

## ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА АВТОРСКОГО ЗАКАЗА

### THE LEGAL NATURE OF THE CONTRACT OF THE AUTHOR'S ORDER

V. Vitko

#### Annotation

In the article the author comes to the conclusion that the contract of the author's order is an independent type of civil-law contract. The contract of the author's order is not an administrative contract and is not included in the class of contracts that mediate the application of property rights to a work.

**Keywords:** contract of author's order, legal nature.

**Витко Вячеслав Станиславович**  
Рук. юр. службы,  
АО "Фирма "АйТи".  
Информационные технологии"

#### Аннотация

В статье автор приходит к выводу о том, что договор авторского заказа является самостоятельным видом гражданско-правового договора. Договор авторского заказа не является распорядительным договором и не входит в класс договоров, опосредующих обращение имущественных прав на произведение.

#### Ключевые слова:

Договор авторского заказа, правовая природа.

Ставя вопрос о правовой природе договора авторского заказа, под установлением "юридической (правовой) природы договора" будем понимать выяснение вопроса о том, к какому виду поименованных в законодательстве договоров относится эта договорная конструкция. Как пишет В.В. Витрянский, расхождения о правовой природе договора предполагают "определение места данного договора в системе гражданско-правовых обязательств" [1, с. 608–609].

Начнем с того, что ряд авторов допускает возможность квалификации договора авторского заказа в качестве договора подряда.

Так, А. Фалалеев, рассматривая договор авторского заказа в двух значениях, считает, что одно из них (п. 1 ст. 1288 ГК РФ) – это договор интеллектуального подряда (ст. 702, 703 ГК РФ) на выполнение работы по созданию по заданию заказчика результата интеллектуальной деятельности на материальном носителе и передачу заказчику материального носителя произведения (вещь). При этом заказчик обладает правами только на материальный носитель [2, с. 17–18].

Л.В. Сорокина, отмечая такие черты договора авторского заказа, как (1) выполнение определенной работы по заданию заказчика, (2) передача прав на вещь заказчику, (3) срочный характер договора, делает вывод о единстве договора авторского заказа и договора подряда, представляющих собой разные виды договоров в группе договоров подрядного типа [3, с. 200–201]. При этом, что правильно указывает на главный критерий, от-

граничивающий договор авторского заказа от договора подряда, – предмет договора: предметом договора подряда является создание вещи, авторского заказа – результата интеллектуального труда, не являющегося вещью, который по существу и не позволяет квалифицировать договор авторского заказа в качестве вида договора подряда.

По мнению О.А. Рузаковой, правовая природа договора заказа (ст. ст. 1288, 1296 ГК РФ) состоит в том, что "такому договору, с одной стороны, присущи признаки договора о распоряжении исключительными правами, в результате которого передаются права на нематериальный объект, а с другой стороны, налицо признаки договора подряда, по которому исполнитель должен выполнить работу, а результат передать заказчику. В качестве объекта передачи выступают... права на произведение, исполнение, представляющие собой объекты нематериальные" [4, с. 341].

Е.А. Павлова приходит к выводу о том, что "договор художественного заказа" несмотря на то, что он формально отнесен законодательством к авторским договорам, по своему содержанию не является авторским, а принадлежит к иному виду договоров. Поскольку содержание его касается выполнению определенной работы по заданию заказчика, он имеет сходство с трудовым договором и с гражданско-правовыми договорами о выполнении работ (прежде всего с договором подряда)" [5, с. 93].

Высказывает верное мнение, что "договор художественного заказа является гражданско-правовым, а не тру-

довым договором по своему содержанию", ввиду того, что "предметом трудового договора является выполнение трудящимся определенной трудовой функции, в то время как предметом договора художественного заказа является достижение определенного результата труда – создание произведения изобразительного искусства" [5, с. 92].

Но при этом приходит к спорному выводу о том, что "договор художественного заказа является одной из разновидностей договоров подрядного типа" [5, с. 94], "характерной особенностью которого является то, что его предметом выступает объект авторского права. В связи с этим данный договор в определенной степени затрагивает и вопрос об авторских правах художников, чем и объясняется некоторая специфика этого вида договора по сравнению с другими подрядными договорами" [5, с. 97]. В пользу этого вывода, приводит довод о том, что "договор художественного заказа, как договор подрядного типа... направлен на урегулирование отношений между художником и заказчиком по поводу создания определенного произведения и никак не регулирует отношения по его использованию. Как правило, в договоре содержится лишь общая отсылка к нормам советского права (в отношении охраны авторских прав художника)" [5, с. 139].

