Объекты авторского права на теле человека и проблемы их использования

МАЛЕИНА Марина Николаевна, профессор Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9

E-mail: aspirantstudent@yandex.ru

Сложный макияж, оригинальные (без трафарета) татуировки, роспись по телу квалифицируются автором статьи как произведения изобразительного искусства. Если грим включает пластические накладки, а также парики и другие постижерные изделия, и к тому же используются косметические средства, то появляется новый объект авторского права (произведение искусства), который имеет воплощение в форме изображения и в объемно-пространственной форме.

Можно выделить три самостоятельных объекта авторского права: а) эскиз татуировки, сложного макияжа, грима, росписи по телу, сделанный на бумаге, в компьютере с использованием графических программ; б) собственно изображения на теле; в) их фотографии. Однако изображение может быть создано без эскиза или на основе эскиза, когда в соответствии с пожеланиями заказчика в процессе деятельности «обыгрываются» определенные участки тела и создается новый оригинальный рисунок, являющийся отдельным объектом авторского права.

Доказывается, что наряду с легальными признаками объекта авторского права (творческий характер создания и объективная форма выражения) следует признать и закрепить в законе такие особые признаки объектов на теле человека, как неразрывная связь с телом человека, ограниченный срок существования, безопасность изображения для жизни и здоровья.

Тело человека при его жизни не становится вещью независимо от способа использования. При жизни гражданин принимает решения об использовании своего тела в рамках осуществления права на физическую неприкосновенность, а если предполагается изменить только внешний вид, то гражданин реализует право на индивидуальный облик. Поэтому предлагается дополнить ст. 1227 ГК РФ положением о том, что интеллектуальные права на объекты, созданные на теле человека или внедренные в тело человека, осуществляются с учетом права на физическую неприкосновенность и права на индивидуальный облик.

Ключевые слова: авторское право, результат интеллектуальной деятельности, объект авторского права, интеллектуальная собственность, произведение изобразительного искусства, макияж, грим, татуировка, роспись по телу, тело человека, визажист, художник, право авторства, право на индивидуальный облик, право на физическую неприкосновенность, личное неимущественное право.

Objects of Copyright on the Human Body and Problems of Their Use

M. N. MALEINA, professor at the Department of civil law of the Kutafin Moscow State Law University, doctor of legal sciences, honored lawyer of the Russian Federation

9, Sadovaya-Kudrinskaya st., Moscow, Russia, 123995

E-mail: aspirantstudent@yandex.ru

The author qualifies complex make-up, original (without using a stencil) tattoos, body painting as works of fine art. If make-up includes plastic image overlays, wigs and other wig-making products and cosmetics, there is a new object of copyright (a work of art) which is embodied in the form of images and in three-dimensional form.

There are three independent objects of copyright: a) a sketch of tattoo, complex make-up, body painting on paper or in a computer graphics programs; b) images themselves on the body; c) their photos. An image can be created without a sketch or with a sketch taken as a basis, but in accordance with the wishes of the customer, certain parts of the body are “played around” in the process of activity and a new original drawing is created. The last is a separate object of copyright.

It is proved that along with the legal features of the object of copyright (the creative nature of creation and objective form of expression), it is necessary to recognize and consolidate in the law such special

features of objects on the human body as an indissoluble connection with the human body, a limited period of existence, image safety for life and health.

The human body during the life does not become a thing regardless of the method of use. In the life of the person himself decides to use his body in the exercise of the right to physical integrity, and if a person decides to change only the appearance, then the person realizes the right to an individual appearance.

Keywords: copyright, result of intellectual activity, object of copyright, intellectual property, product of the fine arts, make-up, tattoo, body painting, body art, human body, make-up artist, artist, right to individual appearance, right to physical inviolability, personal non-property rights.

DOI: 10.12737/art_2019_5_5

Современное искусство стремится активно воздействовать на человека, превращая его из пассивного зрителя и потребителя интеллектуального продукта в соучастника творческого процесса. Такая сопричастность импонирует человеку.

