

- 8 *Krasavchikov O.A.* The compensation of the harm caused by a source of raised danger. — М., 1966. — 244 p.
- 9 *Belyakova A.M.* The civil-law responsibility for harm-doing. — М.: Publishing house of the Moscow university, 1986. — 178 p.
- 10 *Smirnov V.T., Sobchak A.A.* The general doctrine about delinquent obligations in the Soviet civil law: The studying book. — L.: Publishing house Leningrad University, 1983. — 236 p.
- 11 *Fleishits E.A.* The obligations from harm-doing and from superficial enrichment. — М., 1951. — 183 p.

Л.Р.Әлиева

Аса қауіпті қайнар көз иесін зиянды өтеу міндетінен босатудың негіздері

Мақала аса қауіпті қайнар иесін келтірілген зиянның орнын толтырудан босату негіздемелеріне арналады. Аса қауіпті қайнармен келтірілген зиянның орнын толтырудың негізгі мәселелері қарастырылады. Автор зиян келтіруден туындаған міндеттемелер туралы әрекет етуші заңнаманы талқылап, сонымен қатар аса қауіпті қайнар иесімен келтірілген зиян барысында жәбірленушінің кінәсінің маңызы туралы мәселені зерттейді. Сонымен қатар деликтік міндеттемелерге қатысты негізгі жағдайлардың әр түрлі доктриналық ережелеріне талдау жасалады.

Статья посвящена основаниям освобождения владельца источника повышенной опасности от обязанности возмещения вреда. Рассматриваются основные проблемы возмещения вреда, причиненного источником повышенной опасности. Автор анализирует действующее гражданское законодательство, поднимает вопрос о значении вины потерпевшего в случаях причинения ему вреда владельцем источника повышенной опасности. Исследуются субъективные основания полного освобождения владельца источника повышенной опасности от возмещения вреда. Подвергаются анализу также различные доктринальные положения об основных моментах, касающихся деликатных обязательств.

УДК 341.9: 347.78

Б.Т.Адышев

Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова

Правовое регулирование авторских и патентных отношений с иностранным участием

В статье рассмотрены актуальные вопросы интеллектуальной собственности с участием иностранцев. Отмечено, что международные и национальные вопросы обеспечения интеллектуальной собственности являются одной из важных проблем современности. Проанализировав различные точки зрения, на основе международных конвенции и норм национального законодательства автор предложил пути решения совершенствования интеллектуального законодательства.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, свобода творчества, интеллектуальная творческая деятельность иностранца, правовой статус иностранного автора, судебная защита прав на объекты интеллектуальной собственности, промышленная собственность.

Одной из ключевых проблем современности является защита фундаментальных прав и свобод человека, в системе которых особое место отводится свободе творчества. Свобода творчества, как важнейшее достижение демократии, получило закрепление в национальных законодательствах многих стран мира, а также на уровне международных актов универсального, регионального и двустороннего характера. Это связано с тем, что сегодняшняя жизнь немыслима без интенсивного обмена культурными ценностями, достижениями науки, литературы и искусства, способствующего сближению и взаимному духовному обогащению народов.

Признание прав иностранцев в данной сфере предопределено гарантией каждому человеку свободы творчества (ст. 20 Конституции Республики Казахстан), которая, будучи главным атрибутом культуры и средством ее обогащения, вместе с правами на образование и на пользование достижениями культуры образует «культурный (социально-духовный) правовой статус личности» [1; 182].

Естественная природа указанного блага означает, что способность к творчеству составляет отличительную черту человеческой натуры. Абсолютный характер свободы творчества предполагает, что она распространяется на любого человека, находящегося на территории РК, независимо от принадлежности к гражданству РК [2]. Вполне справедливо, что наравне с гражданами РК иностранцы могут иметь права автора произведений науки, литературы и искусства, открытия, изобретения, промышленного образца, а также право на пользование достижениями культуры (ст.ст. 9, 11 Закона РК «О правовом положении иностранцев» от 19.06.1995 г.).

Важным аспектом реализации правового статуса иностранцев является участие в авторских и патентных правоотношениях, особенность которых обусловлена строгой территориальностью охраны результатов интеллектуальной творческой деятельности. Это осложняет контроль правообладателей за несанкционированным использованием таких объектов (т.е. без разрешения и выплаты гонорара) за пределами страны происхождения. Между тем интенсивное развитие цифровых технологий, современных коммуникационных систем и средств массовой информации, превращающих государственные границы, по сути, в «правовую миф», не должно подрывать принципы правовой охраны интересов субъектов, вовлеченных в процесс интеллектуального творчества. Именно через призму соблюдения интересов авторов, с одной стороны, и обеспечения экономической, технологической и информационной безопасности страны — с другой, совершенствование законодательства об интеллектуальной собственности определяется как приоритетное направление развития гражданского права.

Государство может признать в одностороннем порядке «интеллектуальные» права, возникшие по иностранному закону (как, напр., французский закон от 11.03.1957 г.) [3; 665], но более действенным средством является заключение международных договоров, непосредственное назначение которых состоит в преодолении пространственных рамок законного обеспечения прав иностранцев. Так, на становление авторско-правовой системы независимого Казахстана сильное влияние оказало присоединение к Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности, от 14.07.1967 г., Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 г. (в редакции 1971 г.), Всемирной конвенции об авторском праве от 06.09.1952 г., Женевской конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29.10.1971 г., Договору ВОИС по авторскому праву от 20.12.1996 г., Соглашению СНГ о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав от 24.09.1993 г. и др. В целом эти международные акты отличаются небольшим количеством материально-правовых постановлений и базируются на двух принципах — национальном режиме и минимальном объеме охраны прав (круг охраняемых объектов, срок охраны и перечень субъективных прав), что позволяет вовлечь в интеграционные процессы множество стран с различными правовыми системами.

