

## Легализация свободных лицензий в Российской Федерации

Еще совсем недавно, большинство авторитетных специалистов по праву интеллектуальной собственности, были единодушны в том, что свободные лицензии несовместимы с действующим российским законодательством, причем настолько, что даже пытаться изменить ситуацию просто не стоит. Красной нитью в дискуссиях по поводу проблем, связанных с применением свободных лицензий, проходила идея о «маргинальности» тех, кто хочет пользоваться такими лицензиями, и о «малоценности» результатов интеллектуальной деятельности, которые по этим лицензиям распространяются. Отсюда следовал вывод, что совершенно нецелесообразно «ломать» проверенную временем систему регулирования ради сомнительных и, вероятнее всего, временных феноменов. Причиной такого пренебрежительного отношения является, вероятнее всего, профессиональный «инстинкт самосохранения», один из гарантов стабильности и предсказуемости права. Удивляет, скорее, иное, а именно подчеркнутое невнимание к новым видам лицензий и их широкому распространению со стороны ученых-юристов. Как представляется, существующие проблемы, не рассматривались как научные, поскольку не вписывались в действующую парадигму, которая, как и парадигмы в иных науках, включает в себя неукоснительно соблюдаемые членами научного сообщества конвенции, касающиеся системы понятий, дефиниций, используемых классификаций, методологических допущений, критериев постановки вопросов и выявления проблем.

Не случайно Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации, опубликованной в 2009 году, был предложен механизм, который позволяет решить проблему с добровольным ограничением авторских прав *без* использования свободных лицензий. В Концепции указывается на необходимость «разработать механизм выдачи правообладателем разрешений на свободное использование конкретных результатов интеллектуальной деятельности в указанных им пределах»<sup>1</sup>. Для целей нашего исследования принципиальное значение имеет следующее утверждение: «Это позволит *избежать необходимости заключать лицензионные договоры* (выделено автором. – Е.В.) при использовании таких результатов интеллектуальной деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях в случаях, когда правообладатель хочет разрешить обществу свободно использовать объект в очерченных им пределах»<sup>2</sup>. Таким образом, Концепция развития гражданского законодательства предусматривала не легализацию свободных лицензий и лицензий Creative Commons, а введение механизма, который позволит автору распоряжаться своим исключительным правом без использования договора. Можно предположить, что свободные лицензии рассматривались разработчиками Концепции как не совсем неудачный способ для решения очевидной практической проблемы, потребности в передаче неограниченному числу лиц (фактически, обществу) значительно большего объема прав, чем это позволяет сделать конструкция лицензионного договора.

Иными словами, признавая наличие проблемы, ученые-юристы не считали необходимым вносить *изменения* в существующую систему регулирования. Вместо этого было предложено *дополнить* действующее регулирование вполне независимым механизмом, который позволит на неопределенный срок отложить легализацию свободных лицензий в Российской Федерации. Однако, к сожалению, приходится признать, что среди ученых не нашла отклика именно *суть* практической проблемы, которая не сводится к тому, что у авторов, в силу существующих в авторском праве презумпций, отсутствует возможность предоставлять пользователям право свободно (т.е. с минимальными ограничениями) использовать свое произведение. В действительности проблема заключается в *необходимости обеспечить правовые условия для участия России*

<sup>1</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. Москва, Статут, 2009. С.144.

<sup>2</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. Москва, Статут, 2009. С.144.

*в глобальном информационном обмене в сфере использования и производства/разработки программ для ЭВМ и произведений науки, литературы и искусства.*

Отношение юридического сообщества к свободным лицензиям стало меняться только в 2011, но о возможных причинах такого изменения мы скажем чуть позже. Вначале опишем кратко, каково было отношение к свободным лицензиям в России в 2009-2010 годах.

Лицензии Creative Commons уже в тот период нашли поддержку у сторонников расширения сферы общественного достояния, главным образом среди отдельных авторов, небольших авторских коллективов, некоммерческих научных и образовательных учреждений. Поддерживали и поддерживают лицензии организаторы электронных библиотек, а также традиционные библиотеки и архивы, которые, согласуясь с требованием времени, стремятся перевести свои фонды в цифровой формат. И, напротив, сторонники жесткой защиты авторских прав, прежде всего, творческие союзы и медиа компании, рассматривают предоставление дополнительных прав пользователям как серьезную угрозу своему положению<sup>3</sup>. С лицензированием свободного программного обеспечения ситуация была несколько иной. Здесь не было жесткого противостояния, скорее, проблемы замалчивались, оставались неуслышанными.

