

Авторское право на современном этапе и конституционная гарантия права собственности

Функционально-эмпирический анализ с особым учетом практики
Федерального конституционного суда Германии

Андрей Румянцев

Изменение технических средств, используемых для фиксирования содержания и распространения интеллектуально-информационных продуктов, приводит к тому, что специализирующиеся на этом отрасли, такие как книгоиздательство, периодическая печать, звукозаписывающая индустрия и прочие, претерпевают серьезные изменения. То, как они будут выглядеть в будущем и даже сам факт их существования во многом зависят от правового регулирования соответствующих областей. Так как некоторые из предлагаемых правовых новаций серьезно ограничивают личную свободу граждан, встает вопрос об их соответствии конституционным правам. Это делает неизбежным интенсификацию влияния конституционного права на авторско-правовое регулирование.

→ *Собственность; право собственности; Конституционная гарантия права собственности; авторское право; продукты интеллектуальной деятельности*

I. Многозначное понятие собственности

1. Собственность – категория научная или идеологическая?

Понятие собственности относится к числу несущих сильную эмоциональную окраску. В отличие от многих других подобных понятий, таких, например, как свобода, демократия или диктатура, отношение к собственности не носит гомогенного характера. До сих пор обе классические идеологемы, характеризующие право собственности, имеют своих открытых сторонников: если для одних «собственность есть право неприкосновенное и священное»¹, то для других «собственность – это кража»². Уточним, что спорным остается вопрос о собственности на средства производства, в то время как личная собственность вызывает гораздо меньше вопросов.

Право и правовая наука носят в конечном итоге прагматический характер и существуют ради правовых последствий, которые, в свою очередь, наступают не в вакууме, а влияют на характер последствий социальных, в том чис-

ле на жизненные ситуации вполне конкретных людей и их групп. По этой причине в данной работе применяется так называемый функциональный подход. В соответствии с ним должен быть изучен вопрос о том, какие социальные функции исполняет тот или иной правовой институт на практике, а также может и/или должен исполнять. Понятие функции определяется через социальные последствия ее реализации, обнаруженные, прогнозируемые или желаемые. Установление и оценка социальных последствий может происходить как на основании объективных, так и субъективных критериев. К первым относятся формализуемые параметры, например выражаемые числовыми данными, ко вторым – вводимые исходя из определенных, часто не обосновываемых далее, философско-идеологических соображений. Избегать последнего совсем нельзя (и не нужно), но важно строго разделять критерии обоих типов.

Любопытно, что в немецкоязычном научном мире функциональный подход в праве, а также вообще интерес к социальным реалиям десятилетиями являлись прерогативой ле-

вых, марксистско-ориентированных ученых-юристов. Так, одной из наиболее значимых работ в этой области была книга «Правовые институты частного права и их социальная функция: вклад в критику буржуазного права» австрийского политика и юриста, одного из видных представителей австромарксизма Карла Реннера³. Хотя этот труд, вышедший в первой версии в 1904 году, и базируется на примерах, имеющих ныне скорее историческое значение, содержащиеся в нем методологические подходы до сих пор можно рекомендовать к изучению.

Конечно же, сочетание левых взглядов и интереса к социальным реалиям не является обязательным. Одним из первых мыслителей, придерживающихся прагматического видения института собственности, был Фома Аквинский⁴. Эпоха Просвещения и Французской революции, напротив, внесла свой вклад в *дерационализацию* дискурса. Последствия этого преодолеваются с трудом в ходе появления ряда научных концепций, пытающихся выйти за границы догм (нео)либерализма. Речь идет, например, о так называемой «поведенческой (психологической) теории экономики» (*behavioral economics*) или «экономическом анализе права» (*economic analysis of law*). Последнее направление, зародившееся в США в начале 1960-х годов, методологически сравнимо с упомянутой работой Реннера, но в отличие от последнего не ставит целью переустройство общества на принципах марксизма.

2. Широкое усмотрение законодателя при функциональном подходе и его границы

Объективно функциональный подход способствует более гибкому и разнообразному законодательному регулированию, в отличие, например, от последовательно проведенного естественно-правового обоснования норм. Законодатель не просто может позволить себе большую свободу в выборе регулятивных мер, но эти меры имеют лучшие шансы на прохождение проверки в органе конституционного правосудия.

Более осмысленным становится и предсказание решений органа конституционного контроля сторонним наблюдателем. Напротив, если такие решения заключаются в про-

верке нормативных актов на соответствие принципу «собственность священна», то предсказание и понимание такой судебной практики оказывается доступным лишь «посвященным».

Существует, однако, опасность абсолютизации функционального подхода, а также рациональных методов вообще. Как известно, результаты познания не носят абсолютного, окончательного характера и со временем могут или даже должны быть подвергнуты ревизии. Это неотъемлемое свойство познания усиливается тем, что на него оказывают влияние интересы различных социальных групп.

В этой связи интересно разграничение элементов института собственности, находящихся под защитой соответствующей конституционной гарантии, на функциональные и так называемые «традиционные»⁵. Под последними понимается набор исторически известных элементов, присущих институту права собственности в течение длительного периода времени. Прагматический смысл признания традиционных элементов заключается в том, что, даже если в какой-то момент выяснится, что институт собственности перестал выполнять возложенные на него функции, это еще не будет являться безусловным основанием для его отмены или кардинального переустройства. В таком случае могут быть изменены лишь функциональные элементы. Иными словами, речь идет о некоем «здоровом консерватизме» или отказе от чрезмерной спешки в реформировании, даже если в какой-то момент существуют рациональные доводы в пользу последнего, ведь завтра эти доводы могут быть опровергнуты. Однако недоступность «традиционной» компоненты не носит абсолютного характера, по причине чего она может быть подвергнута изменениям, в отношении которых в обществе сложился устойчивый консенсус. Признаком такого консенсуса может быть наличие предпосылок для изменения раздела конституции, содержащего гарантии права собственности.

3. Функции института собственности

В самом общем виде институт собственности служит упорядочению отношений между объектами материальной культуры, а также естественными объектами, например земельными участками и людьми или, точнее, между людьми

ми по поводу этих объектов. Бесхозные вещи в качестве объектов, в принципе, возможны, но лишь как исключение из правила⁶.

Среди социальных функций, выполняемых институтом права собственности, принято называть следующие⁷. Во-первых, упорядочивающее воздействие права собственности является важным условием интенсивного экономического оборота. Современная экономика построена на разделении труда, что означает обмен его продуктами — товарами, услугами и т. д. Такой обмен возможен лишь при условии обособления продуктов, предлагаемых к обмену, и разграничения прав на них. Во-вторых, возможность частнособственнического присвоения является стимулом к экономической деятельности, в том числе к труду. В-третьих, институт собственности создает условия для личной свободы граждан. Последний аспект играет особую роль в применении Федеральным конституционным судом Германии абзаца 1 статьи 14 Основного закона.

Конечно, эти функции в той или иной степени присущи всем имущественным правам⁸. Право собственности выделяется по традиции в силу того, что его объекты — в первую очередь вещи — играют особую роль в жизни человека, а кроме того, оно представляет собой своего рода «флагманский корабль», качества которого определяют свойства всей системы гражданского права. Как в немецком⁹, так и в российском праве¹⁰ право собственности является наиболее полным вещным правом, исходной точкой для образования других вещных прав. Как все остальные имущественные права, право собственности не носит неограниченного характера. Однако, если сама возможность ограничений давно не вызывает возражений со стороны самых последовательных сторонников либерализма, их содержание в конкретных случаях часто становится предметом ожесточенных споров.

4. Право собственности в гражданском и конституционном смыслах

Объект права собственности в немецком гражданском праве носит формализованный характер: таковыми могут быть лишь так называемые «телесные предметы» (§ 90, 903 Гражданского кодекса (далее — ГК) Германии), включая недвижимость. «Нетелесные»

предметы не могут быть объектами права собственности. Это касается, например, безналичных денежных средств, энергии, результатов интеллектуальной деятельности, прав (требования и т. д.)¹¹.

В отличие от гражданского права статья 14 Основного закона Германии использует расширенное понятие права собственности, которое, в принципе, может быть распространено на любые объекты, в том числе на такие, которые не являются «телесными» предметами¹², например на безналичные денежные средства¹³. Более того, некая правовая позиция, претендующая на защиту абзаца 1 статьи 14 Основного закона, может не отвечать доктринальным представлениям о праве собственности в принципе. Так, например, Федеральный конституционный суд Германии решил положительно вопрос о предоставлении конституционно-правовой защиты квартиросъемщику, являющемуся пользователем, но не собственником квартиры¹⁴, что позволяет делать далеко идущие выводы.

Дело в том, что существующее в немецком гражданском праве ограничение понятия вещи исключительно телесными объектами не является единственно возможным вариантом. Например, австрийский ГК оперирует очень широким понятием вещи: «Все, что существует отдельно от лица и служит потребностям людей, считается вещью в юридическом смысле» (§ 285 ГК Австрии)¹⁵. Вещи в австрийском праве делятся на телесные и бестелесные (§ 292 ГК Австрии), причем обе эти категории могут быть объектом права собственности (§ 353 ГК Австрии). Права, в том числе авторские, отнесены к бестелесным вещам¹⁶. Но и в австрийском праве проведена дифференциация, пусть и на другом уровне: объектами собственно вещных прав могут быть только телесные вещи¹⁷. В этой связи в литературе иногда проводится различие между правом собственности в узком смысле и в широком¹⁸. Первое понимание соответствует немецкой гражданско-правовой собственности, второе — конституционной.

Ситуация, схожая с австрийской, сложилась и в российском праве: объектом права собственности является имущество, категория, которая охватывает не только вещи, но и имущественные права (ст. 128, 209 ГК РФ). Однако режим вещных прав на имущественные права распространяться не должен¹⁹.

Вместе с тем понятие права собственности в *современном* понимании обязательно охватывает право распоряжения объектом собственности. Так, в российском, американском²⁰ или международном²¹ праве право собственности может определяться через известную триаду: владение — пользование — распоряжение. По этой причине очевидно, что квартиросъемщик не является собственником с точки зрения теории (гражданского) права, безотносительно к особенностям конкретных национальных кодификаций.

Поэтому немецкое конституционно-правовое понятие собственности — это не просто множество («телесные» и «бестелесные» объекты), включающее в себя как подмножество специфическим образом определенную гражданско-правовую собственность (только «телесные»). Оно соотносится с последней более сложным образом.

С одной стороны, конституционно-правовая собственность шире, поскольку охватывает не только абсолютные, вещные права, но и имущественные обязательства, например требование продавца об уплате цены проданного товара и его принятии покупателем²². Более того, она распространяется не только на гражданские правоотношения, но и на требования граждан публично-правового характера, например в отношении социальных выплат, осуществляемых из публичных социальных фондов, — пенсий по старости²³ или пособий по безработице²⁴. Гарантия права собственности распространяется на требование по возврату излишне уплаченного налога²⁵; она может быть нарушена и законом, предусматривающим чрезмерное налогообложение имущества²⁶.

С другой стороны, субъектами конституционной гарантии права собственности могут быть лишь частные лица, физические или немецкие юридические, но не государство, муниципалитеты (общины), юридические лица публичного права (за исключением церквей) или иностранные юридические лица²⁷. Однако все эти субъекты могут выступать в роли собственников по немецкому гражданскому праву²⁸. Таким образом, вполне возможны ситуации, когда имеет место гражданско-правовая собственность, которая не образует состава конституционной собственности. Или, выражаясь языком Федерального конституционного суда Германии, статья 14 Основного

закона защищает «не частную собственность, а собственность частных лиц»²⁹. В итоге мы приходим к выводу, что немецкое конституционно-правовое и гражданско-правовое понятия собственности соотносятся друг с другом как *пересекающиеся* множества (см. схему 1).

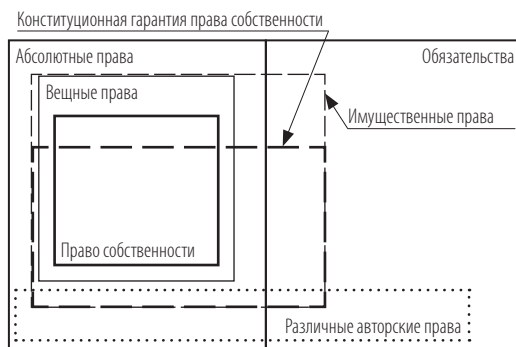


Схема 1. Авторское право в системе гражданских прав и гарантия права собственности согласно абз. 1 ст. 14 Основного закона

Влияние доктринального понимания основных прав также ограничено: по умолчанию их защитный эффект распространяется только в отношении публичной власти. Непосредственное действие в отношении других частных лиц отвергается, но признается косвенное, то есть связанность основными правами органов государственной власти, в том числе судов, решающих гражданские дела³⁰ (это в некотором роде тривиальное требование вытекает из абзаца 3 статьи 1 Основного закона)³¹.

С учетом сказанного, а также принимая во внимание соответствующие решения Федерального конституционного суда Германии, можно составить следующий перечень признаков конституционно-правовой собственности:

- 1) некая имущественная позиция;
- 2) объект которой может быть обособлен (об этом подробнее ниже);
- 3) приносит пользу частному лицу³²;
- 4) находится в распоряжении данного частного лица;
- 5) базируется на собственных действиях, заслугах³³;
- 6) обеспечивает материальные предпосылки для свободы индивида³⁴.

Значение последнего пункта настолько велико, что гипотетически не исключена си-

туация, когда некая позиция, отвечающая всем остальным критериям, но не служащая личной свободе, не получит защиту в соответствии со статьей 14 Основного закона. При этом особую роль начинает играть толкование понятия свободы, которое, как известно, может основываться на разных концепциях.

Важный принцип, определяющий соотношение конституционного и гражданского права, заключается в том, что гражданское законодательство выступает в роли своего рода инициатора при определении объектов, пользующихся защитой конституционной гарантии собственности³⁵. Естественно, есть определенный минимум, существование которого считается независимым от факта закрепления в законе³⁶. Но во многих случаях возможность конституционно-правовой защиты находится в прямой зависимости от решения гражданского законодателя, который пользуется широкой свободой усмотрения. Однако, несмотря на это, отношение значительной части немецких цивилистов к вмешательству конституционной юстиции в толкование понятия собственности остается скептическим. Если встать на позицию, что конституционная гарантия права собственности — это вполне самостоятельный институт, лишь в силу сложившейся традиции именуемый так же, как и гражданско-правовой³⁷, то, возможно, эта оценка претерпит изменение.

5. Конституционная гарантия права собственности — центр «экономической вселенной»?

Среди вопросов, до сих пор остающихся спорными, находится и вопрос о предоставлении гарантии абзаца 1 статьи 14 Основного закона такому комплексному, многообразному и плохо формализуемому объекту, как предприятие во всей его совокупности (*Gewerbebetrieb, Unternehmen*)³⁸. В современном русском языке данный объект часто именуется «бизнес» или «дело»; он шире по набору охватываемых явлений, чем понятие предприятия согласно статье 132 ГК РФ. С экономической точки зрения в его состав входит не только набор активов, материальных и прочих, но также, например, такой элемент, как «положение компании на рынке» (*Marktstellung*). Интересно, что такие качества могут быть предметом юридического рассмот-

рения и денежной оценки, например, при продаже предприятия³⁹. Однако Федеральный конституционный суд Германии неоднократно отказывал в распространении гарантии статьи 14 Основного закона на эту и некоторые другие подобные позиции⁴⁰, что подвергается критике в литературе⁴¹.