В последние годы тело человека стало использоваться как основа для размещения различных изображений (макияж, татуировки, бодипейтинг). Созданное на теле человека изображение затрагивает интересы художника, правообладателя и носителя изображения. Специфика способа и места размещения изображения формирует особые дополнительные признаки объекта авторского права. Кроме того, складываются две группы отношений: по созданию рисунка на теле человека между исполнителем (подрядчиком) и заказчиком; по поводу созданного по заказу произведения между правообладателем и третьими лицами или правообладателем и носителем изображения.

Квалификация изображений на теле человека как объектов авторского права. Сначала определимся с используемой в этой области отношений терминологией. Можно давать характеристику как процессу создания изображения на теле человека, так и результату такой деятельности.

Под макияжем общепринято понимать краткосрочное нанесение на кожу лица различных видов декоративной косметики с целью украшения, сокрытия существующих недостатков, защиты кожи от неблагоприятного воздей-

ствия среды, повышения своей самооценки, для рекламы деятельности визажиста.

Термин «грим» используется для создания сценических образов в театре, цирке, на фотосессии и означает изменение внешности человека путем наложения специальных красок, пластических и волосных накладок, накладок, парика и др. на период участия в зрелищном мероприятии. Создание пластического (объемного) грима требует длительного времени и включает снятие слепка с модели, создание маски, раскрашивание, приклеивание (прикрепление), подкрашивание.

Татуировка — нанесение стойкого пожизненного рисунка на тело профессиональным инструментом с внесением в кожу (дерму) красящего пигмента на кончике иглы для украшения и (или) отражения информации о себе. Временная татуировка (эпидермальный татуаж, перманентный макияж) — нанесение на кожу с последующим непринудительным впитыванием в эпидермис специальных красящих веществ.

Бодипейтинг (англ. body painting) — роспись по телу специальными красками (аквагрим, гуашь, хна и др.) на небольшой срок (от нескольких часов до недели) в целях самовыражения, развлечения себя и окружающих, рекламы товаров, в рамках организации выставок, презентации мероприятий.

Процесс создания каждого из названных объектов имеет особенно-сти, но все они объединены тем, что как объекты создаются на теле человека с помощью изобразительных

средств и влекут декоративную модификацию тела.

Нанесение макияжа и грима для многих вошло в повседневную жизнь или профессиональную деятельность. Так, в декабре 2006 г. специалистами Исследовательского холдинга Romir Monitoring был проведен опрос россиянок старше 18 лет по использованию декоративной косметики. В исследовании приняли участие около 900 женщин, проживающих в 90 населенных пунктах страны. Их мнение репрезентирует взгляды более 76,5 млн жительниц России. В ходе опроса выяснилось, что две трети российских женщин пользуются декоративной косметикой. При этом практически каждая вторая женщина (44%) использует косметику каждый или почти каждый день¹. Признание и уважение труда гримера подтверждается ежегодным выбором победителя за лучший грим Национальной академией кинематографических искусств и наук России, Американской академией киноискусства, на международном кинофестивале в Каталонии, на Всероссийском детском кинофестивале «Киноостров».

Несмотря на то что татуировки и роспись по телу давно использовались отдельными народами или слоями населения, модными знаками отличия и средствами индивидуализации они стали лишь в XXI в. Например, в преддверии Чемпионата мира по футболу в 2018 г. болельщик из Бразилии сделал себе татуировку в виде майки в цветах своего любимого футбольного клуба, покрыв 40% своего тела за 32 сеанса. Ежегодно проходят международные фестивали бодипейнтинга, которые собирают тысячи поклонников. В сентябре 2018 г. в рамках VI Международного фестиваля татуировки в г. Сочи проводился конкурс боди-арта.

