



**КОЛОСОВ
ВАДИМ АНАТОЛЬЕВИЧ**

руководитель
Юридической фирмы
Вадима Колосова

ПАРОДИЯ В СИСТЕМЕ АВТОРСКОГО ПРАВА

Настоящая статья посвящена теме, мало изученной в современной правовой доктрине России, — правовой природе пародийного произведения. Актуальность предлагаемых вниманию читателей вопросов не вызывает сомнений, поскольку речь идет о распространенной форме свободного использования произведения, не предполагающей согласия правообладателей и выплаты вознаграждения, которая была впервые прямо закреплена в законодательстве России в четвертой части ГК РФ. Автор предлагает вниманию подходы и критерии для разграничения пародии и незаконного использования произведения.

Ключевые слова: авторское право, пародия, исключительные права, свободное использование произведения, незаконная переработка

В соответствии с п. 3 ст. 1274 ГК РФ создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии либо карикатуры допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения. Это положение вступило в силу 1 января 2008 г., до него же в России не существовало норм, прямо регулирующих правовой статус пародий. С этого момента прошло уже более пяти лет, но, несмотря на актуальность и важность вопроса, так и не было проведено сколько-нибудь глубокого правового исследования этого предмета. Скучна и недостаточно последовательна и судебная практика по соответствующим спорам.

Между тем создание пародии подразумевает использование чужих произведений без согласия правообладателей и без выплаты вознаграждения, что в значительной степени способно ограничить последних в их имущественных правах. Поэтому существенно важно понимать, что законом относится к пародиям, каковы критерии разграничения пародий от производных произведений и частичного или полного использования чужих оригинальных произведений. Отсутствие четкого понимания границ между пародией и незаконным заимствованием не позволяет в полной мере реализовать свободу творчества и развивать пародийный жанр либо, наоборот, приводит к необоснованному ущемлению прав правообладателей оригинальных результатов интеллектуальной деятельности (при расширительном толковании пародий). Непоследователь-



ность в подходах затрудняет защиту и реализацию прав как создателей оригинальных произведений, так и пародистов.

Понятие пародии с точки зрения юриспруденции и филологии

Закон не дает легального определения пародии, а потому по общему правилу следует понимать термин в общеупотребительном значении.

Буквально «пародия» — это «пение наизнанку» (от *para* — против и *ode* — песнь). Термин первоначально использовался в теории музыки и означал заимствование и творческую переработку исходного материала: мелодии, мотива, приемов гармонизации. Затем этот термин перенесли в поэзию для обозначения жанра, в котором при сохранении стихотворной формы источника меняется содержание, чаще комичным образом¹.

В теории литературы в начале XX в. пародия понималась как «жанр, в котором известное произведение, взятое в качестве образца, служит объектом подражания в другом произведении, но таким образом, что подражание касается только внешней стороны „образца“ — его ритмики, синтаксиса, сюжетных положений и т.п., — имея совершенно иную внутреннюю направленность»². В этом определении не выделяется комический эффект пародии, хотя он и следует из дальнейшего текста и примеров к нему.

Приведем наиболее актуальные, на наш взгляд, определения пародии, максимально приближенные к общеупотребительному значению слова. Итак, пародия — это «комическое или сатирическое подражание кому-чему-нибудь»³; «комическое или сатирическое подражание кому-чему-н., в преувеличенном виде воспроизводящее характерные особенности оригинала»⁴; «сатирическое произведение в прозе или в стихах, комически имитирующее, высмеивающее какие-нибудь

черты других литературных произведений»⁵. Как видим, во всех определениях явно выделяется сатирический или комический характер пародии.

Особое внимание обращает на себя определение Д.Н. Ушакова, согласно которому пародия бывает в форме прозы или стихов, т.е. подчеркивается содержательный аспект, выраженный в словесной форме.

Г.И. Лушникова исследует проблемы только литературных пародий, тем не менее следует обратить внимание на то, что, по ее мнению, «пародия представляет собой когнитивную метафору пародируемого объекта в том смысле, что она преобразует, трансформирует прототекст, репрезентируя его ведущие черты в критически-комическом свете. Пародия дает новый взгляд, новое видение пародируемого текста, она подразумевает сравнение пародирующего и пародируемого, в результате которого создается комический образ прототекста. Жанр пародии относится к вторичным текстам художественной литературы, главная функция которого — критическая и одновременно комическая интерпретация прототекста»⁶.

При исследовании пародии в филологии и юриспруденции ставятся различные цели, задачи, разнятся объекты исследования и применяемые средства, теоретическая база. Поэтому недопустимо слепое заимствование терминов, понятий и/или достигнутых выводов из одной науки в другую. Следует согласиться с Р.Л. Лукьяновым, говорившим о невозможности толкования в правовых отношениях термина «пародия» без каких-либо оговорок, в том варианте, который предлагают толковые словари⁷.

Из приведенных общеупотребительных и литературоведческих понятий видно, что пародия, сатира⁸, ко-

¹ См.: Власов В.Г. Новый энциклопедический словарь изобразительного искусства: в 10 т. СПб., 2004–2009.

² Литературная энциклопедия: словарь литературных терминов: в 2 т. / под ред. Н. Бродского, А. Лаврецкого, Э. Лунина и др. М.—Л., 1925.

