применение в этом отношении правила неограниченного срока. Стоит отметить, что приложение VII Бангкийского соглашения Африканской организации интеллектуальной собственности – которое служит моделью закона в отношении литературной и художественной собственности для африканских государств-членов – предусматривает, что личные неимущественные права не должны иметь ограничений по времени (см. статью 22 (2)).

Во многих странах срок действия неимущественных прав аналогичен сроку действия экономических прав, как, например, в Австралии, Корее и Малайзии (из проанализированных здесь стран). Этому иногда может служить оправданием монистический режим авторского права, где неимущественный аспект авторского права считается неотъемлемой частью экономического аспекта¹⁰⁶. В других странах срок действия неимущественных прав отличается по продолжительности от экономической охраны. Срок действия неимущественных прав может быть сокращен и прекращен после смерти автора, как в Корее (за исключением защиты от серьезного вреда, нанесенного чести автора).

Разделение имущественных и неимущественных прав может быть ограничено по некоторым признакам охраны неимущественных прав. В Австралии, например, право на целостность в кинематографическом произведении перестает действовать после смерти его автора(ов), тогда как другие атрибуты неимущественного права ставятся в один ряд с имущественными правами. В Китае право на обнародование отходит от нормы бессрочного неимущественного права и действует в течение 50 лет после смерти автора. В Соединенных Штатах наблюдается более сложная ситуация: неимущественное право на авторство и целостность действует лишь в отношении произведений изобразительного искусства, а его продолжительность зависит от даты создания таких произведений. Оно действует в течение жизни автора произведения, созданного после 1990 года, но соответствует продолжительности имущественных прав для визуальных произведений, созданных до этой даты.

Франция, вероятно, является первым примером, который можно привести при мысли о бессрочном неимущественном праве. Бессрочность охраны неимущественных прав произведений и их авторов тем не менее является реальностью во многих странах мира, причем не все из них являются бывшими французскими колониями или имеют традиции гражданского права. Следующие из проанализированных нами стран – Алжир, Бразилии, Дания, Италия, Кения, Китай, Коста-Рика, Руанда, Франция и Чили (до сих пор спорный вопрос) – обеспечивают без ограничений охрану неимущественных интересов авторов.

Ситуация с Чили по-прежнему является неясной и противоречивой. Статья 11 чилийского Закона об авторском праве предусматривается свободное использование произведений, принадлежащих к общественному достоянию, при условии, что авторство и целостность произведения будут признаны; некоторые ученые и эксперты на основании этой статьи делают вывод об отсутствии ограничений срока действия нематериального права. По мнению других, неограниченность срока применяется лишь к атрибутам авторства и целостности, но не к правам на обнародование и изъятие (право на отказ от исполнения обязательства).

¹⁰⁶ A. DIETZ, "Legal principles of Moral Rights (Civil Law) – General Report", в *The moral right of the author*, ALAI Congress, Antwerp, 1993, p. 67.

Охрана неимущественных прав по существу может быть также ограничена произведениями, представляющими главный культурный интерес. Например, датский Закон об авторских правах предусматривает, что неимущественное право является бессрочным, но его применение обусловлено посягательством на культурные интересы (см. статью 75). Было разъяснено, что целью такой нормы является охрана культурного наследия, и что этот закон должен применяться только к произведениям, которые рассматриваются как часть такого наследия, или к произведениям авторов, создавших ценные произведения иным способом¹⁰⁷. До настоящего времени два таких дела были переданы на судебное рассмотрение. В первом случае Верховный суд вынес решение о нарушении неимущественного права произведения вследствие адаптации музыкального произведения, которое стало общественным достоянием¹⁰⁸. По второму делу, рассмотренному в 1990 году, никаких посягательств на целостность Библии не было установлено в фильме, который добавил к жизнеописанию Иисуса порнографический аспект¹⁰⁹. Но Библия все еще косвенно пользуется охраной нематериального права на основании датского Закона об авторском праве (трудность заключается в том, чтобы знать, кто будет иметь право на его реализацию!).

Охрана целостности произведений, которые рассматриваются как культурное наследие государства, является зачастую скрытой целью правил о неограниченном сроке действия применительно к неимущественным правам. Одним из признаков этого является возможность для государства или его представителей, как правило, министра культуры, пользоваться неимущественным правом для охраны целостности произведений общественного достояния: компетенция, существующая в Алжире (неимущественное право осуществляется *Национальным Управлением по авторским и смежным*, если отсутствуют законные наследники); в Бразилии (обязательство защищать целостность и авторство являющихся произведений общественного достояния, возлагаемое на государство); в Коста-Рике (министр по делам культуры и молодежи); в Дании (упомянутая выше специальная охрана может предоставляться только государственным органом, но не наследниками автора); в Италии (министр культуры в случаях, представляющих общественный интерес). В большинстве стран этой компетенцией никогда не пользовались.

АОИС предлагает, чтобы после истечения срока действия охраны имущественных прав национальному административному органу по коллективным правам было предоставлено право обеспечивать соблюдение неимущественных прав в пользу авторов.

И во Франции государственные органы играют свою роль в охране бессрочного неимущественного права. Статья L. 122-9 Закона об интеллектуальной собственности (CPI) предусматривает, что министр культуры может обратиться в суд первой инстанции в случае злоупотребления (предположительно со стороны наследников авторов) при осуществлении права на обнародование, даже в отношении произведений общественного достояния. Андрэ Лукас считает, что эта статья может быть применена и в отношении других злоупотреблений, совершаемых в ходе осуществления неимущественного права автора после его смерти¹¹⁰. Министр культуры, таким образом, может потребовать через суд соблюдения этого неимущественного права или заставить наследников снять свой отказ обнародовать произведение, если на карту поставлен общественный интерес. Впредь такое вмешательство не будет ограничено лишь применением неимущественного права вместо законных наследников авторов, но может быть также направлено на охрану интересов общества в обнародовании и опубликовании посмертного произведения, несмотря на вето правообладателей. Не подменяя государство в осуществлении бессрочного имущественного права, эта компетенция обеспечивает баланс между охраной культурного наследия и

¹⁰⁷ T. RIIS, *Intellectual Property Law. Denmark*, Kluwer Law International, 2nd Edition, 2009.

¹⁰⁸ UFR (*Danish Weekly Law Report*), 1965, 137, цитируется в M. KOKTVEDGAARD, «Moral right – National Report for Denmark», в *The Moral right of the author*, Congress ALAI, Antwerp, 1993, 118.

¹⁰⁹ UFR (*Danish Weekly Law Report*), 1990, 856, цитируемый M. Koktvedgaard, *ibidem*.

¹¹⁰ A. LUCAS & H.J. LUCAS, *op. cit.*, §475.

общественным интересом в отношении доступа к культуре. Эта возможность однако весьма редко осуществляется¹¹¹.

Такое вмешательство государства или коллективного общества можно трактовать в контексте преодоления трудностей при определении надлежащих наследников умершего автора. Неимущественное право принимает все более коллективный характер¹¹² и становится скорее "инструментом гарантирования добросовестности"¹¹³. Но это является также – как четко явствует из режима французского авторского права – вопросом государственной политики, которой ближе охрана национального достояния, нежели охрана прав личности¹¹⁴. Органы государственной власти или представители авторов выступают скорее как охранители целостности памятников культуры и как защитники коллективных интересов.

Такое обоснование государственной политики для осуществления бессрочного неимущественного права могло бы отвечать требованиям такого бессрочного бесплатного пользования общественным достоянием. В самом деле, в отношении права целостности можно такую охрану можно было бы отделить от осуществления исключительного права в рамках авторского права и считать, что это будет главным образом вопрос охраны культурного наследия под видом неимущественного права. Поэтому это должно произойти только тогда, когда на карту поставлен ключевой общественный интерес или серьезный ущерб произведению. В какой-то степени такая охрана культурного наследия сама по себе является инструментом защиты и сохранения общественного достояния¹¹⁵ при условии, что это разумно осуществляется органами государственной власти и законными наследниками авторов, которых, в случае необходимости, контролируют органы государственной власти. Такое положение не следует рассматривать как запрет на адаптацию новых творений.

Даже если не согласиться с этой концепцией, представляется, что обращение к неимущественному праву для запрета на адаптацию произведений, находящихся в общественном достоянии, само по себе является весьма ограниченным. Последний известный случай произошел во Франции с произведением Виктора Гюго "Отверженные", когда один из его наследников попытался предотвратить публикацию продолжения к известному роману. Этот иск в итоге был судами отклонен¹¹⁶ на том основании, что являющееся частью общественного достояния произведение открыто для адаптации на основании свободы творчества. Нематериальное право может применяться лишь для охраны прав авторства и целостности, но при одном условии, что такая адаптация наносит реальный ущерб этим правам, что наследники должны доказать, продемонстрировав, что такова была бы позиция автора. Трудность обеспечения такого доказательства показывает, что бессрочное имущественное право действительно способно предотвратить адаптацию только тогда, когда последняя явно злоупотребляет свободой использования произведения, находящегося в общественном достоянии.

¹¹¹ Другие субъекты пытались включиться в обсуждение этого вопроса, такие как Национальный центр книги, правовой компетенцией которого является обеспечение целостности литературных произведений после смерти автора, или некоторые коллективные общества, также в отношении литературных произведений (что часто отрицалось судами). Например, в известном случае, когда общество коллективного управления литературными произведениями авторов пыталось воспрепятствовать кинематографической адаптации романа "Опасные связи", написанного Шодерло де Лакло, скончавшимся в 1803 году (Cass., 6 December 1966, *D.*, 1967, *Jurisprudence*, p.381, note DESBOIS).

¹¹² A. LUCAS & H.J. LUCAS, *op. cit.*, § 428.

¹¹³ P. SIRINELLI, *Propriété Littéraire et droits voisins*, Dalloz, 1992, p. 89. См. также S. STROMHOLM, *Le droit moral de l'auteur*, PA Nordstedt, 1967, t. I, p.480.

¹¹⁴ A.M. CHARDEAUX, *Les Choses Communes*, LGDJ, 2006, § 211. В связи с этим см. также A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, Study for the European Commission, 1976, § 165 (который призывает к "своего рода охране монументов"), B. D'ORMESSON-KERSAINT, *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁵ M.A. CHARDEAUX, *op. cit.*, §214.

¹¹⁶ Cass. 30 janvier 2007, *JCP G*, 2007, p.29, note C. Caron; CA Paris, 19 décembre 2008, *Communications – Commerce Électronique*, Mars 2009, p. 26.

2. Платное общественное достояние

Платное общественное достояние (называемое также по его французскому оригиналу «*domaine public payant*») представляет собой систему, при которой пользователь материалов общественного достояния должен платить за обязательную лицензию на воспроизведение или сообщение для всеобщего сведения данного произведения, несмотря на его статус общественного достояния. Авторство этой идеи принадлежит Виктору Гюго. В одном из своих выступлений перед Международным конгрессом писателей в 1878 году этот великий писатель выступил в защиту положения о том, что авторское право после смерти автора или его/ее прямых наследников переходит во благо общественного достояния, восторженным приверженцем которого он был. Он также высказался в пользу создания системы платного общественного достояния, состоящей в том, чтобы взимать небольшой сбор за каждое использование работ общественного достояния, поступающий в фонд помощи молодым писателям и авторов¹¹⁷.

Идея предоставления некоторого вознаграждения за публикацию произведений, находящихся в общественном достоянии, в интересах нынешнего поколения авторов, даже если она не появилась в трудах законодателей, которых в то время хотел убедить Гюго, а именно, составителей Бернской конвенции, тем не менее со временем получает определенное признание.

Италию часто приводят в качестве примера западной страны, применяющей такой режим, именуемый «платное достояние» (*Domain Right*). Однако ее система платного общественного достояния была отменена в 1996 году.

В настоящее время режим государственного платного общественного достояния существует в некоторых странах, таких как Алжир, Кения, Кот-д'Ивуар, Парагвай, Республика Конго (Конго-Браззавиль), Руанда и Сенегал. Преобладание в этом списке африканских стран можно объяснить наличием положений в Бангийском соглашении и Приложении к нему, касающихся литературной и художественной собственности, в которых предлагается создать такой режим¹¹⁸.

Французское право рассматривает частный случай платного общественного достояния, связанный с отсутствием охраны произведений, впервые раскрытых в стране, которая не обеспечивает в достаточной мере охрану произведений, раскрытых во Франции (см. выше). Такие произведения не только не охраняются во Франции, за исключением охраны прав целостности и присвоения, но и любое использование таких произведений во Франции требует выплаты авторских гонораров, которые взимаются в пользу того или иного коллективного общества и Национального центра словесности¹¹⁹. Однако этот своеобразный режим никогда не применялся.

Функционирование платного общественного достояния может стать фактическим препятствием для свободного использования общественного достояния. Степень такого вмешательства будет зависеть от размера назначенных сборов. Стоит отметить, что общественное достояние, по отношению к которому применяется такой режим, состоит только из произведений, срок действия авторского права которых истек, и не применяется к другой части общественного достояния (за исключением стран, применяющих такой же режим для выражений фольклора).

В некоторых странах (например, Алжир, Руанда) платным является использование материалов общественного достояния лишь в коммерческих и направленных на получение прибыли целях. В большинстве случаев, целостность и авторство произведения также должны быть соблюдены. В целом, система действует как принудительная лицензия: использование ставится в зависимость от оплаты сбора в установленном размере, а не от получения

¹¹⁷ См. речь Виктора Гюго 25 июня 1878 года.

¹¹⁸ См. статью 59.

¹¹⁹ См. A. LUCAS & H.J. LUCAS, *op. cit.*, § 1139.

предварительного разрешения (как в случае исключительных прав). Последнее, однако, применяется в Алжире. В таком случае свободное пользование произведениями из общественного достояния еще более ограничено.

Использование средств, получаемых за счет сборов, также варьируется. Часто, собранные национальными обществами управления коллективными правами или администрацией, ведающим авторским правом (как например, Национальное управление авторскими и смежными правами (например, Национальное управление авторскими и смежными правами в Алжире, которое также действует в качестве осуществляющего сбор органа), авторские гонорары в общем будут использованы для социальных и культурных целей, таких как финансирование молодых авторов или социальные выплаты авторам, находящимся в трудном положении, или на поощрение творческой деятельности. Иногда вознаграждение используется для сохранения самого общественного достояния, а не отдельных авторов, как это имеет место в Алжире. В таком случае, собранные таким образом средства можно рассматривать не как помеху на пути использования общественного достояния, а как способ финансирования охраны общественного достояния.

Размеры сборов в разных странах существенно отличаются. По рекомендации АОИС он должен соответствовать половине ставки вознаграждения, обычно применяемой по отношению к произведениям, еще находящимся под охраной; однако такая оценка может оказаться весьма затруднительной.

Применение системы в целом относится только к национальным произведениям. Италия была исключением из этого правила, так как сбор взимался и за использование произведений иностранного общественного достояния.

Система платного общественного достояния иногда предлагается в качестве модели для охраны традиционных знаний от неоплачиваемого повторного использования западными предпринимателями¹²⁰. Эта идея уже присутствует в некоторых развивающихся странах, которые взимают плату за использование как произведений из общественного достояния, так и фольклорного материала.

Режим платного общественного достояния был исследован ВОИС и ЮНЕСКО в начале 80-х годов¹²¹. В то время такая система применялась в Алжире, Аргентине, Болгарии, Бразилии, Венгрии, Заире, Италии, Мексике, Португалии, Тунисе, СССР и Чехословакии¹²².

В то время полагали что такое достояние может стать действенным инструментом, главным образом в социальной и культурной областях, по извлечению некоторой прибыли для художественного сектора, который бедствовал в развивающихся странах. Но в то время, в отличие от наших дней, не делали акцент на доступности общественного достояния. Создается впечатление, что эффективность таких систем в действительности не была просчитана. Управления и взимание таких средств могли стать тяжким бременем для коллективных обществ, особенно в развивающихся странах. И они часто воспринимались как дополнительный налог.

По существу можно сказать, что модель платного общественного достояния, из-за его прямого конфликта с общественным достоянием, все более и более устаревает. В то время как усилия многих стран, особенно развивающихся стран, направлены на то, чтобы сбалансировать интеллектуальную собственность путем расширения свободного использования общественного достояния и доступа к нему, взимание платы может помешать

¹²⁰ M. LEISTNER, "Analysis of different areas of indigenous resources – Traditional knowledge", в S. VON LEWINSKI, *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic resources, traditional knowledge and folklore*, Kluwer Law International, 2003, at 84. См. также раздел 17 тунисского Типового закона об авторских правах 1976 года.

¹²¹ См. работу Комитета неправительственных экспертов ЮНЕСКО по теме "Платное общественное достояние", *Copyright Bulletin*, vol. XVI, no 3, 1982, 49. См. также A. DIETZ, "A Modern concept for the right of the community of authors (платное общественное достояние)", *Copyright Bulletin*, 1990, XXIV, n°4, 13-28.

¹²² Текущая ситуация в этих странах не была проверена, но, как представляется, эта система была отменена во многих из них.

свободному пользованию общественным достоянием. Оно также уменьшит энтузиазм отдельных лиц или издателей, желающих ознакомить общество с произведениями из общественного достояния путем новых публикаций или передачи информации, особенно если сбор, установленный за такое использование, является высоким. По крайней мере, платное общественное достояние должно существовать только для коммерческой эксплуатации, и устанавливаться в разумных пределах.

С другой стороны, если будет отменено платное общественное достояние, для более бедных стран могут иметь очень важное значение другие способы финансирования культурных мероприятий или социальных потребностей художников, ибо эти потребности не являются там приоритетами. Развивающиеся страны могут столкнуться со сложной проблемой выбора между двумя ключевыми культурными целями: поддержка местного творчества или доступ к общественному достоянию. Кроме того, идея платного общественного достояния может также рассматриваться как способ финансирования сохранности произведений общественного достояния, так как это позволит разделить бремя финансирования публичной доступности произведений общественного достояния, например, цифровых библиотек, с его коммерческими пользователями. Собранные таким образом средства будут переориентированы от оказания помощи современным художникам на поддержку самого общественного достояния.

3. Восстановление авторского права в некоторых произведениях

После того, как по прошествии времени произведение оказалось в общественном достоянии, на него не должно вновь распространяться авторское право. Тем не менее при помощи некоторых конкретных механизмов можно восстановить авторско-правовую охрану. Европейская директива 1993 года о сроке действия авторского права предусматривает два механизма, с помощью которых можно восстановить авторские или аналогичные права произведений, находящихся в общественном достоянии.

Директива обязывает государства-члены предоставлять в течении 25 лет охрану, ограниченную имущественными правами авторского права, "любому лицу, которое по истечении срока авторско-правовой охраны в первый раз на законном основании публикует ранее неопубликованное произведение или на законном основании сообщает о нем для всеобщего сведения"¹²³. Эта охрана посмертных произведений, то есть произведений, не опубликованных в течение обычного срока действия прижизненного авторского права, направлено на то, чтобы стимулировать издателей делать доступными такие произведения общественного достояния. Однако в результате такого действия эти произведения выводятся из общественного достояния путем восстановления для них ограниченного авторского права. Из-за отсутствия охраны неимущественных прав и предоставления имущественного права лицу, вложившему средства в публикацию (а не наследникам умершего автора), это авторское право больше похоже на смежное право.

