

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ  
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ  
Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
КАФЕДРА ГРАЖДАНСКОГО И СЕМЕЙНОГО ПРАВА

Фёдор Александрович Куликов-Костюшко

**МУЗЫКАЛЬНЫЕ ЗАИМСТВОВАНИЯ И ПРОБЛЕМА ОХРАНЯЕМЫХ ЭЛЕМЕНТОВ  
МУЗЫКАЛЬНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ**

Курсовая работа студента 2-й группы, III курса, Юридического заочного института,  
заочной формы обучения, сокращённой программы подготовки

Научный руководитель:  
к. ю. н., доц. Елена Алексеевна Моргунова

МОСКВА, 2013

## ОГЛАВЛЕНИЕ

2. Произведения в авторском праве .....	4
2.1. Понятие произведения.....	4
2.2. Заимствование. Оригинальные и неоригинальные произведения .....	6
2.3. Охраняемые элементы произведения. Форма и содержание .....	8
3. Музыкальные произведения.....	13
3.1. Определение музыкальных произведений .....	13
3.2. Форма и выразительные средства музыкального произведения .....	15
3.3. Содержание музыкального произведения .....	18
3.4. История и виды музыкального заимствования .....	20
3.5. Трансформативность при музыкальном заимствовании.....	24
4. Музыкальные заимствования в правовой системе России.....	26
4.1. Историческое и действующее законодательство .....	26
4.2. Возможные варианты реформы .....	27
5. Выводы .....	29
Благодарности.....	30
Ссылки.....	30

## 1. ВВЕДЕНИЕ

В настоящее время не подвергается никакому сомнению необходимость предоставления той или иной правовой охраны результатам интеллектуальной деятельности. Такая необходимость может признаваться даже на конституционном уровне, примером чего служит ч. 1 ст. 44 Конституции России [1]. По своей природе эти результаты являются информацией и носят в общем нематериальный характер (опустим тонкости, связанные, например, с охраной произведений изобразительного искусства). Под охраной подразумеваются правовые ограничения, препятствующие лицам, отличным от обладателя соответствующего права, самостоятельно применять этот результат теми или иными способами.

Наряду с «классическими» объектами охраны, такими как произведения и изобретения, где существенным является наличие творческого вклада создателя соответствующего объекта [26], существуют объекты охраны, в которых наличие творческой деятельности не имеет правового значения. Это верно для товарных знаков и знаков обслуживания, а также, в терминологии ГК РФ [4], для объектов большинства смежных прав, за исключением прав исполнителей. В российском законодательстве отделить первую группу объектов от второй можно по формальному признаку: если в соответствующей главе или параграфе части 4 ГК РФ есть упоминание об «авторе» соответствующего объекта, то творческий труд при его создании необходим исходя из определения понятия автора в ст. 1228 ГК РФ, иначе это неверно. Поэтому, например, исполнения являются результатом творческого труда, а для фонограмм творческий вклад изготовителя фонограммы не имеет правового значения, что следует соответственно из ст. 1315 и 1323 ГК РФ.

Многообразие охраняемых объектов и соответствующих им режимов охраны позволяет сделать вывод о ценности исследования, в котором рассматривался бы какой-то один, определённый вид объекта интеллектуальных прав. Применительно к авторскому праву таким объектом, который давно интересует автора, являются *музыкальные произведения*. Этот интерес подогревается тем, что в отечественной литературе уделяется сравнительно мало внимания отличительным особенностям музыкальных произведений, которые требуют особого применения общих правовых норм. Настоящая работа будет посвящена теме, которая кажется автору наиболее интересной прежде с теоретической точки зрения, а именно теме *музыкального заимствования* при создании новых музыкальных произведений.

Сравним два произведения: «Ой, цветёт калина» И. О. Дунаевского [69] и «Вариации на рождественскую тему» М. Дюпре [68]. Налицо сходство главных мелодических тем (хотя... некоторые говорят, что его нет). Однако что явилось причиной этого сходства: общий первоисточник у обоих композиторов или заимствование этой темы непосредственно одним композитором у другого? Я не буду отвечать на эти вопросы — этот пример лишь показывает, насколько неожиданным порой может быть сходство в музыке.

Несомненно, что в самом широком смысле заимствование, сознательное или бессознательное, есть необходимый элемент любого творчества и вообще человеческой деятельности. Фразы о авторе-творце, который силой своего гения создаёт новые произведения, красивы, однако в действительности разум человека не в состоянии произвести что-то «из ничего». Напротив, любая деятельность человека не возможна без существования в человеческом сознании (подсознании, воображении, мыслях) объективно воспринятых явлений окружающей действительности. Таким образом, с наиболее общей точки зрения *всякое творчество основано на заимствовании*; это верно и в отношении музыки [57: 479-482, 485-488].

Следует, однако, понимать, что право понимает заимствование в весьма ограниченном смысле и признаёт, что не всякое заимствование имеет правовое значение. Применительно к произведениям наиболее общее правило, с известными нюансами принятое повсеместно, гласит, что регулируются авторским правом лишь заимствования формы произведения, но не ограничиваются заимствования его содержания (фактов и идей) [37: 116-119].

Однако что в музыке есть «форма» и что — «содержание»? Насколько тесно они переплетены? Как влияют на выделение формы и содержания музыкальный стиль, жанр, время создания музыкального произведения? Можно ли объективно («на самом деле») разделить форму и содержание музыкального произведения, а если нет, следует ли отсюда полная свобода или, наоборот, полная несвобода музыкального заимствования? В данной работе я постараюсь осветить эти и другие вопросы. Основная часть работы состоит из трёх разделов. Вначале будут дано определение понятию произведения и рассмотрен общий подход к выделению охраняемых и неохраняемых элементов произведений. Затем будет предпринята попытка использовать указанный подход к музыкальным произведениям и рассмотреть конкретные виды заимствования в музыке. В последней части работы будут проанализированы нормы отечественного права применительно к музыкальным заимствованиям и выдвинуты предложения по изменению законодательства. При этом из-за небольшого объёма работы в ней будет рассматриваться, за небольшими исключениями, только собственно музыкальная составляющая произведений, а тексты к ним при наличии таковых будут игнорироваться. Работа будет сопровождаться аудиопримерами; использование именно аудиопримеров, а не нотных примеров представляется практически более оправданным, хотя использование нотной записи более точно соответствовало бы предмету исследования.

## 2. ПРОИЗВЕДЕНИЯ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ

### 2.1. Понятие произведения

Общие положения. Понятие произведения является центральным понятием всего авторского права, поскольку авторское право охраняет именно произведения. В советской [22: 59-60; 27: 19-20] и современной российской доктрине традиционно делается акцент на наличии творческого вклада при создании произведения, а также на фиксацию произведения в объективной и (у некоторых авторов) воспроизводимой третьими лицами форме [35: 68; 37: 110-113]. При этом подчёркивается, что не охраняется содержание произведения, а охраняется лишь его форма [33: 55; 37: 123]. В доктрине зарубежных государств вопрос о природе произведения разрешается примерно так же, хотя могут использоваться и иные выражения [33: 53-54]. Например, во французском праве условием защиты является оригинальность (*originalité*), которая проявляется в «отражении личности автора в его произведении» [41: 44-48]. Но отражение личности автора происходит, хотя и в разной степени, в любом виде творчества и, наоборот, всякое творчество приводит к выражению личности автора — это значит, что соответствующие различия носят в большей степени терминологический характер. Так или иначе, считается, что для защиты по авторскому праву достаточно самого минимального творческого вклада; это корреспондирует правовой норме об охране произведений независимо от их достоинств (ср. п. 1 ст. 1259 ГК РФ).

Творческий вклад, необходимый для признания некоторой работы охраняемым авторским правом произведением, может иметь различный характер. Исходя ст. 1 Бернской конвенции [10], режим авторской охраны предоставляется «литературным и художественным произведениям», что по буквальному смыслу предполагает наличие художественного творчества при создании таковых. Однако в действительности ситуация более сложная.

Во-первых, сложившаяся национальная терминология может затуманивать сущность объектов, охраняемых режимом авторского права, что затрудняет определение вида творческого вклада при создании таких произведений. Это хорошо видно в случае научных произведений: в них по существу охраняется художественное творчество, но из формулировок п. 1 ст. 1255 ГК РФ, в отличие от ст. 2 Бернской конвенции, этот вывод сделать непросто. Академическая практика, в которой в число авторов научных публикаций включаются не только «писатели», но и теоретики и экспериментаторы [67: 525-526], отражает правильное представление о творческом характере научной деятельности [26: 108-118]. Однако с точки зрения права научное творчество как таковое приводит к познанию окружающего мира и получению новых фактов, которые являются общественным достоянием и авторско-правовой защите не подлежат, а не к созданию новых произведений [38: 59, 99-100; 43: 69, 174-176]. Выдвинутая в советское время противоположная точка зрения, согласно которой в «литературно-научном произведении» охраняются «постановка проблемы, метод исследования, факты, систематизация, гипотеза и теория» [39: 51], представляется ошибочной, поскольку всё перечисленное относится к фактам и идеям и могло бы охраняться только в рамках специального института правовой охраны научных достижений, который был предложен В. Я. Ионасом [26: 108-118], но никак не в рамках авторского права.

Во-вторых, можно привести примеры, когда авторское право определённо охраняет результат не художественного, а иного творчества. Например, хотя компьютерные программы и охраняются «как произведения литературы», как это указано ст. 4 Договора ВОИС по авторскому праву [3] и в п. 1 ст. 1259 ГК РФ, связать их с литературным творчеством затруднительно. В действительности в компьютерных программах охраняется результат прежде всего технического творчества с точки зрения его формы, хотя утверждать, что програм-

мирование является исключительно ремеслом, но не искусством, было бы неправильно [50: 143-145]. Другим таким примером является рабочая проектно-строительная документация (её не следует путать с архитектурным проектом в целом): здесь также охраняется техническое творчество, причём, учитывая колоссальные ограничения, накладываемые строительными нормами на допустимые инженерные решения, порой уместно говорить даже не о техническом творчестве, а о юридической фикции последнего.

В-третьих, существуют являющиеся плодом творческих усилий создателя объекты, где охраняется форма выражения, которые, однако, указанием закона не считаются произведениями. Классический пример — исполнения. Поскольку специалисты высказывают прямо противоположные точки зрения о взаимоотношении между произведениями и исполнениями — от их полной тождественности до очевидности принципиальных различий [33: 314-318], то в данном случае явное указание закона на разграничение произведений и исполнений оказывается, по-видимому, меньшим злом. Другой пример: согласно ч. 7 ст. 2 Бернской конвенции произведения прикладного искусства, промышленные образцы и модели по умолчанию охраняются авторским правом, но по усмотрению государств-участников могут охраняться по иному режиму. В России исходя из содержания ст. 1259 и 1352 ГК РФ произведения прикладного искусства охраняются авторским правом, а промышленные образцы — патентным правом, причём множества тех и других сильно пересекаются [38: 222-225].

В-четвёртых, существуют случаи, когда объект, включённый законом в число произведений, может в принципе не иметь отношения к творчеству. Такие случаи также известны, в основном, в странах общего права, где традиционно считалось, что главное значение имеет не творческий вклад автора, а существенные усилия автора, затраченные при создании произведения (принцип *sweat of the brow* — создать произведение «в поте лица своего») [34: 137]. В частности, в Великобритании и после принятия Закона об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 года [12] судебная практика, опираясь на указанную правовую доктрину, до самого недавнего времени рассматривала содержащее в секц. 1 этого закона требование оригинальности весьма расширительно, признавая, что могут рассматриваться как произведения инвестиционные базы данных, такие как телефонные справочники или результаты спортивных матчей. Данная позиция подвергается коррекции после решения 2012 году Европейского суда по делу *Football Dataco Ltd et. al. v. Yahoo! UK Ltd et. al.*, где было указано следующее [17]:

база данных <...> защищается авторским правом <...> лишь в случае, если по подбору или расположению материалов эта база данных представляет собой оригинальное выражение творческой свободы автора

a “database” <...> is protected by the copyright <...> provided that the selection or arrangement of the data which it contains amounts to an original expression of the creative freedom of its author)

В США необходимость наличия хотя бы минимального творческого вклада во всяком произведении была окончательно подтверждена лишь в 1991 году решением Верховного суда США по делу *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.* [16: sect. 2(A)]:

Понятие оригинальности в авторском праве означает лишь, что произведение было создано автором независимо, а не скопировано из других работ, и что в нём имеется хотя бы минимальный творческий вклад.

Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity.

Легальное определение и классификация произведений. В большинстве стран внутреннее законодательство не даёт формального определения понятия произведения. Подобная ситуация особенно типична для стран континентального права. При этом в законодательстве практически всех стран имеются примерные списки видов произведений: во французском законодательстве это ст. L112-2 Кодекса интеллектуальной соб-

ственности [15], в германском — § 2 Закона об авторском праве и смежных правах [13], в китайском — ст. 3 Закона об авторском праве КНР [14]. В странах общего права принят в целом аналогичный подход, с той лишь спецификой, что спискам типичных видов произведений в этих странах уделяется намного большее внимание.