В подтверждение нашего тезиса сошлемся на высказывание В.О. Калятина на круглом столе «Измерения в экономике авторского права», который состоялся в ЦЭМИ РАН 16 марта 2010 года. Отвечая на вопрос по поводу легализации лицензий Creative Commons, В.О. Калятин однозначно указал на нереализуемость данной модели в рамках российского законодательства, так как для ее реализации «нужно переделать всё гражданское законодательство, включая первую и вторую часть Гражданского кодекса, а не только 4 часть»<sup>4</sup>. Руководитель юридической фирмы «Интернет и Право» А.Г. Серго, также придерживался мнения о том, что система лицензирования Creative Commons «не вписывается в существующую модель авторского права в нашей стране»<sup>5</sup>. Следует упомянуть также о подходе к безвозмездности свободных лицензий. В ответ на письмо депутата Государственной Думы РФ В.М. Кущёва, рассматривавшего возможность предоставлять право на использование результата интеллектуальной деятельности на безвозмездной основе, А.Л. Маковский отметил, что, хотя безвозмездный характер лицензионного договора законодательством допускается (п. 5 ст. 1235 ГК РФ), к лицензионному договору применимы по аналогии правила о договоре дарения, а, следовательно, и правило о запрете дарения в отношениях между коммерческими организациями (п. 4 ст. 575 ГК РФ). Из этого следует, что «коммерческим организациям целесообразно воздерживаться от заключения между собой безвозмездных лицензионных договоров»<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Иллюстрацией неоднозначного отношения к лицензиям Creative Commons может служить нашумевшая история с двумя письмами: «Открытым письмом в Государственную Думу» и ответной реакцией на него - письмом Президенту Российской Федерации Д.А. Медведеву. «Открытое письмо в Государственную Думу», опубликованное в Интернете 30 декабря 2009 года, содержит конкретные предложения по внедрению прогрессивных режимов охраны авторских прав (включая введение в правовой оборот свободных лицензий) и возвращению в культурный оборот произведений, созданных в советский период. Авторы письма Президенту Российской Федерации Д.А. Медведева от 3 марта 2010 года предупреждают о «разрушительных последствиях», которые будет иметь для науки, культуры и других социально-значимых областей реализация предложений, содержащихся в открытом письме в Государственную Думу.

<sup>4</sup> Со стенограммой круглого стола можно ознакомиться по электронному адресу: <http://www.labrate.ru/20100316/stenogramma.htm> (Дата обращения: 10.12.2012).

<sup>5</sup> См.: <http://www.internet-law.ru/forum/index.php?board=1;action=display;threadid=3012;start=0> (Дата обращения: 10.12.2012).

<sup>6</sup> См.: письмо депутата Государственной Думы РФ, председателя подкомитета по экономике и инновациям в сфере профессионального искусства и интеллектуальной деятельности Комитета Государственной Думы РФ по культуре В.М. Кущёва от 5 ноября 2008 г. № КВМ-194, а также ответ Исследовательского центра частного права от 24 ноября 2008 г. № 112-ц, подписанный первым заместителем председателя Совета Исследовательского центра частного права А.Л. Маковским. Указанные документы были предоставлены

Скажем прямо, авторитетных юристов, которые бы считали возможной адаптацию в России свободных лицензий, было очевидное меньшинство. Одним из немногих юристов старшего поколения, кто положительно оценивал Creative Commons, был М.А. Федотов: «Эти лицензии имеют кооперативную природу и допускают общественное сотрудничество, но с использованием добровольных и либеральных методов. Они стимулируют творчество, инновации и предлагает индивидуальную правовую защиту в глобальной сети информационной экономики. Как бы ни относиться к этой системе, но необходимость ее внимательного изучения, думается, очевидна»<sup>7</sup>. Мы не случайно не приводим ссылок на научные публикации по теме. О свободных лицензиях написано немало, однако серьезный научный анализ правовых вопросов, тем более в отношении применимости лицензий в России, долгое время фактически не проводился. Фактически первое одновременно научное и практическое исследование свободных лицензий в сфере компьютерных программ было предпринято А.И. Савельевым, чья книга «Лицензирование программного обеспечения в России» была опубликована в 2012 году, т.е. тогда, когда восприятие свободных лицензий уже кардинальным образом изменилось<sup>8</sup>.