Эта охрана посмертных произведений в Европейском союзе способствует публикации и распространению произведений, которые могли бы остаться неизвестными, делает недействительным и бесполезным их статус общественного достояния. Поэтому такое ограничение общественного достояния само по себе может рассматриваться как неизбежное зло.

Это же директива позволяет государствам-членам (но не обязывает их) предоставлять ограниченную охрану в течение 30 лет после публикации "критических и научных произведений, которые стали общественным достоянием"¹²⁴. Италия, например, осуществляет именно такой вид охраны и гарантирует в течение 25 лет охрану критических и научных публикации произведений, находящихся в общественном достоянии (статья 85-кватор итальянского Закона об авторском праве). Даже при отсутствии оригинальности, необходимой для авторско-

¹²³ Статья 4, Council Directive 93/98/EEC (OJ L290, 24.11.1993, p. 9), кодифицированная Директивой 2006/116/ЕС Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2006 года о сроках охраны авторских прав и определенных смежных прав (кодифицированная версия).

¹²⁴ Статья 5.

правовой охраны критического произведения, как и любой другой адаптации произведения общественного достояния, это специальное право (ограниченное имущественной эксплуатацией) направлено на стимулирование издателя критических публикаций неохраняемых произведений, также как и в случае посмертных произведений. Итальянский Кассационный суд постановил, что воссоздание оригинального произведения не является достаточным для охраны, но критическому издателю придется, например, воссоздать отсутствующую часть произведения¹²⁵.

В последнем случае возникает меньше коллизий с общественным достоянием, по сравнению с режимом для посмертных произведений, так как охране подлежат лишь критические публикации, а не оригинальные произведения, на которых они основаны, и которые до сих пор находятся в общественном достоянии и свободны для использования.

4. Права собственности

Доступ к интеллектуальному творчеству и его использование потребует получения доступа к материальному воплощению такого произведения. Такой доступ может законно контролироваться владельцем этого материального экземпляра произведения. Авторское право, и его противоположность – общественное достояние, относятся лишь к нематериальным произведениям, и их следует отличать и, как правило, осуществлять отдельно от материальной собственности. Контроль в отношении доступа к материальным экземплярам произведения является законным осуществлением прав собственности.

Как правило, право собственности на отдельные экземпляры не препятствует возможности свободно использовать и воспроизводить то, что находится в общественном достоянии, поскольку в обращении может быть много экземпляров. Хотя "Мона Лиза", является собственностью Лувра, и доступ к ней не является полностью свободным, воспроизводить это произведение и передавать о нем соответствующую информацию несложно, так как с этой известной картин было сделано множество копий.

Однако могут иметь место случаи, когда право собственности может влиять на свободу общественного достояния. Если отсутствует иной экземпляр произведения помимо его уникального материального воплощения, принадлежащего его владельцу, использование произведения общественного достояния требует доступа к последнему. Представьте себе картину Ван Гога, которая не имеет репродукций и в отношении которой ее владелец осуществляет строгий контроль. Как и в случае с неопубликованными произведениями, упомянутыми ранее, такое творение, хотя теоретически принадлежащее к общественному достоянию, в действительности находится за пределами общественного достояния и никто не может им насладиться.

Принуждение обладателя значимого культурного имущества облегчить доступ к нему должно стать первостепенной задачей правовых норм, касающихся культурного наследия: обладатель не должен отказываться от контроля над своим товаром, но его/ее можно было бы по крайней мере поощрить сделать несколько репродукций произведения для ознакомления общественности. На наш взгляд, закон об авторском праве не уделяет этому аспекту достаточно внимания.

Право собственности может также стать помехой общественному достоянию и в другой ситуации, как показали недавние разногласия во Франции по поводу права на изображение. В 1999 году Кассационный суд предоставил владелице первого дома, освобожденного союзными войсками в 1944 году, право возражать против репродукций дома строго на лишь основании ее права собственности, которое, по мнению суда, распространяется на изображение товара¹²⁶. Такой прецедент породил сложности в отношении как авторского права,

¹²⁵ Cass. 17 gennaio 2001, n. 559, *BMG Ricordi s.p.a., Fondazione Gioacchino Rossini e Azio Corghi c. Ente Autonomo Teatro Regio di Torino*, в *Giur. it.*, 2001, p. 1421, note M. CROSIGNANI, *Edizione critica e diritto d'autore: un'antitesi superata?*

¹²⁶ Cass., 10 March 1999, *Bull. Civ.*, I, n°87, p. 58.

так и общественного достояния. Если собственник материального воплощения произведения (это может быть дом, архитектура которого охраняется авторским правом, и любой другой вид произведения), имеет право разрешать или запрещать его воспроизведение, то что остается от исключительного права автора такого произведения? А если произведение более не охраняется авторским правом, не означает ли такое использование права материальной собственности конец общественного достояния, так как любое такое воспроизведение противоречило бы в монополии владельца? Многие специалисты по авторскому праву осудили это новое расширение права собственности, так как оно противоречит ключевому принципу разделения материальной и интеллектуальной собственности – поскольку право на изображение принадлежит последней – и ставит под угрозу свободу использования общественного достояния¹²⁷.

К счастью, несколько лет спустя, тот же суд отменил свое решение, предоставив такое право владелице только в случае нарушения конкретного права или интереса, такого как неприкосновенность частной жизни, чрезмерный ущерб осуществлению права собственности, или в случае нарушения права владения при получении или использовании изображения. Это логическое применение сосуществования двух прав, когда реализация одного из них не препятствует осуществлению и использованию другого. Но право собственности само по себе уже не предоставляет исключительное право на изображение товара.

При сохранении общественного достояния следует не допускать попыток владельцев материальных экземпляров неохранных произведений на присвоение некоторой исключительности на изображение своих товаров.

5. Права на неприкосновенность частной жизни

Право на неприкосновенность частной жизни также может воспрепятствовать публикации или передаче некоторых произведений, даже если они стали общественным достоянием. Это в основном касается конфиденциальной информации или частной переписки, разглашение которой может нанести ущерб частным интересам семьи или близких знакомых автора. Что касается изложенного выше права собственности, то использование общественного достояния не может ни являться абсолютным, ни наносить ущерб частным правам и интересам других лиц.

Италия дает пример такого неизбежного сосуществования своим предписанием в отношении получения согласия авторов и их наследников на публикацию конфиденциальных частных писем или семейных мемуаров, независимо от того, находятся ли они под охраной авторского права или в общественном достоянии (статья 93-95 итальянского Закона об авторском праве).

6. Меры технической защиты

Цифровая эволюция стала свидетелем применения технических мер для защиты цифровых произведений от несанкционированного использования. На основе криптографии или иных технических средств, в последние годы были разработаны так называемое управление цифровыми правами (или УПЦ) или технические меры защиты (или ТМЗ) для решения сложной проблемы охраны и рационального использования авторского права в электронной среде. Такие технические средства все чаще встраиваются в цифровое материальное воплощение произведений, таких как DVD-диски, программное обеспечение и видеоигры, а также в онлайн-распространение музыки, новостей, фильмов, книг или изображений. Они направлены на обеспечение контроля за использованием произведения, например, путем предотвращения доступа к ним посторонних лиц, предотвращения изготовления копии, либо позволяя только то использование, которое было оплачено, либо путем ограничения просмотра или прослушивания произведения на конкретном устройстве или в определенном регионе.

¹²⁷ Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, *D.*, 2004, Jurisp., p. 1545, note J.-M. BRUGUIÈRE.

При применении технических мер защиты, как правило, не проводится различие между материалом, охраняемым или не охраняемым авторским правом¹²⁸. Они в одинаковой мере имплантируются как в произведения, находящиеся под охраной авторского права, так и в произведения общественного достояния. Например, веб-сайт для получения онлайн-доступа к книгам, может заключить эти книги в оболочку технических систем, которые не позволяют их копировать, перепечатывать или коллективно использовать. В целом разработанная таким образом техническая защита будет действовать одинаково как в отношении книг, опубликованных недавно и при жизни автора, так и в отношении пьес Шекспира. Аналогичные технические замки можно установить таким образом, чтобы защитить не подлежащий авторской охране материал, такие как неоригинальные произведения, новости и официальные акты. Отсутствие правовой исключительности можно компенсировать путем введения в такой материал технических мер защиты. Фактическая или техническая исключительность заменяет, таким образом, правовую исключительность.

Это одно из возможных нарушений общественного достояния, которое наиболее резко осуждалось в последние годы¹²⁹. Уже в 1996 году Консультативно-правовой совет Европейской комиссии предостерег от "широкого использования технических средств защиты, могущих повлечь за собой создание де-факто новой информационной монополии. Это было бы особенно проблематичным в отношении материалов, находящихся в общественном достоянии"¹³⁰.

Ограничение доступа к общественному достоянию с помощью технических мер может иметь относительный характер, во всяком случае, если принимать во внимание то, что подвергающийся такому ограничению материал по-прежнему широко доступен в незащищенном формате или воплощении. То, что продавец электронных книг защищает пьесы Шекспира с помощью механизма контроля доступа, может и не являться проблемой, если они легкодоступны в других местах. Здесь имеет важное значение различие между доступом к воплощению произведения и использованием этого произведения. Невозможно препятствовать провайдером контента запрашивать вознаграждение за продаваемые ими товары или услуги, как и невозможно препятствовать мерам по обеспечению такого вознаграждения с помощью средств контроля над доступом. И наоборот, более реальный обратный захват общественного достояния может произойти, если произведение доступно лишь в технически защищенном формате. В таком случае, доступность материалов общественного достояния подвергается чрезмерной угрозе.

Более сложной является проблема свободного использования произведения общественного достояния, к которому был установлен свободный и должным образом оплаченный доступ. Безусловно, любые технические меры, которые препятствуют использованию произведения, например, его воспроизведению или передаче, будут противоречить сущности общественного достояния и приведут к созданию барьера новой исключительности по отношению к материалам, подлежащим общему доступу. Получение платы за доступ к цифровой копии пьес Шекспира может осуществляться в законном порядке, в то время как препятствование законным приобретателям копировать эти пьесы вполне может рассматриваться как чрезмерное ограничение в отношении свободного использования общественного достояния.

В дополнение к техническому превращению цифрового контента в товар появился дополнительный слой для его защиты. Как только была разработана технология для более эффективного применения авторского права, была разработана аналогичная технология, которую можно использовать для нейтрализации технической защиты. Это привело к появлению запрещающих обход положений, которые в настоящее время применяются многими

¹²⁸ K. KOELMAN, "The Public Domain Commodified: Technological Measures and productive Information Use", в *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 105-119.

¹²⁹ См., например, Y. BENKLER, "Free as the air to common use..." *op. cit.*, p. 354-446; J. BOYLE, "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain", *Law and Contemp. Probs.*, 2003, Vol. 66, p. 33; P. SAMUELSON, "Mapping the Digital Public Domain...", *op. cit.*, p. 147-171.

¹³⁰ Реакция Европейского консультативного совета по правовым вопросам на "Зеленую книгу" об авторском праве и смежных правах в информационном обществе.

странами в соответствии с Договорами ВОИС 1996 года, требующими запретить обход технических средств, используемых авторами для защиты своих авторских прав на произведения. Такое законодательное положение имеет двойной эффект: оно признает и оправдывает размещение технических замков на творческом выражении и укрепляет их санкциями в отношении тех, кто нарушает технический слой защиты. Вторжение в общественное достояние может произойти на каждом слое.

Во-первых, в большинстве запрещающих обход положений отсутствует попытка гарантировать свободный доступ к произведениям общественного достояния. Как справедливо отметил Поль Гольдштейн:

"Проблема со статьей 11 Договора ВОИС по авторскому праву, а также любого основанного на ней и обеспечивающего ее реализацию законодательства, заключается в ее асимметрии: положение статьи запрещает раскодирование материала, охраняемого авторским правом, но не запрещает кодирование неохраняемого материала. (...) Единственной мерой, которая фактически сделает противоправным кодирование легко отделяемых элементов материала общественного достояния и установит равновесие авторских прав, является сохранение охраняемого авторским правом контента в закодированном виде, а контента общественного достояния – в открытом для публичного доступа виде"¹³¹.

Призыв к разработке правовых механизмов, регулирующих применение технических мер защиты в отношении материалов общественного достояния, мог бы основываться на требовании в отношении "адекватной охраны таких мер", включенном в договоры ВОИС. Такую адекватность следует оценивать в свете преамбулы к договорам, которая подчеркивает "необходимость сохранения баланса прав авторов и интересов широкой публики, в частности, в области образования, научных исследований и доступа к информации". Поскольку общественное достояние, его сохранение и доступность являются одним из центральных элементов доступа к информации и общественных интересов, любые положения, касающиеся обхода технических мер, могут опираться на эту преамбулу для регламентации технических ограничений, применяемых при использовании общественного достояния.

Полезная аналогия может быть проведена с решением, принятым в Европейском союзе для охраны исключений из авторского права от мер по техническому ограничению. Статья 6 (4) Директивы 2001 по авторскому праву в информационном обществе обязывает государства-члены оказывать помощь пользователям, которым препятствуют в применении некоторых фундаментальных исключений с помощью технических мер охраны произведения¹³². Европейские государства-члены выполнили данное обязательство либо путем введения посреднических или арбитражных процедур между бенефициарами исключений и владельцами авторских прав, которые применили чрезмерные технические меры, либо предложением судебных или административных средств удовлетворения претензий со стороны пострадавших пользователей. Подобное решение могло бы быть предложено в случае возникновения неоправданных препятствий на пути бесплатного пользования материалом общественного достояния, что учитывало бы законные интересы провайдеров, предлагающих пользователям доступ к материалам общественного достояния.

Во-вторых, не позволяющее обход законодательство запрещает как действие в обход технических мер, так и так называемые подготовительные мероприятия, то есть любое действие по распространению и изготовлению устройств, позволяющих или облегчающих обход. Воздействие такого запрета на доступ и свободное пользование материалом общественного достояния обычно не ощущается, поскольку Договор ВОИС по авторскому праву и применяющие его страны ограничивают запрет деятельности по обходу техническими мерами, применяемыми к произведениям, находящимся под охраной авторского права. Таким образом, нейтрализация механизма, контролирующего доступ или копирование, действующего

¹³¹ P. GOLDSTEIN, "Copyright and Its Substitutes", *Wis. L. Rev.*, 1997, p. 869. В этой же связи W. GORDON, "Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract", *Chi.-Kent L. Rev.*, 1998, p. 1480, note 50.

¹³² См. S. DUSOLIER, "Exceptions and Technological Measures in the European Copyright Directive of 2001", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2003, p. 62-83.

в отношении произведения общественного достояния, не рассматривается как правонарушение.

Тем не менее может иметь место некоторое косвенное влияние на общественное достояние. Некоторые технические ограничения могут применяться главным образом в отношении произведения общественного достояния, которое также дополняет недавнее произведение, охраняемое авторским правом. Представьте себе, что в электронную книгу пьес Шекспира добавлено небольшое введение, или что эта книга предлагается в новом испанском переводе¹³³. Одно лишь присутствие охраняемого авторским правом элемента в физическом воплощении, закрытом техническими мерами, будет достаточно, чтобы признать такой обход незаконным.

Кроме того, запрет на торговлю устройствами, помогающими или содействующими обходу, не зависит от последующего использования таких устройств их покупателями. Даже если они в основном пользуются этими устройствами для обхода технических средств, введенных в элементы общественного достояния, это не влияет на ответственность поставщиков таких устройств. Если торговля устройствами, облегчающими доступ к произведениям общественного достояния – несмотря на использование чрезмерно ограничительных технических замков – считается незаконной, то единственным выходом для их пользователей является обладание технической компетенцией, достаточной для преодоления таких замков, что не является очевидным.

Запрещающие обход положения, несмотря на их цель или намерение, могут, таким образом, оказать воздействие на свободный доступ и использование произведений, принадлежащих общественному достоянию, или ставших его частью.

7. Смежные права

Смежные права могут переходить на произведения общественного достояния, что, как представляется, ограничивает свободу использования таких произведений. Это ограничение требует некоторого уточнения. Права исполнителей или продюсеров, исполняющих или создающих произведение общественного достояния принадлежат новому объекту охраны, то есть исполнению или новой звукозаписи¹³⁴. Произведение общественного достояния, даже если оно является объектом исполнения или записи, будет существовать в других формах и средствах массовой информации и, в определенной степени, может быть использовано в качестве такового, не нарушая при этом новых прав, установленных таким образом.

Существование смежных прав следует, однако, признать при оценке статуса общественного достояния как элемента культуры, что потребует отделения основного творческого произведения, которое более не пользуется авторско-правовой охраной, от ее толкования или производства в записи. Запись Баха будет свободной только как музыка сама по себе, но правами некоторой исключительности будут по-прежнему наделены ее исполнение или запись.

Права *sui generis* в базах данных, где они существуют, могут оказаться более проблематичными для общественного достояния, созданного авторским правом. Такими права охраняют неоригинальные базы данных, в частности, в Европейском союзе и в Корее, в том случае, если требуются значительные капиталовложения. Срок действия охраны составляет, как правило, 15 лет с момента создания базы данных и он может быть продлен в случае дальнейших значительных инвестиций.

Охраняемые таким образом базы данных могут представлять собой совокупность различных элементов произведений общественного достояния, таких как простые данные,

¹³³ См. J. GINSBURG, "Access to copyrighted works in the "digital millennium"", в S. DUSOLIER (ed.), *Copyright – a Right to control the access to Works?* Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant, Brussels, 2000, p. 63.

¹³⁴ Права кинопродюсеров в области общественного достояния являются не столь очевидными, так как они должны быть обусловлены первой фиксацией фильма, а не вероятной переделкой или оцифровкой старого фильма.

произведения, исключенные из сферы действия авторского права, как то официальные акты, или такие произведения, срок действия авторского права которых истек. Право *sui generis*, которым наделены такие неохраняемые элементы, может вновь привести к возникновению некоторой исключительности, которая неоднократно осуждалась как неправомерное посягательство на общественное достояние¹³⁵. Европейский суд дал широкие возможности для применения такого права, независимо от материально-правового или неохраняемого содержания материалов, включенных в базу данных¹³⁶.

И в этом случае, угроза должна быть не только уменьшена, но и лучше сформулирована.

Охраной *sui generis* будет наделена лишь база данных, представляющая собой совокупность элементов, а не отдельные элементы как таковые. Просто факты или данные, интегрированные в базу данных, по-прежнему могут быть использованы индивидуально, без нарушения права на базу данных. Из вышесказанного следует, что два элемента тем не менее могут вызвать некоторые проблемы. В соответствии с прецедентным правом Европейского суда, один элемент может представлять собой значительную часть базы данных, охраняемой как таковой от извлечения и повторного использования, если его накопление, верификация или презентация потребовали значительных капиталовложений¹³⁷. Однако, это случается довольно редко. ЕС недавно упомянул такую возможность, признав, что "тот факт, что часть материалов, содержащихся в базе данных, имеет официальный и доступный для общности статус, не освобождает национальный суд от обязанности... проверять, составляют ли якобы извлеченные из этой базы и/или повторно использованные материалы значительную в количественном отношении часть данной базы, имея в виду то, что их получение, верификация и презентация требуют существенных людских, технических или финансовых капиталовложений"¹³⁸.