Возникает закономерный вопрос: в какой степени законодательно закреплённые списки видов произведений исчерпывают объём понятия произведения? С точки зрения практики эти списки, несмотря на их якобы примерный характер, принимаются судами как явное руководство к действию [37: 126-127] и защитить авторские права на «нетрадиционный» объект непросто. Показателен пример с защитой авторским правом ароматов парфюмерных изделий, в отношении чего суды Франции принимают противоречивые решения [41: 57-59]. Одна из причин проста: в указывавшейся ст. L112-2 Кодекса интеллектуальной собственности ароматы не указаны — хотя в подробностях описаны, например, произведения отраслей производства одежды и украшений вплоть до перчаток и нижнего белья. С другой стороны, обнаружение некоторого объекта в списке видов произведений не является достаточным условием для того, чтобы этот объект признавался произведением [35: 73]; в частности, из-за отсутствия творческого вклада нельзя признать произведениями фотокарточки для официальных документов или видеозаписи с камер наблюдения в магазине.

Так или иначе, законодательство большинства стран при формулировании примерных списков произведений следует ч. 1 ст. 2 Бернской конвенции, согласно которой можно выделить: (1) письменные работы, устные выступления; (2) драматические и иные театральные произведения; (3) музыкальные сочинения; (4) кинематографические произведения; (5) произведения изобразительного искусства, включая фотографию; (6) произведения прикладного искусства; (7) произведения научного или технического творчества (карты, планы, схемы). Путём элементарных сравнений со статьями профильных национальных законов можно убедиться, что даже порядок перечисления видов произведений в этих законах обыкновенно близок порядку, принятому в Бернской конвенции. Вместе с тем Бернская конвенция не содержит определений конкретных видов произведений; не страдают подобными «излишествами» и национальные законодательства. Так, в ГК РФ отдельными статьями даны только два определения подобного рода — для программ для ЭВМ в ст. 1261 и для аудиовизуальных произведений в ст. 1263. С другой стороны, классификация произведений по видам имеет особый практический смысл тогда, когда различным видам произведений предоставляется различная охрана. Но то время как Бернская конвенция содержит многочисленные специальные условия для произведений различного вида, национальные законодательства обычно более скупы на этот счёт (в том же ГК РФ определение аудиовизуальных произведений дано в первую очередь для того, чтобы установить особые правила в отношении оных).

## 2.2. Заимствование. Оригинальные и неоригинальные произведения

Понятие вида произведения следует отличать от таких понятий, как оригинальное произведение, производное произведение и составное произведение. Высказываемая в литературе точка зрения о том, что переводы и прочие производные произведения, а также составные произведения есть отдельные виды произведений в рамках обычной классификации [20: гл. 2, § 2], представляется несостоятельной, поскольку в данном случае смешиваются различные основания классификации. Вид произведения — это конкретная форма выражения идей автора, доступная для восприятия человеком. Для определения вида произведения не требуется сравнения этого произведения с другими, достаточен лишь общий вывод о том, что произведение является музыкальным, фотографическим, литературным и так далее. С другой стороны, для определения оригинальности произведения или отсутствия таковой

используется иной критерий, в основе которого лежит обнаружение юридически значимых заимствований из других произведений.

Производные произведения. Бернская конвенция (в отличие от п. 1 ст. 1260 ГК РФ) не использует ни термин «производное произведение», ни термин «заимствование», а просто говорит в ч. 3 ст. 2 о существовании «переводов, адаптаций, музыкальных аранжировок и других переделок <...> произведения». Однако ясно, что любые «переделки» произведения (такой термин используется в официальном переводе на русский язык; в аутентичном французском тексте используется слово «transformations», которое уместнее перевести как «преобразования» или «модификации») связаны с заимствованием из исходного произведения. Кроме того, текст Бернской конвенции подразумевает, что «переделке» подвергается одно произведение, в результате чего получается также одно произведение (например: был роман на русском языке, в результате перевода возник роман на английском языке).

Составные произведения занимают несколько иное место в системе авторского права. По общему определению, которое основано на Бернской конвенции и без особых изменений воспроизводится в национальных законодательствах (ср. п. 2 ст. 1260 ГК РФ), составные произведения есть результат интеллектуального творчества по подбору и расположению произведений (или, в общем случае, иных объектов), причём творческий характер соответствующей деятельности обязателен. Пример составного произведения (сборника) — антология стихотворений, построенная по творческому принципу. Вместе с тем сама по себе творческая деятельность по составлению составного произведения не приводит к его возникновению. Допустим, я решил творчески подобрать несколько написанных для органа произведений. Результат этой деятельности может быть таким.

Ф. А. Куликов-Костюшко.

Виртуозные произведения для органной педали

1. Johann Sebastian Bach. Pedal-Exercitium (BWV 598).
  2. Arnolt Schlick. Ascendo ad Patrem meum.
  3. Jean Langlais. Épilogue pour pédale solo sur un thème de Frescobaldi.
  4. George Thalben-Ball. Variations on a theme by Paganini for organ pedals.
- <...>

Видно, что, подобрав произведения, я ещё не создал составное произведение, а создал лишь упорядоченный набор ссылок на произведения. По отдельности эти ссылки не являются объектами авторского права. Однако набор этих ссылок как конечный результат моей творческой деятельности, именуемой составительством (см. там же в ГК РФ), образует особую разновидность объекта авторского права, близкую к литературному произведению. Это составительское произведение будет оригинальным произведением (здесь я, конечно, не рассматриваю случай, когда я без изменений беру порядок расположения произведений из чужого источника, и иные подобные случаи). Составным произведением моё составительское произведение станет тогда, когда я заменю ссылки на произведения самими произведениями. При этом будет создано новое произведение, в данном случае музыкальное. Составное произведение, как и производное произведение, является неоригинальным произведением.

Итак, по признаку отсутствия или наличия юридически значимого заимствования можно выделить оригинальные и неоригинальные произведения. Последние же в зависимости от приёма создания неоригинального произведения (творческая модификация одного произведения либо творческое расположение нескольких произведений без их модификации) могут быть разделены на производные произведения и составные произведения. Нет нужды говорить, что такая классификация неоригинальных произведений чрезвычайно условна, поскольку на практике возможно сочетание обоих приёмов. Особый интерес при этом представляют случаи, в которых процессы модификации и подбора произведе-

ний неотделимы друг от друга. Например, при создании музыкальных поппури, то есть составных произведений из небольших композиций, проигрываемых последовательно, автор не просто размещает композиции одну за другой, но и модифицирует полученный результат для обеспечения плавности перехода между отдельными композициями, достижения большего стилистического единства и других подобных целей; здесь уже затруднительно разделить модификацию и подбор. Ещё бóльшие сложности возникают в тех случаях, когда неоригинальное произведение основывается на произведениях разных видов, например когда автор музыкального произведения со словами берёт слова из одного произведения, а музыку — из другого. Конечно, можно сказать, что по крайней мере «подбор» автор осуществил, ибо не всякие слова и музыка сочетаются. Однако назвать получившееся в итоге произведение составным произведением лишь на этом основании мне представляется довольно рискованным.

Впрочем, на самом ли деле отграничение составных произведений от производных произведений имеет существенное правовое значение? Анализ национальных и содержащихся в международных договорах правовых норм позволяет прийти к обратному выводу: различие между производными произведениями и составными произведениями вызвано в основном традицией и удобством изложения правовых норм. Правовые последствия использования исходных произведений авторами практически едины для авторов производных и составных произведений. В ГК РФ это следует в п. 3, 4 и 6 ст. 1260, где авторы производных произведений и авторы составных произведений перечисляются через запятую и им предоставляются одинаковые права либо на них накладываются одинаковые обязанности, а кажущиеся исключения (п. 5 и 7 ст. 1260 ГК РФ) не несут особой смысловой нагрузки, по сути повторно закрепляя за соответствующими субъектами права, которые они и так имеют.

Трансформативность, то есть степень преобразования заимствованного материала в новом произведении, в принципе может быть существенным критерием, определяющим юридический статус этого произведения. Трансформативность является нулевой в случае дословного копирования источника в произведение, поскольку в этом случае никакой трансформации не происходит, и максимальной в случае заимствования небольших по объёму элементов формы исходного произведения, которые существенным образом перерабатываются в новом произведении. По всей видимости, существует степень трансформативности, при превышении которой произведение можно считать оригинальным, несмотря на наличие юридически значимого заимствования. Ранее действующее отечественное законодательство признавало это, о чём будет написано в подразделе 4.1 настоящей работы. К сожалению, современное отечественное право пошло по иному пути, в то время как аналогичные нормы сохранились в законодательстве ряда стран Западной Европы. Например, в абз. 2 § 5 австрийского Федерального закона об авторском праве на произведения литературы и искусства и смежных прав указано [11]:

Использование произведения при создании другого произведения не делает последнее производным произведением, если оно представляет собой самостоятельное и новое произведение по отношению к использованному произведению.

Die Benutzung eines Werkes bei der Schaffung eines anderen macht dieses nicht zur Bearbeitung, wenn es im Vergleich zu dem benutzten Werke ein selbständiges neues Werk darstellt.

### 2.3. Охраняемые элементы произведения. Форма и содержание

В данном подразделе будет обсуждаться один из наиболее сложных и дискуссионных вопросов авторского права — вопрос о том, что именно в произведениях охраняет авторское право. Ответ на данный вопрос невозможен без описания истории различных правовых институтов, направленных на защиту интересов авторов или издателей. Рассмотрим данный вопрос на примере Европы.



Хорошо известно, что в Древнем Риме не было правовых институтов, которые определяли бы взаимоотношения между авторами, издателями и третьими лицами в отношении произведений, несмотря на наличие ряда предпосылок (высокий уровень грамотности, активная деятельность книгоиздателей и книготорговцев). Этот парадокс объясняют обычно тем, что в силу социально-экономических условий основным источником доходов римских авторов были пожертвования третьих лиц и доходы от собственных имений [40: 76-80]. В Средние века резкое повышение стоимости изготовления книг привело к тому, что интересы издателей, которыми могли быть, например, монастыри, защищались уже в силу указанного факта. Кроме того, поскольку переписывались в основном тексты давно умерших авторов, а не на сочинения современников, постольку и «субъектам авторского права» неоткуда было взяться [40: 83].

Возникновение правовых институтов, направленных на защиту интересов издателей и авторов, связывают с эпохой Возрождения. Таким институтом первоначально стали издательские привилегии. Они выдавались по ходатайству авторов или издателей и разрешали держателю привилегии в течение определённого срока издавать и переиздавать сочинения, а также запрещали делать это другим без согласия держателя. Считается, что выдача привилегий на печатание книги появилась в Венецианской республике в конце XV века [38: 35-37; 40: 87] и позднее распространилась на другие страны. По своей природе привилегия есть исключение из общего правила, и процесс выдачи привилегии обычно требовал доказывания существенных усилий автора, испрашивающего привилегию на свой труд, либо особенной ценности этого труда для общества, не говоря уже о стандартных цензурных проверках. Сочинение рассматривалось как единый объект, материализованный в виде рукописи или напечатанной книги [48: 200-201]. Что же это значило? С одной стороны, защита труда сводилась к запрету его перепечатки, то есть дословного заимствования. С другой стороны, охранялось не *произведение*, а *книга* или в лучшем случае *труд*; следовательно, не было принципиальной разницы в выдаче привилегии на издание приключенческого романа и на издание таблиц логарифмов.

Монистический подход к определению охраняемого в произведении, сформировавшийся в системе привилегий, может быть назван так потому, что он не требует содержательного анализа охраняемого объекта. Охраняется последовательность букв, слов, предложений, охраняются фрагменты текста — не более того. Вопросы об охране «содержания», «формы», «языка», «идей», «мыслей» автора здесь просто не возникают. Тем не менее, в ходе исторического развития монистический подход был вынужден уступить место дуалистическому подходу. Основная причина этого была связана с представлениями о свободе передачи мыслей и идей: я могу держать свои идеи в тайне, но если я публикую книгу, то я делюсь ими со всем человечеством идеи становятся общим достоянием. Более того, одни и те же идеи могут появиться у разных людей. С другой стороны, конкретная форма выражения этих идей уникальна и всецело определяется личностью автора — эту форму и можно защитить посредством права.

Дуалистический подход, таким образом, основывается на выделении формы и содержания в произведении; иногда вместе с ним рассматривается вопрос о дуализме экземпляра произведения как материального объекта и самого произведения как идеальной сущности. Ранние публикации, где обсуждаются данные вопросы, датируются XVIII веком и отличаются большим разнообразием содержания.

Например У. Ворбёртон в «Письме автора к члену парламента» [52: 408-409] указывал что книга представляет собой плод умственного труда (*work of mind*), ценного своим учением (*doctrine*), и тем самым отличается от обычного изделия (*work of hand*); в более поздней

работе [51: 13] он уже уверенно отличал содержание произведения от идей, в нём содержащихся:

«...» и тот, кто получит копии моей работы, может воспользоваться всеми моими идеями; возражая моим утверждениям, этот человек может создать новое учение; если же его замечания совпадут с моими, то он может, пользуясь иными примерами, изложить моё учение с иной точки зрения

«...» for he who obtaineth my copy may appropriate my stock of ideas, and, by opposing my sentiments, may give birth to new doctrine; or he may coincide with my notions and, by employing different illustrations, may place my doctrine in another point of view

У. Блэкстон писал [42: ch. 26, sec. 8, p. 405]:

Когда человек, пользуясь возможностями своего разума, создаёт оригинальную работу, он, как видно, имеет явное право пользоваться этой же самой работой по своему усмотрению «...» сущность литературного труда целиком состоит в идеях и языке «...»

When a man by exertion of his rational powers has produced an original work, he seems to have clearly a right dispose of that identical work as he pleases «...» the identity of a literary composition consists entirely in the sentiment and the language «...»

