

ЛОУРЕНС ЛЕССИГ

СВОБОДНАЯ КУЛЬТУРА

как медиаконцерны используют технологии
и законы для того, чтобы души́ть культуру
и контролировать творчество



прагматикакультуры

УДК
ББК
Л

Lawrence Lessig
FREE CULTURE
How Big Media Uses Technology and the Law
to Lock Down Culture and Control Creativity
The Penguin Press
2004

**Печатается по постановлению редакционно-издательского совета
Фонда научных исследований «Прагматика Культуры»
(председатель – Александр Долгин)**

Координатор выпуска: Елена Львова
Перевод с английского Олега Данилова
Под редакцией Виктора Ильина
Обложка и макет – Дмитрий Наумкин
Верстка – Елена Пилипенко
Автор предисловия – В. Н. Ильин

**Лессиг Л.
Свободная культура/Пер. с англ. — М.: Прагматика Культуры,
2007. — 272 с.**

«Свободная культура» Лоренса Лессига — мировой бестселлер, переведенный на множество языков. По своему влиянию эта книга сопоставима с работами Э. Тоффлера, однако отражает совершенно новую эпоху в краткой истории информационного века. Автор, выдающийся юрист и общественный деятель, показывает, как современное наступление контент- и медиакорпораций разрушает основы технологического прогресса, прав личности и гражданских ценностей. Лоуренс Лессиг предлагает действенную альтернативу нынешней системе авторских прав, которая позволяет сохранять и развивать общее культурное достояние в условиях наступающей диктатуры «интеллектуальной собственности».

ISBN



Lawrence Lessig, 2004



Фонд научных исследований
«Прагматика Культуры», 2007

Перевод текста осуществлен при поддержке Next Page Foundation

От редактора русского издания.....	7
Предисловие	29
Вступление.....	33

ПИРАТСТВО 43

I глава. ТВОРЦЫ	49
II глава. ПРОСТО ПОДРАЖАТЕЛИ	57
III глава. КАТАЛОГИ	71
IV глава. ПИРАТЫ	75
Кино	75
Звукозапись	76
Радио	80
Кабельное телевидение	81
V глава. ПИРАТСТВО	83
Пиратство I.....	83
Пиратство II.....	87

СОБСТВЕННОСТЬ 99

VI глава. ОСНОВАТЕЛИ.....	103
VII глава. РЕГИСТРАТОРЫ.....	111
III глава. ПРЕОБРАЗОВАТЕЛИ	115
IX глава. СОБИРАТЕЛИ.....	121
X глава. СОБСТВЕННОСТЬ	127
Почему Голливуд прав.....	133
Начала	137
Закон: срок действия.....	139
Закон: масштаб	142
Закон и архитектура: охват.....	145
Архитектура и закон: сила.....	150
Рынок: концентрация	159
Все вместе.....	164
XI глава. ХИМЕРА.....	169
XII глава. ВРЕД.....	175
Притеснение творцов.....	175
Притеснение новаторов	179
Развращение граждан	189
Балансы	196

XIII глава. ЭЛДРЕД I	197
XIV глава. ЭЛДРЕД II	225
Заключение	233
Послесловие	245
Мы и сейчас	245
Они и скоро	254
Умножение формальностей	254
– регистрация и обновление	255
– маркировка	256
Сокращение сроков	257
Свободное использование против добросовестного	259
Освободить музыку снова	260
Уволить толпы юристов	267

ИНФОРМАЦИОННАЯ КОНТРРЕВОЛЮЦИЯ

О Т Р Е Д А К Т О Р А Р У С С К О Г О И З Д А Н И Я

Копирайт и интеллектуальная собственность обсуждаются во всем мире все более жарко. В России — по крайней мере, вне сетевого сообщества — накал страстей пока не столь высок, и тому есть объяснения. Еще недавно полемисты сходились в том, что частная собственность вообще и на результаты интеллектуального труда в частности чужда нашим традициям, так что соблюдать мировые стандарты копирайта в России все равно не будут. Правда, результаты социологических опросов свидетельствуют об ином: население в массе своей проявляет сознательность и относится к нарушителям авторских прав негативно¹. Чем это больше объясняется: нищетой, почтением к частной собственности или привычкой верить официальной пропаганде — гадать не будем. Депутатам вполне достаточно такого фона, чтобы единогласно принимать все более жестокие меры по соблюдению авторских прав, а первым лицам государства — рапортовать о новых победах «либерального» курса. Насаждение рынка в науке, образовании, культуре практически не встречает сопротивления, поэтому и во внешнеполитической партии свободный информационный обмен выглядит гамбитной пешкой. Ею можно смело пожертвовать, чтобы пустили в ВТО или вернули Статус наибольшего благоприятствования в торговле с Америкой. И при этом выглядеть красиво и либерально. Мы разочаруем проводников этого курса: они выглядят совсем не красиво и совсем не либерально. Те, кто упорствуют в убеждении о всеси-

¹ Результаты социологического опроса ВЦИОМ, апрель 2005 г. Отмечено, правда, что 58,6% опрошенных не имели музыкального центра с CD или DVD проигрывателем; 73,4% — компьютера с CD или DVD проигрывателем; 78,8% — автомагнитолы с CD или DVD проигрывателем; 82,7% — MP3-плеера; 67,3% — телевизора с DVD проигрывателем (<http://www.regnum.ru/news/445299.html>).

лии рыночных механизмов, в западной университетской среде уже выглядят пещерными монстрами. Редкость их появления на людях объяснил еще в XVII веке А. Кирхер: к нам они попадают, только заблудившись. Эти монстры ультраконсерватизма заблудились во времени. А тотальный контроль, наступающий вместе с «интеллектуальной собственностью», выглядит в глазах американского либерала всего лишь продолжением советских порядков. Авторитаризм просто поменял кожу, но сохранил свою суть и даже окраску. В своем блоге Лоренс Лессиг разместил любопытную карту мира. Разными цветами там обозначено распространение либеральных лицензий Творческих общин (Creative Commons). Густым красным залита только Африка и Россия с СНГ. Здесь привыкли довольствоваться малым.

Как сказал русский классик, беда наша в том, что мы ленивы и нелюбопытны. Не задумывались ли вы, почему привычная функция стала вдруг недоступной через Internet Explorer от Майкрософта? Ленивый просто смирится и откажется от нее. Не совсем ленивый откажется от Internet Explorer и использует браузер Mozilla. А совсем неленивый полюбопытствует еще и новостями американского законодательства. Например, тем, что три года назад сенатор Оррин Хэтч предлагал уничтожить дистанционной вирусной атакой компьютеры с защищенным копирайтами контентом², но американцы этого не допустили. В России так называемые патчи, заплатки в программное обеспечение от Microsoft, уже выводят из строя нелицензионное ПО³. Нарушители, естественно, не протестуют. Однако даже самым деятельным и любознательным остается лишь наблюдать за тем, как интернет регулируется американским законодательством. В худшем случае, мы будем участвовать в гонке за лидером, куда втянуто едва ли не все цивилизованное человечество. В лучшем — установить свободный софт на базе GNU/Linux, пока его не объявят вне закона или не сживут со света введением цифрового управления правами.

Америка сполна расплатилась со Старым Светом за свое открытие. Она открыла новый мир информационных технологий и первой начала обживать киберпространство. Американские пионеры несли туда свои ценности, свято веруя, что именно они позволили осуществить исторический прорыв.

Что ж, первооткрыватель заслужил право ими гордиться. И постоянные апелляции Лоуренса Лессига к «отцам-основателям» американской конституции (будто и нет других авторитетов) придется принять с почтением. США создали интернет, США регулируют интернет. Его не отдали и не отдадут ни в руки ООН, ни ЮНЕСКО, ни даже ВОИС. США будут управлять им так, как подскажут истолкования «отцов-основателей». И России, «споткнувшейся на пороге третьего тысячелетия» (как оценил перестро-

² <http://freeculture.org/blog/2005/03/19/senator-orrin-hatch-heads-new-committee-on-copyright/>.

³ Компьютер от этого не страдает, однако если в отведенный срок вы не перенесете свой контент на другие носители, он погибнет вместе с операционной системой.

ечно-реформаторскую катастрофу академик И. Коптюг) остается слушать. Очень внимательно. Быть может, тогда со временем услышат и ее.

То, что новое тысячелетие станет эпохой информационной революции, сравнимой по масштабу с промышленной и научно-технической, было ясно уже с 70-х годов прошлого века. Теории постиндустриального общества — от фундаментальных построений Д. Белла и М. Кастельса до оптимистических футурологий Э. Тоффлера — сходились в одном: информационные технологии открывают невиданные горизонты для человеческого общения, структура общества претерпевает серьезнейшие изменения.

Поскольку разрыв между капиталистической и социалистической системами все разрастался, о конвергенции вспоминать перестали. Если исторический прорыв опирался на фундамент свободной экономики, значит будущее за нею. Человечество нашло безошибочную парадигму, борьба идей закончена. Это конец истории (Френсис Фукуяма).

Зримым воплощением предполагаемого конца стали революции 1989 года в Восточной Европе. Лоуренс Лессиг, учившийся тогда в кембриджской магистратуре, был их очевидцем. Капитуляцию больших и малых Левиафанов перед вечными ценностями либерализма он воспринял с восторгом. Хотя из консерватора крайнего, либертарианского толка⁴ добрая старая Англия уже выковала самостоятельно и широко мыслящего либерала, падение стен и оград не могло оставить равнодушным. «Блажен кто посетил сей мир в его минуты роковые...»

Открытые общества, уже связанные Всемирной сетью, одержали верх над закрытыми, где еще вчера опечатывались ксероксы. Самое ценное завоевание — это возможность беспрепятственного обмена идеями. Интернет — модель будущего. В тот романтический период открытости, когда интеллектуалам мерещились дивно-прозрачные новые миры, главной задачей они считали оградить грядущее Царство свободы от государственного вмешательства. На волне либеральной эйфории вряд ли кто предполагал, что опасность подстерегает совсем не там, где разбросаны обломки тоталитаризма. Тревожные голоса раздались совсем скоро, уже в начале 90-х годов. Первым громким предостережением стала работа Джона Пери Барлоу «Продажа вина без бутылок: Экономика сознания в Глобальной сети», опубликованная в популярном журнале «Wired» и собравшая широчайшую сетевую аудиторию⁵. Поэт по призванию (автор многих текстов Grateful Dead), либертарианец по убеждению, один из основателей Фонда электронного рубежа (Electronic Frontier Foundation), он обратил всеобщее внимание на лихорадочную возню, поднятую вокруг законодательства об интеллектуальной собственности. Его вывод звучал так: «Величайшее ограничение ваших будущих свобод может прийти не со стороны правительства, а от юридических отделов корпораций».

⁴ Либертарианство, оставаясь по преимуществу этически-правовой теорией, отменяет любое государственное вмешательство в экономическую жизнь.

⁵ Русский перевод на сайте <http://www.aquarun.ru/community/virtual.html>

Предупреждения сбылись скорее, чем можно было ожидать. Серия актов, принятых в США, — Закон о Копирайте (1976), Нет Электронным Кражам (NET Act, 1997), Закон Сонни Боно (СТЕА, 1998) и, наконец, Закон о Копирайте Цифрового Тысячелетия (DMCA, 1998) — привели американское законодательство о копирайте в соответствие с Бернской конвенцией, продлили срок его защиты на двадцать лет и распространили общие правила на цифровые носители. Кажется, ничего сверхъестественного.

Лессиг оказался в числе тех, кто увидел за этим наступлением копирайта настоящий переворот. Западный мир — «в критической точке истории. На наших глазах терпит поражение то, что строилось две тысячи лет, — открытое общество, и торжествует закрытое, разрушаются интеллектуальные сообщества», причем враг «взял на вооружение риторику нашего прошлого — риторику свободы»⁶.

Архитектура киберпространства оказалась слишком хороша для нашего грешного мира, чтобы остаться в первозданной непорочности. Наступил момент, когда правообладатели обнаружили, что позиции их подорваны. Реакция была естественна, быстра и безжалостна. Романтики, мечтавшие отсидеться в «виртуальном мире» или оградить его несокрушимой стеной собственных сетевых правил, обычаев и установлений, оглашали воззвания и манифесты один выразительнее другого. Обращение Дж. Барлоу к правительствам индустриального мира звучало вызовом: «Вы, бессильные гиганты из плоти и стали, я пришел к вам из Киберпространства, нового дома Разума. От имени будущего я обращаюсь к вам, уходящим в прошлое, — оставьте нас. Мы вас не звали. Вы не властны там, где собираемся мы»⁷.

Однако виртуальный мир — всего лишь наивная выдумка или выдумка для наивных. Продукция индустрии развлечений, в которой философствующие умы находят основополагающие для «виртуального мира» свойства интерактивности, диктует свои, вполне реальные законы. Пока на экране понарошку стреляют, жертвой игрушечных сражений становится не только Homo Ludens. Бог бы с ним. Поражение терпит весь род Homo Sapiens.

Лессиг, чуткий наблюдатель и серьезный аналитик, вполне предвидел следующий ход корпораций. «Наготове у них имеется подручное средство, а именно разработка кода, который обеспечивает куда более эффективный контроль над их данными, чем нынешний»⁸. И он не ошиб-

⁶ <http://cyber.law.harvard.edu/events/lessigkeynote.pdf>. p.3

⁷ Джон Перри Барлоу. Декларация Независимости Киберпространства. J. P. Barlow. A Declaration of the Independence of Cyberspace (<http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>).

⁸ Подробно об этом Лессиг рассказал в книге «Код и другие законы Киберпространства» (Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, Basic Books, 2000).

ся. Хуже того. Ограничения, наложенные на киберпространство, перекочевали в самую что ни на есть обыденную реальность. Этому и посвящена «Свободная культура» Лессига. В дополнение к его серьезнейшим аргументам можно привести и вовсе анекдотические. Агенты Джоан Роулинг до смерти запугали канадский супермаркет, который осмелился начать продажи очередного гаррипоттера за день до официальной презентации. Тот слезно молил покупателей вернуть книжки назад за приличное вознаграждение. Логика, впрочем, безукоризненна: если в Сети нельзя открывать публичный доступ к произведению прежде, чем позволит правообладатель, то этого нельзя допускать вообще. Право развивается на прецедентах и аналогиях.

Контроль оказался не только более эффективным, но и более обширным. Прежде копирайт де-факто распространялся только на коммерческие проекты, мирно соседствуя с общественным достоянием (public domain) и правилами добросовестного использования (fair use). Простота цифрового копирования вывела размножение информации из-под контроля «собственника». Последний свято убежден, что никаких новых прав не требует, а добивается лишь защиты того, чем обладал прежде. Поэтому там, где действовали обычные нормы, сегодня нужны законы, подкрепленные кодом. Чтоб не воровали. А вор должен сидеть в тюрьме. Закон о Домашних Развлечениях и Копирайте (2005) предусматривает от трех до пяти лет тюрьмы за незаконное размещение в Сети коммерческого контента и от шести до десяти – за повторное преступление⁹. Поскольку преступником является едва ли не каждый пользователь интернета, наступление «воителей копирайта» сопровождается оглушительным пропагандистским шумом и устрашающими маневрами. Насколько отвратительны средства запугивания, легко судить из книги Лессига. Однако до какой степени ожесточения способны дойти корпорации в борьбе за свои «права», остается только гадать. Накал страстей достиг того, что многолетний оппонент Лессига и бывший глава RIAA¹⁰ Джек Валенти заявил: борьба с нарушителями прав интеллектуальной собственности – это его личный фронт войны с терроризмом. Сказано было это уже после 11 сентября, так что шутки в сторону. Террористов сажают на электрический стул, их пособникам дают пожизненное заключение.

Снежный ком судебных постановлений несетя, набирая скорость и массу в кубической прогрессии. Законодательство регулирует любую передачу информации вплоть до – замечает Лессиг – обычного устного выражения¹¹. Каждый новый закон строже предыдущего, а международные акты ориентируются на самые драконовские нормы и санкции. Культурный слой общественного достояния накручивается вместе с буй-

⁹ В сентябре 2006 года Уголовный Кодекс РФ установил шестилетний срок за пиратство в особо крупных размерах.

¹⁰ Американская ассоциация звукозаписывающих компаний.

¹¹ <http://www.openp2p.com/pub/a/p2p/2001/01/30/lessig.html>

ной коммерческой порослью, чтобы низвергнуться в царство Аида, запечатанное замками копирайта.

Картинка из «Ледникового периода», где мелкая тварь вызывает сход ледников, повторяется в нынешнем голоцене. Закон Сонни Боно (он же Акт защиты Микки Мауса) понадобился, чтобы подарить Диснею еще двадцать лет монополии на мерзкую мышь. Спущенная лавина увлекла за собой и заморозила сотни и сотни тысяч произведений, на которых никто и никогда уже не заработает ни цента.

Public domain, общественное достояние, сокращается подобно шагреновой коже. Британский исследователь Фрэнк Уэбстер с сожалением констатирует, что «для общественного вещания и основных составляющих публичной сферы дни существования сочтены»¹². Это касается также библиотек и многих других публичных институтов. Другой известный эксперт, Джеймс Бойл, в связи с наступлением на общественное достояние припоминает эпоху огораживаний XVI века. Лессиг озабочен тем же. Защита и восстановление общего культурного достояния — главная тема его книги.

Припомним: в 1996 году Джон Барлоу называл киберпространство «новым домом Разума». Сегодня это прозвучало бы издевкой. Кажется, за прошедшие десять лет сменилась эпоха. Едва поднявшееся солнце, обещающее вечную зарю свободы, уже сошло за горизонт. Померкли блестящие футурологические прогнозы, озаренные светом надежд и младенческого оптимизма. Наступает ночь, которую многие сравнивают с долгим мраком Средневековья. Когда заходит солнце, появляются звезды. Лоуренс Лессиг, несомненно, звезда первой величины на этом темнеющем небосклоне. Ибо верность главной ценности либералов — свободе — он сохранил вопреки жесточайшим потрясениям вековых либеральных конструкций.

Один из «проклятых вопросов» для либералов — отношение к монополиям. Одни продолжают считать, что государству не следует вмешиваться в естественный ход экономического развития, приводящий к концентрации капитала и росту монополий. Этот крайний либерализм, видящий в любом государственном вмешательстве абсолютное зло, кажется, не осознает своей изнанки. Ибо самым горячим поклонником монополий был не кто иной, как Ленин, увидевший в государственно-монополистическом капитализме «полнейшую материальную подготовку социализма». Как показал опыт XX века, в чьих бы руках монополия ни находилась, ей сопутствует концентрация власти, рост бюрократии, удушение экономической и гражданской инициативы и прочие прелести. Западный мир победил потому, что сохранил конкурентную среду. Антимонополистический пафос «Свободной культуры» временами напоминает самые горячие памфлеты антиглобалистов. Лессиг замечает это

¹² Ф. Уэбстер. Теории информационного общества. М.: Аспект Пресс, 2004, с. 238.

сам: «Повествование... оказалось вопиюще левацким — творчество задавлено, художникам затыкают рты и так далее, и тому подобное», — и прерывается, чтобы дать волю размышлениям, но вновь и вновь возвращается к обличениям. Действительность такова, что иначе не скажешь. Лессиг описывает ее великолепно, вызывая неопишуемую ярость противников.

Его обвиняют во всех грехах: в антипатриотизме (ибо продукция Голливуда и лейблов — лицо Америки и важнейшая часть национального дохода); в коммунизме (ибо он угрожает собственности производителей); в анархизме (ибо подрывается действующий закон) и даже — в онтологической энтропии (ибо без монополий наступит конец света).

О том, как монополии душат инновации, скупая и замораживая патенты, написаны горы книг. Лессиг пополняет этот черный список выразительнейшими примерами из истории вещательной и контент-индустрий. Монополизация средств массовой информации в США превосходит любую другую сферу: «Теперь СМИ, по большей части, принадлежат горстке корпораций... Следует ждать, что через несколько лет мы будем жить в мире, в котором всего три компании будут контролировать свыше 85 процентов средств массовой информации».

Развитие сетевых технологий придало этому процессу ускорение почище горбачевского. В рассказе о конфликте Video Pipeline с компанией Disney Лессиг приводит типичный пример того, как производитель удушает своих же дистрибьюторов, пользуясь исключительным правом «интеллектуальной собственности» в единой информационной среде. Причем новая монополия несет на рынок (или то, что от него остается) не эрзац-продукты, а эрзац-идеи, превращающие в такой же эрзац всю общественную жизнь. Самое удивительное здесь то, что монополии, теоретически, непопулярны, а мерой преданности либерализму служит антитрестовское законодательство. Стоит им, однако, украсить свои бренды лейблом «интеллектуальной собственности», как законодательные принципы разворачиваются на 180 градусов. Причем здесь-то речь идет не о железках, а ни много ни мало о культурном достоянии. Такие вот *salto mortale*.

Лессиг отмечает совершенно новую черту современных олигополий. Вырастая из конкурентной среды, они берут на вооружение феодальные, по сути, права. И если поначалу ими пользовались представители контент-индустрии, то теперь «перевооружение» приобретает тотальный характер. Собственники — они же правообладатели — способны «закрыть, остановить, получить идею в обладание, сделать так, что любое использование этой идеи без разрешения владельца станет преступным или, по крайней мере, труднодоступным»¹³. Теперь у них надо спрашивать разрешения на то, чтобы использовать, критиковать, разворачивать, читать и даже просматривать любой материал. Все то, что само собою разумеется

¹³ <http://cyber.law.harvard.edu/events/lessigkeynote.pdf>, p. 6.

в обществе, которым не правят никакие корпорации или «Советы», оказалось под запретом. Когда двое студентов-программистов обнаружили «дыры» в программном обеспечении избирательных машин Diebold, поставщик подал на них в суд на за то, что те «взломали» его код и нарушили авторское право. Online Policy Group выиграла дело, однако это один из немногих, к сожалению, примеров победы Лессига и его сторонников.

В целом же, законодательство движется в прямо противоположном направлении. Долгое время защита новых технологий, включая сетевые, держалась на прецеденте, созданном в 1984 году решением Верховного суда в пользу Sony. Видеомагнитофоны были признаны законным устройством, хотя позволяли несанкционированно копировать телепередачи. Вердикт формулировался таким образом, что технология, позволяющая осуществлять законные действия, не может быть запрещена из-за того, что ею воспользовались и в незаконных целях. Лессиг постоянно обращается к данному принципу, приводя в пример то продажу огнестрельного оружия, то распространение таксофонов. Однако относительно недавнее решение по делу Грокстера смело и этот защитный барьер. Зайдя на сайт Grokster, сегодня вы увидите там уведомление:

«Верховный суд США единогласно установил, что использование этого сервиса для распространения защищенных копирайтом материалов незаконно. Копирование защищенных копирайтом кинофильмов и музыкальных файлов, используя неавторизованные пиринговые сервисы, незаконно и преследуется правообладателями.

Существуют легальные сервисы для скачивания музыки и кинофильмов. Этот сервис к их числу не относится.

ВАШ IP АДРЕС: , и он зарегистрирован.

Не думайте, что вас нельзя поймать. Вы не анонимны.

А пока, пожалуйста, посетите www.respectcopyrights.com and www.musicunited.org, чтобы побольше узнать о копирайте».

В сентябре 2006 года та же история повторилась с пиринговым сервисом eDonkey. Чтобы попасть в список рецидивистов, можно повторить тот же эксперимент и с адресом <http://www.edonkey.com/>.

Это как раз то, чего опасался Лессиг. И он находит сильнейшие аргументы против «нового феодализма». В первую очередь, они касаются происхождения нынешней системы авторских прав. Священная корова (она же Золотой телец) информационного века проникла в правовой пантеон Европы в позднефеодальные времена. Лессиг прекрасно показывает первые шаги законодательства: они были направлены на ограничение прав, прежде даруемых издателям короной. Издательское дело изначально существовало под бдительным оком государства, а монополия на печать была прежде всего средством цензуры. Так что исторически издатель получил право контролировать публикации не от автора, а от монарха милостью Божьей. Автор, таким образом, унаследо-

вал монополию почти что божественного происхождения. И до сих пор он уверен почти что в божественном происхождении своих прав и, соответственно, самого творческого акта. Этой святой убежденности весьма способствовала континентальная концепция, построенная на теории «естественного права»: все, что ни создано человеком, является его собственностью, идеи в том числе.

Англо-саксонская традиция противостояла ей довольно долго и твердо. Вот выразительнейший фрагмент из хрестоматийной речи Томаса Макколя в Палате Общин 5-го февраля 1841 года: «Авторское право — это монополия, и вызывает все те последствия, которые общее мнение человечества приписывает монополиям <...> обычный эффект монополии — это оскудение предложения товаров, их дороговизна и низкое качество... <попробуйте> отыскать хоть какое-нибудь отличие между авторским правом и другими привилегиями того же рода; любую причину, по которой монополия на книги должна произвести эффект, прямо противоположный тому, который она произвела в случае монополии Ост-Индской компании на торговлю чаем или монополии лорда Эссекса на торговлю сладкими винами... Желательно, чтобы авторы были вознаграждены; вызывающий наименьшие возражения способ такого вознаграждения — это монополия. С другой стороны, монополия — это зло. В интересах общего блага мы должны прибегнуть ко злу; но зло не должно длиться ни на один день дольше, нежели это необходимо для обеспечения блага»¹⁴.

Итак, монополии встраивались в рыночные отношения как неизбежное зло. Иного способа обеспечить автору вознаграждение просто не было: поскольку продукт творческого труда нематериален¹⁵, право собственности перед этой задачей пасовало. Свободный обмен требует единой основы человеческих отношений, то есть равноправия. Буржуазное право универсально и абстрактно по отношению к особым видам деятельности. Оно их не касается, а распространяется только на их продукты. Это значит, что любой род деятельности доступен каждому. Право становится вещным, абсолютным и объективным, им никто не владеет исключительно, оно едино для всех. Человек правоспособен вне зависимости от того, обладает он той или иной вещью или нет. Акт купли-продажи возможен в этом едином правовом поле потому, что каждый действует как полноправный субъект. Приобретение вещи не порождает права, но лишь обеспечивает его реализацию. Абсолютное право не передается и не продается. (Это его отличие от монополии Лессиг, кстати, вуалирует). Конечно, приобретение особых прав на определенные виды деятельности, будь то медицина или строительство, может стоить каких-то денег, но ни за какие деньги общество не должно наделять ме-

¹⁴ <http://www.libertarium.ru/libertarium/macaulay-ru-002>

¹⁵ Подробнее об этом см.: Ильин В. Виртуальное. Идеальное.

Информация//Свободная мысль — XXI. 2004, №9.

дика строительной лицензией или строителя — врачебной. Если это не большое общество.

В эпоху абсолютизма и позднего, «развитого» социализма исключительные права стали предметом коммерческих сделок и тем самым подготовили победу товарно-денежных отношений. Буржуазные революции провозгласили всеобщее равенство перед законом и, стало быть, отмену особых прав. Единственной сферой, где они выжили, было авторское право. Поначалу исключительные права были, да простит читатель этот каламбур, действительно исключением из правил. И пока это было так, рыночные механизмы действовали. Нереализованные патенты тормозили прогресс, но не останавливали его.

