

Авторско-правовой режим апроприативного искусства: свободное использование или переработка произведения?

Аннотация. Апроприативное искусство, то есть результат умышленной переработки чужого произведения или его части, осуществленной в целях формулирования собственного творчески самостоятельного художественного высказывания, *de lege lata* подпадает под режим производного произведения. Ни российское право, ни зарубежные правовые порядки не устанавливают на этот случай специальное изъятие из исключительного права, подобное тому, что существует для произведений в жанре пародии или карикатуры, создание и использование которых рассматривается как случай свободного использования оригинальной работы. Анализ зарубежной судебной практики показывает, что в отсутствие такого изъятия единственным средством защиты от иска правообладателя становится ссылка на пародийный характер результата переработки, между тем суды не склонны распространять на апроприативное искусство режим пародии. Исключение составляет американское авторское право, позволяющее суду в рамках доктрины добросовестного использования использовать тест на трансформативность. Согласно ему использование считается добросовестным, если автор в результате переработки чужого произведения трансформировал его в собственное художественное высказывание и (или) собственную эстетику. Однако данный подход имеет существенные недостатки, в частности он прямо заставляет суд оценивать художественные достоинства и значимость производного произведения. Таким образом, в отличие от пародии, апроприация как устоявшаяся и признанная искусствоведением художественная практика пока не нашла достойного места в рамках института свободного использования произведения.

Ключевые слова: свободное использование произведения; добросовестное использование произведения; пародия; карикатура; стилизация; апроприация; апроприативное искусство; исключительное право на произведение; производное произведение; переработка произведения.

Для цитирования: Овчинников И. В. Авторско-правовой режим апроприативного искусства: свободное использование или переработка произведения? // Актуальные проблемы российского права. — 2024. — Т. 19. — № 10. — С. 90–99. — DOI: 10.17803/1994-1471.2024.167.10.090-099.

Copyright Protection of Appropriated Art: Free Use or Transformation of a Pre-Existing Work?

Ivan V. Ovchinnikov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Civil Law,
Udmurt State University, Izhevsk, Russian Federation
oiv413@gmail.com

Abstract. Appropriative art, i.e., the result of deliberate processing of someone else's work or part of it, carried out in order to demonstrate one's own creatively independent artistic declaration, *de lege lata* falls under the

© Овчинников И. В., 2024

* Овчинников Иван Викторович, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Удмуртского государственного университета
Университетская ул., д. 1/1, г. Ижевск, Россия, 426034
oiv413@gmail.com

category of a derivative work. Neither Russian law nor foreign legal regulations establish a special exemption from the exclusive right, similar to the exemption applied to works in the genre of parody or caricature, the creation and use of which is considered as a case of free use of the original work. Analysis of foreign judicial practice shows that in the absence of such an exemption, the only remedy against the claim of the copyright holder is a reference to the parodic nature of the result of processing. Meanwhile, courts are reluctant to extend the regime of parody to the appropriative art. American copyright law forms an exception that allows the court to use the transformative test within the framework of the fair use doctrine. According to the test, the use is considered fair if the author, as a result of processing pre-existing work, transformed it into his own artistic statement and (or) his own aesthetics. However, this approach has significant drawbacks, in particular, it directly forces the court to evaluate the artistic merits and significance of a derivative work. Thus, unlike parody, appropriation as an established and recognized art practice has not yet found a decent place within the framework of the institution of free use of the work.

Keywords: free use of the work; fair use of the work; parody; caricature; stylization; appropriation; appropriative art; exclusive right to the work; derivative work; processing of the work.

Cite as: Ovchinnikov IV. Copyright Protection of Appropriated Art: Free Use or Transformation of a Pre-Existing Work? *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2024;19(10):90-99. (In Russ.). DOI: 10.17803/1994-1471.2024.167.10.090-099

Право и искусство находятся в непростых и зачастую антагонистических отношениях. Право стремится к выработке универсальной обезличенной нормы, искусство же противится стандартизации. Отрицание и отторжение новых направлений, противоречащих устоявшейся художественной норме, — одна из главных сюжетных линий истории искусств. Создание правила поведения, способного учитывать и выдерживать изменение будущих обстоятельств, — одна из главных функций права.