Здесь появляется ссылка на «оригинальность» как условие охраны.

Н. де Кондорсе в конце своей работы «Отрывки о свободе печати» привёл чёткое различие содержания (истин, *vérités*) и их выражения (*expressions*):

Представим полезную книгу; полезность её заключается в истинах, в ней содержащихся. Однако привилегия, которую имеет автор, не запрещает другому лицу выразить те же истины, улучшить их порядок, привести доказательства, выдвинуть новые предложения, сделать те или иные выводы «...» Эта привилегия распространяется исключительно на выражения, фразы; она — не для фактов и не для идей, а для слов и для имени автора [44]:

En effet, supposons un livre utile; c'est par les vérités qu'on y trouve qu'il est utile. Or, le privilège accordé à l'auteur ne s'étend pas jusqu'à empêcher un autre homme d'exposer les mêmes vérités, d'en perfectionner l'ordre, les preuves, d'en étendre les développements, les conséquences. «...» C'est donc uniquement pour les expressions, pour les phrases, que les privilèges existent. Ce n'est pas pour les choses, les idées; c'est pour les mots, pour le nom de l'auteur

Тем не менее, традиционно считается, что наиболее полным образом принцип дуализма был изложен уже в конце XVIII века немецким философом И.-Г. Фихте в классической работе «Доказательство незаконности перепечатки книг» [46]. Фихте выделял два начала книги: физическое, то есть отпечатанные листы бумаги, и духовное. При продаже книги, несомненно, происходит передача права собственности на физическое начало книги, но ценность книги заключается в её духовном начале. В нём можно выделить материал, или *содержание* книги, идеи, которые она несёт, и *форму* этих идей — манеру изложения, последовательность слов и выражений. По Фихте, содержание книги может быть воспринято любым человеком, но для этого требуются умственный труд: покупая книгу, мы не получаем её содержание, а лишь приобретаем возможность его воспринять после приложения собственных умственных усилий. Форма же принадлежит исключительно автору и не может быть отчуждена никому без его согласия. Обоснование этого таково:

Итак, почему же использование слов другого автора существенно отличается от использования его идей? В последнем случае я пользуюсь идеями, которые находясь в общем достоянии между мною и автором, и я доказал, что это так, придав идеям собственную форму. Но в первом случае я присваиваю форму автора, которая принадлежит ему и только ему

Warum denkt man nun über den Gebrauch der eignen Worte eines Schriftstellers ganz anders, als über die Anwendung seiner Gedanken? Im letztern Fall, bedienen wir uns dessen, was unser mit ihm gemeinschaftliches Eigenthum sein kann, und beweisen daß es dieses sei, dadurch, daß wir ihm unsere Form geben; im ersten Fall, bemächtigen wir uns seiner Form welche nicht unser, sondern sein ausschließendes, Eigenthum ist.

В то время как в странах континентального права дуалистический подход быстро получил признание по крайней мере на уровне доктрины, в странах общего права дуалистический подход пробивал себе дорогу постепенно, из ряда судебных прецедентов. В особенности живучей оказалась доктрина *sweat of the brow*, гласящая, что для защиты произведения имеет значение объём вложенного в его создание труда, а не творческий характер этого труда; эта доктрина была постепенно упразднена в конце XX — начале XXI века практически во всех странах общего права. С другой стороны, появление в странах континен-

тального права института исключительного права на инвестиционную базу данных примерно в то же время означает фактическое сближение двух правовых систем.

Несмотря на кажущуюся чёткость и определённости дуалистического подхода, который сейчас является краеугольным элементом национальных и международных систем авторского права, дуалистический подход не образует единой и универсальной системы. Трудности имеются даже на уровне терминологии. В английском языке, например, имеется множество слов, выражающих дуалистический подход: *expression, form* — и соответственно *idea, content* и другие. К счастью, в русском языке термины «форма» и «содержание» для обозначения соответствующих понятий устоялись, в связи с чем попытки оспорить их содержание [38: 68-69; 18: 47-49] представляются лишёнными практического смысла; далее в работе понятия *формы произведения* и *содержания произведения* будут использоваться в их привычном для российской доктрины значении.

Общим местом является суждение о том, что авторское право охраняет форму произведения и не охраняет его содержание. Однако разграничение содержания и формы (или, если угодно, идей и их воплощения) произведения оказывается не всегда простой задачей. Из приведённых выше цитат создаётся впечатление, что мыслители XVIII века либо считали, что отделить «мысли» и «идеи» от «слов» и «фраз» не составляет никакой проблемы, либо — что кажется более верным — рассматривали форму произведения достаточно ограничительно, имея в виду главным образом последовательности слов и выражений, которые нельзя без согласия правообладателя переписать дословно. Это было неудивительно, поскольку дуалистический подход развился из монистического подхода. Однако ныне ясно, что даже применительно к литературным произведениям полное разделение формы и содержания невозможно, ибо нельзя изменить форму, оставив совершенно неизменным содержание, и наоборот. Форма и содержание как самостоятельные сущности отсутствуют и выявляются лишь при анализе произведения. Но такой анализ неизбежно будет субъективным. Конечно, в предельных случаях можно сказать почти наверняка: вот это — форма, а это — содержание: скажем, к форме произведения относится конкретная последовательность слов, а к содержанию — общая идея произведения (например: обоснование несоответствия права естественному праву). Однако эти случаи тривиальны и не вносят ничего нового по сравнению с монистическим подходом. Здесь требуются более изощрённые методы анализа. Один из таких методов описан ниже.

Элементный анализ произведения направлен на определение охраняемого и неохраняемого в произведении. Он сводится к разложению произведения на отдельные элементы, которые затем классифицируются на элементы формы и элементы содержания. В том или ином виде данный подход используется во всём мире. В СССР элементный анализ произведения разрабатывал В. Я. Ионас в своих работах [25; 26]. В качестве примера рассмотрим литературные произведения. Ионас к элементам их содержания относил тему («круг жизненных явлений, откуда писатель черпает сюжет»), идейное содержание (отношение автора к изображаемой им действительности), а к элементам содержания — язык (последовательность слов и предложений) и образную систему (художественные образы произведения). Язык произведения рассматривался как «внешняя форма» произведения, а образная система — как «внутренняя форма». К «трудным случаям» Ионас относил сюжет и материал произведения. Сюжет Ионас рассматривал двояко и указывал, что «сюжетное ядро», то есть жизненная ситуация, которая описывается в произведении, является элементом содержания, но сюжет как один из художественных образов произведения («оригинальный сюжет») является элементом формы. Ещё более интересным образом Ионас разрешил проблему материала произведения: понимая материал как факты окружающей действительности, на которых основывается произведение, он признавал материал элементом содержания, однако фактически

относил к форме произведения такой материал, который был порождён исключительно художественным вымыслом писателя [26: 26-40].

Работы В. Я. Ионаса оказали значительное влияние на отечественную правовую доктрину. Хотя нельзя не признать, что критерии выделения элементов формы и содержания, выбранные этим автором, были в известной степени произвольными, та же проблема поджидает нас в любой работе по авторскому праву. Причина этого в том, что в издательской и судебной практике типичны споры именно по «сложным случаям»: заимствованию материала, сюжета или героев чужого произведения — и нельзя сказать, что именно в этой сфере предложенные кем-либо решения могут быть единственно верными.

У автора, например, вызывает большие сомнения мнение В. Я. Ионаса о необходимости различения материала произведения, почерпнутого из окружающей действительности, и материала произведения, порождённого воображением автора. Дело в том, что любое произведение, будь то фантастический роман или автобиография, в конечном счёте порождается воображением автора. Никто, кроме самого автора, не знает в точности, да и не должен знать, какие жизненные обстоятельства вдохновили автора к созданию произведения. Поэтому под материалом произведения следует понимать не факты окружающей действительности, а информацию фактического характера о событиях, описываемых в произведении. В этом случае всё встаёт на свои места: в автобиографии материалом будут жизненные обстоятельства в той части, какой они изложены автором, а в фантастическом романе — воображаемый мир, его обитатели и их действия (для читателя они столь же реальны, как и герой автобиографии).

Существенное ограничение элементного анализа, которое, к сожалению, не отмечается большинством исследователей, заключается в том, что в нём предполагается разделить исследуемые произведения на элементы формы и содержания и сравнивать эти элементы по отдельности. Это приводит к утрате целостного восприятия исследуемых произведений и к своего рода «поиску цитат», что не всегда может оказаться справедливым. Кроме того, в элементном анализе не учитывается, что те или иные элементы в зависимости от вида произведения в принципе могут менять свою роль, переходя из элементов формы в элементы содержания. Такая ситуация ещё будет обсуждаться в разделе 3 работы применительно к музыкальным произведениям, а здесь будут рассмотрены более простые случаи, когда и без указанных доводов отдельные элементы формы оказываются юридически безразличными.

Тривиальные элементы формы — это элементы формы произведения, в которых личный творческий вклад автора отсутствует либо не является определяющим. К тривиальным элементам формы относятся, в частности: атомарные элементы, то есть элементы формы, имеющие слишком малый объём, чтобы иметь самостоятельное художественное значение (отдельные слова и короткие фразы, отдельные ноты и аккорды, цвета спектра); общеизвестные элементы, то есть элементы, широко распространённые в той или иной области творческой деятельности и в силу этого не несущие отпечаток оригинальности автора; нетворческие элементы; элементы формы с вырожденной оригинальностью, то есть такие элементы, которые, хотя и появились в результате известных творческих усилий автора, с очень высокой вероятностью могут независимо появиться и у других авторов. Например, структура литературного или научного произведения является элементом его формы. Однако поскольку подавляющее большинство работ по естественным наукам с экспериментальным элементом строится по одному и тому же плану (введение, литературный обзор, экспериментальная часть, обсуждение результатов, выводы), постольку структура научного произведения не охраняется в виде её общеизвестности.

Синкретические элементы возникают в произведении тогда, когда содержанию отвечает ограниченный набор средств его выражения и (или) наоборот, те или иные элементы формы соответствуют чётко определённом содержанию. В этом случае возникает слияние формы и содержания соответствующего элемента. Приведу примеры. В работах по естественным наукам часто требуется точное выражение идей, что ограничивает возможность выразить их иным образом, чем в первоисточнике. Особенно это касается идей, выраженных математической и иной специальной нотацией. В программировании необходимость использования тех или иных алгоритмов, оптимизации программного кода, а также организации взаимодействия данной программы с другими программами также приводят к необходимости писать отдельные части программы совершенно определённым образом. В целом синкретические элементы не охраняются, так как их охрана парализовала бы, без всяких на то оснований, свободу слова и свободу распространения идей.

Вызывает известные затруднения для классификации случай, когда элемент произведения не охраняется из-за того, что он регулярно повторяется в различных произведениях определённого вида или жанра. Такая ситуация известна под французским именем *scènes à faire* («сцены, которые должны произойти»). Классический пример *scène à faire*: если в театральном спектакле по сценарию на стене висит ружьё, то оно должно непременно выстрелить до конца спектакля. Представляется, что в тех случаях, когда *scènes à faire* не имеют самостоятельной семантической нагрузки, их правильнее относить к числу общеизвестных элементов формы. В иных случаях, когда *scènes à faire* имеют самостоятельное содержание, то есть отражают конкретные идеи ввиду сложившейся культурной традиции, их правильнее относить к числу синкретических элементов.

Особняком стоит неохрانية формы при свободном использовании произведений. В отличие от перечисленных выше случаев, когда элементы формы оказываются в силу тех или иных причин юридически безразличными, при свободном использовании произведений элементы формы остаются юридически значимыми и разрешение на их использование вытекает лишь в силу прямого указания закона. Это имеет место, например, когда произведение находится в общественном достоянии. Одни виды свободного использования произведения, по всей видимости, не приводят к появлению неоригинальных произведений: например, при цитировании вновь созданное произведение остаётся оригинальным, а не производным относительно источников цитирования. В других же случаях, например, при создании пародии, новое произведение оказывается неоригинальным.

### 3. МУЗЫКАЛЬНЫЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ

#### 3.1. Определение музыкальных произведений

Легальное определение музыкальных произведений отсутствует в законодательстве почти всех стран мира. Не является исключением и Россия. Тем не менее представляется вполне надёжным использование словарных определений понятия *музыки*. Например, такого: «Музыка — вид искусства, в котором средством воплощения художественных образов являются определённым образом организованные музыкальные звуки» [21: ст. «Музыка»]. Исходя из данного определения, *музыкальное произведение*, в свою очередь, можно определить как «совокупность идей и образов, получивших в результате творческого процесса <...> своё выражение в форме организованных по высоте и по времени звуковых последовательностей» [24: 6].

Нужно отметить, что приведённое выше определение музыкального произведения нельзя считать полным, поскольку оно не позволяет без дополнительных соображений провести разграничение между *музыкальными произведениями* с одной стороны

и музыкальными исполнениями и фонограммами — с другой: «организованные музыкальные звуки» имеются в объектах всех указанных видов. Между тем такое различие представляется достаточно важным.

Меньшие сложности, с нашей точки зрения, представляет разграничение музыкальных произведений и музыкальных исполнений. Вопреки утверждениям некоторых авторов, оно заключается не в том, что труд исполнителей якобы не носит существенно творческого характера [37: 328] (ошибочность этого утверждения очевидна) и даже не в том, что исполнение, в отличие от произведения, не зафиксировано на материальном носителе (по общему правилу достаточно лишь возможности чувственного восприятия произведения другими людьми, ср. ч. 2 ст. 2 Бернской конвенции). Главное отличие здесь в другом.