Иностранец в частно-правовых отношениях, связанных с интеллектуальной собственностью, осложняет последние иностранным элементом, в результате чего они попадают в сферу международного частного права. Поэтому традиционные схемы правового регулирования, выработанные во внутренних отраслях права, не могут быть использованы автоматически, так как требуется предварительное решение вопроса о применимом праве. Опять-таки пространственная ограниченность рассматриваемого института обусловила минимум коллизионных норм: широко признанное правило о применении права страны, где испрашивается защита, независимо от места создания объекта интеллектуальной собственности — *lex fori* (ст. 1120 ГК), а к отношениям авторов (правообладателей) и пользователей такой продукции — норм о договорных обязательствах (ст.ст. 1104–1106, 1112–1115 ГК). Поэтому нельзя признать убедительным тезис В.А.Канашевского о том, что «территориальный характер действия таких прав исключает коллизионный вопрос» [4; 459].

В силу общей отсылки к национальному правопорядку непосредственную регламентацию таких отношений призван обеспечить специальный Закон РК «Об авторском праве и смежных правах» от 10.06.1996 г., который способствует вовлечению в гражданский оборот всех произведений литературы, науки и искусства, вне зависимости от назначения, художественной ценности и эстетического уровня. Главным юридическим признаком данного нематериального блага, как результата мыслительной деятельности человека, служит его творческий характер, что выражается в оригинальности, новизне (т.е. в новых содержании, форме произведения, идее, научной концепции и т.п.), неповторимости и уникальности [5; 112]. Законодательства многих стран подчеркивают этот критерий: например, во Франции охраняются «интеллектуальные» произведения, в Италии — «интеллектуальные произведения творческого характера», в США — «авторские произведения», в Японии — произведения, в которых «мысли и чувства выражены творческим образом».

В международном частном праве охрана произведения предопределена двумя факторами — гражданством автора и местом обнародования. Если произведения местных авторов охраняются всегда, независимо от места обнародования или нахождения в иной объективной форме, то авторские права иностранцев обусловлены принадлежностью к одной из трех категорий: 1) лица, обнародовавшие свои произведения в РК либо необнародованные произведения которых находятся на территории РК; 2) граждане государств, с которыми РК имеет международные договоры об авторском праве; 3) граждане иных стран, произведения которых не охраняются по различным причинам (ст. 5 Закона об авторском праве). В данном контексте значение имеют гражданство (подданство) автора на момент создания (обнародования) произведения или домицилий, приравнивающий к «собственным гражданам», в силу стабильной связи с государством — например, лица, обладающие «национальной принадлежностью», «аборигены контролируемых территорий», лица без гражданства и беженцы, постоянно пребывающие в государстве (ст. 3 Бернской конвенции, ст. II Всемирной конвенции).

Но в случаях, когда критерий гражданства не срабатывает, ориентиром служит место обнародования произведения (*lex soli*). Последующее изменение личного статуса (перемена, утрата или приобретение нескольких гражданств) не представляет юридического интереса, что, по образному выражению Л.А.Лунца, позволяет говорить о «национальности» в отношении произведения: «если, например, произведение английского автора впервые им опубликовано во Франции, то оно с точки зрения французского права является французским, а не английским» [3; 666]. Пункт 3 статьи 5 Закона РК «Об авторском праве и смежных правах» также привязывает охрану произведений к закону государства, где имело место действие или обстоятельство, послужившее основанием для обладания авторским правом. Перенос нормативного акцента с личности автора на произведение можно объяснить тем, что жесткая привязка к гражданству автора вела бы к переходу объекта авторского права в сферу общественного достояния и восстановлению охраноспособности вслед за каждым изменением его гражданства.

Если же произведение обнародовано в стране, не связанной международным договором с РК, то наличие у автора (одного из соавторов) гражданства РК или другого договаривающегося государства гарантирует охрану. Следовательно, для произведений, созданных несколькими лицами (соавторство), достаточно того, что хотя бы один из них будет отвечать критерию гражданства. Представляется, что в запутанных ситуациях отсутствие ясно выраженной территориальной привязки не должно мешать признанию авторских прав на основании принципа *in dubis benigniora praeferenda sunt*. Прямого предписания на сей счет в законе нет, но именно таким образом, на наш взгляд, следует толковать нормы ст.ст. 5 и 10 Закона об авторском праве в контексте ст. 3 Бернской конвенции.

Некоторые трудности могут возникнуть в отношении необнародованных произведений, когда критерий гражданства их создателя не применим, а критерий местонахождения оказывается ненадежным. Обнародование такого творения в стране, с которой не заключен международный договор, переводит его в разряд неохраняемых. И наоборот, в положительную сторону меняется его режим при опубликовании в РК или стране, связанной международным договором (п. 2 ст. 6 Закона об авторском праве). Э.П.Аврилов верно отмечает, что данный критерий является временным и, как правило, заменяется на критерий места первого обнародования [6; 29]. На этом же основании подлежит охране произведение иностранца, которое в течение 30 дней после первого опубликования за рубежом публикуется на территории РК (п. 2 ст. 5 Закона об авторском праве).