³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992.

⁴ Крысин Л.П. Толковый словарь иноязычных слов. М., 2008.

⁵ Толковый словарь русского языка: в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М., 1935–1940.

⁶ Лушникова Г.И. Когнитивные и лингвостилистические особенности литературной пародии: дис. ... д-ра филол. наук. Кемерово, 2010. С. 10, 225.

⁷ См.: Лукьянов Р.Л. Гражданско-правовой режим охраны пародии // Право интеллектуальной собственности. 2012. № 1 (21).

⁸ «Сатира — художественное произведение, остро и беспощадно обличающее отрицательные явления действительности» (Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч.).

«Резкое обличение, гневное осмеяние отрицательных явлений действительности, а также произведения обличительного (сатирического) характера» (Локшина С.М. Краткий словарь иностранных слов. М., 1988. С. 451).

медия⁹ тесно связаны и так или иначе направлены на высмеивание. Как представляется, в юриспруденции пародию от комедии и сатиры следует отличать по ее объекту: на что именно направлено высмеивание? Если на те или иные явления действительности, лиц и т.д., то это самостоятельное, оригинальное и независимое комическое или сатирическое произведение. Если же высмеивается другое произведение, то перед нами, вероятнее всего, пародия.

Д. Липчик обращает внимание на то, что «пародия является шуточной имитацией серьезного произведения»¹⁰. Именно и прежде всего — другого произведения. К такому же выводу приходит В.Э. Фридман: «Принято проводить различие между пародией, которая, как правило, направлена против какого-либо конкретного произведения, и сатирой, которая пародирует жанр и (или) пороки общества в целом»¹¹.

Итак, по нашему мнению, в юриспруденции к пародии (в том числе в целях ст. 1274 ГК РФ) следует относить произведение, высмеивающее другое (оригинальное) произведение или его части.

«Сатира (лат. — *satira*, от более раннего *satira*, букв. — смесь, всякая всячина) — специфичная форма художественного отображения действительности, посредством которой обличаются и высмеиваются отрицательные, внутренне превратные явления; вид комического: уничижающее осмеяние изображаемого, раскрывающее его внутреннюю несостоятельность, его несоответствие своей природе или предназначению, „идея“» (Вулис А.З. Сатира // Краткая литературная энциклопедия / гл. ред. А.А. Сурков. М., 1962–1978. Т. 6. 1971. С. 673).

«Вид художественной литературы в прозе или стихах, ставящий своей задачей критику, обличение и высмеивание отрицательных явлений действительности» (Квятковский А.П. Поэтический словарь. М., 1966. С. 253).

⁹ «Комедия (от греч. *ko-mos* — весёлая процессия и *o-de* — песня) — один из видов драмы, в котором персонажи, события и сюжет вызывают смех и проникнуты комическим» (Шпагин П.И., Малинина Л.И. Комедия // Краткая литературная энциклопедия / гл. ред. А.А. Сурков. М., 1962–1978. Т. 3. 1966. С. 680).

«Главная задача комедии — осмеяние „недолжного“, попытка изменить мир или сознание зрителей с помощью смеха над отрицательными чертами действительности» (Литература и язык. Современная иллюстрированная энциклопедия / под ред. А.П. Горкина, П.А. Николаева, М.В. Строганова. М., 2006).

¹⁰ Липчик Д. Авторское право и смежные права. М., 2002. С. 102.

¹¹ Фридман В.Э. Охрана частей и структурных элементов произведения как объектов авторского права в России и США: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 116.

Однако для квалификации произведения в качестве пародии не следует ограничиваться лишь данным определением — необходимо учитывать критерии разграничения, которые будут подробнее рассмотрены ниже.

Объекты пародирования

Важно определить, что вообще может выступать объектом пародирования в юридической трактовке этого термина.

Пародия, как она понимается в ст. 1274 ГК РФ, критикует в юмористической форме или высмеивает оригинальное произведение. При этом не все смешное и не любой юмор высмеивает или критикует. Норма о пародиях находится в гл. 70 ГК РФ, которая регулирует вопросы авторского права. Пародия создается в результате творческой деятельности, приводящей к появлению нового произведения — самостоятельною объекта авторских прав.

Как сами критика и высмеивание, так и объекты, на которые они направлены, могут передаваться исключительно в виде информации, выражающей ту или иную идею, содержащую определенный смысл. Как представляется, языковые средства для передачи семантического сообщения не безграничны.

Наиболее привычная и легко воспринимаемая всеми форма информации — словесная (устная или письменная). Речь — самый распространенный коммуникативный инструмент.

Информация также может быть передана визуально (в статической или динамической графической форме: картинки, фотографии, видео и т.д.): с помощью визуальной информации можно формировать четкие семантические образы, которые будут по большей части одинаково восприниматься большинством. Например, картина в стиле абстракционизма не вызовет четких единых образов, так как это течение характеризуется отказом от правдоподобного изображения реальных предметов и оставляет большой простор для фантазии и индивидуального домысливания. В то же время картина в стиле реализма со значительной большей долей вероятности будет воспринята одинаково, так как на ней будут отображены известные нам



предметы такими, какими мы их знаем. Невозможно пародировать (критиковать или высмеивать) то, что вызывает различные семантические образы. Пародия должна всегда оставаться пародией и восприниматься обществом как таковая.