В случае исполнений, если из них вычленим исполняемые произведения и оставить художественные и технические приёмы исполнения, заимствование таких приёмов и даже имитация исполнения, когда один исполнитель точно повторяет исполнение другого, не требует согласия автора первоначального исполнения [24: 338]. Поэтому исполнение по отношению к любым другим исполнениям всегда является новым и оригинальным; «неоригинальных исполнений» или «воспроизведения исполнений» не бывает, что видно из ст. 1315 и 1317 ГК РФ. С другой стороны, право на создание производного произведения и право на воспроизведение произведения являются центральными элементами авторского права и основным экономическим механизмом получения дохода правообладателями. Именно это отличие и не позволяет приравнять право исполнителя к праву автора.

Трудность заключается в отграничении исполнительских приёмов, которые не приводят к созданию нового произведения, от действий, в результате которых создаётся новое произведение. Так, в музыке имеется непрерывный переход между различными видами отображения музыкального произведения в звуки: от проигрывания произведения с помощью специальных компьютерных программ (например, программ, распознающих нотную запись), что не требует никакого творчества, до свободной импровизации на тему из искомого произведения, в результате чего создаётся по существу оригинальное произведение. Определить на этом континууме те границы, в которых исполнение *уже есть*, а создания нового произведения *ещё нет*, представляется действительно сложной задачей, особенно с учётом различных в разное время и в разных областях музыки представлений о соотношении между трудом композитора и трудом исполнителя [65: 402], но эта задача представляется принципиально решаемой.

Более сложным является соотношение между музыкальным произведением и фонограммой. Фонограмма является идеальным объектом, в котором зафиксированы произвольные звуки [35: 80]. В том случае, когда в фонограмме записаны звуки природы (шум водопада, пение птиц) или даже звуки антропогенного происхождения без какого-либо творческого вклада, фонограмма произведением являться не может. С другой стороны, в ряде случаев фонограмма по существу совпадает с произведением, а их различие носит формальный характер, необходимый лишь для определения объёма полномочий автора и производителя фонограммы. Это возникает тогда, когда отсутствует самостоятельный этап исполнения произведения, но само по себе произведение представляет собой творческим образом созданную звуковую запись. Примерами являются конкретная музыка (*musique concrète*) и многие разновидности электронной музыки [64: 249-250]. К перечисленным случаям близки ситуации, когда производитель фонограммы совпадает с исполнителем, как-то имеет место, например, при опубликовании исполнителями в интернете самостоятельно сделанных аудиозаписей. Отсюда, в частности, можно сделать вывод о том, что при обсуждении музыкального заимствования в форме использования семплов, что в последние десятилетия стало весьма актуальным [66], мы, как правило, можем отталкиваться от концепции музы-

кального заимствования, выработанной применительно к заимствованиям из одного музыкального произведения в другое [24: 20-24].

Форма и содержание музыкального произведения. Поскольку музыкальное произведение есть один из видов произведений вообще, то, согласно описанным выше представлениям, в нём должна быть возможность выделить охраняемые и неохраняемые элементы, что в конечном счёте требует выделения в музыкальном произведении формы и содержания. Основная сложность, которая встаёт при этом, заключается в том, что представления о форме и содержании в музыковедении существенно отличаются от общепринятых в искусствоведении в целом. Хотя данная ситуация критикуется в музыковедческой литературе со ссылкой на то, подобные различия в понятийном аппарате музыковедения и искусствоведения нежелательны, на данный момент радикальных изменений в этой области не произошло. С другой стороны, попытки напрямую применить общеискусствоведческие категории к музыке, как-то сделал В. Я. Ионас, также не вполне приемлемы, поскольку при этом упускаются из вида многие специфически музыкальные особенности. В целом же можно сказать, что музыковедение, говоря о музыкальном содержании, ищет не столько способы выделения в музыкальном произведении содержания как особой сущности, отличной от формы, сколько способы выражения смысла музыкального произведения средствами обычного языка [31: 10-11, 37-38], что создаёт известные сложности для приложения достижений музыковедения к юриспруденции. Между прочим, некоторые авторы утверждают, что дихотомия форма — содержание не представляет большой ценности при анализе музыкальных произведений. Однако при этом речь обычно ведётся о сложности применения данной дихотомии в реальной судебной практике, в том числе в трудностях при определении перечня неохраняемых элементов [65: 9-10], а не о принципиальной ошибочности данной дихотомии.

### 3.2. Форма и выразительные средства музыкального произведения

Если исходить из традиционного представления о форме произведения, то в музыкальном произведении, как и любом другом, можно выделить внутреннюю форму и внешнюю форму. Однако представляется, что традиционно выделяемые объекты внутренней формы, а именно художественные образы и сюжет, применительно к музыкальным произведениям не могут рассматриваться как охраняемые элементы, поскольку по существу являются элементами содержания, а не формы [25: 36-38; 26: 49-51] (см. подраздел 3.3). С учётом изложенного будет правильным согласиться с мнением [24: 6] о том, что в музыкальных произведениях имеет правовое значение лишь внешняя форма. Последнее же понятие если и не совпадает, то близко к понятию выразительных средств музыкального произведения.

Выразительные средства музыкального произведения — это конкретные формообразующие элементы, из которых композитор составляет музыкальное произведение. Из одной книги по авторскому праву в другую, будь то книга на русском или иностранном языке, кочует утверждение о триаде таких элементов, которыми якобы исчерпывается данное понятие: мелодия, гармония, ритм [23: 45-46; 24: 12-15; 33: 64-65; 41: 55]. Нет нужды опровергать это очевидно неверное утверждение. Даже в европейской традиции можно назвать гораздо большее число выразительных элементов. Это лад и тональность, фактура, а также тембр, темп, артикуляция, интонация и многое другое [29: 45], причём роль тембровых и сонорных характеристик в современной музыке, как популярной, так и академической, явно усилилась по сравнению с предшествующими эпохами [62: 432]. Вместе с тем нужно учитывать, что разные выразительные средства, в зависимости от вида произведения и времени его создания, могут выполнять различную роль. С учётом изложенного

в предыдущем разделе следует ещё раз обратить внимание на то, что для защиты выразительного средства музыкального произведения по авторскому праву является необходимым соблюдение двух условий: выразительное средство не должно быть ни тривиальным, ни синкретичным элементом формы. О синкретичных элементах речь пойдёт в следующем подразделе, а ниже будет приведён анализ некоторых выразительных элементов с учётом степени их возможной тривиальности.

Мелодия может быть определена как ритмически организованная последовательность отдельных тонов (звуков определённой высоты) [47: 32], как «одноголосно выраженная музыкальная мысль» [36: ст. «Мелодия»]. Мелодия, хотя она и не является строго обязательной для любого произведения (хотя бы потому, что существуют музыкальные произведения для одних ударных с неопределённой высотой звука) считается наиболее характерным и, если так можно выразиться, охраноспособным выразительным средством музыкального произведения. В судебной практике, в том числе отечественной, подавляющее число споров относительно музыкального заимствования возникает именно по поводу мелодий, хотя это следует отнести прежде всего на особенности доминирующего в популярной музыке гомофонного-гармонического склада, где доминирующей действительной является мелодия. Вместе с тем нужно подчеркнуть, что в целом число потенциально возможных мелодий заданной длины на много порядков меньше числа потенциально возможных словесных последовательностей для литературного произведения сравнимой (в той степени, в какой такое сравнение возможно) длины, в том числе из-за имеющихся в данном музыкальном направлении или жанре ограничений [64: 240, 262]; коротко этот факт выражают афоризмом «в музыке всего семь нот». Это приводит к тому, что доказать оригинальность и творческий характер создания мелодии сложнее, чем доказать то же в отношении литературного произведения.

Мелодию нельзя рассматривать в отрыве от ладотональных характеристик произведения — строя (конкретного набора высот звуков), лада (приятной для слуха согласованной по высоте системы звуков) и тесно связанного с ним понятия тональности (высотного положения лада) [36: ст. «Мелодия»]; вместе с тем все эти элементы сами по себе защищаться не могут из-за того, что являются тривиальными элементами. В большинстве случаев для обоснования этого достаточно сослаться на то, что строй, лад, тональность давно употребляются в музыкальной практике (например, натуральный мажор и натуральный, гармонический и мелодический минор известны уже много веков). Но и когда композитор в конкретном произведении использовал строй или лад, которые не были известны в употреблении ранее, этот строй или лад, по всей видимости не может быть признан охраняемым элементом из-за высокой вероятности того, что другие композиторы могли самостоятельно создать такой же лад без заимствования (элемент формы с вырожденной оригинальностью).

Гармония в правовой доктрине рассматривается как структура и последовательность аккордов в произведении. В отличие от мелодии, которая почти универсальна и может быть выделена почти в любом музыкальном произведении независимо от эпохи, понятие гармонии в указанном смысле тесно связывается с *гомофонно-гармоническим складом* (сочетание главного голоса, ведущего мелодию, и сопровождающих его аккордов; при этом аккорды в значительной степени определяются мелодией), который начал складываться в XVII веке, стал основным в XVIII веке и в академической музыке продержался до начала XX века [36: ст. «Гармония»], а в популярной музыке, как мы все хорошо знаем, является универсальным по сей день. В *полифонических произведениях*, где имеется несколько относительно равноправных мелодических линий, гармония рассматривается под иным углом; в *монодических произведениях* (произведениях для одного голоса) гармония в её



обычном «правовом» понимании отсутствует. Возвращаясь к гомофонно-гармоническому складу, следует иметь в виду, что в данном случае вопрос об охраноспособности обычно возникает по поводу базовых аккордовых последовательностей (например, в случае популярных песен это основные аккорды сопровождения). Как показывает практика, такие последовательности сравнительно редко могут стать объектом самостоятельной правовой охраны, поскольку при детальном рассмотрении они оказываются производными от мелодии и проще ставить вопрос об охране мелодии, а на более крупном масштабе аккордовые последовательности сплошь и рядом оказываются тривиальными, особенно в популярной музыке, примеры здесь можно приводить бесконечно [47: 33].

Фактура музыкального произведения — «чувственно воспринимаемый, непосредственно слышимый слой музыки», что отражается в таких характеристиках фактуры, как «прозрачная фактура», «массивная фактура» [36: ст. «Фактура»]. С фактурой связаны тембровые и артикуляционные характеристики, определяемые чаще всего через указание композитором конкретных видов инструментов и музыкальных приёмов, необходимых для исполнения произведения. Эти элементы являются тривиальными, прежде всего по причине общеизвестности. Вместе с тем сонористические характеристики, то есть звучание конкретных звуков — в очень редких случаях, когда композитор целенаправленно и долго подбирает необходимый звук — по-видимому, могут признаваться оригинальными (здесь можно провести аналогию с защитой по авторскому праву ароматов), хотя есть и противоположное [62: 433] мнение; однако такие звуки скорее всего будут являться синкретическими элементами, поскольку композитор в данном случае будет вкладывать в эти звуки определённое содержание [29: 32-37] и соответственно охраняться не будут.

Ритм — это временная организация музыки, более точно — последовательность длительностей звуков независимо от их характеристик [36: ст. «Ритм»]. О ритме говорят только в отношении сравнительно небольших длительностей; так, соотношение продолжительностей отдельных частей музыкального произведения не связано с понятием ритма. При наличии в музыкальном произведении мелодии понятие ритма фактически поглощается понятием мелодии, однако в принципе ритм может защищаться отдельно, что характерно для некоторых жанров современной массовой музыки (рэп, хип-хоп) [47: 33-34]. В то время как ритм потенциально может быть охраняемым элементом, темп, то есть общая скорость исполнения музыкального произведения, по понятным причинам является неохраняемым (более общеизвестный элемент формы музыкального произведения сложно представить).

Нужно подчеркнуть, что, как ни в каком другом виде искусства, *в музыке определяющее значение имеют не изолированные элементы формы, а их сочетание и взаимодействие.* Это многократно подчёркивалось в литературе, исходя как из практики сочинения музыки, так и из особенностей её восприятия. Так, общеизвестно, что процесс сочинения музыки связан не столько с созданием оригинального материала (например, мелодий), сколько с его разработкой. Именно умение качественно распорядиться имеющимся музыкальным материалом и создать на его основе запоминающееся произведение отличает истинного композитора от дилетанта [62: 425]. Что касается восприятия произведений, то хорошо известно, что слушатели, недостаточно знакомые с определённой музыкальной традицией, могут воспринимать все произведения в этой традиции как очень похожие (представим, например, человека, который никогда не слушал музыку Перотина и Леонина, сочинённую в XII веке, и случайно попал на концерт такой музыки!); более того, даже произведения даже в хорошо знакомом стиле при недостаточно тренированном восприятии могут показаться различными лишь из-за незначительных, но навязчивых для слуха особенностей, затемняющих их близкое сходство (особенности аранжировки, изменение темпа и тому подобное). Все эти факты игнорируются авторским правом, которое, как известно, охраняет произведения «независимо

от их достоинств» и предпочитает формальный подход, однако по отношению к музыкальным произведениям это может привести к нежелательным последствиям с гораздо большей вероятностью, чем в случае литературных произведений, для защиты которых изначально и создавалось авторское право [55: 555-556].