Признание охраноспособности произведений иностранцев ведет к юридическому уравниванию их с гражданами РК без соблюдения каких-либо формальностей (например, депонирования экземпляров, регистрации, оговорки о сохранении за собой прав, нотариального удостоверения, уплаты сборов, производства или выпуска в свет на территории данного государства и т.п.). В духе «бернских» принципов на зарубежных авторов распространяется правило об охране, обусловленной фактом создания творческого произведения (п. 1 ст. 9 Закона об авторском праве). А проставляемый с 1973 г. по рекомендации Всемирной конвенции знак конвенционной охраны © на всех экземплярах иностранного произведения (ст. III) потерял былое значение и как «элемент оформления экземпляров произведения» лишь информирует о владельце и сроках действия авторских прав, не порождая дополнительных правомочий [7; 437]. Его отсутствие или неверное оформление не должно влиять на характер и объем авторских прав иностранцев на территории РК, но иногда, «при отсутствии иного доказательства», служит подтверждением права авторства лица, указанного на оригинале или экземпляре произведения (ст. 976 ГК). Поскольку потребление иностранного произведения на языке оригинала ограничено и обычно сопряжено с переводом его на местные языки, в этом символе необходимо пра-

вильно отразить права переводчиков (особенно произведений, перешедших в общественное достояние).

Правовой статус иностранного автора заключается в том, что он приобретает весь набор субъективных прав по законодательству и международным договорам РК. Они по традиции делятся на личные неимущественные (моральные) и имущественные (исключительные) права: первые возникают вследствие того, что произведение является продолжением личности его создателя, тогда как вторые отражают необходимость в поддержании существования самого автора и его семьи.

Если во Всемирной конвенции личные неимущественные права не оговариваются, то Бернская конвенция устанавливает право автора требовать признания своего авторства и противодействовать искажению произведения, его изменению и другому посягательству, наносящему ущерб его репутации. Конкретные формы и средства защиты *droit moral* определяются законами страны, в которой истребуется защита (ст. 6^{bis} (3)). Так, в ст. 977 ГК, ст. 15 Закона об авторском праве право авторства, право на авторское имя, право на неприкосновенность произведения (на защиту репутации автора), право на обнародование, право на отзыв признаются неотчуждаемыми, независимо от объема имущественных прав (п. 3 ст. 977 ГК) и бессрочными, даже в отношении произведений, перешедших в общественное достояние (ст.ст. 982, 983 ГК), хотя и не переходят по наследству (ст. 30 Закона об авторском праве). По нашему убеждению, присвоение авторства (плагиат) недопустимо ни при каких условиях, в т.ч. по отношению к произведениям, перешедшим в сферу свободного пользования или никогда не охранявшимся в стране (*res publicum*). Идеалы авторского права предполагают, что в цивилизованном обществе должны пресекаться любые формы посягательств на неимущественные авторские права [8; 75]. Верность данного тезиса, как нам представляется, доказывает закрепление в части 4 ГК РФ за публикатором, новым видом субъекта, не авторских прав, а производных от них — смежных прав (ст.ст. 1304, 1337–1344). Такое признание субъективных прав (пусть и в ограниченном объеме — по крайней мере, моральных прав), ранее возникших на законных основаниях в отношении не охраняемых на настоящий момент объектов творчества, имеет важное значение, в частности, для опубликованных за границей произведений иностранцев и служит гарантией стабильности их правового статуса, элементы которого связаны с зарубежными правовыми порядками.

Сущность имущественных прав автора (правообладателя) заключается в возможности использования произведения в любой форме и любым способом и требования вознаграждения за каждый вид такого пользования путем заключения авторского договора или договоров с организациями по коллективному управлению авторскими правами. Приведенный в ст. 978 ГК, ст. 16 Закона об авторском праве их открытый перечень, по сути, служит необходимой детализацией «конвенционного минимума» исключительных прав: на перевод; на воспроизведение в любой форме и любым способом; на публичное исполнение драматических и музыкально-драматических произведений; на трансляцию их в эфир или посредством кабельного оборудования или через громкоговорители; на публичную декламацию; на адаптации, аранжировки и другие изменения произведений; право долевого участия (ст.ст. 8–14^{ter} Бернской конвенции). Всемирная конвенция упоминает единственное право на перевод (ст. III), хотя ее Парижская редакция 1971 г. (но РК не присоединился к ней) дополнена еще тремя видами прав: на воспроизведение, на публичное исполнение, на передачу в эфир (ст. IV^{bis}).

Исключительные права составляют сердцевину правоотношений, опосредующих творческую деятельность людей, и призваны закреплять за определенным субъектом духовные ценности, нередко служащие источником получения прибыли. Такие правомочия отличает срочный характер, исчерпание которого переводит произведение в общественное достояние. Не случайно правило об исчислении времени охраны произведений стало первой материально-правовой нормой, положившей начало формированию международного стандарта. Первоначально действие авторских прав иностранцев определялось периодом, установленным в стране происхождения произведения (*lex soli*). Однако Бернская конвенция (в ред. 1908 г.) избрала другой подход — срок охраны в течение всей жизни автора и 50 лет после его смерти (*post mortem auctoris*) (ст. 7), а Всемирная конвенция — не короче жизни автора и 25 лет после его смерти (для фотографий — 10 лет) (ст. IV). Эти сроки могут быть превзойдены в национальной правовой системе; в современном мире взят курс на их значительное увеличение. Так, Директива Совета 93/98/ЕЭС от 29.10.1993 г. «О согласовании сроков защиты авторского права и отдельных смежных с ним прав» ориентирует страны Евросоюза на охрану «в течение жизни автора и 70 лет после его смерти, вне зависимости от даты, когда произведение было законно сделано доступным публике». Подобные же рекомендации были предложены Модельным законом СНГ «Об авторском праве и смежных правах» от 02.11.1996 г., но страны Содружества, сначала

предпочтя стандарты Бернской конвенции (ст. 2), постепенно переходят к 70 годам: Украина — в 2000 г., РФ — в 2004 г., РК — в 2005 г. Наблюдаемая тенденция объясняется ростом средней продолжительности жизни населения, а также осознанием ценности интеллектуального труда и авторского права как средства его юридического опосредования. Считается справедливым, когда срок охраны произведения охватывает период жизни двух поколений после смерти автора и права прямых наследников авторов на экономические выгоды от использования его произведений.