Толчком к переменам послужило размещение в декабре 2010 года на Портале российского частного права для обсуждения проекта поправок в часть 4 Гражданского кодекса Российской Федерации, разработанный Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. самом конце на сайте (рабочей группой по законодательству об интеллектуальных правах). Повышенный интерес и внимание вызвал новый пункт 6 статьи 1233, которым вводился механизм одностороннего публичного заявления о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности на определенных им условиях и в течение указанного им срока.

Учитывая явную обеспокоенность, которую выражали как правообладатели, так и сторонники свободных лицензий, в мае 2011 года Российская школа частного права при поддержке Торгово-промышленной палаты Российской Федерации организовала круглый стол по теме: «Свободные лицензии» или самоограничение права?». Как можно судить по названию круглого стола, основным предметом дискуссии стал вопрос об эффективности и достаточности того механизма, который вводится п.6 ст.1233. В соответствии с новым пунктом 6 ст.1233, правообладатель наделялся правом «сделать публично, то есть путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности на определенных им условиях и в течение указанного им срока». В.О. Калятин как представитель Российской школы частного права и разработчик поправок к части 4 Гражданского кодекса отстаивал очевидные, с его точки зрения, преимущества модели добровольного самоограничения автором своих прав, реализуемое в форме заявления (гибкость, простота, отсутствие необходимости перестраивать существующее законодательство и др.). Напротив, свободные лицензии, с точки зрения разработчика, не соответствуют сложившейся в России правовой системе и требуют внесения слишком серьезных изменений в законодательство. Оппонентом В.О. Калятина выступил А.И. Савельев, кандидат юридических наук, юрисконсульт компании IBM. Исходя из социального и экономического значения свободных лицензий в сфере программного обеспечения А.И. Савельев пытался доказать, что противоречия с действующим законодательством не являются «фатальными» для свободных лицензий.

---

автору для ознакомления из личного архива депутата В.М. Кущёва, хранящегося в Государственной Думе ФС РФ.

<sup>7</sup> Федотов М.А. Авторско-правовые аспекты сохранения и развития русскоязычного информационного пространства. // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 2. С.56.

<sup>8</sup> 225. Савельев А. И Лицензирование программного обеспечения в России. Законодательство и практика. М., 2012. С.335-413.

Несмотря на то, что каждая сторона приводила достаточно убедительные аргументы прийти к общему мнению оппонентам так и не удалось. В контексте нашего исследования можно сказать, что *найти общий язык участникам спора мешало не качество или количество приведенных аргументов, а расхождение принципиального характера - принадлежность к различным правовым парадигмам*. Мы не хотим сказать, что концептуальное расхождение непреодолимо в принципе, мы лишь констатируем его как данность. Кроме того, «верности» парадигме, которая постепенно теряет свои позиции, учит профессиональная этика: юрист, которого профессиональное сообщество наделило компетенцией разрабатывать изменения в законодательство, знает о своей ответственности и не торопится изменять свои взгляды. Следование «интеллектуальной моде» никогда не считалось достоинством образцового юриста, а отличить добросовестное заблуждение от необходимости идти навстречу настоятельным запросом новой социальной реальности, в том числе и ценою отказа от старых ценностей, очень и очень непросто.

Мы уже говорили о том, что проблема со свободными лицензиями уже вышла за пределы чисто *практической* потребности авторов более гибко распоряжаться своим исключительным правом, которую можно решать с использованием различных правовых механизмов. Помимо практической, это также и *правовая* проблема, так как речь идет о законности использования в России определенного правового механизма – свободных лицензий, который получил распространение в большинстве стран мира. О наличии корреляции между практической и правовой сторонами проблемы свидетельствуют результаты опроса, проведенного после завершения круглого стола ««Свободные лицензии» или самоограничение права?». Оптимальной моделью самоограничения права посчитали только чуть более 20% опрошенных, тогда как в пользу договорной модели высказалось более 55% участников опроса. Тезис о том, что, хотя свободные лицензии в принципе полезны, но регулирования не требуют, поддержало менее 20%, а тезис о запрещении или максимальном ограничении свободных лицензий – менее 10% опрошенных<sup>9</sup>.