Закон, вынужденный регулировать столь непостоянную и изменчивую сферу человеческой деятельности, может столкнуться с трудностями даже в самых базовых вопросах. Авторское право справедливо пошло по пути отстранения от искусствоведческих споров. Право не может судить об искусстве, а потому произведения охраняются независимо от их достоинств и назначения (п. 1 ст. 1259 ГК РФ). Таким образом, практическая значимость или идейное назначение произведения не могут выступать условием предоставления ему авторско-правовой охраны¹. Как замечает А. П. Сергеев, «иное открыло бы широкое поле для субъективизма»².

Требования, предъявляемые к произведению, просты и призваны по возможности исключить фактор субъективного усмотрения.

Во-первых, произведение должно быть выражено в какой-либо объективной форме, в том числе письменной, устной, в форме изображения, в звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме (п. 3 ст. 1259 ГК РФ). Это необходимое требование, так как до момента приобретения внешней формы произведение существует в виде идеи или мысли автора и потому априори находится за пределами правовой сферы.

Во-вторых, произведение должно быть создано самостоятельным творческим трудом (абз. 1 п. 1 ст. 1228 ГК РФ). Понятие творческого труда плохо поддается обобщению в рамках универсальной правовой дефиниции, и законодатель предпочитает определять его в негативном ключе через перечисление видов деятельности, которые к этому труду не относятся. В частности, не признаются внесением творческого вклада в создание произведения техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь (абз. 2 п. 1 ст. 1228 ГК РФ).

¹ Право интеллектуальной собственности : учебник / под ред. И. А. Близнеца. М. : Проспект, 2011. С. 47 (авторы гл. 2 — И. А. Близнец, К. Б. Леонтьев).

² Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. М. : Проспект, 2007. С. 114.

Но как бы ни старалось авторское право охватить собой весь творческий ландшафт, искусство упорно стремится освободиться от его ига. Иногда такие попытки связаны с развитием технологий. Так, появление фотографии в XIX в. впервые поставило перед авторским правом вопрос об охраноспособности произведений, создаваемых не просто с помощью технических средств, но, строго говоря, самим техническим средством. Это привело к определенному расширению идеи творческого труда. От автора уже не требовалось непосредственного физического участия в процессе придания своей идее объективной формы — достаточно было совершения необходимых для этого приготовлений (построение композиции кадра, расстановка фигур, подбор освещения и эффектов). Сходные вопросы, но уже на новом витке технологического развития, ставит перед правом интеллектуальной собственности искусственный интеллект.

В других случаях само искусство в полноте своих проявлений не вмещается в прокрустово ложе, определенное ему законом. Закон в характеристике творческого труда и его результата старается максимально отстраниться от категорий, способных усложнить правовую оценку объекта. Так, само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом³. Более того, в случае создания похожего на другое, но творчески самостоятельного произведения (например, в силу того, что двумя авторами использовалась одна и та же исходная информация) оба будут признаны охраняемыми⁴. Но что, если автор умышленно использовал частично или полностью чужое произведение без согласия правообладателя последнего?

Подобная практика творческой апроприации прочно обосновалась в современном искусстве. Художник-апроприатор работает с уже готовыми художественными образами, вопло-

щенными в чужих произведениях, и зачастую намеренно изменяет или искажает их при формулировании собственного художественного высказывания. Так, наиболее известной работой Шерри Левин, которую часто ассоциируют с апроприативным искусством, является серия фотографий «После Уокера Эванса». Она состоит из переснятых из выставочного каталога фотографий Уокера Эванса, одного из крупнейших фотографов-документалистов XX в., притом без какой-либо обработки или изменений.