В то же время воспринятый Законом РК «Об авторском праве и смежных правах» принцип «сравнения сроков» освобождает от предоставления охраны иностранному произведению свыше срока, установленного в стране его происхождения (п. 9 ст. 28). Это изъятие из национального режима, квалифицируемое в международном частном праве как материальная взаимность [9; 84], приобретает актуальность в связи с введением довольно длительного срока авторско-правовой охраны в РК, даже в сравнении со многими странами-членами Бернского союза и ВТО (ст. 12 ТРИПС): например, 60 лет — Бразилия, Венесуэла; 50 лет — Австралия, Бангладеш, Гватемала, Египет, Канада, Малайзия, Таиланд, Япония; 30 лет — Иордания, Иран, Никарагуа; 25 лет — Гаити, Индонезия, Кения, Куба и др. [10].

С использованием творческих произведений связаны так называемые «смежные права», которые распространяются на постановки, исполнения, фонограммы, передачи организаций эфирного и кабельного вещания, независимо от их назначения, содержания и достоинства, а также способа и формы выражения. Их производный от авторского права характер обуславливает аналогичную регламентацию на основании единого закона — по критериям гражданства и места первого опубликования, а также в соответствии с международными договорами — объектов смежных прав, не перешедших в общественное достояние в стране их происхождения (ст.ст. 985–987 ГК). На глобальном уровне юридические гарантии для иностранцев устанавливаются Женевской конвенцией об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. (дата присоединения РК — 07.06.2000 г.), Договором ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ) 1996 г. (дата присоединения РК — 16.04.2004 г.), Римской конвенции по охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (ожидает своей ратификации РК). Наличие указанных условий порождает у иностранного исполнителя или производителя фонограммы полный набор прав и обязанностей по законодательству РК без соблюдения каких-либо формальностей (ст.ст. 37–40 Закона об авторском праве). Но по желанию правообладателя на экземплярах фонограммы может проставляться знак охраны смежных прав — латинская буква «Р» в окружности с его именем (наименованием) и годом первого опубликования. Законодательная новелла о 70-летнем сроке действия смежных прав стала несомненно прогрессивным шагом, установившим достаточно высокую планку, в т.ч. по отношению к предписаниям ст. 3 Директивы ЕЭС от 29.10.1993 г., п. 5 ст. 14 ТРИПС от 15.04.1994 г., ст. 14 Римской конвенции по охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, ст. 17 Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам, ст.ст. 1318, 1327, 1331 ГК РФ (ч. 4) от 18.12.2006 г.

Несмотря на высокий уровень правонарушений в сфере интеллектуальной собственности, соответствующие показатели судебной статистики в РК очень скромны, что связано с рядом факторов: во-первых, конфликты нередко разрешаются на досудебной стадии; во-вторых, иностранные авторы (правообладатели) не всегда узнают о посягательствах на их авторские права в РК; в третьих, национальные органы юстиции неохотно берутся за такие категории дел в силу непредсказуемости результата, не до конца сложившейся методики юридической защиты, недостаточной компетентности по данным вопросам и т.д. Одновременно анализ состояния обеспеченности интересов иностранных правообладателей затруднен отсутствием достоверных сведений: информационные ресурсы Комитета по правам интеллектуальной собственности предоставляют лишь общие сведения о регистрации произведений и патентов, а СМИ, как правило, ограничиваются освещением итогов рейдовых проверок и количества выявленного «контрафакта» (большой частью зарубежных произведений) с неизменно печальным выводом «о 80–99 %-ной доле „пиратского» рынка» [11]. Но в целом охрана авторских прав не должна сводиться только к борьбе с уличной торговлей оптическими дисками.

И все же факты судебной защиты прав на объекты интеллектуальной собственности имеют место в РК, и постепенно формируется методика юридической защиты авторских прав иностранцев. Так, первый в РК судебный процесс о защите прав российских правообладателей от незаконного распространения нелегальных копий программ для ЭВМ фирмой Felcom Computer (г. Алматы) завершился решением от 17.02.1997 г., обязывающим ответчика прекратить несанкционированное тиражирование и выплатить в пользу истца денежную компенсацию. Широкою огласку получило дело

об использовании АО «Конфеты Караганды» двух картин «Абылай-хан» и «Суюнбай» художника А.Бухарбаева (Узбекистан) для оформления упаковки конфет серии «Былые века», выпущенных к 10-летию Независимости РК. На основании ст. 49 Закона об авторском праве суд района им. Казыбекби г. Караганды взыскал в пользу истца компенсацию в размере 300 тыс. тенге и обязал ответчика заключить договор о дальнейшем использовании этих произведений. В 2003 г. писатель Г.Успенский (Россия) отсудил 260 тыс. тенге в виде компенсации за произвольно выполненные рисунки на упаковке мороженого «Простоквашино» у Усть-Каменогорской фабрики. Еще предстоит определить размер причиненного ущерба и меру правовой ответственности гражданина Румынии, который занимался незаконной реализацией зарубежных музыкальных произведений через Интернет-магазин [12].