Но наибольшую тревогу вызывает возможность того, что отдельные данные приобретают ценность только при использовании в совокупности и во взаимосвязи друг с другом. В таком случае, появится необходимость в извлечении группы данных, что может повлечь за собой нарушение права в отношении базы данных. Из приведенного ранее примера базы данных, содержащей законодательные акты страны, можно сделать вывод, что извлечение всей совокупности правовых норм, относящихся к конкретной области, может быть обоснованным с точки зрения общественного доступа к официальным актам, но это действие, скорее всего, затронет сферу права *sui generis*. В таком случае право на базу данных представляет собой вызывающее большую тревогу предвзятое отношение к характеру данных или элементов, составляющих эту базу, как общественному достоянию.

Другой причиной для беспокойства является возможность неограниченного срока действия права *sui generis*. Первоначальный срок охраны в 15 лет может в действительности неоднократно продлеваться после того, как будут сделаны существенные инвестиции для обновления базы данных. В Европейском союзе это продление срока, как представляется, применяется не к новым элементам, появившимся в результате значительных инвестиций, а в отношении базы данных в целом, включая ее прежние элементы. Это не является оправданным; более разумной охраной, соответствующей логике ограниченного срока действия интеллектуальной собственности и общественного достояния, являлось бы ограничение в предоставлении охраны еще одним 15-летним сроком, но лишь в отношении объекта новых значительных капиталовложений¹³⁹.

¹³⁵ См., например, M. DAVIDSON, "Database Protection: The Commodification of Information", *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, 167-190; J. BOYLE, *The public domain ...*, *op. cit.*, 207-213.

¹³⁶ См. в этой связи ECJ, Case 444/02 *Fixtures Marketing*, § 19 to 21; или более недавний случай, касающийся базы данных о законодательных актах, ECJ, 5 March 2009, *Apis-Hristovich*, C-545/07, § 69-70.

¹³⁷ *The British Horseracing Board and Others*, цитируемый выше, § 71 (Незначительная в количественном отношении часть контента базы данных в действительности может быть сопряжена – в плане получения, проверки или презентации – с привлечением значительных людских, технических или финансовых ресурсов).

¹³⁸ *Apis-Hristovich*, §74.

¹³⁹ E. DERCLAYE, *The legal protection of databases*, Edward Elgar, 2008, p. 140.

Наконец, база данных может стать реальным препятствием для свободного использования общественного достояния в тех случаях, когда база данных является единственным источником какой-либо неохраняемой информации или данных¹⁴⁰.

8. Прочие права интеллектуальной собственности

На общественное достояние в области авторского права также могут влиять другие права интеллектуальной собственности, которые могут распространяться на произведения, находящиеся в общественном достоянии. Следовательно, использование такого материала не должно ставиться в зависимость от оговорок авторского права; оно вполне может охраняться исключительными правами, гарантированными другими системами интеллектуальной собственности.

Проблема, как правило, не связана с правами на образцы или патентными правами. Во-первых, срок действия таких прав короче, чем у авторского права, и крайне редки, а, скорее, невозможны, ситуации, при которых произведения, перешедшие в общественное достояние после истечения срока действия авторского права, могут быть вновь переданы под юрисдикцию патентного права или права на образцы. Предшествующее обнародование произведения разрушает его новизну, что в большинстве случаев препятствует продлению срока охраны во исполнение права на образцы или патентного права после того, как срок действия авторских прав истек. Кроме того, трудно представить себе, что литературные и художественные произведения, на которые распространяется авторско-правовая охрана, могли бы отвечать требованиям, предъявляемым к техническим изобретениям, охраняемым патентом.

Что касается взаимодействия между авторским правом и правом на образцы, то трудно представить себе, чтобы произведение, которому не хватает оригинальности, для получения авторских прав, будет достаточно новаторским и обладать необходимым индивидуальным признаком, чтобы быть защищенным как образец.

В действительности, ключевым вопросом для общественного достояния является охрана товарных знаков. Имя или визуальный аспект персонажа, окраска или форма объекта могут получить право на регистрацию товарного знака даже после окончания срока действия авторского права у таких произведений. Посредством предоставленной таким образом охраны товарного знака, его владелец теоретически может запретить свободное использование такого имени, изображения или формы. Представьте себе, что Микки Маус зарегистрирован в качестве визуального товарного знака (что и имеет место во многих странах). Когда срок действия авторского права на этого мышонка истечет (если это вообще случится!) компания «Дисней» может и дальше пользоваться своим регистрационным знаком, который является бессрочным, для предотвращения некоторых случаев использования своего знаменитого персонажа.

В принципе, произведением, ставшим общественным достоянием, могут все свободно пользоваться. Следовательно, эта свобода пользования также включает его регистрацию в качестве товарного знака, а бывший владелец авторского права уже может предотвратить такую регистрацию¹⁴¹ (исключением является нематериальное право, если оно бессрочно, и если регистрация может нарушить целостность произведения). Многие примеры произведений общественным достоянием, которые зарегистрированы в качестве товарных знаков, можно найти в реестре товарных знаков – от героев мультфильмов или комиксов до музыкальных произведений¹⁴² и знаменитых произведений живописи.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 280.

¹⁴¹ См., например, решение Немецкого федерального патентного суда от 25 ноября 1997 года, *GRUR*, 1998, 1021 (относительно регистрации товарного знака "Мона Лиза"); решение Суда Бенилюкс, 27 Мау 1999, *BIE*, 1999, 248 (о регистрации первоначальной записи "К Элизе" Бетховена).

¹⁴² По крайней мере в странах, допускающих регистрацию звуков в качестве товарных знаков.

Угроза восстановления чрезмерной монополии на произведения общественного достояния на деле ограничивается во многих отношениях принципиальными основами законов по товарным знакам.

Первым признаком охраны товарного знака является требование в отношении отличительной особенности: претендующий на охрану знак должен достаточно отличаться от других в глазах потребителя соответствующих товаров или услуг. Популярным образам или звукам, вероятно, не присуща яркая индивидуальная особенность, так как публика привыкла воспринимать их в качестве творческих выражений и в культурных контекстах, нежели различать в них указания на коммерческое происхождение товаров, которым они сопутствуют¹⁴³, кроме тех случаев, когда они могут вводить производное значение. Во многих случаях первичная ценность творчества, присущего данному произведению, будь то в сфере общественного достояния или за ее пределами, будет препятствовать обоснованной регистрации в качестве товарного знака. Например, имена "Тарзан" или "Гарри Поттер" не приняты в качестве законных товарных знаков в странах Бенилюкса, так как публика воспринимает их по отношению к персонажу, произведению и автору, но не к поставщику товаров, связанных с заявленным товарным знаком¹⁴⁴.

Это может быть особенно справедливо в отношении упаковки или торговой марки, состоящей из определенной формы изделия. Можно предположить, что трехмерная форма изделия оригинальна и в качестве таковая охраняется авторским правом. Регистрация в качестве товарного знака может, таким образом, продлить срок охраны по истечению срока действия авторских прав. Однако регистрация формы носит еще более ограничительный характер. Помимо требования в отношении отличительных особенностей и свойственной ей сложности определения этой особенности отношении формы изделия¹⁴⁵, некоторые исключения могут существовать, как это имеет место в Европейском союзе, в отношении форм, придающих существенную ценность произведению. Известные скульптурные произведения, безусловно, относятся к этому исключению, так как существенная часть их ценности заключается в форме. Что касается формы произведений декоративно-прикладного искусства, таких как мебель признанного образца, то этот конкретный образец вряд ли сможет придать существенную ценность самому изделию, независимо от его отличительной особенности для публики¹⁴⁶. Такие исключения создадут также определенные препятствия для регистрации трехмерных знаков.

Кроме того, закон о торговых знаках позволяет лишь регистрацию конкретного знака, которая может ограничить охрану в качестве товарного знака самого персонажа¹⁴⁷. Иными словами, Микки Маус может быть зарегистрирован не сам по себе, а в его особом графическом изображении (особенно в ЕС, где требуется графическое изображение). Правда, охрана будет распространяться на обозначения, аналогичные зарегистрированному знаку, если это сопряжено с риском возникновения путаницы для публики. Но этот аргумент не будет действовать при регистрации в качестве товарного знака произведений живописи, которые имеют уникальное изображение.

Последним и существенным ограничением охраны товарного знака является его принцип специальности. Оценка необходимой отличительной особенности будет осуществляться с учетом тех товаров и услуг, для которых этот знак зарегистрирован, и предоставленная охрана будет ограничена лишь таким образом определенной продукцией. Как следствие, Микки Маус

¹⁴³ A. KUR, "General Report – Does/should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply?", *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, Proceedings of the ALAI 2001, New York., p. 600.

¹⁴⁴ Решения суда Амстердама от 26 июля 2001 года и 6 ноября 2003 года, оба решения цитируются и обсуждаются в V. VANOVERMEIRE, « Inschrijving als merk van een in het publiek domeingevallen werk », A. CRUQUENAIRE & S. DUSOLLIER (eds.), *Le Cumul des droits intellectuels*, Larcier, 2009, p. 185.

¹⁴⁵ См., например, решение Немецкого верховного суда, GRUR, 1952, 516, о недопущении появления популярных фарфоровых статуэток по причине отсутствия отличительных признаков.

¹⁴⁶ V. VANOVERMEIRE, *op. cit.*, at 190 seq.

¹⁴⁷ A.V. GAIDE, "Copyright, trademark and trade dress: Overlap or conflict for cartoon characters", в *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, Proceedings of the ALAI 2001, New York, p. 557.

вполне может быть зарегистрирован либо в качестве товарного знака, либо как имя, либо как визуальный знак, но такая регистрация является действительной лишь в отношении ограниченного ассортимента товаров или услуг. Например, молочница с известной картины Вермеера была зарегистрирована в качестве товарного знака, который действителен для молочных продуктов. Поэтому он не посягает общественный характер самого произведения, которым каждый может по-прежнему свободно пользоваться, воспроизводить и применять в качестве основы для создания производного произведения. Однако его использование должно ограничиваться молочными продуктами на той территории, где действует этот товарный знак. Монополия, восстановленная в результате регистрации товарного знака, о чем свидетельствует этот случай, является, следовательно, весьма узкой и лишь частично посягает на общественное достояние, созданное на основе принципов авторского права.

Тем не менее, это обнадеживающий вывод в некоторых случаях может оказаться неверным. С одной стороны, во многих странах при определенных условиях охрана выйдет за рамки специализации известных торговых знаков, например, в случае размывания товарного знака или действий, порочащих его репутацию. Судам нужно проявлять осторожность и не пользоваться чрезмерно широко обозначенным понятием размывания или действий, порочащих репутацию известного товарного знака, когда речь идет о произведении общественного достояния, свободное использование которого в творческом выражении, считается, по мнению владельца товарного знака, порочащим деловую репутацию знака.

С другой стороны, перед владельцами товарных знаков возникнет соблазн регистрировать свои знаки для многих классов изделий, что может на практике сделать ничтожным принцип специализации. Хуже того, регистрация товарного знака в классе изделий, тесно связанных с самим произведением и его творческой ценностью, скорее всего расшатает принцип свободного использования произведений, относящихся к общественному достоянию. В качестве примеров можно привести регистрацию имени "Микки Маус" как товарного знака Сообщества для товаров и услуг класса 41, и в частности для "образования, обеспечения учебного процесса, развлечения, спортивных и культурных мероприятий", или имени "Тантан" в том же классе "в целях образования, профессиональной подготовки; обучения, развлечения, организации мероприятий и выставок в культурных, учебных и образовательных целях; а также для парков с аттракционами, производства художественных и мультипликационных фильмов, издания и распространения книг, газет и периодических изданий". Благодаря такой регистрации, владельцы прав на такие популярные культурные символы смогут – если товарный знак будет признан действительным и в достаточной мере отличительным (что не всегда имеет место, как было это продемонстрировано выше) – помешать воспроизведению самого персонажа в книгах или фильмах после окончания срока действия авторского права.

Именно в рамках монополии торгового знака возникает реальная угроза для общественного достояния. Чтобы сделать общественное достояние невосприимчивым к подобной возобновляемой коммодификации, нужно запретить регистрацию товарного знака, если ее результатом явится воссоздание монополии, наподобие той, которая ранее предусматривалась авторским правом, и создаст препятствие для использованию данного произведения в творчестве. Основанием для такого отказа может служить общественный или общий интерес. Это положение иногда используется в прецедентном праве для предотвращения частичного совпадения последовательных прав интеллектуальной собственности, когда это наносит ущерб общественному достоянию. В одном европейском деле, возбужденном в Европейском суде, генеральный адвокат постановил, что "общественный интерес не должен подвергаться даже тому незначительному риску, которым он подвергается в результате чрезмерного посягательства права торговых знаков на сферу других исключительных прав с ограниченным сроком действия, поскольку в действительности существуют другие эффективные методы, с помощью которых производители могут указывать на происхождение продукта"¹⁴⁸. Здесь товарный знак используется для получения нового «бронирования» права на изобретение, срок действия патента на которое истек, но это утверждение являлось достаточно широким для его использования в качестве общего принципа, применимого также к охраняемому авторским правом общественному достоянию.

¹⁴⁸ ECJ, *Linde AG, Winward Industries Inc. and Radio Uhren AG*, 8 April 2003, C-53/01 to C-55/01, мнение генерального адвоката Руиса-Харабо Коломера, с которым он выступил 24 октября 2002 года, at 29.

III. ИНИЦИАТИВЫ И МЕТОДЫ, ПОЗВОЛЯЮЩИЕ ОБЕСПЕЧИТЬ БОЛЕЕ ШИРОКИЙ ДОСТУП, ИСПОЛЬЗОВАНИЕ, ИДЕНТИФИКАЦИЮ И ЛОКАЛИЗАЦИЮ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ

В последние годы появились частные инициативы по содействию улучшения доступа к творческим произведениям и их свободного использования, тем самым способствуя развитию общественного достояния. Большую роль в этом сыграло открытое лицензирование: даже если его объекты, как правило, не входят в общественное достояние, такая модель лицензирования гарантирует более гибкие условия свободы использования, приближающиеся к условиям общественного достояния. Другие методы были разработаны для оказания помощи, идентификации, определения местонахождения или сбора материала общественного достояния с намерением сделать его функционирование более эффективным.

A. Сохранение права копирования, лицензирование с открытым источником или с открытым доступом

1. Понятие

Недовольные расширением интеллектуальной собственности, некоторые создатели установили альтернативные режимы для реализации авторского права. Первым и наиболее известным является движение по созданию программного обеспечения с открытым исходным кодом, которое родилось в 80-х годах для противодействия патентной реализации авторского права в программном обеспечении, которая, согласно широко распространенному мнению, считается чрезмерной, неестественной и не соответствующей потребностям коллектива разработчиков и пользователей программного обеспечения. Многие разработанные лицензии сочетали в себе некоторые общие элементы, которые предоставляли лицензиатам некоторые основные свободы, как то право воспроизводить, свободно обмениваться информацией или публично распространять произведения, и обязывали лицензиара предоставлять исходный код программы.

Это первая идея вдохновила и дала свое название более широкому движению, главная цель которого состояла в применении авторского права для совместного использования произведений и предоставлении обществу больших свобод пользования. Это движение получило много названий. Открытый источник – это зародышевый термин, который охватил множество лицензий, регулирующих бесплатное программное обеспечение. Он требует признания основного обязательства таких лицензий – обязательства предоставить исходный код программного обеспечения. Это движение или лицензии, поддерживающие незащищенное патентами программное обеспечение также обычно сокращенно называют F/OSS, что означает программное обеспечение со свободным/открытым исходным кодом (или даже FLOSS – бесплатный, свободное и с открытым исходным кодом программное обеспечение).

Хотя принципы открытого исходного кода распространились за пределы компьютерных программ, эти инициаторы открытого исходного кода отказались от "исходного" элемента и отдали предпочтение "открытому доступу" или "открытому контенту". В данном случае подчеркивается открытость ресурса, независимо от того, относится ли она к доступу или использованию. Вслед за многочисленными публикациями, в которых экономическая концепция "общего достояния" применяется по отношению к интеллектуальной собственности, многие проекты также позаимствовали это слово для обозначения вновь обретенной общности ресурсов, которую могут обеспечить инициативы открытого доступа и совместного использования. Термин "инициативы, основанные на общем достоянии" иногда служил для обозначения проектов совместного использования в области авторского права или патентов¹⁴⁹.

Кроме того, термин "копилефт", взятый из программного обеспечения с открытым исходным кодом, стал все чаще использоваться в схемах открытого доступа и в посвященной этому процессу литературе. Это связано не только с игрой слов, где термин "копилефт" противопоставляется термину "копирайт" – то есть "лефт" против "райт" – но и с противопоставлением понятия "прогрессивный" ("лефт") с понятием "консервативный" ("райт")

¹⁴⁹ См. ROBERT P. MERGES, "A New Dynamism in the Public Domain", *U. Chi. L. Rev.*, 2004, Vol. 71, p. 813.

(которое обыгрывают сторонники сохранения права копирования противопоставляя себя "правым" и консервативным сторонникам патентного авторского права) путем интерпретации понятия "правый" в качестве легального права на собственность в отличие от понятия "левый", означающего отказ от нее.

Производство, основанное на общем достоянии, появилось даже в сфере патентов¹⁵⁰. Некоторые биотехнологические проекты пытались применять принципы свободного использования и коллективного производства, которым способствует программное обеспечение с открытым исходным кодом, к результатам биотехнологических исследований¹⁵¹.

Часто утверждается, что программное обеспечение, произведения или изобретения, публично распространенные под открытым исходным кодом или в режиме лицензирования с сохранением права копирования находятся в общественном достоянии. Это не совсем так, потому что решение о выдаче лицензии на использование какого-либо произведения с сохранением права копирования означает не отказ от авторских прав вообще, а лишь согласие на их реализацию в иной форме. Основанное на лицензиях с правом на копирование, распространение, обмен информацией, а иногда и на внесение изменений в произведение, предоставленное всем пользователям, лицензирование открытого доступа можно рассматривать как аналог общественному достоянию с точки зрения преследуемой им цели, а именно, поощрение свободного доступа, использования и эксплуатации творческих самовыражений. В этом смысле, оно создает своего рода общественное достояние, появившееся из самой монополии и в ее границах, которое можно включить в определенное выше функциональное общественное достояние. В области как авторских прав, так и патентов, стратегия лицензирования с сохранением права копирования позволяет создавать сферу свободного использования, не отказываясь от эксклюзивности, присущей интеллектуальному творчеству. Кроме того, эта стратегия зачастую препятствует иным лицам присваивать это произведение в свою собственность, ставя в зависимость его распространение от тех же лицензионных условий (см. ниже). В этом смысле она подрывает любые попытки коммодификации, которая нередко угрожает элементам, перешедшим в общественное достояние.

Движение за открытый доступ, закрепленное в этих конкретных лицензиях, также означает повышение статуса общественного достояния на идеологическом уровне. Все эти частные инициативы – от открытого исходного кода в программном обеспечении до открытого патентования – объединяет желание разрушить режим интеллектуальной собственности изнутри. В комментариях к открытому доступу авторское право осуществляется для коллективного использования и обобществления интеллектуальной собственности, что противоречит самому понятию исключительности, которая ему характерна. Такие схемы лицензирования стремятся вызвать нормативные изменения в способах осуществления интеллектуальной собственности. Совместное использование выступает в качестве новой нормы в области авторского права. Мощная риторика и идеология сопровождают движение за открытость доступа. Они не только по-другому осуществляют авторские права, но и надеются, что использование их модели приведет к реальному и прочному изменению в самом праве.

