



Настоящий текст статьи предоставлен только для личного ознакомления с ним. Запрещается копирование и любое иное использование текста без согласия соавторов, кроме цитирования в соответствии с Гражданским кодексом.

«ИС. Авторское право и смежные права» №3 ЗА 2008 год

ПРАВО НА ИЗОБРАЖЕНИЕ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ С УЧЕТОМ ЗАРУБЕЖНОГО ОПЫТА

В. КОЛОСОВ, аспирант кафедры гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского университета, член кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности,

М. ШВАРЦ, канд. юрид. наук, доцент кафедры гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского университета
(г. Санкт-Петербург)

Введение

В современном мире шоу-бизнеса не только за рубежом, но и в России индивидуальность человека давно стала товаром. Промоутерские и продюсерские агентства часто включают в договоры с актерами условия о передаче им так называемых эксклюзивных прав на изображение, образ, имя актера, на рекламу с его участием и т. п. Аналогичные условия включаются в договоры между спортклубами и спортсменами, в силу которых последние не могут без согласия клуба сниматься в рекламе, иным образом «торговать» своей популярностью. Логика агентств и клубов понятна: они делают вложения в будущих или даже уже состоявшихся звезд, «раскручивают» их и, разумеется, хотят получить дивиденды от своих инвестиций. Однако в России ввиду отсутствия нормативной базы и судебной практики в этой сфере нередки случаи неисполнения таких условий договоров. Есть ли возможность у агентств и клубов отстаивать свои интересы? Существуют ли вообще и могут ли существовать какие-либо права на

индивидуальность, или личностные права¹? Что это за права и каковы их содержание, природа?

1. Право на изображение по действующему законодательству

С 28 июля 2007 г. вступила в силу новая статья (152¹), введенная в часть первую Гражданского кодекса РФ (далее - ГК РФ) п. 13 ст. 17 Федерального закона от 18.12.2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»:

«Статья 152¹. Охрана изображения гражданина

Обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина (в том числе его фотографии, а также видеозаписи или произведения изобразительного искусства, в которых он изображен) допускаются только с согласия этого гражданина. После смерти гражданина его изображение может

¹ В силу полной неразработанности в России рассматриваемой темы в науке отсутствует какое-либо собирательное понятие в отношении вышеуказанных прав. Мы полагаем, что понятие «личностные права» в наибольшей степени соответствует их содержанию; пояснения этому будут даны в конце настоящей публикации.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

использоваться только с согласия детей и пережившего супруга, а при их отсутствии - с согласия родителей. Такое согласие не требуется в случаях, когда:

1) *использование изображения осуществляется в государственных, общественных или иных публичных интересах;*

2) *изображение гражданина получено при съемке, которая проводится в местах, открытых для свободного посещения, или на публичных мероприятиях (собраниях, съездах, конференциях, концертах, представлениях, спортивных соревнованиях и подобных мероприятиях), за исключением случаев, когда такое изображение является основным объектом использования;*

3) *гражданин позировал за плату».*

До этого на территории России действовала норма ст. 514 ГК РСФСР:

«Статья 514. Охрана интересов гражданина, изображенного в произведении изобразительного искусства

Опубликование, воспроизведение и распространение произведения изобразительного искусства, в котором изображено другое лицо, допускается лишь с согласия изображенного, а после его смерти - с согласия его детей и пережившего супруга. Такого согласия не требуется, если это делается в государственных или общественных интересах либо изображенное лицо позировало автору за плату»².

² Федеральный закон от 30.11.1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» прямо отменял действие конкретных разделов ГК РСФСР, однако раздел «Авторское право», включающий ст. 514, не был затронут. Другие нормативные акты также не отменяли действие данного раздела. Соответственно, он применялся постольку, поскольку не противоречил актам, принятым позднее. Применительно к ст. 514 ГК РСФСР противоречия более поздним по времени принятия нормативным положениям отсутствовали, поэтому следует признать, что она действовала до вступления в силу ст. 152¹ ГК РФ. Данная позиция поддерживается в научной литературе. См., например, [1, 2, 3 и др.]. Федеральный закон от 18.12.2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» признает ГК РСФСР утратившим силу (включая и ст. 514) с 1 января 2008 г. Однако, учитывая, что ст. 152¹ ГК РФ действует с 28 июля 2007 г. и регулирует те же

Очевидно, что указанные нормы во многом схожи, поэтому приводимый ниже анализ актуален для них обеих.

Согласно названию статей они призваны обеспечить интересы граждан, связанные с использованием их изображения. Практически все исследователи толкуют данные нормы как обеспечивающие личные неимущественные права и не имеющие коммерческого содержания (см., например: [2, с. 76-90; 4]).

Так ли это? Каковы сфера и механизм их действия?

Во-первых, права изображенного лица ограничиваются в государственных, общественных или иных публичных интересах. Данная формулировка представляет собой частный случай ограничения прав и интересов граждан в общественных интересах (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ). Что же под такими следует понимать?

Одни авторы (И.А. Грингольц, Л.О. Красавчикова, У.К. Суховерхий) относят к ним те, в основе которых лежит потребность в информации о лице, а не о произведении, другие – не дают общую формулировку, а приводят конкретные примеры, такие, как фото разыскиваемого преступника или фото политического деятеля и т. п. Например, М.Н. Малеина полагает, что «более точно было бы указание на то, что без согласия гражданина его изображение используется только в случаях, прямо предусмотренных законом» [5, с. 23], и далее приводит ряд таких случаев (ст. 11 Федерального закона «О милиции», соответствующие положения Уголовно-процессуального кодекса и Гражданского процессуального кодекса РФ и др.)

Несмотря на споры, оговорка «в государственных или общественных интересах» является общепринятой и распространенной в мировом сообществе (см., например, ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) и иностранных государствах. Суд для каждого случая оценивает конкуренцию частных и публичных интересов. Представляется, что вывести универсальную формулу в данном случае невозможно. Поэтому едва ли возможно и нужно реализовать в законодательстве предложение М.Н. Малеиной, поскольку

отношения, следует признать, что ст. 514 ГК РСФСР теряет силу с этой же даты.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

исчерпывающее перечисление в законе всех случаев использования изображения гражданина в государственных, общественных или иных публичных интересах привело бы к еще большим затруднениям на практике и вынесению алогичных решений, когда суд устанавливал бы, что использование изображения имело место именно в этих целях, но в силу того, что спорный случай использования не предусмотрен конкретным законом, вынужден был бы признать его незаконным.

На наш взгляд, невозможно отнести к таким случаям и использование изображения в социальной рекламе. М.Н. Малеина исходя из определения социальной рекламы, приведенного в ст. 3 Федерального закона «О рекламе», сначала относит использование изображения в таком виде рекламы к использованию в общественных интересах, а затем, приводя пример с изображением молодого человека в рекламе проекта «Антиспид», делает оговорку, что *«и социальная реклама должна использовать изображение гражданина с его согласия, если представленная в ней информация нарушает честь, достоинство, деловую репутацию или тайну частной жизни»* [5, с. 23]. Как следует из ст. 10 указанного выше Закона, смысл выделения социальной рекламы состоит в установлении обязанности рекламораспространителя заключать договор на ее распространение в объеме не менее 5% годового объема распространяемой им рекламы и в установлении запрета на упоминание в такой рекламе конкретных товаров, средств индивидуализации, организаций и физических лиц (кроме государственных органов и органов местного самоуправления и пр.). Использование изображения гражданина в социальной рекламе в принципе невозможно без его согласия (как и в любой другой рекламе), несмотря на то, что она направлена на достижение благотворительных и иных общественно полезных целей, потому что гражданин может не разделять такие цели, не поддерживать те идеи и проекты, которые рекламируются, и, следовательно, не желает, чтобы его имя ассоциировалось с данными товарами, проектами, целями. Поэтому даже если социальная реклама сама по себе не нарушает честь, достоинство или тайну частной жизни, это еще не означает, что в такой рекламе

изображение гражданина можно использовать без его согласия.

Очевидно, что ни один случай коммерческого использования не может относиться к государственным или общественным интересам, так как влечет обогащение на стороне конкретного лица.