Не вдаваясь в подробности, отметим лишь, что эта позиция Суда отвечает принципу определенности гражданского права, согласно которому вещные права вследствие своего абсолютного характера могут существовать лишь в отношении обособленных объектов⁴². Например, в немецком праве вполне возможна сделка купли-продажи, объектом которой является предприятие в целом. Но связанная с этим *обязательством* передача предприятия невозможна с точки зрения *вещного* права. Для реализации обязательства компоненты, составляющие предприятие, должны быть переданы по отдельности, причем в соответствии с тем правовым режимом, который для них существует. Этот режим будет неодинаков для вещей и интеллектуальных прав. Сходна ситуация и в австрийском праве. Хотя предприятие признается вещью (по сути, объектом права), его передача происходит на основании ряда правовых актов, учитывающих особенности правового регулирования отдельных компонентов⁴³.

Дискуссия по поводу предоставления конституционной гарантии предприятию имеет далеко идущие последствия: часть комментаторов стремится превратить право собственности, провозглашенное в статье 14 Основного закона, в категорию, на которой основывается все правовое регулирование экономики. Причины этого понятны. Дело в том, что Основной закон Германии содержит лишь рудиментарное регулирование экономических вопросов. Даже вопрос о типе экономической системы считается или, как минимум, считался открытым⁴⁴. Напомним, что тип экономической системы определяется на основании двух пар параметров (см. таблицу), причем исторически известны все возможные комбинации⁴⁵. Так как способ координации явным образом не определен, Основной закон без всяких изменений мог бы быть конституцией страны с плановой, пусть и капиталистической, экономикой. В отличие от российской Конституции немецкая не содержит таких понятий, как рынок⁴⁶ или конкуренция⁴⁷.

Основные признаки экономической системы и ее типы

Способ координации	Рынок	Централизованное планирование
Собственность на средства производства		
Частная	Капиталистическая рыночная экономика	Капиталистическая плановая экономика
Государственная, общественная	Социалистическая рыночная экономика	Социалистическая плановая экономика

Хотя в современной литературе интерпретация Основного закона Германии как конституции частично индифферентной к типу экономической системы, как правило, отвергается, соответствующие аргументы порой выглядят надуманно. Так, на основании того, что гарантия права собственности приводит к существованию слоя частных собственников, делается вывод о неизбежности рыночного способа координации деятельности экономических субъектов⁴⁸. На самом деле такого автоматизма не существует. Например, в самой Германии в годы Второй мировой войны имела место ситуация, когда частная собственность на средства производства сосуществовала с централизованным государственным планированием экономической деятельности⁴⁹. Конечно, это была вынужденная мера, обусловленная особенностями военного времени, но нет гарантий, что вновь не сложится *эмпирическая ситуация, требующая серьезного вмешательства государства в экономику*.

Достаточно лишь заметить, что, хотя последний экономический кризис в общем и целом обошел Германию стороной, тональность публичных выступлений представителей экономической и особенно политической элиты в отношении государственного регулирования драматически менялась. Со многими популярными высказываниями могли бы вполне согласиться сторонники умеренного течения в марксизме. К тому же новые сюрпризы готовит ситуация, складывающаяся вокруг возможного банкротства ряда стран — Греции, Испании, Португалии, Ирландии или даже Италии. Среди причин того, почему грозящий кризис не удается взять под контроль называются и действия финансовых спекулянтов, нацеленных на банкротство вышеназванных стран, особенно Греции⁵⁰. Выстраиваемая при этом линия развития не лишена некоторого

алармизма: валютные спекуляции вкупе с объективными трудностями приводят к очередному банкротству ряда стран Еврозоны, что означает конец последней, а впоследствии и распад Европейского Союза, как минимум в том виде, в котором он существует на данный момент. Если представить себе, что ликвидация одной из причин, а именно возможностей для спекуляций, поможет предотвратить подобное развитие, нет сомнений, что страны ЕС примут самые жесткие меры, вплоть до запрета отдельных видов деятельности⁵¹, национализации определенных сегментов экономики и т.д. Принципиальное отличие ситуации в ЕС от ситуации в позднем СССР заключается в том, что европейские элиты убеждены в необходимости сохранения Союза. Поэтому они будут бороться за его выживание, а стандартный набор модных идеологием («рынок все урегулирует», «свободы много не бывает») выйдет или, точнее, уже вышел из употребления.

Можно добавить, что в экономической литературе также нет единства по поводу весомости обоих признаков: типа координации и типа собственности. Так, высказывается мнение, что придание признаку собственности приоритетного, решающего значения является отголоском марксистского учения⁵². Если согласиться с этой точкой зрения, то возникает парадокс, заключающийся в том, что как раз те немецкие конституционалисты, которые защищают либеральную идеологию с особым рвением, де факто находятся внутри марксистской парадигмы, пусть и с противоположным знаком по *отдельным* позициям.

Показательна и конкуренция между двумя важнейшими экономическими статьями Основного закона: 12 и 14. Первая содержит гарантии свободы выбора профессии и свободы труда. В некотором роде эта статья претерпела те же метаморфозы, что и статья 14 Основного закона, превратившись в «сборный пункт» разнообразных правовых позиций, касающихся экономической деятельности людей⁵³. Часть авторов предлагает выработать некую общую экономическую свободу на основе комбинации статей 12 и 14⁵⁴, другие рассматривают подобные предложения критически⁵⁵.

Разграничение между статьями 12 и 14 Основного закона ФРГ можно провести следующим образом. Статья 12 защищает саму

деятельность, а 14 — ее результаты⁵⁶. Так, требования по выплате начисленной заработной платы подпадают под гарантию права собственности⁵⁷.

Существенно более высокая детализированность регулирования экономических вопросов в российской Конституции является ее важным структурным отличием от немецкого Основного закона. Поэтому при ознакомлении с немецким опытом нужно иметь в виду, что конституционная гарантия права собственности может применяться в немецком праве в тех областях, где в Конституции РФ есть специальные нормы. По этой причине в российских условиях нет необходимости превращения гарантии права собственности во всеохватывающую гарантию любых имущественных, в том числе экономических позиций. Статьи 35 и 36 Конституции РФ могут быть ограничены регулированием собственности в узком смысле. Необходимость выработки специфического и отличного от гражданско-правового понятия права собственности в России не так ярко выражена и по той причине, что объекты права собственности в российском гражданском праве, возможно, более многообразны, чем в немецком.

Единственной причиной, которая все же может привести к дифференциации гражданского и конституционного понимания права собственности, являются различия в логике и преследуемых целях обеих отраслей права. Так, в сферах, урегулированных гражданским законодательством, вполне legitimately, пусть и безграничное, проявление индивидуального эгоизма, то есть удовлетворение собственных интересов за счет других лиц. Напротив, публичное право стремится (или, как минимум, должно стремиться) к достижению оптимального и справедливого регулирования имущественных вопросов.

В немецком праве эта разница особенно наглядна. Конституционное толкование набора требований, предъявляемых к праву собственности, находится между двумя в определенных ситуациях взаимоисключающими ожиданиями: с одной стороны, собственность может и должна служить индивиду (*Privatnützigkeit*), с другой — всеобщему благу (*Sozialpflichtigkeit, Sozialbindung*). По мнению некоторых авторов, последняя позиция вследствие упоминания явным образом в

тексте конституции — «Собственность обязывает. Пользование ею должно одновременно служить всеобщему благу» (абз. 2 ст. 14 Основного закона) — имеет приоритет. Господствующая точка зрения все же заключается в необходимости достижения баланса между обеими позициями⁵⁸. Однако в любом случае немецкая конституция идет на шаг впереди по сравнению с Гражданским кодексом, который запрещает лишь такие действия в отношении третьих лиц, которые приводят к негативным последствиям для последних, не предполагая в то же время, что использование собственности должно действовать им во благо⁵⁹. Последнее, согласно известной метафоре о «невидимой руке», должно происходить автоматически.

II. Авторское право в ожидании перемен

1. Единое авторское право и его конституционная «сепарация»

Авторское право в континентально-европейской правовой традиции состоит из личных (неимущественных) и имущественных компонентов. Для сравнения, право копирайта регулирует в основном позиции имущественного характера: «Копирайт является имущественным правом...» (абз. 1 § 1 Закона Великобритании «О копирайте, промышленных образцах и патентах» 1988 года)⁶⁰, хотя § 77—89 этого Закона и содержат нормы о личных правах (*moral rights*)⁶¹.

В теории, а также в практике законодательной реализации различают *монистическую* и *дуалистическую* концепции авторско-правового регулирования⁶². Согласно монистической концепции, реализованной, к примеру, в действующем немецком Законе «Об авторском праве и родственных правах» 1965 года (далее — ЗоАПГ), субъективное авторское право едино, неделимо и непередаваемо⁶³. Правообладатель — это всегда автор — может предоставлять другим лицам, например издательствам, «лишь» так называемые права пользования (*Nutzungsrechte*, § 31 ЗоАПГ).

В соответствии с дуалистической концепцией личные и имущественные права могут существовать более независимо друг от друга. На этой концепции основывается авторское право в России, Франции и Швейцарии.

Правовые последствия и характер правоприменительной практики целиком могут различаться в зависимости от того, насколько сильно слиты личные и имущественные права⁶⁴. Однако с теоретической точки зрения этот спор сродни известной конституционно-правовой дискуссии о том, что вернее: «разделение власти» или «разделение властей».

Несмотря на то что, как было сказано выше, действующий немецкий Закон «Об авторском праве и родственных правах» основывается на монистической концепции, его конституционная проверка на соответствие основным правам осуществляется *separatim*: положения, регулирующие личные аспекты, проверяются при помощи так называемого общего личного права (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*, абз. 1 ст. 1 в совокупности с абз. 1 ст. 2 Основного закона)⁶⁵, в то время как нормы имущественного характера не должны нарушать гарантию права собственности (абз. 1 ст. 14). По этой причине на приведенной в данной статье схеме 1 гарантия права собственности охватывает лишь часть авторских правомочий.

Конституция Германской империи 1871 года (п. 6 ст. 4), как и нынешняя российская Конституция (ст. 44), знала такой предмет законодательного урегулирования, как «защита интеллектуальной собственности» (отличающееся, кстати, от понятия «патенты на изобретения», закрепленного в пункте 5 той же статьи). В Веймарской конституции 1919 года термин «интеллектуальная собственность» был заменен на более сложную конструкцию: «Интеллектуальный труд, право автора, изобретателя и деятеля искусств пользуются защитой и попечением со стороны государства» (абз. 1 ст. 158). Тем самым коммерческий объект был заменен на защиту интересов личности гражданина-творца. Основной закон никаких подобных упоминаний не содержит. Распространение действия абзаца 1 статьи 14 Основного закона на интеллектуальные права было осуществлено в ходе судебной практики Федерального конституционного суда Германии.

Проведенный выше анализ немецкого права свидетельствует, что систематических доказательств того, что «интеллектуальная собственность», если под этим понимать имущественные права в интеллектуальной сфере, является одним из видов собственности,

обнаружить не удалось. Во-первых, имущественные авторские права не могут являться объектом гражданско-правовой собственности в силу дефиниции последней в немецком праве. Во-вторых, хотя они и подпадают под гарантию абзаца 1 статьи 14 Основного закона, но, как было показано, само по себе это ничего не значит, так как конституционно-правовая собственность представляет собой собирательное понятие, объединяющее под одной этикеткой крайне разнообразные имущественные права, в том числе такие, которые собственностью быть не могут ни при каких обстоятельствах.

2. Неразлучная (?) тройка: авторы – распространители – потребители

С эмпирической точки зрения отношения по поводу интеллектуальных объектов образуют треугольник, состоящий из авторов, распространителей и конечных потребителей (см. схему 2). *Авторы* — это всегда физические лица, которые своим трудом создают произведения и другие интеллектуальные объекты. Под *распространителями* понимаются все те юридические и физические лица, которые доводят экземпляры произведения до конечных потребителей. Это, например, книгоиздатели, звукозаписывающие и софтверные компании. При этом тиражирование не носит обязательного характера, так распространителем является организатор выставки, на которой представлены произведения искусства, существующие в единственном экземпляре. *Конечные потребители* — это физические лица⁶⁶, которые знакомятся с произведением с целью удовлетворения своих потребностей психологического характера. При этом не играет роли, идет ли речь о потребностях лич-

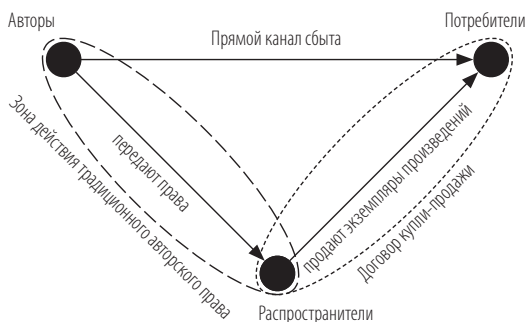


Схема 2. Треугольник: авторы – распространители – потребители

ного плана, например, удовлетворяемых чтением романа, или профессионально-служебного, когда, например, читается учебное пособие. Все же оговоримся, что для определения типа потребностей важна преследуемая цель, а не категория произведения: литературные критики могут читать романы и в служебных целях.

Авторы, распространители и потребители — это не три группы лиц, а три функции или роли. Одно и то же лицо может быть носителем двух или даже всех трех ролей. Так, пока не очень часто, но все же встречаются ситуации, когда авторы становятся распространителями своих произведений. Многие творчески активные люди изучают свои собственные произведения спустя некоторое время после их создания (и порой открывают для себя что-то новое). Не исключен и такой вариант, пусть и надуманный, когда автор издает свою книгу сам, занимается ее распространением, после чего покупает экземпляр в книжном магазине и читает его.

Традиционное авторское право регулирует отношения между автором и распространителем, а также между распространителями. Напротив, отношения между распространителем или автором, с одной стороны, и потребителем — с другой, выходят за пределы сферы действия авторского права. Единственное правоотношение возникающее при покупке книги, — это договор купли-продажи. Никаких дополнительных прав, например право на чтение книги, потребитель не получает и — что крайне важно — не должен получать. Такого права не существует в принципе и, следовательно, его нельзя ни получить, ни нарушить.

Сразу нужно оговориться, что некое лицо становится автором, распространителем или потребителем в силу фактических обстоятельств. Так, гражданин, не считающий себя издателем, но сделавший копию книги и подаривший ее знакомому, становится в этот момент распространителем и тем самым попадает в сферу действия авторского права. Последнее может разрешать в определенных случаях и объемах выполнение функции распространителя без разрешения со стороны правообладателя и без выплаты вознаграждения. Например, немецкое и российское законодательство об авторском праве разрешают при выполнении ряда условий изго-

товление копий произведения в личных целях (ст. 1273 ГК, § 53 ЗоАПГ). Швейцарский закон об авторском праве также допускает тиражирование и обработку (например, перевод) произведения в целях его использования во время занятий (п. 1b ст. 19).

Исключение функции потребления из сферы действия авторского права не носит концептуально обязательного характера. Более того, оно нелогично, потому что именно потребитель в конечном итоге оплачивает как труд автора, так и затраты распространителя, причем с некоторой надбавкой, составляющей процент на вложенный последним капитал. Конечно, существуют и *другие способы финансирования создания интеллектуальных продуктов*: меценатство, финансирование из разнообразных фондов и государственного бюджета, самофинансирование (создание автором интеллектуальных продуктов без расчета на получение какого-либо вознаграждения). Исторически некоторые из этих способов играли ведущую роль и — не исключено — вернут ее себе в ближайшем будущем. Но существующее авторское законодательство рассчитано на сложившуюся в XIX веке *рыночную* модель финансирования создания и распространения интеллектуальных продуктов. Выглядит это примерно так: распространитель (издатель, звукозаписывающая компания и т. д.) авансирует капитал, оплачивает труд автора/авторов, изготавливает тираж произведения и пытается на его продаже возместить затраченные средства с полагающимся процентом.