2. Сведения об основных режимах лицензирования

(i) Программное обеспечение с открытым исходным кодом

История программного обеспечения с открытым исходным кодом в настоящее время хорошо известна и документирована. Реагируя на начальное развитие лицензионной практики,

¹⁵⁰ S. BOETTIGER & D. BURK, "Open source patenting", *Journal of International Biotechnology Law*, Nov/Déc. 2004, p. 221.

¹⁵¹ Например, проект «BIOS» (Биологические инновации для открытого общества) делает общедоступными методы биологических исследований по лицензии, аналогичной лицензии с открытым исходным кодом на программное обеспечение. Лицензия предусматривает совместное использование нововведений, и что лицензиаты не могут присваивать основное "ядро" технологических и модификационных разработок. Лицензиаты должны также дать согласие не препятствовать другим лицензиатам в использовании технологии в разработке различной продукции.

направленное на ограничение "прав пользования" программным обеспечением, а также на растущую тенденцию к закрытию исходного кода, Ричард Столлман создал новую модель распространения программного обеспечения, которая более точно соответствовала традициям сообщества программистов. Это альтернативная система была названа "свободное программное обеспечение", чтобы выразить идею свободы доступа и использования программного обеспечения.

В дальнейшем история программного обеспечения с открытым исходным кодом развивалась по разным направлениям. Ричард Столлман основал Фонд свободного программного обеспечения, который получил развитие и продолжает управлять общедоступными лицензиями (ОЛ) – первой лицензией, воплощающей принципы свободного программного обеспечения. За разработкой одним из студентов операционной системы «Linux» последовало весьма быстрое распространению на рынке идеи бесплатного программного обеспечения, что свидетельствует о возможном коммерческом успехе этой новой модели. Раскол произошел в 1998 году, когда менее радикальные программисты выступили с инициативой открытого исходного кода, цель которой заключалась в разработке принципов открытого исходного кода, которые можно рассматривать не только как противостояние практике коммерциализации программного обеспечения, но и как часть деловой стратегии. Они изобрели термин "открытый исходный код", чтобы акцентировать внимание не на свободу использования, а на необходимость сделать доступным исходный код программного обеспечения. Результатом их встречи стала разработка определения открытого исходного кода (Open Source Definition)¹⁵², в котором изложены основные элементы и положения, которые должна содержать лицензия, претендующая на статус открытого исходного кода. Это определение содержит десять "заповедей", которые образуют своего рода маркировочный сертификат. Они включают четыре основные свободы, которые должна предоставлять свободная лицензия или лицензия с открытым исходным кодом: 1) свобода пользоваться программой для любых пользователей или целей (например, как для коммерческих, так и некоммерческих целей); 2) право на получение доступа к исходному коду; 3) свобода распространять копии; и 4) свобода совершенствовать программу и, по желанию, придавать гласности эти усовершенствования.

Движение за открытый исходный код привело в итоге к появлению более чем ста лицензий с открытым исходным кодом, которыми пользуются во всем мире. На долю общедоступных лицензий приходится самый большой сегмент лицензий, действующих на современном рынке. В большинстве случаев они основаны на правовой философии и трудах США. Одна европейская лицензия – EURL (Европейская общественная лицензия) – была недавно разработана Европейской комиссией для применения в сфере программного обеспечения, соответствующего нормативным правилам ЕС¹⁵³.

(ii) «Creative Commons»

Лоуренс Лессиг, хорошо известный ученый в области права киберпространства, стал последователем Ричарда Столлмана и движения открытого исходного кода в целом, разработав перенос модели "копилефт", действующей в бесплатном программном обеспечении, на другие виды творчества¹⁵⁴. В 2001 году он основал проект и организацию «Creative Commons» («CC»). Основная цель этой организации эквивалентна цели движения за бесплатное программное обеспечение, т.е. предоставление основных свобод копирования и распространения охраняемых авторским правом произведений среди пользователей, но также были разработаны лицензии, применимые к любому типу литературного и художественного творчества, а не только к программному обеспечению.

Помимо разработки лицензий применимых вне программного обеспечения, «Creative Commons» отходит от модели открытого исходного кода, используемой в программном

¹⁵² См. Инициативы открытого исходного кода (OSI): Определение открытого исходного кода, по адресу <<http://www.opensource.org/docs/definition.html>>.





¹⁵³ См. по адресу <<http://ec.europa.eu/idabc/eupl>>.

¹⁵⁴ L. LESSIG, *Free Culture, op. cit.*, p. 183–200.

обеспечении, предоставляя автору выбор между различными лицензиями. Каждая лицензия предоставляет пользователю различные права. При принятии решения о лицензировании своего произведения в рамках «Creative Commons», автор может на выбор разрешить пользователю изменить его/ее произведение, ограничить его использование только в некоммерческих целях, и обязать пользователя предоставить такую же свободу использования, если тот изменит его/ее произведение и обнародует производную продукцию. Независимо от типа выбранной автором лицензии «Creative Commons», произведение должно быть приписано автору при его распространении.

«Creative Commons» предлагает на выбор автора шесть различных типов лицензий, которые разделены по трем основным характеристикам: коммерческая/некоммерческая; производная/непроизводная; и с сохранением условий/без сохранения условий¹⁵⁵. Каждая лицензия предоставляет собой общемировую, безвозмездную, неисключительную, бессрочную лицензию, позволяющую пользователю воспроизводить, демонстрировать, исполнять, передавать и распространять экземпляры произведения. В зависимости от типа выбранной лицензии, право на создание производных произведений или для использования произведения в коммерческих целях, может также подразумеваться. Сохраняются все права, не предоставленные в прямой форме лицензиаром, за исключением ограничений авторского права, которым не наносит ущерб лицензия. Так называемые лицензии «с сохранением условий» предусматривают дальнейшее распространение производных произведений на условиях той же лицензии.

Каждая лицензия помечена определенными символами, которые обозначают основные права, предоставленные лицензией:

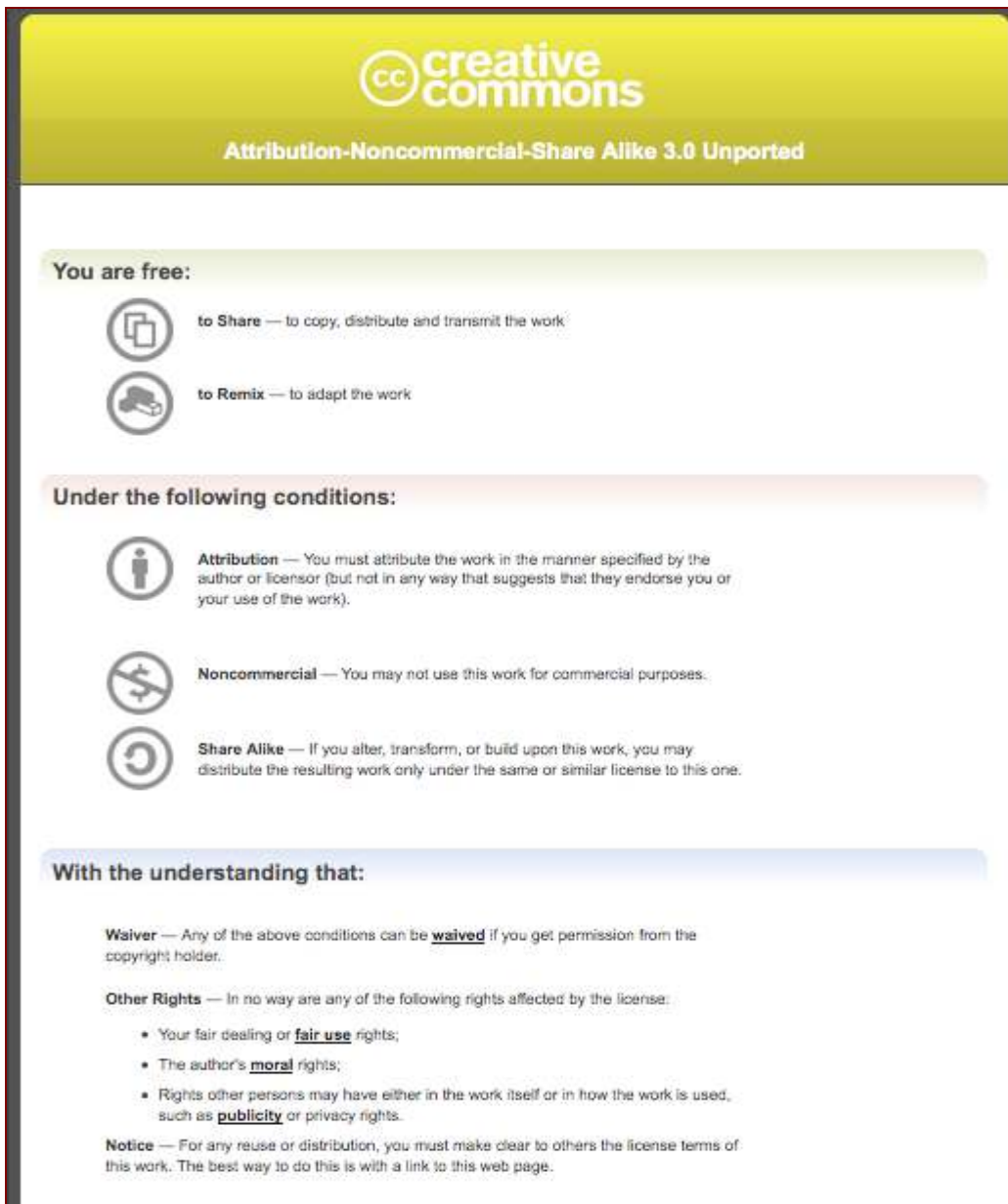
| | |
|---|---|
|  | С указанием авторства (Attribution) |
|  | Некоммерческая (Non Commercial) |
|  | Непроизводные произведения (No Derivative Work) |
|  | С сохранением условий (Share Alike) |

Таким образом, произведение, доступное в Интернете (или в любом ином месте в данном случае) с лицензией, выданной на условиях указания авторства, некоммерческого использования и сохранения условий, будет представлено пользователю в сопровождении следующих символов:



¹⁵⁵ Список этих лицензий, основную информацию о каждой и ссылки на дополнительную информацию см. Creative Commons, Creative Commons Licenses, по адресу <<http://creativecommons.org/about/licenses/meet-the-licenses>>.



Благодаря успешной реализации проекта «Creative Commons» и его иконографии, пользователь, получающий доступ к произведению, включающему эти логотипы, может сразу ознакомиться с условиями, регулирующие использование и распространение произведения. Пользователь также получит краткие сведения о лицензии, которые изображены следующим образом:






The image shows a Creative Commons license card for Attribution-Noncommercial-Share Alike 3.0 Unported. It features a yellow header with the CC logo and the license name. The main content is organized into three sections: 'You are free:', 'Under the following conditions:', and 'With the understanding that:'. Each section contains icons and text explaining the permissions and restrictions of the license.

creative commons
Attribution-Noncommercial-Share Alike 3.0 Unported

You are free:

-  **to Share** — to copy, distribute and transmit the work
-  **to Remix** — to adapt the work

Under the following conditions:

-  **Attribution** — You must attribute the work in the manner specified by the author or licensor (but not in any way that suggests that they endorse you or your use of the work).
-  **Noncommercial** — You may not use this work for commercial purposes.
-  **Share Alike** — If you alter, transform, or build upon this work, you may distribute the resulting work only under the same or similar license to this one.

With the understanding that:

Waiver — Any of the above conditions can be **waived** if you get permission from the copyright holder.

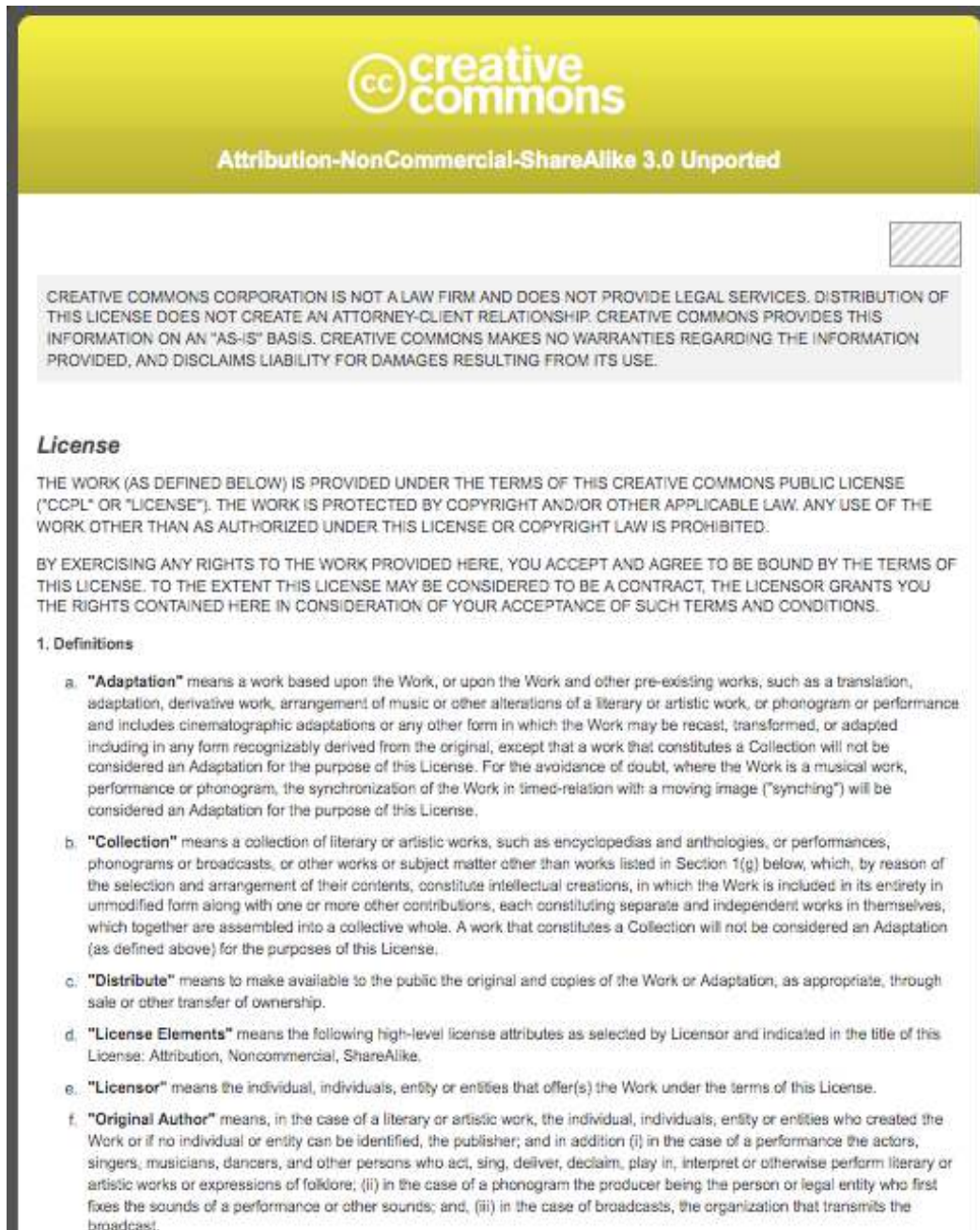
Other Rights — In no way are any of the following rights affected by the license:

- Your fair dealing or **fair use** rights;
- The author's **moral** rights;
- Rights other persons may have either in the work itself or in how the work is used, such as **publicity** or privacy rights.

Notice — For any reuse or distribution, you must make clear to others the license terms of this work. The best way to do this is with a link to this web page.

Лицензия «CC» в ее "удобном для ознакомления" варианте

Лицензиат может иметь доступ к полному тексту лицензии, где излагаются его/ее права и обязанности. Она выглядит следующим образом:



Лицензия «CC» (выдержка)

Лицензии «Creative Commons» применяются во всем мире к широкому спектру охраняемых авторским правом произведений. Интернационализации использования лицензий «CC» способствовала созданию сети национальных отделений «Creative Commons». Хотя проект зародился в США, «Creative Commons» в самом начале попыталась адаптировать свою систему лицензирования к нормативно-правовым базам других стран. С этой целью организация поручила своим национальным отделениям перевести лицензии на свои языки и приспособить их к своим правовым системам. В настоящее время произведения могут регистрироваться по лицензиям «Creative Commons», модифицированными в соответствии с законами и языками

более чем 50 стран, треть которых составляют развивающиеся страны¹⁵⁶. Поскольку группа «Creative Commons» контролирует и проверяет адаптацию лицензий к национальным законам, все эти лицензии приводятся в соответствие как с родовыми, так и другими лицензиями, и предоставляют сторонам равные права и обязанности. По сравнению с большинством лицензий с открытым исходным кодом, лицензии «Creative Commons», по всей вероятности, легче воспринимаются авторами и пользователями, так как они понимают язык лицензии и могут рассчитывать на соответствие лицензий их национальным законам.

Можно сказать, что отчасти «Creative Commons» дает полезный ответ на потребности некоторых сообществ авторов, которые рассматривают совместное использование как нормальный способ распространения их произведений художественного, информационного, научного или функционального характера.

Другой разновидностью бесплатных лицензий для художественного творчества являются лицензии свободного искусства («licence art libre»), которые были разработаны во Франции в 1999 году, но, по сравнению с лицензиями «Creative Commons», этот вид лицензий используется сейчас реже.

(iii) Открытый доступ к научным публикациям

Идеология открытого доступа распространилась и в сфере научных публикаций, где она рассматривается в качестве стратегии противодействия растущей коммодификации научных публикаций и сокращению доступности научных знаний¹⁵⁷. В сфере научных публикаций доктрина открытого доступа была применена при учреждении бесплатного электронного распространения научных журналов практически во всех областях науки и путем создания центрального репозитория журналов с открытым доступом, таких как «OpenDOAR» (Открытый каталог репозитория с открытым доступом), который содержит в открытом доступе более 14 000 источников академических репозиториях или журналов.

Идеологии открытого доступа в области научных публикаций помогает тот факт, что многие научно-исследовательские организации, университеты, библиотеки, учреждения по финансированию научных исследований, а также издатели подписали Берлинскую декларацию об открытом доступе к научным и гуманитарным знаниям. Эта декларация обязывает авторов, действующих во взаимодействии с сигнаториями, предоставлять всем потребителям в свободное пользование и во всем мире право на доступ к их произведениям, и требует, чтобы произведения были помещены на хранение, по крайней мере в один из онлайн-репозиториях, который позволяет открытый доступ, неограниченное распространение, функциональную совместимость и долгосрочное архивирование¹⁵⁸. Публикация результатов научных исследований или статей в открытом доступе все чаще становится нормой научных исследований. Такой порядок не предполагает применение какой-либо конкретной формы лицензирования для получения открытого доступа; он основывается на существующих лицензионных платформах, таких как «Creative Commons», или позволяет авторам или репозиториям открытого доступа разрабатывать свою собственную политику открытого доступа.