Общим между заявлением и свободными лицензиями является только целевая установка – предоставить пользователю дополнительные права. С точки зрения способа реализации, т.е. как раз правового механизма, заявление правообладателя не имеет к свободным лицензиям никакого отношения. Заявление автора или правообладателя – это отказ от права или односторонняя сделка. Свободная лицензия – это лицензионный договор присоединения. Именно так понимают свободные лицензии европейские суды, в которых такие лицензии получают правовую защиту.

Таким образом, пункт 6 статьи 1233 вводит специальный правовой инструмент, действие которого заведомо ограничивается территорией России. Такая инициатива заслуживает одобрения: отечественные правообладатели получают в свое распоряжение действительно удобный и прозрачный инструмент, которого они до этого не имели. Однако, необходимо также указать на проблемы, которые предлагаемая модель одностороннего заявления *не решает*. Во-первых, предоставление пользователю дополнительных прав не обязательно сочетается с бесплатностью. Согласно известному афоризму Столлмана, свободные лицензии сопоставимы со «свободой слова» (free speech), а не с «бесплатным пивом» (free beer). Предлагаемая российская модель однозначно указывает на безвозмездное использование, что необоснованно ограничивает автора или правообладателя. Во-вторых, предложенная модель несовместима с зарубежными свободными лицензиями.

Сегодня свободные лицензии широко применяются в различных странах. Свободные программы для ЭВМ, созданные в одной стране, в других странах используются в целях

---

<sup>9</sup> В опросе приняли участие 32 человека. С результатами опроса можно ознакомиться по электронному адресу: [www.schoolprivlaw.ru/files/rezultaty\\_oprosa.doc](http://www.schoolprivlaw.ru/files/rezultaty_oprosa.doc) (Дата обращения: 10.12.2012).

создания производных программ. Например, при создании операционной системы с использованием ядра Linux, новая программа может распространяться только на условиях лицензии GPL, а использование стандартного лицензионного договора будет очевидным нарушением лицензионных условий или исключительного права, в зависимости от способа защиты, который изберет правообладатель. Следует упомянуть также о распространенной практике включения в новую компьютерную программу в качестве неосновного элемента другой программы. Когда эта другая программа распространяется по свободной лицензии (например, лицензии GNU GPL), разработчики новой программы не могут этого не учитывать, так как обязаны распространять заимствованный элемент по той же лицензии, по которой они его получили. Еще раз подчеркнем, что от положительного решения вопроса о легализации свободных лицензий зависит не только возможность пассивного использования объектов авторского права, но и законность их использования для создания новых продуктов.

В Европе с 2007 года действует свободная лицензия под названием Публичная лицензия Европейского союза (European Union Public Licence). При разработке лицензии были поставлены две цели: соответствие авторскому праву 27 стран-членов ЕС и совместимость с наиболее распространенными видами свободных лицензий. Вторая цель обусловлена необходимостью легализовать использование в программах, разработанных для нужд европейских государственных органов, программного кода, защищенного другими свободными лицензиями, такими как Генеральная публичная лицензия (General Public License или GPL), Лицензия на открытое программное обеспечение (Open Software License) и др.

В Российской Федерации ситуация во многом сходная. Свободные компьютерные программы занимают хотя и незначительное, но прочное место на рынке программного обеспечения. Помимо малого бизнеса, свободное программное обеспечение внедряется в школах и планируется его внедрение в государственных органах. В то время как правовой статус свободных лицензий остается неопределенным, программы для ЭВМ, которые распространяются по этим лицензиям, уже упоминаются в нормативных актах. Приведем в пример Распоряжение Правительства от 20.10.2010 г. № 1815-р «О государственной программе Российской Федерации «Информационное общество (2011 - 2020 годы)». Одним из пяти приоритетов подпрограммы «Российский рынок информационных и телекоммуникационных технологий» является развитие информационных технологий на базе свободного программного обеспечения для использования в научно-исследовательской и образовательной деятельности. Приоритетом в рамках подпрограммы «Безопасность в информационном обществе» является развитие отечественной сборки операционной системы на свободном программном обеспечении. В рамках проекта «Электронный регион» будут разработаны типовые программные решения на основе свободного программного обеспечения. Другим примером может служить Распоряжение Правительства РФ от 17.12.2010 г. № 2299-р, которым был утвержден «План перехода федеральных органов исполнительной власти (ФОИВ) и федеральных бюджетных учреждений на использование свободного программного обеспечения на 2011–2015 годы».