Все изменилось с наступлением «информационной революции» — или, точнее, фазы ее 9 термидора. Наиболее близкий всем пример переворота связан с программным обеспечением, одним из самых распространенных ныне инструментов человеческой деятельности. Покупая у «Майкрософт» «лицензионную» программу, вы по определению не являетесь ее собственником: «Продукт предоставляется в пользование («лицензируется»), а не продается»¹⁶. Казалось бы, велика ли беда, если вместо товара нам предлагают только лицензию, право использовать тот или иной продукт? Оказывается, велика. Во-первых, покупатель лишается безусловных прав собственности: владения, распоряжения и пользования¹⁷. Держатель исключительных прав может диктовать свои условия пользователю практически бесконтрольно, последний бесправен. В лицензии Microsoft Windows все ограничения подробно описаны. Во-вторых, отказ от прозрачных отношений товарообмена порождает нужду в тотальном надзоре: если власть производителя над его продуктом заканчивается на акте купли-продажи, то лицензиар устанавливает над лицензиатом постоянный контроль.

Вы приобретаете не товар, а только право совершать определенный набор действий с ним, и эти действия кто-то будет контролировать. Сделан и следующий, вполне логичный шаг к вытеснению классических прав собственности. Поскольку без программного обеспечения потребительские свойства компьютера нереализуемы, его обладатель, по устоявшейся терминологии, тоже считается пользователем¹⁸. Высокоставленные российские чиновники уже сетуют на то, что с собственника пока что нельзя взыскать по всей строгости и наложить на него те же санкции, что и на пользователя¹⁹.

¹⁶ http://www.microsoft.com/Rus/Licensing/General/examples/winxpro_box.msp

¹⁷ Подробнее об этом см.: Ильин В. Копирайт и копилефт // Свободная мысль — XXI. 2005, №№ 5–6.

¹⁸ См.: Павел Кармышев. О терминологическом хаосе в области ИТ и некоторых его следствиях. <http://consumer.nm.ru/term.htm>.

¹⁹ Заместитель министра экономического развития и торговли Андрей Шаронов заявил, что «владельцы оборудования сейчас счастливо избегают ответственности, поскольку функции пользователя и собственника разделены. Собственник находится

Система регулирования интеллектуальной деятельности зашла в тупик. Пытаясь приспособить возрастающий объем объектов авторского права к рыночному обороту, она все более подрывает принципы товарно-денежного обмена и возможности технологического прогресса.

Как убежденный либерал, Лессиг противопоставляет этой тенденции единственную проверенную временем альтернативу — частную собственность, которая верно служила рынку на протяжении столетий. Новое время — новые песни. Теперь монополистическому контролю и обществу глобальной слежки должна противостоять собственность интеллектуальная. Этот популярнейший оксюморон, который можно перевести на русский язык как «умственная собственность», замечателен тем, что резюмирует стремительный процесс феодализации современной частной собственности. Объектом собственности становится здесь право. В переводе с юридической терминологии на общедоступный язык это означает буквально следующее: если я имею право что-то делать, то являюсь собственником этого права. Теперь я не субъект отношений, а их собственник. Если продолжить эту плодотворную мысль, каждый может считать себя собственником права на достойное вознаграждение за труд, собственником права выбирать и быть избранным и т. п. С принятием этой ходульной конструкции, предполагающей «право на право»²⁰, рушится вся классическая концепция правообладания. Однако эта же конструкция вполне отражает кризис частной собственности в постэкономическую эпоху.

Российские юристы склонны рассматривать понятие интеллектуальной собственности как некое «зонтичное определение» для всей совокупности прав на творческий результат: авторских, патентных, производных, прав на наименование. Возможно, при отсутствии западного пиетета к собственности, включение «интеллектуальной собственности» в правовой арсенал и не способствует в России установлению столь жестких норм регулирования, как это произошло в США и странах ЕС²¹. Здесь расширению интеллектуальной собственности будут потворствовать другие особенности национального менталитета: апатия, благодущие и надежда на «авось».

Частная собственность и частная жизнь в русском лексиконе увязаны едва ли не омонимически. Напротив, в англо-саксонской традиции *private property* и

в счастливом неведении, что происходит с его оборудованием».

<http://www.vz.ru/society/2006/11/7/56116.html>. Вывод: если ситуацию не контролирует собственник, значит, придется контролировать его самого.

²⁰ А. Трофименко. К вопросу об определении субъективного права на результаты интеллектуальной деятельности".

<http://www.russianlaw.net/law/netlaw/articles/paper08.htm>.

²¹ Одно из немногих достоинств IV Части Гражданского кодекса РФ, закрутившего гайки свободного обмена информацией, в том, что понятие ИС практически там не употребляется.

privacy — единая основа мироустройства. Все, что не является общим, является частной собственностью и личным достоянием. На этом зиждутся неприкосновенность жизни и имущества, гарантии от вторжения в личную жизнь и даже «право хранить молчание» (ибо privacy — еще и тайна). Неприкосновенность всего частного — первая гарантия свободы. Коммунистический опыт укрепил убежденность либералов, что личная свобода невозможна без частной собственности и только на ней может основываться. «Наша битва с коммунизмом имела в союзниках коммерцию... Открытые рынки подразумевали открытые общества. Свободная торговля собственностью требует уважения к правам человека. Собственность была двигателем свободы; это та сила, которая будет сопротивляться тирании государства»²².

О том разочаровании, которое постигло Лессига, мы уже говорили и еще скажем. Лучшие страницы его книги посвящены критике частной собственности в сфере интеллектуальной деятельности, однако отрешиться от нее вовсе Лессиг не соглашается. Апелляции к ней выглядят как барьер, который он воздвигает между собою и левыми радикалами. Его позиции не колеблет даже цитируемое им высказывание Джефферсона о том, что «изобретения не могут находиться в частной собственности». Все, что имеет ценность, должно иметь собственника, «свободные культуры, как и свободные рынки, строятся на собственности». Другой защиты от произвола государства или монополий Лессиг просто не находит и потому призывает, «насколько возможно, полагаться на рынок в деле распространения и развития культуры».

При этом Лессиг, кажется, не замечает, что принимая идеологему интеллектуальной собственности, он дает в руки противника не просто козырь. Правила немудреной игры, затеянной медиа- и контентмонополиями, позволяют выиграть с одним козырным тузом против целой колоды. Интеллектуальная собственность и есть тот самый козырный туз. «Как бы убедительно ни звучала фраза «это моя собственность, и я должен владеть ей вечно», попытайтесь поубедительнее произнести: «Это моя монополия, и я должен обладать ей вечно» — очень тонко подмечает Лессиг. Все дело в том, что отныне правообладателям не нужно ссылаться на монополию. Они ссылаются на собственность.

Согласившись с тем, что творческий труд порождает собственность на его результат, Лессиг отдает в руки своим оппонентам самое главное — силу общественного мнения. Стоит лишь применить глубоко укоренившееся понятие в новой сфере, как для ее регулирования тут же будут использованы все предрассудки вечного, святого и неотчуждаемого права собственности — какие бы извращения за ним ни скрывались.

Быть может, карточная партия — слишком слабая метафора для описания схваток вокруг интеллектуальной собственности. Нешуточные бата-

²² Лоуренс Лессиг. Востребование Общин (Lawrence Lessig, Reclaiming a Commons, 1999), <http://cyber.law.harvard.edu/events/lessigkeynote.pdf>.

лии ведутся в парламентах, в судах и на площадях по обе стороны океана²³. Признав интеллектуальную собственность, Лессиг может демонстрировать (и демонстрирует) потрясающее искусство фехтования, но на ристалище, огороженном ее флажками, любые его выпады разбиваются о броню интересов «собственника».

Возможна ли вообще честная конкуренция на рынке прав? По верному замечанию А. И. Колганова, продукты интеллектуальной деятельности «обладают свойством уникальности, а следовательно цены на них формируются как монопольные цены, а отнюдь не как равновесные цены конкурентного рынка»²⁴. Лессиг, как юрист, вынужден согласиться с тем, что правообладатель «может назначить любую цену — десять или десять тысяч долларов. Это его право, установленное законом». Однако из этого же следует, что никаких разумных критериев для оценки этой «собственности» не существует. Отсюда же и астрономические суммы исков к правонарушителям, которые справедливо возмущают Лессига. Проблема возникает повсеместно. Французский законопроект «Об авторском и смежных правах в информационном обществе» (Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, DADVSI) предусматривал штраф за несанкционированное копирование от 38 до 750 евро. Влиятельный комментатор Жан-Батист Суффрон изящно издевался над законодательными потугами, вопрошая, что будет с нарушителем, под завязку загрузившим свой iPod нелегальным контентом: заплатит ли он 38 евро или 15 000 x 750, то есть 112 миллионов 500 тысяч евро²⁵?

Квази-рынок современных прав ответа на подобные вопросы не дает. И в итоге Лессиг приходит к очень «скептическим выводам относительно роли, которую будет играть торговля в защите традиционных свобод в киберпространстве»²⁶. Это, однако, не дело принципа, а вопрос тактики. Когда рынок не справляется, будут действовать другие механизмы, но двери ему надо держать всегда открытыми.

ПОЗИЦИЯ НЕ ТЕОРЕТИКА, НО ПРАКТИКА...

Первый крупный процесс, в котором участвовал Лессиг, чуть было не развалил «на полтеи» империю Microsoft. Он ассистировал судье Джексону, который доказывал, что производитель программного обеспечения не должен встраивать туда интернет-браузер, дабы не монополизировать доступ к Сети. Microsoft победила, однако каждое следующее приложение давалось ему со все большим трудом. Так, в Европе на тех же основаниях сочли незаконным встроенный в Windows медиа-

²³ О некоторых важных эпизодах этой войны см.: <http://potrebности.globalrus.ru/prag-matics/780883/>

²⁴ А. И. Колганов. Собственность на знания как тормоз экономического и социального развития. http://www.alternativy.ru/magazine/htm/02_1/propriet.htm.

²⁵ http://souffron.typhon.net/article.php3?id_article=132

²⁶ <http://www.openp2p.com/pub/a/p2p/2001/01/30/lessig.html>

плеер, запретив предложенную конфигурацию и наложив на Microsoft огромный штраф.

Первое самостоятельное дело Лессига — Элдред против Эшкрофта. Дело считалось заведомо проигрышным, поскольку составителю электронной библиотеки противостоял не просто представитель законодательной власти²⁷. Речь шла о полномочиях Конгресса, об интересах мощнейшей индустрии и о многолетней законодательной тенденции. Лессиг намеревался переломить ее своим толкованием двусмысленной формулировки в Конституции. Это ему не удалось.

В следующем процессе, Кэйл против Эшкрофта, Лессиг посягнул на то, что можно назвать «копирайтом по умолчанию». Два архива обратились в Окружной суд Северной Калифорнии с требованием отменить положение о безусловном установлении копирайта на любую работу. Это правило, заимствованное законами 1976 и 1998 года из Бернской конвенции, было для США сравнительно новым, поскольку прежде копирайт требовалось обозначать, регистрировать и продлевать. На этот раз Лессиг апеллировал к Первой поправке, гарантировавшей свободу слова. Действительно, все, что выпало из коммерческого оборота, становится практически недоступным. Разыскать правообладателя бывает неимоверно сложно, и легче просто отказаться от работы, чем согласовать ее использование. Заботясь о Голливуде, мы обделяем творческих людей: тех, кто уже сказал свое слово, и тех, кто собирается сказать. И эти аргументы не сработали. Впоследствии Лессиг горько заметил: Первая поправка действует, когда детей пытаются оградить от порнографии в интернете, но когда люди добиваются свободного доступа к открытым публикациям, Первая поправка бездействует.

Ларри Флинт победил. Ларри Лессиг проиграл.

Однако он доказал, что умеет превращать поражения в победы.

Герой Тома Вулфа из великолепного романа «Костры тщеславия» проходит путь от возвращенного в оранжереях истеблишмента «хозяина Вселенной» до затравленного судами, но окрепшего духом среднего американца. Хэппи-энд в экранизации Брайана де Пальмы с Томом Хэнксом в бледненькой главной роли вконец опошлил литературный шедевр. Почему-то в Голливуде не любят шуток над самым справедливым судом в мире и самой совершенной в мире судебной системой. И сама она шуток не любит.

Окончательный и не подлежащий обжалованию приговор мог остано-

²⁷ Любопытна аналогия между судьбой электронных библиотек в США и в России.

После принятия новой редакции Закона об авторском праве первым делом судебному преследованию подверглась популярнейшая в Рунете библиотека Максима Мошкова. См.: Марианна Дейнеко. Онлайн-библиотеки потерпели первое поражение в суде. Компьюлента, 29 сентября 2004 г., <http://net.compulenta.ru/50486/>.

вить кого угодно, но не Лоренса Лессига. Никто не смел обвинить его в неудаче, кроме него самого. Скрупулезный анализ каждого шага, каждого слова в деле Элдреда — сильнейшие страницы его «Свободной культуры». Он доказывал себе и всем, что мог выиграть. Должен был выиграть. И это был путь к моральной победе — и к сердцам людей.

Если вспомнить другого классического персонажа американской литературы, харизматика Вилли Старка из уорреновской «Всей королевской рати» (он тоже начинал нудными выступлениями с цифрами и аргументами в руках), — дальнейшая биография Лессига не вызовет удивления. Оставив судейское крючкотворство, Лессиг обратился к широкой публике. Даже для суда, где делается американская политика, общественное мнение значит не меньше, а может, и больше, чем конституционные аргументы. В конце концов, и судья Дуглас, который отменил древнее установление о собственности на землю «до небес», действовал только исходя из здравого смысла. И его решением Лессиг восхищался.

Профессор права, потерпевший не одно поражение в суде, превратился в политическую фигуру, когда оппозиция наступлению копирайта уже переросла в широкое общественное движение. По иронии, составили его именно те, чьи права законодательство собиралось защищать: программисты, ученые. Еще в 1994 году Стивен Харнард (ныне профессор университетов Квебека в Монреале и Саутгемптона в Великобритании) провозгласил идею открытого доступа к научной информации. Многие отнеслись к ней как к подрывной. Ныне четверо из пяти исследователей с готовностью займутся самоархивацией материалов, если такое условие будет поставлено работодателями или фондами. В 2001 году более 34 тысяч исследователей из более чем ста стран подписали обращение к научным (медицинским, главным образом) журналам с угрозой бойкотировать их в том случае, если статьи не будут размещаться в свободном онлайн-доступе. Предупреждение подействовало.

Общественное достояние — совсем не то, что наполняет эфирные или бумажные потоки. Речь идет об информации общественно значимой, той, что способна преобразовываться и развиваться. Главная проблема сегодня — ее существование вне масс-медиа. Над ее решением работают десятки национальных и международных научных организаций и сообществ, создающих открытые архивы. Электронные библиотеки становятся средством накопления информации и общения. Центральная- и Восточноевропейская Онлайн-Библиотека (CEEOL) — один из проектов, нацеленных на превращение интернета в «сетевую область для науки, экономики и всемирного обмена ценной информацией»²⁸.

²⁸ Заходить на этот сайт (http://www.ceeol.com/aspx/editors_intro.aspx) весьма грустно: на одну публикацию на русском языке здесь приходится несколько десятков эстонских или болгарских. Да и представлены российские авторы исключительно в зарубежных (японских в том числе) публикациях. Отечественным издателям туда нельзя, так как в цифровую эпоху библиотека у нас законодательно лишена всяких перспектив развития.

В стороне от движения не остались и деятели культуры. Свежий пример — Канадская коалиция создателей музыки (ССМС), которая представляет альтернативу монополистам звукозаписи. Она объединила признанных авторов и исполнителей, в том числе обладателей Грэмми. Лессиг играет в этом движении одну из ключевых ролей. Он активно сотрудничает и входит в руководящие органы таких организаций, как Фонд свободного ПО (Free Software Foundation, FSF); Фонд электронного рубежа (Electronic Frontier Foundation, EFF), Гарвардский Беркман-центр изучения интернета и общества (Berkman Center for Internet and Society at the Harvard Law School), Копифайт (Copyleft).

Расставшись с Гарвардом, Лессиг и в Стенфордской Школе права создает Центр изучения интернета и общества (Center for Internet and Society). В поддержку FSF Ричарда Столлмена он организует Юридический центр свободного ПО (Software Freedom Law Center). Он же стал идейным вдохновителем нескольких международных студенческих движений, одно из которых названо в честь его книги, *Free Culture*. В марте 2006 года Лессиг вошел в консультативный совет грандиозного научно-образовательного проекта «Цифровая Вселенная» — системы некоммерческих вебсайтов, порталов, развивающей общественную службу сетевого вещания.

Главным детищем Лессига стали, несомненно, Творческие общины, Creative Commons (CC), основанные в 2001 году. Идею такой организации, по собственному признанию Лессига, подал ему четыремя годами ранее коллега Чарльз Нессон из Гарварда. Чересчур привлекательной поначалу она не показалась. Отдавало позабытым детским духом шестидесятых или же полусумасшедшими проектами, которые постоянно витали и умирали в Сети. Киберпространство не знает границ, каждый волен черпать оттуда и вливать обратно сколько угодно. Какие общины, зачем и кому могут там понадобиться?

Однако, как оказалось, именно в мини-сообществах по профессиональным или культурным интересам складываются альтернативные отношения и формируется общественное мнение. Первым примером стало сообщество свободных программистов, основанное Ричардом Столлменом в 1984 году. Он поставил задачу освободить программное обеспечение от оков авторского и патентного права, «дать всем пользователям свободу распространять и модифицировать» разработанные им GNU-программы. От мысли объявить свою операционную систему общественной собственностью Столлмен отказался, дабы не давать искушения приватизировать любые дериваты. Так родилась идея «Copyleft»²⁹, особого права, не позволяющего использовать разработки «сво-

²⁹ Обычно этот термин переводят на русский язык как «авторское лево». В оригинальной игре слов важнее, однако, другой смысл: left — оставленное (на усмотрение). Вместо «права копирования» возникает «разрешение на копирование». Лучше и в русском оставить Копилефт — смысл понятен.

бодных программистов» для создания закрытого ПО: «Чтобы поместить программу под действие copyleft, сперва мы объявляем свои авторские права на нее (copyright), далее добавляем условия распространения, являющиеся правовым базисом, согласно которому каждый получает права использования, модификации и распространения программного кода, а также любых производных программ на условии, что правила распространения неизменны»³⁰. Эти условия сформулированы в «Генеральной общественной лицензии» (General Public License, GPL). Столлмен, таким образом, обращает право против самого права. Исключительно авторское право парадоксальным образом начинает действовать здесь как универсальное право общественной собственности. Так что вряд ли стоит удивляться, что описанные Лессигом попытки примирить GPL с действующим режимом копирайта оказались безуспешны. Лессиг, в отличие от Столлмена, не пророк. Он прагматик, пытающийся объединить самый широкий спектр интересов, имеющих хотя бы малейшую точку соприкосновения. Он действует как политик, считающийся с законодательством, общественными интересами и мнениями. Он акцентирует внимание на тех чертах современного авторского права, которые сделали его главным препятствием к развитию культуры. Несомненно, сроки копирайта чересчур длинны. Несомненно, разные авторы могут претендовать на разный набор прав. Несомненно, многим копирайт просто не нужен. Несомненно, регистрация копирайта в современных условиях послужила бы на пользу всем. Однако так же несомненно и то, что иного способа вознаграждения творческой деятельности еще не придумали, и поэтому с копирайтом расставаться рано. Следует восстановить нарушенное равновесие между интересами автора и общества, избегая крайностей. Между полной анархией и тотальным контролем необходимо заложить «прослойку разумного авторского права». Баланс, компромисс и взвешенность — таковы три кита, на которых основаны Творческие общины. Они предлагают компромисс, дабы остановить экспансию интеллектуальной собственности и гарантировать желающим если не свободный доступ, то хотя бы ограниченные права пользоваться ограниченными ресурсами. Вместо безусловного копирайта, который замораживает новый контент, в среднем, на столетие, они предоставляют выбор из нескольких лицензий. Успех Творческих общин превзошел самые смелые ожидания. Под знаком CC начали выпускать свои материалы не только кампусы, но профессиональные сообщества. С лицензиями CC развивается самый мощный энциклопедический ресурс интернета — Википедия — и распространяются программы ВВС. В 2005 году по образу и подобию Творческих общин были образованы Научные общины (Science Commons) со

³⁰ Обзор проекта GNU: <http://www.gnu.org>.

штаб-квартирой в Мичиганском технологическом институте. В середине 2006 года СС действовали уже в семидесяти странах³¹.

Лессиг, как искусный политик, продолжает искать компромисс, не расставаясь с двумя основополагающими принципами: законами свободной конкуренции и свободного доступа к информации. Оба они порядком подорваны натиском исключительных прав на любое творческое достижение или новацию, но и оба они идеологически безупречны для американской традиции. Спонсорами Творческих общин стали Центр за общественное достояние (Center for the Public Domain), с одной стороны, и структуры, ориентированные на поддержку предпринимательства (в т. ч. Фонд МакАртуров, Фонд Хьюлетт), — с другой.

Будь Творческие общины коммерческим предприятием, — заметил Лессиг в интервью для BusinessWeek Online, — их акции выстрелили бы после запрета Грокстера. «Имеется очень эффективный способ поставить ваш продукт под контроль, легально ли он используется или нет, — а именно, добавить к нему лицензии Творческих общин. Да, и вот мы здесь, открытые для бизнеса, выдаем бесплатные инструменты для того, чтобы избежать ответственности»³².

Готовность сотрудничать с бизнесом естественна, хотя и вызывает негодование левых радикалов. Там, где они хотели бы создать «пространство для политики», Творческие общины «замутняют политическую борьбу, ее цели и возможности». Лессига упрекают в «соглашательстве с медиа- и контентиндустриями». Разнообразие лицензий СС приводит к тому, что сложность их комбинаций «возросла экспоненциально». Особенно критикуют одну из предоставляемых СС лицензий — запрет на производные работы. Он может означать запрет и на пересказ, и на цитирование, что подтачивает и без того неопределенные права добросовестного использования³³.

Не откажешь в логике и умным консерваторам. Я не говорю об апологетах RIAA и МРАА³⁴, которые преданно служат своим корпорациям. Джон К. Дворак из PC Mag'a верно замечает, что «всегда мог использовать выдержки в коммерческих или некоммерческих целях. Это называется добросовестным использованием. Я все еще вправе делать это, но Творческие общины со своими лицензионными средствами, кажется, намекают, что нет. По крайней мере, если у меня коммерческий сайт, а я пользуюсь некоммерческим условием»³⁵.

³¹ Интервью Лоренса Лессига Фонду «Прагматика культуры»: <http://potrebности.global-rus.ru/pragmatics/780872/>.

³² http://www.businessweek.com/technology/content/jun2005/tc20050629_2928_tc057.htm.

³³ http://www.freesoftwaremagazine.com/free_issues/issue_05/commons_without_commonality/.

³⁴ Ассоциация кинопроизводителей Америки.

³⁵ http://www.pcmag.com/author_bio/0,1908,a=123,00.asp.

Если посмотреть на проблему шире, такая лицензия может ограничить любое цитирование. Как правило, книга, подобная той, которую вы держите в руках, не является коммерческим проектом. Это всего лишь средство донесения информации, и издатель в таких случаях редко ставит целью «извлечение прибыли». Однако если книга все же продается, издание автоматически попадает в разряд «коммерческих». И лицензия СС так же автоматически начинает работать вместе с действующим законодательством против распространения знаний. Электронные описания СС могут оказаться тем же «кодом», который позволяет осуществлять тотальный контроль за творческим продуктом.

Лессиг отвечает на критику как последовательный либерал. Он исходит из презумпции собственности на любой продукт творчества и потому убежден в праве автора распоряжаться им по своему усмотрению. Он стремится расширить свободу выбора для каждого творца. И если это не сужало бы свободы выбора для других, спорить было бы не с чем. Но, как оказывается, сужает. Непредсказуемые последствия – непременные спутники намерений, исходящих из частного интереса. Даже самых умных и самых добрых намерений.

Лессиг переносит их разрешение в будущее. Прогнозы его довольно интересны и кажутся убедительными. Однако они основаны на экстраполяции технологических тенденций сегодняшнего дня. До сих пор бурное развитие свободного контента стимулировало совершенствование компьютеров и само подстегивалось им. Какие другие стимулы придут на смену и придут ли вообще, если контент окажется полностью зажат тисками авторского права? Снова интересы ВПК?

Культура гораздо шире, нежели сфера изящных искусств. В конечном счете, коммерческая продукция масскульта не столь важна, чтобы мерить ею общественное достояние. Допустим, в сфере обмена музыкальными файлами искомым компромисс найти удастся. Но как быть со всеми прочими «ноу-хау», патентами, секретами и другими составляющими «интеллектуальной собственности»? Ее наступление рано или поздно заморозит инновации, так что расчеты на прогресс технологий по той же экспоненциальной кривой (вроде Закона Мура) придется сильно корректировать.

Путь, который выбрал Лессиг, – это постоянная и неустанная борьба с ограничениями свободы. Актуальные угрозы ее существованию – предоставление особых прав вещателям в эфире и в широкополосном диапазоне Сети, наступление на пиринговые и локальные сети, введение Цифрового Управления Правами (DRM) как законодательного требования или технического стандарта.

Лессиг прекрасно осознает, что противостоять этому наступлению может только гражданское общество. Но если едва ли не каждый его член является латентным преступником, что станет с ним? Наверное, даже «великая криминальная революция» в России не породила того граж-

данского абстинентного синдрома, какой поразил ныне Америку. Хотя ответственными отношения в Римской империи были куда более эффективны, нежели порядки варварских королевств, поднявшихся на ее развалинах. Рим пал потому, что свободное слово звучало уже не на форумах, от которых остались только площади, а на германских тингах.

Лессиг ясно обозначает болевые точки общества: упадок свободной конкуренции, наступление информационных монополий, сужение доступа к знаниям, угрозы гражданскому самосознанию. Предлагаемые им средства противоречивы в своей основе и потому амбивалентны. Лицензии СС в равной степени размывают общественное достояние и копирайт. Но это всего лишь юридическая форма, инструмент. Если главная интенция либерализма, стремление к свободе, победит пристрастие к порядку уже размытой собственности (что, на самом деле, очень вероятно), достижение главной цели станет значительно легче.

Путеводная звезда Лессига указывает одно из возможных направлений в наступающей тьме. Надо выживать в условиях обскурантизма, надо сохранять культуру и в том концлагере, куда загоняет ее современное законодательство об интеллектуальной собственности. Люди, вступающие в Творческие общины, вдохновлены идеей свободного общения и свободного преобразования культурных достижений. Так что когда взойдет вновь «звезда по имени Солнце», они смогут убедиться, что не сбились с пути.

Виктор Ильин
victor.illin@gmail.com

**ПОСВЯЩАЕТСЯ ЭРИКУ ЭЛДРЕДУ,
ЧЬЯ РАБОТА НАПРАВИЛА МЕНЯ НА ЭТОТ ПУТЬ,
И РАДИ КОТОРОГО
Я ПРОДОЛЖАЮ
ЭТО ДЕЛО.**

П Р Е Д И С Л О В И Е

Дэвид Поуг, блестящий писатель и автор бесчисленных технических статей и материалов по компьютерным наукам, так завершил рецензию на мою первую книгу «Код и другие законы киберпространства»:

«В отличие от действующего закона сетевое программное обеспечение не способно наказывать. Оно не распространяется на людей вне онлайн (где пребывает лишь жалкое меньшинство населения мира). А если не нравится система интернета, всегда можно отключить модем»¹.

Поуг скептически отнесся к ключевому послылу книги, что программное обеспечение, или «код», функционирует как своего рода закон. В его отзыве высказана замечательная мысль: если дела в киберпространстве пойдут из рук вон плохо, всегда можно будет сказать «крибле-крабле-бумс!» и, например, щелкнуть выключателем и вернуться домой. Отсоединить модем, вырубить компьютер. И вот мы уже «недосягаемы» для всех неприятностей, постигших нас в том пространстве.