Здесь стоит упомянуть ст. 29 Конституции РФ, которая гарантирует свободу слова, информации и СМИ. В связи с этим необходимо отметить, что в судебной практике западных стран часто имеют место случаи, когда конкурируют права журналистов на получение и распространение информации и права отдельной личности, затронутой в СМИ. В российской судебной практике дела, связанные с подобными случаями, появились недавно. Западные суды решают дела о защите права на изображение, как правило, исходя из таких критериев, как наличие государственного и общественного интереса в использовании изображения, цель публикации (осуществлена она в коммерческом или некоммерческом СМИ, преследует ли цель привлечь аудиторию или донести жизненно необходимую, важную информацию, касающуюся безопасности, и т. п.), не нарушены ли иные права и законные интересы изображенного лица (не допущено ли искажение изображения, был ли сделан снимок в частной, интимной обстановке и др.).

Соответственно, оговорка о свободном использовании изображения не может распространяться на случаи извлечения прибыли из такого использования.

Во-вторых, ст. 152¹ ГК РФ предусматривает, что разрешение на использование изображения не требуется, если *«изображение гражданина получено при съемке, которая проводится в местах, открытых для свободного посещения, или на публичных мероприятиях... за исключением случаев, когда такое изображение является основным объектом использования...»*. Ключевым в механизме действия данного ограничения является понятие «основной объект использования». В видео- и телерепортажах о публичных мероприятиях, в информационных передачах лицо может быть показано по телевидению или другим образом, и такая демонстрация изображения не требует согласия изображенного. Если же изображение, полученное в ходе такой съемки, используется не в связи с показом события, имевшего место

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

публично, или вне контекста такой съемки, а в иных целях, когда изображение используется самостоятельно как основной объект (например, в той же рекламе), то такое использование допускается уже только с согласия изображенного лица.

В-третьих, устанавливается, что согласия изображенного лица не требуется, когда «*изображенное лицо позировало автору за плату*». Вопрос о том, идет ли здесь речь о даче согласия только на создание произведения в результате позирования и взимании платы лишь за разрешение его создать, в то время как право на использование созданного произведения всегда предоставляется безвозмездно, будет рассмотрен ниже. В любом случае позирование за плату – это совершение двусторонней сделки по предоставлению правомочия создать изображение за встречное предоставление (плату).

Здесь следует отметить, что абсурдным был бы подход, хотя и подпадающий под буквальное толкование анализируемых статей, распространяющий их применение на ситуации, когда, например, лицо позировало на профессиональной съемке за плату, но платило оно фотографу, а не последний платил фотографируемому лицу.

В-четвертых, в силу ст. 514 ГК РСФСР согласие на использование изображения может быть дано детьми изображенного и пережившим супругом, а в силу ст. 152¹ ГК РФ – еще и родителями. Следует предположить, что полномочие давать согласие на использование изображения умершего появляется у указанных лиц на основании перехода права. Возможность такого перехода будет раскрыта ниже, здесь же подчеркнем лишь, что ст. 152¹ ГК РФ расширила перечень родственников, включив в него и родителей умершего.

Наконец, чтобы проводимый анализ был полным, обратимся к ст. 514 ГК РСФСР, которая, в отличие от ст. 152¹ ГК РФ, регулировала права изображенного лица только в отношении изображений, зафиксированных в произведениях изобразительного искусства.

Учитывая, что в современных условиях одним из основных способов является использование изображения посредством фотографии, что имеет немалое коммерческое значение, необходимо определить, включало ли понятие «произведение изобразительного искусства» в контексте ст. 514 ГК РСФСР и

фотографию. Прямого указания на этот счет ГК РСФСР не дает. В ст. 475 ГК РСФСР, посвященной объектам авторского права, такой объект отсутствует, в ней выделены помимо прочих:

- произведения живописи, скульптуры, архитектуры, графического и декоративно-прикладного искусства, иллюстрации, рисунки, чертежи;

- фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии.

При этом далее по тексту раздела четвертого ГК РСФСР («Авторское право») употребляется понятие «произведение изобразительного искусства», содержание которого нигде не раскрывается, но которое по смыслу указанного раздела является родовым понятием по отношению к перечисленным в ст. 475 ГК РСФСР объектам авторского права.

Нельзя не отметить, что п. 4 ст. 495 ГК РСФСР дает основания и для противоположного вывода: «*Допускается без согласия автора, но с указанием его фамилии и с выплатой авторского вознаграждения... использование выпущенных в свет произведений изобразительного искусства, а также фотографических произведений в промышленных изделиях, в этих случаях указание фамилии автора не обязательно*». При буквальном толковании можно сделать вывод, что законодатель не включает в понятие «произведение изобразительного искусства» фотографию, так как использует сочетание «а также», которое представляет собой не уточняющую конструкцию (как, например, «в том числе», «в частности»), а присоединительную (то же, что и союз «и»)³.

³ Закон РФ от 09.07.1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» в ст. 7 среди объектов авторского права отдельно указывает произведения изобразительного искусства, фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии. Сохраняет эту традицию и ст. 1259 ГК РФ, действующая с 1 января 2008 г. Статья 152¹ ГК РФ также разделяет фотографии и произведения изобразительного искусства («...в том числе его фотографии, а также видеозаписи или произведения изобразительного искусства...»). Однако применительно к данной статье такое разграничение не имеет практического значения в

Отсутствие легальной дефиниции адресует нас к общему пониманию термина. Толковый словарь С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой дает следующее определение понятию «изобразительные искусства»: «*Общее название искусств, воплощающих художественные образы на плоскости и в пространстве (живопись, графика, скульптура, а также архитектура)*». «*Произведение – создание, продукт труда, вообще то, что сделано, исполнено; создание творчества, творческой мысли*» [6].

Нет сомнений, что фотография является произведением изобразительного искусства (такое же мнение высказывалось О.С. Иоффе, З.В. Ромовской и др.), причем вне зависимости от сюжета, объекта и качества съемки, уровня искусности, хотя некоторые ученые предлагали давать оценку указанным критериям (тем самым выделяя из числа произведений изобразительного искусства научное, доктринальное, хроникальное фото).

Означало ли содержание ст. 495 ГК РСФСР желание законодателя исключить из числа таких произведений фотографию? Скорее, он использовал в ст. 495 некорректную формулировку. Исключения из правил должны быть прямо и четко предусмотрены.

Таким образом, ГК РСФСР признавал фотографию произведением изобразительного искусства постольку, поскольку она являлась результатом творческой деятельности, вне зависимости от каких-либо иных дополнительных критериев. Тем более нет оснований для противоположного вывода при раскрытии содержания этого термина (произведение изобразительного искусства) в ст. 514 ГК РСФСР, где говорится не об авторском праве, а о праве изображенного лица. Впрочем, проводимый анализ носит в большей степени исторический характер: как уже отмечалось, ст. 152¹ ГК РФ решила эту проблему и не содержит ограничений по кругу объектов, в которых зафиксировано изображение.

Итак, мы рассмотрели, как право на изображение регулируется специальными нормами закона. Что же касается российской судебной практики, то те единичные дела, в которых поверхностно упоминается право на изображение, не представляют, на наш взгляд,

интереса (см., например: [7]). Поэтому далее мы перейдем к анализу опыта западных стран, а также к рассмотрению вопроса, какое место институт права на изображение занимает в системе российского законодательства (связи и отношения с другими нормами) и как он может и должен рассматриваться с учетом общих норм гражданского права и доктринальных позиций.

2. Право на изображение в западных странах (*right of publicity*)

Выражение *right of publicity* можно перевести как право на гласность, публичность. Оно происходит, выделяется из *right of privacy* – право на уединение, частную жизнь, но в более широком понимании, чем в России. И если *right of privacy* представляет собой комплекс неимущественных прав и благ, то, как признается многими, *right of publicity* выделилось из него в качестве комплекса имущественных прав.

Как отмечает Ллойд Рич *Lloyd Rich*, «*право на гласность определяют обычно как право лица контролировать и извлекать выгоду из коммерческого использования своего имени, изображения и личности... В то время как право на гласность представляет собой имущественную сторону личности, право на уединение защищает лицо от душевных страданий по поводу публикации личных сведений, которые могут быть смущающими, интимными или искажающими действительность до оскорбительной степени*» [8].

Уже в 1998 г. юристы Роберт Лебат и Джонатан Дженнингс *Robert Lebate* и *Jonathan Jennings* писали, что «*право на гласность – право человека контролировать коммерческое использование своей индивидуальности (имени, изображения и в некоторых случаях голоса). Как правило, это признается имущественными правами (т. е. Вы ими владеете), которые можно передавать и предоставлять*» [9].