Широкое распространение продуктов человеческого интеллекта по всему миру затрудняет личный контроль за соблюдением авторских прав на местах. По данным ВОИС ежегодно на телевидении исполняется около 60000 музыкальных произведений, что предполагает получение разрешения от тысяч правообладателей [10]. Роль связующего звена между правообладателями и пользователями призваны выполнять общества по коллективному управлению авторскими и смежными правами. Например, Казахское авторское общество «КазАК» сотрудничает с 63 авторскими организациями из 45 стран, представляя интересы свыше 40 тыс. зарубежных правообладателей. Акции «КазАК» по сбору авторского вознаграждения за публичное исполнение иностранных музыкальных произведений иностранных авторов и исполнителей с развлекательных заведений нередко сопровождаются судебными процессами, а также ответными упреками в «корыстной мотивации» (из-за 20 % комиссии) и в «манипуляциях» со ст.ст. 16 и 38 Закона об авторском праве (о бесплатном использовании фонограмм, запущенных в гражданский оборот посредством продажи) [13]. Искажение смысла принципа «исчерпания авторских прав» и порядка использования фонограмм, запущенных в гражданский оборот, допускают даже юристы. Между тем Т.Е.Каудыров точно разъясняет, что при перепродаже партии книг или кассет какого-либо автора последний не может вмешиваться в ее реализацию (продажу, мену, дарение), однако сдача внаем или публичный прокат произведения требуют согласия автора или иного обладателя авторских прав [14; 23]. Действительно, Закон об авторском праве не дает повода для произвольного толкования понятия «свободное использование фонограммы»: публичное исполнение фонограммы или передача ее в эфир без согласия производителя фонограммы и исполнителя допустимы только с выплатой вознаграждения (ст. 39). По этому поводу Верховный Суд РК уточняет, что «допускается публичное исполнение произведения с использованием технических средств в барах, кафе, ресторанах и других публичных местах обслуживания граждан, но с выплатой авторского вознаграждения, если такое исполнение производится в присутствии лиц, не относящихся к обычному кругу семьи» (п. 2 нормативного постановления от 25.12.2007 г. № 11 «О применении судами некоторых норм законодательства о защите авторского права и смежных прав»).

Некоторые аналитики скептически оценивают все государственные мероприятия как кампанию, направленную на охрану «иностранный брендовой продукции» и приносящую стране не более чем «репутационный» эффект [11]. Но ведь на первых порах и это немаловажно! Какой-либо дискриминации по отношению к национальным или иностранным правообладателям мы не усматриваем, по крайней мере, формально-юридически — в силу действия национального режима. А складывающееся впечатление о предпочтении интересов иностранцев объясняется, к сожалению, объективным фактом преобладания импортной книжной, аудиовизуальной и программной продукции на отечественном рынке. К примеру, ежегодно на экраны РК выходит около 286 кинофильмов, из них казахстанского производства — 20 (в т.ч. 8 — «Казахфильма»), т.е. доля национального продукта лишь 10 %. При этом почти 60 % кассовых сборов от продажи билетов приходится на киноленты Европы и США, 25 % — РФ, остаток — РК (2 % — «Казахфильма») [15]. Для изменения ситуации Законом РК от 27.05.2010 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О культуре»» вводится понятие «национальное кино» — для обозначения кинолент, в производстве которых иностранные инвестиции не превышают 30 % сметной стоимости фильма, не более 30 % иностранцев в съемочной группе и 70 % от общего объема работ осуществлено в РК (ст. 28–1). Правда, такие требования сложно выдержать практически (например, 85 % фильма «Степи» отснято в РК, но 40 % съемочной группы — бельгийские и польские кинематографисты), и к тому же указанные критерии не исключают иностранный элемент и коллизионный вопрос вообще.

Человечество давно осознало, что интеллектуальная собственность есть не только духовное богатство, но и важный фактор экономического развития любой страны. Очевидно, что XXI в. станет

эрой интеллектуальной экономики, в которой ключевая роль будет принадлежать творческой активности людей и надежной системе ее правовой охраны. Так, успешное осуществление Государственной программы по форсированному индустриально-инновационному развитию РК на 2010–2014 гг. во многом зависит от коммерциализации сферы интеллектуального творчества, повышения престижа научно-исследовательской деятельности и вовлечения ее результатов в хозяйственный оборот. Конечно же, наша республика обладает квалифицированными научными и инженерными кадрами, но на данный момент рентабельность и скорость реализации прорывных индустриально-инновационных проектов требует трансферта готовых технологий (по оценкам экспертов, в объеме от 70 до 90 %) [16]. А для привлечения передовых идей и специалистов из-за границы необходимы надежные гарантии обеспечения их прав на объекты интеллектуальной собственности.

Национальные стандарты охраны промышленной собственности воплощены в ГК РК от 01.07.1999 г. (раздел 5), Патентном законе РК от 16.07.1999 г., Законах РК: «Об охране селекционных достижений» от 13.07.1999 г., «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях места происхождения товаров» от 26.07.1999 г., «О правовой охране топологий интегральных микросхем» от 29.06.2001 г. В целях интеграции в мировое патентное сообщество и гармонизации внутригосударственного законодательства Казахстан подтвердил участие в международных договорах, действующих под эгидой ВОИС: 05.02.1993 г. — в Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 г.; Мадридском соглашении о международной регистрации товарных знаков от 14.04.1891 г.; Договоре о патентной кооперации от 19.06.1970 г.; 16.11.2001 г. — в Страсбургском Соглашении «О международной патентной классификации» от 24.03.1971 г., Ниццком Соглашении «О международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков» от 15.06.1957 г., Будапештском Договоре «О международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры» от 28.04.1977 г. Кроме того, были ратифицированы соглашения в рамках СНГ: «О сотрудничестве по пресечению правонарушений в области интеллектуальной собственности», «О мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний», «О взаимном обеспечении сохранности государственных секретов в области правовой охраны изобретений» и др.

