

УДК 343.148

**М. М. Калініченко**  
**кандидат філологічних наук,**  
**старший судовий експерт**

*Львівський науково-дослідний інститут судових експертиз  
Міністерства юстиції України*

## **ПІВНІЧНОАМЕРИКАНСЬКІ МЕТОДИКИ ДОСЛІДЖЕННЯ ФАКТІВ ВИКОРИСТАННЯ ТВОРІВ ОБРАЗОТВОРЧОГО МИСТЕЦТВА ШЛЯХОМ ПЕРЕРОБКИ ЗІ ЗМІНОЮ МАТЕРІАЛЬНОГО НОСІЯ**

У статті розглянуті провідні науково-методичні настанови сучасних північноамериканських експертів, які досліджували матеріали судових справ проти відомого скульптора Джеффа Кунса щодо неправомірного відтворення творів образотворчого мистецтва як об'єктів інтелектуальної власності шляхом переробки зі зміною матеріально носія та модифікацією окремих деталей композиції.

---

**Постановка наукової проблеми та її значення.** Як свідчить практика судових рішень у Сполучених Штатах, кількості позовів щодо захисту авторських прав на твори образотворчого мистецтва має тенденцію до неспинного зростання. Серед значної кількості справ, що досліджують північноамериканські судові аналітики, на особливу увагу українських експертів, які працюють за спеціальністю 13.1.1 (Дослідження, пов'язані з літературними, художніми творами та інші), заслуговують випадки використання графічних творів шляхом переробки з використанням відмінних матеріалів. У першу чергу, до їх числа належить переробка оригінального малюнка або фотографії у тривимірний об'єкт: це різноманітні витвори, які можна віднести до зразків декоративно-ужиткового мистецтва, творів художнього конструювання, архітектури і скульптури.

Подібне взаємопроникнення, вважається вельми розповсюдженим явищем світового мистецтва, адже між усіма сферами духовної діяльності людства існують численні формальні співвідношення та змістові зв'язки. Як зазначає відомий українській вчений, академік Д. С. Наливайко, вивчення питомих асоціацій між гетерогенними видами мистецтва, попри очевидну відмінність способів мистецького увиразнення та засобів матеріальної реалізації, здійснюється за подібними дослідницькими схемами, які увиразнюють онтологічну спорідненість усіх напрямів і форм культури [1, с. 30]. За приклад слугує можливість аналітичної інтерпретації змістових відповідностей та формальної близькості, котрі пов'язують живопис й тривимірні мистецькі об'єкти. Однак, якщо культурологи студіюють особливості відтворення графічних творів шляхом переробки з метою осягнення фундаментальних закономірностей еволюції мистецтва, судові експерти розглядають факти подіб-

ної переробки, як джерело доказових відомостей у справах щодо захисту об'єктів інтелектуальної власності.