Современное законодательство непосредственно не регулирует отношения между визажистом (тату-мастером, художником) и клиентом (или моделью) по созданию изображения на теле человека. Общероссийский классификатор продукции по видам экономической деятельности (ОК 034-2014 (КПЕС 2008), утв. приказом Росстандарта от 31 января 2014 г. № 14-ст), только упоминает как возможные услуги, предоставляемые художниками (подраздел 90.03.11), услуги по простому и сложному гриму лица, макияж (подраздел 96.02.13.111), услуги по косметическому татуажу, пирсингу 96.02.13.116, услуги салонов татуировок (подраздел 96.09.19).

Только перманентный татуаж относится к медицинским услугам, для осуществления которых требуется лицензирование (приказ Минздрава России от 13 октября 2017 г. № 804н «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг»).

Согласно приказу Минобрнауки России от 7 мая 2014 г. № 467 «Об утверждении федерального государственного образовательного стандарта среднего профессионального образования по специальности 43.02.03 Стилистика и искусство визажа» по окончании обучения визажист-стилист должен осуществлять такие виды деятельности, как выполнение салонного и специфического макияжа, выполнение фейс-арта, боди-арта (п. 4.3.2, 4.3.3).

ГОСТ Р 55700-2013. Национальный стандарт Российской Федерации. Услуги бытовые. Косметический татуаж. Общие требования (утв. и введен в действие приказом Росстандарта от 8 ноября 2013 г. № 1349-ст) раскрывает требования к проведению татуировок.

Исходя из положений ст. 1257 и 1259 ГК РФ квалифицирующими признаками объекта авторского права являются творческий характер создания и объективная форма выражения.

¹ См.: Российские женщины чаще выбирают косметику Avon и Oriflame. URL: <http://www.sostav.ru/news/2007/03/05/9issl/>.

Творческий характер присущ росписи по телу в силу замысла создать оригинальное произведение, наличия разного целевого назначения, анатомических (рост, вес, цвет кожи и проч.), физических (свойства кожи, возраст) особенностей клиентов (моделей), особых пожеланий клиентов.

Осуществление простого макияжа (удлинение ресниц с помощью туши, коррекция линия губ помадой и карандашом, наложение тонального крема и румян на кожу лица, придание формы бровям и т. п.) или татуировки, исполняемой по трафарету, не имеют творческого характера. Такие объекты не являются охраноспособными.

Однако существуют и сложные виды макияжа (фантазийный, подиумный, исторический), которые разрабатываются для каких-либо событий, и индивидуальные татуировки, которые оригинальны, обладают объективной новизной и в связи с этим созданы творческим трудом.

Нанесение рисунка на тело человека является воплощением замысла в объективной форме. Часть кожи живого человека является местом расположения росписи, что не противоречит п. 1 ст. 1259 ГК РФ о выборе автором любого способа выражения своего произведения.

В качестве примера квалификации исполненного макияжа приведем следующее дело.

Гражданка Н. (истица), являясь гримером, визажистом-стилистом, создала образ, уникальность которого заключалась в выполненном оригинальном макияже, и опубликовала фотографию модели с этим макияжем на интернет-сайте. Ответчица П. на своей личной странице на сайте в Интернете под своим псевдонимом опубликовала фотографию модели с макияжем, который был скопирован с макияжа, созданного истицей, указывая себя автором и исполнителем макияжа, и предлагала возможность заказа макияжа третьим лицам на коммерческих усло-

виях. В возникшем споре истица П. ссылалась на недоказанность творческого характера труда при создании макияжа, поскольку он состоит из общеупотребляемых элементов, и на недопустимость отнесения макияжа к самостоятельному объекту авторского права. Однако решением городского суда Н. была признана «автором художественного, оригинального макияжа, запечатленного в образе на фотографии модели», а макияж истицы П. определен как «сходный до степени смешивания»².

При изучении представленных объектов — макияжей, выполненных истицей Н. и истицей П., эксперты отделили элементы макияжа от фотографий (как объектов), причесок, цвета волос у моделей, стиля и цвета их одежды. Суд справедливо отнес творчески созданный сложный макияж (исходя из представленных фотографий можно было бы отнести созданный объект к фэйс-арту — разновидности росписи по телу) к произведениям изобразительного искусства. Добавим также, что в любой творческой деятельности могут быть «общеупотребляемые элементы», но творчество состоит в их подборе, особом сочетании, а также в «изобретении» новых элементов.