Западные авторы отмечают возникшую необходимость в законодательных нормах, касающихся права на гласность, в том числе права на изображение. Некоторые страны (Бразилия, Перу и др.) и штаты Америки (Калифорния, Вашингтон и др.) так или иначе регулируют эти отношения; в любом случае данные права признаются имущественными и

силу того, что она расширяет сферу действия нормы до любого использования изображения.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

защищаются судами (по определенным вопросам нет единого мнения⁴).

За рубежом передача права на изображение (и на иные подобные «элементы» личности) осуществляется на основании лицензии – исключительной или неисключительной. Юристы признают экономическую важность и необходимость защиты интересов лицензиата от случаев несанкционированного, бесплатного использования полученных им прав другими лицами. Например, дело *Hillerich & Bradsby Co. v. Christian Brothers, Inc.*, 943 F. Supp. 1136 (D. Minn., 1996) касается поданного исключительным лицензиатом иска о запрете использовать имя звезды *HXL* Марка Месье на крюке клюшки конкурента. Это дело приводится как классический пример спора о праве на гласность [10]. Особо обращается внимание на то, что сам Марк Месье, передавший исключительные права на свою персону компании «Хиллэри и Брэдсби», вообще не участвовал в этом процессе.

В Австралии, несмотря на отсутствие законодательного регулирования, право на гласность также признано судами (см., например, дело *Haelan Laboratories, Inc v. Topps Chewing Gum, Inc.*). Это право может передаваться на основе как исключительной, так и неисключительной лицензии.

Судебная практика близкой к нам по законодательству и правопониманию Германии также признает и защищает так называемые права на гласность. Для защиты этих прав, в том числе переданных по договору, суды используют институты деликта и неосновательного обогащения. Последнее может рассчитываться, например, исходя из стоимости лицензии, которую нарушитель должен был бы иметь⁵. К слову, компенсация

убытков, рассчитываемых по стоимости потенциальной, неполученной лицензии, не чужда и российской судебной практике (см., например, постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 06.05.2002 г. по делу № КГ-А40/2613-02 и от 14.04.2003 г. по делу № КГ-А40/1970-03-П).

(Продолжение следует)

⁴ Например, может ли право на гласность переходить по наследству, каков срок охраны после смерти и т. п. Суды некоторых штатов Америки признавали его не за всеми, а только за знаменитостями, однако найти такие дискриминационные решения за последнее время нам не удалось.

⁵ См., например, дело *Herrenreiter / Gentleman Rider, Bundesgerichtshof, N I ZR 151/56* от 14.02.1958 г. Его фабула: фармацевтическая компания без разрешения использовала в своей рекламе изображение наездника с фотографии, сделанной на соревновании. Суд присудил компенсацию в размере

потенциальной (средней) стоимости аналогичных лицензий на право на изображение, признавая при этом, что оно отсутствует в законе, тем не менее, перечень имущественных прав оставлен открытым (как и в России), что и позволяет принять такое решение и присудить компенсацию. Поскольку требование было заявлено не в качестве кондикционного (из неосновательного обогащения), а в качестве деликтного (из причинения вреда), суд для обоснования присуждения компенсации убытков провел аналогию с физическими страданиями, т. е. истец пострадал от того, что его право использовалось без его согласия, а размер убытков был подсчитан вышеуказанным способом.

«ИС. Авторское право и смежные права» №4 ЗА 2008 год

Представляет интерес дело Марлен Дитрих, рассмотренное Федеральным Верховным судом Германии (*Marlene Dietrich, Bundesgerichtshof, N I ZR 49/97* от 01.12.1999 г.). Все вопросы, поставленные в этом деле, и ответы на них актуальны и для российской практики.

Фабула дела такова. В 1993 г. Общество с ограниченной ответственностью «Лайтхаус» (*Lighthouse GmbH*; далее – Общество) использовало имя и биографию актрисы Марлен Дитрих (умершей в 1992 г.) для выпуска мюзикла. Оно зарегистрировало также товарный знак *Marlene*. Мюзикл провалился, однако Общество получило большую прибыль от предоставления другим компаниям («Фиат» и «Эллен Бэтрикс») прав на использование товарного знака и изображения актрисы в их рекламе. Кроме того, Общество само продавало товары с изображением и именем Марлен Дитрих. Позднее оно было ликвидировано.

Единственная наследница актрисы предъявила иск к бывшему генеральному директору Общества, основанный на нарушении личных прав матери, с требованием прекратить их дальнейшее использование. Дело дошло до высшей инстанции. По мнению суда, нормы о неосновательном обогащении в этом деле не применимы, так как оно имело место на стороне Общества, а не его генерального директора. Поэтому суд обратился к институту деликтов.

Статья 823 Германского гражданского кодекса оставляет перечень объектов, которым можно нанести вред, открытым (по сути, так же, как и в России – в ст. 1064 ГК РФ говорится о вреде личности и имуществу, содержание которых не ограничивается исчерпывающим перечнем прав).

Суд признал права на имя и изображение «другими», а именно имущественными, правами. Учитывая, что нарушения прав возникли в коммерческой сфере, суд признал наличие убытков.

Далее встал вопрос о наличии вины, которая по немецкому закону также выступает в форме умысла или небрежности (неосторожности). Суд счел, что ответчик, являясь генеральным директором, был, по крайней мере, конспиратором, соучастником, и

подчеркнул, что в отличие от института неосновательного обогащения соучастие, солидарная ответственность могут иметь место в деликтах.

Наконец, необходимо было подсчитать убытки. Суд пояснил, что для этого допустимы два способа: расчет непосредственно возникшего ущерба или потенциальная стоимость лицензии на использование прав. При этом в последнем случае не имеет значения, стал бы сам истец извлекать коммерческую выгоду или нет, важен факт отсутствия лицензии у нарушителя.

Использование имени и биографии Марлен Дитрих в мюзикле обоснованно не было признано нарушением, так как здесь ее права конкурировали с правами на свободу информации, творчества и прав граждан на информацию (об известной актрисе и ее жизни). Остальное использование (по коммерческой лицензии для рекламы товаров) было признано нарушением, и суд обязал ответчика представить документацию о полученных доходах.

Финальным звеном в цепи рассуждений стал вопрос о возможности защиты указанных прав наследницей (вопрос о наследовании таких прав). Суд пришел к заключению, что *имущественная составляющая личностных прав переходит по наследству*. Это дает наследникам право контролировать любое *коммерческое* использование личностных прав умершего и выдавать лицензии на такое использование. Специально было отмечено, что *моральная (неимущественная) составляющая личностных прав, будучи тесно связанной с конкретной личностью, в данных пределах не может передаваться или переходить по наследству*, но может защищаться наследниками, например, *через* право на защиту чести и достоинства.

Обратим внимание, что немецкий суд, рассмотрев вопрос о неимущественной составляющей права на изображение, указал, что его защита может осуществляться, например, через право на защиту чести и достоинства. Такой вывод представляется верным. Действительно, во всех случаях, когда лицо защищает свои неимущественные интересы в отношении своего изображения, оно на самом деле будет защищать иные самостоятельные права и законные интересы.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

Анализ прецедентов позволяет сделать вывод, что неимущественное право на изображение существует и признается в зарубежных странах лишь по форме (названию), у него нет собственного содержания, оно всегда включается в иные права в зависимости от конкретной ситуации: либо в право на защиту чести и достоинства (в случае искажения изображения, унижающего честь и достоинство), либо в право на частную жизнь (если опубликованный снимок был сделан тайно) и т. п. В рамках общей системы права эта защита подпадает под институт *right to privacy*. То есть в случае защиты лицом некоммерческого интереса в отношении его изображения в основании всегда лежат иные личные неимущественные права и блага.

Не так давно было принято очередное решение Европейского Суда по правам человека (далее - ЕСПЧ) по вопросу опубликования фотоснимка⁶. Гражданин был сфотографирован камерой уличного наблюдения, и СМИ опубликовали его фото, не скрыв лицо. Защищалось право на частную жизнь – самый распространенный вариант защиты при нарушении неимущественного права на изображение.

В п. 61 решения ЕСПЧ указано: «*В связи с этим Европейский Суд вспомнил дела «Люпкер и другие против Нидерландов» (Lupker and Others v. the Netherlands) и «Фридль против Австрии» (Friedl v. Austria), рассмотренные Европейской комиссией, которые затрагивали непредусмотренное использование властями фотоснимков, ранее добровольно предоставленных им (см. решение Европейской комиссии по делу «Люпкер и другие против Нидерландов» от 7 декабря 1992 г., жалоба № 18395/91), а также использование фотографий, сделанных властями во время публичной демонстрации (см. постановление Европейского суда по делу «Фридль против Австрии» от 31 января 1995 г., Series A, N 305-B (мировое соглашение), доклад Европейской комиссии от 19 мая 1994 г., § 49-52). В этих делах Европейская комиссия уделяла внимание тому, является ли опубликование фотографий вмешательством в частную жизнь заявителя (как, например, проникновение и производство*

фотосъемки в квартире), относятся ли фотографии к частной или общественной жизни и можно ли демонстрировать подобные материалы публично или только узкому кругу лиц»⁷.