Одним з найкращих прикладів, які здійснюють засадницькі принципи експертної оцінки фактів відтворення, графічних творів шляхом переробки. Авторитетні представники експертної спільноти Сполучених Штатів, визнають серію судових справ, головним фігурантом яких став відомий скульптор Джефф Кунс. Він натхненно перетворював цікаві фотографії у скульптури. Результати оглядового вивчення північно-американського досвіду щодо судових спорів за позовами до Дж. Кунса, мають неабияку практичну цінність для українських спеціалістів, яким наразі бракує офіційно затвердженої методики дослідження творів образотворчого мистецтва як об'єктів інтелектуальної власності. Науково-методичний досвід закордонних професіоналістів судової експертизи, сприятиме формуванню нових фахових компетенцій сучасних українських практиків. Актуальність статті зумовлена необхідністю розширення методологічної бази, запровадження нових дослідницьких стратегій і вдосконалення аналітичного інструментарію, яким послуговуються вітчизняні експерти.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Обставини судових справ за участю Дж. Кунса, були широко висвітлені у північно-американській пресі та детально розглянуті у спеціалізованих професійних виданнях експертів Сполучених Штатів. За матеріалами дослідницьких висновків, у цих справах була захищена докторська дисертація з питань інтелектуальної власності, за авторством професора Нейта Гаррісона. Втім, на сьогоднішній день вони залишаються маловідомими українським фахівцям. Таким чином, **завданням статті** є узагальнене окреслення провідних науково-методичних концептів північно-американських судових експертів, які розглядали факти перетворення графічних творів у тривимірні об'єкти зі зміною матеріального носія у справах проти скульптора Дж. Кунса.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Перший судовий позов проти Дж. Кунса, було подано фотографом Артом Роджерсом у 1989 році. Предметом суперечки «Rogers v. Koons» стала чорно-біла світлина, під назвою «Puppies», яка була створена з метою подальшого використання у рекламній продукції та оформленні поліграфічних виробів. На фотографії зображені чоловік і жінка, які сидять на лавочці й тримають на колінах дев'ять цуценят європейської вівчарки. Побачивши фотографію А. Роджерса, на листівці в одній крамниці в Нью-Йорку, Дж. Кунс вирішив створити на її основі скульптуру «String of Puppies», котру згодом репрезентував глядачам на власній виставці «The Banality Show». Як свідчать матеріали судових слухань, ще до початку роботи митець збільшив листівку з фотографію «Puppies», видалив з неї усі повідомлення про авторські права та передав її як своєрідний ескіз своїм асистентам разом з детальними інструкціями про те, що майбутній скульптурний твір мав бути якомога подібнішим до оригінальної фотографії. Єдиною помітною відмінністю від фотографії, за творчим задумом

Дж. Кунса, мала стати оригінальна кольорова схема скульптури (зокрема, цуценята були пофарбовані у яскравий блакитний відтінок, абсолютно неприродний для звичайних собак) та деякі дрібні елементи оформлення (у волоссі жінки з'явилися маленькі білі квіти).

Представники сторони позивача, апелювали до базового принципу «добросовісного використання» (fair use) Бернської конвенції (у американському законодавстві цей принцип також репрезентований під назвою «The Fair Use Doctrine» у документах «The Copyright Act» 1976-го року), котрий, на їхнє переконання, Дж. Кунс свідомо порушив у своєму скульптурному творі. У зв'язку з цим, на розсуд експертів були винесені відразу декілька питань. По-перше, кому належали авторські права на фотографію «Puppies» (спеціалістам було порівняно неважко дати відповідь на це питання, з огляду на значну кількість свідчень, які переконливо підтвердили авторство А. Роджерса). По-друге, наскільки істотною є подібність скульптурного твору Дж. Кунса «String of Puppies» до оригінальної фотографії «Puppies» А. Роджерса?

Експертна відповідь, на дане питання ґрунтувалася на офіційних методичних рекомендаціях, представлених у праці «Copyright in Derivative Works and Compilations» [2], розробленої представниками урядової агенції United States Copyright Office. Основні способи (так звані «тести») визначення відповіді на подібні питання також представлені в ґрунтовній розвідці «Substantial Similarity in Copyright Law» [4] за авторством Роберта Остерберга та Еріка Остерберга — провідних американських спеціалістів в галузі експертної оцінки та захисту об'єктів інтелектуальної власності.

У справі «Роджерс проти Кунса» дослідники послуговувалися порівняльною методикою, яка ґрунтується на понятті так званої істотної або суттєвої подібності (substantial similarity) художнього вираження (artistic expression), а саме: конкретні художні елементи і засоби мистецького увиразнення, які були представлені у візуальних структурах досліджуваних творів. До переліку найважливіших компонентів «художнього вираження», які аналізуються в процесі зіставлення, належать перспектива, композиція, кольорова палітра, індивідуальна стилістика і характерна техніка виконання, виразні особливості освітлення та інші засоби художньої візуалізації, які визнаються важливими для проведення дослідження.