Эта модель может работать успешно и продолжительно при условии, что на стадии продаж экземпляров произведения конечному потребителю не возникнет никаких проблем. Конечно, не исключены отдельные «провалы», но их причина должна заключаться в свойствах конкретного произведения или в неправильном маркетинговом расчете распространителя, а не в системных особенностях эмпирической ситуации или правового регулирования.

С учетом решающего значения стадии продаж, ее выведение за пределы действия авторского права кажется, на первый взгляд, неожиданным. Причины этого носят исключительно конкретно-исторический характер⁶⁷. Во-первых, в этом не было особой необходимости, так как контролировать *сбыт штуч-*

ных материальных носителей (книг, пластинок, компакт-дисков и т. д.) можно и нужно при помощи стандартных инструментов вещного и обязательственного права (договор поставки, розничной торговли и т. д.). Единственным источником опасности являются *другие распространители*, причем практически всегда такие, которые занимают распространением интеллектуальных продуктов в виде промысла. Это может быть другое издательство, которое считает, что права на спорный продукт принадлежат ему, или же это может быть «пиратское» предприятие, занимающееся распространением интеллектуального продукта нелегально. Оба этих случая вне всяких сомнений попадают в сферу действия традиционного авторского права, которое содержит необходимые нормы для их урегулирования.

Во-вторых, распространение действия авторского права на конечных потребителей требует создания подходящей системы *контроля*, что связано с высокими материальными издержками и приводит к серьезным ограничениям свободы и неприкосновенности частной жизни граждан. Примеры этого будут приведены ниже. Однако в отношении электронных и, особенно, цифровых продуктов действие обеих причин, в свое время приведших к исключению потребления из сферы действия авторского права, видоизменяется или исчезает совсем.

3. Непрекращающаяся борьба за вовлечение потребителя в сферу действия авторского права

а) «GEMA»: мы придем послушать ваши записи

Впервые с возможностью массового тиражирования произведений конечными потребителями столкнулась звукозаписывающая отрасль в 1950-х годах, после того как на рынок стали поступать относительно недорогие бытовые магнитофоны. В Германии интересы данной отрасли издавна представляет организация с архаичным названием «Общество музыкальных постановок и механических прав тиражирования»⁶⁸, занимающаяся кроме политического лоббирования отраслевых интересов коллективным управлением авторскими правами в этой сфере.

Проблема заключалась в том, что магнитофон оказался изделием «двойного назначе-

ния». С одной стороны, его можно было использовать для записи «безобидных» акустических сигналов, например пения птиц или собственного исполнения, для копирования музыкальных произведений, срок защиты которых истек. С другой — он был пригоден для копирования музыкальных произведений, еще пользующихся защитой⁶⁹. До этого времени «GEMA» обладала юридическими и фактически всеобъемлющей возможностью по сбору платежей за использование музыкальных произведений, выходящее за пределы прослушивания в личных целях. Благодаря распространению магнитофонов в этой монополии образовалась брешь, закрыть которую нужно было, по мнению «GEMA», путем распространения ее контролирующих полномочий на конечных потребителей, юридическая возможность чего — вопреки букве действовавшего на тот момент авторского закона — была признана в решении Верховного суда еще в 1955 году⁷⁰. Однако попытки реализовать это право на практике потерпели поражение, так как Верховный суд в другом решении посчитал требование «GEMA» к розничным продавцам собирать паспортные данные покупателей магнитофонов чрезмерным⁷¹. В результате образовалось противоречие: с одной стороны, обязанность конечного потребителя по уплате авторского вознаграждения не вызвала сомнения; с другой стороны, отсутствовали инструменты по реализации этой обязанности. К слову сказать, так и остались туманными представления о том, как бы действовала «GEMA» в случае, если бы ей удалось добиться регулярного осуществления сбора и передачи паспортных данных покупателей; в решении 1964 года упоминаются опросы соседей и консьержек. В этой связи следует отметить, что немецкий законодатель посчитал доносительство сомнительным методом контроля за конечными потребителями⁷². В отсутствие «карающего меча» увещевания оказались бесплодными: К началу 1965 года из примерно 1 млн владельцев магнитофонов только около 5 тыс. заключили соглашение об уплате сбора — 12 марок в год — за право копировать музыкальные произведения⁷³.

Заметим, что внесенный в 1962 году правительственный проект нового закона «Об авторском праве и родственных правах» все еще содержал норму (абз. 3 § 54), согласно

которой автор имел право требовать вознаграждение непосредственно от конечного потребителя⁷⁴. С этим не согласился Бундесрат. В итоге после продолжительных обсуждений было принято следующее компромиссное решение: требование автора в отношении конечных потребителей было устранено и заменено на требование в отношении производителей магнитофонов. Последние в случае, если их изделия были технически пригодны для копирования звукозаписей, должны были выплачивать обществу по коллективному управлению авторскими правами фиксированный сбор, средства от которого потом распределялись между авторами. Сумму этого сбора производители могли включать в цену магнитофонов, в случае чего вознаграждение фактически оплачивал конечный потребитель.

Исследование вопроса о том, для чего будет использоваться магнитофон, законом не предусматривалось. Именно это послужило одним из оснований для конституционной жалобы, в которой ставилось под сомнение взимание сбора также и в тех случаях, когда проданный магнитофон использовался исключительно для целей, не приводящих к возникновению обязанности уплатить авторское вознаграждение⁷⁵. Суд отверг данную жалобу, признав фиксированный сбор со всех магнитофонов соответствующим конституции.

Одновременно с этим описанная выше процедура вовлечения конечного потребителя в сферу действия авторских требований была охарактеризована как противоречащая конституции: «Обременение пользователя магнитофона обязанностью по уплате авторского вознаграждения привело бы к необходимости введения мер контроля в личной сфере владельца. Так как то, для чего магнитофон используется, могло бы быть установлено лишь по месту использования, законодатель должен был бы наделить общества по коллективному управлению авторскими правами правом осуществлять проверки домохозяйств. Но это было бы нарушением основного права на неприкосновенность жилища в соответствии с абзацем 1 статьи 13 Основного закона»⁷⁶.

Судя по всему, судьи сочли, что из двух возможных механизмов система централизованного сбора средств без проверки потребителей представляет собой меньшее зло, даже

если это обременение несут такие покупатели магнитофонов, которые не используют их для копирования произведений. Подобная логика (паушализация) стала одной из важных составных частей немецкого авторского права. Это решение интересно и тем, что антиконституционным был объявлен не существующий закон, а лишь некая обсуждаемая, но так и не принятая возможность определения законодательного регулирования.

б) Компьютерные программы: перед запуском проверь лицензию

Исключение конечного потребителя из сферы действия авторского права справедливо лишь для традиционных объектов: книг, пластинок и т. д. Напротив, использование компьютерной программы, в том числе в личных целях, является вопросом, регулируемым авторским правом. Разницу в последствии можно показать на следующем примере.

Предположим, что гражданин нашел во время прогулки книгу, напечатанную «пиратским» способом. Если он отнесет ее домой и будет периодически знакомиться с ее содержанием, то никаких правовых последствий это не влечет⁷⁷. Напротив, если наш прохожий нашел «пиратский» компакт-диск, принес его домой, установил программу с этого диска и запустил ее, то он стал нарушителем закона, так как *эксплуатация* компьютерных программ конечным потребителем требует правового основания, например договора с правообладателем⁷⁸. Различны и пределы требований правообладателей в отношении «пиратских» копий: если требование по уничтожению «пиратских» копий классических видов произведений (книг, звукозаписей и т. д.) может быть предъявлено лишь к нарушителю, то есть распространителю (§ 98 ЗоАПГ), то адресатом требования по уничтожению «пиратской» копии компьютерной программы является любое лицо, во владении которого эта копия находится (§ 69f ЗоАПГ)⁷⁹. По причине этой разницы в правовом режиме разных объектов авторского права обыск домашней библиотеки на предмет обнаружения *одиночных* контрафактных экземпляров книг смысла не имеет, в отличие от изучения домашнего компьютера на предмет установленных на нем «пиратских» программ. Правовой режим компьютерных про-

грамм принципиально отличается от концепции традиционного авторского права⁸⁰, а его внедрение в правовые системы отдельных стран произошло под влиянием лоббистских усилий американских компаний⁸¹.

Тот факт, что каждый конечный пользователь нуждается в правовом основании для использования программы (например, в виде лицензии), может привести к интересным последствиям. По общему правилу российского коллизионного права, лицензионные договоры регулируются правом лицензиара (подп. 19 п. 3 ст. 1211 ГК); аналогичное решение предусматривают и многие (если не все) лицензионные соглашения непосредственно. В случае компьютерных программ — это либо фирма-производитель программы, либо изготовитель компьютера, на котором программа была установлена. Во многих случаях это будут либо американские компании (например, «Microsoft»), либо китайско-тайваньские («Aсег» и т. д.). Иными словами, российские граждане являются стороной нескольких миллионов или даже десятков миллионов лицензионных соглашений, вероятно, регулируемых американским или китайским правом⁸², с которым потребители должны были бы ознакомиться хотя бы в общих чертах перед тем, как они заключали эти соглашения. С определенными особенностями иностранных лицензий российские граждане могут столкнуться уже сейчас. Так, фирма «Apple» полагает, что споры с физическими лицами, в том числе с конечными потребителями, возникающие по поводу использования услуг и продуктов с сайта iTunes, должны решаться в арбитражных судах России с использованием права штата Калифорния (п. 32 соглашения с конечным пользователем)⁸³. Видимо, юристы «Apple» считают средний уровень гражданских судов общей юрисдикции, в компетенцию которых подобные споры вообще-то должны попадать, недостаточным для того, чтобы они успешно могли применять калифорнийское право. И это, скорее всего, так.

в) E-books: ваша библиотека — в наших руках

Показателен произошедший недавно случай, когда фирма «Amazon» стерла со своих электронных устройств Kindle тексты нескольких книг, приобретенных и оплаченных пользователями⁸⁴. Поводом для этого послужил тот

факт, что сторонний распространитель, воспользовавшийся каналом сбыта, принадлежащим «Amazon», не имел прав на данные тексты, что выяснилось уже после того, как определенное количество копий было реализовано конечным потребителям.

Процедура стирания была проведена автоматически во время очередного обновления содержания устройств. Предупреждений пользователям о предстоящем удалении текстов не поступало. Изъятие книг сделало невозможным использование читательских пометок и замечаний, которые потеряли привязку к комментируемым фрагментам текста. Возможность делать такие пометки читателем считается фирмой «Amazon» важным шагом на пути приближения режима использования электронных книг к обычным, или, точнее, на пути объединения преимуществ обоих видов носителей⁸⁵. Испорченные собственноручные пометки послужили основанием для предъявления одним из пользователей, 17-летним школьником, претензий к «Amazon»: пометки делались не просто так, а в рамках подготовки к занятиям, в результате чего их негодность привела к срыву учебного процесса⁸⁶. «Amazon» признала претензии и выплатила компенсацию (которую школьник и другой истец, участвовавший в судебном процессе, потратили на благотворительные цели)⁸⁷.

Хотя после этого случая «Amazon» пообещала более не прибегать к подобным методам борьбы за чистоту авторского права, стало очевидным, что с технической точки зрения конечные устройства, находящиеся во владении потребителей, контролируются распространителями. Последние имеют доступ к содержанию конечных устройств, могут изучать или изменять его дистанционно и централизованно через компьютерные сети⁸⁸. Причем в случае закрытых, внутрифирменных стандартов, вроде используемых в Kindle, возможности конечного пользователя влиять на вмешательство извне меньше, чем это имеет место при использовании стандартного персонального компьютера.

г) «Овеществление духа» и удешевление контроля

Интеллектуальные продукты в электронной форме приобретают ряд черт, которые отсутствуют у вещей, например возможность не-

ограниченного копирования при минимальных, практически нулевых затратах. Эта возможность удешевляет и упрощает распространение информации, ставя одновременно под угрозу традиционную систему сбыта интеллектуальных продуктов, рассчитанную на *штучные* носители. Однако техника дает шанс отыграть все назад и попытаться «овеществить» электронные продукты, придав им свойства, *характерные для телесных объектов в силу естественных причин*.

Для этого применяются различные способы защиты от копирования, например заглушки (*dongles*), представляющие собой некое устройство, подсоединение которого к порту компьютера (LPT, USB, PCMCIA, CF, SD и т. д.) является обязательным условием для запуска программы. Есть и чисто программные способы, не требующие использования дополнительных аппаратных элементов. Общим для этих мер является усложнение используемой техники, не связанное с ростом потребительской функциональности, что периодически приводит к невозможности нормальной, правомерной эксплуатации. С правовой точки зрения это может быть расценено как предоставление продукта недолжного качества⁸⁹.

В современных условиях становится технически возможным создание всеохватывающей системы контроля, причем расходы на это минимальны. Отныне не нужно посылать контролеров по квартирам, как это пыталась сделать «ГЕМА» в середине XX века, достаточно передать по компьютерной сети нужную команду. Однако это, как и навязывание потребителю дополнительных устройств по защите от копирования, требует особого правового регулирования. Во-первых, действующее право должно разрешить — явно или неявно — использование таких методов; во-вторых, запретить их обход конечными потребителями. С целью обеспечения последнего условия в законодательство разных стран были введены нормы, запрещающие преодоление так называемых «технических средств (или мер) защиты авторских прав»⁹⁰ (ст. 1299 ГК РФ; § 95a, 108b ЗоАПГ), к числу которых относятся вышеупомянутые заглушки и программные методы. Таким образом, «овеществление» носит избирательный характер, так как покупатель обычной вещи вправе поступать с ней как ему угодно, он вправе ее

сломать или разобрать, чтобы ознакомиться с ее устройством.

д) Прощай бумага, здравствуй Big Brother!

В настоящее время материальные, неэлектронные носители постепенно вытесняются электронными. В каких-то областях это происходит быстрее, в каких-то медленнее. Некоторые книжные форматы, например классические многотомные энциклопедии, исчезли практически целиком. В этом значении понятие «электронная энциклопедия» потеряло смысл, так как вновь появляющиеся энциклопедии по умолчанию могут быть только электронными. Рано или поздно большая часть интеллектуальных продуктов будет выпускаться исключительно в электронном виде. Это может привести к тому, что свобода и частная сфера пользователя будут ограничены как технически, так и юридически. Про техническую сторону было сказано выше.

В юридической области произойдет перетекание интеллектуальных продуктов из сферы, регулируемой традиционным авторским правом, в сферу правового режима компьютерных программ, который, как мы знаем, распространяется на конечных потребителей. Это будет означать, что конечный потребитель окажется в центре паутины требований лицензионных соглашений к нему. Так как добросовестное приобретение прав на *эксплуатацию* компьютерной программы невозможно, то существенно вырастает и требования к степени правовой урегулированности всего оборота интеллектуальных продуктов (см. вышеописанный случай с Kindle).

При этом не должен вводить в заблуждение тот факт, что специальный правовой режим действует в отношении компьютерных программ, но не данных. Дело в том, что разграничение между ними носит в значительной степени условный характер. К тому же данные можно слить с исполнимым кодом, в результате чего интегральный продукт будет являться компьютерной программой⁹¹. Хотя с высокой степенью вероятности можно утверждать, что нынешнее авторское право терпит в ближайшем будущем определенные метаморфозы, по причине чего проецирование прогнозируемой эмпирической ситуации на текущее правовое регулирование может не иметь смысла, не исключено, что нынеш-

няя модель будет лишь модифицирована, но не заменена принципиально другой, что делает подобные экстраполяции все же целесообразными.