3. Основные характеристики лицензирования «копилефт»

Несмотря на свое разнообразие, как по целям, так и по форме, инициативы, касающиеся открытого доступа и «копилефт», имеют в настоящее время некоторые общие характеристики

¹⁵⁶ Список стран см. по адресу <<http://creativecommons.org/worldwide>>

¹⁵⁷ A. GUADAMUZ GONZÁLEZ, "Open Science: Open Source Licenses in Scientific Research", *N.C. J.L. & Tech.*, 2006, Vol. 7, p. 332.

¹⁵⁸ Полный текст Берлинской декларации см. Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, по адресу <http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlin_declaration.pdf>.

(i) Утверждение права интеллектуальной собственности

Цель открытого доступа, как уже отмечалось ранее, состоит не в том, чтобы отказаться от произведения в пользу общественного достояния, или лишить его охраны со стороны закона. Напротив, лицензии с открытым исходным кодом обычно утверждают авторское право в объекте, которым они управляют.

Все лицензии «копилефт», от программного обеспечения с открытым исходным кодом до «Creative Commons», утверждают авторское право на произведение. Например, в преамбуле к общедоступной лицензии (GPL) говорится, что "разработчики, которые используют систему GNU GPL, защищают Ваши права на двух стадиях: 1) заявляют авторские права на программное обеспечение; и 2) предлагают вам лицензию, дающую законное разрешение копировать, распространять и/или изменять его"¹⁵⁹. Лицензии «Creative Commons» аналогичным образом настаивают на том, чтобы "произведение охранялось авторским правом и/или другими действующими законами и чтобы любое использование этого произведения, кроме разрешенного по этой лицензии или по закону об авторском праве, было запрещено". Пользователь не имеет права использовать произведения в иных, кроме предусмотренных лицензией целях, а также тех прав, которыми он/она пользуется согласно внутреннему законодательству (например, добросовестное использование или другие ограничения в отношении авторского права).

Таким образом, принцип лицензирования, всецело определяется авторским правом и лишь некоторые виды использования специально гарантированы автором. Часто открытый доступ или лицензии "копилефт" изображаются как альтернатива варианту "некоторые права защищены", тогда как традиционное осуществление авторского права относится к варианту "все права защищены". Это утверждение авторского права считалось непреложным условием в проекте с открытым исходным кодом, так как оно может обязать пользователей следовать логике свободы пользования путем распространения измененной версии программного обеспечения на аналогичных условиях и предоставления исходного кода. Таковы были необходимые условия для получения привилегий свободного использования и копирования, предоставляемые в первую очередь владельцем авторских прав. И наоборот, передача программного обеспечения в общественное достояние позволило бы последователям либо продавать копии без предоставления исходного кода или широкой свободы пользования, либо вернуть некоторую монополию на программное обеспечение в слегка измененном виде. Фокус распространения гарантированных таким образом свобод или, скорее, для такого обеспечения общественного и совместного использования произведения, состоит, таким образом, в самом авторском праве. Исключительные права продолжают существовать в произведении с лицензией «копилефт», однако права на доступ и использование контента порождаются в рамках исключительной монополии и предоставляются широкой публике.

Считалось, что передача произведений в общественное достояние или неограниченный доступ к ним поставит под угрозу устойчивость системы общественной доступности. Любое изменение произведения может повлечь за собой появление нового авторского права – которое, возможно, впоследствии будет лицензировано в проприетарном смысле – или даже копий неохранный произведения, предоставляемых по ограничительным контрактам или с применением технических мер.

Таким образом, стратегия, которую выбрало движение «копилефт», заключается в использовании эксклюзивных авторских прав для гарантии и сохранения публичной доступности к произведениям и производным произведениям. Иными словами, инициативы, в основе которых лежит идея сообщества, "создают обусловленное обязательствами общее достояние, а не безграничное общественное достояние"¹⁶⁰.

Однако цель некоторых лицензий состоит в том, чтобы передать произведения в общественное достояние, предложив его автору возможность отказаться от своих авторских прав

¹⁵⁹ См. GPL, version 3.0, по адресу <<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>

¹⁶⁰ A. KAPCZYNSKI, S. CHAIFETZ, Z. KATZ & Y. BENKLER, "Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations", *Berkeley Tech. L.J.*, 2005, Vol. 20, p. 1072.

на него. Например, «Creative Commons» выдает лицензии «CC0 License»¹⁶¹, которые предусматривают передачу произведения в общественное достояние с отказом от всех авторских прав в максимально допустимой законом мере. Выше были рассмотрены те юридические трудности, которые может повлечь за собой такой отказ от авторских прав в пользу общественного достояния.

(ii) Обратное использование исключительности

Исключительные права, предоставленные авторским правом, по существу являются правом разрешать или запрещать воспроизведение или обнародование произведения. Открытый доступ заключается в осуществлении права *разрешить* использование произведения, причем это использование может зависеть от соблюдения некоторых условий, предусмотренных лицензией открытого доступа. Автор или изобретатель, предпочитающий режим открытого доступа, осуществляет свое право не исключать, а предоставлять свободу использования – свободу, которая иногда ограничивается несколькими целями, или тем, к чему имеет отношение обязательство предоставить впоследствии аналогичную свободу.

Исключительность предоставляемого интеллектуальной собственностью права, таким образом, задумано не как исключаящие полномочия, а как свобода или монополия на решение не прибегать к исключению. Нет парадокса в том, что кто-то считает, что интеллектуальная собственность предполагает исключительность, а не исключение, так как эти термины не являются синонимами. Исключительность означает возможность не допускать, но по существу не ведет к исключению.

В этом одновременно проявляется и схожесть с общественным достоянием и отличие от него, особенностью которого является отсутствие исключительности, и где ни один пользователь не лишен права на использование не охраняемого произведения. Лицензирование с открытым доступом приводит к тому же результату, но при поддержке режима исключительности, которую гарантирует охрана авторских прав.

(iii) Отсутствие дискриминации

Еще одной особенностью большинства инициатив открытого доступа является равное обращение со всеми пользователями, которые желают воспользоваться активами «копилефт». Предоставленная свобода должна быть выгодной для всех пользователей – отдельных личностей, ученых или предпринимателей – и должна применяться независимо от используемого контекста, независимо от того, преследует или не преследует пользователь коммерческие цели. Больше того, отсутствие дискриминации даже является одним из обязательных требований лицензионного программного обеспечения с открытым исходным кодом.

Принцип равного обращения в отношении пользователей или характера использования претерпел изменения в некоторых схемах открытого доступа. Лицензии «Creative Commons» служат хорошим примером такого видоизмененного режима. Одной из основных альтернатив, которой может отдать предпочтение автор, является разрешение на свободу использования и копирования в некоммерческих целях, допускающую дискриминацию в отношении не типа пользователя, а цели использования. Это отход от принципа общественного достояния, который состоит в том, что свобода использования не дискриминирует между определенной группами пользователей или контекстами использования.

Отсутствие определения понятия "некоммерческое" в лицензиях «Creative Commons» усложняет вопрос, поскольку нет определенности в отношении допускаемых типов использования¹⁶². В действительности, "некоммерческий" критерий редко используется в законодательстве об авторском праве и его сфера действия не в полной мере определена.

¹⁶¹ См. по адресу <<http://creativecommons.org/publicdomain/>>.

¹⁶² См. по этому вопросу, проведенное «Creative Commons» исследование по вопросу о значении слова "некоммерческий" по адресу <http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial>.

(iv) Вирусный эффект или эффект "копилефт"

Важной особенностью некоторых лицензий открытого доступа является требование к лицензиатам распределять произведения или производные от них произведения в соответствии с той же системой «копилефт», запрещающей возврат к проприетарной системе. Эта особенность получила название вирусного эффекта или эффекта «копилефт» в том смысле, что "свободное" распределение работ осуществляется в эпидемической форме по всей цепочке распространения и модификации основного произведения. Она требует сочетания свобод, предоставляемых лицензиату, с обязательством предоставления аналогичных гарантий последующим пользователям произведения. Таким образом, данная лицензия применяется автоматически по цепочке распределения для каждого нового экземпляра произведения, а также для его каждого производного или адаптированного варианта. Лицо, ответственное за изменение охраняемого авторским правом произведения, разработанного и распространенного в свободном варианте, уже не в состоянии ввести ограничения, кроме тех, которые были предусмотрены первоначальной лицензией. Считается, что лицензирование "копилефт" инфицирует каждое основанное на нем производное произведение. Проще говоря, этот механизм похож на "запрет на запрет", и его главная цель состоит в том, чтобы сохранить свободу лицензированного таким образом произведения, даже если оно претерпевает изменения и улучшения.

Положение «копилефт» не является необходимой чертой всех лицензий открытого доступа, даже в программном обеспечении с открытым исходным кодом. В «Creative Commons», только так называемые лицензии "с сохранением условий" приводят к такому заражению.

Такой вирусный механизм способствует распространению идеи совместного пользования на само произведение, статус которой теперь определяется в режиме «копилефт», то есть в среднем режиме между охраной исключительных авторских прав и свободным общественным достоянием. Он также позволяет лицензии, обычно ограниченной сторонами договора¹⁶³, обязать любого пользователя произведения. С этой целью лицензирование «копилефт» часто рассматривается как инструмент частного упорядочения, в том смысле, что "законотворческий процесс в отношении использования информации является приватизированным, и полномочия определять границы свободного доступа к информации возложено на частных сторон"¹⁶⁴.

Для получения вирусного эффекта в системе открытого исходного кода или открытого доступа необходимо, чтобы отличительной чертой таких договоров стало обязательство со стороны пользователей прикреплять лицензию к таким копиям. Затем пользователь распространяет копии произведения, или его улучшений и изменений. Как следствие, любой последующий пользователь обнаружит лицензию, когда он/она пожелает воспользоваться лицензированным материалом. Маргарет Радин обозначила этот процесс как "попытку заставить обязательства работать вместе с цифровым объектом"¹⁶⁵. Условия вирусных договоров сопровождают распространяемое произведение или программное обеспечение¹⁶⁶, договор работает с цифровыми активами, а лицензия введена в объект, который она предназначена регулировать. Лицензия охватывает также измененные или усовершенствованные версии произведения или программного обеспечения, к регулированию которых она стремится в первую очередь. Таким образом, лицензия «копилефт» трансформирует воздействие простого частного

¹⁶³ Стоит отметить, что квалификация лицензии является спорным вопросом. В США, например, лицензия не рассматривается как надлежащий договор – как это имеет место в странах с гражданским правом – и ни одна другая правовая квалификация не может применяться для приведения ее в действие. С признанием лицензии в качестве договора, применяются все общие принципы договорного права, в том числе и правило относительности, означающее, что только стороны, согласившиеся с договором, будут ограничены в своих правах и обязательствах.

¹⁶⁴ N. ELKIN-KOREN, "A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights", в R. COOPER DREYFUSS, H. FIRST & D. LEENHEER ZIMMERMAN (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, 2001, p. 192.

¹⁶⁵ M.J. RADIN, "Human, Computers, and Binding Commitment", *Ind. L.J.*, 2000, Vol. 75, p. 1132.

¹⁶⁶ Это особенно верно в отношении «Creative Commons», где процесс создания лицензии, основные условия которой были выбраны автором, носит всецело автоматический характер и произведению идентифицируется цифровым кодом с указанием варианта лицензии. Лицензированное изделие предлагается вместе с результатом работы.

упорядочения – обычно применимого только к элементам механизма частного упорядочения (например, договору) – в функцию, применимую к самому интеллектуальному ресурсу, и любому его пользователю. Охрана видоизменяется от договора к тому, что удивительно напоминает право собственности (или, скорее, своего рода статус общественного достояния), действующее в мировом масштабе. Как и в случае с материалом общественного достояния, свобода использования доступна для каждого и по сути прилагается к самому произведению.

Тем не менее регламентирование охраняемого авторским правом произведения, осуществляемое по договору "копилефт", не является столь полным по сравнению с возможностями общественного достояния в том, что касается свободы использования и доступа. Хотя оно и создает впечатление о намерении осуществлять распространение через дистрибуцию и изменение охваченных ею объектов, самосохранение лицензии «копилефт» зависит от многих условий, а именно: обеспеченность лицензии правовой санкцией; надлежащее определение производных произведений, которые она может включать в сферу своего действия; совместимость различных лицензий, применяемых ко многим частям произведения; и возможность применения во всем мире¹⁶⁷. Напротив, к произведению общественного достояния имеется свободный доступ и его можно использовать без каких-либо условий и оговорок (за исключением возможных нарушений, проанализированных выше).

Поэтому несмотря на внешнюю схожесть и аналогичные цели, лицензирование с открытым доступом имеет менее "общественный" характер, нежели общественное достояние, и иной масштаб. Тем не менее признание и поощрение моделей открытого доступа с согласия авторов расширит свободу использования и доступа к творческому контенту, содействуя тем самым общественному достоянию.

V. Данные о материале общественного достояния

Для выявления компонентов общественного достояния в области авторского права требуется, как уже говорилось выше, наличие многих элементов, например таких как определение применимого права, правовые нормы, некоторые данные о произведении, его авторе, дата и страна публикации, соответствие некоторым формальностям и т.д. Эти ключевые данные необходимы главным образом для установления срока действия авторского права и, следовательно, того, что мы называем временным общественным достоянием.

Некоторые из этих данных являются более доступными по сравнению с другими. Так как авторское право предоставляется без каких-либо формальностей в соответствии с условиями Бернской конвенции, то, как правило, отсутствует центральное агентство или регистр, где будут собраны все сведения о произведениях. Тем не менее для определения даты истечения авторского права на произведение можно обратиться к различным органам. Библиотеки располагают богатыми хранилищами произведений и баз данных, в которых содержатся указания на даты публикаций, имена авторов и, когда это известно, даты их смерти. В каталогах библиотек и других учреждений культуры собраны всеобъемлющие и бесценные записи имеющихся у них произведений. Это, в частности, относится к национальным библиотекам, которые по закону должны иметь обязательный экземпляр, когда это применимо. Авторско-правовые общества также располагают обширными данными по произведениям, находящимся в их управлении. Издатели, продюсеры, архивы или регистры авторских прав, если таковые существуют, также могут быть полезными источниками информации об охраняемых авторским правом произведениях.

Основной проблемой является несоответствие источников данных. В последнее время появилось много проектов, занятых разработкой взаимосвязанного и единого источника информации. В Европейском союзе, например, в рамках проекта ARROW (доступная регистрация информации о правах и произведениях неизвестных авторов) – охватывающего национальные библиотеки, издателей, организации писателей и организации коллективного управления – осуществляется поиск путей определения правообладателей, прав и установление статуса

¹⁶⁷ Более подробно по этому вопросу см. S. Dusollier, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Review*, 2007, Vol. 82, p. 1391-1435.

произведения¹⁶⁸. Европейская комиссия также недавно объявила, что планирует создать либо европейский регистр произведений либо сеть регистров¹⁶⁹.

Многие из этих попыток были предприняты в качестве реакции на проблему "произведений-сирот": оказание помощи в определении правообладателей произведения, возможно, облегчит квалификацию некоторых произведений, как произведений неизвестных авторов, но она также может привести к признанию факта перехода произведения в общественное достояние. Дальнейшая разработка данных о "произведениях-сиротах", следовательно, является перспективным направлением для уточнения содержания общественного достояния.

Разработки в цифровой области могут также служить средством передачи этих данных в электронном формате и их присоединения к произведениям. "Информации об управлении правами" посвящены положения договоров ВОИС от 1996 года, которые требуют от государств запретить несанкционированное удаление или изменение элементов такой информации. Тем не менее этот запрет касается лишь информации по охраняемым произведениям. Следует поставить вопрос о возможном расширении этой защиты на информацию о неохранных творческих произведениях и произведениях общественного достояния.

Если данные о статусе произведения переведены в электронную форму и могут быть получены с помощью поисковых систем или другого программного обеспечения, то можно говорить о "языках выражения прав" (REL). Разработанные впервые как основа для систем управления цифровыми правами и ограниченные данными об охраняемых произведениях и условиях их использования, в настоящее время все чаще используются для информирования пользователей о статусе произведения как общественного достояния и об условиях открытого лицензирования, применимых к произведению. Например, в рамках проекта «Creative Commons» была разработана информационная система под названием «ccREL», чтобы выразить в метаданных лицензионные условия, применяемые к произведениям, лицензированным на условиях «Creative Commons». Система «ccREL» позволяет компьютерам интерпретировать условия лицензирования авторского права, прилагаемые к материалам, полученным из Интернета. Некоторые поисковые системы, такие как «Google», уже работают с такой информацией и предлагают возможности поиска в Интернете только тех ресурсов, использование которых является свободным, поскольку они лицензированы на условиях «Creative Commons». Системы «REL», действующие в отношении произведений общественного достояния, являются менее развитыми и, насколько нам известно, не используются поисковыми системами.

Важным элементом таких данных общественного достояния, как в аналоговой, так в цифровой форме, является их совместный сбор, стандартизация и функциональная совместимость. Для многих существующих проектов решение проблемы совместимости относится к числу первоочередных задач.

Сюда же относятся и проблемы контроля и ответственности, которые могут возникать в процессе сертификации произведения как части общественного достояния. Оценка статуса произведения как части общественного достояния может оказаться сложным делом; при сертификации произведений как более не имеющих охраны, не исключены ошибки в их маркировке. Этот вопрос требует дальнейшего изучения.

Пример можно найти в первой версии книжной поисковой программы «Google Book Search Settlement»¹⁷⁰, где произведения, рассматриваемые как принадлежащие к общественному достоянию в соответствии с законодательством США, будут предоставлены в полном объеме с помощью поисковой системы. Программа «Settlement» обеспечивает компанию «Google» "безопасной гаванью", обеспечивающей доступ к любой книге, если она сертифицирована как часть общественного достояния в соответствии с принципами, изложенными в Приложении 5 первой версии программы «Settlement». Эти принципы фактически позволяют компании «Google»

¹⁶⁸ Более подробную информацию см. по адресу <<http://www.arrow-net.eu>>.

¹⁶⁹ *European Voice*, 1st October 2009.