Джефф Кунс служит другим примером художника, имя которого неразрывно связано с апроприацией. В частности, несколько скульптур из знаменитой серии «Банальность» композиционно и образно основаны на фотографиях других авторов. Скульптура «Щенки» (String of Puppies) воспроизводит снимок, сделанный фотографом Артом Роджерсом, а скульптура «Начало банальности» (Ushering in Banality) — работу фотографа Барбары Кэмпбелл.

Как закону следует относиться к подобным произведениям? Этот вопрос интересен отнюдь не теми доктринальными сложностями, которые он мог бы создать для авторского права. Наоборот, правовая оценка творческой апроприации *de lege lata* обычно не представляет значительной сложности: в зависимости от степени изменений первоначальной работы мы имеем дело или с ее воспроизведением, или с переработкой. Обе ситуации охватываются исключительным правом и потому влекут его нарушение.

Именно так — в качестве нарушения — и рассматривается апроприация судами, когда вопрос ее оценки ставится перед ними правообладателями. Достаточно сказать, что обе упомянутые ранее скульптуры Джеффа Кунса в свое время послужили поводом для судебного разбирательства в США. Спор по поводу «Щенков»⁵ был одним из первых в американской юриспруденции, прямо связанных с проблемой апроприации, и потому широко известен. Судьбу

³ П. 80 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 7.

⁴ П. 95 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10.

⁵ *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).

«Щенков» вскоре разделило и «Начало банальности»⁶. В обоих случаях работы Джеффа Кунса были признаны нарушающими имущественные права на первоначальные фотографии.

Его творчество сформировало богатую правоприменительную практику не только в США, но и по другую сторону Атлантического океана. Французские суды в последние годы неоднократно давали правовую оценку его работам. По делу *Davidovici v. Koons and Centre Georges Pompidou*⁷ суд признал еще одну скульптуру из серии «Банальность», а именно «Зимнюю историю» (*Fait d'hiver*), нарушающей права фотографа. Фотография, взятая за основу, была создана для рекламной кампании бренда *Naf Naf*. Ранее по делу *Bauret v. Koons*⁸ аналогичная судьба постигла во Франции скульптуру «Нагие» (*Naked*) из той же серии.

Скульптуры Джеффа Кунса выбраны в качестве иллюстрации в силу многочисленности связанных с ними споров. Мы видим, что эксперимент был проведен многократно, в разных правовых реалиях и, как правило, с неизменным результатом. В литературе без труда можно найти другие примеры⁹. Отечественное право не составляет исключения, и творческая апроприация в свете общепринятого толкования закона, думается, обречена на конфликт с пп. 9 п. 2 ст. 1279 ГК РФ.

Трудно не заметить тот диссонанс в понимании природы творчества, который становится очевиден при сопоставлении формально-юридического подхода к апроприации, с одной стороны, и искусствоведческого — с другой. Времена, когда апроприативное искусство наравне с другими художественными практиками, возникшими в эпоху модернизма и после нее, могло породить серьезные профессиональные споры о том, искусство ли это, казалось бы, давно про-

шли (личное отношение к вопросу любой беспристрастный исследователь обязан оставить при себе). Институционально эти практики, объединяемые иногда под заголовком «современное искусство», признаны искусствоведением и массовым сознанием и составляют одну из магистральных линий истории искусства второй половины XX в. Парадоксальная ситуация: в одной университетской аудитории студенты могут изучать Джеффа Кунса как известного представителя современного искусства, а в другой — его же, но уже как плагиатора и субъекта ответственности за нарушение авторских прав.

Право, разумеется, выстраивает свой понятийный аппарат исходя из конкретных задач регулирования и сложившихся приемов юридической техники, а потому не обязано заботиться о том, чтобы юридическое наполнение той или иной правовой категории полностью совпадало с ее общеупотребительным пониманием. Такие совпадения редки. Например, закон исключает фольклор из охраняемых авторским правом объектов (пп. 3 п. 6 ст. 1259 ГК РФ) не потому, что не признает за ним свойства произведения в обыденном или даже гражданско-правовом понимании, а потому, что не может приписать права на него конкретному субъекту гражданских правоотношений, в силу чего весь механизм охраны субъективных гражданских прав оказывается негодным.