Важную роль сыграет то, на основании каких критериев будет выстраиваться классификация интеллектуальных продуктов: социальных или технических⁹². Так, пункт 2 статьи 1260 ГК РФ перечисляет такие объекты авторского права, как антологии, энциклопедии, базы данных и атласы. Три из них — антологии, энциклопедии, атласы — раскрывают содержание объекта. Напротив, понятие «база данных» описывает техническую реализацию: это совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (п. 2 ст. 1260 ГК РФ). Данная формулировка оставляет большой простор для интерпретации: например, неясен статус выражения «могли быть найдены», является ли это описанием или конституирующим требованием⁹³. Предположим, что база данных сконструирована с ошибкой, так что поиск данных не происходит надлежащим образом. Должно ли это означать, что такой продукт не подпадает под определение базы данных? Проблема классификации таких полуготовых изделий заключается в том, что, хотя они, скорее всего, и не поступают на рынок, по их поводу могут существовать сложные эмпирические и юридические отношения на стадии разработки, определение границ которой также может оказаться непростой задачей. Согласно одному, почти «крылатому», высказыванию, законченных компьютерных программ не бывает. Вообще вопрос о том, в какой момент появляется произведение, важный для определения момента установления режима специфической авторско-правовой защиты, является одной из тем классического авторского права. Также неясно, *обязательна ли электронная форма* для того, чтобы некое собрание материалов претендовало на то, чтобы рассматриваться в качестве базы данных. Для сравнения немецкое право явным образом указывает на то, что база данных может быть неэлектронной (предл. 1 абз. 2 § 4, § 87а ЗоАПГ)⁹⁴ и что компьютерная программа, предназначенная для управления базой данных, не является составной частью по-

следней (предл. 2 абз. 2 § 4 ЗоАПГ). Это должно иллюстрировать тот известный факт, что при обращении в тексте закона к технической проблематике необходимо действовать максимально продуманно.

На основании вышеизложенного можно сделать следующий вывод: с учетом того, что значительная часть интеллектуальных продуктов будет существовать исключительно в электронной форме, признак типа носителя — электронный или овеществленный — потеряет свое различительное значение. По этой причине можно было бы рекомендовать законодателю сосредоточиться на социальных критериях, связанных с содержанием, ибо в конечном итоге именно содержание является тем, что было создано автором и что воспринимает потребитель.

е) Чем хуже — тем лучше, или как юридическая инфраструктура работает сама на себя

Серьезной проблемой немецкой правоприменительной практики в области авторского права становится использование упрощенного порядка удовлетворения претензий (*Abmahnung*, § 97а ЗоАПГ). Особую популярность указанная процедура приобрела благодаря тому, что частные лица получили право требовать от провайдеров — компаний, предоставляющих услуги по доступу в Интернет, — данные о том, кому принадлежит точка доступа (IP-адрес), с которой были произведены действия, нарушающие авторские права (§ 101 ЗоАПГ). Как правило, речь идет об обмене на интернетовских платформах файлами, содержащими защищенные произведения, например музыку в формате mp3.

С позиции обычного гражданина эта система выглядит примерно следующим образом. В какой-то момент в почтовом ящике обнаруживается письмо, посланное адвокатом, представляющим интересы компании-распространителя или иного правообладателя. В письме сообщается, что с точки доступа в Интернет, зарегистрированной на данное домохозяйство, были предложены к обмену один или несколько файлов, содержащих защищенные авторским правом произведения. В качестве доказательства служит справка с данными, полученными от провайдера, поддерживающего данную точку. Гражданину предлагается, во-первых, принять на себя

обязательство воздержаться от повторения указанных действий; во-вторых, выплатить некую сумму, включающую и оплату услуг адвоката, которая может составлять несколько сотен евро, и все это «добровольно», не доводя дело до суда. Значительная часть граждан платит, так как судебные издержки могут оказаться выше, а также из-за того, что описание произошедшего соответствует действительности.

Проблематичными являются ситуации, когда описанные действия гражданину вменяются по ошибке. Известны случаи, когда все проживающие в квартире, из которой якобы были произведены запрещенные действия, находились в указанное время в отъезде. Технические протоколы, предлагаемые в качестве доказательства, также не всегда безошибочны. Например, временной промежуток протоколирования может не соответствовать отпечатанному в том же протоколе моменту осуществления запрещенных действий⁹⁵. Однако немецкие суды, которые должны проверять запросы провайдеров на предоставление данных о предполагаемом нарушителе, демонстрируют склонность «прощамповывать» подобные протоколы, что, кроме всего прочего, объясняется перегрузкой судебной системы. Так, в земельный суд Кельна, отвечающий за требования о предоставлении справки о соединениях, направленные к компании «Deutsche Telekom», за первые 9 месяцев 2009 года было адресовано 2824 требования⁹⁶, а за первые 4 месяца 2010 года — уже около 4000⁹⁷. Всего в 2010 году ожидается порядка одного миллиона (!!!) подобных обращений⁹⁸.

Другой аспект складывающейся практики — это объективное вменение. Доказанным должен являться лишь факт действий, произведенных с определенного компьютера или подсоединения к Интернету; установление лица, которое эти действия осуществило, не требуется. На текущий момент ответственность, как правило, возлагается на лицо, являющееся стороной договора по предоставлению доступа в Интернет⁹⁹. В мае 2010 года Верховный суд Германии принял важное решение, в котором он попытался прояснить ситуацию¹⁰⁰. Так как ответчик — владелец компьютера — в момент совершения правонарушения (речь шла о загрузке на файлообменник файла с музыкальным произведени-

ем) находился в отпуске и никто другой не имел доступа к компьютеру, суд пришел к выводу, что действия были совершены неизвестным лицом, воспользовавшимся беспроводным доступом ответчика к Интернету. По этой причине ответчик не может быть привлечен к ответственности за *непосредственное* нарушение авторского права, что, например, исключает взыскание ущерба, но может отвечать в качестве лица, *создавшего предпосылки* для совершения правонарушения (*Störerhaftung*). Условием для этого в данном конкретном случае послужил тот факт, что ответчик не сменил пароль для роутера (маршрутизатора) и использовал тот, который был изначально предоставлен вместе с устройством.

Проблема анонимного использования технических устройств рассматривалась уже в упомянутом выше «паспортно-магнитофонном деле». Тогда Верховный суд Германии, отвергнув притязания «ГЕМА» на сбор паспортных данных покупателей магнитофонов, привел среди аргументов соображение, что покупатель магнитофона и его пользователь вовсе необязательно должны быть одним и тем же лицом¹⁰¹.

В высшей степени любопытно наблюдать, как складывается правоприменительная практика после введения новых положений упомянутых выше § 97а и 101 ЗоАПГ, которые, кроме всего прочего, содержат нормы, предназначенные для ограничения масштабов претензий правообладателей. Так, абзац 2 § 97а ЗоАПГ ограничил при соблюдении определенных условий размер компенсации фиксированной суммой 100 евро. На практике эта норма оказалась неработающей, предъявляемые (и удовлетворяемые) требования составляют в среднем от 400 до 600 евро¹⁰². § 101 ЗоАПГ ограничил сферу своего применения случаями, в которых авторское право нарушается «в промысловом объеме» (*in gewerblichem Ausmaß*). Большинство судов считают достаточным для выполнения этого условия загрузки на файлообменник одного-единственного файла, причем интенсивность и даже сам факт его последующего распространения не играют роли¹⁰³. Таким образом, среди всех возможных толкований новых норм правоприменительная практика выбрала варианты, максимально благоприятные для правообладателей. При этом диф-

ференциация, заложенная законодателем в этих нормах, не была проведена¹⁰⁴.

Есть свидетельства того, что ряд адвокатских контор восприняли новую процедуру как очередной способ зарабатывания денег¹⁰⁵. В рекламных материалах, предназначенных для потенциальных клиентов, приводятся данные, показывающие, что пиратские экземпляры произведений приносят гораздо больший доход, чем легальные. Стиль этой рекламы подталкивает к идее, что развитие нелегального рынка интеллектуальных продуктов является особой маркетинговой стратегией для увеличения прибыли правообладателей (и заработков адвокатов). Если перемножить названные выше цифры, то есть 1 млн запросов на установление владельца IP-адреса на среднюю сумму платежа (400–600 евро), то оборот этой новой отрасли может составить около полумиллиарда евро в год.

Существуют и адвокаты, выбравшие в качестве специализации защиту противоположной стороны, естественно, не бесплатно. Таким образом, действующее правовое регулирование привело к образованию нового сегмента юридической инфраструктуры¹⁰⁶, содержание которого стоит, естественно, определенных средств. Ответ на вопрос о том, оправдано ли это с точки зрения предлагаемого взамен эффекта, зависит от расстановки приоритетов в обществе и имеющихся в наличии ресурсов.

В этой связи можно упомянуть, что в праве существуют два противоположных подхода к законодательной технике. С одной стороны, законы могут вводить максимально упрощенные, папуализированные процедуры, как, например, упомянутый выше сбор с магнитофонов (позднее распространенный на носители — кассеты, болванки CD и DVD). Цель этого — свести издержки по применению норм закона к минимуму. С другой стороны, существуют законы, исполнение которых требует привлечения большого числа специалистов. Устрашающим примером является немецкое налоговое право, базирующееся на принципе «индивидуальной справедливости» (*Einzelfallgerechtigkeit*)¹⁰⁷. Огромное число исключений и возможностей для «оптимизации» налогообложения привело к появлению многочисленных хорошо оплачиваемых налоговых советников, услугами которых регулярно пользуются не только юридические лица,

но и широкий круг физических лиц, в том числе таких, которые не занимаются предпринимательской деятельностью.

Реализация принципа «индивидуальной справедливости», если воспринимать его всерьез, стоит немалых средств. По этой причине имеет смысл везде, где это возможно, принимать нормы, исполнение которых потребует минимальных затрат и участия минимального количества людей. Речь идет не об отказе от юристов в стиле Хрущева, а о том, что они должны привлекаться к решению таких задач, где это объективно неизбежно и/или приводит к дополнительному позитивному эффекту, например в договорной работе.

4. Есть ли будущее у рыночной модели?

Данная работа основывается на том, что главное в имущественной компоненте авторского права — это создание правовых рамок для механизма, обеспечивающего снабжение общества интеллектуальными продуктами. Сложившаяся отраслевая структура носит инструментальный характер и ее сохранение в том случае, если окажется, что финансирование производства интеллектуальных продуктов возможно иным способом, не может быть задачей законодательного регулирования¹⁰⁸. В конце концов, среди преимуществ капиталистической рыночной экономики называется, в том числе ее апологетами, гибкое реагирование субъектов рынка на меняющуюся ситуацию. Это выражается, кроме всего прочего, в том, что капитал перетекает из одной отрасли, потерявшей свою привлекательность с точки зрения получения прибыли, в другую.

Снабжение общества интеллектуальными продуктами происходит в интересах потребителей, заинтересованных в наличии у них также и ряда других благ, например достаточного объема личной свободы и неприкосновенности частной жизни. Поэтому правовое регулирование интеллектуальной сферы не должно приводить к чрезмерному ограничению этих благ. Если законодатель не учел этого, то задача конституционного правосудия состоит в том, чтобы восстановить баланс между разными правовыми позициями. Как было показано выше, развитие эмпирической ситуации может потребовать принципиального изменения правового регулирования. Ниже

приведены два сценария развития, которые на практике, скорее всего, будут реализованы в сочетании друг с другом.

а) Вариант 1: Централизованное финансирование

В Германии существует разветвленная система централизованного финансирования производства интеллектуальных продуктов. Уникальной можно считать систему финансирования публичных телерадиокомпаний, получающих большую часть необходимых для их работы средств от сборов с телерадиоприемников. Важную роль играют и общества по коллективному управлению правами, к которым, кроме упомянутой выше «GEMA», относится «VG Wort»¹⁰⁹, занимающееся распределением средств среди авторов и распространителей литературных произведений. Средства на эти цели поступают от сборов, собираемых с электронных носителей информации и разного рода устройств, пригодных для тиражирования произведений, например сканеров, копировальных аппаратов и т.д. К слову сказать, российское законодательство также допускает взимание сборов с оборудования и материальных носителей (ст. 1245 ГК РФ), однако эта возможность до сих пор не была реализована¹¹⁰.

Так как все большую роль в распространении информации играет Интернет, ставится вопрос о диверсификации источников сборов. Это необходимо хотя бы уже по той причине, что производство и сбыт штучных носителей падает¹¹¹. Достичь этой цели можно, например, путем привязки сбора к факту доступа в Интернет. Уже сейчас наличие в домохозяйстве компьютера, способного обеспечивать обращение к интернетовским ресурсам, является основанием для уплаты сбора на телерадиоприемники при условии, если таковой еще не взимается с данного домохозяйства (абз. 3 § 5 Государственного договора¹¹² о сборах с телерадиоприемников). Появление новых видов конечных устройств привело к усложнению правоприменительной практики, что послужило одной из причин упрощения существующей системы. С 2013 года сбор с телерадиоприемников будет заменен на сбор с домохозяйств независимо от факта наличия в них устройств для приема телерадиопрограмм¹¹³. Другой важной причиной является тот факт, что исчезнет необ-

ходимость контроля квартир на предмет обнаружения в них теле- и радиоприемников. Интересно, что важным этапом реализации этой реформы была подготовка и опубликование в мае 2010 года экспертного заключения, написанного судьей Федерального конституционного суда Германии в отставке Паулем Кирхгофом, в котором он подтвердил соответствие планируемого сбора Основному закону¹¹⁴.

В развитие этого предлагается введение сбора со всех подключений к Интернету¹¹⁵. Технически он мог бы входить в состав платы за доступ и взиматься провайдерами, выступающими в роли «налоговых» агентов. Если средства от упомянутых выше сборов с компьютеров или домохозяйств поступают в распоряжение исключительно публичных телерадиокомпаний, средства от сбора с подключений к Интернету должны были бы распределяться среди авторов и прочих правообладателей, которые при этом, однако, теряют часть своих правомочий. Используемый для обозначения этого сбора термин «*Kulturflatrate*» можно перевести на современный русский язык как «культура анлимитед», что подчеркивает цель, преследуемую сторонниками данного предложения. Однако у этой меры есть не только сторонники, но и противники. В программной речи от 14 июня 2010 года, посвященной развитию авторского права в эпоху Интернета, министр юстиции Германии Сабина Лейтхойссер-Шнарренбергер, член Свободной демократической партии, выступила против «культуры анлимитед», представляющей, по ее мнению, «насильственную коллективизацию»¹¹⁶.

Кроме системы целевых сборов возможно и централизованное финансирование за счет налогов. В действительности такое финансирование играет большую, возможно, даже ведущую роль в фундаментальной науке. Дело в том, что публикуемые научные работы являются результатом научной деятельности, финансирование которой в значительной степени ведется за счет государственного бюджета. Например, крупнейшим источником финансирования медицинских исследований в США является Национальный институт здоровья, структурное подразделение федерального Министерства здравоохранения¹¹⁷. Без этого финансирования проведение исследований и получение результатов, описывае-

мы в публикациях, было бы невозможно. В гуманитарных науках многие авторы относятся к профессорско-преподавательскому составу высших учебных заведений, также финансируемых за счет государственного бюджета. Написание научных статей, монографий и учебников так или иначе является их служебной обязанностью и уже профинансировано за счет выплачиваемых зарплат¹¹⁸. В разных странах это выражено по-разному, но применительно к тем странам, в которых можно жить «на одну (профессорскую) зарплату», такая интерпретация обоснованна.