Далее ЕСПЧ рассуждает, было ли опубликование снимка вмешательством в частную жизнь, было ли оно оправданным и разумным, преследовало ли общественные интересы и удовлетворяло ли им. Как видим, ЕСПЧ рассматривает те же критерии, что перечислены в ст. 514 ГК РСФСР и ст. 152¹ ГК РФ в отношении исключения, касающегося публичного интереса.

Обратимся к делу, в котором немецкий суд рассмотрел требование о возврате неосновательного обогащения за неправомерное использование изображения (*Hans Joachim Fuchsberger, N VI ZR 285/91* от 14.04.1992 г.) Известная в Германии личность Ганс Фухсбергер *Hans Fuchsberger* был с его согласия сфотографирован у вещевого магазина для бесплатного распространения фотоснимка в СМИ, а также рекламы данного магазина. Позже фотограф продал фотоснимок ассоциации оптиков (на фото Ганс Фухсбергер был изображен в очках), которая разослала его своим членам для свободного коммерческого использования. На это Ганс Фухсбергер согласия не давал. Он подал иск о возврате неосновательного обогащения в размере стоимости потенциальной лицензии. Ответчиком выступала не ассоциация (так как на ее стороне не было неосновательного обогащения ввиду возмездности приобретения прав на фотоснимок), а непосредственно один из ее членов, который использовал фото в рекламных целях. Как и по российскому закону, доказывать вину здесь не было необходимости, надо было доказать отсутствие согласия и наличие обогащения. Суд принял позицию истца и удовлетворил его требования.

Судебная практика Польши также идет по пути признания за правом на изображение имущественного характера, а соответственно, и возможности им распоряжаться [11].

Широко обсуждается вопрос о содержании права на изображение в мировом сообществе, в частности во Всемирной организации

⁶ Дело «Пек (Реск) против Соединенного Королевства» (жалоба № 44647/98), постановление Суда от 28.01.2003 г., г. Страсбург.

<http://kolosov.info>

⁷ Неофициальный перевод на русский язык решения Европейского Суда по правам человека выполнили Ю. Берестнева, М. Виноградова.

<http://shvarz.spb.ru>

интеллектуальной собственности (далее - ВОИС). Так, по мнению консультанта ВОИС Лиен Фербаувхедэ *Lien Verbauwhede*, «"личностные права" или "права на гласность" – права, касающиеся, помимо прочего, имени, голоса, подписи, изображения или внешнего облика человека. Эти права включают в себя право контролировать коммерческое использование неотъемлемых черт личности и получать прибыль» [12].

Таким образом, без преувеличения можно сказать, что **право на изображение общепризнанно является полноценным имущественным правом, которое может передаваться его обладателем на любых условиях на основании как исключительной, так и неисключительной лицензии (договора).**

3. Право на изображение в российском законодательстве: правовая природа и перспективы регулирования

Следует признать, что ст. 152¹ ГК РФ, хотя и появилась в Кодексе в эпоху активного формирования рыночных отношений, морально устарела и не отвечает потребностям российского общества и гражданского оборота. Практика настоятельно требует полноценного регулирования имущественных отношений по поводу использования изображения (как было отмечено ранее, это, в частности, очень актуально в сфере рекламы, шоу-бизнеса и т. д.).

Каким образом следовало бы развивать российское законодательство в этом отношении? Попробуем ответить на данный вопрос.

3.1. Право на изображение как неимущественное право

Российская наука⁸ до сих пор вообще не допускала и даже не рассматривала право на изображение как имущественное, а четко и безоговорочно относила его к неимущественным правам, продолжая традицию рассматривать изображение лица как его неотъемлемое, нематериальное благо, как часть гарантии от вмешательства в частную жизнь,

как обеспечение личной неприкосновенности человека и т. п. [13, 2, 3, 4]

Так, Л.О. Красавчикова указывает (относительно ст. 514 ГК РСФСР и согласия лица), что «произвольное (без испрашивания согласия последнего [изображенного лица. – Прим. наше.]) совершение таких действий есть не что иное, как **вторжение в личную жизнь гражданина**, который тем самым лишается возможности самостоятельно решать такой сугубо индивидуальный (личный) вопрос, как выставление или невыставление своего изображения для всеобщего обозрения. Именно с этой позиции **обеспечения правовой охраны личной жизни** и надлежит рассматривать соотношение норм авторского права и нормы о праве гражданина на собственное изображение» [2]. Мнение Л.О. Красавчиковой разделяют многие авторы, также рассматривающие данное право как гарантию от вмешательства в личную жизнь. Далее Л.О. Красавчикова отмечает, что «право на собственное изображение – это не право автора и вообще не авторское право, а личное неимущественное право гражданина, направленное на обеспечение неприкосновенности его личной жизни» [2].

В своей новой работе [4] А.М. Эрделевский пишет: «Кроме того, внешность как элемент личности гражданина, зафиксированная в его изображении в определенный момент времени, может составлять его личную тайну. Более того, любое не обнародованное самим гражданином собственное изображение следует предполагать сохраняемым им в тайне от третьих лиц...». Однако последующее умозаключение ученого представляется чрезвычайно спорным и необоснованным: «Именно тайна внешнего облика гражданина и является тем нематериальным благом, на охрану которого направлено правило ст. 152¹ ГК РФ. Поэтому не разрешенное гражданином обнародование его изображения следует рассматривать как незаконное разглашение его личной тайны... Нарушение запрета на обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина без его согласия влечет возникновение у потерпевшего права на применение предусмотренных гражданским законодательством способов защиты нарушенного права на тайну внешнего облика».

⁸ Ученые, которые так или иначе упоминали в своих трудах об изображении лица: И.А. Грингольд, Т.В. Дробышевская, О.С. Иоффе, Л.О. Красавчикова, М.Н. Малеина, З.В. Ромовская, Е.А. Суханов, У.К. Суховерхий и др.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

Является ли такое отношение доктрины верным? Существует ли необходимость в признании самостоятельности неимущественного права на изображение?⁹ Случайно или закономерно его относят к «гарантиям», «обеспечению» иных неимущественных благ (неприкосновенность частной жизни, честь, достоинство), включают в их содержание?

Следует поддержать вышеуказанный подход судебной практики западных стран, согласно которому самостоятельного неимущественного права на изображение не существует. Более того, признание существования самостоятельного неимущественного права на изображение противоречило бы и действующему российскому законодательству.

В ст. 150 ГК РФ перечень личных неимущественных прав и иных нематериальных благ оставлен открытым, но таковыми могут быть только права и блага, принадлежащие гражданину от рождения (т. е. вне зависимости от признания или непризнания законом, присущие природе самого человека) либо в силу закона. Таким образом, закон очерчивает границы открытого перечня.

Полагаем, что право на изображение не принадлежит человеку от рождения (в отличие от права на жизнь, права на здоровье и т. п.). Это право свойственно не природе человека, а социуму и имеет ценность только в рамках социального взаимодействия и только при определенном уровне развития культуры и техники (который позволяет воспроизводить внешний облик человека в скульптуре, картине, фотографии и т. д.).

Закон не закрепляет право на изображение в качестве личного неимущественного права или иного нематериального блага (в отличие, например, от права на имя). Статья 150 ГК РФ содержит иные права и блага, с помощью

которых человек может защитить свое неимущественное «право на изображение»¹⁰.

Попытаемся оправдать такое законодательное решение. В связи с этим обратимся к известному делению личных неимущественных прав на связанные и не связанные с имущественными.

Как указывает М.И. Брагинский, «связь неимущественных отношений с имущественными выражается в том, что в них участвуют одни и те же лица, и возникают они [отношения] по поводу одного и того же объекта. При этом имущественные отношения в указанных случаях оказываются зависимыми от неимущественных. Так, право считаться автором определенной книги или изобретения является неимущественным (данное право нельзя выразить в деньгах). Однако с этим неимущественным связано имущественное право – право на получение гонорара (вознаграждения), которое возникает у того, кто обладает правом авторства, т. е. правом быть признанным автором книги (изобретения)» (цит. по: [14, с. 18]).