Поуг, должно быть, не ошибался, когда писал это в 1999 году. Я не совсем в этом уверен, но, может, оно и так. Однако даже если он и был прав тогда, теперь уже речь идет о другом. «Свободная культура» рассказывает о неприятностях, порождаемых интернетом даже после выключения модема. Это книга о том, как неутрахающие баталии вокруг сетевой жизни коренным образом повлияли на «тех, кто не в он-

¹ David Pogue, «Don't Just Chat, Do Something», New York Times, 30.01.2000.

лайне». И нет такого выключателя, который изолирует нас от воздействия интернета.

Эта книга, в отличие от «Кода», написана уже не столько о самом интернете, сколько о том, как он повлиял на куда более фундаментальную черту нашей традиции. Черту куда более важную, хоть и не пристало мне, «гику»², это признавать.

Речь идет о процессе формирования культуры. Как я поясню ниже, мы основываемся на традиции «свободной культуры». Свободной, но не «бесплатной», как пиво за счет заведения (позаимствую фразу у основоположника движения за свободное программное обеспечение)³. «Свободной» – в смысле свободы слова, свободного рынка, свободной торговли, свободы предпринимательства, свободы воли и свободных выборов. Свободная культура поддерживает и защищает творцов и новаторов. Она делает это напрямую, наделяя правами на интеллектуальную собственность. Но она действует и косвенно, ограничивая область действия таких прав. Это гарантирует будущим творцам и новаторам должную степень свободы от контроля со стороны авторов прошлых достижений. Свободная культура – не культура без собственности, так же как свободный рынок не означает, что все бесплатно. Противоположностью свободной культуры является «разрешительная культура», где творцы вольны созидать лишь с позволения всевластных авторов прошлого.

Если бы мы осознали эту перемену, я уверен, мы бы воспротивились ей. Речь не конкретно о ком-то, речь идет обо всех нас, кто не имеет капиталов в ряде отраслей массовой культуры, появившихся в XX веке. Каких бы политических взглядов, правых или левых, вы ни придерживались, если в данном вопросе у вас нет своего коммерческого интереса, то, что я рассказываю, не оставит вас равнодушным. Потому что изменения, которые я описываю, угрожают ценностям, которые оба крыла нашей политической культуры считают основополагающими.

Намек на это непривычное двухпартийное действие мы наблюдали в начале лета 2003 года. Пока Федеральная комиссия США по связи обдумывала изменения в правилах собственности, которые призваны были ослабить ограничения на концентрацию средств информации, небывалая по составу коалиция направила в комиссию свыше 700000 писем с протестами. Уильям Сафир описывал это как «неловкость маршировать бок о бок с активистками организации «CodePink Женщины за мир», членами Национальной ас-

² Гиками (geeks), в противоположность «спукам», называют продвинутых и, возможно, слегка сдвинутых на науках и компьютерах. Наиболее близкий эквивалент гика – «ботаник».

³ Richard M. Stallman, Free Software, Free Societies 57 (Joshua Gay, ed. 2002).

социации любителей стрелкового оружия, где-то между либеральной Олимпией Сноу и консерваторм Тедом Стивенсом». В своей статье журналист наиболее, пожалуй, четко сформулировал остро вставший перед обществом вопрос концентрации власти:

«Это недостаточно консервативно? Только не для меня. Концентрация власти – политической, корпоративной, медийной, культурной – должна быть проклята консерваторами. Рассеивание власти через местное самоуправление, поощряющее индивидуальное участие, служит ядром федерализма и является истинным отражением демократии»⁴.

Эта идея стала неотъемлемым элементом «Свободной культуры». И все же я обращаю внимание не только на концентрацию власти, порожденную концентрацией собственности. Что гораздо важнее (ибо не так очевидно) – это концентрация власти, проистекающая из радикальных сдвигов в масштабах применения права. Закон меняется, и эти изменения воздействуют на процесс формирования культуры, и они должны вас беспокоить – интересует вас интернет или нет, мыслите ли вы себя справа от Сафира или слева.

На название книги и большую часть того, что в ней написано, меня вдохновила деятельность Ричарда Столлмена и Фонда свободного программного обеспечения. В самом деле, перечитывая книгу Столлмена, особенно части, касающиеся свободного программного кода, свободного общества, я осознаю, что все теоретические выкладки, разработанные мной в этой книге, сформулированы Столлменом несколько лет тому назад. Таким образом, данную работу можно считать «чисто» производной.

Я принимаю такую критику, если это вообще критика. Труд адвоката всегда произведен, и этой книгой я собираюсь всего лишь напомнить нынешней культуре о традиции, которой она всегда питалась. Как и Столлмен, я отстаиваю традицию с позиций ценностей. Как Столлмен, я исповедую ценности свободы. И, подобно Столлмену, я верю, что эти ценности нашего прошлого следует отстаивать в будущем. В былые времена наша культура была свободной, но в будущем она останется таковой, только если мы сойдем с пути, которым движемся сейчас.

Как и аргументы Столлмена за свободное программное обеспечение, довод в пользу свободной культуры упирается в путаницу, которой трудно избежать, а еще сложнее осознать. Свободная культура не означает культуру без собственности, это не та культура, где художнику не платят. Культура без собственности, в которой творцам не платят, – это анархия, а не свобода. Я не ратую за анархию.

Напротив, свободная культура, которую я отстаиваю в данной кни-

⁴ William Safire, «The Great Media Gulp», New York Times, 22.05.2003.

ге, — это компромисс между анархией и контролем. Свободная культура, как и свободный рынок, опирается на собственность. Она движима законами собственности и договорных отношений, принятыми государством. Но как феодальная собственность извращает свободный рынок, так и свободную культуру калечат нынешние экстремальные права собственности. Вот что беспокоит меня в современной культуре. Вот против какого экстремизма направлена моя книга.

В С Т У П Л Е Н И Е

Семнадцатого декабря 1903 года на открытом всем ветрам пляже Северной Каролины в течение без малого ста секунд братья Райт продемонстрировали, что самодвижущийся аппарат тяжелее воздуха может летать. Момент этот имел чрезвычайное значение, и его важность осознали очень многие. Он почти сразу вызывал всплеск интереса к открытой технологии пилотируемых полетов, и воздухоплавание обогатилось целой группой энтузиастов.

К моменту изобретения братьями Райт самолета американское право предполагало, что собственник владеет не только поверхностью земли, но и недрами, вплоть до самого ядра планеты, а также всем пространством над землей, до неопределенных пределов⁵. Многие годы ученые ломали голову над тем, как лучше всего интерпретировать идею собственности на землю и распространить ее на небеса. Означало ли это владение звездами? Можно ли подать в суд на гусей за регулярные нахальные перелеты?

Затем появились самолеты, и этот принцип американского права впервые приобрел значимость. Он лежал глубоко в основе нашей традиции и был признан большинством виднейших юристов прошлого. Если моя собственность простирается до небес, что происходит, когда авиаконпания United пролетает над моим полем? Есть ли у меня право запретить им пересекать мою территорию? Могу ли я заключить лицензионное соглашение с Delta Airlines? Возможно ли устроить аукцион для определения стоимости этих прав?

⁵ St. George Tucker, Blackstone's Commentaries 3. South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1969, 18.

В 1945 году эти вопросы стали предметом разбирательства федерального суда. Когда у фермеров из Северной Каролины Томаса Ли и Тайни Косби стали дохнуть куры из-за низко пролетающих военных самолетов (перепуганная птица просто расшибалась насмерть о стены курятника), Косби подали иск, в котором утверждали, что правительство вторгается на их территорию. Самолеты, разумеется, не садились на земле Косби. Но если уж, как утверждали Блэкстоун, Кент и Коук, собственность простирается «вверх до неопределенных пределов», тогда правительство вторгается на землю фермеров, и Косби вправе требовать это безобразие прекратить. Дело Косби согласился рассмотреть Верховный суд. Конгресс объявил воздушные пути общественными, но если собственность простирается до небес, то декларация Конгресса оказывается неконституционным «посягательством» на собственность безо всякой компенсации. Суд признал «древность доктрины общепринятого закона о собственности на землю, простирающейся до окраин вселенной». Но судья Дуглас презрел древнюю доктрину, так что сотни лет закона о собственности были уничтожены одним абзацем. В постановлении он написал:

«В современном мире данной доктрине нет места. Воздушное пространство является общественным достоянием, как постановил Конгресс. Если бы это было не так, то каждый трансконтинентальный перелет навлек бы на авиаперевозчика бесчисленные судебные иски о вторжении в пределы чужой собственности. Это противоречит здравому смыслу. Признание прав частной собственности на воздушное пространство воспрепятствовало бы транспортному сообщению, существенно помешало бы управлению полетами и развитию авиации в интересах всего общества, а также обратило бы в частное достояние то, что по праву может принадлежать лишь всему обществу»⁶.

Это противоречит здравому смыслу.

Вот так обычно действует право. Нечасто столь резко и нетерпеливо, но, в конце концов, так оно и работает. Дугласу было свойственно решать безо всяких колебаний. Другие судьи написали бы несколько страниц рассуждений, чтобы прийти к заключению, выраженному Дугласом одной строкой: «Это противоречит здравому смыслу». Но сколько бы не понадобилось, много страниц или несколько слов, в том и заключается дух правовой системы, подобной нашей, что закон подстраивается под современные технологии. И, подстраиваясь, закон меняется. Установления, некогда неприступные как скала, в иную эпоху рушатся.

⁶ США против Косби, U.S. 328 (1946): 256, 261. Суд, в действительности, постановил, что посягательство на собственность имело бы место, если бы использование земли государством привело бы к реальному обесцениванию владений Косби. Этот пример я почерпнул из замечательного труда Кита Аоки «Интеллектуальная собственность и суверенитет: заметки по культурной географии авторства». См. также Paul Goldstein, Real Property (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1984), 111213.

По крайней мере, все происходит таким образом, если противником перемен не оказывается некто влиятельный. Косби были простыми фермерами. И хотя многие, подобно им, выражали недовольство нарастающим воздушным движением (можно все же надеяться, что не так уж много кур расшиблось о стены), всем косби мира едва ли удалось бы объединиться и остановить прогресс, запретить технологию, созданную братьями Райт. Братья Райт вбросили самолет в пул технических идей, а потом их технология распространилась как вирус в курятнике. Фермеры вроде Косби оказались поставлены в условия, когда самолет Райтов изменил «здоровый смысл». Они могли сколько угодно негодовать на своих фермах, потрясая зажатými в кулаках дохлыми цыплятами вслед этим новомодным изобретениям. Они могли обратиться за помощью к своим конгрессменам и даже подать в суд, но в итоге сила того, что кажется очевидным всем прочим, — мощь «здорового смысла», — оказалась неодолимой. Их «частному интересу» никогда не позволят возобладать над явной общественной пользой.

Эдвин Говард Армстронг — один из незаслуженно забытых гениальных изобретателей Америки. Он объявился на американской новаторской сцене сразу после титанов — Томаса Эдисона и Александра Грэма Белла. Но его вклад в развитие технологии был, пожалуй, наиболее важным в первые пятьдесят лет радио. Он получил образование получше, чем Майкл Фарадей, который открыл в 1831 году электрическую индукцию будучи помощником переплетчика книг. Однако Армстронг обладал такой же тонкой интуицией в том, что касалось принципов работы радио, и, по меньшей мере, трижды ему удавалось изобрести чрезвычайно важные технологии, существенно продвинувшие вперед наше понимание радио. На следующий день после Рождества 1933 года Армстронгу были выданы четыре патента на его наиболее значительное изобретение — радио частотной модуляции (FM). До той поры общедоступное радио было амплитудной модуляции (AM). Теоретики того времени утверждали, что радио частотной модуляции никогда не заработает. Они были правы в отношении узкой полосы спектра. Армстронг же обнаружил, что в широкой полосе спектра радио частотной модуляции может передавать сигнал изумительной чистоты при намного меньшей мощности передающего сигнала и атмосферных помехах.

5 ноября 1935 года он продемонстрировал технологию на собрании Института радиоинженерии в небоскребе «Эмпайр Стейт» в Нью-Йорке. Он прокрутил настройку радиоприемника по всему набору станций амплитудной модуляции, пока не зафиксировал ее на трансляции, которая была организована им с передатчика, расположенного на расстоянии в семнадцать миль. Радио вдруг совсем смолкло, будто сломалось, а затем с необычайной четкостью, какой из приемника не слышал никто из присутствовавших, заговорило голосом диктора: «Это любительская станция W2AG в Йонкерсе, штат Нью-Йорк, работающая на частотной модуляции и волне в два с половиной метра».

Аудитория познакомилась с тем, что все считали невозможным.

«Перед микрофоном в Йонкерсе налили стакан воды, и это прозвучало так, как звучит наливаемая вода... Лист бумаги смяли и разорвали, и все слышали звук от бумаги, а не треск лесного пожара... Проиграли с пластинок марши Союзы, исполнили сольные номера на фортепиано и гитаре... Музыка звучала необычайно естественно, едва ли прежде кто-то слышал ее по радио так хорошо»⁷.

Как подсказывает нам здравый смысл, Армстронг изобрел превосходное радио. Но в тот период Армстронг работал на компанию RCA, которая доминировала на рынке AM-трансляций. К 1935 году по всем Соединенным Штатам работало с тысячу радиостанций, но все передатчики в крупных городах принадлежали горстке транслирующих сетей.

Президент RCA Дэвид Сарнофф, приятель Армстронга, с нетерпением ждал, когда ученый изобретет средство от помех на радио амплитудной модуляции. Поэтому Сарнофф обрадовался, когда Армстронг объявил ему, что сделал устройство, передающее без помех. Но как только Армстронг продемонстрировал свое изобретение, радость Сарноффа улетучилась.

«Я полагал, что Армстронг создаст какой-нибудь фильтр, чтобы отсеивать помехи на нашем AM-радио. Я не ожидал, что он начнет революцию — породит целую чертову индустрию, которая станет соперничать с RCA»⁸.

Изобретение Армстронга угрожало AM-империи RCA, поэтому компания начала всеми средствами душить радио частотной модуляции. FM могла бы стать превосходной технологией, но Сарнофф был великолепным тактиком. Вот как это описывает один автор:

«Силы в поддержку FM — главным образом, инженерные — не могли противостоять стратегической мощи маркетологов, патентных бюро и юридических контор, бросивших все силы на отражение этой угрозы корпоративному благополучию. FM-радио, если бы ему позволили развиваться беспрепятственно, привело бы <...> к полному перераспределению сил в радиоиндустрии <...> и, в конце концов, привело бы к краху тщательно охраняемой и загнанной в рамки ограничений системе AM-радио, на которой RCA построила свое могущество»⁹.

RCA поначалу не стала делиться технологией, настаивая на необходимости проведения дальнейших испытаний. Когда после двух лет испытаний у Армстронга кончилось терпение, RCA стала использовать свое влияние на правительство, с тем чтобы воспрепятствовать повсеместному распространению радио частотной модуляции. В 1936 году RCA наняла бывшего руководителя Федеральной комиссии США по связи (FCC) и поручила

⁷ Lawrence Lessing, *Man of High Fidelity: Edwin Howard Armstrong* (Philadelphia: J. B. Lipincott Company, 1956), 209.

⁸ См. «Saints: The Heroes and Geniuses of the Electronic Era», First Electronic Church of America на www.webstationone.com/fecha.

⁹ Lessing, 226.

ему убедить FCC в том, чтобы та выделила спектр частот таким образом, чтобы кастрировать FM-радио, практически сдвинув его в другую полосу частот. Сперва эти усилия ни к чему не привели. Но пока Армстронг и вся нация были отвлечены Второй Мировой войной, RCA стала понемногу добиваться своего. Вскоре после окончания войны FCC приняла ряд нормативов, направленных на достижение одного очевидного результата — выхолостить FM-радио. Лоуренс Лессинг описывает это так:

«Несколько сокрушительных ударов, нанесенных FM-радио после войны рядом постановлений, протащенных через FCC в интересах радиомангатов, были невероятными по силе и коварству»¹⁰.

Чтобы освободить место в частотном спектре для последней авантюры RCA — телевидения, пользователей FM-радио сдвинули в совершенно новую полосу спектра. Мощность радиостанций FM также была урезана, и это означало, что они больше не могли транслировать программы из одной части страны в другую. (Это решение яростно лоббировала компания AT&T, потому что без ретрансляционных вышек радиостанциям пришлось покупать проводную связь у AT&T). Таким образом, распространение FM-радио было подавлено — по крайней мере, на время. Армстронг, как мог, боролся с RCA. В отместку RCA обжаловала патенты Армстронга. После внедрения технологии частотной модуляции в новообразованный стандарт телевидения RCA объявила патенты Армстронга недействительными, без всякого основания и почти через пятнадцать лет после их утверждения. В результате автор лишился отчислений. На протяжении шести лет Армстронг вел дорогостоящую юридическую войну за свои патенты. Наконец, как только срок действия патентов истек, RCA предложила мировую, выплаты по которой не покрывали даже издержек Армстронга на адвокатов. Поверженный, сломленный, а теперь и разоренный изобретатель в 1954 году написал жене короткую записку и покончил с собой, выпрыгнув из окна тринадцатого этажа.

Так иногда работает закон. Нечасто это порождает такие трагедии, редко — такой героизм и драматизм, но, бывает, закон действует и так. Правительство и правительственные агентства изначально подвержены влиянию. Самый щекотливый момент — это когда правовая или технологическая перемена угрожает чьим-то серьезным интересам. Этот мощный интерес слишком часто оказывает давление на власть, требуя защиты. Естественно, апеллируют при этом к интересам общества, однако в действительности все это блеф. Понятия, некогда незыблемые как скала, в другую эпоху рассыплются в прах при естественном ходе событий. Однако на помощь им приходит наш коррумпированный политический строй. У RCA было то, чего не имели Косби — влияние, способность препятствовать технологическим переменам.

У интернета не существует какого-то одного изобретателя, как нет и оп-

¹⁰ Lessing, 256.

ределенной даты его рождения. Однако за короткий срок он стал неотъемлемой частью жизни обычного американца. Согласно исследователям из Pew Internet and American Life Project, в 2002 году доступ в интернет имели 58% американцев. Это на 49% больше, чем за два года до этого¹¹. А к концу 2004 года это число может запросто превысить две трети населения США¹².

Внедрившись в повседневную жизнь, интернет все перевернул. Некоторые перемены — технического характера: интернет сделал коммуникации скоростными, удешевил сбор информации и т. д. Технические вопросы в этой книге не рассматриваются. Они важны, они недопоняты, но все они отходят на второй план, едва отключишься от интернета. Они не касаются людей, не пользующихся интернетом, или, по крайней мере, прямо на них не влияют. Эти вопросы — подходящий предмет для книги об интернете. Но эта книга не о нем. Напротив, эта книга — о влиянии интернета за пределами самого интернета, о его воздействии на процесс формирования культуры. Я настаиваю на том, что интернет произвел коренной и неосознанный сдвиг в этом процессе. Он радикально меняет традицию, являющуюся ровесницей самой Республики. Многие, осознав этот сдвиг, отвергли его. Однако большинство даже не замечает его.

Смысл данной перемены можно уловить в разнице между коммерческой и некоммерческой культурой, очертив правовые нормы, применяемые для каждой из них. Под «коммерческой» культурой я понимаю ту часть нашей культуры, которая производится и продается или производится на продажу. Под «некоммерческой» культурой я подразумеваю все остальное. Когда старики сидели на парковых лавочках или на углах городских улиц, рассказывая истории детям и взрослым, это была некоммерческая культура. Когда Ной Вебстер публиковал своего «Читателя», а Джоэл Барлоу — свои стихи, это была коммерческая культура.

С самого начала некоммерческая культура в американской традиции оставалась, по сути, нерегулируемой. Разумеется, если ваши истории были непристойными, или ваша песня нарушала покой окружающих, закон мог вмешаться. Но закон никогда напрямую не затрагивал аспектов создания или распространения этого типа культуры. Эта ее часть оставалась «свободной». Обычные средства, которыми пользовались люди, чтобы трансформировать свою культуру и обмениваться ею между собой — пересказ историй, постановки сценок из пьес и телешоу, участие в фан-клубах, обмен музыкой, запись лент — оставались вне сферы правового регулирования.

Закон концентрировал свое внимание на коммерческом творчестве. Сначала понемногу, а потом все более активно закон вставал на защиту твор-

¹¹ Amanda Lenhart, «The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide», Pew Internet and American Life Project, 15.04.2003.

¹² Прогноз вряд ли оправдался. По данным 2004 года, интернетом пользовались примерно 125 миллионов из почти 300-миллионного американского населения. (Прим. ред.).

ческого стимула. Авторы наделили исключительными правами на собственное творчество, с тем чтобы они могли продавать эти эксклюзивные права на коммерческом рынке¹³. Это, конечно, тоже неотъемлемая составляющая творческой деятельности и культуры. И в Америке важность ее возросла необычайно. Однако доминирующей в нашей традиции она не сделалась. Ни в коем случае. Напротив, она оставалась просто подчиненной частью сбалансированной свободной культуры.

Прежняя четкая грань между свободным и подконтрольным теперь размыта¹⁴. Интернет создал условия для уничтожения этого разделения, и тогда вмешался инспирированный медиакорпорациями закон. Впервые за время существования нашей традиции обычные средства создания культуры и обмена ею попали в область правового регулирования. Закон расширил сферу влияния, охватив обширную область культуры и творчества, которая прежде была для него недостижима. Разрушилась технология, оберегавшая историческое равновесие между свободным и регулируемым доступом к культуре. И, как следствие, мы получаем все менее свободную и все более регулируемую культуру.

Это оправдывают необходимостью защитить коммерческое творчество. Конечно же, мотивация тут в точности протекционистская. Но протекционизм этот, который я и рассматриваю в своей книге, уже не прежний — ограниченный и сбалансированный. Он призван оберегать не художников. Напротив, он защищает определенные виды бизнеса. Корпорации, напуганные способностью интернета изменить средства создания и распространения как коммерческой, так и некоммерческой культуры, объединились, чтобы законодатели использовали закон для защиты медиагигантов. Это история об RCA и Армстронге. Это мечта Косби.

Ибо интернет многим предоставил небывалые, необозримые возможности для участия в процессе построения и развития культуры. Эта мощь перевернула рынок производства и обработки культуры в целом, и этот переворот, в свою очередь, угрожает устоявшейся индустрии контента. Таким образом, интернет для медиакомпаний двадцатого века представляет собой то же самое, чем частотная модуляция была для АМ-радио, или чем стал грузовик для железных дорог девятнадцатого века — началом конца или, по меньшей мере, существенной трансформации. Цифровые технологии с привязкой к интернету способны сформировать куда более конкурентный и живой рынок создания и переработки культуры. Такой рынок может вместить намного более широкий и разнообразный спектр авторов, способных произво-

¹³ Это не единственная цель авторского права, хотя и безоговорочно первостепенная цель копирайта, определенного федеральной конституцией. Законодательства штатов об авторском праве исторически защищали не просто коммерческий интерес в публикации, но и частный. Наделяя авторов эксклюзивным правом первой публикации, закон штата о копирайте передавал авторам контроль над распространением информации о них. См. Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review* 4 (1890): 193, 198200.

¹⁴ См. Jessica Litman, *Digital Copyright* (New York: Prometheus Books, 2001), ch. 13.

дять и распространять куда больший ассортимент продуктов творчества. А в силу некоторых важных факторов, эти авторы могут зарабатывать, в среднем, больше на своем творчестве, чем сегодня. До тех пор, пока RCA наших дней не применит закон для самозащиты от подобной конкуренции.

Однако же, как я покажу в последующих главах, именно это и происходит сейчас с нашей культурой. Эти наследники радиокompаний начала XX века или железных дорог XIX-го всей силой своего влияния заставляют закон защищать их от новой, более эффективной, более прогрессивной технологии строительства культуры. И им удастся переделать интернет, пока интернет не переделал их самих.

Не думаю, что преувеличиваю. Сражения за копирайт и интернет многим кажутся весьма далекими. Для тех немногих, кто следит за этими баталиями, они сводятся к узкому кругу простых вопросов: легализовать ли «пиратство» или следует отстаивать «собственность»? «Война», которая ведется с интернет-технологиями (то, что президент Американской кинематографической ассоциации Джек Валенти называет своей «собственной войной с терроризмом»)¹⁵, выглядит как битва за применение закона и уважение к собственности. И многие полагают, что достаточно определиться, выступаешь ли ты за собственность или против оной, чтобы решить, чью сторону принять в этом противоборстве. Если бы все было так просто, я поддержал бы Джека Валенти и индустрию контента. Я тоже поборник собственности, особенно той важной ее разновидности, которую мистер Валенти любовно называет «интеллектуальной». Я убежден, что «пиратство» — зло, а правильно построенный закон должен его наказывать где бы то ни было — в онлайн или нет.

Но за этими простыми рассуждениями прячется куда более фундаментальный вопрос и гораздо более драматичные сдвиги. Боюсь, если мы как следует не разглядим их, война за избавление интернета от «пиратов» приведет к утрате тех ценностей, на которых испокон веков зиждилась наша культура. Эти ценности, построенные на стовосьмидесятилетней традиции нашего республиканского строя, гарантировали авторам право свободно творить, отталкиваясь от достояния прошлого, и защищали создателей от произвола властей. И, как настаивает профессор Нил Нетанел¹⁶, хорошо сбалансированный закон о копирайте оберегал авторов от частного контроля. Посему наша традиция не была ни советской, ни меценатской. Напротив, она застолбила обширное пространство, где авторы могли развивать и расширять нашу культуру.

И, тем не менее, право отреагировало на интернет и связанные с ним технологические перемены ужесточением правил регулирования творческой деятельности в Америке. Чтобы развить или критиковать окружающую нас культуру, мы должны, подобно Оливеру Твисту, сначала испрашивать позволения. Разрешение, конечно, обычно дают. Но редко критикам или независи-

¹⁵ Amy Harmon, «Black Hawk Download: Moving Beyond Music, Pirates Use New Tools to Turn the Net into an Illicit Video Club», *New York Times*, 17.01.2002.

¹⁶ Neil W. Netanel, «Copyright and a Democratic Civil Society», *Yale Law Journal*, 106 (1996): 283.

мым авторам. Мы создали своего рода культурную знать. Эти аристократы живут припеваючи, прочие же влачат жалкое существование. Но именно знать любого сорта чужда нашей традиции.