Так, А. Кейт в своей работе привёл пример фрагмент из сочинения С. Джоплина 1902 года и фрагмент собственного сочинения, которые на слух не имеют ничего общего, но в действительности, если не учитывать ритм, содержат идентичную мелодию, и подчеркнул в связи с этим неоднозначность определения того, что можно считать охраноспособными элементами формы музыкального произведения [62: 433-437]. Всё это ставит известные пределы на применимость элементного анализа произведения.

В завершение подраздела напомним, что любое выразительное средство музыки в зависимости от особенностей времени и жанра произведения может быть как относительно «свободным», так и семантически нагруженным. В последнем случае такое выразительное средство может превратиться из элемента формы в синкретический элемент, который уже не будет охраняться; этот вопрос будет рассмотрен в следующем разделе.

### 3.3. Содержание музыкального произведения

Содержание музыкального произведения — это область, с которой мы постоянно сталкиваемся, слушая ту или иную музыку, хотя и признаётся, что мы знаем о содержании музыки намного меньше, чем о её формообразующих элементах [54; 29: 3]. Вместе с тем можно вполне согласиться со следующим определением: музыкальное содержание есть «воплощённая в звучании духовная сторона музыки, порождённая композитором <...>, актуализированная музыкантом-исполнителем и сформированная в восприятии слушателя», причём духовная сторона музыки рассматривается как система художественных представлений, в которых обобщается человеческий опыт не только настоящего (тогда это было бы не представление, а простое восприятие) но и прошлого и, возможно, будущего [29: 12-13]. Данное музыковедческое определение хорошо гармонирует с принятым в дуалистическом подходе представлением о содержании любого произведения как совокупности идей и мыслей, которые передаются от автора его читателю, зрителю, слушателю в результате определённого духовного труда последнего (ср. цитированное выше высказывание Фихте). Исходя из существующих работ по музыковедению [29: 18-20; 31], можно указать такие элементы музыкального содержания, как музыкальная тема, музыкальная идея, музыкальная драматургия, музыкальные образы, музыкальные интонации.

Тема музыкального произведения как элемента содержания — это общий, основной предмет произведения, который объединяет всё произведение, но не обязательно становится его фрагментом. Легче всего определить тему с точки зрения передаваемых эмоций («мятежная тема», «ироническая тема»), однако в действительности содержание темы более широко и охватывает все слои содержания музыкального произведения. Иногда тема достаточно легко определяется по музыкальному материалу.

Например, в «Эхе» из «Увертюры во французском стиле» для клавесина (BWV 831) И.-С. Баха [70] «очень популярная в эпоху барокко тема эха воплощена динамическими контрастами и имитациями» [30: 259].

Если музыкальное произведение имеет «удачное» название (например, «Времена года»), тему произведения часто определяют именно по названию, но эта практика не всегда корректна, поскольку оставляет за скобками вопрос: а какую тему мы бы определили, если бы не знали название?

Так или иначе, отдалённость данного выше определения темы от более традиционного, связанного с конкретным музыкальным материалом в произведении, вынуждает искать компромиссные определения. В таком случае для определения темы важен вид тематизма

музыкального произведения. При *рассредоточенном тематизме* к теме произведения нельзя даже приблизиться, не рассмотрев произведение в целом (григорианский хорал). Естественно, в данном случае тема выступает как элемент содержания. Однако возможен и *сосредоточенный тематизм*, где и в самом деле можно найти собственно музыкальное ядро, выступающее если не темой, то по крайней мере её основанием. Самым ярким примером такой темы является музыкальная тема фуги [29: 230-248]. Однако разве и в произведениях популярной музыки мы не встречаем (например, в припеве песен) сосредоточенный тематизм? Между тем в случае сосредоточенного тематизма возникает вопрос об охраняемости темы, поскольку велик соблазн рассматривать её как синкретический элемент произведения и считать её неохраняемой. Столь радикальное решение, однако, было бы неправильным: следует учитывать не только вид тематизма в исходном произведении, но и характер заимствования темы в новом произведении, а также, что самое важное, тот факт, что концепция сосредоточенного тематизма, выраженного в конкретном музыкальном материале, не является универсальной. В частности, именно в фугах многие исследователи пытаются отыскивать темы (деликатно именуя их «образными сферами»), отталкиваясь не от музыкального ядра фуги, а от произведения в целом [53: 151-155]

Музыкальная идея — это «специфическая акцентуация темы, особый угол зрения на неё», конкретное «решение» темы в музыкальном произведении [29: 258, 266]. В отличие от темы музыкального произведения, которая в общем случае может носить и немusикальный характер, идея всегда реализуется в конкретных средствах музыкального выражения, однако эта реализация *рассредоточена* по всему произведению. Само собой, одной и той же теме может отвечать несколько идей, что прекрасно иллюстрируется многочисленными произведениями на одну и ту же тему. Близкими к понятию идеи музыкального произведения являются понятия его концепции и музыкальной картины мира [29: 260-262].

Музыкальные образы — это представления о тех или иных явлениях, мысли и особенно эмоциональные состояния, передаваемые с помощью выразительных средств музыки [25: 37].

Например, в «Музыкальной табакерке» А. К. Лядова [71] «ровно-механистическое, повторно-симметричное движение в высоком регистре создаёт образ миниатюрного игрушечно-кукольного механизма», а в прелюдии «Менестрели» из «I Книги прелюдий» К. Дебюсси [72] «имитация приёмов игры на банджо, тамбурине и других инструментах, интонации американских песен спиричуэлс, пестрота и прихотливость мотивного движения соединяются в коллективный портрет негритянской комедийной актёрской группы» [30: 526-527].

Как уже указывалось, в музыковедении образы относят к содержанию музыкального произведения, что сильно отличается от общего представления о художественном образе как об элементе формы. В основном это вызвано существенным отличием предмета музыкального образа от, скажем, предмета литературного или драматического образа. В последнем случае образы, как правило, соответствуют конкретным персонажам (например, образ героя произведения) или явлениям, и возможно выделение художественного образа как элемента формы, то есть средства *выражения* мыслей и чувств автора относительно изображаемого персонажа или явления, и *самих идей* и чувств как элемента содержания. Музыкальные же образы носят обобщённый характер (например, описывают не отдельно взятого человека, а обобщают мысли и чувства, свойственные множеству людей или человеку вообще), дистанцированы от реального мира, гораздо более опосредованы и абстрагированы, чем, например, литературные или живописные образы, и таким образом, изначально представляют собой *идеи* [29: 118-120]. При этом затруднения и неоднозначности при словесном описании музыкальных образов не означают неопределённости содержания этих образов, как это иногда пытаются представить, а лишь говорят об особой природе музыкальных образов, затрудняющей такой «перевод».

Музыкальная драматургия может быть охарактеризована как «процесс становления и развития музыкальных образов» [29: 197]. Сюда входят профиль музыкального произведения, наличие кульминационных моментов, противопоставление тем и тому подобные явления. Понятие музыкальной драматургии как элемента содержания произведения следует отличать от структуры произведения как элемента его формы, хотя эти понятия и близки. В любом случае, как музыкальная драматургия, так и структура музыкального произведения не относятся к числу охраняемых элементов.

Музыкальные интонации занимают особое место в ряду элементов музыкального содержания. Музыкальные интонации — это, как правило, незначительные по объёму элементы музыкального материала (мелодические, гармонические и прочие), которым отводится более или менее конкретное содержательное значение; иными словами, музыкальные интонации выражают «наименьший образно-смысловой элемент музыки». С помощью музыкальных интонаций могут быть переданы как эмоции, так и мышление человека (ср. «буквенные» темы на имена известных композиторов, например В-А-С-Н), речевые особенности героя музыкального произведения и его состояние; есть и интонации, отвлечённые от человека [29: 76-77]. В частности, уже в музыке эпохи барокко получили широкое распространение музыкально-риторические фигуры, которых исследователи насчитали более ста. Некоторые примеры: *anabasis* (восхождение) — восходящее движение мелодии как эмблема восхождения, воскресения; *arosiopesis* (сокрытие) — пауза во всех голосах как символ окончания жизни, ухода в вечность; *tirata* (от *tirare* — вытягивать) — гаммаобразное восходящее или нисходящее движение мелодии в быстром темпе как эмблема радостного воодушевления, божественной силы или гнева [31: 66-69].

Из изложенного выше может показаться, что музыкальные интонации по своей природе синкретичны, поскольку в них форма неразрывно связана с содержанием. Однако нужно учитывать, что музыкальные интонации могут быть определены на разных уровнях. Так, во всякой музыкальной культуре и музыкальном жанре имеется свой интонационный словарь, который с известной степенью точности регулирует музыкальную практику [29: 95-97]. Эти универсальные музыкальные интонации являются *scènes à faire* и, безусловно, не охраняются авторским правом. Однако свой интонационный словарь может быть у и отдельного композитора или даже тех или иных его произведений [29: 98]. Индивидуальные музыкальные интонации, не меняя своей роли для понимания содержания музыки, перестают быть синкретичным явлением, разделяясь на содержание и отвечающие ему выразительные средства, специфичные для данного композитора; последние могут защищаться авторским правом, если они не являются тривиальными. Другой вопрос, что их тривиальность весьма вероятна: музыкальные интонации, как правило, слишком коротки, чтобы иметь самостоятельную охрану по авторскому праву.

#### 3.4. История и виды музыкального заимствования

Мы переходим к наиболее сложной и недостаточно разработанной не только в отечественной, но и в мировой научной литературе теме — теме собственно музыкального заимствования. С одной стороны, общим местом и в музыковедческой, и в юридической литературе является признание факта широкого распространения заимствований в музыке [56: 34-36; 59: 851]. С другой стороны, вопросы о *видах* музыкального заимствования редко выходят за рамки иллюстративных примеров для тех или иных композиторов или музыкальных эпох, причём применительно к юриспруденции эти примеры практически не связываются с судебной практикой, а последняя зачастую предпочитает не вдаваться в тонкости музыковедения и ограничиваться вопросом о наличии или отсутствии «существенного сходства между произведениями» [64: 257-261]. Даже в музыковедении тема му-

зыкального заимствования как отдельная область исследований почти не выделяется, хотя такое положение дел подвергается [59: 861-862] критике. Впрочем, в настоящее время по адресу <http://www.chmtl.indiana.edu/borrowing/> доступна аннотированная библиография публикаций по теме музыкального заимствования; об идее её создания можно прочитать в работе [60].

Само понятие музыкального заимствования довольно неоднозначно. Для музыковедения интерес представляют прежде всего такие заимствования, которые влияют на содержание произведения. Л. П. Казанцева в своей диссертации, например, обозначает соответствующее явление как «тематическое заимствование»: оно может представлять собой и заимствование отдельных выразительных средств, и заимствование общей идеи или стиля произведения, однако такое заимствование всегда «нагружено» определённым содержанием и служит художественной функции [28: 11-13]. Подобная классификация заимствований имеет ценность, однако желательно требуется более общее определение заимствования. С другой стороны, в праве понятие музыкального заимствования иногда связывают с понятием производных произведений, а сами заимствования «подводят» под наличные в ГК РФ понятия аранжировки, цитирования [24: 15-21], пародии и так далее; указанный подход представляется даже для правовых целей недопустимым упрощением. По всей видимости, в общем виде музыкальное заимствование можно определить как любое использование исходного произведения, которое привело к появлению в новом произведении элементов исходного произведения, будь то элементы формы, элементы содержания или синкретические элементы. По видимому, будет практически удобно сразу же исключить из данного определения заимствование атомарных элементов (нот и тому подобного) и заимствование заведомо общеизвестных элементов (лад, тональность и некоторые другие), поскольку соответствующие элементы заведомо не защищаются.

Следуя Дж. П. Буркхолдеру [59: 861-662], можно выделить ряд видов музыкального заимствования, которые являются универсальными, и, по всей видимости, присущи любым музыкальным культурам от доисторических времён до настоящего времени. Это импровизация и чтение нараспев на известные мелодические формулы; комбинирование мелодических формул; использование имеющегося музыкального материала в качестве структурного основания для новой композиции; вариации на музыкальную тему. К этому списку нужно добавить следование установившимся на данный момент музыкальным обычаям.

В европейской музыке самыми ранними видами заимствования (до XI века включительно) были импровизации разного рода (секвенции, тропы, разные виды многоголосого органума) на темы григорианского хора, по большей части анонимные [32: т. 1, с. 40-43, 74-76]. Начиная с XII века техника построения многоголосых произведений усложняется. Появляются различные композиционные приёмы: сочинение на *cantus firmus* (регулярное проведение заимствованной темы, как правило, большими длительностями, в одном голосе); музыкальное пародирование и парафразирование (использование заимствованной мелодии, мелодий или целых полифонических отрывков в разных голосах полифонического произведения с разнообразными трансформациями). Общим для всех этих композиционных приёмов было стремление композитора к полному синтезу заимствованного и оригинального материала; выявить источник заимствования на слух неопытному слушателю порой невозможно.

В качестве примера можно рассмотреть чрезвычайно популярную в эпоху Возрождения одноголосую музыкальную тему — *L'homme armé* [73], к которой обращались очень многие композиторы указанной эпохи, в том числе Г. Дюфай [74], Жоскен [75], Р. Карвер [76], Ф. Карон [77]; продолжают использовать данную тему и современные композиторы, например К. Дженкинс [78].