Отметим, что не только сложный макияж, но и оригинальные татуировки, роспись по телу можно квалифицировать как произведения изобразительного искусства.

Отдельно следует сказать о гриме. Если он включает пластические накладочки (силикон, протезный желатин, латекс и проч.) на лицо, уши, голову, а также парики, усы и другие постижерные изделия и, кроме того, используются косметические средства, то, думается, появляется новый объект авторского права (произведение искусства), который имеет воплощение в форме изображения и в объемно-пространственной форме.

² См. определение Санкт-Петербургского городского суда от 20 июня 2012 г. № 33-8794.

Можно выделить три самостоятельных объекта авторского права: а) эскиз татуировки, сложного макияжа, грима, росписи по телу, сделанный на бумаге, в компьютере с использованием графических программ; б) собственно изображения на теле; в) их фотографии.

Соответственно, перенесение изображения с эскиза на тело заказчика, фотография эскиза есть не что иное, как воспроизведение произведения, т. е. изготовление экземпляра объекта авторского права в материальной форме.

Однако изображение может быть создано без эскиза или на основе эскиза, когда в соответствии с пожеланиями заказчика в процессе деятельности «обыгрываются» определенные участки тела и создается новый оригинальный рисунок, являющийся отдельным объектом авторского права.

Дополнительные признаки изображений, созданных на теле человека, в качестве объектов авторского права. Гражданское законодательство наряду с общей характеристикой объектов авторского права (ст. 1259 ГК РФ) содержит дополнительные правовые характеристики некоторых объектов, ограничивает осуществление отдельных прав или вводит дополнительные права (например, база данных — п. 2 ст. 1260, ст. 1262, 1280 ГК РФ, программа для ЭВМ — ст. 1261, 1262, 1280 ГК РФ, аудиовизуальное произведение — ст. 1263 ГК РФ, произведение архитектуры — п. 2 ст. 1292, ст. 1294 ГК РФ).

Полагаем, что особый правовой режим должен быть зафиксирован в законодательстве и в отношении объектов авторского права на теле человека.

Отличительной особенностью рассматриваемых объектов авторского права является то, что они неразрывно связаны с телом человека, когда используются по назначению. Одни авторы считают, что авторское право на макияж как лицевой грим

сохраняется даже в случае снятия (смывания) его с кожных покровов кожи человека, на которых он был воплощен³. Другие возражают, поскольку, «когда исчезают линии, которые являются представлением мысли творца, воплощающие собой изображение, нет возможности говорить о существовании произведения...»⁴.

Пластический грим может быть снят, но при этом он разрушается полностью или в части, постижерные изделия также открепляются, но они являются только элементами общего грима головы. Татуировки иногда удается удалить частично или полностью посредством снятия слоев кожи или пересадки кожи, но при этом объект (татуировка) уничтожается. Вне тела человека или на другом объекте макияж, грим, татуировки, бодипейтинг теряют свою специфику как особого объекта. В связи с этим и отчуждение оригинала произведения объективно невозможно.

Другой особенностью является ограниченный срок существования объектов на теле человека (от нескольких часов — макияж, грим, до нескольких дней — бодипейтинг, или в течение жизни человека — татуировка).

Некоторые авторы называют дополнительным признаком макияжа (как лицевой грима) необходимость фиксации созданного образа на фотографии⁵. Непосредственно в законе такое требование не установлено.

Третья особенность заключается в необходимости обеспечения безопасности изображения на теле человека для его жизни и здоровья. Конечно, безопасными должны быть и другие объекты авторского права, но

³ См.: Богданова О. В. Защита интеллектуальных авторских прав гражданско-правовыми способами: монография. М., 2017.

⁴ Витко В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. М., 2017.

⁵ См.: Богданова О. В. Указ. соч.

уровень их возможной опасности для человека невысокий, поэтому выделять эту особенность для всех объектов авторского права не требуется.