История, которую я собираюсь поведать, — о войне. Речь пойдет не о «технологии во главе всего сущего». Я не верю в богов — цифровых или каких-либо иных. Я не намерен и демонизировать какого-то человека или группу людей, потому что в равной степени не верю в дьявола — корпоративного или любого другого. Это не морализаторство. Это не призыв к джихаду против индустрии. Наоборот, это попытка осознать безнадежно разрушительную войну, спровоцированную интернет-технологиями, но зашедшую куда дальше программных кодов. Осознав это противостояние, можно попытаться найти пути к примирению. Разумных причин продолжать баталии вокруг интернет-технологий не существует. Иначе нашей традиции и культуре будет нанесен огромный ущерб, если культура вообще переживет эту конфронтацию. Мы должны докопаться до причин этой войны. Нужно срочно разрешить этот конфликт. Подобно тяжбе Косби, эта война, отчасти, за «собственность». Собственность в этой войне не столь осязаема, как у Косби, и ни один невинный цыпленок еще не пострадал. Однако отношение к этой «собственности» для многих столь же очевидно, как и притязания фермеров на святость их курятника. Мы с вами — те же Косби. Многие воспринимают как должное те запредельные требования, что предъявляют теперь владельцы «интеллектуальной собственности». Большинство из нас, подобно Косби, считают эти притязания очевидными. И, вслед за теми фермерами, мы протестуем против вмешательства новых технологий в нашу собственность. Для нас, как и для них, ясно как божий день, что новые интернет-технологии «посягают» на охраняемую законом неприкосновенность нашей «собственности». И для нас, как и для них, очевидно, что закон должен вмешаться, чтобы пресечь посягательства. Ясно, что когда умники и технократы защищают свои армстронговские и райтовские технологии, большинство не очень-то им сочувствует. Здравый смысл не восстает. В отличие от истории с бедными Косби, здравый смысл в этой войне принимает сторону собственников. В отличие от счастливых братьев Райт, интернет не спровоцировал своей революции.

Я задался целью подтолкнуть здравомыслие в нужном направлении. Все больше и больше я изумлялся влиянию этой идеи — интеллектуальной собственности — и, что самое главное, ее способности отключать критическое мышление у тех, кто делает политику, и у простых граждан. Никогда прежде в нашей истории не случалось, чтобы такая большая часть нашей «культуры» оказывалась в чьей-то «собственности». И, одновременно, никогда прежде концентрация власти над использованием культуры не достигала столь безусловной поддержки общества, как сейчас.

Вопрос — почему? Потому ли, что мы постигли истинный приоритет ценности и важности абсолютной собственности на идеи и культуру? Или потому, что мы обнаружили, что наш традиционный подход, отвергавший столь безоговорочные притязания, был неверен?

А может, потому что максима абсолютной собственности на идеи и культуру выгодна всяким RCA нашего времени и отвечает нашим неосмысленным представлениям?

Является ли перелом в нашей традиции свободной культуры новым примером исправления ошибок прошлого, как это случилось после кровавой войны против рабства или происходит при нынешнем медленном искоренении неравенства? Или такой крутой поворот — очередной случай узурпации политической системы горсткой магнатов?

Неужели здравый смысл доходит в этом вопросе до таких крайностей, потому что и вправду на них опирается? Или здравый смысл спокойно взирает со стороны, как в случае Армстронга и RCA, чтобы возобладала точка зрения более могущественной стороны?

Я не говорю загадками. Мои собственные взгляды определились. Я уверен, что здравый смысл должен был возобладать над экстремизмом Косби. Я точно знаю, что здравый смысл окажется прав, если восстанет против неоправданных требований, которые предъявляют ныне поборники «интеллектуальной собственности». То, что сейчас узаконено, выглядит еще глупее, чем если бы шериф арестовывал самолет за полет над чужой собственностью. Но последствия этой глупости могут оказаться гораздо серьезнее.

Сейчас борьба разворачивается вокруг двух основных понятий — «пиратства» и «собственности». В следующих двух частях моей книги я намерен исследовать эти два понятия.

Я не прибегну к обычному академическому методу. Не хотелось бы погружать читателя в сложную дискуссию, приправленную ссылками на полузабытых французских теоретиков, как бы естественно это ни было для нас, нынешних чудаковатых ученых. Вместо этого я начну каждую часть с подборки историй, составляющих контекст, который позволит вполне осознать эти самые простые концепции.

Основу данной книги составляют два раздела. В то время как интернет действительно создал нечто фантастическое и новое, наше правительство с подачи медиамагнатов реагирует на это «новое», разрушая нечто очень старое. Мы могли бы попытаться осознать перемены, к которым ведет появление интернета, могли бы подождать, пока «здравый смысл» вырабатывает наилучший ответ новому. Вместо этого мы позволяем людям, напуганным прогрессом как никто другой, использовать все свое влияние для того, чтобы перекроить законы и, что самое главное, изменить фундаментальные основы нашего общества.

Уверен, мы допускаем такое не потому, что это правильно, не потому, что большинство действительно верит, будто эти перемены к лучшему. Мы потворствуем этому потому, что интересы могущественнейших игроков в прискорбно скомпрометированном процессе нашего законотворчества оказались ущемлены. Эта книга повествует еще об одном последствии данного типа коррупции, последствии, о котором многие не задумываются.

ПИРАТСТВО

Война с «пиратством» ведется с самого момента возникновения закона, регулирующего авторскую собственность. Четкие контуры концепции «пиратства» очертить довольно сложно, однако легко распознать его явную несправедливость. Вот что писал лорд Мэнсфилд в деле, распространившем действие английского закона о копирайте на нотные записи:

«Некто может использовать копию для того, чтобы играть, но он не имеет права воровать у автора прибыль, размножая копии и сбывая их ради собственной выгоды»¹⁷.

Сегодня мы живем в самом разгаре очередной «войны» с «пиратством». Эту войну спровоцировал интернет, который сделал возможным эффективное распространение контента. Пиринговый (p2p) файлообмен — одна из самых действенных интернет-технологий. Используя распределенные сети, системы p2p способствуют легкому распространению контента, немыслимому всего лишь поколение назад.

Подобная эффективность плохо сочетается с традиционным уважением к копирайту. В Сети нельзя разделить обмен защищенными и незащищенными авторским правом материалами. Таким образом, обмен охраняемым контентом чрезвычайно развился, что, в свою очередь, разожгло войну. Правообладатели боятся, что файлообмен «лишит автора прибыли».

Воители копирайта обратились в суды, законодательные органы все больше задействуют технологии для защиты своей «собственности» от «пиратства». Целое поколение американцев, предостерегают воители, растет с убеждением, что «собственность» должна быть «бесплатной». Забудьте о татуировках, шут с ним, с пирсингом: наши дети растут ворами! Пагубность «пиратства» сомнений не вызывает, и пиратов следует наказывать. Но прежде чем звать палачей, давайте поставим понятие «пиратс-

¹⁷ Bach v. Longman, 98 Eng. Rep. 1274 (1777) (Mansfield).

тва» в некий контекст. Ибо употребление термина участилось, а в основе его заложена выдающаяся мысль, которая почти полностью ошибочна. Вот суть.

Творчество имеет свою цену. При любом использовании, заимствовании, создании на основе чьего-либо творения я беру из него нечто ценное. Когда берешь у кого-нибудь нечто ценное, следует спрашивать разрешения. Без разрешения брать у кого-либо что-то ценное нехорошо. Это форма пиратства.

Подобный взгляд на вещи перекликается с текущей полемикой. Это то, что профессор права Нью-Йоркского университета Рошель Дрейфус осуждает как теорию креативной собственности, вроде «если есть ценность, то есть и право на нее»¹⁸. Если есть ценность, то некто должен иметь право на эту ценность. Это тот самый взгляд, который привел организацию ASCAP, охраняющую права композиторов, в суд с иском против девичьей скаутской организации, члены которой не догадались заплатить за песни, которые девочки исполняют в походе у костра¹⁹. «Ценность» у песен была, значит, и права на пение надо иметь, даже девочкам-скаутам. Конечно, данная идея несет возможную интерпретацию концепции творческой собственности. Но теория «если есть ценность, то есть право» никогда не была американской теорией креативной собственности. В нашем праве и духу ее не было.

Напротив, в нашей традиции интеллектуальная собственность — это инструмент. Она лежит в основе деятельного авторского сообщества, но остается подчиненной ценности творчества. Текущая полемика повернула все с ног на голову. Мы так озаботились защитой инструмента, что потеряли из виду саму ценность.

Источник этого недоразумения кроется в том разграничении, которое закон более не утруждается проводить, — между переизданием чьего-либо труда, с одной стороны, и взятием за основу и преобразованием его — с другой. Закон об авторском праве с момента своего рождения применялся только к публикации, сегодня же он регулирует и то, и другое.

До интернета подобное слияние не имело никакого смысла. Издательские технологии были дорогостоящими, что выражалось в коммерческом характере подавляющего большинства публикаций. Коммерческие структуры способны были выдержать ношу закона и даже то бремя византийской замысловатости, каким сделался закон о копирайте. Просто это была еще одна статья расходов в бизнесе.

С рождением интернета естественные пределы действия права исчезли. Закон контролирует не только деятельность коммерческих авторов, но,

¹⁸ См. Rochelle Dreyfuss, «Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation», Notre Dame Law Review 65 (1990): 397.

¹⁹ Lisa Bannon, «The Birds May Sing, but Campers Can't Unless They Pay Up», Wall Street Journal, 21.08.1996; Jonathan Zittrain, «Calling Off the Copyright War: In Battle of Property vs. Free Speech, No One Wins», Boston Globe, 24.10.2002.

по сути, творчество каждого. Такое расширение сферы действия было бы важно, если бы закон о копирайте распространялся только на «копирование». Однако когда право трактуется столь широко и расплывчато, расширение значит очень много. Бремя этого закона теперь значительно перевешивает любую предполагаемую выгоду. Происходит это, разумеется, потому, что он распространяется на некоммерческую творческую деятельность — причем, чем дальше, тем больше. Так же, как и на коммерческое творчество. Как станет очевидно из последующих глав, право все меньше поддерживает творчество и все больше занимается защитой определенной индустрии от конкуренции. Как раз в тот момент, когда цифровая технология могла бы вызвать небывалый всплеск разнообразного коммерческого и некоммерческого творчества, закон отягощает авторскую деятельность вычурными и туманными нормами с угрозой применения неприлично жестоких наказаний. Возможно, как пишет Ричард Флорида, мы являемся свидетелями «зарождения класса творцов». Увы, мы наблюдаем, к тому же, рост влияния этого класса творцов²⁰. Эти правовые обременения нашей традиции чужды. Начать следует с того, чтобы лучше понять нашу традицию и поместить в соответствующий контекст нынешние баталии вокруг явления, называемого «пиратством».

²⁰ В «Зарождении класса творцов» (New York: Basic Books, 2002) Ричард Флорида описывает смещение сущности труда в креативную область. Его работа, однако, непосредственно не касается правовых условий, которые облегчают или затрудняют творческую деятельность. Я, конечно, согласен с ним насчет важности и значительности этой перемены, но еще мне кажется, что благоприятные условия для этого гораздо менее заметны.

С В О Б О Д Н А Я К У Л Ь Т У Р А

48[©]



ЛОУРЕНС ЛЕССИГ «СВОБОДНАЯ КУЛЬТУРА»





В 1928 году родился один мультипликационный персонаж. Тот Микки Маус дебютировал в мае в немом фильме под названием «Без ума от самолетов». А в ноябре, в Колониальном городском театре Нью-Йорка демонстрировали первый звуковой мультфильм «Пароход Уилли». Там появился персонаж, который стал впоследствии Микки Маусом. Он-то и попал в широкий прокат.

Синхронное озвучивание появилось в кино годом ранее, в фильме «Джазовый певец». Успех картины побудил Уолта Диснея скопировать технологию и смикшировать звук с анимацией. Никто не знал, сработает ли это, а если сработает, то понравится ли зрителям. Но пробные показы летом 1928 года показали недвусмысленные результаты. Дисней так описывает этот первый опыт:

«Пара моих ребят умели играть с листа, а еще один играл на губной гармошке. Мы посадили их в комнату, из которой они могли видеть экран, и сделали так, чтобы звук звучал в зале, в котором наши жены и друзья собирались смотреть картину. Парни использовали партитуру с музыкой и звуковыми эффектами. После нескольких фальстартов звук и действие пошли в одной упряжке. Человек с губной гармошкой играл мелодию, а остальные молотили по оловянным кастрюлям и свистели на дудочках в ритм. Синхронизация была почти точной. Эффект, произведенный на нашу скромную аудиторию, был просто ошеломительный. Она почти инстинктивно откликнулась на объединение звука и картинки. Я-то думал, они надо мной подшутили. Тогда меня посадили в зал и запустили действие снова. Это было чертовски здорово! И это было что-то новое!»²¹.

²¹ Leonard Maltin, *Of Mice and Magic: A History of American Animated Cartoons* (New York: Penguin Books, 1987), 3435.



Тогдашний соратник Диснея и один из величайших талантов анимации, Аб Айверкс описал все это еще ярче: «Никогда в жизни я не испытывал такого потрясения. С тех пор ничто так и не сравнилось с теми переживаниями».

Дисней создал нечто абсолютно новое, опираясь на кое-что относительно новое. Синхронный звук привнес жизнь в тот вид творчества, который нечасто — пожалуй, лишь в руках самого Диснея — превращался в нечто большее, чем простое подспорье для других фильмов. За всю раннюю историю мультипликации именно изобретение Диснея установило тот стандарт, которому все прочие стремились соответствовать. И довольно часто великий гений Диснея, его творческая искра зиждились на трудах других людей.

Многое из этого хорошо известно. Зато, возможно, не столь известно, что 1928 год является вехой еще одной важной перемены. В том году один гениальный комик создал свой последний, независимо спродюсированный немой фильм. Этот комик — Бастер Китон, а фильм назывался «Пароход Билл-младший».

Китон родился в семье эстрадных актеров в 1895 году. В эпоху немого кино он мастерски использовал жанр грубой физической комедии, вызывая у зрителей безудержный смех. «Пароход Билл-младший» был классикой этого жанра, известной среди знатоков кино своими невероятными трюками. Фильм был по-настоящему китоновским — бешено популярным и одним из лучших в ряду подобных картин.

«Пароход Билл-младший» вышел на экраны до диснеевского мультфильма «Пароход Уилли». Совпадение названий неслучайно. «Пароход Уилли» — явная анимационная пародия на картину Китона²¹, при этом оба фильма взяли за основу одну и ту же песню. Мы обогатились «Пароходом Уилли» не только благодаря изобретению синхронного озвучивания в «Джазовом певце». Дело еще и в создании Бастером Китоном «Парохода Билла-младшего», в свою очередь, родившегося из песни «Пароход Билл». Так мы заполучили «Пароход Уилли», а с ним — и Микки Мауса.

В этом заимствовании не было ничего необычного ни для Диснея, ни для индустрии в целом. Дисней всегда попугайничал, пародируя полномет-

²¹ Leonard Maltin, *Of Mice and Magic: A History of American Animated Cartoons* (New York: Penguin Books, 1987), 3435.

²² Я благодарен Дэвиду Герштейну и его замечательной истории (<http://wso.williams.edu/~dgerstei/cartoonmusic>). Если верить Дейву Смуту из Disney Archives, Дисней выплачивал отчисления за использование музыки в пяти песнях в «Пароходе Уилли»: «Steamboat Bill» и «The Simpleton» (Делиллиу), «Mischief Makers» (Карбонаре), «Joyful Hurry No. 1» (Бэрону) и «Gawky Rube» (Лэкью). Шестая песня, «The Turkey in the Straw», уже перешла в разряд общественного достояния. Из письма Дэвида Смита Гарри Сердену, 10.07.2003

²³ Он также был любителем общего достояния. См. Chris Sprigman, «The Mouse that Ate the Public Domain», Findlaw, 05.03.2002.

ражные кинофильмы того времени²³. Так же поступали многие другие. Ранние мультфильмы полны копирок — легких вариаций на выигрышных моментах, переделок очень старых историй. Ключом к успеху служил блеск разнообразия. У Диснея звук заставил мультипликацию засверкать. Позднее, конкурируя с конвейерными мультфильмами, он выезжал на качестве своих работ. Однако все эти дополнения строились на заимствованиях. Дисней преумножал работу предшественников, создавая нечто новое из чего-то почти что древнего.

Порой такое заимствование было несущественным, иногда — значительным. Вспомните сказки братьев Гримм. Если вы так же забывчивы как и я, то, вероятно, подумаете, будто эти прекрасные милые истории стоит читать вслух детям перед сном. В действительности же, сказки Гримм выглядят довольно мрачно. Редкий и, пожалуй, чересчур амбициозный родитель осмелится читать эти кровавые, морализаторские рассказы своему ребенку хоть на ночь, хоть не на ночь.

Дисней взял эти сказки и пересказал их так, что они заиграли новыми красками. Он оживил их персонажами, светом. Не убирая угрожающих и пугающих элементов полностью, мрачное он сделал забавным и включил истинное сопереживание там, где прежде царил страх. И такое Дисней сотворил не только с произведениями братьев Гримм. В действительности, перечень работ Диснея по мотивам чужого творчества ошеломляет: «Белоснежка» (1937), «Фантазия» (1940), «Пинокио» (1940), «Дамбо» (1941), «Бемби» (1942), «Песня юга» (1946), «Золушка» (1950), «Алиса в Стране чудес» (1951), «Робин Гуд» (1952), «Питер Пэн» (1953), «Леди и бродяжка» (1955), «Мулан» (1998), «Спящая красавица» (1959), «101 далматинец» (1961), «Меч в камне» (1963) и «Книга джунглей» (1967), не говоря уже о недавнем примере, который нам, возможно, следует поскорее предать забвению — «Планете сокровищ» (2003). Во всех этих случаях Дисней (или компания «Дисней Инкорпорейтед») черпал вдохновение из окружающей культуры, смешивал ее с собственным неординарным талантом, а потом вплавлял эту смесь в самое сердце культуры. Черпал, смешивал и вплавлял.

Это род творчества. Подобный вид творческой деятельности следует помнить и приветствовать. Некоторые утверждают, будто иного творчества и вовсе не бывает. Не стоит заходить так далеко, чтобы осознать его значимость. Можно было бы назвать его «творчеством Диснея», но такой термин может ввести в заблуждение. Если быть точнее, это «творчество Уолта Диснея» — форма самовыражения и гениальности, питающаяся культурой, нас окружающей, и перерабатывающая ее в нечто отличное.

В 1928 году культура, из которой Дисней свободно заимствовал, была относительно новой. Общественное достояние 1928 года было не слишком устаревшим, а потому весьма животрепещущим. Сам термин копирайта

был в ходу всего каких-то тридцать лет — и то, только в отношении малой толики творений, в самом деле защищенных авторским правом²⁴. Это означает, что в течение, в среднем, тридцати лет авторы или правообладатели имели «эксклюзивные права» контроля над некоторыми способами использования своих трудов. И только ограниченный круг таких способов требовал разрешения правообладателя.

С окончанием срока действия копирайта контент переходил в общественное достояние. После этого никакого разрешения на заимствование не требовалось. Никакого разрешения — значит, никаких юристов. Общественное достояние — это «зона, свободная от юристов». Получается, что большинство контента девятнадцатого века Дисней мог свободно использовать для своей работы и интерпретировать в 1928 году. Каждый мог свободно пользоваться и интерпретировать, вне зависимости от родства, богатства, одобрения и т. п. Вот как всегда обстояли дела — до недавних пор. Большую часть нашей истории общественное достояние располагалось сразу за линией горизонта. Так было до 1978 года. Средний срок действия копирайта никогда не превышал 32 лет, и это означало, что большая часть культуры сроком давности порядка полутора поколений находилась в свободном доступе для каждого желающего создать на ее основе что-то свое, безо всяких разрешений. Применительно ко дню сегодняшнему, это должны были быть творения шестидесятых и семидесятых годов, на основе которых очередной Уолт Дисней мог бы создавать свои шедевры, не испрашивая у авторов позволения. Однако ныне понятие общественного достояния применимо лишь к контенту, созданному еще до Великой депрессии. Разумеется, Уолт Дисней не имел монополии на «творчество Уолта Диснея». Не было такой монополии и у Америки. Норма свободной культуры до самого недавнего времени, за исключением стран с тоталитарными режимами, широко использовалась и была достаточно универсальной. Возьмем, к примеру, вид творчества, кажущийся странным многим американцам, но являющийся неременной частью японской культуры, — манга, своего рода комиксы. Японцы без ума от комиксов. Целых сорок процентов изданий представляют собой комиксы, и тридцать процентов доходов издательств поступает от комиксов. В японском обществе они повсюду, на каждой журнальной стойке, в руках большинства пассажиров незаурядной японской системы общественного транспорта. Американцам свойственно снисходительно взирать на такой вид культуры, и

²⁴ До 1976 года закон о копирайте давал автору возможность пользоваться эксклюзивным правом два срока — первоначального и обновленного копирайта. Я высчитал средний срок действия авторского права, определив среднее число регистраций патентов для любого одного года и пропорцию обновленных патентов. Получилось, что если в год регистрировали 100 копирайтов, и только 15 возобновлялись, а срок возобновления составлял 28 лет, тогда средний срок действия авторских прав насчитывал 32,2 года. Данные по обновлениям патентов и прочую статистику см. <http://free-culture.cc/notes/6.pdf>.

это нас не красит. Нам, вероятно, многое невдомек в манга, потому что немногие из нас когда-либо читали хоть что-то подобное тому, о чем повествуют эти «графические повести». Для японцев же манга вмещает в себя все аспекты общественной жизни. Для нас комиксы — это «мужчины в трико». И, все-таки, не похоже, чтобы вагоны нью-йоркской подземки кишели людьми, уткнувшимися в Джойса или даже Хемингуэя. Люди разных культур развлекаются по-разному, а японцы — таким вот интересным и необычным способом. Нет, я не собираюсь пропагандировать манга. Я лишь опишу ее вариацию, которая юристу покажется довольно странной, зато с точки зрения Диснея — весьма знакомой.

Это явление называют додзинси. Додзинси — тоже комиксы, но это своеобразные подражательные комиксы. Созданием додзинси управляет богатая этника. Это не додзинси, если это просто копия, — художник обязан внести собственный вклад в искусство, которое копирует, посредством легкой или значительной трансформации. Комикс додзинси, таким образом, может взять за основу любой обычный комикс и развить его иначе — по другой сюжетной линии. Или комикс может сохранить аутентичность вплоть до последнего персонажа, зато слегка поменять вид. Не существует формулы превращения додзинси в нечто существенно «отличающееся». Но они должны отличаться, чтобы считаться настоящими додзинси. На самом деле, есть даже комитеты, рассматривающие додзинси на предмет соответствия и отвергающие любой комикс, который просто копирует что-то другое.

Эти подражательные комиксы занимают отнюдь не маленькую часть рынка. Их очень много. Более 33 тысяч авторских «кружков» по всей Японии заняты производством этих примеров творчества Уолта Диснея. Свыше 450 тысяч японцев собираются дважды в год на крупнейший общественный форум страны для обмена и продажи додзинси. Этот рынок существует параллельно с основным коммерческим рынком манга. В некотором роде, додзинси очевидно конкурирует с ним, но те, кто контролирует коммерческий рынок манга, явных усилий закрыть его не предпринимают. Додзинси процветает, несмотря на конкуренцию и законы. Самая удивительная черта рынка додзинси — по крайней мере, для тех, кто натаскан в праве, — заключается в том, что ему вообще позволено существовать. По японскому законодательству об авторском праве рынок додзинси нелегален. Додзинси — очевидно «производная деятельность». Нет у художников додзинси и привычки добиваться разрешения у создателей манга. Напротив, на деле просто берут и переделывают чужие работы, как Уолт Дисней поступил с «Пароходом Биллом-младшим». Как по японским, так и по американским законам такое «завладение» без согласия обладателя прав на оригинальное произведение — нелегально. Создание копии или производной работы без разрешения автора оригинала является нарушением копирайта.

Тем не менее, этот нелегальный рынок существует и даже процветает в Японии. По мнению многих, именно из-за этого преуспевает и рынок

японской манга. Американский художник комиксов Джад Уиник сказал насчет этого следующее: «Первые годы комиксов в Америке очень были похожи на то, что происходит сейчас в Японии... Американские комиксы родились из подражания друг другу... Именно так (художники) учатся рисовать, открывают комикс и не обводят его, а, глядя в него, пытаются скопировать и отталкиваются от этого»²⁵.

Теперь американские комиксы стали совсем другими, объясняет Уиник, отчасти потому, что трудно легально адаптировать их так, как это позволено додзинси. Говоря о Супермене, Уиник объяснил: «Есть определенные правила, и их надо придерживаться». Некоторых вещей Супермен «не может» делать. «Для творческого человека это настоящее наказание, когда приходится соблюдать какие-то параметры, которым исполнилось уже пятьдесят лет».

В Японии норма смягчает это правовое осложнение. Некоторые утверждают, что все дело именно в дополнительных прибылях японского рынка манга, потому это смягчение и существует. Профессор права Университета Темпл Салил Мера, например, выдвигает гипотезу о том, что рынок манга терпит эти технические посягательства, потому что они подстегивают его, повышают его процветание и производительность. Если бы додзинси запретили, всем бы стало только хуже, поэтому закон не трогает додзинси²⁶.

Проблема с этим явлением, однако, как прямо признает Мера, заключается в том, что механизм, порождающий этот процесс невмешательства, неясен. Возможно, рынку в целом лучше с разрешенными додзинси, нежели с запрещенными, но это, все-таки, не проясняет, почему отдельные правообладатели не судятся. Если законом не предусмотрено общего исключения для додзинси, а на практике случались индивидуальные иски художников манга к создателям додзинси, почему такая линия поведения не стала общим правилом блокирования этого «вольного заимствования» культурой додзинси?

Я провел в Японии четыре замечательных месяца и задавал этот вопрос так часто, как только мог. Возможно, лучшим объяснением из всех, в конце концов, оказалась реплика одного приятеля из крупной японской юридической фирмы. «У нас недостаточно адвокатов, — сказал он мне однажды. — Просто не хватит ресурсов для ведения всех таких дел».

К этой теме мы еще вернемся. Действительно, правоприменение — это функция как записанных в книгах слов, так и стоимости приведения этих слов в действие. В данный момент напрашивается очевидный вопрос. А

²⁵ Scott McCloud, *Reinventing Comics* (New York: Perennial, 2000).

²⁶ Salil K. Mehra, «Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Comics My Kid Watches Are Japanese Imports?», *Rutgers Law Review* 55 (2002): 155, 182.

«Возможно, налицо здесь коллективная экономическая рациональность, которая вынуждает художников манга и аниме воздерживаться от судебного преследования. По одной из гипотез, художникам манга всем вместе от этого лучше, поэтому они презрели индивидуальные эгоистические интересы и решили не давить на свои законные права. В сущности, это решение дилеммы преступника».

было бы Японии лучше, будь у них больше юристов? Стала бы манга богаче, если бы художников додзинси регулярно судили? Обрела бы Япония нечто важное, если бы удалось положить конец этой практике некомпенсированного обмена? Наносит ли пиратство в этом случае ущерб своим жертвам или помогает им? Помогут ли адвокаты, борющиеся с пиратством, своим клиентам или навредят им? Давайте задумаемся.

Если вы похожи на меня, каким я был десять лет назад, или на большинство из тех, кто впервые задумывается над подобными вопросами, вы, должно быть, озадачены вещами, о которых прежде толком не размышляли. Мы живем в мире, воспевающим «собственность», и я сам из числа тех, кто ее прославляет. Я верю в ценность собственности вообще, и я также верю в ценность той странной формы собственности, которую юристы величают «интеллектуальной»²⁷. Большое многоликое общество не может выжить без собственности, а крупное, разнообразное и современное общество не способно процветать без интеллектуальной собственности.

Однако секундного размышления достаточно, чтобы осознать, что еще массу кое-чего ценного к «собственности» никак нельзя отнести. Я не имею в виду, что «деньгами любовь не купишь». Скорее, речь о ценности, которая явно участвует в процессе создания как коммерческого, так и некоммерческого продукта. Если бы аниматоры Диснея стащили коробку карандашей, для того чтобы нарисовать «Пароход Уилли», мы бы без колебаний осудили их за это дурное деяние, хотя бы и пустяшное и даже незамеченное. Тем не менее, ничего преступного, по крайней мере, по законам того времени, не было в заимствованиях Диснеем у Бастера Китона и братьев Гримм. Не было ничего дурного в заимствовании у Китона, потому что диснеевское использование считалось «добросовестным». Не было ничего плохого и в заимствовании у Гриммов, так как их труды относились к общественному достоянию.