Другой особенностью было относительное безразличие композиторов эпохи к источнику заимствования: заимствуемые музыкальные темы не обязательно обладали выдающимися качествами сами по себе и рассматривались как основа музыкальной компози-

ции, на которой возможно построение более сложных и приятных для слуха музыкальных работ [32: т. 1, 131-133, 189-190 и др.; 45: 1-5, 8-13; 63]. Параллельно с почти исключительно вокальной «высокой» церковной многоголосой музыкой развивалась профессиональная светская музыка: от трубадуров, труверов и миннезингеров в Средневековье до профессиональных композиторов в эпоху Возрождения [32: т. 1, 58-59, 203-209]. Всегда существовала и народная музыка, из которой непрерывно черпали музыкальный материал композиторы. В светской музыке шёл непрерывный процесс музыкального варьирования и обмена [61: 427].

Переход от многоголосия к гомофонно-гармоническому складу в европейской музыке произошёл постепенно на протяжении XVII века. Рубежом многие считают творчество К. Монтеверди, который наряду с полифоническими произведениями «старого стиля» писал и оперы в «новом стиле» [32: т. 1, с. 371]. Изменение музыкального склада вместе с распространением примерно то же время инструментальной музыки привело и к изменению излюбленных способов музыкального заимствования: широко распространились вариации на чужие темы, заимствование тем для их разработки в новых музыкальных формах, а также всевозможные переложения.

Здесь мы приводим два произведения в форме вариаций на одну и ту же тему *Von der Fortuna*. Одно из них принадлежит Я.-П. Свелинку (1562—1621) [79], а второе — С. Шейдту (1587—1653) [80]. Оба композитора жили на границе XVI и XVIII века.

Литература по музыковедению изобилует конкретными примерами заимствований у композиторов рассматриваемого периода. Например, у И.-С. Баха ряд органных концертов (BWV 593, 594, 596) и переложений для клавесина (BWV 972, 973, 975, 976, 978, 980) и концерт для четырёх клавесинов с оркестром (BWV 1065) представляют собой транскрипции концертов Вивальди [32: т. 2, с. 71].

Другие случаи музыкального заимствования И.-С. Бахом музыкального материала из работ других композиторов, пожалуй, менее известны, но весьма примечательны. Достаточно сравнить фрагмент произведения Ж.-Р. Делаланда [81] и построенную на его материале увертюру к 4-й оркестровой сюите И.-С. Баха [82], чтобы понять, что Бах, отталкиваясь от произведения Делаланда, придал ему новую глубину и развил многие музыкальные мысли, у Делаланда отсутствовавшие.

Особенно был известен своими заимствованиями Г.-Ф. Гендель, которого ещё при жизни обвиняли в «открытом и всем известном воровстве» чужих музыкальных произведений [61: 427]. Однако в целом отношение к музыкальному заимствованию в рассматриваемой эпохе заключалось в том, что заимствования, каковы бы они ни были, абсолютно допустимы, если в результате заимствования является лучшее произведение, чем исходное; именно таким образом отвечали критикам Генделя его поклонники [49: 14-15].

Изменение отношения к музыкальному заимствованию произошло в XIX веке, что связывают с укреплением романтической концепции авторства, появившейся в XVIII веке. Она заключается в следующем. Если раньше автор музыкального труда рассматривался как ремесленник, то теперь его называют творцом; музыкальное произведение, бывшее до этого плодом усердия и технического мастерства, считается выражением самой души композитора [49: 2]. Одновременно с этим снижается роль исполнителя, который уже не рассматривается как лицо, близкое по статусу к композитору (не будем забывать, что примерно до XVIII века полное выписывание партий в музыкальных работах было нехарактерно; исполнитель не просто мог, но был обязан импровизировать), а всего лишь точно исполняет чужие произведения. Заимствование по-прежнему допускалось, но уже в более ограниченных объёмах; копирование или простое переложение солидных фрагментов чужих произведений без согласия авторов в XIX веке рассматривалась негативно. Вместе с тем это не распространялось на виды заимствования, в которых объём заимствования по отношению к объёму нового произведения был минимальным, а ценность творческого вклада автора но-

вого произведения явно превосходила самостоятельную ценность заимствованного материала; сочинение вариаций и фантазий на чужие темы по-прежнему считалось абсолютно допустимым и рассматривалось как проявление уважения к творчеству композитора, у которого впервые появилась данная тема, а не как нарушение чьих-либо прав.

Нужно напомнить, что до начала XX века подавляющее большинство композиторов жило за счёт финансовой помощи патронов или оплаты их труда по месту работы, а не за счёт доходов «с произведений», создание которых, таким образом, не преследовало цель введения экземпляров этих произведений в гражданский оборот и их возмездного отчуждения. Специфическим для музыкальной жизни начала XX века явилось появление средств «исполнения» музыкальных произведений без живых исполнителей. Будучи первоначально несовершенными либо неудобными для повседневного пользования (пианино с механической записью), эти средства постепенно сделали возможным появление нового и наиболее существенного источника дохода для композиторов — и правообладателей, — а именно дохода от распространения аудиозаписей с их произведений. С того момента именно денежный фактор стал предопределять эволюцию всего комплекса представлений, связанных с «жизнью» музыкальных произведений [47: 18].

Как правило, в тех сферах, где в силу сложившихся причин возможность получения дохода отсутствовала либо не была востребована, музыкальное заимствование продолжало быть приемлемым — порой даже в большей степени, чем в XIX веке. В качестве примеров музыкальных направлений, возникших в XX веке, в котором заимствованию обычно не придаётся особого критического внимания, можно привести блюз, существенно основанный на свободном заимствовании гармонических тем и их мелодическом варьировании [58: 589,596-598]; джаз, в котором очень большое внимание уделяется импровизации, приводящей к созданию новых произведений; конкретную музыку французских композиторов 1950-х годов.

В массовой популярной музыке сложилась более интересная и в чём-то парадоксальная ситуация. С одной стороны, обвинения в плагиате и соответствующие иски стали в каком-то смысле привычными. При этом используется традиционная риторика о «незаконном присвоении», реальном или мнимом, музыкального творчества, хотя истинной целью является получение денежной компенсации, а не защита своего доброго имени. С другой стороны, сравнительно скудный набор защищаемых выразительных средств такой музыки по существу ограничивает споры по поводу заимствования лишь случаями заимствования мелодии; элементарный перебор случайно взятых популярных произведений показывает, что, например, их гармонические структуры повторяются настолько часто, что и защищаться практически не могут.

Так, например, гармоническая основа Канона ре мажор И. Пахельбеля [83] используется в несметном количестве произведений популярной музыки, в том числе у таких ярких представителей 1990-х годов, как Aerosmith [84], Pet Shop Boys [85] (впрочем, в данном случае авторство за группой Village People), Green Day [86] и Oasis [87].

Известны также случаи, когда факт заимствования совершенно очевиден, но судебных споров по этому поводу нет. Безусловно, определённая часть подобного рода споров решается вне суда, однако всё же следует полагать, что отдельные композиторы и правообладатели могут просто посчитать соответствующее заимствование морально допустимым.

Опыты французских авангардистов с конкретной музыкой, между тем, породили ставшую ныне массовой новую форму заимствования — использование семплов, то есть фрагментов аудиозаписей. Использование семплов *принципиально* отличается от всех остальных видов заимствования, перечисленных в разделе 3.3 работы, объектом заимствования. При обычном заимствовании заимствуются отдельные или даже все значимые (при полном копировании) элементы произведения, но результат исполнения этого произведения

в виде записанных звуков не заимствуется. Напротив, при использовании семплов объект заимствования — это одновременно записанные звуки и то произведение, которое за этими звуками стоит (если такое произведение вообще существует: возможны заимствования из записей звуков, появившихся не в результате исполнения). В юридической литературе последних лет заимствование семплов обсуждается, пожалуй, даже чаще, чем «обычное» заимствование; в США юридические дискуссии особенно облегчаются вследствие того, что записи звуков (sound recordings) законом рассматриваются на одном уровне с музыкальными произведениями как объекты авторского права. Использование семплирования характерно для всей современной музыки, включая академическую. В популярной музыке семплирование особенно характерно для таких стилей, как рэп, хип-хоп, эр-эн-би, электронная танцевальная музыка. Нужно подчеркнуть, что семплирование имеет место только при заимствовании записи звука в новое произведение. В том случае, если интересующий композитора фрагмент аудиозаписи не заимствуется, а воссоздаётся теми или иными средствами (в том числе с помощью исполнителей, которые имитируют исполнение искомого фрагмента), заимствования семпла нет, а есть лишь заимствование музыкального материала [24: 20]. Суть дела, однако, в том, что последнем случае заимствованный фрагмент во многих случаях может оказаться неохраняемым, будучи общеизвестным; при этом число повторов этого элемента в произведении значения иметь не будет. К сожалению, различие между заимствованием семплов и заимствованием собственно элементов музыкального произведения часто упускают из виду.

### 3.5. Трансформативность при музыкальном заимствовании

Выше в подразделе 2.2 данной работы трансформативность при заимствовании была определена как «степень преобразования заимствованного материала в новом произведении». С учётом изложенного выше ясно, что юридически значимым будет только такая трансформативность, которая затрагивает элементы формы исходного произведения, поскольку элементы содержания исходного произведения в любом случае не охраняются. При определении степени трансформативности следует сравнивать не только отдельные элементы исходного и нового произведения, но и сами эти произведения в целом.

Нетрудно указать, что при полном копировании одного музыкального произведения в другое трансформативность будет нулевой.

В случае произведений, по своей природе допускающих разделение на относительно независимые части, и заимствования одной из таких частей и создании заново других частей трансформативность будет, по всей видимости, также низкой, но уже ненулевой из-за различий в достигнутом результате. Самый типичный пример подобной деятельности — создание пародии на существующие музыкальные произведения с текстом путём изменения текста без изменений музыки. К слову сказать, иногда ошибочно считают, что этим музыкальные пародии и исчерпываются, но это, конечно, не так.

Например, в произведениях П. Шикеле, работающего под псевдонимом P. D. Q. Bach, пародийный, иронический эффект достигается в первую очередь за счёт необычного сочетания собственно музыкальных элементов, относящихся к разным эпохам и музыкальным стилям. Примером может служить кантата *Vlaues Gras* [88].

Близки по степени трансформативности и такие ситуации, в которых исходное музыкальное произведение, допускающее разложение на относительно независимые части, преобразуется в новое путём более или менее тривиальных преобразований, например исключения партий отдельных инструментов, добавления новых партий путём элементарных преобразований старых (транспозиция и тому подобное), выделения «главной мелодии». Это, например, имеет место при создании полифонических мелодий звонков для мобильных телефонов на основе уже существующих произведений и вообще в случаях так называемых



*тривиальных музыкальных преобразований*, когда такие преобразования осуществляются исключительно для преодоления ограничений технического плана (набор инструментов, технические способности исполнителя) и, что принципиально, не носят существенно творческого характера.

Более высокая степень трансформативности предполагает, что или отдельные элементы формы исходного произведения подвергаются существенным творческим изменениям, или эти элементы комбинируются в новом произведении оригинальным образом, или же оба действия имеют место одновременно. Один из косвенных признаков высокой степени трансформативности, который, по всей видимости, является необходимым, но не достаточным, — творческое изменение содержания музыкального произведения в целом, в результате чего новое произведение приобретает более или менее самостоятельное художественное значение. По последнему критерию можно различить описанные выше тривиальные музыкальные преобразования от музыкальных транскрипций [36: ст. «Транскрипция»].

Можно привести ряды произведений, в которых степень трансформативности возрастает от одного произведения к другому. Например, по сравнению с «оригиналом» — песней Penny Lane группы The Beatles [89] — работа П. Брейнера близка к транскрипции [90], в то время как работа Дж. Байлесса представляет собой, по сути, фантазию на тему песни, где сама эта тема едва угадывается лишь ближе к концу работы [91].

Другой пример: весьма известная композиция Thunderstruck австралийской группы AC/DC [92]. Автор под псевдонимом sruzob7 ограничился фортепианной транскрипцией этой композиции, хотя и сделал это очень талантливо [93]. С другой стороны, австралийские волынщики достигли большего трансформативного результата, переложив эту же композицию для волынки и сильно отклонившись от оригинала ближе к концу композиции [94].

Другой фактор — общий объём заимствованных элементов формы: при прочих равных условиях меньший объём предполагает большую степень трансформативности. Например, при написании вариаций или фуги на заимствованную тему заимствуемый элемент, как правило, представляет собой несколько тактов одноголосой мелодии без сопровождения, которые затем используются в новом произведении на протяжении нескольких минут; при этом весь остальной материал исходного музыкального произведения в новом музыкальном произведении не используется. Здесь вполне уместно говорить о высокой степени трансформативности.

Замечательные примеры подобного рода трансформативности, на наш взгляд, представляют фуга Дж. Деттори [98] на тему из творчества Леди Гаги [97] и импровизационная органная фуга автора под псевдонимом joge83 [96] на тему «Дыма над водой» Deep Purple [95].

Другую возможность построить музыкальное произведение на незначительном по объёму заимствованном материале иллюстрирует творчество Дж. Грейсона: использовав несколько начальных нот из «Темы Дарта Вейдера» [99], Грейсон, отталкиваясь от них, создал оригинальное по содержанию произведение «в стиле Бетховена» [100].

Сложность для классификации по степени трансформативности представляет заимствование фрагментов музыкального материала исходного произведения, которые хотя и невелики по объёму (вплоть до нескольких нот), но повторяются без существенных изменений на значительном протяжении нового произведения и при этом представляют собой существенный и легко распознаваемый элемент исходного произведения; в популярной музыке такие фрагменты иногда называют риффами. По всей видимости, наиболее правильной в такой ситуации будет оценка музыкальной роли и содержания, отвечающих данному элементу в исходном и новом произведении. Высокая степень трансформативности неизбежно приведёт к изменению восприятия данного элемента, его «смысловой нагрузки» в произведении, так что его заимствование будет рассматриваться прежде всего как *отсылка* к исходному произведению; с другой стороны, низкая степень трансформативности приведёт к восприятию заимствования данного элемента как к его *копированию*. Данные рассуждения применимы и к семпам.