Информация может передаваться и в несловесной звуковой форме, например в музыке.

«В музыке существуют устойчивые приемы пародии. Во-первых, это приемы, связанные с определенной организацией интонационной структуры музыкального текста. Во-вторых, приемы, апеллирующие к внутримысленной смысловой сфере, связанной с текстом — если она у него есть (программная и вокальная музыка, жанры музыкального театра)... Среди характерных музыкальных приемов, приводящих к деформации, — поляризация одного или нескольких параметров интонационного материала. Таково использование диаметрально противоположных средств по сравнению с оригиналом — низкого тембра вместо высокого, быстрого темпа вместо медленного, громкой динамики вместо тихой (и наоборот). В результате в пародии оригинальные средства обретают отрицательный знак. При этом пародийный эффект может возникать просто за счет резкого нарушения стереотипов восприятия... Иногда достаточным оказывается изменение только тембра, темпа или динамики для создания пародийного эффекта»¹².

Из приведенного отрывка видно, что автор относит к пародиям как произведения, нацеленные на внутримысленную семантику оригинала, так и интонационно меняющие оригинал. Представляется, однако, что чисто интонационное изменение музыкального произведения (как далее автор расшифровывает — изменение тембра, темпа, динамики) образует в чистом виде переработку (творческое переосмысление оригинала), но никак не пародию.

Позиция А.В. Денисова основывается, вероятно, на уже упомянутом историческом понимании термина «пародия», присущего именно музыкальной сфере: пародия как перепев — это заимствование и творческая переработка исходного материала: мелодии, мотива, приемов гармонизации¹³.

Действительно, при определенных обстоятельствах некоторые музыкальные переработки могут вызывать ассоциации веселости, игривости, но не высмеивания, ибо высмеивание всегда направлено на содержательно-смысловую часть.

Хотя в музыке (без текста), в отличие от других несловесных звуков (звуки природы, шум и т.д.), существует нотная запись, но в настоящий момент не представляется возможным передавать семантику в несловесной звуковой форме, поскольку нет единого языка толкования смысла, информационного наполнения несловесных звуков (в том числе музыки). Даже когда определенное музыкальное произведение вызывает в обществе стойкие ассоциации (например, гимн, военные музыкальные произведения, свадебная музыка), их, на наш взгляд, недостаточно для возможности высмеивания или критики именно оригинального произведения, а не явления, с которым ассоциируется соответствующее произведение (о целях создания пародии см. в разд. 4).

При этом формулировка п. 3 ст. 1274 ГК РФ, допускающая создание произведения в жанре музыкальной пародии, не противоречит сделанному нами выводу по той причине, что в законе говорится о способе выражения нового произведения — пародии, а не оригинального. Безусловно, пародия может выражаться в разных формах, в частности в форме литературного произведения, музыкального произведения с текстом, аудиовизуального произведения. Однако в любом случае объемы разрешенного заимствования чужих произведений строго ограничены (см. подробнее разд. 4).

|| Таким образом, пародироваться может только информация в любой форме, имеющая смысл. На настоящем этапе развития общества человек способен осознавать, воспринимать (а не домысливать, предполагать) семантику тогда, когда она выражена в форме слова или визуально, но не в бессловесной звуковой форме.

В связи с этим можно согласиться с мнением Н.В. Иванова: «Как известно, большинство пародий на произведения данного вида (музыкальные произведения с текстом. — В.К.) высмеивают их текстуальную составляющую, оставляя музыкальную часть в неизменном виде. Едва ли в таком случае можно говорить о пародии на музыкальное произведение и отрицать за ком-

¹² Денисов А.В. О феномене пародии в музыкальном искусстве // *НВ: Культуры и искусства*. 2012. № 1. С. 206–227.

¹³ Власов В.Г. *Указ. соч.*

позитором и аранжировщиком юридическую монополию на созданные ими объекты. Представляется, что в случае использования подобной пародии пользователь должен быть освобожден лишь от получения разрешения обладателя исключительного права на текст музыкального произведения»¹⁴.

Пародии на исполнителей и их манеру исполнения

Рассматривая пародию как литературный жанр, Ю.Н. Тынянов указывает, что «простейший и сильнейший метод стихотворной пародии — будет пародия интонационная или же мелодическая. Попробуем прочесть какое-либо стихотворение с интонациями, взятыми из другого речевого ряда, с интонациями, например, делового сдержанного разговора — и получится пародия»¹⁵.

Однако такое филологическое понимание также не соответствует юридическому. Как следует из сказанного выше, простая интонационная обработка не способна породить пародию. Результат такой переработки может содержать насмешку, но не высмеивание, не критику.

Напомним, что норма о пародиях находится в главе, регулирующей вопросы авторского права. Поэтому пародия прежде всего является объектом авторских прав и лишь во вторую очередь может стать также и объектом смежных прав, но не может быть исключительно объектом последних (исполнение в иной интонации будет исключительно объектом смежных прав, новое произведение при этом не будет создано).