Таким образом, даже если то, что позаимствовал Дисней (если более общо — то, что позаимствовал любой, практикующий творческий подход Уолта Диснея), представляет ценность, наша традиция не трактует такое деяние как преступное. Кое-что остается в свободном пользовании в рамках свободной культуры, и эта свобода — благо.

То же и с культурой додзинси. Если бы художник додзинси ворвался в офис издателя и сбежал оттуда, прихватив тысячу копий последнего комикса (даже если бы только одну копию), не заплатив, мы бы не сомневались, что художник совершил дурной поступок. Вдобавок к нарушению владения, он бы еще и украл нечто ценное. Закон карает за подоб-

²⁷ Термин «интеллектуальная собственность» имеет относительно недавнее происхождение. См. Siva Vaidyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 11 (New York: New York University Press, 2001). См. также Lawrence Lessig, *The Future of Ideas* (New York: Random House, 2001), 293 п. 26. Понятие точно очерчивает ряд прав «собственности» — копирайт, патенты, торговую марку и коммерческую тайну, но природа этих прав совсем иная.

ное воровство в любой форме, вне зависимости от размеров кражи. Тем не менее, мы сталкиваемся с очевидным нежеланием даже японских адвокатов считать художников, копирующих комиксы, «ворами». Такая форма творчества Уолта Диснея признается добросовестной и правильной, даже если юристы затрудняются объяснить, почему именно. Тысячи подобных примеров можно найти повсеместно, стоит только обратиться на это внимание. Ученые основывают свои труды на работах других ученых, не спрашивая и не платя за подобное право («извините, профессор Эйнштейн, можно я использую вашу теорию относительности, чтобы показать, что вы ошиблись в квантовой физике?»). Театральные труппы ставят адаптированные спектакли по произведениям Шекспира, не испрашивая ни у кого разрешения. (Или кто-то считает, что Шекспир шире проник бы в нашу культуру, если бы существовала центральная контора по защите его прав, и все постановки по Шекспиру должны были бы сперва получить одобрение?). И Голливуд циклично снимает типовые картины: пять фильмов про астероид в конце девяностых годов, два фильма-катастрофы про вулкан в 1997 году. Авторы здесь и везде, ныне и во все времена опираются на предшествующее и современное им творчество. И всегда и везде, хотя бы отчасти, это делается без согласований и вознаграждений изначальному автору. Ни одно общество, свободное или подконтрольное, никогда не требовало оплачивать всякое использование и не обязывало обращаться за разрешением творить по образцу Уолта Диснея. Напротив, любые общества оставляли часть своей культуры в свободном доступе. Свободные, быть может, оставляли больше, чем несвободные, но в какой-то степени оставляли все.

Получается, загвоздка не в свободе культуры. Все культуры в определенной степени свободны. Вопрос в другом — насколько свободна сама эта культура. Насколько широко и в какой мере культура свободна, чтобы заимствовать и преумножать? Или свобода распространяется только на партийных деятелей? На членов королевской семьи? На десять крупнейших корпораций Нью-йоркской фондовой биржи? Или же эта свобода трактуется шире, ею пользуются художники вообще, а не только члены Нью-йоркского музея искусств? Музыканты — неважно, белые или нет? Все кинематографисты, а не только работники какой-нибудь студии?

Свободные культуры многое оставляют в открытом доступе, чтобы этим можно было пользоваться. Несвободные или разрешительные культуры оставляют куда меньше. Наша культура была, но становится все менее свободной.



В 1839 Луи Дагерр изобрел первую прикладную технологию для производства того, что мы называем «фотографиями». Их вполне заслуженно называли дагерротипами. Процесс был довольно сложный и дорогостоящий, так что область применения изначально ограничивалась профессионалами и несколькими рьяными и состоятельными любителями. (Существовала даже Американская ассоциация Дагерра, помогавшая регулировать производство. Так поступают все ассоциации, поддерживая высокие цены и удушая конкуренцию).

Однако, несмотря на высокие цены, спрос на дагерротипы был велик. Это побудило изобретателей искать более простой и дешевый метод изготовления «автоматических картинок». Уильям Толбот в скором времени нашел способ делать «негативы». Но так как негативы были стеклянными, и их следовало держать сырыми, процесс по-прежнему оставался дорогим и обременительным. В семидесятых годах XIX века были разработаны сухие пластины, что облегчило разделение съемки и проявки фотографии. Пластины были все еще стеклянными, а значит процесс по-прежнему был недоступен большинству любителей.

Технологический прорыв, который сделал возможной по-настоящему массовую фотографию, состоялся только в 1888 году и был детищем одного-единственного человека. Джордж Истмен, будучи сам фотографом-любителем, был недоволен технологией изготовления снимков при помощи пластин. Однажды Истмена осенило (скажем так), что если пленку сделать гибкой, ее можно будет сматывать на катушку. Такую катушку можно отправить на проявку, и это сильно удешевит весь процесс фотографирования. Сбив цены, Истмен надеялся существенно расширить численность фотографов.



Истмен разработал гибкую, покрытую эмульсией бумажную пленку и поместил катушки с ней в маленькие простые камеры Кодак. На рынке устройство предстало в образе идеала простоты:

«Вы жмете на кнопку, а мы делаем все остальное»²⁸. Вот как это описано в «Кодаке для начинающих»: «Принцип работы системы Кодак заключается в разделении работы с фотографией на ту часть, что может делать любой человек, и ту, которую делает эксперт... Мы наделяем всякого, мужчину, женщину или ребенка, всех, у кого достанет смекалки направить камеру и нажать кнопку, инструментом, который начисто освобождает фотографа от необходимости обладать специальными навыками или каким-то особым искусством. Пользоваться камерой можно без предварительного обучения, не нужны теперь ни темная комната, ни химикаты»²⁹.

За двадцать пять долларов любой мог снимать фотографии. Камера продавалась с заряженной пленкой, и когда она заканчивалась, камера возвращалась на фабрику Истмена, где пленку проявляли. Со временем, разумеется, стоимость камеры и простота в использовании улучшились. Катушечная пленка, таким образом, послужила базисом для небывалого роста народной фотографии. Камера Истмена появилась в продаже в 1888 году, а год спустя Кодак уже печатал более чем с шести тысяч негативов в день. С 1888 по 1909 годы при промышленном росте в 4.7%, продажи фотографического оборудования и материалов в процентном отношении росли³⁰. Продажи компании Истмен Кодак за тот же период прирастали, в среднем, за год более чем на 17%³¹.

Истинная значимость изобретения Истмена, впрочем, была не экономической, а социальной. Профессиональная фотография познакомила людей с тем, что иначе они никогда не увидели бы. Любительская фотография наделила их самих способностью запечатлеть свою жизнь способом, дотоле недоступным. Вот что пишет об этом Брайан Коу: «Впервые альбом с фотоснимками обеспечил всех до единого непрерывной летописью деяний их собственных и их семей... Впервые в истории появились аутентичные визуальные свидетельства жизни и деятельности обычного человека, не искаженные (литературной) интерпретацией или пристрастиями»³².

В этом смысле камера и пленка Кодак стали технологиями самовыражения. Конечно, карандаш и кисть тоже были средствами самовыражения, но они требовали многолетнего обучения, прежде чем любители могли воспользоваться ими сколько-нибудь полезным и эффективным образом. С Кодаком путь к самовыражению стал куда быстрее и проще. Барьер понизился. Снобы могли насмехаться над «качеством», а профес-

²⁸ Reese V. Jenkins, *Images and Enterprise* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1975), 112.

²⁹ Brian Coe, *The Birth of Photography* (New York: Taplinger Publishing, 1977), 53.

³⁰ Jenkins, 177.

³¹ По таблице у Дженкинса, стр. 178.

³² Coe, 58.



сионалы могли не принимать любительских снимков в расчет. Но наблюдайте за ребенком, который учится кадрировать снимок, и вы осознаете творческий потенциал, разбуженный Кодаком. Демократичные инструменты подарили обычным людям средство самовыражения, которое было гораздо проще всего, что они прежде имели.

Что требовалось для расцвета этой технологии? Понятно, важным элементом был гений Истмена. Но не менее важной была правовая среда, в которой выросло изобретение Истмена. Ряд судебных решений в эпоху ранней фотографии вполне мог существенно повлиять на ход развития фотографии. Суды заставляли решать, имеет ли право фотограф, будь то профессионал или любитель, снимать и отпечатывать фотографии по собственному желанию, не спрашивая на то разрешения. Суды постановили, что имеет³³. Аргументы в пользу обязательности разрешений звучат удивительно знакомо. Фотограф что-то «брал» у личности, которую снимал, или у здания, кому-то принадлежавшего, — а значит крал нечто ценное. Некоторые даже полагали, что лишаются таким образом души. В точности, как Диснею нельзя было красть карандаши, которыми его аниматоры рисовали Микки, так и фотографам непозволительно самовольно делать снимки чего-то ценного.

Однако знакомый аргумент звучал и с другой стороны. Да, возможно, нечто ценное в фотографии использовалось. Но у граждан должно быть право запечатлеть, по меньшей мере, то, что у всех на виду. (Луис Брандайс, впоследствии ставший челном Верховного суда, постановил, что фотографирование частной жизни должно регулироваться иначе³⁴). Это может означать, что фотограф, таким образом, ни за что получает что-то. В точности, как Дисней мог вдохновляться «Пароходом Биллом-младшим» или братьями Гримм, фотограф должен иметь свободу делать снимки без вознаграждения источнику своего творчества.

К счастью для мистера Истмена и фотографии в целом, эти давние судебные решения оказались в пользу пиратов. Для того чтобы сделать снимок и поделиться им с другими, вообще никакого разрешения не требуется. Возможный запрет предполагался как исключение, а свобода признавалась как правило. (В конце концов, закон выработал исключение для знаменитостей. У коммерческих фотографов, снимающих знаменитостей в коммерческих целях, больше ограничений, чем у всех нас. Но в обычном случае снимок можно сделать, не выпрашивая позволения фотографировать)³⁵.

³³ Примеры таких процессов см. в *Pavesich v. N.E. Life Ins. Co.*, 50 S. E.

³⁴ Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review* 4 (1890): 193.

³⁵ Melville B. Nimmer, «The Right of Publicity», *Law and Contemporary Problems* 19 (1954): 203; William L. Prosser, «Privacy», *California Law Review* 48 (1960) 398407; *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F. 2d 1395 (9th Cir. 1992), cert. denied, 508 U.S. 951 (1993).



Мы можем только фантазировать, как развивалась бы фотография, если бы закон занял другую позицию. Окажись презумпция не на стороне фотографа, ему пришлось бы всякий раз демонстрировать разрешение на съемку. Быть может, Истмен Кодак тоже пришлось бы требовать разрешения, прежде чем проявлять пленку. А если бы разрешения в конце концов не предоставили, Истмен Кодак наживалась бы на «краже», совершенной фотографом. В точности, как «Напстер», извлекавший выгоду из нарушений копирайта пользователями Сети, Кодак наживался бы на нарушениях фотографами «права съемки». Можно вообразить, как закон требовал бы получить некое разрешение, прежде чем проявлять снимки. Можно себе представить и развитую систему добычи подобных разрешений.

И хотя мы можем вообразить такую разрешительную систему, чрезвычайно трудно представить расцвет фотографии, если бы эта деятельность регулировалась обязательными разрешениями. Да, фотография существовала бы. Со временем ее значение возрастало бы. Профессионалы пользовались бы технологией, ведь им намного проще выдерживать бремя разрешительной системы. Но среди обычных людей фотография не разошлась бы. Не вышло бы ничего подобного этому стремительному росту. И, конечно, не произошло бы ничего подобного всплеску демократичной технологии самовыражения. Если вы проедете по району Президио в Сан-Франциско, то можете там увидеть два желтых школьных автобуса, разукрашенных цветными яркими картинками и надписью «Просто думай!» вместо названия школы. Но проект, где задействованы эти автобусы, рассчитан не «просто» на рациональное. Эти автобусы нашпигованы технологиями, которые учат детей съемке. Не на пленку Истмена, и даже не на видеокассету, а, скорее, на цифровые камеры. «Просто думай!» — это проект, который помогает детям научиться снимать фильмы, тем самым помогая понять и критически оценить кинокультуру, их окружающую. Каждый год эти автобусы курсируют по тридцати с лишним школам и приобщают от трехсот до пятисот детей к медиа посредством работы с медиа. Они думают, делают. Они учатся в процессе работы.

Автобусы эти недешевы, но технологическая начинка постоянно дешевеет. Стоимость высококачественной цифровой видеосистемы впечатляюще снизилась. Как заметил один аналитик, «пять лет назад хорошая цифровая система видеосъемки монтажа в реальном времени стоила 25 тысяч долларов. Сегодня же аппаратура профессионального уровня стоит 595 баксов»³⁶. Техника внутри этих автобусов всего десять лет назад стоила бы сотни тысяч. А теперь вполне правдоподобными кажутся не только такие автобусы, но и учебные классы по всей стране, в которых дети

³⁶ Н. Edward Goldberg, «Essential Presentation Tools: Hardware and Software You Need to Create Digital Multimedia Presentations», cadalyst, февраль 2002 года.



познают тонкости того, что учителя называют «медийной грамотностью». «Медийная грамотность, — объясняет Дейв Янофски, исполнительный директор проекта «Просто думай!», — это способность... понимать, анализировать и разбирать медийные образы. Цель состоит в том, чтобы познакомить (детей) с принципами работы медиа, их устройством, средствами передачи и доступа к ним».

Может показаться странным, что это называют «грамотностью». Для большинства людей грамотность — это умение читать и писать. Фолкнер, Хемингуэй и отдельные инфинитивы — вот то самое, о чем знают «грамотные» люди.

Может быть. Но в мире, где дети просматривают, в среднем, 390 часов телевизионной рекламы в год или от 20 до 45 тысяч рекламных роликов³⁷, все более важным становится понимание «грамматики» медиа. Ибо как существует грамматика на письме, есть и грамматика для медиа. И как дети учатся писать, плодя горы ужасной прозы, так же они познают и медиа, создавая уйму — по крайней мере, поначалу — отвратительного медиа.

Растущая группа ученых и активистов считает этот вид грамотности ключевым для культуры следующего поколения. Потому что всякий человек, пробовавший писать, понимает, как это сложно — последовательно излагать, удерживать внимание читателя, отточить язык до понятности — но мало кто из нас на самом деле представляет, насколько трудно создавать медиа. В общем-то, немногие понимают, как работают медиа, как они собирают аудиторию и привлекают ее внимание к своим материалам, как вызывают эмоции и как держат в напряжении.

Надо всем этим работало целое поколение кинематографистов, пока не отточило это мастерство. Но и в этом случае знание кроется в процессе съемки, а не в книгах и статьях по кинематографии. Писать учатся посредством писанины и размышлений о написанном. Писать образами учатся путем создания образов и размышлений о созданном.

Грамматика менялась вместе с медиа. Когда это была просто пленка, как объяснила Элизабет Дейли, исполнительный директор Анненбергского центра коммуникаций при Южно-калифорнийском университете и декан тамошнего факультета кинематографии и телевидения, вся грамматика заключалась в «расположении объектов, цвете, <...> ритме, темпе и текстуре»³⁸. Но после того, как компьютеры открыли дорогу в интерактивность, где история не только «играется», но и переживается, грамматика изменилась. Простое управление повествованием ушло в прошлое, и потребовались другие технологии. Майкл Крайтон в совершенстве овладел мастерством писателя-фантаста, но когда он попытал-

³⁷ Judith Van Evra, *Television and Child Development* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1990); «Findings on Family and TV Study», *Denver Post*, 25.05.1997, B6.

³⁸ Интервью с Элизабет Дейли и Стефании Бэриш, 13.12.2002.



ся создать игру на основе одной из своих книг, ему пришлось учиться совершенно новому ремеслу. Как провести людей через игру, чтобы при этом явно не чувствовалось, что их ведут, было непросто понять даже необычайно успешному автору³⁹.

Именно такому умению учится кинематографист. Дейли описывает это так: «Люди очень удивляются тому, как их удержали до самого конца фильма. Кино смонтировано так совершенно, что вы этого не замечаете, просто понятия не имеете. Если кинематографист добивается успеха, вы и не подозреваете, что вас вели». Если вы осознаете, что вас тянут через сюжет, фильм провалился.

Однако движение за расширение грамотности за пределы текста, к включению аудиовизуальных элементов существует не для того, чтобы выращивать успешных режиссеров. Цель заключается совсем не в повышении профессионализма кинематографистов. Дейли описывает задачу так:

«С моей точки зрения, вероятно, наиболее существенный цифровой раздел кроется не в доступе к аппарату. Суть — в способности расширить свои возможности с помощью того языка, которым оперирует данный аппарат. В противном случае, лишь очень немногие могут изъясняться на этом языке, а все прочие низводятся до уровня только читателей».

«Только читатели». Пассивные приёмники где-то производимой культуры. Диванные клубни. Потребители. Это мир медиа двадцатого века.

Двадцать первый век может стать другим. В этом вся соль. Человек может стать и читателем, и писателем или, по меньшей мере, читателем, лучше понимающим писательское ремесло. Или, еще лучше, читателем, разбирающимся в инструментах, которые позволяют писателю вести или вводить в заблуждение. Цель всякой борьбы с безграмотностью, и с такой безграмотностью в особенности, заключается в «наделении людей способностью выбирать себе подходящий язык для творчества или самовыражения»⁴⁰. Это делается для того, чтобы студенты «научились общаться на языке XXI века»⁴¹.

Как и с любыми языками, этот тоже одним дается легче, другим тяжелее. Необязательно в нем преуспевают те, кто прекрасно владеет письменной речью. Дейли и Стефани Бэриш, директор Института мультимедийной грамотности при Анненбергском центре, описывают один особенно пикантный пример проекта, который они вели в некоем колледже. Это был очень бедный городской колледж в Лос-Анджелесе. По всем традиционным меркам благополучия эта школа была просто безнадёжной. Но Дейли и Бэриш организовали там программу, которая дала детям возможность использовать фильмы для самовыражения. Фи-

³⁹ Scott Steinberg, «Crichton Gets Medieval on PCs,» E!online, 4.11.2000; «Timeline», 22.11.2000.

⁴⁰ Интервью с Дейли и Бэриш.

⁴¹ Там же.



льмы о том, о чем учащиеся знали не понаслышке, — о насилии с применением огнестрельного оружия.

Занятия проводились по пятницам во второй половине дня, что создавало новую проблему для несчастной школы. В то время как на большинство занятий детей ничем заманить было невозможно, посещаемость этого урока просто зашкаливала, так что приходилось учащихся выгонять. «Дети приходили в шесть утра и уходили в пять часов следующего утра», — рассказала Бэриш. Они работали намного усерднее, чем на любых других уроках, увлеченные тем, чем и должно заниматься образование, — учились самовыражению.

Используя, по словам Бэриш, все, «что было в свободном доступе в Сети», и довольно простые инструменты для микширования «изображения, звука и текста», учащиеся на этих уроках создали ряд проектов, рассказывавших о насилии с применением оружия нечто такое, что мало кто прежде осознавал. Это был предмет изучения, близкий и жизненный для подростков. Программа «вручила им инструмент и научила их понимать и обсуждать это», — пояснила Бэриш. Инструмент успешно подвиг детей на самовыражение куда успешнее и сильнее, чем один только текст. «Если бы им велели написать сочинение на данную тему, они просто отпросились бы из класса и пошли по своим делам», — считает Бэриш. Отчасти она, несомненно, права, потому что самовыражение в письменных работах — не самая яркая способность этих учащихся. Да и текст — не самая подходящая форма для выражения таких мыслей. Сила послания заключалась тут в связи с формой выражения.

«Но разве образование существует не для того, чтобы учить детей писать?» — спросил я. Отчасти, конечно, да. Но зачем мы учим детей писать? «Образование, — пояснила Дейли, — нужно для того, чтобы показать детям способ «построения значения». Говорить о том, что все упирается только в писанину, все равно что утверждать, будто обучение письму преследует только цель научить детей не делать ошибок в словах. Текст — всего лишь часть «построения значения», причем становящаяся все менее важной». Так сказала Дейли в наиболее интересной части интервью.

Необходимо дать учащимся средства для «построения значения». Если давать им только текст, они ничего не сделают. Потому что не могут. Понимаете, у вас есть Джонни, который может посмотреть видео, поиграть на приставке, исписать граффити все ваши стены, может раздолбать вам машину... он многое может. Он только не может читать ваши тексты. И когда Джонни приходит в школу, вы говорите ему: «Джонни, ты неуч. Ты ничего стоящего делать не умеешь». Ну, и Джонни остается одно из двух — послать подальше или вас, или самого себя. Если его собственное «я» чего-то стоит, то он пошлет вас. А если вместо всего этого вы скажете: «Ну, раз уж ты столько всего умеешь, давай поговорим вот о чем. Сыграй мне ту музыку, которая отражает все это, или покажи мне снимки, которые отражают это, или нарисуй



мне что-нибудь про это». Не просто вручить ребенку видеокамеру со словами: «Давай поиграем с видеокамерой и снимем небольшое кино». Напротив, помогите ему на деле взять эти понятные вам элементы, знакомый вам язык, построить нечто значимое по теме...

Это наделяет громадной силой. Именно это происходит, в конце концов, на таких занятиях, но обычно учащимся приходилось сталкиваться с проблемой: «Надо объяснить вот это, и надо написать то-то». Как рассказывал Стефании один из учителей той школы, в таком случае они переписывают один абзац пять, шесть, семь, восемь раз, пока не выйдет правильно.

А это им было нужно. У них была причина для занятий. Они желали высказаться, а не просто прыгать сквозь расставленные вами обручи. На самом деле они хотели воспользоваться языком, которым не слишком хорошо владеют. Но они уже осознали свои возможности в этом языке.

Когда два самолета врезались в башни Всемирного торгового центра, третий — в Пентагон, а еще один упал на поле в Пенсильвании, все медиа мира обратились к новостям. В любой момент практически каждого дня той недели и еще в течение нескольких недель телевидение, да и медиа в целом, пересказывало хронику событий, которым мы были свидетелями. Рассказ был пересказом, потому что все описываемое мы видели сами. Гениальность этого жуткого террористического акта заключалась в задержке второй атаки, которая по времени была четко определена так, чтобы весь мир ее увидел. Эти репортажи все больше отдавали чем-то знакомым. Музыка, оркестрованная для заполнения пауз, компьютерная графика, мелькающая на экране. Однотипные интервью. «Уравновешенность» и серьезность. Новости в той хореографии, которую мы привыкли видеть и уже ожидаем, «новости как развлечение», даже если развлечение — трагедия.

Но вдобавок к этим наработанным новостям о «трагедии 11 сентября» те из нас, что выходили в интернет, увидели и совсем иные отчеты. Интернет был полон свидетельств о тех же самых событиях. Однако интернет-отчеты имели совсем другой оттенок. Некоторые создавали фотогалереи снимков со всех концов света и представляли их в виде слайд-шоу, сопровождаемых текстом. Кое-кто вывешивал открытые письма. Были и звукозаписи. Гнев и отчаяние. Встречались попытки докопаться до сути. Словом, нам случилось строить сарай всем миром (в том смысле, в каком использовал это выражение Майк Гудвин в своей книге «Киберправа») вокруг новостного повода, приковавшего внимание всей планеты. Были ABC и CBS, но был еще и интернет.

Я не собираюсь просто восхвалять интернет, хотя считаю, что люди, причастные к этой форме самовыражения, достойны похвалы. Вместо этого я хочу указать на значимость этой формы. Потому что, подобно Кодяку, интернет позволил людям создавать образы. И как в фильме школьника из автобуса проекта «Просто думай!», визуальные образы стали соединяться со звуком и текстом.



К тому же, в отличие от любой технологии простого запечатления образов, интернет позволяет делиться своим творчеством с огромным количеством людей практически мгновенно. Это нечто новое в нашей традиции. Не в том, конечно, дело, что культуру можно запечатлеть механически или критически комментировать события. Суть в том, что это смешение снимков, звука и комментария можно широко распространить практически мгновенно.

11 сентября не стало аберрацией. Это было началом. Примерно тогда же в общественное сознание начинала проникать необычайно развившаяся потом система коммуникаций: веб-лог или блог. Блог — это разновидность публичного дневника. В некоторых культурах, например, в Японии, он функционирует во многом как дневник. Там он представляет собой публичную хронику фактов частной жизни — своеобразный электронный Джерри Спрингер, доступный из любой части света.

Однако в Соединенных Штатах блоги приняли совсем иной облик. Есть такие, кто использует их для того, чтобы просто рассказывать о своей частной жизни. Но многие заняты тем, что читают публичные лекции. Обсуждают вопросы общественной важности, критикуют других за ошибочные взгляды, критикуют политиков за принятые решения, предлагают решения очевидных для всех проблем. Блоги создают ощущение виртуального вече. Вече особого, где мы необязательно надеемся собраться все сразу, где разговоры могут быть и несвязанными. Лучшие из записей в блогах относительно коротки, они обращены прямо к чужим мнениям с критическими словами или с дополнениями. Блоги являются, возможно, наиважнейшей формой несрежиссированного общественного полилога из всех, что мы имеем.

Это сильное заявление. Однако оно многое говорит о нашей демократии, а не только о блогах. Это та часть Америки, которую сложнее всего принять нам, любящим Америку: наша демократия атрофировалась. Конечно, у нас есть выборы, и в большинстве случаев суды признают их итоги. На этих выборах голосует относительно малое число людей. Избирательный цикл окончательно профессионализировался и превратился в рутину. Большинство из нас считает это демократией.

Но демократия никогда не состояла из одних только выборов. Демократия означает народное правление, и правление — это нечто большее, чем просто выборы. В нашей традиции это также означает контроль через вдумчивые обсуждения. Это была идея, захватившей воображение Алексиса де Токвилля, французского адвоката XIX века, который составил самое важное описание ранней «Демократии в Америке». Его очаровали не народные выборы, а присяжные — институт, давший право обычным людям решать судьбу других граждан. И более всего его поразило, что присяжные не просто голосовали за свое решение. Осмотрительные члены жюри спорили о «верности» принимаемого решения, старались убедить друг друга в верности своих взглядов и, по



крайней мере, в случае преступного деяния обязаны были прийти к единодушному мнению для завершения процесса⁴².

Но в сегодняшней Америке даже этот институт пришел в упадок. И вместо него так и не появилось системных инструментов, привлекающих граждан к дискуссии. Некоторые побуждают к созданию именно такого общественного института⁴³. И в некоторых городах Новой Англии нечто похожее на обсуждение еще живо. Но для большинства из нас и в большинстве случаев для «демократических процедур» не хватает ни времени, ни места.

Куда забавнее, что, вообще-то, не требуется даже разрешения на проведение таких обсуждений. Мы, самая могущественная демократия мира, выработали строгое правило — не разговаривать о политике. Здорово беседовать о политике с теми, кто разделяет ваши взгляды. Но говорить о политике с оппонентами неприлично. Политический дискурс изолировался, а изолированный дискурс ударяется в крайности⁴⁴. Мы говорим то, что наши друзья хотят услышать, и слышим крайне мало помимо того, что говорят наши друзья.