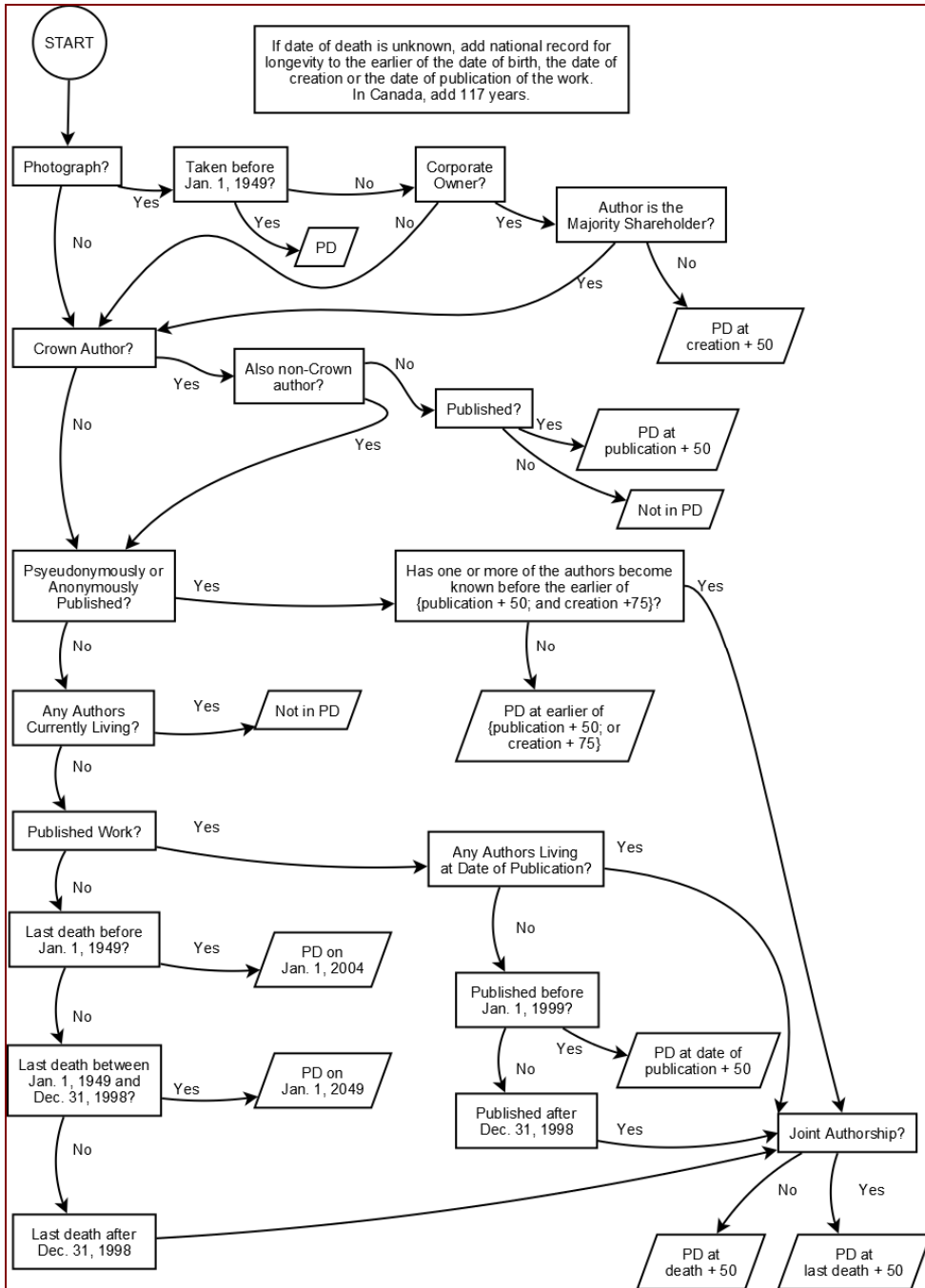
¹⁷⁰ См. по адресу <http://www.googlebooksettlement.com/r/view_settlement_agreement>.

самой определять статус книг. Точнее, для принятия такого заключения будет достаточно того, что по крайней мере два человека (нанятые компанией «Google») придут к одинаковому выводу в отношении данных, необходимых для проверки статуса книги. Это, конечно, не исключает возможности опровержения мнения об охраняемом статусе произведения, но освобождает «Google» от ответственности за любое использование произведения, которое имело место до появления новой информации о его статусе. Этот пример свидетельствует об усилении тенденции вынесения частных определений в отношении статуса произведений как части общественного достояния и роли используемых систем, созданных исключительно за счет частных средств, и исключения лиц, выносящих такие определения от любой ответственности в связи с возможными ошибками и нарушениями авторского права.

С. Калькуляторы общественного достояния

Калькуляторами общественного достояния являются технические средства, недавно разработанные в основном частными лицами или неправительственными организациями, для помощи в определении, когда именно произведение, охраняемое авторским правом, становится общественным достоянием. Такие калькуляторы служат для автоматического расчета продолжительности срока действия охраны произведения в данной юрисдикции, определяя таким образом, является ли она охраняемой или имеет статус общественного достояния.

Это осуществляется, как правило, в два этапа. Первый этап состоит в сборе информации о правовых положениях, применимых к сроку действия авторского права и изображении этой информации в виде блок-схемы, то есть серии последовательных вопросов, помогающих определить, какие именно правила действуют.



Пример блок-схемы, разработанной в Канаде «Access Copyright», канадским отделением «Creative Commons» и Фондом «Wikimedia» (в редакции от 16 декабря 2008 года).

Эти блок-схемы затем преобразуются в коды и алгоритмы для автоматической обработки предоставляемой пользователем информации о произведении и для получения ответа в отношении статуса ее авторских прав.

«Public Domain Sherpa» является действующим сетевым доменным калькулятором, который находится под юрисдикцией США¹⁷¹. На основе серии вопросов и этапов он дает информацию о статусе творческого произведения, как это проиллюстрировано ниже.

The left screenshot shows the 'Results' tab with the following information:

| | |
|---|-------|
| Is the work published? | Yes. |
| Was it published in the US? | Yes. |
| When was the work first published? | 1956. |
| Was it published with a valid copyright notice? | Yes. |
| Was the copyright renewed? | No. |

The right screenshot shows the 'Status' tab with the same information, plus a 'Was the copyright renewed?' question with radio button options: Yes, No, and Unknown.

The left screenshot shows the 'Status' tab with the following text:

Use the work any way your heart desires. You're limited only by your imagination -- create something remarkable!

The right screenshot shows the 'Status' tab with the following information:

| | |
|------------------------------------|------|
| When was the work first published? | 1956 |
| Is the work published? | Yes. |
| Was it published in the US? | Yes. |

¹⁷¹ См. по адресу <<http://www.publicdomainsherpa.com/calculator.html>>.

Таким образом, калькуляторы общественного достояния сочетают два набора данных. С одной стороны, они включают введенные пользователем данные на запрос о статусе произведения, данные, которые могут быть связаны, в зависимости от юрисдикции, с датой смерти автора, датой первой публикации или создания, или соблюдением требуемых формальностей. С другой – данные, касающиеся соответствующих правовых положений, которые были интегрированы в алгоритм разработчиком калькулятора.

Открытый фонд знаний, базирующийся в Соединенном Королевстве, является одним из крупнейших разработчиков калькуляторов общественного достояния. Взаимодействуя с юристами, учеными и группами соответствующих интересов, фонд начал разработку таких инструментов уже в 17 странах¹⁷².

Такие калькуляторы будут только показывать наличие статуса общественного достояния с точки зрения истечения срока действия авторского права, определяя, таким образом, что относится или не относится к тому, что мы назвали временным общественным достоянием. Это не только наиболее сложная для оценки часть общественного достояния, но также и наиболее объективная, поскольку, в отличие от общественного достояния, основанного на отсутствии оригинальности, она основывается на зафиксированных данных, таких, как дата смерти автора или публикации.

Ключевой добавленной стоимостью таких технических инструментов является помощь в решении сложных функциональных правил, касающихся продолжительности срока действия авторского права, путем получения результата на базе автоматизированных компьютерных данных, и передача сведений о таком результате во многих юрисдикциях, конкретные положения которых могут быть неизвестны потенциальному пользователю произведения.

Тем не менее следует помнить, что, несмотря на очевидные выгоды, любой калькулятор общественного достояния имеет свойственные ему ограничения.

Во-первых, для четкой работы и возможности получать точные ответы, введенные в алгоритм данные о авторско-правовом законодательстве, а также введенные по запросу данные о произведении, должны быть полными и правильными. В странах, где расчет срока действия авторского права зависит от многих элементов, некоторые данные могут быть неизвестны или труднодоступны для пользователя. Это известно любому, кто когда-либо пытался определить авторский статус произведения США, опубликованного до 1978 года, не зная точно, было ли оно опубликовано с извещением и было ли впоследствии обновлено. Правовая определенность может оказаться под угрозой, если имеют место ошибки либо в отношении данных о произведении, либо в положениях применяемого авторского права. Что касается последних, то разработчикам калькулятора общественного достояния придется выяснить, были ли приняты во внимание дополнительные правила, такие как возможное возобновление авторского права при продлении срока его действия, или учтены, там где это применяется, сравнения условий для иностранных произведений.

Пользователи калькуляторами должны также знать о различии между художественным произведением и его многочисленные артефактами. Литературное произведение, например, роман, может выходить в различных переводах или адаптациях. При запросе об официальном статусе произведения как общественного достояния, нужно уметь отделять основное произведение от его перевода. Одно можно считать общественным достоянием, а другое – нет. Калькуляторы общественного достояния должны содержать вопросы, способные проводить такие различия.

Более важным является то, что калькуляторы общественного достояния разработаны на юрисдикционной основе, что означает, что контуры общественного достояния зависят от страны, в которой затребована охрана произведения. Но это территориальность вызывает много вопросов. Когда пользователь намеревается создать что-то на основе произведения из

¹⁷² Более подробную информацию по этому проекту см. по адресу <<http://wiki.okfn.org/PublicDomainCalculators>>.

общественного достояния, или использовать его в как-то иной форме, он/она должны быть уверены, что это произведение не охраняется в той стране, где он/она намерены провести его эксплуатацию. Позитивный результат калькулятора общественного достояния может оказаться несоответствующим положению в другой стране. Кроме того, при расчете срока действия не следует забывать о правиле сравнения условий, изложенном в статье 7 (8) Бернской конвенции и применяемом во многих странах (см. выше). Однако это потребует интеграции в алгоритм всех правил срока действия, применимых в других странах, чтобы иметь возможность проводить сравнения между сроком, предусмотренным законом *lex loci protectionis* и сроком, предусмотренным в стране происхождения.

Могут ли практические вопросы, возникшие вследствие присущей калькуляторам территориальности, получить решений с помощью разработки международного супер-калькулятора? Может быть, но для этого необходимо дождаться завершения разработки национальных проектов, а проведение этой огромной работы следует поручить международному органу.

В заключение надо отметить, что калькуляторы общественного достояния вряд ли когда-либо станут идеальными, и в лучшем варианте дадут приблизительный ответ на вопрос о статусе произведения как части общественного достояния. В большинстве случаев можно получить ответ на вопрос о том, подлежит или не подлежит охране статус произведения, но всегда останется некая серая зона, где окончательные ответы вряд ли возможны либо из-за отсутствия некоторых ключевых данных о произведении, либо по причине вовлеченности многих соответствующих юрисдикций.

D. Системы регистрации

В Интернете все чаще предлагаются частные системы регистрации произведений. Они, как правило, не удостоверяют общественный или охраняемый статус произведения, а только предоставляют электронную информацию о правах и языке, который принадлежит работе на постоянной основе. Такая регистрация может также служить в качестве доказательства на суде, часто с помощью сертификата о регистрации с цифровой подписью. В целом, услуги компании распространяются как на охраняемые авторским правом произведения, так и на произведения, запатентованных в открытом доступе или в режиме «копилефт», но не на произведения, находящиеся в общественном достоянии, за исключением работ, переданных в общественное достояние их авторами. Примерами компаний или специализированных сайтов по маркировке и регистрации произведений с открытой лицензией являются «SafeCreative», основанная в Испании¹⁷³ (работает в тесном сотрудничестве с «Creative Commons»), «Registered Commons»¹⁷⁴, и «Numly»¹⁷⁵.

E. Базы данных и системы поиска информации об общественном достоянии

На основе калькуляторов общественного достояния, языков информации о правах и других данных, позволяющих определить статус произведения, некоторые веб-сайты предлагают в настоящее время базы данных произведений, находящихся в общественном достоянии, в целях содействия таким произведениям. Известными примерами таких баз данных являются проект «Гутенберг»¹⁷⁶, в основном специализирующийся на литературных произведениях и позволяющий загрузку соответствующих книг, база данных о произведениях общественного достояния, созданная Фондом открытых знаний¹⁷⁷, или база данных фильмов общественного достояния¹⁷⁸. Другие сайты специализируются в предоставлении доступа к произведениям, по-

¹⁷³ См. по адресу <<http://www.safecreative.org>>.

¹⁷⁴ См. по адресу <<http://www.registeredcommons.org>>.

¹⁷⁵ См. по адресу <<http://www.numly.com>>.

¹⁷⁶ См. по адресу <<http://www.gutenberg.org>>.

¹⁷⁷ См. по адресу <<http://www.publicdomainworks.net>>.

¹⁷⁸ См. по адресу <<http://pdmdb.org/>>.

прежнему охраняемым авторским правом, но с лицензией «Creative Commons» или на других свободных условиях лицензирования. Одним из примеров является веб-сайт «Jamendo», который предоставляет услуги по бесплатному доступу к музыкальным произведениям¹⁷⁹.

На работу таких баз данных часто накладывает ограничения периодически возникающая проблема территориальности общественного достояния. В большинстве случаев они лишь утверждают, что произведение находится в общественном достоянии в одной из юрисдикций, и рекомендуют пользователям проверить его статус на предмет принадлежности другой юрисдикции. Например, на сайте проекта "Гутенберг" можно бесплатно скачать роман Джеймса Джойса «Улисс», о котором говорится, что по законам США он находится в общественном достоянии. Так как Джойс умер в 1941 году, это произведение в Европе перейдет в общественное достояние только после 2012 года. Поскольку статус произведения может варьироваться в зависимости от страны, такие базы данных в лучшем случае точны лишь в отношении одной юрисдикции, в зависимости от используемых правовых положений и калькулятора общественного достояния. Пользователи не всегда осведомлены о таких ограничениях.

Многие из этих провайдеров проявляют большую осторожность и отрицают какую-либо ответственность за сертификацию статуса произведения, рекомендуя своим пользователям проводить свои собственные проверки, если те намерены публично использовать конкретное произведение.

Не следует забывать, что первыми базами данных произведений общественного достояния по-прежнему являются старые библиотеки и другие учреждения культурного наследия. Их эволюция в цифровые библиотеки часто основывается на статусе общественного достояния, который имеет большая часть их коллекций. Достаточно привести два примера: созданная Европейским союзом цифровая библиотека «Europeana»¹⁸⁰ как портал для национальных учреждений, уже обеспечивает свободный доступ к более чем пяти миллионам произведений, а разработанная ЮНЕСКО Всемирная цифровая библиотека¹⁸¹ содержит 1 250 ключевых документов мирового наследия. Такие публично финансируемые проекты обязательно станут важной составляющей государственной политики, расширяющей доступ к материалам общественного достояния.

F. Промежуточный вывод об инструментах общественного достояния

Все инструменты, разработанные для определения, сертификации или регистрации охраняемого или неохраняемого статуса произведения требуют значительных затрат, которые иногда покрываются за счет частных лиц или неправительственных организаций, или государственных учреждений, таких как библиотеки или национальные реестры. При осуществлении любого проекта по развитию общественного достояния необходимо учитывать эти затраты или находить способы привлечения к участию негосударственных участников.

Одна из основных целей должна также состоять в том, чтобы привлечь к этому делу развивающиеся страны, которые не имеют равных перспектив и возможностей для разработки дорогостоящих инструментов общественного достояния.

IV. ОХРАНА ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Просьба о позитивной охране общественного достояния, которая могла бы оградить его от приватизации, не является новой. В своей основополагающей статье об общественном достоянии, Давид Ланг поставил вопрос о признании общественного достояния и его правового статуса еще в 1981 году¹⁸². Этот юридический статус до сих пор не создан на международном

¹⁷⁹ См. по адресу <<http://www.jamendo.org>>.

¹⁸⁰ См. по адресу <<http://www.europeana.eu>>.

¹⁸¹ См. по адресу <<http://www.wdl.org>>.

¹⁸² D. LANGE, "Recognizing the Public Domain", *Law and Contemporary Problems*, 1981, Vol. 44, p.147.

или национальном уровне. Тем не менее мы все чаще сталкиваемся со случаями охраны произведений общественного достояния как в судебной практике, так и в доктрине, что могло бы служить основой для разработки некоторых ключевых принципов и рекомендаций в отношении сохранения и улучшения доступности и использования общественного достояния.

А. Существующая охрана общественного достояния

В странах, которые были объектом изучения в целях настоящего исследования, общественное достояние, как представляется, приобретает все большее значение как в судебной практике, так и в законодательстве.

Некоторые страны включили в свои законы об авторском праве явную ссылку на общественное достояние и его определение. Это касается Алжира, Бразилии, Кении, Коста-Рики, Руанды и Чили¹⁸³. В большинстве случаев, это определение носит описательный характер в отношении содержания общественного достояния, но не влечет за собой каких-либо нормативных последствий. В лучшем случае, закон напоминает правило свободного использования, прилагаемого к общественному достоянию, как в Чили (статья 11 заключает: "произведениями общего культурного наследия может пользоваться каждый когда речь идет об их целостности и авторства, может использовать каждый") или в Коста-Рике (статья 7: "каждый может свободно пользоваться, в любой форме или в любом процессе, произведениями, принадлежащими общественному достоянию").

Во Франции, некоторые ученые¹⁸⁴ приступили к разработке положительной охраны общественного достояния взяв за основу гражданско-правовое понятие "вещь общего пользования" или "достояние", которое включено в статью 714 Гражданского кодекса (имеется также в других системах, основанных на французском праве). "Достояние" определяется как "блага, которые не принадлежат никому, и использование которых является общим для всех".

Квалификация общественного достояния в авторском праве, а также в патентном праве, как достояния или общего достояния (*res communis*) в юридическом смысле этого слова, не является чрезмерно противоречивой. Но, что является весьма новым, так это попытка добавить к такой квалификации статус, который мог бы сделать общественное достояние невосприимчивым к любым попыткам обратного захвата или присвоения¹⁸⁵. Квалификация общественного достояния как общего достояния имеет два последствия. Первым является запрет обратного захвата произведения в целом, хотя частичный захват может произойти (как показано выше на примере регистрации товарного знака на произведение, перешедшее в общественное достояние). Вторым последствием является гарантия коллективного пользования произведением: каждый член общества должен иметь право на использование, изменение, эксплуатацию, воспроизводство и создание новых произведений из материала общественного достояния. Коллективному характеру общего достояния сопутствует обязательство его сохранения, как в случае общего достояния, относящегося к окружающей среде.

Если целью режима общественного достояния является гарантия в отношении свободы доступа и использования и недопущения какой-либо исключительности в источнике, то правовой статус общего достояния, как он понимается во французском праве (или, по крайней мере, по мнению цитируемых ученых, которые отстаивают эту точку зрения), может стать основой фундамента такого режима. Опираясь на квалификацию общественного достояния, как "общего достояния", прецедентное право может запретить любые попытки восстановить монопольное владение им.

Есть примеры таких попыток. Так, во Франции суд ограничил осуществление авторского права двух авторов, которые провели реставрацию, а также добавили произведение

¹⁸³ Полные определения см. приложение III, ниже.

¹⁸⁴ S. CHOISY, *op. cit.*; M.A. CHARDEAUX, *op. cit.*, §230.

¹⁸⁵ В основном такое толкование предлагается в M.A. CHARDEAUX, *Les Choses communes, op. cit.*

современного искусства, общественной и исторической площади, плас де Терро, в Лионе, на основании характера общественного достояния у исторических зданий, формирующих площадь¹⁸⁶. Эти авторы хотели принудить к соблюдению авторских прав на свои оригинальные реставрационные работы компанию, продающую открытки, на которых изображена площадь, где находятся их охраняемое произведение. Основным аргументом в пользу этого решения было то, что статус общественного достояния зданий непременно сдерживает и ограничивает осуществление авторского права у лиц, выполнивших производные работы в объеме, необходимом для бесплатного воспроизводства общественного достояния. В ином случае, авторские права будут косвенно восстановлены в произведении общественного благосостояния в пользу авторов его восстановления или изменения. Апелляционный иск был удовлетворен, хотя и по иным причинам, несмотря на заявление апелляционного суда о том, что "охрана, предоставляемая авторам нового дизайна площади, не должна наносить ущерба общему пользованию"¹⁸⁷, где вновь признается позитивная охрана общественного достояния и присущего ему коллективного пользования.