Так, с помощью оборудования для татуажа можно занести инфекцию или спровоцировать возникновение и развитие таких заболеваний, как гепатит С и В, рак кожи. Состав краски и других средств для макияжа, грима, росписи по телу (вещества, обеспечивающего защиту и уход за уже готовым рисунком, или вещества для смывания, снятия грима, рисунка) может включать вредные вещества, вызывающие аллергические и иные заболевания. Не случайно согласно приказу Минздрава России от 14 сентября 2001 г. № 364 «Об утверждении Порядка медицинского обследования донора крови и ее компонентов» нанесение татуировки является противопоказанием к донорству крови в течение одного года с момента окончания процедуры. Приказом Минздрава Московской области от 30 мая 2016 г. № 1127 «Об организации отбора и направления пациентов на проведение компьютерной томографии, магнитно-резонансной томографии» в перечень противопоказаний к МРТ включено наличие татуировок, которые окрашивали специальными металлосодержащими красителями (исключение — наличие татуировок, выполненных с помощью красителей на основе соединений титана). Врачи родильных домов отказываются делать рожаящим женщинам эпидуральную анестезию при наличии татуировки на нижней части спины, поскольку в прокол могут попасть краска и микроорганизмы, занесенные под кожу во время татуажа, и вызвать осложнения⁶. Хотя прямого запрета в нормативных актах найти не удалось.

Участники возникающих отношений пытаются самостоятельно

закрепить требования безопасности. Так, в Основных правилах Конкурса боди-арта Сочи 2018 г. предусмотрено, что запрещается использовать токсичные материалы и материалы, не предназначенные для боди-арта; при использовании приведенных выше материалов участник подлежит дисквалификации, либо начисляются штрафные баллы (п. 4)⁷.

Осуществлять роспись по телу должны профессионально подготовленные люди, но в отсутствие технических регламентов требования к уровню исполнения четко не сформулированы.

Между заказчиком Т. и ООО «Гермес-Альянс» был заключен договор на оказание консультационных услуг (курс обучения перманентному макияжу). В дальнейшем заказчик Т. заявила в суде об оказании ей услуги ненадлежащего качества и не в полном объеме, а в выданном сертификате отсутствуют сведения о количестве часов обучения, месте прохождения курса, об отношении к Международной лиге профессионалов перманентного макияжа. Суд пришел к выводу, что программа по предоставлению платных консультационных услуг по перманентному макияжу вне рамок определенных образовательных стандартов не является образовательной программой, при этом форма, название окончательного документа, сведения об ассоциации «Международная лига профессионалов перманентного макияжа» договором не предусмотрены. Поэтому нет доказательств о некачественно оказанной услуге и оснований для удовлетворения иска⁸.

Соответственно, представим, как мастер с такой квалификацией будет применять на практике полученные знания и опыт, которые он сам оспаривает как некачественные.

⁷ URL: https://vk.com/topic-82399008_33519894.

⁸ Решение Железнодорожного районного суда г. Хабаровска от 28 декабря 2017 г. по делу № 2-3548/2017. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/>.

⁶ См.: Тату оказались препятствием для безболезненных родов // Московский комсомолец. 2017. 3 февр.

Таким образом, безопасность для жизни и здоровья должна гарантироваться надлежащим качеством используемых материалов (красок и проч.), соблюдением санитарных норм исполнения (дезинфекция инструментов, приборов), профессиональной подготовкой и квалификацией исполнителя.

В Национальном стандарте Российской Федерации «Услуги бытовые. Косметический татуаж. Общие требования» указано, что косметический татуаж должен быть безопасным для имущества клиентов и окружающей среды (п. 5.1), кроме того, показатели качества включают безопасность, экологичность, функциональность (п. 5.4). Полагаем, что безопасность для окружающей среды и экологичность не являются специфическими для деятельности по росписи на теле человека. Скорее строительная деятельность, ведение сельскохозяйственных работ, целлюлозно-бумажная промышленность, функционирование гидроэлектростанций оказывают более существенное воздействие на окружающую среду.