Такой же вывод следует и из ст. 1306 ГК РФ, которая допускает свободное использование объектов смежных прав не по аналогии со случаями свободного использования произведений (в частности, предусмотренными ст. 1274 ГК РФ), а «в случаях свободного использования произведений». Произведения часто доступны публике именно в форме исполнения или записи исполнения (объектов смежных прав); для пол-

ноценного свободного использования произведений необходима возможность использования и объектов смежных прав, в которых выражено или зафиксировано произведение. Таким образом, ст. 1306 ГК РФ разрешает свободное использование объектов смежных прав в тех случаях, когда они находятся в непосредственной тесной связи со свободно используемыми объектами авторских прав.

Иное толкование допускало бы без согласия автора оригинала и без выплаты ему вознаграждения просто смешливое или дурашливое исполнение чужого произведения без высмеивания самого произведения.

Следует избегать и другого случая терминологической путаницы. Так, юмористы, которых мы называем пародистами, с правовой точки зрения не создают пародию, когда просто имитируют чей-то голос. Пародия в юридическом смысле появится тогда, когда начнется высмеивание, сатирическая критика того или иного произведения.

Даже имитация чужого голоса, которым озвучивается юмористический текст, не всегда означает, что создана пародия в правовом понимании: например, если отсутствует критический характер, высмеивание оригинального произведения.

Следует также разобраться с термином «имитация», который используется в некоторых филологических определениях пародии.

Точная имитация, при которой создается копия имитируемой части произведения, юридически представляет собой заимствование и должна оцениваться с точки зрения допустимого объема заимствования и иных критериев.

Комическая имитация части оригинального произведения, семантически ее меняющая, может представлять собой пародию в юридическом понимании (при условии прохождения теста по соответствующим критериям — см. о них в разд. 4).

|| Комическая имитация объектов смежных прав, не содержащая комического переосмысления семантики оригинального произведения, не относится к пародии в юридическом понимании.

¹⁴ Иванов Н.В. Авторские и смежные права в музыке: учеб.-практ. пособие / под ред. А.П. Сергеева. М., 2009.

¹⁵ Тынянов Ю.Н. Поэтика. История литературы. Кино. М., 1977. С. 284–309.



Однако имитация объектов смежных прав (как в форме прямого заимствования, подражания, так и при комическом искажении), безусловно, может использоваться в пародии для вызывания ассоциаций с оригинальным произведением (см. критерий № 4 в разд. 4).

На вопрос о том, регулирует ли п. 3 ст. 1274 ГК РФ создание пародий на исполнителя, а равно манеру исполнения (например, комическая или гиперболическая имитация особенностей голоса, манеры говорить или петь и т.д.), следует однозначно ответить отрицательно, так как в норме говорится, во-первых, о том, что в основе пародии лежит именно произведение, а не исполнение, и, во-вторых, говорится об авторе оригинального произведения, а не об исполнителе.

Определение того, является ли отсутствие правовой возможности создания пародий на исполнение пробелом в праве, требует отдельного исследования. По этой причине здесь выразим лишь собственное мнение, рассмотрев следующий пример.

Предположим, что определенный жест, комбинация жестов или голос, манера говорить становятся объектом пародирования. Если при этом не используется чужое произведение, то нарушения интеллектуальных прав вообще нет, так как на перечисленное само по себе не распространяется исключительное право исполнителя (смежным правом охраняется лишь исполнение произведений — объектов авторского права).

Если же пародист хочет воспроизвести именно уникальные черты исполнителя, манеру исполнения, то он может это сделать без использования тех произведений, которые входят в репертуар пародируемого субъекта. Так, для пародирования голоса совершенно не обязательно использовать тексты или музыкальные произведения, которые исполняет пародируемый субъект. Равно как для пародирования манеры танцевать нет никакой необходимости заимствовать хореографию танца пародируемого субъекта. Узнаваемость того, кто пародируется, и пародийный эффект будут достигнуты за счет самой манеры исполнения, имитации уникальных черт исполнителя и в том случае, когда пародист исполняет собственное произведение. Если же при таком пародировании используется репертуар исполнителя, а само произведение не пародируется, такие действия следует признавать незаконными.

Таким образом, отсутствие в законодательстве нормы, регулирующей создание пародий (в общеупотребительном смысле этого слова) на исполнителей или иных лиц, а равно на манеру их исполнения или иные индивидуальные особенности личности и поведения, не является пробелом в праве. Создание таких пародий возможно и без нарушения интеллектуальных прав.

К слову сказать, если в России уникальные черты и манеры не подлежат правовой охране (за исключением права на изображение), то в других странах такие права охраняются либо на законодательном уровне (например, в США), либо судебной практикой (например, в Канаде, Австралии) и называются они *right of publicity* или *personality rights*¹⁶.

Критерии разграничения пародии и незаконной переработки или заимствования

Пародии редко являлись предметом отдельного правового исследования. Пожалуй, наиболее подробная работа на тему написана Р.Л. Лукьяновым, который выделил два критерия пародии. «Первым и, вероятно, главным критерием пародии является ее комический характер. Пародия всегда направлена на то, чтобы вызвать смех у воспринимающего ее лица, и воздействует в первую очередь на чувство юмора. Вторым критерием пародии является ее „узнаваемость“, т.е. создание такого эффекта, при котором пародия неизбежно ассоциируется

¹⁶ *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 у нас. 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. «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» (Lloyd L. Rich. *Right of Publicity* // FindLaw — Document Library; <http://library.findlaw.com/2000/Sep/1/130032.html> (24.05.2006)). — Пер. авт. Представляется, что наиболее удачный термин для описания *right of publicity* и *personality rights* применительно к российскому праву — «личностные права».