Современный порядок радикально отличается от советской формы охраны посредством авторского свидетельства, передававшего исключительные права государству, когда патент имел номинальное значение, будучи рассчитанным на иностранных импортеров новых технологий (Положение об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 г.) [17; 363]. Согласно правилам, введенным в РК с 02.03.2007 г., права на изобретение фиксируются инновационным патентом или патентом, а на полезную модель и промышленный образец — патентом, которые подтверждают приоритет, авторство и исключительные права. Иностранцы могут получить их путем подачи заявления на государственном или русском языках и иных документов на других языках с приложенным переводом на один из указанных языков (ст. 16 Патентного закона). Для тех из них, кто проживает за границей, указывается код страны по стандарту ВОИС ST.3, а их имена — также и в транслитерации на официальном языке (п. 12 Инструкции по составлению, оформлению и рассмотрению заявки на выдачу инновационного патента и патента на изобретение от 24.04.2007 г.).

Новшеством стала замена предварительного патента (срок действия — до 5 лет, с продлением до 3 лет) на инновационный патент, выдаваемый на риск и под ответственность заявителя в отношении мировой новизны и изобретательского уровня (срок действия 3 года, с продлением до 2 лет) (ст.ст. 998–999 ГК), а упрощенная процедура его получения — после формальной экспертизы и поиска на локальную новизну (ст. 22–1 Патентного закона) — должна способствовать оперативному внедрению передовых технических разработок в производство. В то же время критерии патентоспособности данного объекта остались прежними — это новизна, изобретательский уровень и промышленная применимость.

Отмеченный ранее принцип территориальности влияет на признание «промышленных» прав, поэтому ни одно государство не обеспечивает принудительного осуществления прав из патентов, выданных иностранным государством [18; 413, 19; 427]. Несмотря на многочисленные попытки, до сих пор поистине «международных» патентов, имеющих экстерриториальное значение, не создано. Охранные документы других государств или международных организаций действуют на территории РК в соответствии с международными договорами РК (ст. 998 ГК): например, евразийские патенты — на основании Евразийской патентной конвенции от 09.09.1994 г.

В силу «национальной» природы охранных документов на объекты промышленной собственности после их получения иностранец приобретает полный объем правомочий по законодательству РК и защиту от несанкционированного использования. Исключительный характер этих прав п/п. 1 ст. 1 Патентного закона определяет как имущественное право патентообладателя на использование объекта промышленной собственности любым способом, по своему усмотрению. Его суть заключается во временной монополии правообладателя на реализацию и эксплуатацию объекта, извлечение экономической выгоды, распространение (тиражирование) и иные виды использования, когда создатель объекта противостоит всему обществу в отношении данного новшества [19; 425–426]. Длительность охраны дифференцирована в зависимости от вида объекта: патент на изобретение — 20 лет с даты подачи заявки и продление по ходатайству патентообладателя на 5 лет, на полезную модель — 5 лет, с продлением до 3 лет, на промышленный образец — 10 лет, с продлением до 5 лет (ст. 5 Патентного закона); патент на сорта растений — 25 лет, на породы животных — 30 лет, на сорта винограда, древесных декоративных, плодовых и лесных культур — 35 лет (ст. 3 Закона об охране селекционных достижений); регистрация товарного знака — 10 лет, с продлением каждый раз на 10 лет по ходатайству владельца (ст. 15 Закона о товарных знаках); исключительное право на топологию — 10 лет с даты регистрации или первого использования в любой стране мира (ст. 13 Закона о правовой охране топологий). Что же касается права авторства, специальных прав, социальных льгот и преимуществ на объекты промышленной собственности, то в соответствии со ст. 994 ГК они охраняются бессрочно и являются неотчуждаемыми.

Для того чтобы обеспечить защиту своему интеллектуальному продукту, иностранцу надо оформить права на него в соответствии с законодательством РК, выбрав один из трех вариантов: путем подачи конвенционной заявки — в соответствии с Парижской конвенцией, международной заявки — в соответствии с Договором о патентной кооперации (РСТ), евразийской заявки — в соответствии с Евразийской конвенцией [20]. В этой связи Т.Е.Каудыров настаивает на том, что «иностранцы не могут напрямую вести дела по процедуре патентования в уполномоченном органе или экспертной организации», и согласно ст. 36 Патентного закона заявки должны подаваться через патентного поверенного, полномочия которого подтверждаются доверенностью [7; 484]. Такой вывод обосновывается тем, что «в патентных законах всех стран мира предусмотрено обязательное представительство для иностранных заявителей, осуществляемое через аккредитованных патентным ведомством специалистов — патентных поверенных» [21; 93–94].