В качестве возражения можно было бы также указать на то, что никакой дисфункции правового регулирования апроприативного искусства, никакого несоответствия норм закона фактически существующим творческим отношениям просто нет. Закон дает четкую оценку таким действиям как переработке и требует получения согласия правообладателя на использование ее результата. Иное, по сути, означало

⁶ *Campbell v. Koons*, 91 CIV. 6055 (RO), 1993 WL 97381 (S.D.N.Y., Apr. 1, 1993).

⁷ *Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Chambre 1*, 23 février 2021, No. 034/2021.

⁸ *Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Chambre 1*, 17 décembre 2019, No. 152/2019.

⁹ См., например: *Андрощук Г.* Авторское право в апроприативном искусстве: доктрина и практика // *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права*. 2016. № 2. С. 58–68 ; *Geiger C.* Contemporary Art on Trial — The Fundamental Right to Free Artistic Expression and the Regulation of the Use of Images by Copyright Law // *Digital Ethics: The Issue of Images* / ed. by T. Dreier, T. Andina. Baden-Baden : Nomos, 2022. P. 387–401.

бы исключение правомочия на переработку из содержания исключительного права. Эти возражения, однако, не в полной мере убеждают.

Авторскому праву, разумеется, знакомы производные произведения, создание и использование которых прямо выведено из сферы действия исключительного права и не требует получения согласия правообладателя. Это произведения в жанре пародии или карикатуры, созданные на основе другой (оригинальной) работы (п. 4 ст. 1274 ГК РФ)¹⁰. Создание пародии в широком смысле может быть названо разновидностью апроприации, предполагающей не просто использование чужого творческого результата, но и заведомое паразитирование на его известности. Почему же закон благоволит пародийному творчеству, но не другим видам?

Ответить на этот вопрос не так просто. В недавнем (и самом подробном из существующих) монографическом исследовании пародии как случая свободного использования С. Жак указывает, что соответствующее изъятие базируется на признании права на свободу выражения мнения¹¹, в частности на ст. 19 Всеобщей декларации прав человека от 10.12.1948 и ст. 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950. Оно призвано уравновешивать авторскую монополию и обеспечивать право других лиц на творческое самовыражение. Подобным же образом трактуют его и российские авторы¹².

Стоит добавить, что изъятие в целях создания пародии необходимо как раз потому, что без него автор (правообладатель), вероятнее всего, был бы склонен запрещать создание пародийных или сатирических произведений, находя их неприятными для себя. В пользу допустимости этого изъятия говорит также то, что пародий-

ное произведение, хотя и основывается на оригинальном, прямо не замещает его на рынке. Наоборот, допустимо говорить о том, что оно способствует популяризации оригинала и повышению спроса на него.

Ряд правовых порядков распространяют соответствующее изъятие не только на пародию и карикатуру, но и на пастиш (стилизацию), то есть произведение, имитирующее жанр, стиль и художественные приемы другого произведения иного автора. Так, часть 4 ст. L122-5 французского Кодекса интеллектуальной собственности определяет, что автор с момента обнародования произведения не вправе запретить «пародию, пастиш и карикатуру, принимая во внимание законы жанра». Более того, пастиш для целей свободного использования перечисляется, наряду с пародией и карикатурой, в п. «к» ч. 3 ст. 5 Директивы ЕС от 22.05.2001 № 2001/29/ЕС «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе».