Експертиза ускладнювалася тією обставиною, що оригінальним твором А. Роджерса, була чорно-біла фотографія, відтворена на площині зображення. Натомість, Дж. Кунс створив на її основі власну кольорову скульптуру, тобто відбулося перетворення двовимірного зображення у тривимірний об'єкт, який також мав певні відмінності від оригіналу. Втім, аналітики дійшли висновку, що сформований в процесі відтворення шляхом переробки об'єкт мистецтва не обов'язково має бути «ідентичною копією», (identical copy) первісного твору для того, щоб його художнє вираження було визнане суттєво подібним (тобто таким, що може порушувати авторські права).

Вкриті фарбою елементи скульптури, присутність квітів у волоссі одного з персонажів, та найважливіше за все — використання відмінних матеріалів і способів виготовлення експерти, схарактеризували як «незначні зміни» (unavailing changes) оригінальної світлини А. Роджерса. Отже, на думку аналітиків, зміна матеріального носія або зміна окремих деталей, (changing the media or varying details) не можуть вважатися достатніми для того, щоб художнє вираження кінцевого твору не мало суттєвої подібності. Зрештою, за результатами порівняльного дослідження, в суді було встановлено, що Кунс дійсно використав фотографію «Puppies», шляхом переробки у своєму скульптурному творі «String of Puppies».

Цікаво, що відома справа «Роджерс проти Кунса» є лише однією з багатьох суперечок, у сфері захисту об'єктів інтелектуальної власності, які виникали за довгу професійну кар'єру скульптора. На початку 1993 року, представники кінематографічної організації United Features Syndicate, звинуватили Дж. Кунса у неправомірному використанні їхньої інтелектуальної власності – графічного образу цуценятка Оді (відомого персонажа дитячих коміксів та мультфільмів про kota Гарфілда – улюбленця американської малечі) у скульптурній композиції «Wild Boy and Puppy». Автор жодним чином не модифікував типові візуальні ознаки персонажа Оді (цуценя практично не відрізняється від мультиплікаційного прототипу), але інтегрував до образної системи твору новий оригінальний персонаж – маленького хлопчика з кумедною зачіскою. Поруч із хлопчиком розташований великий кошук, з якого виглядає барвиста комаха, схожа на бджолу.

Адвокати Дж. Кунса стверджували, що скульптура «Wild Boy and Puppy», повною мірою відповідає принципам «добросовісного використання» об'єктів образотворчого мистецтва, адже це був твір задуманий і реалізований як пародія на популярні мультфільми. За твердженням автора, за допомогою своєї композиції– він мав намір показати американським глядачам, як сучасне масове мистецтво і споживацька культура руйнують усталені естетичні й моральні цінності, породжують цинічне ставлення до життя. Отже, висміювання сучасної масової культури було задеклароване як основне виправдання добросовісного використання інтелектуальної власності United Features Syndicate у скульптурній композиції «Wild Boy and Puppy». Іншим вагомим аргументом юридичних представників відповідача було те, що на відміну від оригінального твору (коміксів і мультфільмів), цуценя Оді за авторством Дж. Кунса, було представлено як тривимірний скульптурний об'єкт, в оточенні інших візуальних елементів (образів хлопчика і бджоли в кошику) – тобто відбулася зміна матеріального носія та зміна деталей оригінального образу мультиплікаційного персонажа.

Федеральний суд штату Нью-Йорк встановив, що позивачі з United Features Syndicate, мають дійсне авторське право на персонаж Оді та звернувся до експертів, які мали дослідити матеріали справи, з метою дати відповідь на питання щодо відтворення образу мультиплікаційного персо-

нажу шляхом переробки у скульптурну композицію. Окремими питанням було визначення обґрунтованості тверджень сторони захисту про пародійну сутність твору Дж. Кунса. Варто звернути увагу на те, що згідно положень «The Fair Use Doctrine», саме мистецька пародія вважається однією з вагомих підстав, які засвідчують добросовісне використання оригінально твору образотворчого мистецтва шляхом переробки.