Рассматривая роль трансформативности в дихотомии форма — содержание, можно указать следующее. При отсутствии или низкой степени трансформативности элементы формы исходного произведения переходят в элементы формы же в новом произведении. Однако с возрастанием степени трансформативности роль заимствуемых элементов в новом произведении меняется: композитор, заимствуя соответствующие элементы, рассматривает их как содержание исходного музыкального произведения (его «музыкальную идею»), которое творчески осмысляется, перерабатывается и обращается в новом произведении в новую форму; обосновать это утверждение можно из самой сущности трансформативного преобразования как творческого преобразования музыкального материала.

#### 4. МУЗЫКАЛЬНЫЕ ЗАИМСТВОВАНИЯ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ

##### 4.1. Историческое и действующее законодательство

В Российской Империи книгопечатание оставалось государственной монополией фактически до 1801 года. В этот период никакие вопросы об авторском праве практически не возникали. Впоследствии нормы, регулирующие положение авторов и издателей, концентрировались в цензурном законодательстве; таковы были, в частности, Положение о правах сочинителей — приложение к Цензурному уставу 1828 года (Цензурный устав содержал лишь самые общие нормы. Первоначально объектом охраны были лишь письменные сочинения; музыкальные произведения получили охрану лишь в 1845 году. В 1877 году государственные власти сочли правильным перенести без особых изменений соответствующие нормы Законы гражданские, то есть в том X Свода законов Российской Империи [37: 34-36]. Права на произведения конструировались без особых изысков, по вещно-правовой модели: по прим. 2 к ст. 420 т. X Свода «право собственности на произведения литературы и художеств <...> называется собственностью литературною или художественною; а право собственности на произведения музыкальныя — собственностью музыкальною» [5]. Среди приложений к т. X Свода было помещено «Приложение къ статьѣ 420 (прим. 2). О правѣ собственности на произведения науки, словесности, художествъ и искусства», в ст. 44 которого содержалось небезынтересное положение:

Заимствование из чужого музыкальнаго произведенія признается дозволительнымъ только тогда, когдъ уклоненія отъ идеи или формы оригинала такъ значительны и многочисленны, что такое произведеніе можно почитать сочиненіемъ новымъ.

Видным событием в истории российского права стало принятие в 1911 году Закона об авторском праве [6], который был весьма прогрессивным даже по современным меркам. Ряд норм закона был посвящён заимствованиям и созданию неоригинальных произведений. С одной стороны, ч. 1 ст. 42 указанного закона закрепляла исключительное право автора музыкального произведения на создание производных произведений:

Авторское право на музыкальное произведение заключаетъ в себѣ также исключительное право композитора на составленіе и изданіе сокращеній, извлеченій из его музыкальнаго произведенія, на переложеніе его, въ части или в целомъ, на одинъ или нѣсколько голосовъ, другіе тона, отдѣльные инструменты или целый оркестръ, на переинструментовку произведенія.

Любопытно отметить, что в п. 2 ч. 1 ст. 1 указанного закона признавалось авторское право на произведения, возникшие при импровизации.

С другой стороны, ст. 3 указанного закона указывала буквально следующее:

Не считается нарушеніемъ авторскаго права пользованіе чужимъ произведеніемъ для созданія новаго произведенія, существенно отъ него отличающагося <...>

Для музыкальных произведений в развитие положений указанной статьи ст. 43 устанавливала следующее:

Не признается нарушением авторского права на музыкальное произведение: «...» издание вариаций, транскрипций, фантазий, этюдовъ на цѣлое или часть чужого музыкальнаго произведения или вообще заимствование из него, если всѣ эти сочинения настолько уклоняются отъ оригинала, что должны быть разсматриваемы какъ новое и самостоятельное музыкальное произведение.

Комментаторы данного закона подчёркивали достоинство норм этих статей тем, что авторы весьма часто, сознательно или бессознательно, пользуются уже существующими образами; что это явление обеспечивает преемственность и развитие искусства и науки, в связи с чем оно не должно запрещаться, а должно быть во избежание недоразумений урегулировано законом; что главным критерием здесь является новизна, то есть существенное отличие нового произведения от произведения-образца, основанное на творчестве автора [19: 62-63]. Мне сложно добавить что-либо к этим аргументам, ибо я нахожу их чрезвычайно разумными.

В РСФСР и СССР кодификация советского права, начавшаяся в период НЭПа, затронула и авторское право [35: 24-32]. Так, в 1928 году ЦИК и СНК СССР приняли Основы авторского права [7]. Специфически «советской» в этом правовом акте можно считать, например, ст. 9, где указывалось множество случаев использования произведений без согласия автора (например, при создании перевода). При этом п. «б» ст. 9 с некоторыми оговорками воспроизводил дореволюционную норму о создании новых произведений с использованием других произведений:

Не считается нарушением авторского права «...» пользование чужим произведением для создания нового произведения, существенно от него отличающегося, с тем, однако, что переделка повествовательных произведений в драматические и киносценарии и наоборот, а равно драматических произведений в киносценарии и наоборот допускается лишь с согласия автора или его правопреемников.

Введённые в силу спустя тридцать с лишним лет, в 1962 году, Основы гражданского законодательства СССР [8] в п. 1 ст. 103 по существу воспроизводили норму п. «б» ст. 9 предшествующих Основ. В соответствии с указанными Основами был принят ГК РСФСР 1964 года. В 1973 году СССР присоединился к Всемирной конвенции об авторском праве [2].

В истории постсоветского законодательства следует выделить Закон об авторском праве и смежных правах 1993 года [9] и сменившие его с 2008 года нормы, помещённые в IV часть ГК РФ, а также напомнить, что Россия в 1994 году (в силе с 1995 года) присоединилась к Бернской конвенции. Несмотря на множество различий, существенных отличий между указанным законом и ГК РФ по вопросам авторского права немного; следует указать главным образом на законодательное закрепление уже давно принятого в доктрине принципа неохрания идей, фактов и тому подобного, а также появление специальных норм, разрешающих создание пародий без согласия автора пародируемого произведения (ср. соответственно ч. 3 ст. 1259 и ч. 3 ст. 1274 ГК РФ). Однако, что интересно, нормы, так или иначе разрешавшие без чьего-либо согласия было создание по существу новых и оригинальных музыкальных произведений на основе других музыкальных произведений, которые имелись и в дореволюционном, и в советском законодательстве, удивительным образом пропали из нового российского законодательства.

Автор не может не отметить без доли злорадства, что «допущение» пародий при «недопущении» иных форм творческого музыкального заимствования может привести к довольно странным результатам. Например, если бы Б. Спирс творила бы в России, то на её хит *Baby One More Time* [101] вполне можно было бы без учёта мнения Спирс создать пародию под названием *Lick My Baby Back Behind* [102], вся творческая деятельность пародиста в которой сводится к сочинению новых стихов весьма сомнительного содержания вместо оригинальных; перевод опустим из соображений приличия. Вместе с тем полифоническая обработка этой и других песен Спирс, как это сделал уже известный нам Дж. Деттори [103], оказалась бы «вне закона».

#### 4.2. Возможные варианты реформы

Как видно из предыдущего подраздела, в российском праве почти любые заимствования *элементов формы* (выразительных средств) музыкального произведения, кроме заим-

ствования тех элементов формы, которые являются в силу тех или иных обсуждённых выше в подразделе 3.2 причин настоящей работы неохранными, и заимствования в специально предусмотренных случаях свободного использования произведений, допускаются только с согласия автора музыкального произведения, являющегося источником заимствования, или иного правообладателя. Это следует из буквального толкования норм ст. 1260 относительно производных и составных произведений, в сочетании с п. 1 ст. 1274 ГК РФ, который допускает любое цитирование лишь в научных, учебных, критических и иных подобных целях, но не в художественных целях. Изложенные в подразделе 3.5 настоящей работы представления о необходимости учёта степени трансформативности при музыкальном заимствовании представляются верными, но — к сожалению — малоприменимыми в судебной практике без позитивного закрепления в законодательстве.

При этом нужно отметить, что действующий закон, предусматривая солидное количество норм, разрешающих свободное копирование произведений для личных и некоторых других целей (см., например, ст. 1273, 1275, 1276 (отчасти), 1277–1279, подп. 2 п. 1 ст. 1280 ГК РФ), в то же время крайне негативно относится к любому использованию произведения, приводящему к появлению новых произведений, без согласия обладателя права на исходного произведения, закрепляя за автором или правообладателем исключительное право на соответствующий вид использования произведения (ст. 1270 ГК РФ) и устанавливая к нему лишь скудные ограничения, в основном сконцентрированные в ст. 1274 ГК РФ. Так, по смыслу подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ читатель книги не имеет право перевести и зафиксировать на материальном носителе перевод этой книги и в тех случаях, когда это выполняется для личных или семейных целей. ***Не является ли это стимуляцией потребления «культурного продукта» и ограничением свободы творчества?*** Ответ на этот вопрос лежит за рамками данной работы. Однако, не ставя своей задачей критиковать действующий режим авторского права в целом, мы все же можем заметить, что определённые его положения относительно производных произведений и заимствования, с нашей точки зрения, нуждаются в корректировке. Можно наметить по меньшей мере два пути такой корректировки.

Простой и не до конца отвечающий поставленным задачам, но в то же время достаточно эффективный путь заключается в изменении содержания подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ. В указанном подпункте предусмотрено, что свободное цитирование, то есть цитирование без согласия автора или правообладателя и без выплаты вознаграждения, разрешается «в научных, полемических, критических или информационных целях» и в «объёме, оправданном целью цитирования» (подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ); очень близко к этому подходит использование произведений и отрывков из них в качестве иллюстраций в учебных целях (там же, подп. 2). Из указанных норм недвусмысленно следует, что заимствование фрагментов исходного произведения, преследующее культурные или художественные цели, когда цитата используется как одно из выразительных средств в новом произведении, не является свободным. На музыкальных произведениях это отражается особенно негативно, поскольку если, например, в литературе в крайнем случае можно сослаться на другие произведения, не цитируя их («Он залпом читал классиков научной фантастики, особенно романы Артура Кларка»), то в музыке любая отсылка к другому произведению требует его цитирования. Кроме того, цитирование традиционно рассматривается как воспроизведение фрагмента исходного произведения дословно либо в переводе, что исключает любые другие ситуации, в которых источник заимствования подвергается трансформации. С учётом изложенного минимальные изменения в п. 1 ст. 1274 ГК РФ могут выглядеть так.

1. Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования:

1) заимствование фрагментов правомерно опубликованных произведений в оригинальном или переработанном виде в информационных, научных и учебных, полемических и критических, а также культурных и художественных целях, в формах и объёме, соответствующих характеру и цели заимствования, и существенным образом не нарушающих имущественные интересы и личные неимущественные права автора источника заимствования или иного правообладателя; для целей настоящего подпункта требование обязательного указания имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования применяется постольку, поскольку из характера и цели заимствования не вытекает иное; <...>

Предложенный выше вариант изменений в ГК РФ является компромиссным, поскольку он сохраняет сложившуюся в ГК РФ структуру и, кроме того, посвящён лишь одному случаю — случаю «заимствования фрагментов». Более правильным представляется возвращение в ГК РФ норм, аналогичных ст. 3 Закона об авторском праве 1911 года; для этого можно, например, дополнить ст. 1274 ГК РФ новым пунктом, такого, например, содержания:

4. Не является нарушением авторского права на исходное произведение его использование при создании другого произведения, если вновь созданное произведение является творчески самостоятельным и существенно отличается от исходного произведения. Вновь созданное произведение считается оригинальным без ущерба для прав автора исходного произведения или иного правообладателя. При определении степени творческой самостоятельности должны учитываться характер и степень творческого вклада автора вновь созданного произведения, а также характер и объём заимствования из исходного произведения.

Впрочем, автор отдаёт себе отчёт в том, что в современных условиях, направленных на монетизацию всех и всяческих видов использования произведений, вероятность внесения подобного рода изменений в ГК РФ прозрачна.

## 5. ВЫВОДЫ

1. В рамках общепринятой доктрины в музыкальных произведениях можно выделить элементы формы, то есть конкретные выразительные средства музыки (мелодия, гармония, ритм, ладотональность, тембр и прочее), и элементы содержания (музыкальные тема, идея, сюжет и драматургия и некоторые другие).

2. Правовая охрана предоставляется лишь некоторым элементам формы. В частности, не охраняются тривиальные элементы формы, в том числе атомарные или общеизвестные элементы; синкретические элементы, в которых форма и содержание неразрывно соединены. Также охрана может отсутствовать в силу прямого указания закона (заимствование из произведений, перешедших общественное достояние, цитирование, создание пародии). Элементы содержания не охраняются в любом случае.

3. Действующее российское законодательство по своему буквальному смыслу исключает заимствование охраняемых элементов формы исходного музыкального произведения для создания нового музыкального произведения (единственное видное исключение — создание музыкальной пародии). При этом в силу отсутствия в ГК РФ специальных указаний на этот счёт не имеет определяющего значения количественное соотношение заимствуемого и нового материала, творческий вклад композитора нового музыкального произведения и характер достигнутого результата.