По мнению М.Н. Малеиной, при реализации личных неимущественных прав, связанных с имущественными, они могут становиться предпосылкой возникновения имущественных прав. При этом она тоже приводит пример права авторства и права на вознаграждение. Таким образом, имущественные права, вытекающие из неимущественных, М.Н. Малеина называет вторичными [15].

В отношении личных неимущественных прав, не связанных с имущественными, авторы, поддерживающие такое разграничение, утверждают, что они порождают имущественные отношения лишь в аномальной стадии своего развития – при их нарушении (охранительные отношения) (см., например: [16, с. 10-11]).

⁹ Буквальное содержание приведенной выше цитаты из работы Л.О. Красавчиковой оставляет впечатление, что автор признает самостоятельность права гражданина на собственное изображение, но логика ее рассуждений убеждает в том, что ее взгляд состоит во «включении» права на изображение в состав иных неимущественных прав, признании его гарантией этих прав.

¹⁰ Иное мнение высказывает А.М. Эрделевский: «Изображение любого объекта – это то, что создается из образа такого объекта... В случае изображения гражданина образом является его внешний облик (внешность). Внешность, несомненно, является нематериальным благом, принадлежащим гражданину от рождения, неотчуждаемым и не передаваемым иным способом» [4].

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

На первый взгляд, это позволяет обосновать существование личного неимущественного права на изображение. Действительно, изображение, подобно авторскому произведению, является объектом, существующим отдельно от изображенного лица, в отношении которого у такого лица есть ряд правомочий, образующих содержание личного неимущественного права на изображение. Если поставить задачу выделить и перечислить эти правомочия, то к ним можно было бы отнести право требовать указания себя в качестве изображенного лица, право на неприкосновенность изображения, право определять способы и пределы использования изображения. Но такой вывод был бы поспешным. Дело в том, что каждое из указанных правомочий в отношении изображения является одновременно составной частью либо права на честь и достоинство, либо права на личную жизнь, либо права на имя. В самом деле, право на неприкосновенность изображения, несомненно, является составной частью права на честь и достоинство, право требовать указания себя в качестве изображенного – составной частью права на имя¹¹, а право определять способы и пределы использования изображения – составной частью права на личную жизнь. Поэтому в выделении самостоятельного неимущественного права на изображение нет никакой практической необходимости, его возможное содержание охватывается содержанием иных личных неимущественных прав, уже давно известных законодательству. Как было отмечено ранее, по этому пути идет и мировая практика, относящая право на изображение к числу составных элементов иных, более широких по своему содержанию, неимущественных прав. С этих позиций следует согласиться и с решением законодателя, урегулировавшего в ст. 152¹ ГК РФ лишь охрану изображения, а не содержание и осуществление неимущественного права на изображение.

Однако это не исключает возникновения имущественного права на изображение, для которого неимущественные права будут являться предпосылкой его возникновения. Если гражданский оборот порождает имущественное

право на тот же объект, это не противоречит закону и не преуменьшает ценность самого неимущественного права¹².

Гражданский кодекс РФ не содержит закрытого перечня объектов, входящих в понятия «имущество» или «имущественные права» (ст. 128 ГК РФ), что соответствует основным началам гражданского законодательства (ст. 1 ГК РФ) и принципу свободы гражданского оборота. На экономическом языке это можно выразить фразой: «Продать можно все, что другое лицо готово купить», добавив: «...постольку, поскольку это **прямо** не нарушает запреты гражданского законодательства».

(Окончание

следует)

«ИС. Авторское право и смежные права» №5 ЗА 2008 год

3.2. Право на изображение как имущественное право

Прежде чем анализировать возможность существования имущественного права на изображение в рамках российского права, необходимо обратиться к понятию объектов гражданских прав, «*ибо только наличие*

¹² Ради справедливости отметим, что развитие, изменение природы прав с течением времени свойственно многим из них, ибо само общество со временем изменяется. Еще только в советское время ученые МГУ им. М.В. Ломоносова относили право на фирму, на товарный знак к нематериальным благам: «Такие неимущественные блага, как наименование (фирма), товарный знак, могут принадлежать только юридическому лицу» [17, с. 190]. Сейчас же имущественная природа права на товарный знак не вызывает сомнений. Товарный знак является предметом многих договоров, и права на него передаются или предоставляются за существенные суммы. Фирменные наименования тоже имеют коммерческую ценность и могут быть объектом передачи. Деловая репутация вызывает дискуссии в отношении своей маргинальной природы, ибо, очевидно являясь нематериальным благом, имеет столь же очевидную коммерческую ценность и может так или иначе участвовать в обороте (например, при передаче в соответствии с договором простого товарищества согласно ст. 1042 ГК РФ).

¹¹ Взаимное отношение права на имя и права на изображения заслуживает отдельного рассмотрения.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

объекта права вызывает необходимость возникновения и существования самого правоотношения» [18, с. 597].

Согласно теории множественности объектов (плюралистической теории) объектами являются как материальные, так и нематериальные блага, причем приводятся они в различных сочетаниях. Например, Г.Ф. Шершеневич выделяет три вида объектов: 1) вещи, 2) действия, 3) лица, а И.В. Михайловский - четыре: 1) собственная личность субъекта, 2) вещи, 3) поведение людей, 4) люди (цит. по: [19, с. 876, 804]). В.М. Хвостов предлагает следующую классификацию гражданских прав по их объектам: 1) права на собственную личность субъекта, 2) права на вещи (вещные права), 3) права на действия другого лица (обязательственные права), 4) права на других лиц (семейные права), 5) наследственные права, 6) права на продукты духовного творчества (цит. по: [19, с. 863-866]). Н.М. Коркунов различает четыре категории объектов права: 1) собственные силы субъекта права, 2) силы природы, 3) силы людей, 4) силы общества. По его мнению, раз все наши интересы осуществляются не иначе, как «с помощью какой-нибудь силы», то и «общим образом можно сказать, что объектом права служат силы» (цит. по: [18, с. 598]). Е.Н. Трубецкой выделяет «все то, что может входить в сферу внешней свободы человека, что может сделаться предметом человеческого господства», т. е.: 1) предметы вещественного мира (вещи), 2) действия лиц, 3) самих лиц (цит. по: [18, с. 598]).

Как отмечает М.Н. Марченко, «опираясь на ранее накопленный опыт исследования данной материи [об объекте правоотношения. – Прим. наше.], авторы исходят из того, что под объектом правового отношения следует понимать "те материальные и духовные блага", предоставлением и использованием которых удовлетворяются интересы управомоченной стороны правоотношений» [18, с. 599]. Сам М.Н. Марченко объекты правоотношений классифицирует следующим образом: 1) материальные блага, вещи, 2) результаты духовного, интеллектуального творчества, 3) поведение людей, включая последствия, результаты того или иного поведения; 4) «личные нематериальные и иные социальные блага, которые служат удовлетворению интересов и потребностей участников

правоотношений и по поводу которых возникают у сторон юридические обязанности и субъективные права» [18, с. 600].

По мнению Л.А. Чеговадзе, «бестелесное имущество, о котором упоминалось еще в римском частном праве, также является объектом гражданских прав» [20, с. 24].

Таким образом, как правило, ученые трактуют объекты прав и правоотношений максимально широко. Применительно к исследуемой нами теме особое внимание следует уделить таким категориям, как силы людей, результаты их действий и поведения, поскольку именно труд, усилия и действия лица так или иначе приводят к повышению или понижению ценности его изображения, которая изначально в той или иной степени задается природными данными, но значение последних отнюдь не является превалирующим.

Что выступает предпосылкой появления изображения как объекта имущественного права? Западные исследователи уже задавались этими вопросами. Они пришли к выводу, что изображение (внешний вид), его популярность – это продукт труда личности. «Внешность человека обладает экономической ценностью, которая обычно образуется в результате его усилий и креативности, что дает ему право извлекать из этого коммерческую выгоду» [21]. «...Необходимы значительные затраты времени, усилий, таланта, денежных ресурсов, чтобы стать знаменитым, ввиду этих затрат знаменитости имеют все основания для получения любых денег за использование их славы. Поэтому право на гласность является имущественным правом, отчасти схожим с авторским» [22].

Таким образом, ценность, которую имеет изображение конкретного лица, образуется при использовании его тех или иных способностей, является непосредственным их продолжением и результатом. И как любой объект гражданских прав изображение имеет свою цену. У кого-то оно будет оцениваться десятками рублей, у кого-то миллионами. Именно усилия, статус, действия лица и т. п. формируют стоимость его изображения¹³.