Естественно, государственный бюджет не является единственным источником финансирования. Научные исследования проводятся и за счет частных компаний, а преподаватели могут работать в негосударственных университетах. Однако главный вывод от этого не меняется: компании-распространители получают для сбыта и извлечения прибыли продукт, создание которого было уже профинансировано другими — либо госбюджетом, либо иными частными компаниями.

До последнего времени одним из важных оправданий существующей системы было авансирование распространителем изготовления тиража произведения и его распространение через сбытовую сеть. И то, и другое стало возможным через Интернет, причем стоимость этого упала практически до нуля¹¹⁹. Издание научных публикаций в электронном виде без участия сторонних коммерческих распространителей возможно уже сейчас, поскольку контент и средства для его распространения существуют. Единственное препятствие, как показывает опыт, — это дань традиции, вера в заработанный за десятилетия авторитет научных журналов и издательств¹²⁰.

Но есть области, в которых централизованное финансирование производства контента отсутствует. Это, например, частная публицистическая (то есть ненаучная) пресса. Подробный анализ складывающейся здесь ситуации выходит за рамки данной статьи. Можно отметить лишь некоторые моменты. Основная угроза для *серьезной* прессы — это не «пиратство», которое здесь часто невозможно по определению, так как новости и сообщения о фактах авторским правом не защищаются (подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ¹²¹). Основная угроза для качественной прессы —

это изменение привычек публики, в результате чего все большее число людей предпочитают бесплатные информационные ресурсы в Интернете покупке и чтению газет и журналов. В разных странах эта тенденция выражена неодинаково, например, в США — сильнее, в Германии — слабее. Надежды на то, что выручка от онлайн-рекламы на сайтах изданий компенсирует потери печатного тиража, пока не оправдываются. Ситуация осложняется тем, что право недобросовестной конкуренции хотя в принципе и применимо в отношении веб-сайтов, воспроизводящих новостную информацию без договоренности с первоисточником, но на практике не слишком эффективно.

Известны, как минимум, три стратегии по выходу из газетного кризиса: 1) можно тем или иным образом приучить потребителя к оплате массмедийной информации, распространяемой через Интернет¹²²; 2) можно заставить других участников рынка, в первую очередь компанию «Google», поделиться прибылью, которую они получают благодаря существованию и постоянному обновлению контента в Интернете¹²³; 3) можно попробовать внедрить систему централизованного финансирования и для прессы¹²⁴.

Что касается развлекательной прессы, то по ряду признаков она менее подвержена новым тенденциям. Дело в том, что основное потребительское свойство бульварно-развлекательных изданий — это не информация, канал распространения которой может быть любым, а уничтожение излишнего свободного времени¹²⁵, возможно, восстановление психических сил и т. п. При этом «хаптика», то есть возможность листания таких изданий, как своего рода привычный ритуал имеет вполне самостоятельное значение, по причине чего их замена электронными аналогами не имеет особого смысла.

б) Вариант 2: Спасение рыночной модели

аа) «Закручивание гаек» и его границы

Развитие может пойти и по пути все более интенсивного вовлечения конечного потребителя в сферу авторско-правового регулирования. Попытки этого предпринимались в прошлом и будут предприниматься в дальнейшем. В этой связи нужно указать на то, что

согласно новой, зародившейся в первой половине XX века, концепции основных прав индивид нуждается в защите не только от посягательств со стороны государства, но и со стороны «социальных сил»¹²⁶. Это делает легитимным и даже необходимым вмешательство конституционного правосудия в тех случаях, когда законодательное регулирование не смогло обеспечить такую защиту. При этом речь идет не только о той ясной ситуации, когда некий конкретный закон с целью защиты одной группы частных лиц явным образом чрезмерно ограничивает свободу других лиц (точнее, лиц при исполнении ими определенных ролей), но и о ситуации, когда законодательство во всей его совокупности не обеспечивает сбалансированную защиту возможно конфликтующих интересов граждан.

бб) Изменение менталитета народных масс

«Пиратство» представляет собой «цивилизационную болезнь». Действительно, для физиологического выживания организма и даже для полноценного развития личности нет необходимости регулярного просмотра только что вышедших на экраны голливудских фильмов, прослушивания последних творений рок-музыкантов или прохождения всех этапов новейшей компьютерной игры. Развитым может считаться и человек, читающий исключительно классиков и пользующийся свободными информационными ресурсами Интернета.

Во всех сферах, в которых потребности носят психологический характер, форма их конкретного удовлетворения может быть изменена. Во многом это вопрос пропагандистских усилий заинтересованных сторон. В принципе, можно выработать «рефлекс», благодаря которому только легальные продукты будут вызывать удовлетворение от их использования, то есть легальность экземпляра должна восприниматься как одно из потребительских свойств. Направленные на это стратегии уже давно используются многими компаниями. Если это удастся, то необходимость в жестких мерах контроля отпадет. При этом важна статистика способов приобретения интеллектуальных продуктов, единичные же случаи отклонения от общей массы для большинства распространителей никакой роли не играют¹²⁷.

Между «пиратством» и классическим случаем куска хлеба, украденного человеком, умирающим от голода¹²⁸, существует принципиальная разница. Если вынести за скобки практики тибетских монахов и индийских йогов, то никакая разъяснительная работа не заменит человеку притока калорий и витаминов.

III. Вместо заключения, или Причем здесь Россия?

1. Кому и что выгодно

Сложившаяся ситуация в области интеллектуальных продуктов может быть охарактеризована в двух словах: «перелом» и «передел». Сложившиеся отраслевые и предпринимательские структуры меняются прямо на глазах. За этим с небольшой задержкой следует и изменение правового регулирования. Большинство новых импульсов исходит из всего лишь нескольких стран, в первую очередь из США, но также Китая, Тайваня и некоторых других.

В сфере информационных продуктов наблюдаются две, на первый взгляд, разнонаправленные тенденции. С одной стороны, содержательные ограничения нравственно-морально-этического и эстетического плана отпадают. С другой стороны, предпринимаются попытки ужесточения авторско-правовой защиты. С точки зрения естественного права очень трудно объяснить, почему то, что считалось столетиями непристойным и даже незаконным, вдруг неожиданно оказывается последним достижением социально-культурного прогресса или же почему свобода распространения информации вдруг должна быть ликвидирована. Если встать на позиции экономического детерминизма и тех политико-правовых учений, которые базируются на идее того, что за любым правовым регулированием стоят интересы социальных групп или отдельных лиц¹²⁹, то объяснение оказывается на поверхности. Обе обозначенные тенденции — ликвидация содержательных ограничений и монополизация прав на информацию — способствуют росту прибыли коммерческих распространителей. В этом заключается проблема процессов, движущими силами которых является коммерческие структуры. Так как последние совершенно индифферентны

к теме свободы, то они выступают за расширение или сужение ее границ в зависимости от последствий для их коммерческой деятельности. По этой причине в обществе должен существовать дополнительный регулятивный механизм, обеспечивающий равновесие в области свободы независимо от партикулярных экономических интересов.

В странах с развитым производством интеллектуальных продуктов коммерческие распространители обладают значительными ресурсами по лоббированию нужных им правовых мер, принятие которых приведет к ограничению индивидуальной свободы граждан. Если это произойдет таким образом, что население воспримет новую ситуацию негативно, шансы на реализацию или укоренение таких мер в демократических странах будут очень велики, так как большая часть избирателей — это потребители. Если демократические процедуры не сработают, то вторым заломом окажется конституционное правосудие. Как было показано на примере Германии, защита собственности, в том числе имущественной компоненты авторских прав, служит обеспечению индивидуальной свободы. По этой причине чрезмерное ограничение свободы одних граждан пусть даже для обеспечения свободы (или все же прибыли?) других вряд ли получит одобрение со стороны немецкой конституционной юстиции, которая, к слову сказать, является ориентиром для ряда других стран.

Изменения происходят не только в рамках отдельных государств и национальных рынков, но и в международном измерении. Так, авторско-правовая защита компьютерных программ была принята под давлением США. В области международного регулирования назревают очередные серьезные перемены, вслед за TRIPS¹³⁰ готовится новое соглашение — АСТА¹³¹. Несмотря на то что его содержание еще окончательно не определено, следует ожидать введения более жестких правовых рамок для конечных потребителей, причем уже не только в отношении компьютерных программ, но и других интеллектуальных продуктов. По одному из предложений провайдерам должно быть вменено в обязанность отключать от Интернета клиентов, замеченных в нарушении авторского права. Процедура выработки данного соглашения носит своеобразный характер: в то время как част-

ные компании из США имеют доступ к документам, Европейский парламент был долгое время его лишен¹³². В списках стран, участвующих в переговорах по АСТА, Россия не значится, впрочем, как и Китай, Индия или Бразилия, хотя последние три страны являются членами Всемирной торговой организации.

Отношение к ужесточению правового регулирования зависит от национальной, отраслевой и социально-ролевой принадлежности. Страны, экспортирующие интеллектуальные продукты (США), попробуют пролоббировать свои интересы; их поддержат и страны, чьи распространители имеют сильные позиции внутри общества (например, Германия, об этом подробнее ниже). Россия не относится к числу ни тех, ни других, поэтому «закручивание гаек» здесь может произойти исключительно под воздействием извне.

Ситуация в Германии интересна тем, что позиции национальных распространителей в разных отраслях крайне неодинаковы. Так, звукозаписывающая индустрия, издательский бизнес и частные периодические средства массовой информации, находящиеся в руках нескольких (десятков) немецких семейных кланов¹³³, занимают сильные позиции и заинтересованы в более жестком регулировании¹³⁴. Напротив, в компьютерной отрасли Германия, как и Россия, является объектом внешнего воздействия и рынком сбыта импортных продуктов. Причем эта ситуация усиливается с каждым годом. Фирма «Siemens» ликвидировала свои подразделения по производству мобильных телефонов и персональных компьютеров. Некоторые немецкие программистские фирмы, добившиеся определенных успехов, например «SuSE» и «Star Division», были проданы американским компаниям¹³⁵. В этих условиях, не идя на открытую политико-правовую конфронтацию с США, проводится пошаговая субституция коммерческих (по сути американских) программных продуктов разрабатываемыми в рамках движения «Open Source»¹³⁶. Так, город Мюнхен, несмотря на то что центрально-европейская штаб-квартира компании «Microsoft» находится в его пригороде, осуществляет перевод компьютерной инфраструктуры городского управления на программы с открытым кодом (Linux, OpenOffice)¹³⁷. Немецкое федеральное правительство объявило о том, что оно не будет участвовать в между-

народных соглашениях, предусматривающих в качестве санкции отключение от Интернета конечных пользователей¹³⁸, о чем говорилось выше. Скептическую позицию в отношении АСТА занял и немецкий Бундесрат¹³⁹, в частности, отрицательно отозвавшийся о превращении межгосударственных границ в передовые рубежи борьбы за авторское право: для этого предлагается наделить таможенные и пограничные органы правом изучения содержания электронных устройств (ноутбуков, мобильных телефонов и цифровых плееров), находящихся в багаже или ручной клади граждан, без санкции судьи и конкретных указаний на нарушение авторского права, иными словами, «на всякий случай».

2. Новая метаморфоза старого института

В начале XX века Карл Реннер пришел к революционному на тот момент выводу: гражданско-правовое регулирование собственности, особенно собственности на средства производства, соответствует ситуации, имевшей место в Центральной Европе еще в середине XIX века, когда в условиях простого товарного производства значительная часть населения была представлена мелкими собственниками-тружениками: ремесленниками и крестьянами¹⁴⁰. В условиях индустриализации и сопровождающей ее пролетаризации населения собственность превратилась в основание для сложной системы отношений между капиталом и наемным рабочим (точнее, работником): «...юридически частная вещь фактически превращается в совместную, общественную... Так как в наше время вещь, как правило, находится в соприкосновении со многими лицами, то основное значение приобретает характер экономических отношений между этими лицами, а не их юридическое отношение к вещи»¹⁴¹. По этой причине для большей части граждан решающим стал вопрос не частной собственности, а трудовых отношений и заработной платы, которые текущее на тот момент правовое регулирование фактически игнорировало¹⁴². Сам Реннер был склонен к более радикальному решению вопроса, а именно превращению частного предприятия в учреждение (*Anstalt*), в том числе де юре; «в том числе» потому, что, по его мнению, фактически это в значительной степени уже произошло¹⁴³. Напом-

ним, что левые движения в начале XX века разделились по отношению к вопросу об обобществлении средств производства на «марксистов», выступающих «за», и так называемых «оппортунистов», считающих, что от обобществления можно отказаться при условии улучшения положения наемных работников.

Сто лет спустя институт собственности претерпевает очередную метаморфозу¹⁴⁴. Связано это с тем, что потенциал роста прибыли в области производства материализованных благ, являющихся типичным объектом права собственности, по разным причинам, в том числе вследствие перепроизводства и насыщения рынков, исчерпан. Поэтому особое значение для капиталистической экономики приобретают блага нематериальные, в том числе различные интеллектуальные продукты¹⁴⁵. Можно проиллюстрировать эту идею следующим образом: заставить средне-статистическую семью купить третью машину трудно, хотя бы по той причине, что места в гараже для нее уже нет; заставить загрузить пользователя еще один mp3-трек гораздо проще не только из-за более низкой цены, но и по той причине, что после прослушивания его архивация требует минимальных усилий и ресурсов.

Наметившийся вектор развития служит порой поводом для критических оценок: вместо того чтобы в условиях исторически уникального имущественного избытка посвятить себя «высоким» материям, люди оказываются в руках коммерческих производителей нематериальных продуктов. Эта — нужно признать — сложная с точки зрения ее оценки ситуация, а также технические изменения заставляют искать новые варианты правового регулирования имущественных отношений.

В условиях, когда гражданское законодательство оказывается под сильным влиянием партикулярных экономических интересов одной из социальных групп, возрастают требования к конституционной юстиции, задача которой заключается в исправлении дисбаланса правовых позиций заинтересованных сторон и оптимизации регулирования в интересах *всего* общества. Практика немецкого Федерального конституционного суда подготовила почву для «неортодоксальных» подходов к институту собственности и имущественным отношениям вообще¹⁴⁶. Хотя она

и производит несколько эклектичное впечатление, ориентация на обеспечение личной свободы граждан является той «путеводной звездой», которая позволяет разбираться с новыми проблемами, обусловленными техническим и экономическим развитием.

3. Сколько собственников может быть у одной вещи: мини-ретроспектива

Еще в XIX веке на части территории Германии действовало средневековое регулирование, предусматривающее расщепление права собственности на определенный объект, как правило, недвижимость, на два правомочия: так называемую прямую собственность (*Obereigentum, dominium directum*) и зависимую (или пользовательскую) собственность (*Untereigentum, dominium utile*)¹⁴⁷. Типичным примером этого была ленная система: сеньор, собственник земельного участка, передавал его в пожизненное наследуемое пользование вассалу. Таким образом, тот факт, что объект собственности находится в центре социальных отношений, опосредовался правом в *явном* виде.