Таким образом, в законе следовало бы закрепить следующие дополнительные признаки изображений на теле человека: неразрывная связь изображения и тела живого человека; ограниченный срок существования объектов на теле человека; безопасность для жизни и здоровья.

Роспись по телу в виде сложного макияжа и грима, татуировки должна быть обеспечена правовой охраной как произведения изобразительного искусства, если они неразрывно связаны с телом носителя, имеют ограниченный срок существования, безопасны для жизни и здоровья носителя.

Сложному гриму, включающему как пластические наклейки, постижерные изделия, так и косметические средства, должна предоставляться правовая охрана как произведению искусства, которое имеет

воплощение в форме изображения и в объемно-пространственной форме, если все или отдельные элементы единого целого неразрывно связаны с телом носителя, имеют ограниченный срок существования, безопасны для жизни и здоровья носителя.

Права на объекты на теле человека, их взаимодействие и контрдействие. Основными регуляторами возникающих отношений по созданию росписи на теле человека являются: а) гражданский договор возмездного оказания услуг, когда на теле клиента выполняются боди-пейнтинг, татуаж, макияж; б) договор подряда или трудовой договор с моделью, когда визажист выполняет работы в целях фиксации результата для последующей рекламы своей деятельности и оплачивает труд модели; в) договор визажиста-художника (гримера) с агентством (театром), в котором работает модель (артист), для подготовки рекламной продукции, постановки спектакля, проведения корпоративного мероприятия, перфоманса и проч., при этом творческий результат труда использует за плату агентство (театр).

В таких соглашениях клиент предупреждается о возможных болевых ощущениях во время процедуры, об осложнениях после процедуры в виде временного покраснения, припухлости, отека, а также о поведении после процедуры для профилактики инфицирования⁹. Поэтому основное внимание обращается на обязанность агентства (визажиста, тату-мастера) информировать о возможных последствиях после процедуры и обязанность клиента следовать рекомендациям исполнителя. Зачастую в образце

⁹ См., например, Соглашение о проведении процедуры татуировки: URL: <http://tattooufa.ru/tattooufa.ru:soglashenie.doc>; Договор-соглашение с клиентом на выполнение процедуры перманентного макияжа: URL: <https://sakuratattoo.nethouse.ru/documents>.

договора содержится следующее спорное заявление от имени клиента: «Я полностью доверяю мастеру и соглашаюсь с тем, что любая индивидуальная реакция моего организма на процедуры перманентного макияжа не может являться причиной для претензий к мастеру»¹⁰.

Если изображение на теле сделано без согласия человека, то принудительные действия исполнителя могут быть квалифицированы по различным статьям уголовного законодательства (в зависимости от условий совершения и наступивших последствий), например, при неизгладимом обезображивании лица, — ст. 111 «Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью» УК РФ, при причинении физических или психических страданий насильственными действиями без причинения вреда средней тяжести или тяжкого вреда — ст. 117 «Истязание» УК РФ. Таким образом, право на физическую неприкосновенность и право на индивидуальный облик не могут быть произвольно нарушены.

Для создателя оригинальной росписи по телу в виде сложного макияжа, грима, татуировки, бодипейтинга личные неимущественные права (право авторства, право на авторское имя, право на неприкосновенность, право обнародования) возникают в силу создания объекта авторского права.

Из-за сохранения татуировки в течение всей жизни носителя возможно столкновение интересов автора в связи с осуществлением права автора на неприкосновенность произведения и права клиента на индивидуальный облик.

Согласно п. 1 ст. 1266 ГК РФ не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабже-

ние произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями. Право человека на индивидуальный облик (вид) можно представить как личное неимущественное право, которое включает правомочия на самостоятельное определение своего внешнего вида и на использование облика¹¹. Известны случаи удаления татуировки, закрытия ее новой татуировкой, присоединения к первой татуировке последующей. Полагаем, что подобные действия правомерны, однако во избежание спорных правовых ситуаций целесообразно ввести в ст. 1266 ГК РФ разрешение носителю изображения на изменение или уничтожение произведений, неразрывно пожизненно связанных с телом человека.