Этот аргумент должен считаться правильным только в том случае, если осуществление авторского права на производное произведение будет полностью препятствовать праву на бесплатное пользование общественным достоянием и предвосхищать его. Его не следует понимать как сведение на нет исключительных и легитимных прав авторов любого произведения, созданного на основе материала общественного достояния. В этом отношении история с плас де Терро во Франции достойна особого внимания. Открытки не изображают исключительно или главным образом современное произведение, но последнее было так интегрировано в историческую площадь, что не было никакой невозможности воспроизвести площадь без непроизвольного воспроизводства находящегося под охраной произведения.

В случае, проанализированном выше, и подразумевающим бессрочное неимущественное право, французский кассационный суд также нашел в общественном достоянии достаточный потенциал, чтобы ограничить требование наследников Гюго запретить адаптацию одного из его знаменитых романов¹⁸⁸.

Прецедентное право Соединенных Штатов также изобилует решениями, содержащими ссылки на принцип свободного копирования произведений или изобретений в сфере общественного достояния и последующий запрет на восстановление исключительных прав на них, в частности на основании закона штата¹⁸⁹.

Элементы позитивного статуса общественного достояния могут быть также найдены в прецедентном праве Европейского суда, или, вернее, в некоторых мнениях его генерального адвоката. Выше мы ознакомились с мнением генерального адвоката по делу о товарном знаке, которое основывалось на общественном интересе в том, чтобы запретить регистрацию товарного знака, в результате которой была бы восстановлена монополия на изобретение с истекшим сроком действия патента¹⁹⁰. Его аргументация носила столь общий характер, что могла быть применимой к любой попытке вернуть, через регистрацию товарного знака, исключительность на произведение, ставшее общественным достоянием. Здесь также запрет

¹⁸⁶ TGI Lyon, 4 April 2001, *RIDA*, October 2001, note S. CHOISY.

¹⁸⁷ Lyon, 20 March 2003, *Communications – Commerce Electronique*, September 2003, note C. Кассационный суд подтвердил это постановление, но исходя из иных обстоятельств, без какой-либо ссылки на статус произведения с точки зрения общественного достояния. См. Cass., 15 March 2005, по адресу <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_no_632.html>.

¹⁸⁸ Cass. 30 January 2007, *JCP G*, 2007, p. 29, note C. CARON.

¹⁸⁹ См., например, *Compro Corp. v. Day-Brite Lighting*, 376 U.S. 234 (1964) ("когда изделие не охраняется патентом или авторским правом, закон штата не может запретить кому-либо копировать это изделие. Запрет на копирование будет означать посягательство на федеральную политику, по смыслу статьи 1 Конституции, и на исполнение федеральных законов, предусматривающих возможность свободного копирования всего того, что федеральные законы в области патентного и авторского права относят к общественному достоянию"), а также другие решения, цитируемые в Т. ОСНОА, *op. cit.*, p. 248.

¹⁹⁰ Мнение генерального адвоката Р.-Х. Коломера от 24 октября 2002 года по делу *Linde*, C-53/01 to C-55/01, at 29 (решение Европейского суда от 8 апреля 2003 года).

на регистрацию товарного знака следует понимать как ограниченный таким исключительным случаем, когда новое право повредит статусу общественного достояния произведения вследствие резервирования всех видов его использования (см. разработку о товарных знаках, выше).

Некоторые страны идут еще дальше в попытке оградить общественное достояние от повторного присвоения. В Чили в настоящее время обсуждается законопроект об изменении закона об авторских правах. Планируется внести на рассмотрение новые положения о противоправности попыток вернуть права на произведение, ставшее общественным достоянием. Новая статья 80 будет установить запрет на:

- любые сознательные попытки воспроизвести, распространить, предоставить или обнародовать произведение, принадлежащее общественному достоянию, под именем, которое не является именем его настоящего автора;
- любые обманные требования в отношении имущественных прав на произведение, принадлежащее общественному достоянию.

Эта защита действует по двум направлениям. Во-первых, она связана с неимущественным авторским правом, применяя санкции в отношении тех, кто обманным путем присваивает произведение, принадлежащее общественному достоянию. Во-вторых, она касается запрета на восстановление определенной исключительности на материал общественного достояния, применяя санкции в отношении лиц, которые пытаются претендовать на такое исключительное право. Она, по всей видимости, не исключает возможных требований о вознаграждении за предоставление произведения в общественное достояние, что, возможно, лишит привлекательности коммерческое использование произведений общественного достояния из-за отсутствия стимулов. В зависимости от толкования этого положения представляется, что только искусственное возрождение некоторых исключительных прав на произведение будет представлять собой правонарушение.

Все эти примеры свидетельствуют о возрождении интереса к созданию позитивного режима, который мог бы оградить общественное достояние от необоснованных или чрезмерных посягательств. Они также содержат некоторые интересные идеи в отношении создания основы для такого режима.

В. Основные задачи по укреплению общественного достояния

Определение ценности и содержания общественного достояния показало, что если сильное и процветающее общественное достояние играет важную роль в развитии культуры и демократии, в экономическом развитии, в образовании и культурном наследии, то отсутствие организации такого общественного достояния в большинстве законов об авторском праве, а также его отрицательное определение как обратной стороны авторско-правовой охраны, ослабляет такую цель.

Идентификация многих компонентов общественного достояния – непростая задача, которую усложняют правила территориальности и применяемая правовая норма. Определяемая как сфера, не охраняемая законом об интеллектуальной собственности, общественное достояние попадает в зависимость от колебаний в развитии самого авторского права, когда охотно удовлетворяются требования в отношении охраны или срок его действия постоянно продлевается, иногда с обратной силой. Ставшие общественным достоянием, неохраняемые элементы или авторские произведения, срок действия авторских прав на которые истек, не имеют юридического статуса, который гарантировал бы их свободное использование или иммунизацию от новых оговорок или исключительности, либо со стороны других прав на интеллектуальную собственность, либо в силу повторного получения авторского права, либо с помощью технических мер.

Рациональная политика в отношении общественного достояния будет заключаться прежде всего в помощи по его идентификации и созданию для него особого правового режима, чтобы устранить бытующее в настоящее время представление о нем как о "мусоре" и "заброшенной

пашне" сферы охраны авторских прав. Это потребует изменения сущности общественного достояния, как с точки зрения его идентичности, так и правового статуса.

Статус обратной стороны охраны авторских прав не обязательно означает, что эта часть интеллектуальной собственности ничего не стоит. Если характеристиками интеллектуальной собственности являются исключительность и соперничество, то общественное достояние, напротив, должно основываться на отсутствии исключительности и соперничества. Эти особенности характерны для любого общего достояния, богатство которого заключается в коллективном и исключающем соперничество использовании, а также в отсутствии какого-либо притязания на собственность.

Эффективность таких норм, не допускающих исключительность и соперничество, укрепит общественное достояние, что найдет выражение в нормативных правилах, отвергающих любое эксклюзивное резервирование и способствующих свободному¹⁹¹ использованию и общедоступности.

На этой основе разрабатываются ключевые принципы, которые поддерживают устойчивое общественное достояние, как это указано в рекомендации 20 повестки дня ВОИС в области развития, а именно:

- потребность в определенности при идентификации материала общественного достояния. Для экономического развития, процесса совершенствования продукции, образовательного и потребительского использования, основанного на общественном достоянии, необходимо в первую очередь самым точным и определенным образом определить состав общественного достояния. Идентификация сферы общественного достояния никогда не станет точной наукой, как и определение сферы авторского права. Однако правовые нормы требуют уточнения или упрощения, а также должны быть разработаны и предоставлены методы для оказания помощи в такой идентификации.
- потребность в доступности и устойчивости материала общественного достояния. Теоретическая принадлежность произведения к общественному достоянию не имеет особого смысла, если доступ к нему и его использование не являются эффективными. Политика в области общественного достояния должна быть направлена на повышение готовности общественного достояния, эффективности доступа к нему, а также его устойчивости. Последнее означает, что общественное достояние должно быть доступным для повторного использования и эксплуатации, а его контент должен быть сохранен и удержан в интересах будущих поколений.
- принцип недопустимости исключительности, гарантированный законом, должен применяться к общественному достоянию. Правило свободного пользования общественным достоянием при отсутствии авторско-правовой охраны должно получить юридическое подтверждение и подкреплено запретом на коммодификацию или частное повторное получение прав на элементы общественного достояния.
- принцип недопущения соперничества, гарантированный законом, должен применяться к общественному достоянию. Отсутствие авторско-правовой охраны должно повлечь за собой эффективное коллективное использование ресурсов общественного достояния, что также будет означать гарантированный доступ в целях поддержки и использования материала общественного достояния без дискриминации.

Эти четыре принципа находят некоторую поддержку в экономических теоретических разработках общего достояния, как вещественного, так неимущественного, которые отстаивают необходимость в объективности, эффективности и устойчивости ресурсов, находящихся в

¹⁹¹ Понятие «свободно» означает скорее отсутствие зависимости от какой-либо правовой или технической оговорки, нежели отсутствие вознаграждения, даже несмотря на то, что логика общественного достояния состоит и в том, чтобы сократить стоимость произведения до величины расходов на его производство.

общем пользовании¹⁹². Знания как фонд общего пользования не подвергаются тем же угрозам, что и физические фонды, поскольку у них меньше риск исчерпания и деградации. Вместе с тем устойчивость невещественных элементов общего достояния, таких как знания или общественное достояние, потребует обеспечения эффективного доступа и сохранения их от забвения. Организация хранилищ для общественного достояния станет одним из ключевых элементов такой сохранности. Библиотеки выполняли эту роль на протяжении столетий и даже сегодня они несут всевозрастающую ответственность за каталогизацию, сохранение и распространение знаний в цифровой среде. Таким образом, они должны принимать участие в любой деятельности, направленной на укрепление обогащенного общественного достояния¹⁹³.

Изложенные выше принципы можно свести к следующим рекомендациям.

С. Рекомендации

Создание положительного режима общественного достояния, способного поддержать изложенные выше принципы, потребует принятия нормативных правил в авторском праве, а также создания материальных условий для эффективного обеспечения доступа к ресурсам общественного достояния, их использования и сохранения.

Таким образом, трудно разработать точные рекомендации нормативного характера, так как усилия должны быть всеобъемлющими и могут выходить за рамки формальных изменений в законах об интеллектуальной собственности. Наиболее эффективной представляется деятельность на национальном уровне. Перечисленные ниже рекомендации в любом случае не предполагают ограничений диапазона или срока действия авторского права, главным образом потому, что это вопрос национальной государственной политики.

На международном уровне могут быть воплощены следующие идеи:

– В плане **идентификации общественного достояния:**

- должна быть проведена дополнительная оценка территориальности применительно к определению общественного достояния. В этой связи трудно предлагать рекомендации, так как замена законодательства страны происхождения законом *lex loci protectionis* приведет лишь к изменению вектора неопределенности. Вместо необходимости иметь дело с различными законами в случае предполагаемого использовании творческого материала в разных юрисдикциях, пользователю придется определять статус используемых ресурсов в соответствии с законодательством стран происхождения, даже если использование будет иметь место лишь в одной стране.
- следует по меньшей мере оценить сложность применения правила сравнения сроков, используемого для определения срока действия охраны, как это предусмотрено статьей 7 (8) Бернской конвенции.
- следует признать добровольный отказ от авторских прав на произведения и их передачу в общественное достояние как обоснованную реализацию авторского права и его исключительности в допустимой национальными законами степени (возможно, за исключением любого отказа от личных неимущественных прав), и при условии официально выраженного, осознанного и добровольного согласия автора. Этот вопрос, безусловно, требует дальнейшего исследования.

¹⁹² См., например, С. HESS & E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons – From Theory to Practice*, MIT Press, 2006, 5-6.

¹⁹³ Теоретические разработки этого вопроса были осуществлены Шарлотой Хесс и Элиной Остром, которые взяли за основу своего анализа библиотеку как модель учреждения с общим пулом ресурсов, предназначенных для познавательной цели (см. С. HESS & E. OSTROM, "Ideas, Artifacts, and Facilities: Information As A Common-Pool Resource", *Law and Contemporary Problems*, 2003, Vol. 66, 111-145).

- можно было бы предусмотреть возможность исключения или ослабления правила *lex loci protectionis*, что необходимо для взаимного признания обоснованности передачи общественного достояния в общее пользование в том случае, когда это действие считается правомерным в стране происхождения произведения.
- должен быть решен на международном уровне вопрос о "произведениях-сиротах", или, по крайней мере, обеспечено признание другими странами-участниками Бернской конвенции положения о взаимном признании статуса "произведений-сирот", применяемого в одной стране (за исключением тех случаев, когда установление личности или местонахождения автора может быть осуществлено в этой другой стране). ВОИС должна также способствовать созданию сетей информации о произведениях, с тем чтобы облегчить идентификацию авторов "произведений-сирот". Это позволит уточнить охраняемый или неохраняемый статус "произведений-сирот".
- следует направить международные усилия на разработку технических и информационного средств для определения контентов общественного достояния, в частности, в отношении срока действия авторского права. Такими средствами могут быть собранные о произведениях данные, базы данных о произведениях общественного достояния, или калькуляторы общественного достояния. Международный характер такого перекрестного функционирования и сбора ссылочного материала имеет особое значение.
- в договоры ВОИС 1996 года могут быть внесены изменения, чтобы ввести в определение "информации об управлении правами", любую электронную информацию, относящуюся к произведениям общественного достояния.

В плане доступности и устойчивости общественного достояния:

- должна быть расширена сфера доступа к общественному достоянию, в частности путем сотрудничества с учреждениями культурного наследия ЮНЕСКО (в рамках ее деятельности по сохранению нематериального культурного наследия).
- следует поощрять депонирование на национальном уровне, что может быть сопряжено с оказанием определенной финансовой и материально-технической помощи развивающимся странам. На международном уровне следует сделать каталоги и перекрестные ссылки на произведения, находящиеся на хранении.
- следует признать роль учреждений культурного наследия, главным образом библиотек, в маркировке, каталогизации, сохранении и предоставлении доступа к произведениям общественного достояния и оказать им помощь, особенно в работе с цифровыми данными.
- следует провести исследование для определения методов содействия обнародованию и использованию материала общественного достояния в плане оказания финансовой помощи и стимулирования. Объектом исследования может стать оплачиваемое общественное достояние (*domain public payant*) как механизм участия коммерческих пользователей общественного достояния (путем выплаты минимальных сумм) в сборе и хранении материалов общественного достояния, осуществляемых государственными учреждениями. В том случае, когда неимущественное право имеет бессрочный характер, необходимо разработать методы контроля за возможными злоупотреблениями при обнародовании или реализации права на целостность.
- следует учитывать эмпирические последствия для устойчивости общественного достояния для любого расширения сферы или срока действия авторского права и смежных прав как на международном, так и национальном уровнях.

В плане отсутствия исключительности и соперничества общественного достояния:

- следует найти правовые средства для предотвращения повторного получения исключительных прав на перешедшие в общественное достояние произведения либо

с помощью другого права интеллектуальной собственности (товарный знак или право в базах данных), либо имущественных прав и других юридических прав или мер технической защиты, если такая исключительность по своим масштабам или воздействию является аналогичной авторскому праву или наносит ущерб не-исключительному или неконкурентному характеру использования произведения общественного достояния.

- в договоры ВОИС 1996 года следует включить поправки, запрещающие введение технических ограничений в отношении воспроизводства, обнародования или обеспечения доступности для произведения, переданного в общественное достояние. Не существует никакой правовой основы для обеспечения мер технической защиты применительно к общественному достоянию, так как статус общественного достояния должен гарантировать право на повторное использование, модификацию, воспроизведение и передачу. Следует также ясно указать на то, что только технические меры охраны произведений авторского права, которые формируют значительную часть цифрового контента, и к которому они применяются, будут защищены от попыток обойти закон. Технические меры в основном охраняющие произведения общественного достояния с дополнительным и минимальным присутствием охраняемых авторским правом произведений, не должны пользоваться правовой защитой.
- поскольку страны-участницы Бернской конвенции взяли на себя обязательство уважать на своей территории охрану интеллектуальной собственности, предоставленную другими странами, им следует признать статус общественного достояния, определенный другими странами, и не допускать приватизацию того, что считается общественным достоянием где-либо в другом месте.

ПРИЛОЖЕНИЯ – Сравнительный анализ

Были изучены следующие национальными законы об авторском праве¹⁹⁴:

- **Австралия:** Закон об авторском праве 1968 года, закон № 63 от 1968 года с поправками (до закона № 113 от 2008 года)
- **Алжир:** Указ об авторских правах 19/07/2003 – 1424, № 03–05 дю 19 Джумада Эль-Ула 1424 (что соответствует 19 июля 2003 года) об авторских правах и смежных правах
- **Бразилия:** Закон об авторском праве и смежных правах № 9610 от 19 февраля 1998 года (Lei N° 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998 – Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências)
- **Дания:** Консолидированный закон № 763 об авторском праве от 30 июня 2006 года
- **Италия:** Закон от 22 апреля 1941 года № 663 об охране авторских прав с последними поправками, внесенными в 2008 году (Legge 22 aprile 1941, n. 633, sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)
- **Кения:** Закон об авторском праве № 12, 2001 года.
- **Китай:** Закон об авторском праве Китайской Народной Республики, принятый 7 сентября 1990 года на 15–й сессии Постоянного комитета седьмого Всекитайского собрания народных представителей, с поправками, внесенными в соответствии с постановлением о пересмотре Закона об авторском праве Китайской Народной Республики, принятым 27 октября 2001 года на 24–й сессии Постоянного комитета девятого Всекитайского собрания народных представителей
- **Корея:** Закон об авторском праве Кореи с последними поправками, внесенными Законом № 8101 от 28 декабря 2006 года
- **Коста-Рика:** Закон № 6683 об авторском праве и смежных правах (с последними поправками согласно Закону № 8039 от 10 октября 2000 года (Ley N° 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos)
- **Малайзия:** Закон 332 об авторском праве 1987 года с последними поправками, внесенными законом A1139/2002
- **Руанда:** Закон от 31 марта 2008 года об охране интеллектуальной собственности
- **Соединенные Штаты Америки:** Закон об авторском праве Соединенных Штатов и смежных правах, содержащийся в разделе 17 Кодекса законов Соединенных Штатов
- **Франция:** Закон об интеллектуальной собственности от 1 июля 1992 года с последними поправками, внесенными в 2009 году (Code de la Propriété Intellectuelle)
- **Чили:** Закон № 17336 (1970) об авторском праве (с последними поправками согласно Закону-19928 от 31 января 2004 года)

¹⁹⁴ При анализе национальных законов была оказана помощь со стороны следующих экспертов: Алберто Серда (Чили), Чхве Хеи Юн (Корея), Джессика Коатс (Австралия), профессор Эндрю Христи (Австралия), Андрес Гвадумус (Коста-Рика), Мариселла Ума (Кения), профессор Марко Риколфи (Италия), профессор Томас Риис (Дания), Мануэла Ротолу (Бразилия), Мириам Сану (при анализе положений АОИС в отношении Руанды, Алжира и Кении), Стефано Скиачча (Италия), Кульджит Сингх (Малайзия), профессор Хон Сюэ (Китай).