Логика баланса интересов правообладателя (автора) и третьих лиц, положенная в основу данных изъятий, применима и к апроприативному искусству. Нелегко объяснить себе, почему свобода выражения мнения должна охраняться в контексте пародии, но не апроприации, ведь речь идет о типологически сходных ситуациях. Нет ничего удивительного в том, что в каждом из перечисленных ранее споров, связанных с работами Джеффа Кунса, в качестве возражения на иск ответчиком заявлялся их пародийный характер. Между тем суды традиционно отказываются применять правила о пародии к апроприации. Это в определенной степени объяснимо теми рамками, которые заданы для пародии и карикатуры их существенными признаками. И в рос-

¹⁰ В нашей научной литературе производный характер пародии ставится некоторыми авторами под сомнение именно в связи с тем, что она представляет собой случай ограничения права на переработку произведения, требующий объяснения (см., например: *Зыков С.* Проблема отнесения пародий к производным произведениям: не пора ли ставить точку? // *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права.* 2017. № 4. С. 41–46). Между тем трудно отрицать, что пародийное произведение фактически представляет собой результат переработки и в отсутствие соответствующего изъятия подпадало бы под режим производного.

¹¹ *Jacques S.* The Parody Exception in Copyright Law. N. Y. : Oxford University Press, 2019. P. 134–138.

¹² См., например: *Ворожевич А. С.* Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2021. С. 124.

сийской, и в зарубежной юриспруденции можно выделить как минимум два таких признака.

Во-первых, пародия должна недвусмысленно отсылать к произведению — объекту пародирования, который должен быть узнаваем в ней. Иными словами, пародия должна не только быть фактически основана на оригинале, но и восприниматься в качестве таковой зрителями, читателями, слушателями и т.д. Во-вторых, пародия или карикатура должна носить комический, юмористический характер. Таковы признаки, обычно выделяемые в российской науке и правоприменении¹³. Они же называются в качестве существенных и в европейском праве. В частности, Суд ЕС по делу *Deckmyn v. Vandersteen*¹⁴ указал, что пародия должна вызывать в памяти пародируемое произведение, при этом существенно отличаясь от него, и служить выражением юмора или насмешки.

Результаты апроприации могут не обладать одним из этих признаков или даже ни одним из них. Во-первых, они могут создаваться на основе малозначимых и малоизвестных произведений, во всяком случае, гораздо менее известных, чем производное от них творение, и наличие ассоциативной связи между ними в данном контексте может быть поставлено под сомнение. Так, спорная скульптура по делу *Campbell v. Koons* была создана на основе размещенной на почтовой открытке фотографии, автор которой, кажется, вообще не был известен американской публике ранее. Во-вторых, собственно пародийный, комический характер таких произведений также обычно не признается судами.

Необходимо сказать, что второй признак наиболее сложен для нормативной конкретизации и полностью оставлен на усмотрение судов. Так,

отмечается, что французская судебная практика подходит к юмористическому характеру как критерию пародийного произведения максимально широко и признает его даже за произведениями, в которых отсутствует какой-либо прямой комический элемент: «Юмористический характер представляет собой целый диапазон, начиная с намерения вызвать смех... и заканчивая позитивной или негативной критикой»¹⁵. А. С. Ворожевич указывает и на то, что комический характер не должен сводиться к чему-то элементарно смешному и пародия может обладать социально-критической направленностью¹⁶.

В свете чрезвычайно гибкого понимания юмористического характера пародии еще более удивительным кажется упорное нежелание судов распространять соответствующее изъятие на апроприацию, хотя бы и в духе его расширительного толкования. Джефф Кунс при создании своих скульптур брал за основу образы, отвечающие массовому, неприязательному вкусу. Сохранив композицию, он дополнил изображения яркими, кричащими цветами и абсурдными, не подходящими ситуации деталями, тем самым подсветив их китчевый характер (отсюда название серии — «Банальность»). Содержащийся здесь критический комментарий по поводу искусства эпохи массового потребления, однако, игнорируется или прямо отвергается судами.

Зарубежные комментаторы с беспокойством указывают на то, что суды в этих случаях выходят за пределы правового поля и начинают судить об искусстве, оценивая творческий замысел автора. «Суды предпочитают брать на себя роль критиков художественной ценности, а не выполнять более подходящую им функцию правоприменителя»¹⁷, — замечает один автор о

¹³ См. подробнее: *Витко В.* О правовой природе пародии // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2019. № 4. С. 5–14; *Право интеллектуальной собственности: учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. Т. 2: Авторское право. М.: Статут, 2017. С. 290–291 (авторы гл. 9 — Е. А. Павлова, Л. А. Новоселова).*

¹⁴ C-201/13 *Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v. Helena Vandersteen and Others* (2014) ECLI:EU:C:2014:2132.