Что касается других объектов, то реализация права автора на неприкосновенность изображения зависит от вида заключенного с клиентом договора. Если был заключен договор возмездного оказания услуг и на теле клиента по его заказу и за плату выполнен сложный макияж, грим, бодипейтинг, то оригинал на теле может быть уничтожен до срока фактического исчезновения. Если же был заключен возмездный договор с моделью, агентством, и изображение было исполнено художником для фиксации своего труда в целях рекламы или повышения мастерства, то право на неприкосновенность произведения реализуется в полном объеме (учитывается небольшой срок существования такого произведения).

В соответствии с п. 1, 2 ст. 1268 ГК РФ автору принадлежит право на обнародование своего произведения, т. е. право осуществить действие или дать согласие на осуществление действия, которое впер-

¹⁰ Пример Соглашения с клиентом на процедуру перманентного макияжа см.: URL: <http://www.bs-lcn.ru/articles/primer-soglashenija-s-klientom-na>.

¹¹ См.: Малеина М. Н. Право гражданина на индивидуальный облик (вид) // Советское государство и право. 1990. № 11. С. 136.

вые делает произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом. Автор, передавший другому лицу по договору произведение для использования, считается согласившимся на обнародование этого произведения.

В юридической литературе отмечается, что законодатель имеет в виду «самые разнообразные договоры — как те, по которым автор непосредственно распоряжается своим исключительным правом, так и иные договоры, заключаемые в целях использования произведения»¹². С этим выводом надо согласиться; соответственно, если в договоре умалчиваются порядок и особые условия обнародования, то считается, что автор дал согласие на обнародование.

Вместе с тем из действующего законодательства вытекает, что у автора есть право оговорить правила обнародования своего произведения в договоре об использовании. В таком случае право автора на обнародование может быть в конфликте с правом носителя изображения на индивидуальный облик и правом на физическую неприкосновенность, если сделанное изображение скрыто под одеждой. Поэтому предлагается дополнить положения ст. 1268 ГК РФ нормой о том, что обнародование в форме публичного показа произведения должно быть согласовано с носителем изображения, неразрывно связанного с телом человека.

Для росписи по телу характерно, что исполнителем является сам автор произведения, поэтому правила ст. 1296 ГК РФ не применимы, а иму-

щественные отношения по поводу созданного по заказу произведения между заказчиком и исполнителем (подрядчиком) должны оформляться договором авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ).

Между тем на практике стороны заключают договор, в котором могут быть или не быть элементы договора авторского заказа. Такой договор не всегда заключается в требуемой простой письменной форме (что должно повлечь недействительность договора). Согласно ст. 1288 ГК РФ договором авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах. Существует ограничение общего характера исключительного права использования произведения: способ использования не должен противоречить закону (п. 1 ст. 1270 ГК РФ).

В связи с этим возникает вопрос: насколько допустимо применять правообладателем разные способы использования произведения, неразрывно связанные с телом человека? В частности, высказано соображение о том, что в случае создания на теле человека татуировки тело (живая материя) не может быть признано «оригиналом художественного произведения», «человек — это субъект права, и невозможно рассматривать его в качестве вещи — материальной основы для закрепления рисунка»¹³.

Другой автор утверждает, что «монополия использования татуировки принадлежит только ее носителю — собственнику тела, которое в данном случае является единственным материальным носителем произведения изобразительного ис-

¹² Горленко С. А., Калятин В. О., Кирпич Л. Л. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) / отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. 2-е изд. Т. 1. М., 2016 (автор — П. В. Степанов).

¹³ Витко В. С. О понятии оригинала произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 2.

кусства», «татуировки — это временно и объекты права собственности, и часть изображения гражданина, а также объект авторского права»¹⁴.