Не оспариваем, что в договоре авторского заказа есть черты договора подряда, но, не вдаваясь в лишние споры, укажем лишь на то, что, во-первых, мыслительная деятельность по созданию произведений не обладает квалифицирующими признаками договора подряда, так как своим результатом имеет идеальный, а не материальный объект; во-вторых, передачу права собственности на вещь (материальный носитель произведения) заказчику нельзя признать существенной чертой договора авторского заказа, и поэтому договор авторского заказа нельзя отнести к группе договоров подрядного типа, понимая при этом под типом договоров "объединение гражданско-правовых договоров по совокупности признаков, которые выражают наиболее общие существенные черты отношений, опосредуемых данной группировкой" [6, с. 32].

Только в тех случаях, подчеркивает О.С. Иоффе, "когда договоры сходны как по лежащим в их основе материальным отношениям, так и по существенным условиям, объективно необходимым для возникновения обязательства, они соотносятся друг с другом не как типы, а как разновидности одного и того же договорного типа" [7, с. 38].

Поэтому договор авторского заказа и договор подряда не соотносятся как разновидности договоров подрядного типа.

Приведем мнение Н.М. Лапина, который также считает неверным отождествление договора авторского заказа и договора подряда в связи с различием: 1) предметов этих договоров: предметом договора подряда является

создание вещей, авторского заказа – создание объектов интеллектуальной собственности; 2) субъектного состава: в договоре подряда подрядчиком может выступать как юридическое, так и физическое лицо, исполнителем по договору авторского заказа – только физическое; 3) тем, что по договору подряда на созданный объект право собственности всегда переходит к заказчику, по авторскому договору материальный носитель с произведением может быть передан или в собственность, или в аренду [8, с. 21].

К этому можно добавить тот аргумент, что договор подряда, в отличие от договора заказа на создание произведения, не предполагает творческого характера деятельности, а лишь свидетельствует о наличии у подрядчика определенных навыков.

А.А. Амангельды в диссертационном исследовании приходит к выводу о том, что авторский договор заказа и договор подряда являются разными договорами по своей правовой природе, о чем свидетельствуют различия в предметах этих договоров и в их содержании [9, с. 394].

Ряд исследователей, определяя место договора авторского заказа среди иных договоров в сфере интеллектуальной собственности, указывает на смешанный характер обязательства, вытекающего из этого договора, состоящий из элементов других обязательств: купли-продажи, дарения, отчуждения исключительного права, предоставления права использования произведения.

Рассмотрим доводы, представленные в юридической литературе в пользу квалификации договора авторского заказа в качестве смешанного договора.

При этом будет основываться на подходе М.И. Брагинского, согласно которому набор требований, относящийся к правовому режиму смешанных договоров, включает в себя: 1) "договоров, элементы которых входят в содержание смешанного договора, должно быть не менее двух"; 2) под договорами "понимаются прежде всего договоры, отвечающие признакам поименованного договора"; 3) "сам смешанный договор к числу поименованных не относится"; 4) "поскольку в отношении смешанных договоров действует п. 3 ст. 423 ГК РФ, следует признать применительно к ним действующей презумпцию их возмездности"; 5) "обеспечивается определенная связь между правовым режимом элементов договоров, входящих в состав смешанного договора" [10, с. 61–62].

Так, согласно позиции И.В. Евстафьевой, "договор авторского заказа, при указании на передачу исключительного права, является смешанным договором, предмет которого определяет заказываемое произведение и основание передачи права использования заказанного произведения (договор отчуждения или лицензионный договор)" [11, с. 13].

К сожалению, трудно понять, какой именно вид договора скрывается за формулировкой – "заказываемое произведение", поэтому говорить о смешанном характере договора безосновательно. Возможно, конечно, допустить, что под этим выражением понимаются действия по созданию произведения, т.е. предмет договора авторского заказа, который, исходя из понятия смешанного договора, должен являться самостоятельным видом договора.