Зайдите на блог. Сама архитектура блога решает одну из этих проблем. Люди делают записи, когда им того хочется, и читают постинги, когда пожелают. Самое сложное — это синхронизация. Технологии, обеспечивающие асинхронные сообщения — такие как электронная почта — расширяют возможности коммуникации. Блоги обеспечивают возможность организовывать общественные дискуссии без необходимости собирать публику в одном месте.

Но и вне своей архитектуры блоги также решают проблему правил. В блоговом пространстве нет (пока) такого правила — не говорить о политике. В действительности, там все заполнено политическими дискуссиями как правых, так и левых. Некоторые из наиболее популярных сайтов тяготеют к консерватизму или либерализму, но множество — пестрит всеми политическими красками сразу. И даже блоги неполитического характера затрагивают вопросы политики, если те этого заслуживают. Значение этих блогов сейчас крайне мало, хотя и не ничтожно. Имя Говарда Дина вполне могло позабыться со времен президентской гонки 2004 года, если бы не блоги. И хоть количество читателей невелико, чтение производит эффект.

Вот пример влияния на события, жизненный цикл которых в традиционных медиа был иным. Дело Трента Лотта. Когда Лотт «оговорился» на вечере в честь сенатора Строма Термонда, приветствовав, по сути, его

42 См., например, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, т. 1, перевод на англ. Henry Reeve (New York: Bantam Books, 2000), гл. 16.

43 Bruce Ackerman and James Fishkin, «Deliberation Day», *Journal of Political Philosophy* 10 (2) (2002): 129.

44 Cass Sunstein, *Republic.com* (Princeton: Princeton University Press, 2001), 6580, 175, 182, 183, 192.



сегрегационистские взгляды, он мог точно рассчитать, что этот случай исчезнет из обычной прессы через пару суток. Так оно и случилось. Но он не рассчитал живучести этой истории в блогговом пространстве. Блоггеры продолжали копаться в этом происшествии. Со временем всплыли и другие примеры подобных «оговорок». В конце концов, история бумерангом вернулась в традиционные СМИ, и Лотту пришлось сложить с себя полномочия лидера сенатского большинства⁴⁵. Такой замечательный цикл возможен из-за отсутствия коммерческого нажима на блоги, которого не избежать другим медиа. Телеканалы и газеты — коммерческие предприятия. Они вынуждены стараться сохранять аудиторию. Если они потеряют читателей, они потеряют доходы. Как акулы, они должны непременно двигаться.

Однако блоггеры не испытывают подобного принуждения. Они могут бредить навязчивыми идеями, могут привлекать внимание, а могут быть и серьезными. Если некий блоггер напишет что-то интересное, все больше людей примутся давать ссылки на его запись. А с ростом количества ссылок постинг поднимается в рейтинге. Люди читают то, что популярно. Популярное выбирается очень демократичным рейтингом цитирования. Есть и другая особенность, отличающая жизненный ритм блогов от цикла традиционной прессы. Один из прародителей движения (создавший за последние десятилетия множество программ), Дэвид Уайнер, определил второе отличие как отсутствие финансового «конфликта интереса». «Мне кажется, надо удалить конфликт интересов из журналистики, — пояснил в разговоре со мной Уайнер. — Репортер-любитель просто не имеет конфликта интересов, либо его конфликт интересов настолько очевиден, что, вы понимаете, его легко отодвинуть в сторону».

Эти конфликты обретают все большую значимость по мере концентрации медиа (подробнее об этом ниже). Концентрированные средства массовой информации могут скрывать от публики больше, чем неконцентрированные медиа. Как призналась служба CNN после войны в Ираке, они опасались последствий в отношении своих сотрудников⁴⁶. К тому же, концентрированные СМИ вынуждены поддерживать более «выдержанное» освещение событий. (В разгар войны в Ираке я прочел в интернете постинг человека, слушавшего отчет репортера из Ирака, передававшийся по спутниковой связи. Нью-йоркская штаб-квартира постоянно повторяла журналистке, что ее репортажи слишком унылы. Надо, чтобы она поведала какую-нибудь более оптимистичную историю. Когда репортер сообщила Нью-Йорку, что ничего такого не гарантирует, ей сказали, что такую «историю» они для нее уже готовят).

Блогговое пространство дает любителям возможность полемизировать. Здесь каждый — «любитель», но не в смысле неопытности. Подобно

⁴⁵ Noah Shachtman, «With Incessant Postings, a Pundit Stirs the Pot», New York Times, 16.01.2003, G5.

⁴⁶ Телефонное интервью с Дэвидом Уайнером, 16.04.2003.



олимпийскому атлету, он ни от кого не получает денег за свои репортажи. Такой подход значительно расширяет спектр вводимой информации. Это выяснилось в ходе репортажей о катастрофе шаттла «Колумбия», когда сотни людей со всего юго-запада Соединенных Штатов обратились к интернету, чтобы рассказать об увиденном⁴⁷. И это вынуждает читателей перечитывать весь предложенный спектр свидетельств и доискиваться истины «триангуляцией», как верно выразился Уайнер. Блоги, по мнению Уайнера, это «непосредственная связь с избирателями, и среднему человеку тут не место». Слишком велики выгоды и издержки.

Уайнер оптимистически смотрит в будущее журналистики, зараженной блогами. Он предсказывает, что для публичных людей умение вести блог «превратится в весьма значимое»; со временем повысится его значимость и для частных лиц. Не совсем ясно, насколько журналистика в восторге от этого: по слухам, некоторые журналисты кромсают свои блоги⁴⁸. Зато вполне очевидно, что мы переживаем переходный период. «Многое из того, что мы сейчас делаем, можно назвать разминкой», — поясняет Уайнер. Многое должно сначала дозреть, прежде чем заработает в полную силу. А так как публикация контента в блоговом пространстве представляется наименее преступным использованием интернета (в смысле посягательства на копирайт), Уайнер заявил: «Нас прикроют в последнюю очередь».

Подобные вещи влияют на демократию. Уайнер полагает, что это происходит потому, что «не приходится работать на кого-то, кто контролирует твои действия, на надсмотрщика». Это верно. Но это воздействует на демократию и иным образом. Все больше граждан выражают свое мнение и отстаивают его письменно, и это меняет отношение людей к вопросам общественной значимости. Несложно ошибаться внутри собственной головы. Гораздо труднее заблуждаться, когда плоды твоих размышлений открыты для критики со стороны. Конечно, редкий человек признает, что его убедили в собственной неправоте. Но еще реже встречаются люди, игнорирующие опровержения своих суждений. Публикация идей, споров и критики укрепляет демократию. Сегодня существует, вероятно, пара миллионов блогов, в которых это происходит. Когда их станет десять миллионов, родится уже нечто необыкновенное, о чем следует сообщить.

⁴⁷ John Schwartz, «Loss of the Shuttle: The Internet; A Wealth of Information Online», *New York Times*, 2.02.2003, A28; Staci D. Kramer, «Shuttle Disaster Coverage Mixed, but Strong Overall», *Online Journalism Review*, 2.02.2003.

⁴⁸ См. Michael Falcone, «Does an Editor's Pencil Ruin a Web Log?», *New York Times*, 29.09.2003, C4. («Не все новостные службы спокойно относятся к ведению блогов своими сотрудниками. Кевин Сайтс, корреспондент CNN в Ираке, 9 марта начавший вести блог о своей репортерской работе в Ираке, прекратил писать отчеты через двенадцать дней по настоятельной просьбе начальства. В прошлом году Стив Олафсон, репортер «Хьюстон Кроникл», был уволен за ведение под псевдонимом личного сетевого дневника, в котором затрагивал некоторые рабочие моменты и упоминал кое-каких людей, о которых писал по долгу службы»).



Джон Сили Браун — ведущий ученый корпорации Хехоx. Его работа, как он описывает ее на своем сайте, заключается в «человеческом познании и... создании экологии науки для творения... новаций».

Браун, таким образом, смотрит на эти технологии цифрового творчества с несколько иного ракурса, нежели я приводил выше. Я уверен, он был бы чрезвычайно рад любой технологии, способной усовершенствовать демократию. Но по-настоящему он восхищается тем, как эти технологии воздействуют на процесс познания.

По убеждению Брауна, человек учится, когда возится с чем-то. Подрастающая, большинство из нас копались в «двигателях мотоциклов, газонокосилках, автомобилях, радиоприемниках и т. п.», — объясняет он. Но цифровые технологии подарили нам иную форму возни — с абстрактными идеями, хоть и в конкретном виде. Дети в программе «Просто думай!» думают не только о том, как рекламный ролик представляет политика. Используя цифровые технологии, они могут разобрать рекламу по кусочкам и манипулировать ими, возиться с ней, узнавая, каким образом она действует так, как она действует. Цифровые технологии спровоцировали своеобразный бриколаж, или «свободный коллаж», как его называет Браун. Многие вносят собственный вклад или трансформируют возню всех прочих.

Прекрасным и масштабным примером такого рода возни пока является свободное программное обеспечение, или программы с открытым кодом (свободный софт). Свободный софт — это программы, исходный код которых доступен всем. Любой может загрузить себе технологию, позволяющую запустить программу с открытым кодом. И всякий жаждущий узнать, как работает некий отдельный модуль этой свободной технологии, может копаться в коде.

Эта возможность рождает «совершенно новый вид обучающей платформы», — пишет Браун. «Как только вы увлекаетесь этим, вы... порождаете свободный коллаж в сообществе. Теперь и другие могут рассматривать ваш код, ковыряться в нем, проверяя, нельзя ли его улучшить». Каждое такое усилие — это работа подмастерья. «ПО с открытыми исходниками становится крупнейшей платформой подмастерьев».

В этом процессе «конкретные вещи, с которыми возишься, абстрактны. Это код». Дети «обретают способность ковыряться в абстракции, и такая возня — уже не изолированная деятельность в собственном гараже. Ты возишься с платформой сообщества, ... ковыряешься с созданным другими. Чем больше возишься, тем больше улучшаешь». Чем больше улучшаешь, тем больше знаешь.

То же самое происходит и с контентом. И происходит это таким же образом, совместно, поскольку твой контент является частью Сети. Браун описывает это так: «Сеть — это первая среда, действительно считающая кратные формы разума». Более ранние технологии, такие как пишущая машинка или текстовый процессор, помогали развивать текст.



Но Сеть развивает гораздо больше чем текст. «Сеть... говорит тебе, насколько ты музыкален, насколько артистичен, насколько ты визуал, интересуешься ли кино..., и (потому) можно начать заниматься в этой среде чем угодно. (Она) теперь развивает и читит эти кратные формы разума». Браун говорит о том, чему учат Элизабет Дейли, Стефани Бэриш и программа «Просто думай!»: подобная возня с культурой учит так же, как и творит. Она по-другому развивает таланты и выстраивает иной вид признания.

Однако свобода копать во всех этих объектах не гарантирована. В действительности, как мы увидим ниже, эту свободу все больше оспаривают. В то время как ваш отец имел несомненное право ковыряться в моторе машины, едва ли вашей дочери будет позволено возиться с картинками, которые она повсюду находит. Закон и — все в большей степени — технология мешают свободе, которую технология и любопытство в противном случае обеспечили бы.

Эти ограничения привлекли внимание исследователей и специалистов. Профессор Эд Фелтен из Принстона (с которым мы еще встретимся в десятой главе) разработал могучий аргумент в защиту «права на возню» применимо к компьютерной науке и познанию в целом⁴⁹. Однако интерес у Брауна появился раньше, а может, он моложе или основательнее. Он заботится о том обучении, которое доступно детям, но запрещено законом. «Вот направление, в каком движется образование XXI столетия, — поясняет Браун. — Мы должны понять, как дети растут, учась цифровому мышлению, и стремятся к знаниям».

«Однако, — продолжает Браун, и как доказывает и эта книга, — мы строим законодательную систему, которая полностью подавляет естественные порывы современных цифровых детей... Мы возводим сооружение, высвобождающее 60% потенциала мозга, и одновременно — систему, которая наглухо запечатывает эту область мозга».

Мы строим технологию, которая использует магию Кодака, подмешивает образы и звук, добавляет место для комментария и возможность распространять это творчество повсюду. Но мы принимаем законы, которые запирают эту технологию.

«Культуре негде развернуться», — пошутил как-то в разговоре со мной Брюстер Каль в редкий миг отчаяния. В девятой главе мы с ним еще встретимся.

⁴⁹ См., например, Edward Felten and Andrew Appel, «Technological Access Control Interferes with Noninfringing Scholarship», Communications of the Association for Computer Machinery 43 (2000): 9.



глава

КАТАЛОГИ

Осенью 2002 года Джесси Джордан из Оушенсайда, штат Нью-Йорк, поступил на первый курс Ренсселерского политехнического института, что находится в Трое, в том же штате Нью-Йорк. Его специальностью в институте были информационные технологии. В октябре Джесси, хоть и не был программистом, решил поковыряться в поисковом движке институтской сети.

Ренсселерский политехнический — один из передовых научно-исследовательских вузов Америки. Там готовят специалистов во множестве областей знаний — от архитектуры и инженерии до информационных наук. Свыше 65% из пяти тысяч студентов института окончили свои школы в числе десяти процентов лучших. Таким образом, этот вуз являет собой превосходную смесь таланта и опыта для неограниченного полета воображения и творчества, целое поколение молодежи сетевого века.

Компьютерная сеть института связывает студентов, факультет и администрацию друг с другом. Она также связывает вуз с интернетом. Не все, что доступно в сети института, можно отыскать в интернете. Однако сеть предназначена для того, чтобы обеспечивать студентам выход в интернет, а также более тесный контакт с другими членами сообщества Ренсселерского политехнического.

Поисковые машины являются мерилем сетевой близости. Google сделал интернет намного ближе всем нам, фантастически улучшив качество поиска в Сети. А специализированные поисковики способны работать еще лучше. Идея поисковых машин для интранета, осуществляющих поиск внутри сети отдельной организации, состоит в том, чтобы обеспечить пользователям лучший доступ к материалам данной организации. Компании делают это постоянно, предоставляя своим сотруд-



никам доступ к информации, которую посторонние люди получить не могут. Университеты тоже так поступают.

Эти поисковые движки доступны благодаря самой сетевой технологии. «Майкрософт», например, имеет сетевую файловую систему, которая здорово помогает поисковикам запрашивать внутри сети информацию об общедоступном (в рамках данной сети) контенте. Джесси создал свой поисковик, воспользовавшись преимуществом этой технологии, так, чтобы он при помощи сетевой файловой системы Microsoft индексировал все файлы, доступные внутри институтской сети.

Поисковик Джесси был не первой поисковой машиной для сети Ренселлерского политехнического. На самом деле, он был просто модификацией созданных другими поисковиков. Единственным важнейшим улучшением в нем было устранение в файлообменной системе «Майкрософт» ошибки, которая могла вывести из строя пользовательский компьютер. Джесси слегка модифицировал систему, чтобы решить эту проблему. Он добавил кнопку, нажав которую, можно было проверить, остался ли включенным в сеть компьютер с нужным файлом.

Поисковик Джесси заработал в конце октября. В последующие полгода он продолжал отлаживать его функционирование. К марту движок заработал уже довольно надежно. Джесси собрал в своей директории свыше миллиона файлов всевозможного контента, оказавшегося на пользовательских компьютерах.

Таким образом, в каталог поисковика вошли картинки, которые студенты могли использовать для своих веб-сайтов, копии исследовательских работ и информационных проспектов, снятые студентами видеоклипы, университетские брошюры — практически все, что пользователи вузовской сети выкладывали в общедоступные папки на своих компьютерах. Но в каталог также вошли музыкальные файлы. В сущности, четверть всех файлов, проиндексированных поисковиком Джесси, были музыкальными. Однако это означает, что остальные 75% не были музыкой. Ясно как божий день, что Джесси никоим образом не побуждал людей выкладывать музыку в папки общего доступа. Он никак специально не настраивал поисковую машину для выуживания этих файлов. Парень просто возился с гуглоподобной технологией в своем университете, где изучал информатику. Его целью было копание в кодах. В отличие от Google или, скажем, Microsoft, он не зарабатывал своей возней никаких денег. Джесси не имел отношения ни к какому бизнесу, который мог бы извлекать выгоду из его экспериментов. Юноша возился с технологией в том окружении, в котором он и должен был заниматься именно копанием в технологиях.

3 апреля 2003 года с Джесси связался проректор института по учебной части. Проректор сообщил студенту, что Американская ассоциация звукозаписывающих компаний, RIAA, подает в суд на него и трех других студентов, которых он даже не знал — двое из них вообще учились в

других вузах. Несколько часов спустя Джесси ознакомился с текстом искового заявления. Читая эти документы и новостные сообщения о судебном иске, юноша не переставал недоумевать.

«Это было нелепо, — рассказывает Джесси. — Мне не кажется, что я сделал что-то плохое... Не думаю, что есть нечто дурное в моем поисковике... или в том, как я его исправил. То есть я не совершенствовал его каким-то образом, чтобы распространять пиратский контент или помогать этому. Я просто модифицировал поисковик так, чтобы им было удобнее пользоваться». Опять-таки, заметьте: поисковик, который Джесси сам не делал, использует файлообменную систему Windows, к изобретению которой Джесси также не причастен, и обеспечивает членам институтского сообщества доступ к контенту, который Джесси сам не создавал и не выкладывал. Вдобавок, большая часть его не имеет ничего общего с музыкой.

Но RIAA заклеимила Джесси как пирата. Они объявили, что он оперировал сетью и, таким образом, «намеренно» нарушал закон о копирайте. Лейблы потребовали от юноши выплаты компенсации за нанесенный ущерб. За случаи намеренного нарушения Закон об авторском праве предусматривает то, что юристы называют «статутным ущербом», который позволяет правообладателю требовать компенсации в размере 150 тысяч долларов за каждый случай нарушения. Так как RIAA ссылалась в своем заявлении на более чем сотню случаев отдельных нарушений копирайта, получается, что от Джесси потребовали выплатить, по меньшей мере, 15 миллионов долларов.

Похожие иски были предъявлены трем другим студентам: еще одному в Ренсселерском политехническом, другому в Мичиганском техническом университете и еще одному из Принстона. Их истории сходны с делом Джесси. Хотя все случаи отличаются в деталях, общий итог каждого был совершенно одинаковым: чудовищные требования о возмещении «ущерба», который, как считала RIAA, ей был нанесен. Если сложить все требования по четырем судебным искам, получится компенсация истцам в размере 100 миллиардов долларов США — сумма, вшестеро больше совокупной прибыли киноиндустрии в 2001 году⁵⁰.

Джесси позвонил родителям. Они поддержали его, но несколько перепугались. Дядя Джесси был адвокатом, и он начал переговоры с RIAA, которая пожелала узнать, сколько у Джесси денег. Джесси скопил 12 тысяч долларов за работу летом и прочие подработки. Тогда RIAA потребовала эту сумму за прекращение дела.

Ассоциация хотела, чтобы Джесси признал свою вину, но тот отказался. Они хотели, чтобы он согласился подписать судебное предписание, которое, по сути, до конца жизни лишило бы его возможности работать во многих отраслях технологий. Джесси отказался. Ему дали понять, что

⁵⁰ Tim Goral, «Recording Industry Goes After Campus P-2-P Networks: Suit Alleges \$97.8 Billion in Damages», Professional Media Group LCC 6 (2003): 5.

этот судебный процесс не будет легкой прогулкой (как поведал мне отец Джесси, главный адвокат по делу Мэтт Оппенгеймер сказал юноше: «Ты же не хочешь еще раз посетить такого дантиста, как я»). И на всем протяжении дела RIAA настаивала на том, что не отзовет свой иск, пока не отберет у Джесси все сбережения до единого цента.

Подобные требования взбесили семью парня. Они хотели сражаться. Но дядя Джесси изрядно поработал, просветив родственников относительно природы американской правовой системы. Джесси мог сражаться с RIAA, мог даже одержать верх. Однако тяжба по такому делу обойдется ему, по меньшей мере, в 250 тысяч долларов. Если Джесси и выиграет дело, деньги все равно не вернет, а получит лист бумаги, на котором будет написано, что он победил, а его семья и сам он — банкроты.

Так Джесси оказался перед выбором, достойным мафиози: 250 тысяч за шанс на победу или 12 тысяч за разрешение конфликта.

Звукозаписывающая индустрия настаивает на том, что это вопрос законности и морали. Давайте на мгновение оставим в покое закон и подумаем о морали. В чем нравственность подобных исков? Откуда добродетель в поисках козла отпущения? RIAA — необычайно могущественное лобби. По имеющимся данным, президент этой ассоциации зарабатывает свыше миллиона долларов в год. В то же время, артистам недоплачивают. В среднем, записывающий музыку артист зарабатывает 45900 долларов в год⁵¹. У RIAA масса средств для проведения политики и рычагов влияния. Так что же морального в том, чтобы отнять деньги у студента, модифицировавшего поисковик⁵²?

23 июня Джесси отправил свои сбережения адвокату, работающему на RIAA. После этого дело против него прекратили. И вот тогда парень, довозившийся с компьютерами до пятнадцатимиллионного иска, стал активистом:

«Я, определенно, не был активистом (раньше). Я никогда не собирался быть активистом... Однако меня заставили. Я ни в коей мере не предвидел ничего подобного, но я считаю, что то, что совершила RIAA, — абсолютная несуразица».

Родители Джесси признались, что, пожалуй, гордятся своим вынужденным активистом. Его отец сказал мне, что Джесси «считает себя весьма консервативным, как и я... Он никакой не защитник природы... Мне кажется весьма странным, что выбрали его. Но он хочет, чтобы люди знали, что лейблы взяли на себя ложную миссию. И он хочет исправить правила».

⁵¹ Occupational Employment Survey, U.S. Dept. of Labor (2001) (272042—Musicians and Singers). См. также National Endowment for the Arts, More Than One in a Blue Moon (2000).

⁵² Дуглас Лихтмен делает сходные выводы в статье «KaZaA and Punishment», Wall Street Journal, 10.09.2003, A24.

IV глава **П И Р А Т Ы**

Если «пиратство» означает использование творческой собственности других без разрешения, если верен постулат «если есть ценность, то есть право», то вся история индустрии контента — это история пиратства. Все главные современные направления «больших медиа» — кино, звукозапись, радио и кабельное телевидение — рождены пиратством, если определять его так. Стоит последовательно выстроить историю того, как пираты прошлого поколения вступали в кантри-клуб поколения нынешнего.

КИНО

Киноиндустрия Голливуда построена беглыми пиратами⁵³. Продюсеры и режиссеры мигрировали с Восточного побережья в Калифорнию в начале XX века — отчасти для того, чтобы избежать контроля за патентами, выданными изобретателю кинопроизводства Томасу Эдисону. Контроль этот осуществлялся через монопольный «трест», Кинематографическую патентную компанию (MPPC), и базировался на творческой собственности Томаса Эдисона — его патентах. Эдисон основал эту компанию, чтобы та защищала его права, полученные им благодаря его творческой собственности, и MPPC всерьез взялась за дело.

Один из комментаторов так описывает некоторые события:

«Январь 1909 года назначили крайним сроком для получения лицензий всеми компаниями. К февралю нелицензированные изгои, называвшие себя независимыми, запротестовали против треста и продолжили заниматься съемками, не подчинившись монополии Эдисона. Летом 1909

⁵³ Выражаю благодарность Питеру Димауро за указание на эту необычайную историю. См. также Siva Vaidyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 8793, где подробно описаны «приключения» Эдисона с копирайтами и патентами.

года независимое движение набрало обороты, продюсеры и владельцы кинотеатров всюду использовали нелегальное оборудование и импортировали кинокартины, создавая собственный подпольный рынок.

В то время по всей стране множились в невероятном количестве дешевые кинозалы, и патентная компания отреагировала на движение независимых, создав силовое подразделение под именем Главной кинокомпании, которая должна была не допустить на рынок нелицензированных конкурентов. Ее тактика принуждения вошла в легенды. Главная кинокомпания конфисковала нелицензионное оборудование, прерывала демонстрации нелицензионных фильмов в кинотеатрах и успешно монополизировала рынок проката, скупив все кинобиржи США, за исключением одной, которой владел независимый Уильям Фокс, не признавший главенства треста даже после отзыва у него лицензии»⁵⁴. «Напстеры» того времени, так называемые «независимые», были компаниями вроде «Fox». Им тогда оказывали не менее энергичное сопротивление. «Съемки прерывались кражей техники, часто случались «инциденты» с утратой негативов, оборудования, зданий, кое-кто лишился конечностей и даже жизни»⁵⁵.

Все это заставило независимых бежать с Восточного побережья. Калифорния находилась достаточно далеко от Эдисона, чтобы кинопроизводители могли паразитировать там на его изобретениях, не опасаясь проблем с законом. И лидеры голливудской киноиндустрии — в первую очередь, Фокс — туда и рванули.

Конечно, Калифорния быстро развивалась, и эффективное применение федерального права, в конце концов, распространилось до Тихого океана. Но так как патенты наделяли владельца поистине «ограниченной» монополией (всего семнадцать лет в те времена), к тому моменту, как в Калифорнии появилось достаточно федеральных судебных исполнителей, срок действия патентов истек. Так родилась новая индустрия — отчасти, на ворованной у Эдисона творческой собственности.

ЗВУКОЗАПИСЬ

Звукозаписывающая индустрия появилась благодаря другому виду пиратства, однако для того чтобы понять, как это случилось, требуется подробнее рассмотреть систему регулирования музыки законом.

⁵⁴ J. A. Aberdeen, *Hollywood Renegades: The Society of Independent Motion Picture Producers* (Cobblestone Entertainment, 2000) и расширенный вариант текста «The Edison Movie Monopoly: The Motion Picture Patents Company vs. the Independent Outlaws» на http://www.cobbles.com/simpp_archive/edison_trust.htm. Дискуссию об экономических мотивах, стоявших как за этими лимитами, так и за ограничениями, наложенными компанией «Виктор», см. Randal C. Picker, «From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright» (сентябрь 2002 г.), University of Chicago Law School, James M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No. 159.

⁵⁵ Marc Wanamaker, «The First Studios», *The Silents Majority*.

К тому моменту, как Эдисон и Анри Фурно изобрели машины для воспроизведения музыки (Эдисон — фонограф, Фурно — пианолу), закон предоставлял композиторам эксклюзивное право контролировать копирование их музыки и ее публичные исполнения. Другими словами, в 1900 году, если мне нужна была копия хита Фила Рассела 1899 года «Harry Mose», закон велел мне заплатить за копию партитуры, вдобавок мне пришлось бы заплатить за право исполнять ее публично.

А что, если б я пожелал записать «Harry Mose», используя фонограф Эдисона или пианолу Фурно? Тут закон спотыкался. Вполне понятно, что пришлось бы покупать копию партитуры для исполнения и записи этого исполнения. Ясно было и то, что пришлось бы заплатить за любое публичное исполнение записи. Но оставалось совершенно неясно, пришлось бы мне платить за «публичное исполнение», если бы я записывал песню в своем собственном доме (даже теперь вы ничего не должны «Битлз», если распеваете их песни под душем), или если бы я записал песню по памяти (копии в мозгу не регулируются — пока — законом о копирайте). Так что если я просто напел песню в записывающее устройство у себя дома, непонятно было, должен ли я платить композитору. И, что еще важнее, неясно было, следует ли композитору что-то отчислять за копирование этих записей. Из-за такой прорехи в законе я бы мог тогда вполне эффективно пиратствовать, распространяя чью-либо песню без всякой платы композитору.