¹⁵ *Jacques S.* Op. cit. P. 98–99.

¹⁶ *Ворожевич А.* Пародия как случай свободного использования объекта авторского права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2019. № 10. С. 17.

¹⁷ *Leenknecht P.* The moral right of Jeff Koons // *Art & Law / ed. by B. Demarsin, E. J. H. Schrage, B. Tilleman, A. Verbeke. Brugge: Die Keure, 2008. P. 271.*

деле *Rogers v. Koons*. «Судьи давали оценку его искусству вместо того, чтобы ограничить себя вопросами права»¹⁸, — отмечает другой в контексте дела *Bauret v. Koons*.

Словом, в отсутствие специального изъятия (а такое изъятие незнакомо праву большинства правовых порядков) апроприативное искусство и в правоприменении подпадает под режим производного произведения несмотря на то, что внутренняя логика, положенная в основу свободного использования для целей создания пародии, применима и к нему. Интересное исключение из этого правила представляет собой авторское право США в силу своеобразия присущего ему механизма определения случаев свободного использования, известного как доктрина добросовестного использования (*Fair Use*).

Как известно, эта доктрина, в отличие от системы закрытого перечня изъятий, свойственного большинству правовых порядков, в том числе российскому, устанавливает лишь общие критерии, на основании которых суд имеет возможность в каждом конкретном случае по своему усмотрению оценить факт использования исходя из его добросовестности и, следовательно, правомерности.

Как указывает американский закон (§ 107, Title 17 U.S.C.), добросовестное использование охраняемого произведения для таких целей, как критика, комментирование, сообщение новостей, учебная, научная или исследовательская деятельность, не является нарушением исключительного права. Для определения того, было ли использование в конкретном случае добросовестным, должны учитываться следующие факторы:

- 1) цель и характер использования, в том числе то, осуществлялось ли оно для извлечения прибыли или для некоммерческих образовательных целей;
- 2) природа использованного произведения;
- 3) величина и существенность использованной части произведения по отношению ко всему его объему;

4) эффект, оказанный использованием на потенциальный рынок или ценность использованного произведения.

Таким образом, апроприативное искусство может пониматься как добросовестное использование, если суд сочтет его таковым. Однако доктрина *Fair Use* в ее традиционном понимании, существовавшая до середины 1990-х гг., толковалась судами как исключаящая ее применение к апроприации. В 1990 г. вышла статья П. Леваля «По направлению к стандарту добросовестного использования»¹⁹, обобщавшая его опыт рассмотрения данной категории споров в качестве судьи. Один из содержащихся в ней комментариев существенно повлиял на понимание этого института в американской юриспруденции. Первый критерий (цель и характер использования), рассуждает П. Леваля, ставит вопрос об оправдании добросовестного использования.

Ответ на этот вопрос, замечает он, зависит от того, является ли (и насколько) такое использование *трансформативным* (*transformative*). Трансформативное использование «должно быть плодотворным и должно подразумевать использование части в другой манере или для другой цели, нежели в оригинале... Если вторичное использование добавляет что-то ценное к оригиналу — если часть чужого произведения используется в качестве сырого материала, трансформируемого при создании новой информации, новой эстетики, нового понимания, — то это именно тот тип активности, который доктрина добросовестного использования и предназначена защищать ради процветания всего общества»²⁰.

Трансформативный характер использования, предложенный в этой статье, был интересной доктринальной идеей, существенно расширявшей пределы понимания первого критерия — традиционно суды исследовали его в основном в контексте коммерческого или некоммерческого характера вторичного использования. В 1994 г. эта идея приобрела харак-

¹⁸ *Geiger C.* Op. cit. P. 397.