Разработка свободных программ с нуля – крайне редкий случай. Свободные лицензии в сфере компьютерных программ были разработаны специально для того, чтобы программный код оставался открытым и мог быть использован любым разработчиком в любой стране мира. Отечественные программисты активно используют свободные программы зарубежных авторов. В большинстве случаев условием использования зарубежного свободного программного обеспечения является распространение его модификаций на тех же условиях, т.е. на условиях свободных лицензий (так называемое условие “copyleft”).

*Таким образом, правовой механизм, который вводится пунктом 6 статьи 1233, является вполне работоспособным и полезным, но не дает ответа на актуальный вопрос*

*о правовом статусе зарубежных свободных лицензий.*

Вопреки всему сказанному, изначально в часть 4 Гражданского кодекса Российской Федерации не планировалось вносить поправок, которые бы позволили легализовать свободные лицензии. И до определенного момента можно было с уверенностью предположить, что свободные лицензии в России ожидает довольно печальная судьба. Так, Р.А. Будник в своей статье «Позитивное право авторов как средство развития информационного капитала», опубликованной в мае 2011 года, с уверенностью сделал следующий вывод: «Принимая во внимание глубину расхождения отечественных кодификаторов с зарубежной практикой, надеяться на успех полноценной имплементации норм Creative Commons в обозримой перспективе не приходится. В этой связи нужно приветствовать появление в законе положения, по сути сходного с лицензиями Creative Commons, поскольку, пусть и в усеченном виде, оно открывает дорогу инновационным способам монетизации результатов интеллектуальной деятельности, основанным на максимизации их популярности»<sup>10</sup>.

Однако вмешалась политика. В апреле 2011 года прошла встреча Президента Российской Федерации с представителями интернет-сообщества. Именно по итогам данной встречи был утвержден перечень поручений Президента от 31 мая 2011 № Пр-1547. В соответствии с пунктом 1 данного перечня Министру связи и массовых коммуникаций И.О. Щеголеву и Советнику Президента В.Ф. Яковлеву было поручено в срок до 1 августа 2011 года подготовить предложения о внесении изменений в гражданское законодательство Российской Федерации, направленных на закрепление для авторов произведений возможности предоставлять свои произведения на условиях свободных лицензий неограниченному кругу лиц (аналогичных Creative Commons, GNU FDL). Поручение было исполнено, и по результатам деятельности рабочей группы при Исследовательском центре частного права при Президенте Российской Федерации, которая осуществлялась в постоянном контакте с представителями Минкомсвязи России Президенту были направлены концептуальные предложения по внесению изменений в действующее законодательство. Отметим, что предложения были разработаны ведущими специалистами, которым удалось реализовать крайне сложную задачу – не только четко обозначить правовые проблемы, но и найти их оптимальное решение, не нарушающее единую систему норм Гражданского кодекса.

Успешный результат проведенной работы обусловлен не только высоким профессионализмом в сочетании с принятым на себя обязательством (выполнить поручение Президента). И, конечно, речь не идет о смене установки и общего подхода к проблеме, которая, как указали выше, рассматривалась, скорее, как сугубо практическая, а не как теоретическая или научная проблема. Дополнительной причиной, которая повлияла на результат работы, как нам представляется, является понимание неизбежности серьезных изменений в праве интеллектуальной собственности. Поэтому в процессе работы над поправками члены рабочей группы были не только блюстителями старых устоев и традиций, но также и теми, от интеллектуального и творческого потенциала которых зависит, каким именно способом и с какими потерями будет совершаться переход от старого к новому.