Композиторы (и издатели) были крайне недовольны такими возможностями пиратствовать. Вот что рассказывает сенатор от Южной Дакоты Альфред Китредж:

«Представьте себе всю несправедливость. Композитор пишет песню или оперу. Издатель за большие деньги выкупает права на музыку и регистрирует копирайт. И тут приходят фонографические компании и фирмы, нарезающие музыкальные валики, и намеренно воруют продукт умственного труда композитора и издателя без всякой компенсации за (их) права»⁵⁶.

Изобретатели, разработавшие технологию для записи чужого творчества, «задаром воспользовались тяжким трудом, талантом и гением американских композиторов»⁵⁷, таким образом, «индустрия музыкальных издательств» оказалась «всецело во власти пирата»⁵⁸. А Джон Филипп

⁵⁶ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright: слушания по S. 6330 и H.R. 19853 перед (объединенными) комиссиями по патентам, 59-ый Конгресс, первая сессия (1906). (Речь сенатора Альфреда Б. Китреджа, Южная Дакота, председателя), переиздано в Legislative History of the Copyright Act, E. Fulton Brylawski and Abe Goldman, eds. (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).

⁵⁷ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 223 (заявление Натана Беркана, адвоката Ассоциации музыкальных издателей).

⁵⁸ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 226 (заявление Натана Беркана, адвоката Ассоциации музыкальных издателей).

Союза выразился прямо, насколько это возможно: «Если они делают деньги из моих произведений, я желаю быть в доле»⁵⁹.

Эти споры отдаются знакомым эхом сегодняшних баталий, как и аргументы противной стороны. Новаторы, создавшие механическое пианино, возражали, что «самым ярким примером является то, что появление автоматических музыкальных проигрывателей не лишило ни одного композитора того, что они раньше имели». Машины, скорее, даже увеличили продажи партитур⁶⁰. В любом случае, говорили новаторы, Конгресс обязан «учитывать, в первую очередь, интересы общественности, которую он представляет и которой служит». «Все разговоры о «краже», — писал главный советник Американской грамофонической компании, — есть не что иное, как трескучая болтовня, потому что никакой собственности в музыкальных, литературных и художественных идеях не существует, за исключением их воплощения, например, в статуе»⁶¹.

В скором времени закон разрешил эту тяжбу в пользу композитора и записывающего артиста. Конгресс принял поправку к закону, призванную обеспечить композиторам выплаты за «механическое воспроизведение» их музыки. Однако вместо того чтобы просто передать композитору полный контроль над правами на механическое воспроизведение, Конгресс дал записывающему артисту право записывать музыку по цене, установленной Конгрессом, если композитор разрешил одноразовую запись. Эта часть закона о копирайте делает возможной обработку песен. Как только композитор авторизует запись песни, остальные волны записывать ту же самую песню при условии уплаты авторских отчислений композитору по ставке, установленной законом.

Американское право обыденно называет это «обязательным лицензированием», но я буду называть это «статутной лицензией». Статутная лицензия — это лицензия, ключевые условия которой устанавливаются законом. После принятия Конгрессом в 1909 году поправки к Закону об авторском праве звукозаписывающие компании могли свободно распространять копии записей до тех пор, пока выплачивали композитору (или правообладателю) отчисления установленного размера.

Это исключение в законе о копирайте. Когда Джон Гришем пишет роман, издатель может свободно этот роман распространять, только если Гришем даст на это свое разрешение. Гришем, в свою очередь, волен просить любую цену за такое разрешение. Стоимость публикации Гришема, таким образом, устанавливает сам Гришем, и закон о копирайте

⁵⁹ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 23 (речь Джона Филиппа Соузы, композитора).

⁶⁰ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 28384 (заявление Альберта Уокера, представителя Автомюзикальной перфорирующей компании Нью-Йорка).

⁶¹ To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 376 (подготовленный меморандум Филиппа Мауро, главного консультанта по патентам Американской графофонической компании)

просто определяет, что вы не имеете права использовать творчество Гришема, кроме как с позволения самого Гришема.

Однако закон, регулирующий звукозапись, передает записывающим артистам меньше прав. В результате получается, что закон субсидирует звукозаписывающую индустрию посредством своеобразного пиратства, наделяя записывающих артистов правом слабее того, которым обладают авторы. У «Битлз» меньше контроля над своим творчеством, чем у Гришема. Индустрия звукозаписи и общественность пользуются благами этого ослабленного контроля. Лейблы наживаются за счет меньшего, чем могло бы быть, дохода, а публика получает доступ к гораздо более широкому ассортименту музыкальных произведений. На деле Конгресс вполне откровенно назвал причины, по которым обеспечил такое право. Конгрессмены опасались монопольной власти правообладателей, поскольку эта власть могла задуть последующее творчество⁶².

С недавних пор звукозаписывающая индустрия застенчиво умалчивает об этом, но исторически она активно выступала в поддержку статутного лицензирования записей. В отчете правового комитета палаты представителей за 1967 год указано:

«Лейблы энергично выступили за сохранение системы обязательного лицензирования. Согласно их заявлениям, звукозаписывающая индустрия — это полумиллиардный бизнес, имеющий огромное значение для Соединенных Штатов и всего мира. Сегодня записи являются главным средством распространения музыки, и это создает особые проблемы, так как исполнители нуждаются в легком доступе к музыкальным материалам на условиях отсутствия дискриминации. Исторически, как отметили продюсеры звукозаписи, до 1909 года не существовало прав на запись, и закон 1909 года ввел обязательную лицензию в качестве антимонопольной меры в отношении передачи этих прав. По утверждению лейблов, в результате расцвел рынок музыкальных записей, публика получила низкие цены, улучшенное качество и огромный ассортимент»⁶³.

Благодаря ограничению прав музыкантов и тому, что их творчество отчасти подвергалось пиратству, выиграли продюсеры звукозаписи и общественность.

⁶² Copyright Law Revision: Слушания по S. 2499, S. 2900, H.R. 243 и H.R. 11794 перед (объединенной) патентной комиссией, 60-ый Конгресс, первая сессия, 217 (1908) (речь сенатора Риды Смута, председателя), переиздано в Legislative History of the 1909 Copyright Act, E. Fulton Brylawski and Abe Goldman, eds. (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).

⁶³ Copyright Law Revision: сопроводительный отчет H.R. 2512, правовой комитет палаты представителей, 90-ый Конгресс, 1-ая сессия, House Document no. 83, (8.03.1967). Благодарю Гленна Брауна за то, что привлек мое внимание к данному отчету.

РАДИО

Радио — тоже порождение пиратства.

Когда радиостанция проигрывает запись в эфире, это означает «публичное исполнение» произведения композитора⁶⁴. Как я описал выше, закон дает композитору (или правообладателю) эксклюзивное право на публичное исполнение его произведения. Таким образом, радиостанция обязана выплачивать композитору авторские за проигрывание его произведения в эфире.

Но когда радиостанция проигрывает запись, она не только исполняет копию произведения автора, она еще озвучивает и копию исполнения артиста. Одно дело, когда «С днем рождения!» поет по радио местный детский хор, и совсем другое — та же песня в исполнении «Роллинг Стоунз» или Лайла Ловетта. Записывающий артист добавляет ценности композиции, озвученной в эфире. Если бы закон был абсолютно последовательным, радиостанции пришлось бы платить записывающему артисту за его исполнение точно так же, как композитору за сочинение музыки.

Но этого не происходит. По закону, регулирующему исполнение музыки по радио, станция не обязана платить записывающему артисту. Отчисления выплачиваются только сочинителю. Таким образом, радиостанция получает кое-что задаром. Труд записывающего артиста достается ей бесплатно даже при том, что композитору за привилегию проигрывать его песню надо платить.

Эта разница может быть огромной. Представьте, что вы сочинили музыкальное произведение, и это ваша первая песня. Вы владеете эксклюзивным правом на публичное исполнение данной музыки, так что если Мадонна пожелает спеть вашу песню, ей придется просить у вас разрешения.

Вообразите, что она исполнила вашу песню, и она ей очень понравилась. Тогда она решает записать ее, и она становится популярным хитом. По нашим законам вы получаете деньги всякий раз, когда вашу песню ставят на радио. Но Мадонна за нее не получает ничего, если не считать побочного эффекта распродажи ее компакт-дисков. Публичное исполнение ее записи — это «неохраняемое» право. Радиостанция, таким образом, пиратствует, паразитируя на творчестве Мадонны и не выплачивая певице ни цента.

Несомненно, тут можно возразить, что и записывающие артисты имеют свою выгоду. В общем, стимул для них намного ценнее исполнительских прав, которых они лишены. Может быть. Но даже в этом случае за-

⁶⁴ См. 17 United States Code, разделы 106 и 110. Вначале записывающие компании отпечатывали: «Нелицензировано для радиотрансляции» и прочие предупреждения, призванные ограничить воспроизведение записей в эфире. Судья Лернед Хэнд не признал отметки такого рода ограничивающими права радиостанций. См. RCA Manufacturing Co. v. Whiteman, 114 F. 2d 86 (2nd Cir. 1940). См. также Randal C. Picker, «From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright», University of Chicago Law Review 70 (2003): 281.

кон обычно оставляет сочинителю право выбора. Оставляя ему этот выбор, закон дает радиостанции право получать кое-что задаром.

КАБЕЛЬНОЕ ТЕЛЕВИДЕНИЕ

Кабельное телевидение тоже порождено своего рода пиратством. Когда компании кабельного вещания впервые стали оборудовать дома кабельными сетями в 1948 году, большинство из них отказывались платить вещательным компаниям за контент, который они ретранслировали своим подписчикам. Даже когда вещательные компании начали продавать доступ к телевизионным трансляциям, кабельщики платить отказывались. Таким образом, кабельные компании «напестеризировали» вещательный контент, причем куда более вопиющим образом, чем это было у Napster'a, потому что последний никогда не взимал плату за контент, которым позволял свободно обмениваться.

Вещатели и правообладатели довольно быстро набросились на таких воров. Розель Хайд, председатель Федеральной комиссии по связи, рассматривала данную практику как форму «нечестной и потенциально пагубной конкуренции»⁶⁵. В развитии кабельного телевидения мог иметь место и «общественный интерес», но во время дачи показаний по делу Дуглас Анелло, главный советник Национальной ассоциации вещателей, задал сенатору Квентину Бердику следующий вопрос: «Обязывает ли общественный интерес использовать чужую собственность?»⁶⁶. Как отметил другой вещатель:

«Самое удивительное в кабельном бизнесе — это факт, что это единственный известный мне бизнес, в котором не оплачено то, что продается»⁶⁷.

Опять-таки, требование правообладателей казалось вполне разумным: *«Все, чего мы добиваемся, — просто чтобы люди, которые сейчас присваивают нашу собственность, платили за нее. Мы пытаемся остановить пиратство, и я не думаю, что происходящее можно назвать как-то более мягко. Полагаю даже, подобным действиям подойдут и более грубые описания»⁶⁸. Эти «халявщики», сказал президент Гильдии экранных актеров Чарльтон Хестон, «лишали актеров вознаграждения»⁶⁹.*

⁶⁵ Copyright Law Revision—CATV: Слушания по S. 1006 перед подкомитетом по патентам, торговым маркам и копирайту сенатского правового комитета, 89-ый Конгресс, вторая сессия, 78 (1966) (заявление Розель Х. Хайд, председателя Федеральной комиссии по связи).

⁶⁶ Copyright Law Revision—CATV, 116 (заявление Дугласа А. Анелло, главного советника Национальной ассоциации вещателей).

⁶⁷ Copyright Law Revision—CATV, 126 (заявление Эрнеста У. Дженнеса, главного советника Ассоциации «Максимум сервис телекастерс инкорпорейтед»).

⁶⁸ Copyright Law Revision—CATV, 169 (совместное заявление Артура Б. Крима, президента корпорации «Юнайтед артистс», и Джона Синна, президента «Юнайтед артистс телевижн, инкорпорейтед»).

⁶⁹ Copyright Law Revision—CATV, 209 (заявление Чарльтона Хестона, президента Гильдии экранных актеров).

Но, опять же, в дебатах участвовала и противная сторона. Заместитель министра юстиции Эдвин Циммерман отмечал: «Суть рассматриваемого вопроса не столько в проблеме защиты копирайта вообще, сколько в определении того, получили ли правообладатели свою компенсацию, и следует ли позволять этим монополистам расширять свою монополию... Вопрос — в размере положенной им компенсации, и насколько далеко они готовы зайти со своими требованиями о защите прав»⁷⁰.

Правообладатели подали на кабельные компании в суд. Дважды Верховный суд постановлял, что кабельщики правообладателям ничего не должны.

Конгрессу понадобилось почти тридцать лет на то, чтобы разрешить вопрос оплаты кабельными компаниями «краденого» контента. В конце концов, Конгресс разрешил проблему тем же образом, что и ситуацию с устройствами для воспроизведения записей и механическими пианино. Да, кабельные компании должны оплачивать контент, который они ретранслируют, но цену его устанавливает не правообладатель. Стоимость определяется законом, дабы вещательные компании не воспользовались возможностью задушить зарождающиеся кабельные технологии. Таким образом, кабельщики создали свою империю отчасти на «краже» ценного контента у вещателей.

Каждая из этих историй в отдельности имеет один общий лейтмотив. Если «пиратством» называется паразитирование на ценности чужого творчества без разрешения автора, как это теперь все чаще описывают⁷¹, тогда всякая современная индустрия, основанная на копирайте, сама является порождением определенного вида пиратства, извлекающим из него выгоду. Кино, звукозапись, радио, кабельное телевидение... Это длинный список, и его вполне можно продолжить. Каждое поколение приветствовало пиратов прошлого. Каждое поколение — и так до сих пор.

⁷⁰ Copyright Law Revision—CATV, 216 (заявление Эдвина М. Циммермана, действующего заместителя министра юстиции).

⁷¹ См., например, Национальную ассоциацию музыкальных издателей, The Engine of Free Expression: Copyright on the Internet — The Myth of Free Information, <http://www.nmpa.org/nmpa/expression.html>. «Пиратство — использование чужого творчества без разрешения или компенсации — угрожающе выросло в интернете».

V глава

П И Р А Т С Т В О

Пиратство защищенных копирайтом материалов есть. Его много. Пиратство это принимает множество форм. Наиболее существенно коммерческое пиратство, неавторизованное использование чужого контента в коммерческих целях. Несмотря на множество оправданий в его защиту, такая деятельность преступна. Мириться с ней нельзя ни в коем случае, и закон должен ее пресекать.

Но наряду с пиратством в виде торговли копиями, существует еще одна разновидность использования контента, более непосредственно относящаяся к интернету. Она также кажется многим дурной и таковой и является в большинстве случаев. Прежде чем заклеить эту деятельность «пиратской», следует получше разобраться в ее природе. Ибо вред от такого использования куда более неоднозначен, чем прямое копирование, и закон обязан учитывать эту двойственность так, как это нередко делалось в прошлом.

ПИРАТСТВО I

По всему миру, но особенно в Азии и Восточной Европе, работают компании, которые только берут чужой авторский контент, копируют его и продают — все без позволения правообладателя. Звукозаписывающая индустрия оценивает свои ежегодные потери от физического пиратства примерно в 4,6 миллиарда долларов США⁷² (это составляет, в среднем, один из трех компакт-дисков по всему миру). Американская ассоци-

⁷² IFPI (Международная федерация фонографической индустрии), The Recording Industry Commercial Piracy Report 2003, июль 2003 г., <http://www.ifpi.org/site-content/library/piracy2003.pdf>. См. также Ben Hunt, «Companies Warned on Music Piracy Risk», Financial Times, 14.02.2003, 11.

ация кинематографистов (МРАА) определяет свой ущерб от мирового пиратства в три миллиарда долларов в год.

Это явное и простое пиратство. Ничто в этой книге и во мнении большинства людей, обсуждающих предмет нашего разговора, не ставит под сомнение простой факт: эта деятельность преступна.

Это, однако, еще не доказывает, что для такого пиратства нельзя выдумать отговорок и оправданий. Мы могли бы, например, припомнить, что в первое столетие существования американской республики Америка не чтит иностранных копирайтов. Мы родились, в этом смысле, пиратской нацией. А потому с нашей стороны может показаться лицемерным столь настойчивое стремление убедить другие развивающиеся страны считать дурным то, что мы в первые сто лет нашего существования полагали правильным.

Это не слишком удачное оправдание. Технически наш закон не запрещал использование иностранных патентов, а лишь четко ограничивал свое действие созданным в США. Таким образом, американские издатели, публиковавшие иностранные материалы без разрешения зарубежных авторов не нарушали никаких законов. Напротив, копировщики в Азии нарушают азиатские законы. Там иностранные копирайты защищены, и действия копировщиков закон нарушают. Поэтому пиратство, которым они занимаются, является не только нравственным злом, но и преступлением против законности, и не только международных актов, но и собственных законов своей страны.

Верно, правда, и то, что эти местные законы азиатским странам навязали. Ни одна страна не может влиться в глобальную экономику, отказавшись охранять копирайт всем миром. Может, мы и родились пиратской нацией, но никому другому похожего детства иметь не позволим.

Однако если уважать суверенитет государства, то его законы — это его законы, независимо от их происхождения. Международное право, в рамках которого живут все нации, предоставляет им некоторые возможности избежать бремени закона об охране интеллектуальной собственности⁷³. На мой взгляд, преимуществом этой возможности должны пользоваться больше развивающиеся страны, но уж если они им не пользуются, тогда следует уважать их законы. А по их законам пиратство преступно.

⁷³ См. Peter Drahos with John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (New York: The New Press, 2003), 1013, 209. Соглашение о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность (TRIPS) обязывает стран-членов создать административные и правовые механизмы охраны интеллектуальных прав — довольно дорогое удовольствие для развивающихся экономик. Вдобавок, патентное право может привести к удорожанию продукции таких базовых отраслей, как сельское хозяйство. Критики TRIPS оспаривают несоразмерность бремени, возложенного на развивающиеся страны, и выгоды, которую извлекают промышленно развитые государства. TRIPS разрешает правительствам использовать патенты для общественных, некоммерческих целей без предварительной необходимости заручиться позволением держателя патента. Развивающиеся страны могут пользоваться этим, для того чтобы извлекать выгоду из иностранных патентов, доставшихся им по сходным ценам. Это многообещающая стратегия развития для стран третьего мира в рамках системы TRIPS.

Или можно попытаться оправдать пиратство, отметив, что, в любом случае, эта деятельность не наносит никакого вреда индустрии. Китайцы, получающие доступ к американским компакт-дискам по цене в 50 центов за копию, едва ли смогли бы купить те же американские CD по пятнадцать долларов за штуку. Так что никто на самом деле не лишается своих законных денег⁷⁴.

Это зачастую верно (хотя у меня есть знакомые, купившие тысячи пиратских DVD, и при этом, определенно, достаточно состоятельные, чтобы заплатить за весь этот контент) и, действительно, в какой-то степени умеряет вред, нанесенный подобной деятельностью. Экстремисты в такого рода дебатах любят заявлять: «Вы же не приходите в магазин Barnes & Noble и не воруете с полки книгу без оплаты. Почему же с онлайн-музыкой должно быть иначе?» Разница в том, разумеется, что, когда вы снимаете книгу с полки магазина, у того остается в продаже на одну книгу меньше. И напротив, если вы загружаете из компьютерной сети MP3-файл, в продаже не становится на CD меньше. Материя кражи неосязаемого отличается от материи кражи осязаемого.

Но и этот аргумент очень слабый. Хотя копирайт — это некое особое право собственности, но, все-таки, это право собственности. Как и всякое право собственности, копирайт дает владельцу возможность устанавливать условия распространения контента. Если правообладатель не желает его продавать, он и не обязан. Есть исключения: важные статутные лицензии на защищенный копирайтом контент вне зависимости от желания автора. Эти лицензии дают людям право «пользоваться» охраняемым копирайтом материалом, хочет ли владелец продавать его или нет. Но в тех случаях, когда закон не разрешает, чужим контентом пользоваться негоже, даже если это не причиняет никакого вреда. Если наша система собственности тщательно уравновешена с современными технологиями, посягать на чужую собственность без разрешения владельца нельзя. Именно в этом и кроется смысл «собственности».

Наконец, мы можем попробовать оправдать пиратство тем аргументом, что оно, в действительности, выгодно правообладателю. Когда китайцы «воруют» Windows, это ставит их в зависимость от «Майкрософта». «Майкрософт» теряет стоимость украденного программного обеспечения, зато обретает пользователей, привыкших жить в мире «Майкрософта». С течением времени и ростом национального достояния все больше людей будут покупать программы, а не воровать их. Выходит, благодаря тому, что со временем легальное приобретение ПО пойдет на пользу «Майкрософту», корпорация преуспевает за счет пиратства. Ес-

⁷⁴ Анализ экономического влияния технологии копирования см. в Stan Liebowitz, *Rethinking the Network Economy* (New York: Amacom, 2002), 14490. «В некоторых случаях... действие пиратства на способность правообладателя получить адекватный доход от своего творчества ничтожно. Очевидный пример — это случай, когда личность, занимающаяся пиратством, не приобрела бы оригинал, даже если бы у нее не было возможности пиратствовать». Там же, 149.

ли бы вместо пиратства Windows китайцы пользовались свободной операционной системой GNU/Linux, тогда они не стали бы, в конце концов, покупать продукцию «Майкрософта». Получается, не будь пиратства, «Майкрософт» оказалась бы в проигрыше.

Данный аргумент также отчасти верен. Стратегия на приручение хороша, и многие компании ее практикуют. Некоторые процветают благодаря этому. Студентам-юристам, например, предоставляют свободный доступ к двум крупнейшим юридическим базам данных. Компании-владельцы обеих надеются, что студенты так привыкнут к их сервису, что захотят пользоваться только им, а не каким-то другим, когда станут адвокатами (и должны будут покупать дорогую подписку).

Однако данный аргумент не вполне убедителен. Мы не защищаем алкоголь, когда тот крадет первую бутылку пива просто потому, что из-за этого повышается вероятность того, что он купит следующие три. Вместо этого мы обычно предоставляем компаниям возможность самим решать, когда лучше безвозмездно отдать свою продукцию. Если «Майкрософт» опасается конкуренции со стороны GNU/Linux, то может раздавать свое ПО бесплатно, как это сделали, например, с браузером Internet Explorer, для того чтобы победить Netscape. Право собственности наделяет автора правом решать, кто к чему имеет доступ. По крайней мере, обычно это так. Если же закон должным образом уравнивает права автора и права доступа к контенту, тогда нарушение закона преступно.

Таким образом, хотя я вполне осознаю все эти отговорки в поддержку пиратства, и, разумеется, хорошо понимаю их мотивы, усилия эти, направленные на оправдание коммерческого пиратства, на мой взгляд, в конце концов, просто неприемлемы. Этот вид пиратства вопиюще и очевидно преступен. Он не преобразует тот контент, который крадет. Он не трансформирует рынок, на котором конкурирует. Ничто не изменилось таким образом, чтобы поставить закон под сомнение. Такая форма пиратства — явное зло.

Но, как явствует из предыдущих четырех глав, даже если какое-то пиратство преступно, не всякое «пиратство» таково. Или, по крайней мере, не всякое «пиратство» — зло, если понимать данный термин в свете распространяющегося ныне мнения. Многие разновидности «пиратства» полезны и продуктивны для создания либо нового контента, либо новых форм бизнеса. Ни наша, ни чья-либо еще традиция никогда не запрещала всякое «пиратство» в таком смысле данного понятия.

Это не означает, что озабоченность пиратством последних лет не поднимает никаких вопросов в отношении того же пирингового файлообмена. Однако из этого следует, что мы должны тщательнее оценить ущерб, наносимый пиринговыми сетями, прежде чем отправлять на виселицу по обвинению в файлообмене.

Потому что, во-первых, подобно раннему Голливуду, р2р-сети обходят чрезмерный контроль индустрии. Во-вторых, как и индустрия звукозаписи на первых шагах, файлообмен просто эксплуатирует новое средс-

тво распространения контента, и, в-третьих, никто в пиринговых сетях, в отличие от кабельных каналов, не продает чужой контент.

Эти различия выделяют файлообмен из разряда настоящего пиратства, и они должны побудить нас найти способ защитить артистов, при этом позволяющий пиринговым сетям существовать.

ПИРАТСТВО II

Ключевая черта «пиратства», которое закон стремится искоренить, кроется в пользовании, «которое крадет у автора прибыль»⁷⁵. Отсюда мы должны определить факт и размер ущерба, наносимого файлообменом, прежде чем понять, насколько активно закону следует пресекать подобную деятельность или искать альтернативные методы обеспечить автору его доходы⁷⁶.

Пиринговый обмен получил известность благодаря Napster^у, однако его создатели не сделали никакого крупного технологического открытия. Как и всякое другое новшество в интернете (и, вероятно, вне его). Шон Феннинг со своей командой просто свели воедино компоненты, которые были разработаны независимо.

В результате случился взрыв. Заработав в июле 1999 года, Napster за девять месяцев набрал десять миллионов пользователей. Спустя восемнадцать месяцев в системе насчитывалось уже около восьмидесяти миллионов зарегистрированных пользователей⁷⁷. Суды быстро прикрикнули на Napster, но на его месте возникли другие сервисы (сейчас наиболее популярной р2р-сетью считается Kazaa, которая может похвастать более чем ста миллионами участников). Архитектурно системы этих служб отличаются, хотя функциональная разница не велика. Каждая из них открывает доступ к контенту для любого числа пользователей. Посредством пиринговой сети вы можете поделиться своими любимыми песнями с лучшим другом или с двадцатью тысячами лучших друзей.

Согласно ряду исследований, с файлообменной технологией ознакомились изрядная доля американцев. По подсчетам Ipsos-Insight, на сентябрь 2002 года около 60 миллионов американцев загружали музыку, из них 28% стар-

⁷⁵ Bach v. Longman, 98 Eng. Rep. 1274 (1777).

⁷⁶ См. Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller That Changed the Way We Do Business* (New York: HarperBusiness, 2000). Профессор Кристенсен поднимает вопрос, почему компании, формирующие рынок продукта и доминирующие на нем, зачастую неспособны найти максимально творческий, меняющий всю парадигму способ применения своих продуктов. Обычно такой успех выпадает на долю сторонних новаторов, весьма изобретательно переинventing уже существующую технологию. Обсуждение идей Кристенсена см. в Lawrence Lessig, *Future*, 8992, 139.

⁷⁷ See Carolyn Lochhead, «Silicon Valley Dream, Hollywood Nightmare», *San Francisco Chronicle*, 24.09.2002, A1; «Rock 'n' Roll Suicide», *New Scientist*, 6.07.2002, 42; Benny Evangelista, «Napster Names CEO, Secures New Financing», *San Francisco Chronicle*, 23.05.2003, C1; «Napster's Wake-Up Call», *Economist*, 24.06.2000, 23; John Naughton, «Hollywood at War with the Internet», (*London*) *Times*, 26.07.2002, 18.

ше двенадцати лет⁷⁸. Исследование NPD мая 2003 года, приведенное «Нью-Йорк Таймс», говорит о 43 миллионах граждан, пользовавшихся пиринговыми сетями для обмена контентом⁷⁹. Подавляющее большинство пользователей — дети. Точные цифры неизвестны, однако в файлообменных сетях — огромное количество «ворованного» контента. Легкость и дешевизна р2р-сетей подтолкнули миллионы к увлечению музыкой, доселе непривычному.