В ходе Французской революции и последующей за этим борьбы с «феодальными пережитками» в континентальной Европе расщепление права собственности было заменено на единоличную (и «священную») частную собственность. Это сделало возможным сосредоточение всех правомочий у собственника, в случае средств производства — у капиталиста, отдельного физического лица или акционерного общества. Техническая эксплуатация средств производства находилась, однако, в руках наемных рабочих. Таким образом, и здесь существовало разделение ролей, однако в отличие от феодального права прогрессивное право эпохи «манчестерского» либерализма этот факт не замечало, что и позволило Карлу Реннеру сделать его открытие¹⁴⁸. В некотором роде наемный рабочий этой эпохи был более бесправен, чем зависимый крестьянин. Конечно, нужно учитывать всю совокупность прав, обязанностей и фактических возможностей. У феодального сеньора, в отличие от капиталиста, существовали, назовем их так, административные возможности воздействия на вассалов/крестьян. В Германии еще в XIX веке судебные и поли-

цейские функции в сельских местностях возлагались на помещиков¹⁴⁹. Утрата капиталистом административных рычагов или, как минимум, их постепенное ослабление должны были быть компенсированы предоставлением ему экономических средств давления, что и выразилось в единоличной конструкции субъекта права собственности.

Дальнейшее развитие немецкого права шло в направлении восстановления старого принципа расщепления правомочий, например в форме развитого судебного контроля за увольнениями. Апофеозом этого процесса стало введение участия трудящихся в управлении предприятием. Интересно также, что и в упомянутом выше решении Федерального конституционного суда по поводу найма квартиры говорится о конкуренции прав двух собственников: квартиросдатчика и квартиросъемщика¹⁵⁰. Даже если учесть специфическое понимание права собственности в немецком конституционном праве, аргументация, содержащаяся в этом решении, свидетельствует о благосклонном отношении Суда к правовому режиму, во многом схожему с прежним разделением на прямую и зависимую собственность.

Развитие авторского права на современном этапе идет по тому же пути, по которому развивалось право собственности в XVIII—XIX веках, когда ленная система была заменена на единоличную буржуазную собственность. В классическом, еще действующем авторском праве распространение (*≈ Obereigentum*) отделено от использования (эксплуатации) произведения конечным потребителем (*≈ Untereigentum*). Постепенно это расщепление заменяется на сосредоточение всех мыслимых правомочий у правообладателя-распространителя. Это, кстати, еще раз подтверждает правильность тезиса о смене экономических приоритетов, место вопроса о собственности на средства производства занимает вопрос о правах на интеллектуальные продукты. Интересно, что укоренение постиндустриализма в наши дни сопровождается прогрессивистской риторикой почти идентичной с известной нам из эпохи наступления либерализма в XVIII—XIX веках. Монополизация правомочий происходит, конечно же, не по «злой воле», а обусловлена объективными причинами. Точно так же, как и на заре капитализма, отсутствие административных рыча-

гов должно было быть компенсировано монополизацией права собственности, упрощение и удешевление копирования объектов авторского права приводит к объективной необходимости усиления правовых ограничений. Однако захочет ли общество пойти по этому пути — совсем другой вопрос.

С точки зрения догматики гражданского права происходит размывание сложившегося различия между вещным и обязательственным правом. Предлагаемые для спасения «рыночной» модели авторско-правовые новации носят теоретически эклектичный характер и могут быть объяснены исключительно защитой партикулярных экономических интересов коммерческих распространителей. Так, с одной стороны, обоснования более жесткого правового режима интеллектуальных продуктов регулярно обращаются к конструкции «интеллектуальной собственности». При этом правомочия распространителя начинают приобретать характер не просто абсолютных прав, действующих в отношении неопределенного круга лиц, но уже и вещных, объектом которых традиционно являлся *передаваемый* материализованный предмет. Одновременно с этим пользователь нематериального продукта вовлекается в длительное обязательственное отношение с распространителем, причем урегулированное таким образом, что совершение определенных действий зависит от согласия последнего, что неизвестно классическому вещному праву, построенному на принципе «продал и забыл» (по крайней мере, в случае передачи товара надлежащего качества).

4. Перешагнуть через ступень?..

В конце XIX века часть российских политических сил переняла марксистскую риторику и отнесла вопрос о собственности к числу важнейших из требующих решения. Что из этого вышло — мы знаем. Напомним, что уже тогда звучали скептические голоса, ставящие под сомнение успех перехода к новой формации страны, в которой капиталистические отношения недоразвиты, скачок из феодализма в коммунизм не всем представлялся возможным.

На нынешнем этапе ситуация парадоксальным образом повторяется. Речь идет о том, что так называемая постиндустриальная

стадия в силу своего определения следует за стадией индустриальной. Для последней, как было сказано выше, характерно перепроизводство материальных изделий — ситуация, неизвестная ни в СССР, ни тем более в современной России. Если убрать импортные товары, то полки магазинов будут выглядеть, как в самые худшие времена советской «дефицитной» экономики. Российский парадокс заключается в том, что здесь так и не удалось наладить устойчивое производство материальных ценностей. Конечно же, существует немало других стран, потребляющих в основном импортные товары. Это, например, страны Африки или нефтедобывающие арабские государства, в которых меньшинство населения — граждане, а точнее, подданные — живет за счет доходов от нефтеэкспорта и труда многочисленных гастарбайтеров. Хотя некоторые из этих стран нашли свои ниши, подобный путь развития носит все-таки зависимый, ведомый характер.

Ситуация перепроизводства материальных изделий является толчком для развития других, постиндустриальных моделей. По этой причине непонятно, что же тянет Россию в постиндустриализм? Это могут быть дань моде, давление извне и иные причины, носящие скорее субъективный характер.

Переход к постиндустриальной модели сопровождается деиндустриализацией части стран, в первую очередь так называемых западных демократий. Но характер этого процесса отличается от ситуации в России: производство из Германии выводится, потому что оно становится слишком дорогим, то есть по исключительно экономическим причинам (демографический фактор, судя по всему, начал играть решающую роль пока лишь в Японии). Производство в России исчезает, потому что оно невозможно здесь в принципе. Проблема борющихся за выживание отраслей российской промышленности, например автопрома, носит не экономический, а культурно-психологический характер.

В этой связи большой интерес представляет концепция ценностей партикуляризма и универсализма, выработанная американским социологом Толкоттом Парсонсом¹⁵¹. Те же самые социальные реалии отражены в различении понятий «статус» и «контракт»¹⁵² или в комментарии испанского философа Хосе Ортеги-и-Гассета о разных модулях сосуще-

ствования людей в его знаменитом сочинении «Восстание масс»¹⁵³. Общества доиндустриальной эпохи базируются на так называемых *партикулярных* ценностях, характерных для семейно-деревенского уклада («статус»/«разобшение»), господство которых в области экономики приводит к тому, что люди могут успешно работать лишь на самих себя. Замена партикулярных ценностей *универсальными*, приводящая к прагматизации и деэмоционализации отношений между людьми («контракт»/«сообщество»), является обязательным условием создания индустриального общества, в котором значительная часть населения работает по найму, причем относительно добросовестно¹⁵⁴. В СССР и постсоветской России эта замена не состоялась, работать «на чужого дядю» здесь так и не научились.

В этих условиях России предлагается перейти из, по сути, доиндустриальной формации в постиндустриальную, минуя индустриальную стадию. Не исключено, что результат будет таким же, как при неудавшейся попытке перехода от феодализма к коммунизму. Конечно же, можно найти и поводы для оптимистической оценки. Некоторые характеристики постиндустриальных обществ, например развитый индивидуализм, были ярко выражены (отчасти в других формах) и в обществах доиндустриальных, в то время как в индустриальную эпоху они оказались неуместными¹⁵⁵. С этой точки зрения пропуск стадии индустриализма гипотетически может оказаться даже полезным.

Румянцев Андрей Георгиевич — научный сотрудник юридического факультета Университета Регенсбурга, доктор права (Dr. jur.).

post@law.net.ru

des bürgerlichen Rechts. Stuttgart, 1965 (перепечатка издания 1929 года). Термин «bürgerlich» может переводиться как «гражданский» (например: «*Bürgerliches Gesetzbuch*» — «Гражданский кодекс») или «буржуазный» (например: «*bürgerliche Gesellschaft*» — «буржуазное общество»). Для сравнения: «гражданское общество» на немецком — «*Zivilgesellschaft*».

⁴ См.: Kerber W. // Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft / Görres-Gesellschaft (Hrsg.). Bd. 2. 7. Aufl. Freiburg im Breisgau [u. a.], 1986. Spalte 169.

⁵ Wendt R. // Grundgesetz: Kommentar / M. Sachs (Hrsg.). 5. Aufl. München, 2009. Art. 14. Rn. 60 ff. На мой взгляд, это более оригинальная концепция, чем просто выделение сущностного содержания основного права, не подлежащего ограничению (абз. 2 ст. 19 Основного закона). Высказывания Федерального конституционного суда по этому поводу с течением времени изменялись: «...Основной закон стремится защищать правовой институт собственности в том виде, в котором последний был сформирован гражданским правом и общественными воззрениями...» (решение от 30 апреля 1952 года, BVerfGE 1, 264 [278]); «Так как не существует “абсолютного” понятия собственности, определение ее содержания и границ является прерогативой законодателя...» (решение от 17 ноября 1966 года, BVerfGE 20, 351 [355]).

⁶ Необходимо отличать бесхозные (безхозяйные) вещи от общедоступных (коллективных) объектов. Интересный комментарий по этому поводу приводится в: *Eccher B.* // ABGB: Kommentar / H. Koziol, P. Bydlinki, R. Bollenberger (Hrsg.). 2. Aufl. Wien; New York, 2007. § 285. Rn. 3.

⁷ См., например: *Vieweg K., Werner A.* Sachenrecht. 4. Aufl. Köln, 2010. S. 2; *Baßeler U., Heinrich J., Utecht B.* Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft. 17. Aufl. Stuttgart, 2002. S. 40 ff.

⁸ См. по этому поводу: *Wolff M., Raiser L.* Sachenrecht. 10. Aufl. Tübingen, 1957. § 1 I 4 (S. 4).

⁹ См.: *Ibid.* § 51 II (S. 173).

¹⁰ См.: *Суханов Е. А.* // Гражданское право / Отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд. М., 2007. Т. II. С. 32.

¹¹ См.: *Holch G.* // Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch / F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.). Bd. 1. 5. Aufl. München, 2006. § 90. Rn. 4 ff., 21.

¹² Эта позиция, предложенная в литературе еще в 1923 году, начала утверждаться уже в отношении гарантии права собственности, закрепленной в статье 153 Веймарской конституции, см.:

¹ «La propriété étant un droit inviolable et sacré...» (ст. 17 Декларации прав человека и гражданина 1789 года, см.: <http://www.legifrance.com/html/constitution/const01.htm>).

² «La propriété, c'est le vol!» (*Proudhon P.-J.* Qu'est-ce que la propriété? Ou, Recherches sur le principe du droit et du gouvernement. Paris, 1840 (http://classiques.uqac.ca/classiques/Proudhon/la_propriete/La_propriete.pdf)).

³ *Renner K.* Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: Ein Beitrag zur Kritik

- Wieland J.* // Grundgesetz: Kommentar / H. Dreier (Hrsg.). Bd. 1. 2. Aufl. Tübingen, 2004. Art. 14. Rn. 4 ff.
- ¹³ Решение от 31 марта 1998 года, BVerfGE 97, 350 [370 f.].
- ¹⁴ Решение от 26 мая 1993 года, BVerfGE 89, 1 [5 f.].
- ¹⁵ Согласно одному из объяснений, австрийский Кодекс перенял понятие вещи — «ges» — из римского права, которое по сути означает объект права, см.: *Seiler H.H.* // Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / J. von Staudinger (Begr.). Neubearbeitung. Berlin, 2007. Einleitung zum Sachenrecht. Rn. 1. Другое объяснение ссылается на влияние «естественно-правового мышления», см.: *Koziol H., Welser R.* Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 12. Aufl. Wien, 2002. S. 216.
- ¹⁶ См.: *Koziol H., Welser R.* Op. cit. S. 216.
- ¹⁷ См.: *Spielbüchler K.* // Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch / P. Rummel (Hrsg.). Bd. 1. 3. Aufl. Wien, 2000. § 292. Rn. 3.
- ¹⁸ См.: *Koziol H., Welser R.* Op. cit. S. 260 f.
- ¹⁹ См.: *Суханов Е.А.* // Гражданское право / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. II. С. 11—12, 61. См. также развернутую критику концепции «права на право»: Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 326—331.
- ²⁰ Стандартная формулировка, введенная в первое издание словаря Вебстера 1828 года: «The exclusive right of possessing, enjoying, and disposing of a thing», цитировалась впоследствии в многочисленных решениях американских судов, например: Решение Верховного суда штата Иллинойс от 25 января 1886 года, *Chicago & W.I.R. Co. v. Englewood Connecting Ry. Co.* // North Eastern Reporter. Vol. 115. P. 246 [249]; решение Верховного суда штата Миссисипи от 20 ноября 1916 года, *Thompson v. Kreuzer* // Southern Reporter. Vol. 72. 1916. P. 891 [891]; см. также: *Black's Law Dictionary*. 4th ed. Saint Paul, 1968. P. 1382.
- ²¹ «Possession, use and disposal» (п. 1 ст. 2 Хартии экономических прав и обязанностей государств, принятой ООН в 1974 году).
- ²² См.: Решение от 8 июня 1978 года, BVerfGE 45, 142 [179].
- ²³ См.: Решение от 28 февраля 1980 года, BVerfGE 53, 257 [289 ff.].
- ²⁴ См.: Решение от 12 февраля 1986 года, BVerfGE 72, 9 [18 ff.].
- ²⁵ См.: Решение от 8 октября 1985 года, BVerfGE 70, 278 [285].
- ²⁶ См.: Решение от 22 июня 1995 года, BVerfGE 93, 121 [136 ff.].
- ²⁷ См.: *Wendt R.* // Grundgesetz: Kommentar / M. Sachs (Hrsg.). Art. 14. Rn. 16 ff.; *Bryde B.-O.* // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. 5. Aufl. München, 2000. Art. 14. Rn. 8.
- ²⁸ Кроме гражданско-правовой собственности в немецком праве существует институт и публичной собственности, играющий, однако, крайне незначительную роль и закрепленный не на федеральном уровне, а лишь в праве нескольких земель. См.: *Seiler H.H.* // Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / J. von Staudinger (Begr.). Neubearbeitung. Berlin, 2002. Vorbemerkungen zu § 903 ff. Rn. 48.
- ²⁹ Решение от 8 июля 1982 года, BVerfGE 61, 82 [108 f.].
- ³⁰ См., например: Решение от 12 ноября 1997 года, BVerfGE 96, 375 [398 f.].
- ³¹ См., например: *Stein E., Frank G.* Staatsrecht. 18. Aufl. Tübingen, 2002. S. 215 f.; *Wilhelm J.* Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin, 2007. Rn. 309 ff.
- ³² См.: Решение от 9 января 1991 года, BVerfGE 83, 201 [208 f.]. Эти принципы регулярно упоминаются в решениях Федерального конституционного суда. В примечаниях к данной статье даны ссылки лишь на отдельные решения.
- ³³ «Наличие права у заинтересованного лица находится в зависимости от его собственных достижений, которые признаны в качестве особого основания для предоставления защиты интересам собственника... При этом не требуется жесткого соответствия между правом и собственными достижениями. Однако, чем сильнее требование обосновано наличием собственных достижений, тем сильнее выражена существенная с конституционно-правовой точки зрения связь с личностью и — тем самым — главная причина для защиты собственности», решение от 6 февраля 1980 года, BVerfGE 53, 257 [291 f.]; *Sieckmann J.-R.* // Berliner Kommentar zum Grundgesetz / K. H. Friauf, W. Höfling (Hrsg.). Bd. 1. Berlin, Loseblatt/Grundwerk 10/2000. Art. 14. Rn. 37. Наличие и объем собственных заслуг особенно важны при решении вопроса о предоставлении конституционно-правовой защиты в отношении публично-правых требований.
- ³⁴ См.: Решение от 18 декабря 1968 года, BVerfGE 24, 367 [389]; от 22 мая 2005 года, BVerfGE 104,