¹³ Мы убеждены, что природная красота – это только задаток, потенциал, который реализуется за счет собственных усилий лица, его действий и деятельности. Сюда же можно отнести и случай (так называемое везение), ибо случай предоставляется

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

Часть 1 ст. 34 Конституции РФ прямо позволяет извлекать коммерческую выгоду из своих способностей. Право на изображение не может быть исключением, так как любое ограничение прав, а тем более конституционных, должно быть прямо и недвусмысленно предусмотрено в федеральном законе (ст. 55 Конституции РФ).

При этом способности не следует понимать сугубо узко. Для возможности коммерциализации изображения не должно иметь значения, предпринимал ли его носитель какие-либо действия для повышения стоимости изображения, как и почему третье лицо заинтересовалось его обликом и использовало его или намеревается использовать. Так же как и любое иное имущество не может использоваться третьими лицами без соответствующего правомочия, так и изображение одного лица не должно служить способом и основанием для извлечения из него прибыли третьими лицами без соответствующих правовых оснований.

Экономическая составляющая права на изображение очевидна, потребность в обороте изображений разных лиц, а соответственно, прав на их изображения также неоспорима. Г.Ф. Шершеневич писал: *«Земледелец, засеявший свое поле и собирающий жатву, ремесленник, занятый изготовлением вещей из сырого материала, торговец, приобретающий товары для дальнейшего их отчуждения, - все они имеют в виду исключительно материальную выгоду, которая может быть получена от промысловой деятельности. Вся цель подобной трудовой деятельности заключается в создании как можно большей меновой ценности, которая дала бы возможность приобретения от других лиц экономических благ, необходимых или признаваемых необходимыми для существования. Понятие меновой ценности составляет основной момент в экономическом труде; стремление приобрести известность в сфере производства сводится исключительно к той же материальной выгоде»* [23, с. 1]. К.П. Победоносцев к имуществу относил все, что может быть предметом обладания. Л.А. Чеговадзе считает, что *«имуществом могут быть не только сами вещи, но и деятельность,*

связанная с их созданием или улучшением, а также любая другая деятельность, производящая социальный эффект. Все перечисленные явления объединяет их экономическая природа – они представляют собой ценности, востребованные обществом, поэтому их оборот требует соответствующего гражданско-правового оформления» [20, с. 23].

В российской научной литературе предпринимались робкие попытки признать экономическую составляющую составляющую неимущественных прав в интересах общества, хотя авторы прямо и не утверждали о необходимости выделения и закрепления имущественного права. Так, А.Е. Шерстобитов указывает на экономический характер права на имя и на необходимость его регулирования для стабильности и определенности гражданского оборота. В отношении же права на изображение А.Е. Шерстобитов говорит еще менее уверенно и расплывчато: *«Право на изображение в современном понимании должно означать, что распространение любого произведения, в котором изображено какое-либо лицо, может осуществляться только с его согласия, а после его смерти – с согласия ближайших родственников»* (цит. по: [24, с. 742-743, 745]).

Как было отмечено ранее, ст. 514 ГК РСФСР и ст. 152¹ ГК РФ предусматривают позирование за плату. Здесь речь идет о двусторонней сделке, договоре, по условиям которого одно лицо за плату получает право создать и затем использовать материальный носитель, фиксирующий изображение другого лица. Следует учесть, что господствовавшая в советский период идеология и признание рассматриваемых отношений исключительно в качестве личных неимущественных позволяют прийти к выводу, что ст. 514 ГК РСФСР, хотя прямо и не запрещала, но отрицательно относилась к взиманию платы за предоставление согласия на использование уже существующего изображения. Иное приводило бы к неизбежному выводу о существовании уже по Кодексу 1964 г. имущественных отношений относительно использования изображения. Соответственно, по смыслу ст. 514 ГК РСФСР плата за позирование являлась только ценой права создать изображение, но не включала в себя стоимость права на использование созданного изображения. При этом обе статьи оставляют открытым вопрос о том, может ли

только тому, кто его ищет: кто-то случай вообще не видит, а кто-то делает все, чтобы он ему представился.

носить возмездный характер предоставление согласия на использование ранее созданного изображения. В современных условиях нет идеологических препятствий для признания платы за дачу согласия на использование уже существующего изображения полностью соответствующей закону. Таким образом, не только позирование может осуществляться на возмездной основе, но и само согласие на использование изображения (ранее созданного другим лицом, например, самим изображенным) может быть предоставлено на условиях платности.

Как следует расценивать данную плату? За что она взимается?

Очевидно, что плата подразумевает *возмездность сделки*: одно лицо соглашается передать право на свое изображение другому лицу на возмездной основе. Размер встречного предоставления, равно как и объем передаваемых прав (право на распространение, способы и условия распространения, право на воспроизведение и т. д.), определяется по взаимному соглашению сторон.

Таким образом, ст. 514 ГК РСФСР и ст. 152¹ ГК РФ устанавливают возможность возникновения *регулятивных*, а не только охранительных отношений по поводу изображения. Эти регулятивные отношения имеют имущественный характер.

Изображенное лицо, давая согласие, управомочивает другое лицо на использование его изображения, предоставляет право, что впоследствии делает такое использование правомерным. Сделка является юридическим фактом, влекущим возникновение права на стороне пользователя. Именно *предоставленное право* является основанием для правомерного использования. Получение платы за предоставление такого права свидетельствует о его имущественном характере.

Аргументом в пользу признания права на изображение имущественным правом служат и положения ст. 514 ГК РСФСР и ст. 152¹ ГК РФ о даче согласия на использование изображения гражданина после его смерти наследниками первой очереди. Они дают основания для вывода о признании самим законодателем права на изображение имущественным правом.

Ученые выделяют два признака, присущих нематериальным благам: а) непередаваемость, неотчуждаемость ни по каким основаниям и б)

признак внеэкономического содержания, невозможность их стоимостной оценки [25, 26].

Таким образом, личные нематериальные блага ставятся вне гражданского оборота и могут только *защищаться* от посягательств и нарушений со стороны третьих лиц самими обладателями (в случае их смерти – наследниками)¹⁴.

Между тем наследники первой очереди уполномочены давать согласие на использование изображения умершего лица. Дача их *согласия* третьему лицу подразумевает совершение *сделки*, т. е. возникновение регулятивных отношений, в отличие, например, от защиты чести и достоинства умершего, когда возникают только охранительные отношения, основанные на законном интересе наследников.

Как уже отмечалось выше, такая сделка в большинстве случаев будет двусторонней и подразумевает встречное предоставление (за исключением одностороннего согласия-сделки). При заключении договора наследники должны «что-то» передать контрагенту взамен платы. Передать законный интерес невозможно. Если они осуществляют право умершего, то

¹⁴ Мы полностью поддерживаем мнение А.П. Сергеева, который считает, что «нематериальные блага неотделимы от личности, и, соответственно, они не могут отчуждаться от своих носителей. В силу этого гражданское право не регулирует связанные с ними отношения, а лишь обеспечивает их защиту (п. 2 ст. 2 ГК)» [27, с. 279]. Данное утверждение можно оспаривать, учитывая ст. 150 ГК РФ, в которой предусматривается возможность наследников не только защищать, но и осуществлять нематериальные права умершего. Мы придерживаемся мнения тех ученых, которые считают, что, *во-первых*, осуществление права является собой регулятивным, а не охранительным характером отношений, что несвойственно нематериальным правам. *Во-вторых*, возникают вопросы, на основании чего действуют наследники, чье право защищают (если право не переходит, а субъекта уже нет), как они могут передавать право, если сами его не имеют, и т. п. Поэтому, на наш взгляд, будет правильным признавать, что если закон допускает возможность осуществления нематериальных прав наследниками, то речь идет о признании законодателем существования одноименного (или соответствующего ему) имущественного права, например права на изображение, которое, будучи правом имущественным, способно переходить к другим лицам и осуществляться ими.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

возникает вопрос, что это за право и на каком основании оно принадлежит наследникам, если его носителя уже нет. Едва ли на этот вопрос можно дать вразумительный ответ с позиций исключительно неимущественной природы данного права. В период принятия ст. 514 ГК РСФСР закон вообще не содержал понятия «осуществление нематериального блага умершего», которое появилось в ст. 150 ГК РФ. Следовательно, у наследников должно быть какое-то право. Нематериальные блага по наследству не переходят, так как неразрывно связаны с личностью. Остается только признать существование соответствующих имущественных прав.