Створивши розлогий перелік основних графічних елементів, з яких складається доступний для візуального сприйняття образ цуценяти Оді, дослідники переконливо довели, що скульптурна композиція «Wild Boy and Puppy», дійсно відтворює цей мультиплікаційний персонаж, шляхом переробки у тривимірний об'єкт зі зміною матеріального носія. Наявність додаткових образних елементів (хлопчик, кошик, комаха) у візуальній структурі твору, були визнанні несуттєвими.

З огляду на складність поставлених питань та можливу суб'єктивність висновків, які надали дослідники, суд провів детальний аналіз їхніх матеріалів за допомогою багатоаспектної методики рецензування експертних висновків, яка представлена у документі «Rule 702 of the Federal Rules of Evidence» [3].

Зауваження щодо пародійної сутності скульптури, були відкинуті аналітиками з огляду на те, що твір Дж. Кунса, може кваліфікуватися як «пародія» лише у тому випадку, якщо «пересічний глядач» (an average observer), може виділити у його образній структурі характерний пародійний зміст, зорієнтований саме на оригінальний твір, який було відтворено шляхом переробки. Дане експертне дослідження отримало назву «An average observer test». Цей аналітичний прийом, який ґрунтується на огляді питомих чинників рецепції творів мистецтва пересічними особами, широко застосовується у багатьох справах щодо захисту об'єктів інтелектуальної власності. Представники захисту стверджували, що «Wild Boy and Puppy», згідно творчого задуму автора, має висміювати сучасну масову культуру. Натомість, вони не змогли заперечити висновки експертів щодо відсутності помітних ознак пародіювання оригінального мультиплікаційного персонажу – цуценяти Оді, якого Дж. Кунс використав у власній скульптурній композиції. Під час допиту в суді, митець також визнав, що він міг використати будь-який інший твір для того, щоб донести до глядачів свою думку. Зрештою, суд задовольнив усі вимоги позивачів [5].

У грудні 2014-го року, Дж. Кунс отримав позов щодо порушень авторського права у його скульптурній композиції «Fait d'Hiver» (1988) від правовласника – фотографа Френка Давідовічі, який у 1985-му році створив рекламну світліну «The Naf Naf» для французьких виробників елітного одягу. На фотографії представлено гарно одягнену молоду жінку, яка лежить на снігу. Особливості увиразнення її образу, неначе підказують глядачам, що вона загубилась десь високо в горах, впала на землю і заснула від втоми. Жінці загрожує смертельна небезпека, але цей трагічний зміст твору відразу

заперечує інший персонаж, який прямує на порятунок до знесиленої героїні. Цей персонаж – поросятко з маленьким барильцем рому на шиї – подібні речі зазвичай носять рятувальні собаки породи сенбернар, що шукають мандрівників, які загубились десь високо у вкритих снігом альпійських горах.

У скульптурній композиції Дж. Кунса, відтворено основні образні елементи фотографії Ф. Давідовічі, але усі вони зазнали істотних перетворень. Чорно-біла світлина трансформувалася у тривимірний скульптурний об'єкт. Засніжена поверхня змінена на пляжний пісок, а на шиї поросятка, поряд з барильцем, – з'явилася святкова гавайська гірлянда з квітів. Замість модельного одягу, майже оголене тіло жінки вкриває ледь помітна пляжна сукня. Втім, скульптор неначе хотів нагадати глядачам, що відтворений ним оригінальний фотографічний твір, був пов'язаний з холодом і снігом – біля Наф-Нафа розташувався антарктичний пінгвін.

З огляду на значну кількість візуальних відмінностей композиції «Fait d'Hiver» та фотографії Ф. Давідовічі, експерти мали охарактеризувати природу і ступінь художніх перетворень, оприлюднених в образній структурі композиції Дж. Кунса, внаслідок переробки, з метою дати відповідь на питання про відповідність цього твору принципам «добросовісного використання» зразків образотворчого мистецтва як об'єктів авторського права. На даний час, результати їхніх досліджень залишаються невідомими. Втім, за аналогією із справою про відтворення мультиплікаційного персонажу United Features Syndicate, можемо припустити, що нові елементи скульптурного твору Дж. Кунса, будуть визнані недостатньо суттєвими (substantial) для того, щоб суттєво модифікувати зовнішню форму запозиченої світлини Ф. Давідовічі.