Работа над текстом поправок была продолжена в рамках Рабочей группы по вопросу адаптации международных свободных лицензий к национальному законодательству и их применения на территории Российской Федерации (Приказ Минкомсвязи России №10 от 13 января 2012 г.). В конечном итоге, разработанные поправки включили в себя весь комплекс существенных условий, которые в том или ином сочетании можно найти практически в любой разновидности свободных лицензий. В специальную статью, которая получила название «Открытая лицензия на использование произведений науки,

---

<sup>10</sup> Будник Р.А. Позитивное право авторов как средство развития информационного капитала. // Информационное общество. 2011. № 5. С.40

литературы или искусства и объектов смежных прав в сети Интернет», были включены следующие характерные особенности свободных лицензий:

- квалификация открытой лицензии как лицензионного договора, заключаемого в упрощенном порядке, и как договора присоединения;
- неисключительный характер открытой лицензии;
- возможность предоставления права на создание нового результата интеллектуальной деятельности (права на переработку);
- заключение договора при распространении нового результата интеллектуальной деятельности на тех же условиях, на которых заключается договор на использование первоначального произведения («вирусное» условие), если открытой лицензией не предусмотрено иное;
- безвозмездный характер, если открытой лицензией не предусмотрено иное;
- использование на территории всего мира, если договором не предусмотрено иное.

Особым образом решен в поправках вопрос о сроке действия открытой лицензии. В случае, когда срок не определен договором, то в отношении программ для ЭВМ и баз данных договор считается заключенным на весь срок действия исключительного права, а в отношении других видов произведений договор считается заключенным на пять лет. Данная норма в целом воспроизводит правило п.4 ст.1235, согласно которому, когда в лицензионном договоре срок его действия не определен и Кодексом не предусмотрено иное, договор считается заключенным на пять лет.

Итоговый текст поправок был направлен Президенту, но был включен в проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» уже после внесения законопроекта в процессе его подготовки ко второму чтению. Обсуждение поправок, легализующих свободные лицензии, проходило, мягко говоря, непросто. Существовал риск полного исключения поправок, их существенной переработки, имеющей целью снизить их эффективность и т.д. Однако результат оказался более чем положительным. Ко второму чтению в числе поправок, принятых ответственным Комитетом, оказалась и специальная статья (статья 1286<sup>1</sup>. Открытая лицензия на использование произведений науки, литературы или искусства) и иные дополняющие ее поправки (п.3 ст.1266 и пп.4 ст.1315), легализующие в рамках открытых лицензий предоставление права вносить в произведение изменения, что, по общему правилу, противоречит авторскому праву автора на неприкосновенность произведения.

Основной недостаток предложенных поправок заключается в том, что авторам так и не удалось выработать полноценное легальное определение свободных лицензий. Указание на то, что открытой лицензией является лицензионный договор, по которому автором или иным правообладателем (лицензиаром) предоставляется лицензиату простая (неисключительная) лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства, который может быть заключен в упрощенном порядке, имеет только форму дефиниции, но по сути таковой не является. Неисключительный характер лицензии и заключение договора путем присоединения не могут служить достаточными квалифицирующими признаками свободных лицензий. Вводя такую «дефиницию» авторы решали, скорее, сугубо технический вопрос (обеспечение стилистического единства кодекса), а не содержательный вопрос. А.И. Савельев по этому поводу высказывается следующим образом: «В отсутствие четкой дефиниции открытой лицензии ее правовой режим будет неизбежно страдать существенной неопределенностью. Как можно предпринимать усилия по «легализации» в рамках российской правовой системы определенного явления в отсутствие четкого представления о том, что это явление

представляет собой?»<sup>11</sup>. Позволим себе не согласиться с таким резким выпадом. Не случайно сам автор также не приводит «универсального» определения свободных лицензий. Статья 1286<sup>1</sup> не встраивает в кодекс новый вид договора, а только легализует его отдельные возможные условия. Диспозитивность большинства норм ст. 1286<sup>1</sup> обусловлена стремлением легализовать свободные лицензии как таковые, независимо от их совместимости друг с другом. В этом смысле замечание А.И. Савельева о том, что лицензия приобретает свой статус «свободной» по результатам ее признания в качестве таковой сообществом программистов, не является аргументом, снижающим ценность ст. 1286<sup>1</sup>.

Хотелось бы обратить внимание на другое. Описание неотъемлемых характеристик свободных лицензий действительно представляется крайне сложным. Можно было бы сказать, что по таким лицензиям всегда передается комплекс правомочий по использованию произведения, включающий в себя право воспроизведения, распространения, сообщения в эфир или по кабелю, доведения до всеобщего сведения и публичного исполнения. Однако и здесь возникают свои проблемы. Различные свободные лицензии передают указанные правомочия на различных условиях. В одних случаях, к примеру, распространять или доводить произведение до всеобщего сведения можно только в некоммерческих целях, в иных случаях разрешается взимать любую плату. Точно также и вирусное условие имеется в одних лицензиях и отсутствует в других. Но главное, все, что делает такие лицензии «свободными», в действующей системе относится к исключениям из авторских прав. В свою очередь исключения представляют собой не самостоятельное право пользователя, а лишь ограниченное правомочие, которое возникает в силу закона. Поскольку исключительное право является имущественным, связанные с ним имущественные отношения не могут *основываться* на безвозмездности и свободе. Можно предположить, что зарубежные законодатели даже не поднимают вопроса о законодательном закреплении свободных лицензий как особого вида договора, прежде всего, по этой причине, а не только потому, что судебная практика оказывается вполне достаточной.