¹⁹ *Leval P.* Toward a Fair Use Standard // *Harvard Law Review*. Vol. 103. No. 5. 1990. P. 1110–111.

²⁰ *Leval P.* Op. cit. P. 1111.

тер строго правовой категории. Верховный суд США по делу *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*²¹, утвердительно отвечая на вопрос о том, может ли созданная в коммерческих целях пародия выступать в качестве случая добросовестного использования, не просто применил термин «трансформативное использование», но и прямо ссылаясь в аргументации на статью П. Левала. Так данное понятие стало частью общей доктрины добросовестного использования и в дальнейшем не только начало употребляться в правоприменении, но и в значительной степени затмило собой три других критерия.

Критерий трансформативности позволяет охватить при оценке добросовестности использования в том числе и апроприативное искусство. Действительно, как замечают американские авторы, случаи признания апроприации добросовестной известны судебной практике и обязаны своим появлением делу *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*²² Интересно, что по одному из немногочисленных дел такого рода в 2006 г. ответчиком вновь выступал Джефф Кунс, а его апроприация чужой фотографии на этот раз была признана трансформативной²³. Однако наиболее значимым прецедентом считается дело *Cariou v. Prince*²⁴, в рамках которого добросовестной была признана апроприация Ричардом Принсом целого ряда фотографий, принадлежавших фотографу Патрику Кариу.

Между тем американская судебная практика в рассматриваемом вопросе противоречива, и наличие перечисленных прецедентов означает лишь то, что в конкретных ситуациях за конкретными произведениями был признан трансформативный характер, но не то, что апроприативное искусство в целом получает стабильную защиту

наравне с пародиями. В научных работах отмечается, что идея трансформативного использования, призванная создать ясный стандарт толкования первого критерия доктрины Fair Use, в действительности лишь увеличила роль судебного усмотрения. Предложенный П. Левалем тест еще больше запутывает вопрос соотношения трансформативного произведения с производным, заставляя суды полагаться на собственные «субъективные художественные впечатления»²⁵.

Если в системе закрытого перечня от судебного усмотрения потенциально зависит распространение на апроприативное искусство изъятия, установленного для пародии, то в рамках доктрины Fair Use та же роль выпадает суду в определении того, содержит ли производная работа новое авторское высказывание или эстетику. Иными словами, тест на трансформативность прямо заставляет суды оценивать художественные достоинства работы.

Таким образом, ни романо-германскому, ни англо-американскому авторскому праву не удалось выработать норму или систему норм, которая позволяла бы охватить художественную практику апроприации в рамках какого-либо объективного стандарта, не полагающегося на усмотрение правоприменителя. Если в случае пародии суд имеет пусть и не всегда внятный, но всё же ориентир (юмористический характер), дающий твердую почву под ногами, то в случае апроприации, не обладающей таким характером, он вынужден оценивать замысел автора и контекст, в котором было создано вторичное произведение, для установления того, достойна ли работа защиты от притязаний правообладателя. В этой области закону пока никак не удастся отстраниться от искусства.

²¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

²² *Schaumann N.* Fair Use and Appropriation Art // *Cybaris*. 2015. Vol. 6. No. 1. P. 134.

²³ *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

²⁴ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013).