Таким образом, ст. 514 ГК РСФСР и ст. 152¹ ГК РФ не только защищают законные неимущественные интересы лица, связанные с его изображением, но и регулируют имущественное право на изображение самого изображенного лица, устанавливая возможность перехода данного права к его детям, супругу и родителям.

Примечательно, что переход права на изображение после смерти ограничен только наследниками первой очереди, к тому же закон прямо вообще не распространяет на это право режим наследования. Более того, в силу ст. 152¹ ГК РФ право на изображение переходит только по закону (недопустимо его наследование по завещанию), что само по себе может служить доказательством того, что данное право неимущественное и ни о каком его наследовании не может быть речи. Как уже отмечалось, по смыслу ст. 514 ГК РСФСР согласие детей и супруга на использование изображения могло предоставляться только безвозмездно. В условиях современной рыночной экономики имущественный интерес выходит на первый план. Более того, действующий закон не содержит запрета на дачу такого согласия на условиях получения встречного предоставления, что является весомым аргументом в пользу признания имущественной природы права на изображение. Во всяком случае, нет оснований полагать, что соглашение, по которому наследники получают плату за дачу ими согласия на использование изображения покойного родственника, должно быть признано ничтожным. Вопрос же о том, в какой степени данное право может и должно быть подчинено действию норм о наследовании,

в том числе общих норм о наследовании, нуждается в специальном исследовании.

Таким образом, изображение должно быть признано объектом имущественного права, и, соответственно, само право на изображение - имущественным.

Какова же природа этого имущественного права с точки зрения доктрины?

Как отмечал В.А. Дозорцев, «*всякие товарные отношения опираются на некоторые общие предпосылки независимо от специфики объекта, без них товарные отношения невозможны. Такой предпосылкой является наличие у товаровладельца монополии, которая в зависимости от свойств объекта получает разное правовое закрепление. Для материальных вещей монополия выражается в институте права собственности, а для нематериальных результатов исключительной деятельности – в исключительных правах. Если быть точным, то монополия получает юридическое выражение в общей категории абсолютных прав, одной из ветвей которых, и в течение тысячелетий единственной, является право собственности, а другой, сравнительно недавно появившейся, - исключительные права*» [28, с. 287-288].

По мнению Г.Ф. Шершеневича, «*так как цель юридической защиты клонится во всех указанных случаях¹⁵ к предоставлению известным лицам исключительной возможности совершать определенные действия, с запрещением всем прочим возможности подражания, то эти права могут быть названы исключительными. Исключительные права занимают место в системе прав в отделе прав абсолютных, рядом с вещными правами... Различие между вещными и исключительными правами заключается в объекте их*» [29, с. 333].

Таким образом, по правовой природе право на изображение следует признать исключительным правом, содержание которого составляют, как это определяется и западными юристами (см. выше), возможность лица использовать и распоряжаться своим изображением, противопоставленная обязанности других лиц воздерживаться от такого использования, возможность контролировать использование своего

¹⁵ Г.Ф. Шершеневич говорит здесь о средствах индивидуализации фирмы и об интересах авторов.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

изображения (определять способы использования, пределы и т. д.). Только само лицо вправе упределить другое лицо на использование его изображения. Данное правомочие может предоставляться путем заключения договоров, для классификации которых применяют такой сложившийся в сфере интеллектуальной собственности (соответственно, и в сфере исключительных прав) понятийный аппарат, как исключительная и неисключительная лицензия, т. е. право на изображение может и предоставляться (неисключительная основа), и передаваться (исключительная основа).

В этом аспекте содержание ст. 514 ГК РСФСР и ст. 152¹ ГК РФ в отношении свободного использования изображения в случае позирования за плату ставит перед нами три вопроса: 1) о правомочных субъектах на такое использование, 2) об объеме, способах использования, 3) о характере прав на использование (исключительные или неисключительные). Следует учитывать, что в данных статьях под изображением понимается конкретное изображение, зафиксированное на определенном материальном носителе, а не ~~об~~ изображение в общем. Поэтому и ниже мы комментируем поставленные вопросы в отношении конкретного изображения лица.

1. По буквальному смыслу указанных статей позирование за плату выводит соответствующее изображение лица из коммерческого оборота, оно, согласно терминологии авторского права, становится общественным достоянием. Однако очевидно, что подобное положение не устроило бы не только позирующего, но и заинтересованного пользователя. Следуя системному и целевому толкованию, исходим из того, что правомочным субъектом становится то лицо, которому изображенное лицо позировало за плату.

2. Учитывая, что закон не содержит ограничений по способам использования изображения, а данный случай свободного использования предусмотрен в интересах пользователя, необходимо сделать вывод, что допускается использование в любых объемах и любыми способами. Вместе с тем такое толкование было уместно только в период принятия Кодекса 1964 г., имея в виду идеологию и экономические условия советского времени. В современных условиях объем использования создаваемого в ходе позирования

изображения оказывает влияние и на размер платы за позирование. Соответственно, одновременно с соглашением о позировании сторонам следует оговорить и объем (способы и т. д.) дальнейшего использования создаваемого изображения, в противном случае пользователь может использовать его в любом объеме и любыми способами, что явно не отвечает интересам изображенного лица.

3. Содержание статей в принципе не позволяет ответить на вопрос о характере получаемых прав. Представляется, что лицо, оплачивающее позирование, должно получать исключительные права на использование созданного изображения. Автор, оплачивающий позирование, разумеется, рассчитывает не только получить право свободно использовать созданное изображение, но и исключить его использование третьими лицами, поскольку именно средства автора вложены в создание данного изображения. Кроме того, лицо, создавшее изображение в результате позирования, приобретает авторские права на произведение, в котором зафиксировано данное изображение, а для изображенного использование такого изображения и (или) распоряжение какими-либо правами на него становится невозможным в силу их неотделимости от авторских прав на произведение, в котором фиксируется соответствующее изображение.

Безусловно, вышеизложенное не препятствует сторонам определить любые условия использования изображения.

При отсутствии полноценного законодательного регулирования имущественной составляющей права на изображение (как в ГК РСФСР, так и в ст. 152¹ ГК РФ) содержание договоров о предоставлении права на использование изображения будет полностью определяться сторонами. Согласно принципу свободы договора (ст.ст. 1 и 421 ГК РФ) сделка может содержать любые условия, если они прямо не противоречат действующему законодательству. Форма такого соглашения должна соответствовать требованиям ГК РФ о форме сделки. Это справедливо и для формы соглашения о позировании за плату в анализируемых статьях гражданского закона. Мы считаем необходимым заключение договора о предоставлении права на использование изображения в письменной форме для подтверждения достигнутых договоренностей в

отношении способов, форм и пределов использования изображения. Какими должны быть последствия несоблюдения письменной формы? Если исходить из того, что эти последствия должны быть такими же, какие в настоящее время предусмотрены ст. 162 ГК РФ, то именно изображенные лица окажутся в неблагоприятном для них положении. Это связано с тем, что с помощью допустимых средств доказывания, как правило, практически всегда можно будет установить наличие двух существенных условий такого соглашения, предусмотренных ст. 152¹ ГК РФ, а именно: позирование (доказательством которого будут являться материалы, зафиксировавшие изображение, и прочие доказательства) и внесение платы за него (доказательством которого будет являться документ о получении платы), а соответственно, такое изображение может быть использовано любым способом. При этом доказать конкретные условия соглашения (способы, формы, пределы использования и т. п.) практически нереально.

В связи с изложенным представляется целесообразным установить, что при несоблюдении простой письменной формы сделки такой договор (а равно односторонняя сделка) является ничтожным, так как лишь письменное соглашение позволит обеспечить достижение договоренности не только о размере платы за право на изображение, но и о способах использования изображения, право на которые предоставляется по данному договору. Это будет обеспечивать максимальную защиту прав изображенного лица.

Здесь следует напомнить о возможности применения аналогии закона (ст. 6 ГК РФ). В России, в отличие от западных стран, едва ли можно говорить о сложившемся обычае делового оборота, соответственно, могут применяться нормы, регулирующие сходные отношения. Представляется, что к сходным отношениям можно отнести авторский договор, лицензию на товарный знак и договор уступки товарного знака¹⁶, которые регулируют оборот исключительных имущественных прав.