На наш взгляд, приведенное мнение не лишено логического противоречия, состоящего в том, что смешанный характер договора авторского заказа предполагается за счет смешения элементов самого договора авторского заказа с элементами других видов договоров, в частности, договора отчуждения (или лицензионного), которое, в свою очередь, возможно лишь в случае, если договор заказа является самостоятельным договором.

А. Фалалеев, основываясь на п. 2 ст. 1288 ГК РФ, считает договор авторского заказа договором на выполнение работы по созданию произведения, передаче заказчику материального носителя и исключительного права на произведение или предоставление права использования произведения в определенных пределах [2, с. 17–18]. Исходя из этого, договор авторского заказа, по его мнению, является смешанным, одновременно включающим элементы договора подряда (ст. 702, 703 ГК РФ) на выполнение работы по созданию произведения и передачу заказчику материального носителя созданного произведения вместе с распоряжением исключительным правом на созданный объект (п. 1, 2 ст. 1233, ст. 1234, 1235 ГК РФ) [2, с. 17–19].

Вряд ли можно согласиться с приведенными доводами в пользу квалификации договора авторского заказа как смешанного договора.

Нам, конечно, могут возразить: по прямому указанию ГК РФ в случае, если договор предусматривает передачу заказчику имущественных прав на созданное произведение, то к нему применяются соответствующие правила о договорах отчуждения или лицензионного договора (подп. 3, 4 ст. 1288). Следовательно, нормы об указанных договорах применяются к обязательству, вытекающему из договора авторского заказа

Но думается, что законодатель, предусмотрев эти правила, имел в виду то, что автор, заключив с заказчиком договор заказа, может принять на себя дополнительные обязанности по передаче заказчику имущественных прав на произведение, которые выходят за рамки собственного обязательства, вытекающего из договора авторского заказа. В этом случае автор, наряду с основной обязанностью – создать произведение, одновременно принимает на себя обязанности лицензиара. Как следствие, договор заказа будет включать в себя два

обязательства – 1) по созданию произведения и 2) передаче имущественных прав на него, и, кажется, что перед нами, вроде бы, по характеру, смешанный договор.

Подчеркнем, что смешанным договором подлежит квалифицировать не сам по себе договор авторского заказа, который по своей правовой природе таким не является, а договор, включающий в себя элементы договора авторского заказа (создание произведения) и лицензионного договора или договора об отчуждении исключительного права (передача имущественного права). Такая совокупность обязательств, бесспорно, говорит о его смешанном характере.

Обратим внимание на то обстоятельство, что ничто не мешает сторонам договора авторского заказа после создания и передачи материального носителя с произведением, заключить другой договор, к примеру, договор об отчуждении исключительного права на созданное произведение, по которому будет подлежать передаче исключительное право. Из этого также следует, что наличие правил п. 2 ст. 1288 ГК РФ для правового регулирования договора авторского заказа, не является обязательным.

На наш взгляд, наличие этих норм объясняется, по всей видимости, тем, что законодатель учел реальную практику, те случаи, когда заказчику требовалось не только само созданное произведение, но и имущественные права на него.

На наш взгляд, верное представление о природе договора авторского заказа находим у В.А. Хохлова, который считает его самостоятельным видом договора, но в случае, если договор авторского заказа включает условие или об отчуждении исключительного права, или о предоставлении полномочий по использованию произведения, то эти условия ничему не противоречат, но изменяют квалификацию договора авторского заказа, в связи с чем он становится смешанным [12, с. 28].

Таким образом, наличия прав и обязанностей правоотношений, вытекающих из договора авторского заказа и из других видов договоров, прежде всего договора об отчуждении исключительного права и лицензионного договора, придает сконструированному сторонами договору на создание произведений смешанный характер.

Резюмируя, мы должны заключить, что отсутствуют основания для квалификации договора авторского заказа в качестве смешанного договора.

В литературе высказано мнение, что договор авторского заказа является самостоятельным договором. Так, И.А. Зенин, не приводя, к сожалению никаких доводов, считает договор авторского заказа самостоятельным типом договора [13, с. 53].

По мнению В.А. Хохлова, при отсутствии условий о распределении прав на созданное произведение следует исходить из прямого указания законодателя на то, что договор авторского заказа является самостоятельным договором о создании произведения в системе договоров части четвертой ГК РФ [12, с. 28–29].