²⁵ *Moskowitz B.* Toward a Fair Use Standard Turns 25: How Salinger and Scientology Affected Transformative Use Today // *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*. 2015. Vol. 25. No. 4. P. 1088.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Андрощук Г. Авторское право в апроприативном искусстве: доктрина и практика // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2016. — № 2. — С. 58–68.
2. Витко В. О правовой природе пародии // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2019. — № 4. — С. 5–14.
3. Ворожевич А. Пародия как случай свободного использования объекта авторского права // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2019. — № 10. — С. 15–22.
4. Ворожевич А. С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2021. — 546 с.
5. Зыков С. Проблема отнесения пародий к производным произведениям: не пора ли ставить точку? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2017. — № 4. — С. 41–46.
6. Право интеллектуальной собственности : учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. Т. 2 : Авторское право. — М. : Статут, 2017. — 367 с.
7. Право интеллектуальной собственности : учебник / под ред. И. А. Близнаца. — М. : Проспект, 2011. — 960 с.
8. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. — М. : Проспект, 2007. — 752 с.
9. Geiger C. Contemporary Art on Trial — The Fundamental Right to Free Artistic Expression and the Regulation of the Use of Images by Copyright Law // Digital Ethics: The Issue of Images / ed. by T. Dreier, T. Andina. — Baden-Baden : Nomos, 2022. — P. 387–415.
10. Jacques S. The Parody Exception in Copyright Law. — N. Y. : Oxford University Press, 2019. — 298 p.
11. Leenknecht P. The moral right of Jeff Koons // Art & Law / ed. by B. Demarsin, E. J. H. Schrage, B. Tilleman, A. Verbeke. — Brugge : Die Keure, 2008. — P. 264–288.
12. Leval P. Toward a Fair Use Standard // Harvard Law Review. — 1990. — Vol. 103. — № 5. — P. 1105–36.
13. Moskowitz B. Toward a Fair Use Standard Turns 25: How Salinger and Scientology Affected Transformative Use Today // Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal. — 2015. — Vol. 25. — № 4. — P. 1057–94.
14. Schaumann N. Fair Use and Appropriation Art // Cybaris. — 2015. — Vol. 6. — № 1. — P. 112–37.

Материал поступил в редакцию 8 декабря 2023 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Androshchuk G. Avtorskoe pravo v apropriativnom iskusstve: doktrina i praktika // Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. — 2016. — № 2. — S. 58–68.
2. Vitko V. O pravovoy prirode parodii // Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. — 2019. — № 4. — S. 5–14.
3. Vorozhevich A. Parodiya kak sluchay svobodnogo ispolzovaniya obekta avtorskogo prava // Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. — 2019. — № 10. — S. 15–22.
4. Vorozhevich A. S. Granitsy iskl'yuchitel'nykh prav, predely ikh osushchestvleniya i zashchity: dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 2021. — 546 s.
5. Zykov S. Problema otneseniya parodiy k proizvodnym proizvedeniyam: ne pora li stavit tochku? // Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. — 2017. — № 4. — S. 41–46.
6. Pravo intellektualnoy sobstvennosti: uchebnik / pod obshch. red. L. A. Novoselovoy. T. 2: Avtorskoe pravo. — M.: Statut, 2017. — 367 s.
7. Pravo intellektualnoy sobstvennosti: uchebnik / pod red. I. A. Bliznetsa. — M.: Prospekt, 2011. — 960 s.

8. Sergeev A. P. Pravo intellektualnoy sobstvennosti v Rossiyskoy Federatsii: uchebnik. — M.: Prospekt, 2007. — 752 s.
9. Geiger C. Contemporary Art on Trial — The Fundamental Right to Free Artistic Expression and the Regulation of the Use of Images by Copyright Law // Digital Ethics: The Issue of Images / ed. by T. Dreier, T. Andina. — Baden-Baden: Nomos, 2022. — P. 387–415.
10. Jacques S. The Parody Exception in Copyright Law. — N. Y.: Oxford University Press, 2019. — 298 p.
11. Leenknecht P. The moral right of Jeff Koons // Art & Law / ed. by B. Demarsin, E. J. H. Schrage, B. Tilleman, A. Verbeke. — Brugge: Die Keure, 2008. — P. 264–288.
12. Leval P. Toward a Fair Use Standard // Harvard Law Review. — 1990. — Vol. 103. — № 5. — P. 1105–36.
13. Moskowitz B. Toward a Fair Use Standard Turns 25: How Salinger and Scientology Affected Transformative Use Today // Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal. — 2015. — Vol. 25. — № 4. — P. 1057–94.
14. Schaumann N. Fair Use and Appropriation Art // Cybaris. — 2015. — Vol. 6. — № 1. — P. 112–37.