у воспринимающего ее лица с оригинальным произведением. „Узнаваемость“ может достигаться либо в связи с удачным комическим воссозданием содержания оригинального произведения, либо в связи с заимствованием формы оригинального произведения»¹⁷. Представляется, что если считать главным критерием пародии ее комический характер, полностью упустив из виду характер высмеивания, критику, это способно привести к ошибкам и расширительному толкованию пародии.

В США на законодательном уровне пародии отдельно не регулируются. Суды анализируют пародии, исходя из общих норм о так называемом добросовестном использовании (*fair use*) на основании общих критериев оценки. В силу того, что подход к случаям свободного использования в наших странах отличается, будет полезным учесть опыт США. Статья 107 гл. 1 кн. 17 Кодекса США, регулирующая ограничение исключительных прав (добросовестное использование), гласит:

«Несмотря на нормы статей 106 и 106А, добросовестное использование охраняемого произведения, включая воспроизведение в бумажной или цифровой форме или использование иными способами, указанными в настоящей статье, в целях критики, комментирования, новостных целях, целях обучения (включая многократные копии для использования в классах), образовательных или исследовательских целях, не будет являться нарушением авторских прав. Для определения в каждом конкретном случае, является ли использование произведения добросовестным, следует учитывать следующие обстоятельства:

- (1) цель и характер использования, включая то, является ли использование коммерческим по своей природе или осуществляется в образовательных целях без извлечения дохода;
- (2) природу используемого произведения;
- (3) объем и значимость использованной части произведения по отношению ко всему используемому произведению; и
- (4) эффект от использования, оказываемый на потенциальный спрос (рынок) используемого произведения или на ценность используемого произведения»¹⁷.

¹⁷ 17 USC § 107 — *Limitations on exclusive rights: Fair use*
“Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the

Применительно к российскому законодательству, с учетом как должного, так и сущего, исходя из нашего видения правовой природы пародии, предлагается выделить следующие критерии для отграничения пародии от других произведений.

1. Творческая цель создания произведения

Под творческой целью мы понимаем цель создания произведения с позиции автора, цель, присущую непосредственно творческой деятельности. Соответственно, не имеется в виду, например, цель использования произведения — коммерческая или некоммерческая.

В.В. Пирогова пишет: «Презюмируется, что пародии и карикатуры, как и следует из названия статьи 1274, должны быть использованы в информационных, научных, учебных или культурных целях»¹⁸. Это ошибочная посылка, из которой автор делает следующий ошибочный вывод: «В иных случаях использование пародий и карикатур может вторгаться в сферу коммерческого использования авторских произведений, например использования в рекламных целях или распространения как самостоятельного объекта авторского права»¹⁹. Вывод ошибочен по той причине, что речь в заголовке ст. 1274 ГК РФ идет, конечно же, не о вновь созданном произведении (и, соответственно, целях его использования), а о целях использования чужого произведения в составе своего, — именно эти цели определены законом.

fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —
(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
(2) the nature of the copyrighted work;
(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work” (www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107). — Пер. авт.

¹⁸ Пирогова В.В. К вопросу использования авторского произведения: содержание исключительных прав // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Пирогова В.В. Указ. соч.



Однако из всех практикующих юристов, согласно найденной нами информации, лишь В.В. Пирогова четко провела мысль о том, что норму о пародиях следует толковать в системе всей ст. 1274 ГК РФ, включая и название статьи. И это очень ценная мысль. Прежде всего потому, что подчеркивается важность цели использования чужого произведения и таким образом предопределяется в том числе и допустимый объем заимствования (см. критерий № 4).

Согласно п. 3 ст. 1274 ГК РФ именно оригинальное произведение лежит в основе пародии, оно является сердцевинной, творческой целью (точнее — мишенью) автора пародии.

Так, цель создания произведения исследовалась ФАС Московского округа в деле № А40-38278/12-12-166, и суд пришел к выводу, что ею являлось творчество пародируемой группы²⁰.

В деле *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* 114 S. Ct. 1164 US, 1994 суд отметил, что пародия нацеливается на оригинальное (используемое) произведение.

Таким образом, творческой целью создания (мишенью) пародии является само пародируемое произведение (в целом или в части).

Если творческой целью создания произведения является высмеивание каких-либо социальных явлений (пусть даже и освещенных тем или иным автором), событий и т.д., никак не связанных непосредственно с используемым чужим произведением, то это исключает характеристику произведения в качестве пародии и не позволяет автору такого произведения использовать чужое произведение без согласия автора оригинала.

Более того, использование в произведении юмористического, сатирического жанра чужого произведения

²⁰ Постановление ФАС Московского округа от 28.01.2013 по делу № А40-38278/12-12-166: «Суд кассационной инстанции полагает указанный вывод правомерным, поскольку целью спорного номера, в соответствии с концепцией телепередачи, являлось создание именно пародии на творчество группы „Кармен“ путем повторения уникальных черт указанного коллектива, рассчитанной на создание комического эффекта. Для создания указанной пародии были использованы как музыкальные произведения, так и видеоклип группы».