Между тем в государствах, где иностранные заявители приравнены к собственным гражданам, их проживание или коммерческая деятельность в стране патентования служат основанием для личного ведения патентных дел без помощи третьих лиц, а в остальных случаях не могут самостоятельно подавать заявки и осуществлять иные действия, связанные с патентным ведомством (например, § 12 Патентного закона Швеции, ст. 13 Союзного закона Швейцарии «О патентах на изобретения»). Но эксперт Патентного ведомства США П.Розенберг советует воспользоваться услугами патентного агента или поверенного, как при оформлении патентной заявки, так и на последующих стадиях [18; 275]. Обычно зарубежные изобретатели сами обращаются к патентным агентам, поскольку составление описания изобретения и подготовка других заявочных материалов, ведение переписки с патентным ведомством требуют знания всех нюансов патентного законодательства и процедуры патентования.

Правильнее было бы вести речь не об обязательности, а о целесообразности для иностранцев пользования услугами местных патентных поверенных. Действительно, данный институт создан для адаптации иностранных заявок к местным нормативным требованиям, перевода материалов и формул изобретения на официальные языки, переписки с патентным органом и т.д. В настоящее время иностранцы могут воспользоваться услугами 91 патентного поверенного в РК. Однако буквальное толкование ст. 36 Патентного закона, ст. 5 Закона об охране селекционных достижений, ст. 48 Закона о товарных знаках приводит к выводу, что в их основу положен критерий домицилия, а не гражданства физического лица. Это означает, что через патентных поверенных РК должны осуществлять свои права все физические лица (в том числе и граждане РК), проживающие за пределами РК, а домицилированные в РК иностранцы при временном нахождении за границей могут вести дела самостоятельно, при указании адреса для переписки в пределах РК. Хотелось бы обратить внимание на то, что при решении этого вопроса закон использует два термина: «физические лица, проживающие за пределами Республики Казахстан», и «физические лица, постоянно проживающие в Республике Казахстан» (п. 2 ст. 36 Патентного закона, ст.ст. 4, 5 Закона о селекционных достижениях). Не ясно, имеются ли отличия меж-

ду «проживанием» и «постоянным проживанием» в данном контексте или же это небрежность законодателя? На практике оба обстоятельства, скорее всего, будут определяться путем выяснения наличия у иностранца вида на жительство и адреса для переписки в пределах РК.

Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. (в ред. 1979 г.) отвергает вмешательство в национальные правила, «относящиеся к судебной и административной процедуре и к компетенции судебных и административных органов, а также к выбору местожительства или к назначению поверенного, соблюдение которых требуется на основании законов о промышленной собственности» (п. 3 ст. 2). Следовательно, обеспечение охраны промышленной собственности есть прерогатива самих государств, где испрашивается охрана. Альтернативная норма о ведении дел с патентным ведомством и экспертной организацией (Национальный институт интеллектуальной собственности при Министерстве юстиции РК) самостоятельно или через местного патентного поверенного — это общее правило для всех лиц, постоянно проживающих в РК, независимо от гражданства. Иные субъекты (даже граждане РК), домицилий которых связан с другими странами, осуществляют свои права только через патентного поверенного РК. Поэтому справедлива критика Л.П.Ануфриевой «необоснованных отступлений практики от требований закона», когда обязательное осуществление заявок на получение охраны товарных знаков и изобретений через патентных поверенных ведет к ограничению право- и дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства [19; 36, 463]. Несмотря на благие намерения по облегчению работы патентных органов и иностранных заявителей, было бы неверным навязывание услуг патентных поверенных каждому иностранцу. Как нам представляется, иностранцы, кроме проживающих за рубежом, вправе решать, каким образом оформлять и защищать свои «интеллектуальные» права (лично, через патентного поверенного РК или иного представителя), а обращение к патентным поверенным РК, как наиболее оптимальный вариант, должно быть результатом свободного выбора.

Признание патентным поверенным гражданина РК, постоянно проживающего в РК, подтвердившего квалификационный уровень и зарегистрированного уполномоченным органом (п/п. 12 ст. 1, п. 1 ст. 36 Патентного закона), а также запрет деятельности патентных агентов зарубежных стран в РК служат примерами изъятий из национального режима. Кроме того, традиционная схема обеспечения патентных прав иностранцев на основе взаимности (ст. 38 Патентного закона, ст. 28 Закона об охране селекционных достижений, ст. 16 Закона об охране топологий), достаточно известная в мировой практике (например, Индия, Пакистан, Перу, Россия, Чили и др.), нашла воплощение в двусторонних соглашениях о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности с Азербайджаном (от 23.10.1998 г.), Грузией (от 11.11.1997 г.), Кыргызстаном (от 08.04.1997 г.), РФ (от 28.03.1994 г.), Узбекистаном (от 02.06.1997 г.) и др. Договорные нормы разрешают заявителям и патентным поверенным одного государства вести дела по получению охраняемых документов и подержанию их в силе непосредственно с патентным ведомством другого государства [22].

Таким образом, иностранное присутствие в частно-правовых отношениях, связанных с интеллектуальной собственностью, осложняет последние международным (иностранным) элементом и требует предварительного решения вопроса о компетентном правовом порядке. В отличие от других институтов международного частного права рассматриваемая область характеризуется минимумом коллизионных норм с доминированием привязки к закону страны, где испрашивается защита — *lex fori*, которая органично сочетается с принципом национального режима. Поверхностный взгляд на отсылочный механизм обоих юридических инструментов создает иллюзию их идентичности при часто одинаковом результате — обращении, в конечном счете, к внутреннему материальному праву РК. На самом же деле, это служит показателем способности к урегулированию отношений путем разрешения или преодоления коллизионных ситуаций и тем самым подчеркивает их отраслевое единство. Однако алгоритм действия указанных норм имеет существенные отличия в силу материально-правовой природы *national treatment*. Также некорректна оценка материальной взаимности как формы проявления национального режима — на самом деле, это правило есть изъятие из него и одна из разновидностей взаимности, т.е. самостоятельного принципа международного частного права. Попытки внедрения альтернативных юридических средств (например, режима наибольшего благоприятствования) на практике пока не увенчались успехом.