- 1 [8 f.]; *Wendt R.* // Grundgesetz: Kommentar / M. Sachs (Hrsg.). Art. 14. Rn. 1; *Stein E., Frank G.* Op. cit. S. 339.
- ³⁵ См.: Решение от 1 марта 1979 года, BVerfGE 50, 290 [339 f.]; от 15 июля 1987 года, BVerfGE 76, 220 [238]; *Bryde B.-O.* // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. Art. 14. Rn. 50.
- ³⁶ См.: Решение от 15 июля 1967 года, BVerfGE 21, 73 [82 f.]; от 15 июля 1981 года, BVerfGE 58, 300 [339]; *Bryde B.-O.* // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. Art. 14. Rn. 59 ff.
- ³⁷ См.: *Seiler H.H.* // Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / J. von Staudinger (Begr.). Vorbemerkungen zu § 903 ff. Rn. 11.
- ³⁸ См.: *Wendt R.* // Grundgesetz: Kommentar / M. Sachs (Hrsg.). Art. 14. Rn. 26; *Wieland J.* // Grundgesetz: Kommentar / H. Dreier (Hrsg.). Bd. 1. Art. 14. Rn. 50 ff.; *Bryde B.-O.* // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. Art. 14. Rn. 18, 20.
- ³⁹ Стоимость предприятия может быть больше, чем стоимость его активов. См.: *Engel C.* Eigentumsschutz für Unternehmen // Archiv des öffentlichen Rechts (AöR). 1993. Bd. 118. S. 204. См. также: решение Верховного суда Германии от 8 февраля 1971 года, BGHZ 55, 261 [263].
- ⁴⁰ См.: Решение от 6 октября 1987 года, BVerfGE 77, 84 [118].
- ⁴¹ См., например: *Wendt R.* // Grundgesetz: Kommentar / M. Sachs (Hrsg.). Art. 14. Rn. 48 f.
- ⁴² См.: *Seiler H.H.* // Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / J. von Staudinger (Begr.). Einleitung zum Sachenrecht. Rn. 37, 54.
- ⁴³ См.: *Schwimann M.* // ABGB: Praxiskommentar / M. Schwimann, B. Verschraegen (Hrsg.). Bd. 2. 3. Aufl. Wien, 2005. § 285. Rn. 1.
- ⁴⁴ См., например: *Bryde B.-O.* // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. Art. 14. Rn. 2.
- ⁴⁵ См.: *Baßeler U., Heinrich J., Utecht B.* Op. cit. S. 28.
- ⁴⁶ Понятие «рынок» (п. 11 абз. 1 ст. 74 Основного закона ФРГ) означает место физической продажи товаров, иными словами, базар. См.: *Rengeling H.-W., Szczekalla P.* // Bonner Kommentar zum Grundgesetz / R. Dolzer, C. Waldhoff, K. Graßhof (Hrsg.). Heidelberg, Loseblatt/Aktualisierung: September 2007. Art. 74. Abs. 1. Nr. 11. Rn. 156.
- ⁴⁷ Свобода конкуренции защищается в рамках так называемого общего личного права абзаца 1 статьи 2 в совокупности с абзацем 1 статьи 1 Основного закона. См.: *Kunig P.* // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. Art. 2. Rn. 29.
- ⁴⁸ См.: *Wendt R.* // Grundgesetz: Kommentar / M. Sachs (Hrsg.). Art. 14. Rn. 8.
- ⁴⁹ Например, в 1936 году было введено жесткое регулирование цен, просуществовавшее до 1948 года, когда денежная реформа позволила отказаться от большей части ограничительных мер. См. краткое описание этого периода в: *Enneccerus L., Nipperdey H.C.* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. Tübingen, 1960. § 192 V, VI (S. 1181 ff.). Об администрировании сектора наемного труда в годы Третьего Рейха, см.: *Wieland J.* // Grundgesetz: Kommentar / H. Dreier (Hrsg.). Bd. 1. Art. 12. Rn. 9.
- ⁵⁰ См.: *Warning der Finanzaufsicht: Griechen-Krise gefährdet deutsche Banken* // SpiegelOnline. 2010. 20. Februar (<http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,druck-679175,00.html>). Данная статья базируется на внутреннем меморандуме немецкого Федерального агентства по надзору за рынком финансовых услуг (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, BaFin). См. также: *Schwartz N.D., Dash E.* Banks Bet Greece Defaults on Debt They Helped Hide // New York Times. 2010. 25 February (<http://www.nytimes.com/2010/02/25/business/global/25swaps.html>).
- ⁵¹ Одной из таких мер стал введенный в Германии в мае 2010 года запрет на короткие продажи без покрытия долговых обязательств стран Еврозоны, а также акций ряда немецких компаний (http://www.bafin.de/cln_161/nn_722802/SharedDocs/Mitteilungen/DE/Service/PM_2010/pm_100518_cds_leerverkauf_allgemeinverf_C3_BCgungen.html). Даже если присоединиться к мнению большинства комментаторов, что эта мера носит скорее символический характер, а именно должна символизировать готовность государства перейти к решительным действиям, это само по себе имеет немаловажное значение, хотя бы уже потому, что, по крылатому выражению, приписываемому Людвигу Эрхарду, «экономика — это наполовину психология».
- ⁵² См.: *Bartling H., Luzius F.* Grundzüge der Volkswirtschaftslehre. 14. Aufl. München, 2002. S. 35.
- ⁵³ См., например: *Wieland J.* // Grundgesetz: Kommentar / H. Dreier (Hrsg.). Bd. 1. Art. 12. Rn. 67, 70, 160 ff.

- ⁵⁴ Например, высказывается мнение, что предприятие должно пользоваться одновременно защитой как статьи 12, так и 14 Основного закона. См.: *Engel C. Eigentumsschutz für Unternehmen // AöR. Bd. 118. 1993. S. 191 f.*
- ⁵⁵ См.: *Wieland J. // Grundgesetz: Kommentar / H. Dreier (Hrsg.). Bd. 1. Art. 12. Rn. 184.*
- ⁵⁶ См.: *Ibid. Art. 14. Rn. 183; Gubelt M. // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. Art. 12. Rn. 98.*
- ⁵⁷ «Хотя статья 14 Основного закона и не защищает процесс приобретения, ее защита распространяется на уже приобретенное... К числу охраняемых имущественных прав относятся и гражданско-правовые требования наемных работников по выплате заработной платы...» (решение от 18 января 2006 года, BVerfGE 115, 97 [112]).
- ⁵⁸ См.: *Wendt R. // Grundgesetz: Kommentar / M. Sachs (Hrsg.). Art. 14. Rn. 70 ff.*
- ⁵⁹ Эта разница уменьшилась за 60 с небольшим лет существования Основного закона и ГК, в ходе которого последний неоднократно подвергался проверке — часто с отрицательным для проверяемых норм результатом — Федеральным конституционным судом. В этой связи интересен ранний комментарий, сравнивающий Основной закон и ГК: *Ennecerus L., Nipperdey H. C. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. Tübingen, 1959. § 15 12 (S. 73)*. Из современных комментариев см., например: *Bryde B.-O. // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 1. Art. 14. Rn. 11, 67 ff.*
- ⁶⁰ Copyright, Designs and Patents Act, CDPA (http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga_19880048_en_1.htm). Мы позволили себе перевести «property right» как «имущественное право», однако даже если перевести это понятие как «право собственности», то характеристика права копирайта как имущественного от этого не изменится.
- ⁶¹ Эти положения были включены в британское и американское законодательство из-за необходимости выполнения требований ст. 6bis Бернской конвенции, см.: *Kreutzer T. Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Baden-Baden, 2008. S. 193 f.*
- ⁶² См.: *Rehbinder M. Urheberrecht. 16. Aufl. München, 2010. Rn. 30 f.; Schack H. Urheber- und Urhebervertragsrecht. 5. Aufl. Tübingen, 2010. Rn. 343 ff.*
- ⁶³ Как минимум при жизни автора, но оно может наследоваться. См. § 38 ЗОАПГ.
- ⁶⁴ См., например: *Schricker G. // Urheberrecht: Kommentar / G. Schricker (Hrsg.). 3. Aufl. München, 2006. Vor § 28 ff. Rn. 43.*
- ⁶⁵ См.: *Schack H. Op. cit. Rn. 90.*
- ⁶⁶ Вопрос о том, могут ли быть юридические лица потребителями, либо они всегда превращаются в распространителей, останется в данной работе без окончательного ответа. Его рассмотрение должно основываться на той же логике, что и решение вопроса о том, может ли быть юридическое лицо автором.
- ⁶⁷ До сих пор вызывает интерес аргументация в решении Верховного суда Германии от 18 мая 1955 года, BGHZ 17, 266 [277 ff.]; о концепции опосредованного привлечения потребителей к оплате труда автора см.: *Rehbinder M. Urheberrecht. Rn. 99 f.*
- ⁶⁸ Gesellschaft für musikalische Aufführungen u. mechanische Vervielfältigungsrechte, GEMA (<http://www.gema.de>).
- ⁶⁹ Первоначально это были лишь такие произведения, срок действия авторско-правовой защиты которых еще не истек. Права изготовителей фонограмм, в том числе таких, которые не содержали охраняемых произведений, были признаны лишь во время описываемых здесь событий в Римской конвенции 1961 года и Женевской 1971 года, которые вступили в силу для Германии соответственно в 1966 и 1974 годах, см.: *Rehbinder M. Urheberrecht. Rn. 36.*
- ⁷⁰ Решение от 18 мая 1955 года, BGHZ 17, 266.
- ⁷¹ Решение от 29 мая 1964 года, BGHZ 42, 118.
- ⁷² См. пояснительную записку к проекту закона «Об авторском праве и родственных правах» от 23 марта 1962 года, BT-Drucksache IV/270. S. 71.
- ⁷³ См.: *Reimer D. // Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR). 1965. S. 109.*
- ⁷⁴ См. текст законопроекта и пояснительную записку к нему: BT-Drucksache IV/270. S. 12, 70 ff.
- ⁷⁵ См.: Решение от 7 июля 1970 года, BVerfGE 31, 255 [260].
- ⁷⁶ BVerfGE 31, 255 [268].
- ⁷⁷ См.: *Rehbinder M. Urheberrecht. Rn. 113*. Добавим, что в отношении книги как вещи сохраняется действие § 965–984 ГК Германии, регулирующих правовые отношения в связи с находкой.
- ⁷⁸ Интересно, что правовая квалификация приобретения стандартных, «коробочных» компьютерных программ конечными потребителями в немецком праве до сих пор остается спорной: по одной версии это договор купли-продажи, по другой — передача пользовательской лицензии.

- Значение для квалификации имеет и то, приобретена ли программа непосредственно у изготовителя и правообладателя, либо через торговую сеть. См. для первоначального ознакомления: *Dreier T., Vogel R.* Software- und Computerrecht. Frankfurt am Main, 2008. S. 117 ff., 237.
- ⁷⁹ «В отличие от § 98 абз. 2 ЗоАПГ, предусматривающего, что владельцем или собственником [пиратской копии] является нарушитель, требование § 69f действует в отношении любого владельца, хотя владение само по себе еще не является нарушением авторского права» (Текст законопроекта и пояснительная записка к нему от 18 декабря 1992 года, BT-Drucksache 12/4022. S. 14). См.: *Grützmacher M.* // *Praxiskommentar zum Urheberrecht / A.-A. Wandtke, W. Bullinger* (Hrsg.). 3. Aufl. München, 2009. § 69f. Rn. 2; *Bohne M.* // *Ibid.* § 98. Rn. 18, 26, 37, 39.
- ⁸⁰ Немецкий законодатель и комментаторы попытались соблюсти приличия и обосновали вовлечение конечного пользователя в сферу действия авторского права тем, что тот де факто становится распространителем, так как при запуске программы происходит изготовление копии этой программы как итог ее загрузки в оперативную память компьютера. См.: Текст законопроекта и пояснительная записка к нему от 18 декабря 1992 года, BT-Drucksache 12/4022. S. 14; *Grützmacher M.* // *Praxiskommentar zum Urheberrecht / A.-A. Wandtke, W. Bullinger* (Hrsg.). § 69c. Rn. 5.
- ⁸¹ См., например: *Dreier T., Vogel R.* Op. cit. S. 37.
- ⁸² В случае применения американского права речь будет, скорее всего, о праве отдельных штатов, Вашингтон (Microsoft), Калифорния (Apple) и т.д. В случае китайского права ситуация становится еще более интересной из-за 1) сложной структуры китайско-тайваньских промышленных консорциумов, 2) из-за проблем с определением статуса Тайваня и вопроса о применимости норм тайваньского права.
- ⁸³ См. текст соглашения: <http://www.apple.com/legal/itunes/appstore/ru/terms.html> (по состоянию на 25 августа 2010 года).
- ⁸⁴ См., например: *Stone B.* Amazon Erases Orwell Books From Kindle // *New York Times*. 2009. 18 July (<http://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>).
- ⁸⁵ См. описание устройства на сайте компании: <http://www.amazon.com/Kindle-Wireless-Reading-Display-Generation/dp/B0015T963C> (по состоянию на 25 августа 2010 года).
- ⁸⁶ См.: *Fowler G. A.* Lawsuit: Amazon Ate My Homework // *WSJ Blogs*. 2009. 30 July (<http://blogs.wsj.com/digits/2009/07/30/lawsuit-amazon-ate-my-homework/tab/article/>).
- ⁸⁷ См.: *Hamblen M.* Amazon.com to pay \$150,000 to settle suit challenging take-back of 1984: Attorney for the plaintiffs hopes digital media companies learn lessons from settlement // *Computerworld*. 2009. 2 October (http://www.computerworld.com/s/article/9138818/Amazon.com_to_pay_150_000_to_settle_suit_challenging_take_back_of_i_1984_i_).
- ⁸⁸ Подобные возможности обнаружены также в операционной системе Android и в iOS, используемой в iPhone. См.: *Rütten Ch.* Google-Fernwartung für Android-Anwendungen // *Magazin für Computertechnik* (c't). 2010. H. 15. S. 40.
- ⁸⁹ См.: *Dreier T., Vogel R.* Op. cit. S. 173.
- ⁹⁰ Английское обозначение: «technical protection measures» (TPM). См., например: *Marks D. S., Turnbull B. H.* Technical protection measures: The intersection of technology, law and commercial licenses. Workshop on implementation issues of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). Geneva, December 6 and 7, 1999 (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_3.pdf).
- ⁹¹ Надо заметить, что в немецкой юридической науке господствует позиция, согласно которой данные в электронном виде могут быть (всегда и однозначно) отделены от программ. См., например: *Grützmacher M.* // *Praxiskommentar zum Urheberrecht / A.-A. Wandtke, W. Bullinger* (Hrsg.). § 69a. Rn. 17 f.
- ⁹² См.: *Rumyantsev A.* Die Garantie des kollektiven Gutes der fehlerfreien Berichterstattung als medienübergreifender Rechtsgrundsatz. Berlin, 2007. S. 62 ff.
- ⁹³ Глагол «мочь» в силу своей многозначности непригоден для использования в текстах нормативных актов. Достаточно заметить, что при его переводе на английский или немецкий приходится регулярно использовать *разные* глаголы.
- ⁹⁴ Среди примеров неэлектронных баз данных называются картотеки, микрофиши и даже библиотеки. См.: *Vogel M.* // *Urheberrecht: Kommentar / G. Schricker* (Hrsg.). § 87a. Rn. 15, 17.
- ⁹⁵ См., например: *Bleich H.* Fragwürdige Beweisführung: Schwache Nachweise illegaler Tauschbörsennutzung // *c't*. 2010. H. 5. S. 51.
- ⁹⁶ См.: *Bleich H.* Die Abmahn-Industrie: Wie mit dem Missbrauch des Urheberrechts Kasse gemacht wird // *c't*. 2010. H. 1. S. 155.