(например, использование чужого музыкального произведения в аудиовизуальном произведении), когда используемое произведение не является предметом пародирования, может нарушать и неимущественные права автора (право на репутацию и неприкосновенность произведения), так как у потребителя ввиду понимания, что новое произведение не пародирует оригинальное, может возникнуть впечатление, что автор оригинального произведения поддерживает новое произведение.

2. Мотив создания произведения, добросовестность автора пародии

В соответствии со ст. 10 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 может разрешаться использование литературных или художественных произведений в объеме, оправданном поставленной целью, в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телевизионных передачах и записей звука или изображения учебного характера при условии, что такое использование осуществляется добросовестно.

Статьей 10 ГК РФ запрещены действия, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

Следовательно, добросовестность является важным критерием для правовой квалификации спорных действий.

Добросовестность, будучи во многом субъективным критерием, включает в себя прежде всего мотивы осуществления спорных действий.

«Право на пародию не оправдывает ни оскорбление, ни стремление причинить вред оригинальному произведению или его автору, ни использование пародии для того, чтобы ее путали с пародируемым произведением»²¹.

Дозволение создавать пародии с точки зрения прав интеллектуальной собственности не снимает иных

²¹ Липчик Д. Указ. соч. С. 102.

законодательных ограничений. Пародия не должна порочить честь и достоинство автора оригинала (что отмечено в том числе в п. 35 Постановления Пленума Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ от 26.03.2009 № 5/29).

И. Герритс в своей диссертации «Право интеллектуальной собственности. Пародия в авторском праве» по результатам анализа судебной практики Франции и Испании сделал вывод, что суды ограничивают правомерность пародий тем, что они не должны создавать ни малейшего риска смешения с оригинальным произведением²².

Пародия должна быть очевидна, пародийное произведение должно восприниматься именно как пародийное, а не как заимствованное (скопированное) или переработанное (продолжение, новая версия и т.п.). Пародия по своей сути является эпатажным высмеиванием и не должна вызывать сомнений в квалификации ее в качестве пародии.

Соответственно, если, например, у смотрящего аудиовизуальное произведение появляются сомнения в отношении того, смотрит он пародию или просто юмористическое произведение, вероятнее всего, имеет место незаконное использование оригинального произведения.

Исходя из сказанного если будет установлено, что мотивом использования оригинального произведения в новом является обход авторского права на оригинальное произведение, обогащение своего произведения за счет чужого, иным образом недобросовестное использование чужого произведения, то такое произведение не следует квалифицировать в качестве пародии, так как его создание нарушает принцип добросовестности и приведет к нарушению прав автора оригинального произведения и смешению представлений об обоих произведениях в сознании потребителей.

Мотивы создания произведения следует анализировать в тесной связи с целями.

²² Gerrits I. *Intellectual Property Law. Parody in copyright law* (http://www.kent.ac.uk/law/ip/resources/ip_dissertations/2004-05/gerrits.doc (23.05.2005)).

3. Экономический эффект от создания и использования произведения

В силу п. 5 ст. 1229 ГК РФ ограничения исключительных прав на произведения науки, литературы или искусства либо на объекты смежных прав устанавливаются в определенных особых случаях при условии, что такие ограничения не противоречат обычному использованию произведений либо объектов смежных прав и не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателей.

Указанная норма повторена в ст. 13 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности от 15.04.1994²³.

Процитированное положение соответствует норме ст. 10 Договора ВОИС по авторскому праву от 20.12.1996: «Договаривающиеся Стороны могут предусмотреть в своем национальном законодательстве ограничения или исключения из прав, предоставляемых авторам литературных и художественных произведений по настоящему Договору, в определенных особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом не ущемляют законные интересы автора».

Таким образом, пародия не должна наносить ущерб нормальному использованию оригинального произведения и ущемлять законные права и интересы автора оригинала.

Соответственно, следует учитывать, как новое произведение повлияет на дальнейшее использование оригинала его правообладателем с экономической точки зрения.

Пародия в силу своей природы, как представляется, не способна уменьшить спрос на оригинальное произведение. Если же на самом деле имело место включение одного произведения в другое, это может снизить потенциальный спрос на оригинальное произведение.

²³ Члены соглашения сводят ограничения или изъятия в отношении исключительных прав до некоторых особых случаев, которые не вступают в противоречие с обычным использованием произведения и необоснованно не ущемляют законные интересы владельца прав.



Например, включение музыкального произведения в аудиовизуальное означает, что потенциально спрос других производителей аудиовизуальной продукции на это музыкальное произведение может упасть или же упадет цена разрешения на такое включение, так как будет отсутствовать эксклюзивность.

Истинная пародия не приведет к таким последствиям, так как она не обогащается за счет оригинального произведения, а высмеивает его и использование оригинала осуществляется в строго ограниченном целях пародии объеме.

Филологи и искусствоведы отмечают, что пародии присуще своего рода комическое зеркальное отражение оригинального произведения, которое фактически даже обогащает оригинальное²⁴.

Аналогично литературное произведение, переработанное в виде пародии, едва ли понизит спрос в случае переработки соответствующего оригинального литературного произведения в сценарий для фильма или при написании продолжения.