Трансграничный характер рассматриваемых правоотношений повышает роль международных правовых актов для унификации нормативного материала, определяющего правовой статус иностранцев в соответствующей сфере. При этом процесс внедрения «международных стандартов» охраны интеллектуальной собственности во внутреннее законодательство обязательно должен осу-

ществляться «при учете национальных интересов», на что ориентирует Концепция правовой политики РК на период с 2010 до 2020 гг. Что же касается идеи кодификации, то необходимо предостеречь от слепого копирования модели, аналогичной части 4 ГК РФ, который предстал, по сути, конгломератом норм административно-, гражданско-, и трудо-правового происхождения [23; 44, 24; 17]. Такой вариант объединения всех юридических норм об интеллектуальной собственности вызывает возражения с точки зрения соотношения публичного и частного права как искажающий цивилистическую сущность ГК.

Научно-технический прогресс постоянно вносит коррективы в механизм юридической регламентации и требует постоянного совершенствования нормативно-правовой базы на национальных и международном уровнях. Следует отметить, что качество и прогрессивность принимаемых законодательных решений по вопросам интеллектуальной собственности в РК не вызывают сомнений. Но как всегда камнем преткновения, порождающим вполне справедливую критику, является недостаточная результативность процесса правореализации. Поэтому актуально звучит ставшее афоризмом высказывание Ш.Монтескье: «Когда я приезжаю в страну, я интересуюсь не тем, есть там хорошие законы, а тем, исполняются ли те, которые есть, так как хорошие законы имеются везде». Надежные гарантии авторских и патентных прав иностранцев в Казахстане — это не только вопрос международного имиджа государства, но и создание предпосылок для адекватной защиты прав казахстанских правообладателей за рубежом, в частности, на основе принципа взаимности в соответствующих странах. Дальнейшая гармонизация законодательства об интеллектуальной собственности позволяет надеяться на создание эффективной системы обеспечения творческой свободы и уважительного отношения к результатам интеллектуальной деятельности как иностранных, так и национальных авторов и иных правообладателей.

Список литературы

- 1 *Витрук Н.В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. — М., 1979. — 232 с.
- 2 Постановление Конституционного Совета РК от 28.10.1996 г. № 6 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 4 и пункта 2 статьи 12 Конституции Республики Казахстан» // Вести Парламента. — 1996. — № 16–17. — Ст. 345.
- 3 *Луц Л.А.* Курс международного частного права: В 3 т. — М.: Спарк, 2002. — 1007 с.
- 4 *Канашевский В.А.* Международное частное право: Учебник. — М.: Междунар. отношения, 2006. — 698 с.
- 5 *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности. — М.: Теис, 1996. — 704 с.
- 6 *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». — М.: Спарк, 1996. — 224 с.
- 7 Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный): В двух книгах. — Кн. 2 / Отв. ред. М.К.Сулейменов, Ю.Г.Басин. — Алматы, 2006. — 800 с.
- 8 *Богуславский М.М.* Вопросы авторского права в международных отношениях. — М.: Наука, 1973. — 335 с.
- 9 *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. — М.: Юристъ, 2006. — 606 с.
- 10 <http://www.wipo.int> от 12.03.2010 г.
- 11 *Ахматова З.* Попрять копирайт: В Казахстане авторскому праву нечего защищать // Фокус. — 2009. — 1 окт. — С. 8–9.
- 12 Практика применения законодательства: Право интеллектуальной собственности // Информационная система «ИС. Параграф» от 16.07.2010 г.
- 13 Экспресс К. — 2002. — 10 сент. — № 170 (15083). — С. 2.
- 14 *Каудыров Т.Е.* Право интеллектуальной собственности в Республике Казахстан: Учеб. пособие. — Алматы: Жеті жарғы, 1999. — 68 с.
- 15 <http://www.kazakhstanoday.kz> от 06.10.2009 г.
- 16 *Кульсеитов А.* Трансферт технологий — основа для развития инновационного бизнеса // Казахстанская правда. — 2010. — 30 июня. — С. 4.
- 17 Международное частное право: Учебник для вузов / Под ред. Н.И.Марышевой. — М., 2000. — 532 с.
- 18 *Розенберг П.* Основы патентного права США. — М.: Прогресс, 1979. — 464 с.
- 19 *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: Учебник. В 3 т. — Т. 2: Особенная часть. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 2002. — 656 с.
- 20 Приказ Председателя Комитета по правам интеллектуальной собственности Министерства юстиции РК от 24.04.2007 г. № 52-ОД «Об утверждении Инструкции по составлению, оформлению и рассмотрению заявки на выдачу инновационного патента и патента на изобретение» // Бюллетень нормативных правовых актов центральных исполнительных и иных государственных органов РК. — 2007. — № 8. — Ст. 278; Приказ Председателя Комитета по правам интеллектуальной собственности Министерства юстиции РК от 24.04.2007 г. № 53-ОД «Об утверждении Инструкции по составлению, оформлению и рассмотрению заявки на выдачу патента на полезную модель» // Юридическая газета. — 2007. — № 126 (1329). — 17 авг.; Приказ и.о. Министра юстиции РК от 6.09.2009 г. № 101 «Об утверждении Инструкции по составлению, оформлению и рассмотрению заявки на выдачу патента на промышленные образцы» // Юридическая газета. — 2009. — № 142 (1739). — 18 сент.