Учитывая рассмотренные российские доктринальные и законодательные

предпосылки, а также мировые¹⁷ и российские тенденции по коммерциализации элементов личности человека (внешности, имени, голоса, даже отличительных привычек), мы приходим к **выводу о существовании имущественного права на изображение и возможности его оборота.**

Выводы

В России пока нет должного законодательного регулирования имущественного права на изображение. На наш взгляд, лучше и не принимать поспешно соответствующих норм, а учесть как отечественный практический опыт, так и опыт иностранных государств, который гораздо богаче российского.

Из вышеизложенного *de lege ferenda* (в качестве рекомендации законодателю) можно было бы сделать следующие выводы:

1) право на изображение является имущественным правом, которым лицо может беспрепятственно и свободно распоряжаться, определяя способы, пределы, формы использования своего изображения и т. д.¹⁸ Лицо вправе предоставлять любые права в отношении своего изображения по неисключительной лицензии или передавать их по исключительной лицензии (уступить права);

¹⁷ Право на изображение не только признается гражданским оборотом и судебной практикой, но и регулируется на законодательном уровне. Так, Гражданский кодекс Калифорнии в ст. 990 прямо называет права на имя, голос, подпись, фотографию, изображение имущественными правами, свободно передаваемыми по частям или в целом по договору или любому иному документу (перевод В.А. Колосова). Похожая норма содержится в законе штата Вашингтон.

¹⁸ А.М. Эрделевский хотя и не характеризует право на изображение как имущественное, тем не менее в содержании блага на внешность (напомним, ученый считает, что изображение создается из внешности) выделяет «возможность гражданина формировать свою внешность по своему усмотрению, сохранять и изменять ее, определять круг лиц, которым гражданин предоставляет возможность обозрения своей внешности, фиксировать или разрешать фиксацию своей внешности в определенный момент времени путем, например, фотографирования, видеосъемки и т. п.» [4].

¹⁶ Большинство западных авторов проводят такие же аналогии. См., например: [9].

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

2) последствием несоблюдения простой письменной формы сделки по передаче или предоставлению права на изображение является ее недействительность;

3) право на изображение принадлежит любому лицу вне зависимости от его известности, популярности, репутации, способностей или иных факторов, которые способны определять лишь ценность и стоимость такого права для третьих лиц и общества;

4) следует определить судьбу данного права после смерти субъекта. При этом более правильным будет:

а) ограничить срок существования, действия права на изображение после смерти лица, как, например, это имеет место в авторском праве. Постольку же, поскольку срок не истек, право переходит по наследству как любое иное имущество;

б) признать бессрочность существования права на изображение.

Какой из вышеуказанных путей реализовать в законе – вопрос крайне спорный и неоднозначный и нуждается в отдельном исследовании.

Если же позволить себе немного отвлечься от темы настоящей публикации, то можно предложить законодателю выделить не только право на изображение, но и иные *личностные права* и отнести к ним права на любые индивидуализирующие лицо особенности, черты и способности (права на имя, на голос, на изображение, на образ). Мы полагаем, что собирательный термин «личностные права» наиболее емко и полно отражает содержание вышеперечисленных прав. Более того, он встречается в работах юристов ВОИС и материалах стран континентальной системы права (в том числе в судебных решениях Германии). Используемый в странах общей системы права термин «право на гласность» не является описательным и не будет понятен; он имеет смысл в их системе только как противопоставление «праву на частность (частную жизнь)» (*right to publicity, right to privacy*).

Закрепление указанных положений сделает оборот права на изображение более стабильным, а отношения по его поводу более надежными и предсказуемыми. Такая потребность очевидна, учитывая большое количество договоров, содержащих положения

о разрешении использования изображения или даже о передаче исключительных прав на изображение другой стороне (договоры с ведущими, участниками ТВ-шоу, актерами, певцами, спортсменами и т. д.).

Литература

1. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. – Изд. 2-е, перераб. и доп.. – М. : ПБОЮЛ Гриженко Е. М., 2001.
2. Красавчикова Л. О. Авторское право и право гражданина на собственное изображение // Проблемы современного авторского права. – Свердловск : Изд-во УрГУ, 1980.
3. Погуляев В., Тулубьева И. Право на изображение // ИС. Авторское право и смежные права. - 2004. - № 3.
4. Эрделевский А. М. Об охране изображения гражданина // СПС «КонсультантПлюс», 2007.
5. Малеина М. Н. Использование в рекламе изображения гражданина: правовые основания и последствия // Закон. - 2007. - № 10.
6. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. – М. : Азъ, 1992; <http://www.lib.ru/DIC/OZHEGOW/>
7. Эрделевский А. М. Споры о компенсации морального вреда // Российская юстиция. – 1997. - № 2; СПС «КонсультантПлюс».
8. Lloyd L. Rich. Right of Publicity // FindLaw - Document Library: URL: <http://library.findlaw.com/2000/Sep/1/130032.html> (24.05.2006 г.). - (Перевод В.А. Колосова).
9. Robert J. Lebate, Jonathan S. Jennings. The developing right of publicity // McBride Baker & Coles: URL: http://www.mbc.com/db30/cgi-bin/pubs/RJL-Developing_Right_of_Publicity.pdf (26.05.2006 г.). - (Перевод В.А. Колосова).
10. Baila H. Celedonia. Recent Developments in the Right of Publicity in the United States // Cowan, Liebowitz & Latman, P.C.: URL : <http://www.cll.com/articles/article.cfm?articleid=10> (24.05.2006 г.).
11. Ewa Kurowska-Tober. Commercial use of the right to a likeness. Part I // Warsaw Voice: URL: <http://www.warsawvoice.pl/view/7088> (24.05.2006 г.).
12. Lien Verbauwhede. Savvy Marketing: Merchandising of Intellectual Property Rights // WIPO - World Intellectual Property Organization: URL: <http://www.wipo.int/sme/en/documents/merchandising.htm> (24.05.2006 г.). - (Перевод В.А. Колосова).
13. Гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. - М.: Волтерс Клувер, 2004. - Т. I.

Право на изображение в российском праве с учетом зарубежного опыта

14. Комментарий части первой Гражданского кодекса РФ для предпринимателей. - М. : Правовая культура, 1995.
15. Малеина М. Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан : пособие для слушателей народных университетов / ред. И.А. Иринархова ; Народный университет. Факультет правовых знаний. - М. : Знание, 1991.
16. Ярошенко К. Б. Жизнь и здоровье под охраной закона. Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав граждан. - М. : Юрид. лит., 1990.
17. Гражданское право / А.М. Белякова, С.Н. Братусь, Е.Н. Гендзахадзе и др. ; отв. ред. С.М. Корнеев и П.Е. Орловский. - М. : Юрид. лит., 1969. - Т. 1.
18. Марченко М. Н. Теория государства и права : учебник. - 2-е изд., перераб. и доп. - М. : Проспект : ТК Велби, 2006.
19. Хропанюк В. Н. Теория государства и права : хрестоматия. - М. : Интерстиль, 1998.
20. Чеговадзе Л. А. К дискуссии о природе имущественного права // Законодательство. - 2003. - № 11.
21. Paul A. Winick, Noel Garcia. Tiger Woods - The Use of Celebrity Images In Works of Art : The Right of Publicity v. The First Amendment // FindLaw - Document Library: URL: <http://library.findlaw.com/2003/Dec/1/133182.html> (26.05.2006 г.). - (Перевод В.А. Колосова).
22. Russell J. Frackman, Tammy C. Bloomfield. The Right Of Publicity: Going to the Dogs? // The UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy: URL: <http://www.gseis.ucla.edu/iclp/rftb.html> (26.05.2006 г.). - (Перевод В.А. Колосова).
23. Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. - Казань : Типография Императорского университета, 1891.
24. Гражданское право : учебник : в 2 т. / В.С. Ем, И.А. Зенин, Н.И. Коваленко и др. ; отв. ред. Е. А. Суханов. - 2-е изд., перераб и доп. - М. : БЕК, 1998. - Т. 1.
25. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный) / А.К. Губаева и др. ; под ред. Н.Д. Егорова, А.П. Сергеева. - 3-е издание, перераб. и доп. - М. : ТК Велби : Проспект, 2006. - (Автор комментария к ст. 150 – канд. юрид. наук О.А. Федорова).
26. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. - М. : Юрайт-Издат, 2004. - (Автор комментария к ст. 150 – д-р. юрид. наук С.А. Чернышова).
27. Гражданское право : учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. - Изд. 6-е, перераб. и доп. - М. : ТК Велби, 2002. - Т. 1.
28. Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права : сб. статей. - М. : Городец, 2000.
29. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. - Тула : Автограф, 2001.

© Колосов В.А., Шварц М.З, 2008.