- ⁹⁷ См.: *Bleich H.* Ein falscher Klick... Das Internet ist ein juristisches Minenfeld // с'т. 2010. Н. 13. S. 77.
- ⁹⁸ См.: *Ibid.*
- ⁹⁹ См., например: решение суда второй инстанции земли Шлезвиг-Гольштейн от 5 февраля 2010 года, OLG Schleswig-Holstein, 6 W 26/09.
- ¹⁰⁰ Решение от 12 мая 2010 года, I ZR 121/08 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=52202&pos=13&anz=640>).
- ¹⁰¹ См.: BGHZ 42, 118 [132].
- ¹⁰² См.: *Kaufmann N. C.* Teuere Überraschungen: Deckelung von Abmahnkosten kommt Tauschbörsen-Uploadern nicht immer zugute // с'т. 2009. Н. 9. S. 156; *Bleich H.* Die Abmahn-Industrie: Wie mit dem Missbrauch des Urheberrechts Kasse gemacht wird. S. 155, 157.
- ¹⁰³ См., например: решение суда второй инстанции судебного округа Карлсруэ от 1 сентября 2009 года, OLG Karlsruhe, 6 W 47/09. См. также: *Kaufmann N. C.* Gewerblicher Tauscher: Zivilrechtlicher Auskunftsanspruch gegen Provider in der Praxis // с'т. 2009. Н. 8. S. 156; *Bleich H.* Die Abmahn-Industrie: Wie mit dem Missbrauch des Urheberrechts Kasse gemacht wird. S. 157.
- ¹⁰⁴ Следует признать, что инициатором такого толкования § 101 ЗоАПГ выступил сам законодатель, приведший в пояснительной записке к закону в качестве примеров действий, совершенных «в промышленном объеме», загрузку одного файла, содержащего кинофильм или музыкальный альбом, при условии, если легальное распространение экземпляров затронутого произведения лишь только предстоит либо только что началось. См.: BT-Drucksache 16/8783, S. 50.
- ¹⁰⁵ См.: *Bleich H.* Die Abmahn-Industrie: Wie mit dem Missbrauch des Urheberrechts Kasse gemacht wird. S. 154 ff. Таковы результаты и бесед автора данной статьи с несколькими немецкими адвокатами, работающими в данной сфере.
- ¹⁰⁶ Сюда относятся не только адвокатские конторы, но и технические эксперты, а также компании, предлагающие специальное программное обеспечение и услуги по мониторингу файлообменных платформ.
- ¹⁰⁷ Однако и в налоговом праве паушализация, в принципе, допустима. Например, доходы от банковских вкладов облагаются с 2009 года фиксированным налогом в 25 процентов, взимаемым у источника (*Abgeltungsteuer*, § 20, 32d Закона «О подоходном налоге»).
- ¹⁰⁸ «Частнокапиталистическая организация рынка авторских прав... является вопросом политической целесообразности» (*Roellecke G.* Das Kopieren zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch // Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (UFITA). Bd. 84. 1979. S. 109).
- ¹⁰⁹ <http://www.vgwort.de>.
- ¹¹⁰ См.: *Кленин А.* Налог на болванки: авторы произведений получают гонорары уже на таможне // РБК daily. 2010. 4 марта (<http://www.rbcdaily.ru/2010/03/04/media/462683>).
- ¹¹¹ В 1999 году в Германии было использовано 117 млн болванок CD; в 2005 году был достигнут максимум — 882 млн CD и DVD, после чего начался спад; в 2008 году было использовано 598 млн болванок. См.: Данные отчета исследовательской компании GfK, подготовленного по заказу Федерального союза музыкальной отрасли (Der Bundesverband Musikindustrie e.V. (http://www.musikindustrie.de/uploads/media/Brenner_Studie_2009.pdf). S. 11)).
- ¹¹² Так называемые «государственные договоры» (*Staatsverträge*) заключаются между федеральными землями и представляют собой специфическую форму координации нормативного регулирования в тех случаях, когда исключительная законодательная компетенция находится у земель.
- ¹¹³ См. информационное сообщение от 9 июня 2010 года, изданное по итогам заседания комиссии земель по вопросам телерадиовещания: <http://www.rlp.de/einzelansicht/archive/2010/june/article/einfacheres-und-gerechteres-rundfunkfinanzierungsmodell/>.
- ¹¹⁴ Текст заключения доступен по адресу: <http://www.ard.de/intern/standpunkte/-/id=1454042/property=download/nid=8236/5envxa/Gutachten+zur+Rundfunkfinanzierung.pdf>.
- ¹¹⁵ См., например: *Bund K.* Pauschal genießen: Eine Gebühr für unbegrenzte Downloads von Musik und Filmen soll den Urheberrechtskrieg im Internet beenden. Doch diese «Kulturfltrate» ist heftig umstritten // Die Zeit. 2009. 18. Juni (<http://www.zeit.de/2009/26/Kulturfltrate>).
- ¹¹⁶ Текст речи доступен по адресу: http://www.bmj.bund.de/enid/abe16i79cefc388fc8b537694411a8cd.41c20c636if6e5f6964092d0936393139093a095f7472636964092d0936393230/Reden/Sabine_Leutheusser-Schnarrenberger_1mt.html.
- ¹¹⁷ National Institutes of Health (<http://www.nih.gov>).
- ¹¹⁸ Эта мысль высказывалась неоднократно, см., например: *Roellecke G.* Op. cit. S. 122.

- ¹¹⁹ Строго говоря, создание и поддержание телекоммуникационной инфраструктуры стоит немалых денег, однако, как минимум, в развитых странах удалось обеспечить необходимое финансирование без того, чтобы бремя этого отразилось на отдельных гражданах или организациях.
- ¹²⁰ Эти свойства иногда называются «эрзац-критериями» качества научной работы, см.: *Beck U. Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne.* Frankfurt am Main, 1986/2003. S. 256.
- ¹²¹ Немецкий закон об авторском праве подобной нормы не содержит, но толкование понятия «произведения» приводит к схожему результату. См.: *Bullinger W. // Praxiskommentar zum Urheberrecht / A.-A. Wandtke, W. Bullinger (Hrsg.). § 2. Rn. 38, 54.*
- ¹²² До сих пор такие попытки почти всегда терпели неудачу. Успешным можно пока назвать лишь постепенный перевод на платную основу доступа к финансово-экономическим изданиям, например «Financial Times» и «Wall Street Journal». Владелец последней, медиамагнат Руперт Мердок, собирается перевести на платную основу лондонскую «Times». Если эксперимент удастся, то это может означать прорыв. Но прогнозы наблюдателей скорее скептические. См., например: *Greenslade R. Yes, Rupert Murdoch is taking a risk but don't write off his paywall // Evening Standard.* 2010. 31 March (<http://www.thisislondon.co.uk/markets/article-23820619-yes-rupert-murdoch-is-taking-a-risk-but-dont-write-off-his-paywall.do>).
- ¹²³ См., например: *Schweizer R. Schutz der Leistungen von Presse und Journalisten // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM).* 2010. Н. 1. S. 7 ff.
- ¹²⁴ См., например: *Fechner F. Medienrecht.* 10. Aufl. Tübingen, 2009. S. 231.
- ¹²⁵ См.: *Luhmann N. Die Realität der Massenmedien.* 4. Aufl. Wiesbaden, 2009. S. 67.
- ¹²⁶ *Ennecerus L., Nipperdey H. C.* Op. cit. § 15 II 4 c. S. 96. О влиянии толкования статьи 14 Основного закона Федеральным конституционным судом на гражданско-правовые отношения между частными лицами см., например: *Bryde B.-O. // Grundgesetz: Kommentar / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.).* Bd. 1. Art. 14. Rn. 41.
- ¹²⁷ См.: *Дозорцев В. А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2005. С. 102.
- ¹²⁸ В Германии до 1975 года мелкая кража пищевых продуктов, зачастую с их одновременным употреблением (*Mundraub*, «грабеж ртом»), представляла собой отдельный состав, а при определенных условиях даже не приводила к применению уголовных санкций.
- ¹²⁹ Это, например, учение Лассалья о конституции как отражении соотношения сил в обществе или так называемая «юриспруденция интересов» (Рудольф фон Иеринг, Филипп Хек).
- ¹³⁰ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) (http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm) принято в рамках Всемирной торговой организации.
- ¹³¹ Торговое соглашение по борьбе с контрафакцией (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*; рабочий текст соглашения доступен по адресу: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf; см. также статью в Википедии, содержащую ссылки на дополнительные источники: http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement).
- ¹³² См.: *Lischka K.* Copyright-Pakt Acta: Justizministerin will Surf-Verbot für Raubkopierer verhindern // SpiegelOnline. 2010. 3. März (<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/0,1518,681142,00.html>).
- ¹³³ Крупнейшие из них, действующие в области публицистической периодики, представлены в отчетах, публикуемых в журнале «Media Perspektiven». См., например: *Röper H.* Formationen deutscher Medienmultis 2005. Teil 1: ProSiebenSat. 1 Media AG und Axel Springer AG // Media Perspektiven. 2006. Н. 3. S. 114 ff. (http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/03-2006_Roepert.pdf); *Röper H.* Formationen deutscher Medienmultis 2005. Teil 2: Bertelsmann AG, RTL Group, Gruner + Jahr, Burda, WAZ, Holtzbrinck und Bauer // Media Perspektiven. 2006. Н. 4. S. 182 ff. (http://www.media-perspektiven.de/uploads/tx_mppublications/04-2006_Roepert.pdf).
- ¹³⁴ Например, при интеграции директивы ЕС от 29 апреля 2004 года «О принудительных мерах по реализации прав интеллектуальной собственности» (*On the enforcement of intellectual property rights*) в немецкое национальное право, в ходе чего был принят § 101 ЗоАПГ в новой, ныне действующей редакции, законодатель пошел дальше, чем того требовала директива; причиной этого считается лоббизм звукозаписывающей индустрии, см.: *Bohne M. // Praxiskommentar zum Urheberrecht / A.-A. Wandtke,*

- W. Bullinger (Hrsg.). § 101. Rn. 1, 16. См. также проект закона, предусматривающего введение так называемого «родственного (= смежного) права издателей», и критический комментарий к нему: Leistungsschutzrecht für Presseverlage // iRights.info. 2010. 6. Juni (<http://www.iriights.info/index.php?q=node/880&Kategorie=Homepage>).
- ¹³⁵ Пример одинокого гиганта — немецкой компании SAP — лишь подчеркивает общую ситуацию. См. сообщение о приобретении SAP американской компании «Sybase» (стоимость сделки 5,8 млрд долларов): SAP will Sybase kaufen [Update] // Heise Online. 2010. 13. Mai (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/SAP-will-Sybase-kaufen-Update-999550.html>).
- ¹³⁶ Чтобы избежать подозрения в «пещерном» антиамериканизме, нужно упомянуть, что многие инициативы в области Open Source поддерживаются, в том числе финансово, американскими компаниями и фондами, что подтверждает известное наблюдение: американское общество в силу своего многообразия является источником самых разных тенденций.
- ¹³⁷ Проект «Линукс в Мюнхене» (LiMux, <http://www.muenchen.de/limux>).
- ¹³⁸ См.: *Lischka K.* Op. cit. См. также текст речи федерального министра юстиции Лейтхойссер-Шнарренбергер (примеч. 116).
- ¹³⁹ См. декларацию от 14 апреля 2010 года, BR-Drucksache 201/10 (<http://www.bundesrat.de/SharedDocs/Drucksachen/2010/0201-300/201-10,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/20110.pdf>).
- ¹⁴⁰ См.: *Renner K.* Op. cit. S. 73 ff.
- ¹⁴¹ Ibid. S. 137 f. В современной Германии эта идея нашла воплощение в законодательном введении участия трудящихся в управлении предприятием (*Mitbestimmung*). Один из регулирующих этот вопрос законов выдержал проверку в Федеральном конституционном суде. См. решение от 1 марта 1979 года, BVerfGE 50, 290.
- ¹⁴² Реннер не оставил незамеченным прогресс в этой области, произошедший между выходом в свет первого и последнего вариантов книги (1904, 1929). См.: *Renner K.* Op. cit. S. 96. Fn. 48.
- ¹⁴³ См.: Ibid. S. 102.
- ¹⁴⁴ Можно назвать лишь две работы, описывающие рост экономического значения психологических потребностей людей и одновременное снижение значения традиционных, материальных объектов: *Franck G.* Ökonomie der Aufmerksamkeit: Ein Entwurf. München, 1998; *Rifkin J.* The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-For Experience. New York, 2000.
- ¹⁴⁵ См., например: *Румянцев А.* Информационные технологии становятся главным фактором экономического роста // Финансовые известия. 1998. 22 сентября (http://www.aha.ru/~andrew_r/articles/fi09-22b.htm).
- ¹⁴⁶ См., например: *Wieland J.* // Grundgesetz: Kommentar / H. Dreier (Hrsg.). Bd. 1. Art. 14. Rn. 34 f.
- ¹⁴⁷ См., например: *Wolff M., Raiser L.* Op. cit. § 88 III (S. 354).
- ¹⁴⁸ См.: *Renner K.* Op. cit. S. 82.
- ¹⁴⁹ См.: *Boldt H., Stolleis M.* // Handbuch des Polizeirechts / H. Lisken, E. Denninger (Hrsg.). 4. Aufl. München, 2007. S. 5, 15.
- ¹⁵⁰ BVerfGE 89, 1 [8].
- ¹⁵¹ См.: *Parsons T.* The Social System. New York; London, 1951/1964. P. 101. Понятие «универсальные ценности» (лучше — «ценности универсализма») используется здесь в ином значении чем в дискуссиях о правах человека.
- ¹⁵² См.: *Rehbinder M.* Rechtssoziologie. 6. Aufl. München, 2007. Rn. 66 ff. Макс Вебер использует для обозначения этого явления термины «контракт о статусе» (*Status-Kontrakt*) и «контракт о достижении результата» (*Zweck-Kontrakt*).
- ¹⁵³ *Омега-у-Гассем Х.* Избранные труды. М., 1997. С. 84–85.
- ¹⁵⁴ Для достижения этой цели использовались жесткие меры дисциплинирования, известные нам из описаний периода индустриализации. Вместе с тем весьма вероятно, что указанный переход был достигнут благодаря ряду других условий, рассмотрение которых выходит за рамки этой статьи.
- ¹⁵⁵ См., например: *Renner K.* Op. cit. S. 92 ff. Изложенное Реннером особенно интересно по следующим причинам: 1) оно было написано в первой трети XX века, задолго до появления признаков постиндустриализма (даже пирамида Маслоу еще не была известна); 2) будучи пусть и умеренным, но марксистом, Реннер был настроен критически по отношению к превращению рабочего в объект, в принадлежность машины, то есть (производственного) капитала.