Р.Л. Лукьянов, отмечая, что большинство пародий создается в коммерческой сфере и используется для извлечения прибыли, подчеркивает важность экономического фактора и недопустимость свободного, неограниченного разрешения на создание пародий, так как «самое минимальное изменение оригинального произведения, создавшее комический эффект, может позволить автору такого „производного“ произведения извлекать экономические выгоды, эксплуатируя в первую очередь результаты творческой деятельности автора произведения оригинального»²⁵. В качестве примера автор приводит аудиовизуальное произведение, у которого изменена звуковая дорожка.

Действительно, отмеченные последствия невозможно игнорировать, поскольку они способны в корне изменить реальный объем и ценность авторских прав, поэтому важно применять норму права о пародиях и анализировать произведения с применением всех разработанных критериев.

Конкретизировать пример Р.Л. Лукьянова можно, вспомнив так называемые переводы Гоблина.

«Перевод Гоблина, гоблинский перевод — озвучка фильма, сделанная Дмитрием Пучковым, известным под псевдонимом Гоблин. Переводы Гоблина, по его собственной классификации, делятся на две группы: „смешные переводы“ и „правильные переводы“. „Правильные переводы“ выходят под маркой студии „Полный Пэ“ и, помимо озвучки, являются непосредственно переводами фильмов. „Смешные переводы“ выходят под маркой студии „Божья Искра“ и обычно представляют собой пародийные дубляжи, сделанные посредством иронического переосмысления исходного сюжета»²⁶.

Несмотря на то, что в народе «переводы Гоблина» считаются пародийными и в приведенной выдержке из Википедии переводы Дмитрия Пучкова названы пародийными, перевод ни одной из приведенных категорий не будет являться законным без согласия правообладателя оригинала.

Так, для «правильного перевода» необходимо согласие, поскольку перевод — это исключительное правомочие автора.

«Смешной перевод» будет представлять собой творческую деятельность по созданию другой версии звуковой дорожки — юмористического характера, но такой результат не будет пародией в юридическом смысле. Такая переработка, безусловно, требует согласия правообладателя аудиовизуального произведения.

Очевидно, что основной бюджет при создании фильмов уходит не на звуковую дорожку и, как правило, не на реплики. Позволение использовать чужие фильмы с заменой звуковой дорожки на собственную юмористического характера представляло бы такому «пародисту» необоснованные экономические преимущества перед правообладателем оригинального фильма и существенно ущемляло бы права последнего с экономической точки зрения.

²⁴ Лушникова Г.И. Указ. соч.; Денисов А.В. Указ. соч.

²⁵ Лукьянов Р.Л. Указ. соч.

²⁶ http://ru.wikipedia.org/wiki/Перевод_Гоблина.

Это тем не менее не означает, что пародия на звуковую дорожку фильма невозможна. Однако пародия на нее не позволяет использовать весь визуальный ряд фильма ввиду нарушения сразу всех рассматриваемых здесь критериев.

Н.В. Иванов также отмечает, что «и с этической, и с экономической стороны лишение правообладателей возможности контролировать использование произведения, поданного третьим лицом в ироничной форме, представляется мерой в высшей степени сомнительной и спорной»²⁷.

В деле *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* суд обратил внимание на то, что «обычно пародия не оказывает ощутимого влияния на спрос оригинального произведения, то есть не заменяет его, но она может оказать влияние на спрос в отношении переработки оригинального произведения»²⁸. И, как указал суд, данные факторы необходимо учитывать и оценивать.

Таким образом, создание и использование пародии не будет наносить ущерб обычному использованию оригинального произведения и негативно влиять на экономическую составляющую прав на него, т.е. не приведет к негативному экономическому эффекту в отношении оригинального произведения.

4. Объем заимствования

Необходимость ограничения заимствования пародируемого произведения вытекает из того, что:

а) оно должно быть лишь в основе пародии (п. 3 ст. 1274 ГК РФ), но не должно использоваться целиком или в значительной части;

б) использование чужого произведения осуществляется в строго ограниченных целях (информационных, научных, учебных или культурных), как следует из названия ст. 1274 ГК РФ;

в) свободные случаи использования представляют собой исключительные, особые способы использования и не должны наносить ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом ущемлять законные интересы автора (ст. 13 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности от 15.04.1994, ст. 10 Договора ВОИС по авторскому праву от 20.12.1996, п. 5 ст. 1229 ГК РФ).

Пародия — это семантическое и структурное переосмысление пародируемого оригинала, это комическое отражение оригинала, но не его заимствование²⁹.

В деле № А40-125210/09-110-860 суды отмечали, что «пародия неизменно связана с комическим эффектом и должна быть сразу же узнаваема, соответственно, пародия не может быть совершенно отделена от оригинального произведения, так как в этом случае пропадает сам смысл создания пародии»³⁰.

В деле *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* суд, анализируя критерии установления добросовестности использования, отметил, что «пародия должна по крайней мере заимствовать в той степени, чтобы вызвать в памяти оригинал. Даже если заимствовано „сердце“, все равно может быть добросовестное использование, когда именно на это сердце нацелена пародия»³¹.

И. Герритс отмечает, что «пародия представляет собой добросовестное использование тогда, когда достаточно внутренне удалена от оригинального произведения и распознается как таковая (пародия. — В.К.). Внутренняя удаленность означает, что новое произведение должно быть независимым»³².

²⁹ Денисов А.В. Указ. соч.