Важное значение здесь имеет количественный фактор. Чем больше правомочий, входящих в исключительное право передает автор, тем очевиднее становится *иная целевая установка*, которая как раз и отличает свободные лицензии от стандартных. Автор выступает *не как благотворитель, который отказывается от своих прав и прибыли в пользу общества, а как равный участник глобального информационного обмена, который не только вносит свой вклад, но и получает свои, не всегда материальные, дивиденды*. Действующая система в целом оказывается невосприимчивой к так называемым «заместителям» вознаграждения (например, репутации или дополнительным услугам, который сопровождают бесплатно полученный объект авторского права). Косвенные формы вознаграждения могут рассматриваться как возможное исключение, но ни в коем случае не как правило, т.е. не как стандартный вариант взаимодействия между автором и пользователем. Таким образом, на свободные лицензии представляют собой яркий пример того, как мирное сосуществование двух парадигм может быть достигнуто *техническим способом*, посредством заимствования для собственных целей определенного правового механизма (лицензионного договора).

Другим недостатком ст.1286<sup>1</sup>, который нам бы хотелось отметить, является не вполне корректное изложение условия открытой лицензии о распространении произведения на тех же условиях. Приведем текст поправки, касающийся данного вопроса, полностью: *«Лицензиар может предоставить лицензиату право на использование принадлежащего ему произведения для создания нового результата интеллектуальной деятельности. В этом случае, если иное не предусмотрено открытой*

---

<sup>11</sup> Савельев А. И Лицензирование программного обеспечения в России. Законодательство и практика. М., 2012. С.410.



лицензией, считается, что лицензиар сделал предложение заключить договор (пункт 2 статьи 437) об использовании принадлежащего ему произведения любым лицом, желающим использовать новый результат интеллектуальной деятельности, созданный лицензиатом на основе этого произведения, в пределах и на условиях, предусмотренных данной открытой лицензией. Акцепт такого предложения считается также акцептом предложения лицензиара заключить лицензионный договор в отношении этого произведения».

Неточность заключается в смешении условия о распространении<sup>12</sup> первоначального произведения по той же лицензии, по которой лицензиат сам использует данное произведение, с условием о распространении производного произведения. Договор с новыми лицензиатами считается заключенный непосредственно автором первоначального произведения только в первом случае. Поскольку автор первоначального произведения не может считаться также и автором производного произведения, он также не может выступать и стороной договора на его использование. В последнем случае договор заключается автором производного произведения на условиях открытой лицензии, по которой первоначальное произведение использовалось для создания нового произведения, или на условиях сходной (совместимой) открытой лицензии, с обязательным указанием автора первоначального произведения. С другой стороны, в целях «очищения» прав для последующей переработки произведения, используется своеобразная правовая фикция, когда, желая использовать производное произведение, пользователь дает согласие на заключение не одного, а одновременно двух идентичных по своим условиям лицензионных договоров – одного с автором производного произведения, другого с автором первоначального произведения<sup>13</sup>.

Мы в целом поддерживаем те сомнения, которые высказывает А.И. Савельев<sup>14</sup> относительно нормы, определяющей условия заключения договора присоединения: «В открытой лицензии может содержаться указание на те действия, совершение которых будет считаться акцептом её условий (статья 438). В этом случае письменная форма договора считается соблюденной». Действительно, приведенная норма ставит соблюдение письменной формы договора в прямую зависимость от наличия в самом договоре указания на то, какие именно действия считаются его акцептом. На практике, не все открытые лицензии содержат такие указания. Пример А.И. Савельева с MIT и BSD можно дополнить такими лицензиями как Apache License 2.0 и Artistic License 2.0. И хотя большинство свободных лицензий содержат отсылки к тем или иным конклюдентным действиям, введение столь жесткого требования вряд ли следует признать необходимым. При наличии требований общей части Гражданского кодекса, касающихся оферты и акцепта, принятие решение в конкретной ситуации о наличии между сторонами заключенного договора было бы разумно оставить на усмотрение суда.