Основними методами досліджень, які використовуються північно-американськими експертами у подібних випадках, вважаються наступні:

- визначення ступеня оригінальності твору, що зазнав переробки (чим меншою є встановлена оригінальність початкового твору, тим вагомішими мають бути аргументи, які підтверджують факт відтворення шляхом переробки);

- визначення психологічної реакції на два графічні твори звичайного спостерігача-реципієнта та більш розбірливого (або ж обізнаного), звичайного спостерігача – пересічної «людини з вулиці» та особи, яка володіє мінімальними знаннями з образотворчого мистецтва;

- визначення «цільової аудиторії» – потенційного глядача або споживача оригінального та похідного графічних творів;

- виокремлення складових образної системи оригінального і похідного творів, які мають найбільшу цінність для їхніх авторів [2].

До окремої групи дослідницьких методів (так званих «тестів»), належать дослідження «від абстрактного до конкретного, фільтрація і порівняння» (The Abstraction \ Filtration \ Comparison Test), що передбачає аналітичний розподіл образної структури творів на окремі елементи з метою визначення

їх охороноздатності, а також відсіювання неохороноздатних складових та подальше зіставлення елементів, які підлягають правовій охороні [6].

На останок, слід звернути увагу на те, що адекватна експертна оцінка у даній справі, має величезне фінансове значення для учасників суперечки. З огляду на те, що у 2007-му році скульптура «Fait d'Hiver» була продана на аукціоні Крістіс за 3 мільйони 700 тисяч доларів, орієнтовна сума компенсації, яку має сплатити Дж. Кунса у разі негативного висновку експертів, також сягатиме кількох мільйонів доларів.

**Висновки і перспективи подальшого дослідження.** Подальше вивчення багаторічного досвіду північно-американських колег, сприятиме утвердженню нових дослідницьких методик і загальній оптимізації проведення судових експертиз у сфері захисту авторського права. З огляду на те, що українським спеціалістам наразі бракує офіційної методики дослідження творів образотворчого мистецтва як об'єктів інтелектуальної власності, науково-методичні настанови закордонних аналітиків, можуть стати корисним джерелом актуальної інформації щодо найефективніших практик сучасної судової експертизи світового рівня.

#### **Перелік посилань**

1. *Наливайко Д. С.* Компаративістика й історія літератури. Київ, 2007. 425 с.
2. *Copyright in Derivative Works and Compilations* [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://copyright.gov/circs/circ14.pdf>
3. *Brodsky S.* Testifying in Court: Guidelines and Maxims for the Expert Witness. New York: American Psychological Association, 1991. 208 p.
4. *Osterberg R., Osterberg E.* Substantial Similarity in Copyright Law / Practicing Law Institute. New York, 2015. 358 p.
5. *Poynter D.* Expert Witness Handbook. New York, 2012. 264 p.
6. *Robbins J.* Expert Witness Training: Profit from Your Expertise. New York, 2010. 302 p.

#### **СЕВЕРОАМЕРИКАНСКИЕ МЕТОДИКИ ИССЛЕДОВАНИЯ ФАКТОВ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПРОИЗВЕДЕНИЙ ИЗОБРАЗИТЕЛЬНОГО ИСКУССТВА ПУТЕМ ПЕРЕРАБОТКИ С ИЗМЕНЕНИЕМ МАТЕРИАЛЬНОГО НОСИТЕЛЯ**

**М. М. Калиниченко**

В статье рассмотрены ключевые исследовательские методики современных североамериканских специалистов, которые готовили экспертные заключения по материалам резонансных судебных дел с участием популярного скульптора-постмодерниста Джеффа Кунса, относительно неправомерного воспроизведения произведений изобразительного искусства (как объектов интеллектуальной собственности), путем переработки с изменением материального носителя и модификации отдельных элементов графической композиции.