По нашему мнению, сделанный вывод о самостоятельности договора авторского заказа является правильным.

Кажется бесспорным, что договор авторского заказа не будет иметь никакого самостоятельного юридического смысла, если не будет направлен на создание произведения. При этом то обстоятельство, что по этому договору могут быть также переданы имущественные права на созданное произведение, никоим образом не превращает его в соответствующий вид договор о распоряжении правами (договор отчуждения исключительного права или лицензионный договор). Доводом является то обстоятельство, что такие обязанности автора не входят в предмет договора авторского заказа, но могут входить в обязательство по усмотрению сторон договора.

Как верно указал суд по одному спору, правовая природа договора определяется нормативно заложенной в соответствующей правовой модели типичной правовой целью, на достижение которой направлены опосредуемые объектом порождаемого договором обязательства действия сторон (решение Арбитражного суда г. Москвы от 11 ноября 2015 г. по делу № А40–45539/13).

В обязательстве, возникающем из договора авторского заказа, обязанность по созданию произведения придает договору особую направленность, превращая его в самостоятельный гражданско-правовой договор. Именно с точки зрения правовой цели сторон договора авторского заказа – создание произведения и передача его в пользование заказчику, этот договор является самостоятельным договором.

По этой причине договор авторского заказа не является распорядительным договором. Если два основных договора в сфере интеллектуальной собственности – договор об отчуждении исключительного права и договор о предоставлении права использовании произведения, действительно составляют "основу всей многообразной системы обязательств, опосредующих обращение исключительных прав" [14, с. 7], то договор авторского заказа не входит в эту систему договоров.

Придя к выводу о самостоятельности договора авторского заказа, нельзя не обратить внимание на определенную непоследовательность законодателя при установлении правового регулирования правоотношений, вытекающих из него. С одной стороны, договор, как его сконструировал законодатель, является самостоятель-

ным договором. Но при этом законодателем установлено, что в случае, когда договор авторского заказа предусматривает отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, то к такому договору применяются правила о договоре об отчуждении исключительного права, а если договор заключен с условием о предоставлении заказчику права использования произведения в установленных договором пределах, то применяются правила о лицензионном договоре (п. 3, 4 ст. 1288 ГК РФ).

Таким образом, договор авторского заказа, с точки зрения его правового регулирования, представляет собой объединение нескольких самостоятельных обязательств, каждое из которых подлежит отдельному регулированию нормами, регулирующие самостоятельные виды договоров. Как следствие, кажется, что от самостоятельного, особого характера договора авторского заказа мало что остается. Конечно, договор, теряющий свой самостоятельный характер, представляет грустное зрелище для исследователя.

Так, в литературе высказывается суждение о том, что наличие в договоре авторского заказа правил, содержащихся в п. 3 и п. 4 ст. 1288 ГК РФ, в зависимости от того, отчуждал автор исключительное право на созданное произведение или предоставлял право использования произведения, превращает этот договор в договор об отчуждении исключительного права или лицензионный договор.

На наш взгляд, иначе как заблуждением нельзя признать мнение, что договор авторского заказа представляет собой разновидность авторского договора, ввиду того, что в договоре "устанавливается, в каком объеме автор разрешает контрагенту пользоваться будущим произведением" [15, с. 562].

Кажется, Э. Гаврилов и К. Гаврилов первые указали на то, что "если договор авторского заказа предусматривает отчуждение заказчику исключительного права на произведение либо предоставление заказчику права использования произведения в определенных пределах, то после того, как произведение передано заказчику, договор авторского заказа продолжает свое действие, превращаясь либо в договор об отчуждении исключительного права на произведение, либо в лицензионный договор (курсив мой. – В.В.)" [16, с. 40].

Такою же позицию занимает Е.А. Суханов, полагающий, что по договору авторского заказа "автор (физическое лицо) либо передает заказчику свое исключительное право на произведение, либо разрешает использовать его на определенных договором условиях (п. 2 ст. 1288 ГК). В первом случае договор авторского заказа становится договором об отчуждении исключительного права, а во втором – приобретает черты лицензионного договора" [15, с. 547].