По нашему мнению, тело человека при его жизни не становится вещью независимо от способа использования. Как отдельный самостоятельный объект телесную оболочку человека признать нельзя, поскольку сама по себе при жизни человека она не существует, а является неотъемлемым компонентом индивида. При жизни гражданин принимает решения об использовании своего тела в рамках осуществления права на физическую неприкосновенность¹⁵. Одновременно, если предполагается изменить только внешний вид, то гражданин реализует право на индивидуальный облик¹⁶. Поэтому

не надо пытаться конструировать чье-то право собственности на тело живого человека. Неправильно также рассматривать тело человека в целом как оригинал произведения искусства. Создание изображения на коже человека является объективным способом выражения идей и образов автора, но это не закрепление объекта авторского права на материальном носителе.

С учетом сказанного наряду с положением п. 1 ст. 1227 ГК РФ о том, что «интеллектуальные права не зависят от права собственности и иных вещных прав на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации», следовало бы ввести дополнительный абзац, в котором можно закрепить, что «интеллектуальные права на объекты, созданные на теле человека или внедренные в тело человека, осуществляются с учетом права на физическую неприкосновенность и права на индивидуальный облик». Соответственно, вместо названия ст. 1227 «Интеллектуальные права и вещные права» ГК РФ следовало бы дать название «Интеллектуальные права, вещные права, личные неимущественные права».

¹⁴ Яненко О. К. Правовой режим произведений изобразительного искусства, созданных на теле человека // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2017. № 3.

¹⁵ См.: Малеина М. Н. Статус органов, тканей, тела человека как объектов права собственности и права на физическую неприкосновенность // Законодательство. 2003. № 11. С. 14.

¹⁶ См.: Малеина М. Н. Право гражданина на индивидуальный облик (вид). С. 134—139.

Библиографический список

Богданова О. В. Защита интеллектуальных авторских прав гражданско-правовыми способами: монография. М., 2017.

Витко В. С. О понятии оригинала произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 2.

Витко В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. М., 2017.

Горленко С. А., Калятин В. О., Кирий Л. Л. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) / отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. 2-е изд. Т. 1. М., 2016.

Малеина М. Н. Право гражданина на индивидуальный облик (вид) // Советское государство и право. 1990. № 11.

Малеина М. Н. Статус органов, тканей, тела человека как объектов права собственности и права на физическую неприкосновенность // Законодательство. 2003. № 11.

Российские женщины чаще выбирают косметику Avon и Oriflame. URL: <http://www.sostav.ru/news/2007/03/05/9issl/>.

Тату оказались препятствием для безболезненных родов // Московский комсомолец. 2017. 3 февр.

Яненко О. К. Правовой режим произведений изобразительного искусства, созданных на теле человека // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2017. № 3.

References

Bogdanova O. V. Protection of intellectual copyright by civil law ways. Moscow, 2017. 212 p. (In Russ.)

Gorlenko S. A., Kalyatin V. O., Kiriya L. L. et al. Commentary on the Civil Code of the Russian Federation (part four). Ed. by L. A. Trakhtengerts. 2nd ed. Vol. 1. Moscow, 2016. 485 p. (In Russ.)

Maleina M. N. The Right of a Citizen to Individual Image. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1990, no. 11, pp. 134—138. (In Russ.)

Maleina M. N. The status of organs, tissues, human body as objects of property rights and the right to physical integrity. *Zakonodatelstvo*, 2003, no. 11, pp. 13—20. (In Russ.)

Russian women often choose Avon and Oriflame cosmetics. Available at: <http://www.sostav.ru/news/2007/03/05/9issl/>. (In Russ.)

Tattoos were an obstacle for painless childbirth. *Moskovskiy komsomolets*, 2017, February 3. (In Russ.)

Vitko V. S. On attributes of “plagiarism” in copyright law. Moscow, 2017. 142 p. (In Russ.)

Vitko V. S. On notion of original work. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava*. 2018, no. 2, pp. 21—32. (In Russ.)

Yanenko O. K. The legal regime of works of visual art created on the human body. *Patenty i litsenzii. Intellektualnye prava*, 2017, no. 3, pp. 39—44. (In Russ.)