Ко 2 чтению проекта федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» расширилась сфера применения открытых лицензий – в отличие от первоначальной версии ст.1286<sup>1</sup>, использование открытых лицензий уже не ограничивалось пространством Интернета. На практике это означает, что по открытой лицензии (например, лицензии Creative Commons)

---

<sup>12</sup> Термин «распространение» мы используем условно для обозначения комплекса правомочий автора, включающего в себя распространение путем продажи или иного отчуждения оригинала или экземпляров произведения, публичный показ, исполнение, сообщение в эфир и по кабелю, доведение до всеобщего сведения (ст.1270 ГК РФ).

<sup>13</sup> Примером может служить версия 1.1. Европейской публичной лицензии (абз.3 п.6) или стандартная версия 3.0. Creative Commons Attribution-ShareAlike (пп.2п.8).

<sup>14</sup> Савельев А. И Лицензирование программного обеспечения в России. Законодательство и практика. М., 2012. С.409.

можно опубликовать в издательстве книгу или выпустить DVD диск с музыкальными записями.

Отметим также поправки, напрямую не связанные со свободными лицензиями, однако, без принятия которых такие лицензии считались бы недействительными. Речь идет о поправках, касающихся электронной формы договора (п.2 ст.434, пп.2 п.5 ст.1286).

Подчеркнем, что в случае принятия поправок, легализующих свободные лицензии, Россия станет первой страной, которая на уровне закона признала действительность свободных лицензий и закрепила за ними определенный правовой статус. Легализация свободных лицензий в других странах осуществляется посредством формирования положительной судебной практики. Как указывает в своей книге «Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве» А.Г. Карапетов: «В демократическом обществе законодательный процесс крайне дорог, сложен и длителен. Процесс согласования законопроектов иногда растягивается на годы, а объемы законодательной работы растут не переставая. В этих условиях регулярно и оперативно править миллионы законодательных норм просто невыносимо. То, что во Франции делал Кассационный, в Германии - Верховный, а в нынешней России - Высший Арбитражный Суд с национальным гражданским правом, в принципе не в состоянии столь же оперативно делать законодательная двухпалатная машина. Говоря экономическими терминами, все дело в трансакционных издержках, которые при делегировании ограниченных полномочий по уточнению и развитию гражданского права на основе законодательного фундамента судам намного ниже»<sup>15</sup>. Это правда, что свободные лицензии как правовой феномен поставили перед юридическим сообществом различных стран множество вопросов. Однако, с момента появления первых свободных лицензий прошло уже более 20 лет, и сегодня в судебной практике и в целом в юридическом сообществе экономически развитых стран уже утвердилась общая позиция относительно признания действительности существенных условий таких лицензий. Поправки в часть 4 Гражданского кодекса Российской Федерации учитывают опыт толкования и правоприменения, который к настоящему времени накоплен в европейских странах и США. Необходимость принятия специальных поправок вызвана, прежде всего, наличием явных противоречий с действующим законодательством. Что касается судебного нормотворчества, то в России оно носит несистемный, спорадический характер, и, как показывает практика Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в вопросах регулирования информационных технологий судебные акты далеко не всегда оказываются достаточно компетентными<sup>16</sup>. И, наконец, не стоит недооценивать роль политического решения, которое нашло свое выражение в конкретном поручении Президента России.

В заключении хотелось бы обратить внимание на исключительную роль А.Л. Маковского в процессе обсуждения и принятия поправок по свободным лицензиям. Удивительная способность А.Л. Маковского схватывать суть вопроса в перспективе будущего и профессиональная смелость в значительной мере определили судьбу свободных лицензий в России, а также многих других позитивных изменений в регулировании интеллектуальной собственности.

На момент окончания работы над данной книгой проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» еще находился на рассмотрении Государственной Думы.

---

<sup>15</sup> Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. – М.: Статут, 2011. С.199-200.

<sup>16</sup> См. анализ практики Высшего Арбитражного Суда в параграфе «Ответственность информационных посредников: от судебной практики к новой статье Гражданского кодекса» настоящей книги.