³⁰ <http://rospravosudie.com/act-xoxlov-v-a-as-goroda-moskvy-20-01-2011-reshenie-suda-pervoj-instancii-v-iske-otkazat-polnostyu-301206655>

³¹ “Parody should at least take enough to conjure up the original. Even if the ‘heart’ is taken, there can still be fair use, because ‘it is the heart at which parody takes aim’”. — Пер. авт.

³² “Parody usually enjoys the privilege of fair use where it has enough ‘inner distance’ to the old work and is recognizable as such. Inner distance means that the new work should appear to be independent” (Gerrits I. Op. cit.). — Пер. авт.

²⁷ Иванов Н.В. Указ. соч.

²⁸ “Usually parody will not affect the market for the original in a cognizable way, that is, by acting as a substitute. But it may affect the derivative market”. — Пер. авт.



При оценке данного критерия следует исходить из того, что допустимый объем заимствования прежде всего распространяется на те части произведения, которые могут быть и являются в соответствующем случае объектом пародирования.

Исходя из целей использования оригинала, сущности пародии, необходимости вызвать ассоциации с оригиналом, можно заключить, что допустимо заимствование и тех частей оригинального произведения, которые не являются непосредственной целью пародии, но их использование необходимо для осознания нового произведения как пародии на оригинальное и исключительно в рамках указанной цели (без превышения минимально необходимого объема использования).

Иными словами, если без потери ассоциативности с оригиналом и без ущерба содержанию непосредственно пародийной части нового произведения заимствованная часть оригинального произведения может быть исключена из пародии целиком (например, музыкальное сопровождение в фильме) или частично (например, в пародии использовалось музыкальное произведение целиком, хотя было бы достаточно узнаваемой части), то следует сделать вывод о том, что допустимый объем заимствования превышен и имело место нарушение авторских прав на оригинальное произведение.

Представляется, что степень заимствования следует оценивать в совокупности, с учетом остальных критериев, а выводы о нарушении делать в случае очевидно необоснованного превышения объема, понимая, что до определенной степени (очевидного превышения) объем заимствования зависит во многом от творческого видения автора пародии.

Так, создание пародийного фильма само по себе не способно оправдать использование в нем любых музыкальных произведений, в том числе тех, что используются правообладателем оригинального фильма, или тех, что по своему характеру представляются автору пародии задорными, веселыми и т.п.

5. Характер стимулирующего эффекта от пародии

«Поскольку в пародии содержится комическая, ироничная интерпретация пародируемого объекта, интерпретация пародии представляет собой интерпретацию интерпретации, что требует от читателя умения анализировать не только пародирующий, но и пародируемый объект, что может привести к переоценке достоинств прототекста»³³.

«Пародия всегда воспринимается и оценивается на фоне этого оригинала, представляя своего рода его отражение... При этом естественно, что отношения „оригинал — пародия“ всегда имеют двусторонний характер. Оригинал дает ей жизнь и, одновременно, сам воспринимается с новых позиций в ее свете»³⁴.

Критерий оценки характера стимулирующего эффекта в значительной степени вытекает из других критериев и сущности пародии.

Для понимания пародии необходимо быть знакомым с содержанием, смыслом оригинала. Соответственно, если у потребителя возникает желание ознакомиться с оригиналом для лучшего понимания пародии, то это правильный стимулирующий эффект, который может вызывать пародия.

Полное отсутствие ассоциаций с оригиналом означает, что потребитель не воспринял произведение как пародию, что само по себе не способно лишить произведение статуса пародии, но данное обстоятельство следует учитывать наряду с остальными критериями.

Если же ассоциаций с оригиналом не возникает у большинства, то это, вероятнее всего, будет свидетельствовать о том, что созданное произведение не является пародией, так как по своему характеру пародия, будучи эпатажным высмеиванием, позволяет идентифицировать себя даже тогда, когда потребитель не знаком с оригиналом³⁵. Кроме того, в такой ситуации, скорее всего, тест по остальным критериям (одному или нескольким) также не будет пройден.

³³ Лушникова Г.И. Указ. соч.

³⁴ Денисов А.В. Указ. соч.

³⁵ Напомним позицию суда по делу № А40-125210/09-110-860: «Пародия неизменно связана с комическим эффектом и должна быть сразу же узнаваема».

Если же произведение не пародируется, а используется как часть нового произведения, то, наверное, потребности ознакомиться с оригиналом не возникнет в принципе, а если возникнет, то не в целях более глубокого осмысления оригинала и/или пародии, а в целях сравнения двух похожих произведений.

Таким образом, стимулирующий эффект пародии вызывает в памяти оригинальное произведение в целях наилучшего понимания пародии путем семантического анализа обоих произведений.

При формулировании критериев, которые необходимо, на наш взгляд, учитывать для определения того,

является ли произведение пародией, исследовались нормы российского законодательства, международные нормы права, национальные нормы иностранных государств, судебная практика — российская и иностранная (включая практику судов США), мнения и работы российских и иностранных исследователей (как юристов, так и филологов и историков).

Как представляется, если при анализе спорного произведения оно не проходит тест хотя бы по одному из критериев (кроме последнего), то такое произведение нельзя считать пародией в юридическом смысле, ибо каждый критерий вытекает из обязательного, установленного нормой права условия, требования к пародии.