ПРИЛОЖЕНИЕ I

Формирование общественного достояния

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|-----------|-------------------|------------------------------|---|--|---|--|---|----------------------|---------------------------------|
| | | | Оригинальность | Фиксация | Иностранное произведения | | Официальные тексты | Другие исключения | |
| АВСТРАЛИЯ | – | Идея / воплощение | Неоригинальные произведения (раздел 32) | Незафиксиро- ванные произведения | Иностранное произведения, не охватываемые применяемыми международными договорами | Срок действия авторского права | Официальные тексты | Другие исключения | Отказ от авторского права |
| | | Идеи (не явно выраженные) | | | | – произведения, автор(ы) которых умерли более 70 лет тому назад (раздел 33) – произведения, впервые опубликованные после смерти автора и более 70 лет тому назад – произведения, опубликован- ные анонимно или под псевдонимом более 70 лет тому назад – звуковые записи, фильмы, выпущенные более 70 лет тому назад (если произведены после 1 мая 1969 года) – 50 лет со времени подготовки или первой публикации для материала, подготовленного для Содружества или правительственного департамента или агентства – произведения, опубликованные до 1955 года, или автор которого умер до 1955 года – произведения. | НЕТ (авторское право, принадле- жащее государ- ству) | – | Нет точных данных |

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|----------|--|---|---|----------------|---|--|--|--|----------------------|
| | | | Идея / воплощение | Оригинальность | Фиксация | | Иностранное произведения | Срок действия авторского права | |
| | | | | | | опубликованные анонимно или под псевдонимом до 1955 года – фотографии, сделанные до 1955 года | | | |
| АЛЖИР | Национальная литература и художественные произведения, срок охраны которых истек (статья 8) | Идеи (не явно выраженные) Новости дня (статья 47) | Неоригинальные произведения (статья 3 закона) | НЕТ | Иностранное произведения, не охватываемые международными договорами (статья 162) | – произведения, автор(ы) которых умер(и) более 50 лет тому назад (статьи 54 и 55) – коллективные произведения, созданные анонимно или под псевдонимом, аудиовизуальные произведения, посмертные произведения, опубликованные более 50 лет тому назад (статьи 56–58, 60) – фотографии и произведения прикладного искусства, созданные более 50 лет тому назад (статья 59) | Законы, постановления, административные решения государственных органов, судебные решения и их перевод (статья 11) | – | Нет точных данных |
| БРАЗИЛИЯ | Статья 45: – произведения, срок охраны которых истек – произведения, автор которых умер, не оставив наследников – произведения неизвестного | – идеи, нормативные процедуры, системы, методы или математические проекты или концепции как таковые (статья 8 I) – диаграммы, планы или правила для умственных упражнений, игр | Неоригинальные произведения (нет точных данных) | – | – иностранные произведения, не охватываемые международными договорами, или принижающие положение странам, не применяющим положения об охране в отношении бразильских авторов (статья 1) | – названия периодических публикаций (после одного года или двух лет для ежегодных публикаций) (статья 10) – произведения, автор(ы) которых умер(ли) более 70 лет тому назад (статьи 41 и 42) – произведения, опубликованные анонимно или под псевдонимом, более 70 лет тому назад (статья 42) | – произведения, субсидируемые союзом, штатами, федеральными округом или муниципалитетами (статья 6) – тексты договоров или конвенций, законов, предписаний, судебных решений и других | – произведения умерших авторов, не оставивших наследников (статья 45) – произведения неизвестных авторов в зависимости от правовой охраны и или | Нет точных данных |

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|--------|----------------------|--|------------------|--|--|---|---|--|---------------------------|
| | | | Оригинальность | Фиксация | Иностранное произведения | | Срок действия авторского права | Официальные тексты | |
| | автора (фольклор) | Идея / воплощение | | | | <ul style="list-style-type: none"> – аудиовизуальные и фотографические произведения, обнародованные более 70 лет тому назад (статья 44) – произведения, принадлежащие общественному достоянию по состоянию на 20 июня 1998 года | официальных законодательных актов (статья 8 IV) | этнический и традиционный фольклор (статья 45) – незаполненные формуляры для внесения всевозможной научной или иной информации и указанные на них инструкции, (статья 8 II) – отдельные названия и заголовки (статья 8 VI) | Отказ от авторского права |
| ДАНИЯ | – | Идеи (статья 1) Неоригинальные произведения | НЕТ | Произведения иностранных авторов из стран, не входящих в зону ЕС, не охватываемые международными договорами (статьи 87 и 88) | <ul style="list-style-type: none"> – произведения, авторы которых умерли более 70 лет тому назад (статья 63 (1)) – произведения, опубликованные анонимно или под псевдонимом, ставшие общедоступными более 70 лет тому назад (статья 63 (2)) – произведения неизвестных | Акты, административные распоряжения, юридические решения и аналогичные официальные документы (статья 9) | – | Нет точных данных (возможно отсутствуют) | |

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|--------|---|---------------------------------|---|--|--|---|---|-----------------------------------|--|
| | | | Идея / воплощение | Оригинальность | Фиксация | | Иностранное произведение | Срок действия авторского права | |
| ИТАЛИЯ | – | Идеи Новости | Неоригинальные произведения (за исключением неоригинальных фотографий, охраняемых в течение 20 лет (статья 87) | НЕТ | Иностранное произведение, не охватываемые международными договорами, или из стран, не предоставляющих защиту произведениям итальянских авторов (статья 185–187) | – произведения, авторы которых умерли более 70 лет тому назад (статья 25 и 26) – коллективные труды, произведения, опубликован- ные анонимно или под псевдонимом, более 70 лет тому назад (статья 26 и 27) | Официальные акты государства и государственных органов | – | Нет точных данных |
| КЕНИЯ | Статья 45: – произведения, срок охраны которых истек – произведения, в отношении которых авторы отказались от своих прав – иностранные произведения, которые не находятся под охраной в Кении | Идеи Информация и новости | Неоригинальные произведения | Незафиксиро- ванные произведения | Иностранное произведение, не охватываемые международными договорами (статья 23 (1)) | Статья 23 (2) – произведения, авторы которых умерли более 50 лет тому назад – аудиовизуальные произведения и фотографии, созданные или ставшие общедоступными более 50 лет тому назад – звуковые записи и радиопередачи, записанные или переданные в эфир более 50 лет тому назад – произведения, опубликован- ные анонимно или под псевдонимом более 50 лет | Официальные акты | – | Произведения, в отношении которых авторы отказа- лись от своих прав, если это совершено в письменном виде и публичной форме (статья 45 (1) b и (2)) |

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|--------|-------------------|---|-----------------------------|----------------|--|---|---|---|----------------------|
| | | | Идея / воплощение | Оригинальность | Фиксация | | Иностранное произведения | Срок действия авторского права | |
| | | | | | | тому назад (статья 23 (3)) – произведения, созданные по поручению правительства более 50 лет тому назад (статья 25 (2)) | | | |
| КИТАЙ | – | – идеи (статья 3) – новости о текущих событиях (статья 5 (2)) – календари, цифровые таблицы и формы для общего использования и формулы (статья 5 (3)) | Неоригинальные произведения | – | Иностранное произведения, не охватываемые международными договорами (статья 2) | – произведения, автор которых умер более 50 лет тому назад – произведения, находящиеся в собственности юридических лиц, созданные в профессиональной сфере, кинематографические и фотографические произведения, опубликованные более 50 лет тому назад | Законы, предписания, резолюции, решения и постановления государственных органов; другие документы законодательного, административного или судебного характера; и их официальные переводы (статья 5 (1)) | Произведения, публикация или распространение которых было запрещено законом (статья 4) | Нет точных данных |
| КОРЕЯ | – | Идеи Новостные сообщения и простые факты | Неоригинальные произведения | НЕТ | Иностранное произведения, не охватываемые международными договорами (статья 3) | – произведения, авторы которых умерли более 50 лет тому назад (статья 39) – произведения, опубликованные анонимно или под псевдонимом, ставшие общедоступными более 50 лет тому назад (статья 40) – результаты труда служащего при исполнении своих обязанностей, ставшие общедоступными или полученные более 50 лет тому | Статья 7 – конституция, законы, договоры, предписания и правила – распоряжения, изданные государственным и или местными властями – распоряжения, ставшие общедоступными или полученные более 50 лет тому | – произведения, авторы которых умерли, не оставив наследников (статья 49 (1)) – произведения, принадлежащие юридическому лицу, которое впоследствии было ликвидировано (статья 49 (2)) | Нет точных данных |

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|------------|-------------------|--|--|----------|---|--|--|---|---------------------------------|
| | | | Оригинальность | Фиксация | Иностранные произведения | | Срок действия авторского права | Официальные тексты | |
| | | Идея / воплощение | | | | назад (статья 41) – кинематографические произведения, ставшие общедоступными или созданные более 50 лет тому назад (статья 42) | – судебные решения – переводы и сбор таких официальных актов, изданных государственным и или местными правительственными органами | | Отказ от авторского права |
| КОСТА-РИКА | – | Идеи, процессы, методы и математические концепции как таковые (статья 1) Новости дня (статья 67) | Неоригинальные произведения (статья 1) | – | Иностранные произведения, не охватываемые международными договорами (статья 3) | – произведения, авторы которых умерли более 70 лет тому назад (статьи 58 и 59) – словари, энциклопедии и коллективные труды, опубликованные более 70 лет тому назад (статья 60) – кинематографические произведения, ставшие общедоступными более 70 лет тому назад (статья 61) – произведения, опубликованные анонимно или под псевдонимом, опубликованные более 70 лет тому назад (статья 62) – государственные труды, опубликованные более 25 лет тому назад (статья 63) | Нет точных данных | Произведения, авторы которых умерли, не оставив наследников, и которые не унаследованы государством (статья 66) | Нет точных данных |

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|----------|--|---|---|---|---|---|--|-----------------------------------|----------------------|
| | | | Идея / воплощение | Оригинальность | Фиксация | | Иностранное произведения | Срок действия авторского права | |
| МАЛАЙЗИЯ | – | Идея, процедура, методы работы или математическая концепция как таковая (раздел 7 (2A)) | Неоригинальные произведения (раздел 7 (3)а) | Незафиксированные произведения (раздел 7 (3) b) | Иностранное произведения, не охватываемые международными договорами или специальными постановлением, принятым компетентным министерством (статья 59 A) | – произведения, авторы которых умерли более 50 лет тому назад (раздел 17 (1)) – произведения, опубликованные анонимно или под псевдонимом или ставшие общедоступными более 50 лет тому назад (раздел 17 (3)) – звуковые записи, изданные или закрепленные более 50 лет тому назад (раздел 19) – радиопередачи, осуществленные более 50 лет тому назад (раздел 20) – фильмы, изданные более 50 лет тому назад (раздел 22) – издания правительства и международных органов, опубликованные более 50 лет тому назад (раздел 23) | – | – | Нет точных данных |
| РУАНДА | – произведения, срок охраны которых истек – иностранные произведения (статья 6 (9)) | Статья 198: – идея, процедура, система, методы работы, концепции, принципы, получение простых данных, даже если они изображены, изложены, объяснены, | Неоригинальные произведения (статья 195) | – | Иностранное произведения, которые не охраняются международным документом, или если страна их происхождения не предоставляет эквивалентную охрану рундийским | – произведения, авторы которых умерли более 50 лет тому назад (статьи 217 и 218) – произведения, опубликованные анонимно или под псевдонимом, ставшие общедоступными более 50 лет тому назад (статья 219) – коллективные труды, | Официальные тексты законодательного, административного или судебного характера и любой их перевод (статья 198) | – | Нет точных данных |

| Страна | Определение ОД | Онтология ОД | Содержание ОД | | | Временное ОД | Политика в области ОД | | Добровольность ОД |
|----------------------|-------------------|---|---|--|--|--|--|---|---|
| | | | Оригинальность | Фиксация | Иностранные произведения | | Официальные тексты | Другие исключения | |
| | | Идея / воплощение | проиллюстриро- ваны или воплощены в произведении –опубликованные новости дня или новости, переданные для сведения общественности | | Иностранные произведения | Срок действия авторского права | Официальные тексты | Другие исключения | Отказ от авторского права |
| | | | | произведениям (статья 8) | | аудиовизуальные произведения и произведения, опубликованные или ставшие общедоступными после смерти автора, опубликованные, созданные или ставшие общедоступными более 50 лет тому назад (статья 220) – произведения прикладного искусства, созданные более 25 лет тому назад (статья 221) | | | |
| СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ | – | Идея, процедура, система, метод работы, концепция, принцип или открытие (§ 102 (b)) | Неоригинальные произведения (§102 (a)) | Незафиксиро- ванные произведения | Опубликованные иностранные произведения, которые не пользуются защитой со стороны международного документа или не охватываются президентским указом (§ 104) | – произведения США, созданные после 1 января 1978 года, автор которого умер более 70 лет тому назад – анонимные / созданные под псевдонимом произведения США, произведения, созданные на условиях найма, впервые опубликованные более 95 лет тому назад или созданные более 120 лет тому назад. – произведения США, созданные, но не опубликованные или зарегистрированные до 1 января 1978 года, автор которых умер более 70 лет тому назад (и не являющиеся общественным достоянием до 2048 года, если переизданы до 2003 года) – произведения в США, опубликованные до 1978 года с надлежащим уведомлением, и | Результат работы правительства Соединенных Штатов (§ 105) | Производные произведения, нарушающие права | Произведения, предназначен- ные для всеобщего достояния |

ПРИЛОЖЕНИЕ II

Посягательства на общественное достояние

| Страна | Бессрочное имущественное право | Платное общественное достояние | Восстановление авторского права | Право прайвеси | Смежные права | Технические меры (ТМ) |
|-----------|---|---|--|----------------|---|---|
| АВСТРАЛИЯ | НЕТ | НЕТ | НЕТ | – | Звуковые записи, кинематографические пленки, телевизионные и звуковые передачи, опубликованные собрания сочинений | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| АЛЖИР | ДА | ДА (ограничено эксплуатацией с целью получения прибыли) | НЕТ | – | Исполнители, производители фонограмм и кинопродюсеры, и вещательные организации | |
| БРАЗИЛИЯ | ДА | НЕТ | НЕТ | – | Исполнители, производители фонограмм, вещательные организации | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| ДАНИЯ | ДА (только тогда, когда культурным интересам наносится ущерб) | НЕТ | Защита в течение 25 лет в посмертных произведениях | – | Исполнители, производители фонограмм и кинопродюсеры, вещательные организации Фотографические снимки Права sui generis в базах данных | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |

| Страна | Бессрочное имущественное право | Платное общественное достояние | Восстановление авторского права | Право прайвеси | Смежные права | Технические меры (ТМ) |
|--------|---|--------------------------------|---|--|--|---|
| ИТАЛИЯ | ДА | Аннулировано в 1996 году | – защита в течение 25 лет в посмертных произведениях – защита в течение 25 лет в критических публикациях, являющихся общественным достоянием | Использование в качестве общественного достояния конфиденциальной или частной переписки с согласия семьи | Исполнители, производители фонограмм и кинопродюсеры, вещательные организации Права sui generis в базах данных Неоригинальные фотографические снимки | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| КЕНИЯ | ДА | ДА | НЕТ | – | Исполнения, звуковые записи, эфирное вещание | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| КИТАЙ | ДА (за исключением права на обновление) | НЕТ | НЕТ | – | Исполнители, производители фонограмм и кинопродюсеры, вещательные организации | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| КОРЕЯ | НЕТ | НЕТ | НЕТ | – | Исполнения, фонограммы и эфирное вещание | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |

| Страна | Бессрочное имущественное право | Платное общественное достояние | Восстановление авторского права | Право прайвеси | Смежные права | Технические меры (ТМ) |
|-------------------|--------------------------------|------------------------------------|---------------------------------|----------------|---|---|
| КОСТА-РИКА | ДА | НЕТ | НЕТ | – | Исполнители, производители фонограмм и кинопродюсеры, вещательные организации | |
| МАЛАЙЗИЯ | НЕТ | НЕТ | НЕТ | – | Исполнители, звуковые записи, фильмы, эфирное вещание | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| РУАНДА | ДА | ДА (для коммерческой эксплуатации) | НЕТ | – | Исполнители, производители фонограмм, вещательные организации | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ | НЕТ | НЕТ | НЕТ | – | Звуковые записи | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |

| Страна | Бессрочное имущественное право | Платное общественное достояние | Восстановление авторского права | Право прайвеси | Смежные права | Технические меры (ТМ) |
|---------|---|--|--|----------------|---|---|
| ФРАНЦИЯ | ДА (ограничено, если имеют место злоупотребления) | (только для произведений, страна происхождения которых не представляет адекватную охрану французским произведениям (никогда не применялось)) | Охрана в течение 25 лет в посмертных произведениях | – | Исполнители, производители фонограмм и кинопродюсеры, вещательные организации Права sui generis в базах данных | Только ТМ, применяемые к произведениям, охраняемым авторским правом |
| ЧИЛИ | ДА (имеются противоречия) | НЕТ | НЕТ | – | Исполнители, производители фонограмм, вещательные организации | НЕТ охраны ТМ |

ПРИЛОЖЕНИЕ III

Позитивная охрана общественного достояния

| Страна | Определение ОД | Специальная охрана | Платное ОД | Охрана со стороны прецедентного права |
|-----------|--|--------------------|----------------|---------------------------------------|
| АВСТРАЛИЯ | – | – | НЕТ | |
| АЛЖИР | Литературные и художественные произведения, срок охраны которых истек (статья 8) | – | ДА | |
| БРАЗИЛИЯ | – произведения, срок охраны которых истек – произведения умершего автора, не оставившего наследников – произведения неизвестного автора (фольклор) (статья 45) | – | НЕТ | |
| ДАНИЯ | – | | НЕТ | |
| ИТАЛИЯ | – | | НЕТ (отменено) | |
| КЕНИЯ | статья 45 (1): произведения, срок охраны которых истек иностранные произведения, которые не пользуются охраной в Кении | | ДА | |
| КИТАЙ | – | | НЕТ | |
| КОРЕЯ | – | | НЕТ | |

| Страна | Определение ОД | Специальная охрана | Платное ОД | Охрана со стороны прецедентного права |
|-------------------|--|---|------------|---|
| КОСТА-РИКА | | Свободное использование произведений ОД | НЕТ | |
| МАЛАЙЗИЯ | – | | НЕТ | |
| РУАНДА | Статья 6 (9): произведения, срок охраны которых истек; иностранные произведения, которые не пользуются охраной со стороны международного документа | Часть национального наследия и культуры (статья 202) | ДА | |
| СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ | | | НЕТ | Нет монополии согласно государственному праву |
| ФРАНЦИЯ | – | | НЕТ | Возникающее прецедентное право |
| ЧИЛИ | Статья 11 (общее культурное наследие): – произведения, срок охраны которых истек – произведения неизвестных авторов (включая фольклор) – произведения, авторы которых оказались от авторского права – иностранные произведения | – свободное использование любым пользователем – уголовные преследования для запрета ложной атрибуции или требований о возвращении исключительных прав на произведения ОД | НЕТ | |