Ровно такое же мнение высказывает в своей работе В.В. Видьма: договор авторского заказа "в зависимости от цели его заключения, может приобретать признаки авторского договора (договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора – В.В.)..., если помимо создания произведения такой договор опосредует также распоряжение исключительным правом на него (п. 2 ст. 1288 ГК РФ).

В этом случае с момента создания объекта авторских прав договор авторского заказа трансформируется в договор о распоряжении исключительным правом и, по усмотрению сторон, подчиняется правилам о лицензионном договоре или договору об отчуждении исключительного права" [17, с. 62].

Из вывода о том, что "договор авторского заказа, опосредующий распоряжение исключительным правом на создаваемое произведение... относится к специальным авторским договорам (лицензионный договор, договор об отчуждении исключительного права – В.В.)" [17, с. 77], мы должны заключить, что в таких случаях договор авторского заказа не имеет самостоятельного характера, а является одним из видов договора – лицензионного или договора об отчуждении исключительного права.

Позволим себе также не согласиться с приведенным подходом, по той причине, что в момент создания автором произведения, правоотношение, возникшее из договора авторского заказа, а точнее – из смешанного договора, не прекращается. Напротив, в связи с созданием произведения возникает еще одно правоотношение – авторское, содержанием которого являются права и обязанности сторон по поводу имущественных прав на созданное произведение.

Рассмотрим подробнее вопрос о возможности трансформации договора авторского заказа, в момент создания произведения, в договор о распоряжении имущественными правами на созданное произведение. По существу речь идет об изменении предмета первоначального договора.

Мы полагаем, что на высказанное предположение может быть апелляция. Во-первых, с чем сложно согласиться, так это с тем, что содержание договора авторского заказа будет различаться в разные периоды действия этого договора: до момента создания произведения договор будет содержать условия договора авторского заказа, а после создания произведения – условия договора об отчуждении исключительного права (лицензионного договора).

На самом деле, уже в момент заключения договора он будет содержать в себе условия этих двух видов договоров.

Трудно вообразить, что после создания произведения существенные условия, например, лицензионного договора, сами по себе, помимо воли сторон договора, появятся в заключенном договоре.

По всей видимости, ученые имели в виду то обстоятельство, что в момент заключения договора авторского заказа произведение еще не существует, оно будет только создано, поэтому договор не может содержать условия договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора\*.

*\* Некоторые авторы, тем не менее, считают возможным утверждать, что "по лицензионному договору не могут передаваться права на еще не созданные произведения. В противном случае речь идет не о лицензионном договоре, а о договоре авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)" [18, с. 91]. Как будто по договору авторского заказа, до момента создания произведения, могут быть переданы заказчику имущественные права.*

Не думаем, что авторы полагают, что факт передачи заказчику созданного произведения является основанием изменения правоотношения – по созданию произведения, в другое – по переходу исключительного права от одного лица к другому.

Правоотношение, которое сегодня общепринято определяется как общественное отношение, урегулированное нормами права, не может само по себе "двигаться" (от возникновения к прекращению) – для этого необходимо наступление определенных юридических фактов: предпосылкой правоотношения является юридический факт, под которым понимается всякое обстоятельство, влекущее за собой по закону те или иные юридические последствия [19, с. 1–17].

Таким юридическим фактом для возникновения между сторонами договора авторского заказа другого правоотношения, содержанием которого являются права и обязанности сторон в отношении имущественного права на созданное произведение, является, конечно, факт создания автором произведения. Как справедливо замечает П.А. Якушев, "юридически значимым является только факт создания произведения в объективной форме. С этого момента у автора произведения возникают личные неимущественные и исключительные права" [20, с. 10].

На самом деле, в момент создания произведения происходит не трансформация первоначального обязательства, возникшего из договора авторского заказа, а возникновение нового обязательства, содержанием которого являются права и обязанности сторон по поводу имущественных прав на произведение.

Исходя из этого, не представляется возможным говорить о трансформации договора авторского заказа в другой вид договора: 1) договор изначально содержит су-

ществленные условия двух различных видов договоров – договора авторского заказа и договора об отчуждении исключительного права (лицензионного договора), 2) первое правоотношение – по поводу создания произведения, возникает в момент заключения договора авторского заказа (подп. 1 п. 1 ст. 8 ГК РФ), второе – по поводу имущественных прав на произведение, в момент создания автором произведения (подп. 5 п. 1 ст. 8 ГК РФ).