Обстоятельства судебных дел с участием Дж. Кунса, были широко освещены в североамериканской прессе и детально проанализированы в специализированных профессиональных изданиях экспертов Соединенных Штатов. Тем не менее, на сегодняшний день они остаются малоизвестными украинским специалистам.

В статье проанализированы ключевые концептуальные особенности методики экспертных исследований судебных дел «А. Роджерс против Дж. Кунса», «United Features Syndicate против Дж. Кунса», «Ф. Давидовичи против Дж. Кунса». Во всех упомянутых случаях, аналитики пользовались сравнительной методикой, основанной на понятиях существенного сходства (*substantial similarity*) художественного выражения (*artistic expression*), а именно: конкретных художественных элементах и средствах художественной выразительности, которые были представлены в визуальных структурах исследуемых произведений. В перечень важнейших компонентов «художественного выражения», которые анализируются в процессе сопоставления, входят перспектива, композиция, цветовая палитра, индивидуальная стилистика и характерная техника исполнения, выразительные особенности освещения и другие детали, которые признаются важными для проведения исследования.

Выделены конкретные методы исследований, которыми пользовались северо-американские аналитики, во время рассмотрения материалов вышеупомянутых судебных дел: определение степени оригинальности произведения, претерпевшего переработку (чем меньше степень оригинальности исходного произведения, тем весомее должны быть аргументы, подтверждающие факт воспроизведения путем переработки); определение психологической реакции на два произведения обычного наблюдателя-реципиента и лица, обладающего минимальными знаниями в сфере изобразительных искусств; выделение структурных составляющих образной системы оригинального и производного произведения, которые имеют наибольшую ценность для их авторов и т.д.

Дальнейшее изучение многолетнего опыта северо-американских коллег украинскими специалистами, будет способствовать утверждению новых исследовательских методик и общей оптимизации проведения судебных экспертиз в сфере защиты авторского права.

## **NORTH-AMERICAN METHODS OF EXAMINATION OF THE FACTS OF ARTISTIC REPRODUCTION INVOLVING A CHANGE OF THE MEDIUM**

**M. Kalinichenko**

The article discusses the key research methods of modern North American experts who prepared the expert opinions based on the resonance court cases involving the popular sculptor postmodernist Jeff Koons regarding his unlawful reproductions of works of fine art (as intellectual property) involving a change of the medium and the modifications of certain elements of the graphical composition.

The exact circumstances of the cases involving J.Koons were widely presented in the North American press and analyzed in detail in specialized professional journals of the United States experts. However, up till now, they remained little known to Ukrainian specialists.

The article analyzes the key features of the conceptual methods of expert research of such cases as "A.Rogers v. J.Koons", "United Features Syndicate v. J.Koons", "F.Davidovich v. J.Koons". In these particular cases, analysts used the comparative method, based on the concepts of substantial similarity of artistic expression, such as specific artistic elements and means of artistic expression, which were presented in the visual structures of the examined works. The list of the most important components of the "artistic expression", which are analyzed in the process of comparison, are as follows: perspective, composition, color palette, individual style and distinctive technique, expressive lighting features and other details that are recognized as important for the expert research.

The articles also highlights specific research methods used by North American analysts at the time of consideration of the above-mentioned court cases: the definition of the degree of originality of the work, the approximate amount of reproduction (the smaller the degree of



originality of the original works, the weightier arguments should be to confirm the facts of reproduction); determining psychological reactions to the graphic works under examination by an ordinary observer or the recipient with the minimal professional knowledge in the field of Fine Arts; the allocation of essential structural components of the original imagery and derivative products which have the greatest value for their authors, etc.

Further study of the prolonged experience of North American colleagues will promote the establishment of new research techniques and overall optimization of the forensic examinations in the field of copyright protection.