4. В настоящей работе обоснована необходимость учёта степени творческого вклада и трансформативности при создании произведений с заимствованиями, поскольку при превышении некоторого критического уровня трансформативности создаваемое произведение является по существу новым и оригинальным, несмотря на формальное заимствование элементов формы исходного произведения. По мнению автора, композиторы должны иметь право создавать такие произведения независимо от согласия авторов исходных произведений и без ущерба прав последних на исходные произведения.

5. Минимально необходимым для достижения целей, предложенных в предыдущем пункте, является разрешение заимствования без согласия автора фрагментов произведений для культурных и художественных целей, что требует внесения изменений в подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ. Оптимальным является восстановление в российском законодательстве норм, аналогичных ст. 3 российского Закона об авторском праве 1911 года.

## БЛАГОДАРНОСТИ

Автор выражает свою благодарность своему научному руководителю *к. ю. н., доц. МГЮА* Елене Алексеевне Моргуновой за руководство работой, Александру Сергеевичу Морилу за помощь и поддержку, *к. х. н., в. н. с. химфака МГУ* Владимиру Юрьевичу Траскину за ценные консультации по истории музыки, Антону Анатольевичу Уманскому за участие в подборе музыкальных примеров.

## ССЫЛКИ

1. Конституция Российской Федерации. Действ. ред. опубли.: Российская газета, № 7, 21.01.2009.
2. Universal copyright convention (Всемирная женеvская конвенция об авторском праве) Междунар. дог. Принят 06.09.1952. Действ. ред. 24.07.1971. Для СССР вступил силу с 27.05.1973. Ист., рус. пер.: [www.wipo.int](http://www.wipo.int).
3. Договор ВОИС по авторскому праву. Междунар. дог. Принят 20.12.1996. Вступил в силу для РФ с 05.02.2009. Ист.: [www.wipo.int](http://www.wipo.int), [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru).
4. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 4: № 230-ФЗ от 18.12.2006. Исх. ред. опубли.: Российская газета. № 289, 22.12.2006. Действ. ред. 08.12.2011.
5. Законы гражданские : Свод законов, т. X, ч. 1 Российская Империя. Цит. по: Законы гражданские (Сводъ законовъ, томъ X, часть 1). СПб.: Тип. Суворина, 1904.
6. Закон об авторском праве. Российская Империя. Принят 20.03.1911. Цит. по [19].
7. Основы авторского права. СССР. Принят пост. ЦИК и СНК СССР 16.05.1928. Исх. ред. Ист.: [www.lawmix.ru](http://www.lawmix.ru).
8. Основы гражданского законодательства Союза СССР и союзных республик. СССР. Приняты законом СССР от 08.12.1961. Вступили в силу с 01.05.1962. Исх. ред. Ист.: [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru).
9. Закон об авторском праве и смежных правах. № 5351 от 09.07.1993. Исх. ред., опубли.: Российская газета. № 147, 03.08.1993.
10. Berne convention for The protection of literary and artistic works (Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений). Междунар. дог. Принят 09.09.1886. Действ. ред. 28.09.1979. Вступил в силу для РФ 13.03.1995. Ист., рус. пер.: [www.wipo.int](http://www.wipo.int), [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru).
11. Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte. Австрия. Ред. по сост. на 13.03.2013. Ист.: [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).
12. Copyright, Designs and Patents Act 1988. Ред. по сост. на 13.03.2013. Ист.: [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).
13. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Германия. Принят 09.09.1965. Ред. с изм., внес. законом 12.14.2012. Ист.: [www.dejure.org](http://www.dejure.org).
14. 中华人民共和国著作权法 (Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó zhùzuòquán fǎ). КНР. Ред. от 26.02.2010. Получено 03.03.2013, ист.: [www.china.com.cn](http://www.china.com.cn).
15. Code de la propriété intellectuelle. Франция. Первонач. ред. опубли. 03.07.1992. Действ. ред. 02.03.2013. Ист.: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
16. United States Supreme Court. Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co. США. Реш. суда. Принято 27.03.1991. Цит. как 499 U.S. 340 (1991). Ист.: [caselaw.lp.findlaw.com](http://caselaw.lp.findlaw.com).
17. European Court of Justice. Judgement of The Court. Case C-604/10: Football Dataco Ltd et al. vs. Yahoo! UK Ltd et al. США. Реш. суда. Принято 01.03.2012. Ист.: [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).
18. Авторские и смежные с ними права: постатейный комментарий глав 70 и 71 Гражданского кодекса Российской Федерации / П. В. Крашенинников (ред.). М., 2010.
19. Ю. В. Александровский. Авторское право. Законъ 20 марта 1911 г. Исторический очеркъ, законодательные мотивы и разъяснения. СПб., 1911.
20. И. А. Близнец, К. Б. Леонтьев. Авторское право и смежные права. М., 2011.
21. Большой энциклопедический словарь. М., 1994.
22. М. В. Гордон. Советское авторское право. М., 1955.
23. Р. Дюма. Литературная и художественная собственность. М., 1993.
24. Н. В. Иванов. Авторские и смежные права в музыке. М., 2009.
25. В. Я. Ионас. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., 1963.
26. В. Я. Ионас. Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972.
27. О. С. Иоффе. Основы авторского права. М., 1969.

28. Л. П. Казанцева. О содержательных особенностях музыкальных произведений с тематическими заимствованиями : дисс.... канд. искусствовед. М.: ГМПИ им. Гнесиных, 1984.
29. Л. П. Казанцева. Основы теории музыкального содержания. Астрахань, 2009.
30. Л. П. Казанцева. Хрестоматия по теории музыкального содержания. Астрахань, 2006.
31. А. Ю. Кудряшов. Теория музыкального содержания. Художественные идеи европейской музыки XVII—XX вв. СПб., 2010.
32. Т. Н. Ливанова. История западноевропейской музыки до 1879 года. В 2 т. М., 1982–1983.
33. Д. Липчик. Авторское право и смежные права. М., 2002.
34. А. Г. Матвеев. Правовая регламентация использования произведений художественного творчества: эволюция правовых воззрений и современность. Пермь, 2010.
35. Е. А. Моргунова. Авторское право. М., 2009.
36. Музыкальный энциклопедический словарь. М., 1990.
37. А. П. Сергеев. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2004.
38. С. А. Судариков. Авторское право. М., 2013.
39. С. А. Чернышева. Художественное творчество и закон. М., 1980.
40. Г. Ф. Шершеневич. Авторское право на литературныя произведения. Казань, 1891.
41. N. Binctin. Droit de la propriété intellectuelle. P., 2007.
42. W. Blackstone. Commentaries on The laws of England. In 2 Vols. V. 1. Book 2. N. Y., 1827.
43. C. Colston. Principles of intellectual property law. L., Sydney, 1999.
44. N. de Condorcet. Fragments sur la liberté de la presse. 1776 // Œuvres. Т. II. P., 1847. P. 253–314.
45. Early musical borrowing / H. Mecony (ed.). N.Y., L., 2004.
46. J. G. Fichte. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. 1793.
47. D. J. Moser, C. S. Lay. Music copyright law. Boston, 2012.
48. M. Borghi. Owing form, sharing content: natural-right copyright in digital environment // New directions in copyright law. V. 5 / F. Macmillan (ed.). Cheltenham, Northampton, 2007. P. 197–222.
49. J. Newman. Plagiarism as art: musical borrowing and copyright law : thesis... B. A. Middletown, 2009.
50. K. Nichols. Inventing software: The rise of computer-related patents. Westport, L., 1998.
51. W. Warburton. An enquiry into The nature and origin literary property. L., 1762.
52. W. Warburton. A Letter from an author to a Member of Parliament concerning literary property. 1747 // The works of The Right Reverend William Warburton. V. 12. L., 1811. P. 405–416.
53. И. И. Васирук. Музыкальные образы в фугах современных отечественных композиторов // Музыкальное искусство и наука в XXI веке: история, теория, исполнительство, педагогика. Астрахань, 2009. С. 151–155.
54. В. Н. Холопова. Теория музыкального содержания как наука // Конференция «Музыкальная наука на постсоветском пространстве». 2010.
55. O. B. Arewa. From J. S. Bach to hip hop: musical borrowing, copyright and cultural context // North Carolina Law Rev. 2006. V. 84.2. P. 547–645.
56. O. B. Arewa. Copyright and borrowing // Intellectual property and information wealth: issues and practices in The digital age / P. K. Yu (ed.). Praeger Publ., 2007.
57. O. B. Arewa. Freedom to copy: copyright, creation, and context // Univ. California, Davis, School of Law. 2007. V. 41. No. 2. P. 477–558.
58. O. B. Arewa. Blues lives: promise and perils of musical copyright // Cardozo Arts and Entertainment Law J. 2010. V. 27. P. 573–619.
59. J. P. Burkholder. The uses of existing music: musical borrowing as a field // Notes 2nd Ser. 1994. V. 50. No. 3. P. 851–870.
60. A. Giger // Notes 2nd Ser. 1994. V. 50. No. 3. P. 871–874.
61. J. M. Keyes. Musical musings: The case for rethinking music copyright protection // Michigan Telecomm. Tech. Law Rev. 2004. V. 10. P. 407–444.
62. A. Keyt. An improved framefork for music plagiarism litigation // California Law Rev. 1998. V. 76. P. 421–464.
63. R. B. Lenaerts. The 16th-century parody mass in The Netherlands // Musical Quart. 1950. V. 36. No. 3. P. 410–421.
64. M. Livingston, J. Urbinato. Copyright infringement of music: determining whether what sounds alike is alike // Vanderbilt J. Entertainment and Tech. Law. 2013. V. 15. No. 2. P. 227–295.
65. L. T. McDonagh. Is creative use of musical works without a licence acceptable under copyright // Int. Rev. Intellectual Property and Competition Law. 2012. V. 43 (4). P. 401–426.
66. T. Rychlicki, A. Zieliński. Is sampling always copyright infringement? // WIPO Mag. 2009. No. 6. P. 20–21.
67. L. Stearns. Copy wrong: plagiarism, process, property and The law // California Law Rev. 1992. V. 80. Iss. 2. P. 513–553.
68. M. Dupré. Variations sur un Noël, Op. 20. *Исн.* D. Enlow.
69. И. О. Дунаевский. «Ой, цветёт калина». *Исн.* ансамбль «Берёзка».
70. J. S. Bach. Ouverture nach Französischer Art (BWV 831). Echo. *Исн.* Е. Королёв.
71. А. К. Лядов. Музыкальная табакерка. *Исн.* С. Павлов.
72. С. Debussy. Préludes, livre I (L 117). Ministrels. *Исн.* K. Zimmerman.
73. Anon. L’homme armé. *Исн.* The Tallis Scholars.
74. G. Dufay. Missa L’homme armé. Kyrie. *Исн.* The Hilliard Ensemble.
75. Josquin Desprez. Missa L’homme armé sexti toni. Kyrie. *Исн.* The Tallis Scholars.

76. R. Carver. Missa L'homme armé. Credo *Исн.* Cappella Nova.
77. F. Caron. Missa L'homme armé. Kyrie *Исн.* The Sound and The Fury.
78. K. Jenkins. The Armed Man: a Mass for Peace. The Armed Man. *Исн.* London Philharmonic Orchestra *и др.*
79. J. P. Sweelink. Variations sur la chanson « Von der fortuna ». *Исн.* F. Chapelet.
80. S. Scheidt. Variations sur la chanson « Von der fortuna ». *Исн.* F. Chapelet.
81. M. R. Delalande. Simphonies pour les soupers du Roy. Premier caprice. *Исн.* Orchestre de chambre J.-F. Paillard.
82. J. S. Bach. Orchestersuite Nr. 4, D-dur (BWV 1069). Ouverture. *Исн.* Slovenský komorný orchester.
83. J. Pachelbel. Canon D-dur. *Исн.* London Philharmonic Orchestra.
84. Aerosmith Cryin'. 1993.
85. Pet Shop Boys. Go West. 1993. *Исполнение песни: Village People. Go West. 1979.*
86. Green Day. Basket Case. 1994.
87. Oasis. Don't Look Back in Anger. 1995.
88. P. D. Q. Bach (P. Schickele). Cantata Blaues Gras.
89. The Beatles. Penny Lane. 1967.
90. Peter breiner and his Chamber Orchestra. Beatles Go Baroque. Penny Lane. 1993.
91. J. Bayless. Bach Meets The Beatles. Penny Lane. 1993.
92. AC/DC. Thunderstruck. 1993.
93. AC/DC; cruzo67 (transcription). Thunderstruck.
94. AC/DC, G. Duncan (arranger). Thunderstruck. *Исн.* L. Hilton.
95. Deep Purple. Smoke on The Water. 1971.
96. joge83. "Fugue on Smoke on The Water" by Deep Purple.
97. Lady Gaga. Bad Romance. 2009.
98. G. Dettori. Fugue on "Bad Romance" by Lady Gaga. *Исн.* P. Cienniwa.
99. J. Williams. Darth Vader's Theme (The Imperial March). 1980.
100. R. Grayson. "Darth Vader's Theme" in The style of Beethoven.
101. B. Spears. Baby One More Time. 1999.
102. Mad TV (Fox Channel). Lick My Baby Back Behind.
103. G. Dettori. Counterpoint on on "Give Me Baby One More Time" and "Oops I Did It Again" by B. Spears. *Исн.* V. Culotta.

**Фёдор Александрович Куликов-Костюшко**

**24.04.2013**