Поясним, почему договор авторского заказа уже в момент его заключения, в случае предполагаемого надления заказчика имущественными правами, должен содержать существенные условия либо договора об отчуждении исключительного права, либо лицензионного договора.

Обратим внимание на мнение В.Б. Исакова, который считает, что изменение двух элементов правоотношения (субъекта и объекта, объекта и содержания) по общему правилу влечет прекращение прежнего правоотношения и возникновение нового. Модификация одного из элементов лишь изменяет правоотношение [21, с. 111].

В рассматриваемом случае изменения в объекте и субъектах правоотношения нет, но происходит изменения объекта (произведение – имущественные права) и содержания (создание произведения – передача имущественного права), поэтому можно говорить о прекращении прежнего правоотношения и возникновении нового.

Таким образом, можно сделать вывод, что после создания произведения происходит не изменение существующего правоотношения за счет изменения его содержания, т.е. прав и обязанностей сторон, а прекращение одного и возникновение другого правоотношения.

На наш взгляд, в случае, когда договор авторского заказа содержит, кроме "собственных" существенных условий, в первую очередь, предмета – создание и передача произведения, воплощенного на материальном носителе, существенные условия договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, то в этом случае перед нами смешанный договор, созданный по воле сторон договора, представляющий смешение двух самостоятельных обязательств, возникших из указанных самостоятельных видов договоров.

Этот смешанный договор будет представлять собой объединение двух следующих обязательств: по созданию произведения и передаче имущественных прав, каждое из которых подлежит отдельному регулированию нормами, которые регулируют соответствующий вид договора.

В момент создания и передачи произведения заказчику произведения прекращается обязательство по созданию произведения и возникает обязательство по предоставлению права использования произведения (отчуждению исключительного права). Как видим, не про-

исходит превращения одного вида договора в другой, а только разнесено по времени применение разных норм права (ст. ст. 1288–1290 и ст. 1285 или ст. 1286 ГК РФ) к различным правоотношениям, возникший из одного смешанного договора.

Не справедливо ли замечает В.А. Хохлов, что "договор авторского заказа – это соглашение о создании произведения по заказу, здесь вообще может не быть никакого распоряжения. Хотя чаще всего заключается (сразу или потом) еще и тот или иной договор о распоряжении исключительным правом. Но стороной его может быть вовсе не заказчик... Иначе говоря, происходит не "трансформация" договора заказа..., а формирование смешанного договора (ст. 421 ГК РФ)" [22].

Следует обратить внимание на то, что в случае создания автором произведения с воплощением его на материальном носителе, одновременно возникает два различных правоотношения, субъектами которых являются автор и заказчик: 1) отношения по поводу материального носителя, в котором воплощено произведение (вещное правоотношение) и 2) отношения по поводу исключительного права на произведение, регулируемое нормами авторского права (авторское правоотношение).

В первом правоотношении автор и заказчик обязаны определить юридическую судьбу права собственности на материальный носитель с произведением – передать его заказчику в собственность или аренду (п.1 ст.1288 ГК РФ).

Во втором правоотношении, исходя из того, что "действительное право есть всегда чье-нибудь, должен быть субъект права" [23, с. 160], его субъекты обязаны определить юридическую судьбу исключительного права на произведение – либо оно подлежит передаче заказчику, либо это право остается у автора, ведь диспозитивные нормы не дремлют в бездействии.

В случае, если исключительное право передается заказчику, то перед нами смешанный договор, предмет которого: а) передача права собственности на материальный носитель (вещь), б) передача исключительного права на произведение. Как следствие – предметом гражданского оборота будут являться два вида имущественных прав: исключительное право на произведение (нематериальный объект) и право собственности заказчика на оригинал (экземпляр) произведения (материальный объект).

При этом не лишним будет заметить, что исходя из нормы п.1 ст. 1227 ГК РФ, согласно которой интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности, автор, создав по договору авторского заказа произведение, может материальный носитель с произведением продать одному лицу, а исключительное право на него – другому лицу.

Таким образом, распоряжение автором этими различными имущественными правами может производиться совершенно независимо друг от друга.

В другом случае, когда исключительное право на созданное произведение по факту его создания принадлежит автору, то последний может использовать произведение по своему усмотрению или предоставить право использования другому лицу, а также запрещать его использование любому иному лицу, включая заказчика. Заказчик, в свою очередь, обладает только правом собственности на оригинал или экземпляр произведения, без права использования произведения в смысле ст. 1270 ГК РФ.

Получается, что выстроенная в законе конструкция участия интеллектуальной собственности в гражданском обороте, согласно которой предметом оборота является только исключительное право на охраняемые результаты [24, с. 134], должна быть дополнена еще одним предметом оборота – правом собственности на оригиналы (экземпляры) произведений.

Если по договору авторского заказа заказчик не наделяется имущественным правом использования произведения в смысле ст. 1270 ГК РФ, то в этом случае предметом гражданского оборота является право собственности на материальный носитель произведения, которое и вовлекает созданное произведение в экономический оборот.

Рассмотрев доктринальные подходы к правовой природе договора авторского заказа: согласно первому он является смешанным договором, второму – договором подряда, третьему – договором особого рода (самостоятельным договором), при этом искренне становясь на точку зрения сторонников каждого подхода, мы должны заключить, что конститутивным признаком договора авторского заказа является создание автором произведения и "передача" его в пользование заказчику, который отграничивает его от других сходных договоров в сфере интеллектуальной собственности, и придает ему собственный характер, который и позволяет квалифицировать его в качестве самостоятельного договора.

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М., Статут. 2000.
2. Фалалеев А. Суть договора авторского заказа по Гражданскому кодексу // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 1.
3. Сорокина Л.В. Отграничение договора авторского заказа от смежных договоров // Российский юридический журнал. 2008. №5.
4. Право интеллектуальной собственности. Т. 2. Авторское право: Учебник / Под общ. ред. д. ю. н., проф. Л.А. Новоселовой. М., Статут. 2017.
5. Павлова Е.А. Авторское право на произведения изобразительного искусства: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984.
6. Амангельды А. Критерии построения системы договоров в сфере интеллектуальной собственности // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2011. № 6.
7. Иоффе О.С. Обязательственное право. М., Юрид. лит., 1975.
8. Лапин Н.М. Регулирование авторских договоров в России, Королевстве Нидерландов и Королевстве Великобритании: правовой анализ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.
9. Амангельды А.А. Право интеллектуальной собственности Республики Казахстан на современном этапе: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2015.
10. Брагинский М.И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., Статут. 2007.
11. Евстафьева И.В. Правовое регулирование международного оборота имущественных авторских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов. 2012.
12. Хохлов В.А. Договор авторского заказа в гражданском праве России // Журнал российского права. 2011. № 4.
13. Зенин И.А. Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М., Статут. 2015.
14. Яковлев В.Ф., Маковский А.Л. О четвертой части Гражданского кодекса России // Журнал российского права. 2007. № 2.
15. Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 4-е изд., стереотип. М., Статут. 2015.
16. Гаврилов Э., Гаврилов К. Договоры заказа на создание авторских произведений // Хозяйство и право. 2013. № 3.
17. Видьма В.В. Особенности договоров о распоряжении исключительными авторскими правами: Дис. ... канд. юрид. наук. Новосибирск. 2016.
18. Щербак Н. Феномен распоряжения исключительным авторским правом // Хозяйство и право. 2017. № 11.
19. Шершеневич Г.Ф. История философии права. Вып. 1. Казань. 1904.
20. Якушев П.А. Юридические акты и поступки как основания правоотношений. Владимир. ВГПУ. 2003.
21. Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та. 1980.
22. Хохлов В.А. Отзыв официального оппонента на диссертацию "Особенности договоров о распоряжении исключительными авторскими правами", представленную Видьма Викторией Валерьевной на соискание ученой степени кандидата юридических наук (специальность 12.00.03: гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право) // <http://www.igpran.ru/prepare/board/4323/?id=2872>
23. Соловьев В.С. Проповедник в пустыне: проповеди о праве (Избранные труды) / Сост. В.И. Лафитский и Е.А. Юртаева. М., Статут. 2014.
24. Маковский А.Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса / Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М., Статут. 2009.