В чем-то это удовольствие грешит нарушением копирайта, в чем-то — нет. И даже в той части, что технически является нарушением копирайта, оценить действительный ущерб, нанесенный правообладателям, намного сложнее, чем вы думаете. Так что не спешите поддерживать противоположные мнения, что обычно высказываются в дебатах. Это касается и формы обмена, которую обеспечивает пиринг, и тот вид ущерба, который он наносит.

Участники файлообмена делятся друг с другом самым разнообразным контентом. Можно разделить его на четыре разновидности:

1. Есть люди, которые используют пиринговые сети вместо приобретения контента. Таким образом, когда выходит новый альбом Мадонны, вместо того чтобы купить диск, такие пользователи просто скачивают его из Сети. Невозможно однозначно ответить на вопрос, купили бы все они себе по одному CD, если бы не было возможность достать альбом задаром. Скорее всего, нет, но наверняка среди них есть и те, кто раскошелится бы. Последние представляют собой главную мишень: люди, загружающие контент вместо того, чтобы его купить.
2. Есть люди, использующие файлообменные сети для ознакомления с музыкой перед ее покупкой. Например, человек посылает приятелю MP3-файл какого-то исполнителя, о котором тот не слышал. Затем приятель покупает диск этого исполнителя. Это своеобразная целевая реклама, обреченная на успех. Если человек, рекомендуя альбом, ничего не добивается плохой рекомендацией, то, на самом деле, следует полагать, что рекомендации должны быть очень хорошими. Эффект такого сетевого обмена способен повысить продажи музыки.
3. Многие пользуются пиринговыми сетями для доступа к такому защищенному копирайтом материалу, который больше не продается, либо покупка его вне Сети обходится слишком дорого. Подобное использование р2р-сетей наиболее выгодно многим. Песни, которые помнишь с детства, но давно исчезнувшие с рынка, магическим образом вновь всплывают в Сети. (Одна знакомая рассказывала, что, открыв для себя Napster, она провела целый уикенд, «вспоминая» старые песни. Ассортимент доступного контента ее просто ошеломил). Для непродавшегося контента этот случай по-прежнему классифицируется как нарушение копирайта, хотя из-за того, что правообладатель больше не продает свой материал, экономи-

⁷⁸ См. Ipsos-Insight, TEMPO: Keeping Pace with Online Music Distribution (сентябрь 2002). В отчете указывается, что 28% американцев в возрасте двенадцати лет и старше загружали музыку из интернета, а 30% слушали цифровые музыкальные файлы на своих компьютерах.

⁷⁹ Amy Harmon, «Industry Offers a Carrot in Online Music Fight», New York Times, 6.06.2003, A1.

ческий ущерб нулевой — такой же, как если я продаю свою коллекцию «сорокопятка» шестидесяти лет местному коллекционеру.

4. Наконец, многие используют файлообмен для доступа к контенту, не защищенному копирайтом или свободно распространяемому правообладателем.

Как же уравновесить все эти разные виды обмена?

Давайте начнем с нескольких простых, но важных моментов. С точки зрения закона только последний пример обмена абсолютно легален. С экономической точки зрения явный вред наносит только первый случай⁸⁰. Обмен во втором случае незаконен, но при этом очевидно полезен. Третий вид обмена, хоть и нелегален, однако является благом для общества (из-за пользы расширенной популяризации музыки) и безвреден для артиста (так как иным образом его творчество недоступно). Поэтому трудно судить о том, как файлообмен отражается на балансе интересов. И уж конечно проблема гораздо сложнее, чем можно судить по всей нынешней риторике.

Степень пагубного воздействия пиринга во многом зависит от того, насколько вреден файлообмен первого типа. В точности, как Эдисон жаловался на Голливуд, композиторы — на пианолы, записывающие артисты — на радио, а вещатели — на кабельное телевидение, так же и музыкальная индустрия выражает недовольство файлообменом первого типа как «воровством, разрушающим» всю отрасль.

Во время как цифры явно говорят о вреде пиринга, степень этого ущерба оценить труднее. Звукозаписывающая индустрия давно взяла себе за правило винить технический прогресс в любом падении прибыли. История кассетной записи тому хороший пример. Как показывает исследование Cap Gemini Ernst & Young, «вместо того чтобы извлекать пользу из новой популярной технологии, лейблы стали с ней бороться»⁸¹. Лейблы утверждали, что каждый переписанный альбом приравнивается к непроданному, и когда продажи звукозаписей в 1981 году снизились на 11,4%, индустрия объявила это доказательством своей правоты. Все дело в технологии, и ее запрет или регулирование являются средством разрешения проблемы.

Однако вскоре, еще до того, как у Конгресса появилась возможность ввести в действие новый закон, начало вещание MTV, и объем продаж индустрии звукозаписи опять вырос. «В конце концов, — заключает Cap Gemini, — так называемый «кризис»... возник не по вине тех, кто перепи-

⁸⁰ См. Liebowitz, Rethinking the Network Economy, 14849.

⁸¹ См. Cap Gemini Ernst & Young, Technology Evolution and the Music Industry's Business Model Crisis (2003), 3. Данный отчет — о попытке музыкальной индустрии заклеить нарождавшуюся в 70-х гг. практику кассетной записи, в том числе при помощи рекламной кампании с использованием рисунка черепа в форме кассеты и надписи «Домашнее копирование убивает музыку». Когда возникла угроза со стороны цифровых кассет, Бюро технической экспертизы провело исследование потребительской практики. В 1988 году 40% потребителей старше десяти лет записывали музыку на кассеты. Конгресс США, Бюро технической экспертизы, Copyright and Home Copying: Technology Challenges the Law, OTA-CIT-422 (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, октябрь 1989 г), 14556.

сывал музыку на кассеты (данная практика не прекратилась и после появления MTV), а во многом был следствием стагнации в сфере музыкальных инноваций у крупных лейблов»⁸².

Однако если звукозаписывающие компании были не правы тогда, это еще не значит, что они ошибаются и теперь. Для того чтобы оценить реальную угрозу пирингового обмена для индустрии в частности и общества в целом (или, по крайней мере, для общества, унаследовавшего ту традицию, которая подарила нам киноиндустрию, индустрию звукозаписи, радио, кабельное телевидение и видеомагнитофоны), вопрос следует ставить не только о том, вреден ли обмен первого типа. Надо учитывать и то, насколько пагубным он является, и насколько полезны другие виды файлообмена.

Начнем ответ на данный вопрос с сетевого ущерба, который наносят пиринговые сети с точки зрения индустрии в целом. «Сетевой ущерб» для индустрии в целом — это то значение, на которое первый тип обмена превышает число случаев второго типа. Если бы звукозаписывающие компании продавали больше записей благодаря р2р-сетям как средству ознакомления, чем теряли бы из-за полного копирования и распространения, то файлообменные сети на деле приносили бы музыкальным компаниям уравновешенный доход. В таком случае сопротивляться пирингу им не было бы ни малейшего смысла.

Так ли это? Может ли индустрия в целом выгадать от файлообмена? Как ни странно, данные о продажах компакт-дисков говорят о том, что это примерно так.

В 2002 году RIAA сообщила, что продажи дисков упали на 8,9% — с 882 миллионов до 803 миллионов штук, а доходы снизились на 6,7%⁸³. Это подтверждает тенденцию последних нескольких лет. В том, как обстоят дела, RIAA винит интернет-пиратство, хотя есть много других причин, обуславливающих данное падение. Например, SoundScan указывает на двадцатипроцентное уменьшение количества реализованных CD с 1999 года. Вне сомнения, это объясняет, в некоторой степени, снижение продаж. По меньшей мере, отчасти в убыли виноваты и растущие цены. «В период с 1999 по 2001 годы средняя цена компакт-диска выросла на 7,2%, с \$13,04 до \$14,19»⁸⁴. Конкуренция со стороны других форм медиа также может быть

⁸² Конгресс США, Copyright and Home Copying, 4.

⁸³ См. Recording Industry Association of America, 2002 Yearend Statistics. Более поздний отчет отражает еще большие потери. См. Recording Industry Association of America, Some Facts About Music Piracy, 25.06.2003: «За прошедшие четыре года поставки музыкальных записей в Соединенных Штатах упали на 26% — с 1,16 млрд. до 860 млн. штук в 2002 году (по числу отгруженных дисков). В рамках продажи доходы снизились на 14% — с 14,6 млрд. до 12,6 млрд. долларов в минувшем году (на основании стоимости поставок в долларах США). Музыкальная индустрия в мировом масштабе потеряла в своей стоимости семь миллиардов — с 39 млрд. в 2000 г. до 32 млрд. долларов в 2002 г. (в долларовом эквиваленте продаж)».

⁸⁴ Jane Black, «Big Music's Broken Record», BusinessWeek online, 13.02.2003.

причиной некоторых потерь. Как отмечает в «Бизнес-Уик» Джейн Блэк, «звуковая дорожка к фильму «High Fidelity» по преискуранту стоит \$18,98, а сам фильм целиком можно приобрести на DVD за \$19,99»⁸⁵.

Но давайте предположим, что RIAA права, и весь спад в продажах компакт-дисков происходит из-за файлообмена в интернете. Вот в чем загвоздка: за тот же период, в который, по оценкам RIAA, было продано 803 миллиона CD, Американская ассоциация звукозаписывающих компаний подсчитала, что бесплатно в сети было загружено 2,1 миллиарда альбомов. Таким образом, хотя бесплатно скачано в 2,6 раза больше CD, чем продано, доходы от продаж упали всего на 6,7%.

Слишком много разных факторов действует комплексно, чтобы уверенно объяснить полученные цифры, но один вывод напрашивается сам собой. Звукозаписывающая индустрия постоянно вопрошает: «Какова разница между скачиванием песни и кражей диска?», но их же собственные данные определяют эту разницу. Если украсть диск, то в продаже останется диском меньше. Каждое такое присвоение есть утраченная продажа. Но если исходить из цифр, которые приводит RIAA, то абсолютно очевидно, что это утверждение по отношению к загрузкам неверно. Если бы каждая загрузка была утраченной продажей, если бы каждое использование Kazaa «лишало автора доходов», тогда индустрия пережила бы в минувшем году стопроцентное падение продаж, а не семипроцентное. Если бесплатно было загружено в 2,6 раза больше дисков, чем продано, а доходы от продаж снизились лишь на 6,7%, значит, между «скачиванием песни и кражей CD» огромная разница.

Ущерб есть — предположительный и, возможно, преувеличенный, но, допустим, реальный. А как насчет выгод? Файлообмен, может быть, и влетает звукозаписывающей индустрии в копеечку. А что полезного он ей приносит в дополнение к наносимому вреду?

Одной из выгод является обмен третьего типа, делающий доступным контент, который технически все еще охраняется копирайтом, но недоступный больше в торговой сети. Это не маленькая категория: миллионы песен там уже нет⁸⁶. Несмотря на очевидное обстоятельство, что часть такого контента недосыгаема по желанию самого исполнителя, подавляющее большинство подобной музыки недоступно исключительно потому, что издатель или распространитель не видит экономического смысла в ее переиздании.

В реальности — задолго до интернета — рынок эту проблему решал очень просто: при помощи магазинов, торгующих подержанными книгами и

⁸⁵ Jane Black, *op.cit.*

⁸⁶ По имеющимся данным, 75% реализованной крупными лейблами музыки больше не переиздается. См. Online Entertainment and Copyright Law—Coming Soon to a Digital Device Near You: слушания в сенатском правовом комитете, 107-ой Конгресс, первая сессия (3.04.2001) (подготовленный доклад коалиции «Будущее музыки»), http://www.futureofmusic.org/images/FMC_testimony_4.3.01.pdf.

дисками. Сегодня в Америке тысячи таких магазинов⁸⁷. Такие магазины скупают контент у владельцев, затем перепродают его. И по американским законам правообладатель не получает ни гроша от того, что они скупают и продают контент, даже все еще защищенный копирайтом. Магазины подержанных книг и дисков — коммерческие предприятия, владельцы которых зарабатывают на продаваемом контенте. Но, как и в случае с кабельными компаниями до статутного лицензирования, они ничего не должны правообладателю за продаваемый ими контент.

Получается, обмен третьего вида очень похож на лавки букинистов или торговцев подержанными дисками. Отличия, разумеется, серьезные, потому что человек, выкладывающий контент в интернете, денег с этого никаких не имеет. Вдобавок, если я на самом деле продам пластинку, то у меня ее больше не будет, а в киберпространстве, если кто-то у меня скопирует запись «Two Love Songs» Бернштейна 1949 года, она у меня по-прежнему останется. Здесь была бы экономическая подоплека, если бы правообладатель продавал свою запись, конкурируя с моим предложением. Но мы ведем речь о том виде контента, который теперь коммерчески недоступен. Интернет делает его достижимым, хоть и кооперативно-обменным, но не конкурирующим с рынком.

Очень может быть, с учетом всех тонкостей окажется, что правообладатель должен что-то с этого иметь. Но из одного предположения о возможном улучшении дел еще не следует, что надо позакрывать все букинистические магазины. Иными словами, если вы считаете, что обмен третьего вида надо прекратить, то не следует ли тогда прикрыть и библиотеки с букинистическими лавками?

Наконец, возможно, самое главное: файлообменные сети обеспечивают возможность обмена четвертого типа — контентом, которым правообладатели хотят делиться и на который не распространяется авторское право. Такой обмен безусловно выгоден авторам и обществу. Писатель-фантаст Кори Доктороу, например, опубликовал свой новый роман «Кавардак в Волшебном королевстве» бесплатно в онлайн одновременно с началом продаж в книжных магазинах. И сам он, и его издатель пришли к мнению, что онлайн-новое распространение книги послужит хорошей рекламой бумажному изданию. Люди читают часть книги в онлайн, а потом уже будут решать, понравилась им книга или нет. Если понравится, то они скорее ее купят. Контент Доктороу относится к четвертому типу. Если пиринговые сети дают такую возможность распространения, то и автору, и обществу от этого только лучше. (На самом деле, гораздо лучше: это отличная книга!)

⁸⁷ Хотя и нет точных подсчетов количества магазинов, продающих подержанные диски, зато в 2002 году в Соединенных Штатах насчитывалось 7198 букинистических лавок — на двадцать процентов больше, нежели в 1993 году. См. Book Hunter Press, *The Quiet Revolution: The Expansion of the Used Book Market* (2002). Продажи подержанных дисков достигли 260 миллионов штук в 2002 году. См. National Association of Recording Merchandisers, «2002 Annual Survey Results».

То же относится и к произведениям из разряда общественного достояния. Подобный вид обмена выгоден обществу и не наносит вовсе никакого ущерба авторам. Если усилия по разрешению проблемы с обменом первого типа сведут на нет возможность обмена четвертого типа, мы потеряем нечто очень важное, защищая контент первого вида.

Суть всех этих рассуждений в следующем. Пока индустрия звукозаписи жалуется: «Вот сколько мы теряем», давайте спросим себя: «А сколько общество приобрело с появлением пиринга? Какова отдача? Какой контент в противном случае был бы недоступен?»

Потому как в отличие от пиратства, которое я описывал в первой части этой главы, большинство файлообменного «пиратства» явно законно и полезно. И подобно пиратству, описанному в четвертой главе, это пиратство вызвано, прежде всего, новым средством распространения контента. И породили его технологии распространения. Таким образом, в соответствии с традицией, подарившей нам Голливуд, радио, индустрию звукозаписи и кабельное телевидение, нам следует задаться вопросом, как лучше сохранить выгоду от файлообмена, минимизировав (до возможного уровня) его пагубное действие на авторов. Это вопрос равновесия. Закон должен установить это равновесие, а найти его можно только со временем.

«Но разве не ведется война только с нелегальным обменом? Разве мишенью не является первый вид обмена?»

Можно было бы так думать, и хочется надеяться, что это так. Но увы... Эффект от предположительной борьбы с одним только первым типом обмена распространился намного шире. Это очевидно уже из одного только дела *Napster*'а. Когда *Napster* объявил окружному суду, что подготовил технологию, блокирующую передачу 99,4% материалов, определенных как нарушающих копирайт, суд ответил представителю *Napster*'а, что 99,4% — это недостаточно. *Napster* обязан был «свести посягательства на нет»⁸⁸.

Если 99,4% недостаточно, то это война с файлообменными технологиями, а не с нарушениями копирайта. Невозможно удостовериться, что р2р-система всегда действует в рамках закона. А можно ли убедиться в том, что все до единого видеомэгафоны, копировальные аппараты или ружья используются в рамках закона? Абсолютная нетерпимость означает полное искоренение пиринга. Решение суда подразумевает, что нашему обществу придется расстаться с выгодами файлообмена, даже с совершенно легальными благами, которые он несет, просто для того, чтобы убедиться в полном отсутствии нарушений копирайта в р2р-сетях. Абсолютная нетерпимость в нашей истории уникальна. И не она породила ту индустрию контента, которую мы теперь имеем. История американского права — это процесс нахождения баланса. Когда технологии изменяли спо-

⁸⁸ См. Transcript of Proceedings, In Re: *Napster* Copyright Litigation at 34–35 (N.D. Cal., 11.07.2001), nos. MDL-00-1369 MHP, C 99-5183 MHP. Отчет о решении и его действии на *Napster* см. у Joseph Menn, *All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster* (New York: Crown Business, 2003), 26982.

соб распространения контента, закон через некоторое время приспособился к новинкам. В этом приспособлении закон стремился обеспечить обоснованные права авторов, одновременно оберегая инновации. Иногда это приводило к расширению прав создателей, иногда — к их ограничению. Как мы уже видели, когда «механическое воспроизведение» угрожало интересам композиторов, Конгресс уравнивал их права с интересами звукозаписывающей индустрии. Права гарантировались не только композиторам, но и записывающим исполнителям. Композиторы получали свои деньги, но по тарифам, установленным Конгрессом. Однако когда радио стало транслировать записи, сделанные артистами, и те пожаловались Конгрессу на неуважение к их «интеллектуальной собственности» (поскольку радиостанции не должны были платить им за трансляцию их творчества), Конгресс им отказал. Косвенной выгоды было достаточно. Кабельное телевидение пошло по пути альбомных записей. Когда суды отвергли требование обязать кабельщиков выплачивать за контент, который они ретранслируют, Конгресс отреагировал на это введением права вещателей на компенсацию, но в размере, установленном законом. Это точно так же дало право кабельным компаниям на распространение контента в случае уплаты статутной стоимости.

Данный компромисс, подобный тому, что узаконил звукозаписи и пианолы, служил двум важным целям, на деле же — двум ключевым моментам любого законодательства о копирайте. Во-первых, закон обеспечил свободу новаторам разрабатывать новые средства доставки контента. Во-вторых, закон гарантировал правообладателям оплату распространяемого контента. Опасность крылась в том, что если бы Конгресс просто потребовал от кабельного телевидения расплатиться с правообладателями по тем ставкам, которые бы они запросили, то правообладатели в сговоре с вещателями использовали бы всю свою мощь, чтобы задушить новую технологию — кабельное телевидение. С другой стороны, если бы Конгресс разрешил кабельщикам бесплатно использовать контент вещателей, получилось бы несправедливое субсидирование кабельного телевидения. Таким образом, Конгресс выбрал путь, который гарантировал вознаграждение, но не наделял прошлое (вещателей) властью над будущим (кабельщиками).

В том же году, когда Конгресс урегулировал эти отношения, два крупных производителя и прокатчика фильмов подали в суд на другую технологию — видеомэгнитофон «Бетамакс» производства компании Sony. Требования Disney и Universal были относительно простыми: Sony, по мнению истцов, создала устройство, позволявшее потребителям нарушать копирайт. Так как устройство Sony имело кнопку «запись», его можно было использовать для записи охраняемых авторским правом фильмов и шоу. Таким образом, Sony наживалась на нарушении потребителями ее продукции закона о копирайте. Получается, считали Disney и Universal, что компания несет частичную ответственность за подобные посягательства. В требовании Disney и Universal было нечто примечательное. Sony действите-

льно решила создать аппарат, чрезвычайно упрощающий запись телепередач. Компания могла сделать так, чтобы прямое копирование передачи блокировалось или запрещалось. Или, быть может, аппарат можно было создать таким образом, чтобы он копировал лишь при наличии специального сигнала, разрешающего запись трансляции. Понятно, что многие телешоу не выдавали никаких разрешений на копирование. Если бы кто и заинтересовался этим, большинство программ, несомненно, выходили бы безо всякого разрешения на копирование. Предвидя эту очевидную ситуацию, Sony могла бы создать такую систему, которая свела бы к минимуму возможность нарушения копирайта. Компания этого делать не стала, и за это Disney и Universal сбирались привлечь ее к ответу — за выбранную архитектуру устройства.

Президент Американской ассоциации кинематографистов (МРАА) Джек Валенти выступил самым ярким защитником студий. Валенти называл видеомэгниетофоны «ленточными червями». Он предостерегал: «Если в стране появятся 20, 30, 40 миллионов видеомэгниетофонов, мы будем захвачены «ленточными червями», поразившими самое сердце и суть наивысшей ценности правообладателя — его копирайт»⁸⁹. «Не надо быть сведущим в сложностях маркетинга и креативном мышлении, — обращался Валенти к Конгрессу, — чтобы осознать масштабы опустошения на послепродуктном рынке, вызванного сотнями миллионов записей, которые погубят будущее творческого сообщества в этой стране. Это просто вопрос основ экономики и здравого смысла»⁹⁰. В действительности, как покажут последующие исследования, часть владельцев видеомэгниетофонов имели коллекции из десяти и более видео⁹¹ — использование, которое суд позднее признает «незаконным». «Позволив владельцам видеомэгниетофонов свободно копировать вне рамок закона о копирайте и не создав механизма компенсации правообладателям, — отмечал Валенти, — мы лишаем владельцев права на их собственность — эксклюзивного права контролировать использование их произведений, то есть следить за тем, кто может копировать их творчество и получать с этого прибыль»⁹².

На разрешение этого дела Верховному суду понадобилось восемь лет. А тем временем, девятая выездная сессия окружного апелляционного суда, в юрисдикцию которого входит Голливуд (ведущий судья Алекс Козински, который председательствует на этом суде, называет его «Голливудским апелляционным»), постановила, что Sony несет ответственность за нарушения копирайта, которые стали возможны благодаря продукции компании. По решению девятой сессии эта общеизвестная технология, которую Джек Валенти окрестил «бостонским душителем американской

⁸⁹ Copyright Infringements (Audio and Video Recorders): слушания по S. 1758 перед сенатским правовым комитетом, 97-ой Конгресс, первая и вторая сессии, 459 (1982) (заявление Джека Валенти, президента МРАА).

⁹⁰ Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 475.

⁹¹ Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 480 F. Supp. 429, (C.D. Cal., 1979).

⁹² Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 485 (заявление Джека Валенти).

киноиндустрии» (даже хлеще — это был «японский бостонский душитель американской киноиндустрии»), сделалась незаконной⁹³.

Однако Верховный суд отменил решение девятой выездной сессии. И, отменив его, суд четко определил свою точку зрения на обстоятельства, при которых суды должны вмешиваться в подобные споры. В решении значителен следующее:

«Здравая политика, равно как и история, поддерживают наше последовательное обращение в Конгресс в случае, когда существенные технологические новации изменяют рынок материалов, находящихся под охраной закона об авторском праве. Конгресс облечен конституционными полномочиями и установленной властью полностью приспособлять различные изменения конкурирующих интересов, неизбежно вызываемые такими новыми технологиями»⁹⁴.

К Конгрессу обращались с требованием отреагировать на решение Верховного суда. Однако Конгресс жалобу игнорировал — как и жалобу записывающих артистов на радиостанции. Он рассудил, что американскому кино «хватает», несмотря на такую «потерю». Если сложить вместе все эти случаи, получается ясная картина:

Дело	На чью ценность покушались	Судебное решение	Решение Конгресса
Звукозаписи	Композиторы	Никакой защиты	Статутная лицензия
Радио	Исполнители	Защита невозможна	Ничего
Кабельное ТВ	Вещатели	Никакой защиты	Статутная лицензия
Видеомагнитофоны	Создатели фильмов	Никакой защиты	Ничего

В каждом из случаев новая технология меняла способ распространения контента⁹⁵. Во всех случаях в нашей истории это изменение приводило к тому, что у кого-то появлялся «открытый доступ» к чужому творчеству. Ни в одном из этих случаев ни суды, ни Конгресс не искоренили свободного использования. Ни разу суды или Конгресс не настаивали на том, чтобы закон гарантировал правообладателю право на возврат всей стоимости созданного

⁹³ Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 659 F. 2d 963 (9th Cir. 1981).

⁹⁴ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 431 (1984).

⁹⁵ Это наиболее важные примеры из истории, но имели место и другие случаи. Технология записи цифровых аудиокассет (DAT), например, регулировалась Конгрессом в целях минимизировать риск пиратства. Принятое Конгрессом решение действительно отяготило производителей посредством налога на продажу цифровых кассет и контроля за технологией DAT. См. Audio Home Recording Act of 1992 (Title 17 of the United States Code), Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237, codified at 17 U.S.C. §1001. Однако опять-таки данное решение не устранило совсем возможности свободного копирования в описанном мной смысле. См. Lessig, Future, 71. См. также Picker, «From Edison to the Broadcast Flag», University of Chicago Law Review 70 (2003): 29396.

контента. Каждый раз правообладатели жаловались на «пиратство». Каждый раз Конгресс признавал действия «пиратов» отчасти легитимными. Каждый раз Конгресс позволял новой технологии извлекать выгоду из ранее произведенного контента. Противоборствующие интересы уравнивались.

Если поразмыслить над этими примерами и другими случаями, приведенными в первых четырех главах, понимаешь резонность такого баланса. Был ли Уолт Дисней пиратом? Стали бы додзинси лучше, если бы их создателям пришлось испрашивать разрешение? Следует ли лучше регулировать использование инструментов, позволяющих делать и распространять снимки, чтобы культивировать и критически осмыслять нашу культуру? Неужели справедливо, что создание поискового движка грозит пятнадцатимиллионным иском о возмещении ущерба? А было бы лучше, если бы Эдисон контролировал кинематограф? Должна ли каждая группа, чтобы записать ремикс песни, нанимать адвоката и просить разрешения?

На все эти вопросы можно ответить утвердительно, но наша традиция отвечала отрицательно. Как гласит заявление Верховного суда, «копирайт никогда не давал правообладателю полного контроля над всеми возможными видами использования его творчества»⁹⁶. На самом деле, в каждом конкретном случае закон руководствовался балансом между пользой от эксклюзивного права и отягощением, которое оно несет. И этот баланс исторически устанавливался после окончательного созревания технологии или ее встраивания в систему технологий, обеспечивающих распространение контента. Сегодня нам следует поступать так же. Интернет-технологии меняются быстро. Способ доступа людей в интернет (проводной против беспроводного) меняется очень быстро. Без сомнения, Сеть не должна стать инструментом «воровства» у артистов. Но и закон не должен превращаться в инструмент утверждения одного-единственного способа оплаты труда артистов (или, если быть точным, распространителей). Как я подробнее опишу в последней главе, нам следует гарантировать доходы артистам, при этом позволив рынку находить наиболее эффективный метод продвижения и распределения контента. Это потребует изменений в законе – по крайней мере, промежуточных. Такие изменения должны уравнивать опеку закона и мощный общественный интерес в поддержании инноваций.

Это особенно верно в случае, когда новая технология предлагает гораздо более совершенный способ распространения. С пирингом именно это и произошло. Технологии р2р могут быть идеально эффективными в продвижении контента в необычайно разнообразной Сети. Если дать им развиваться, они способны сделать Сеть намного эффективнее. Однако эти «потенциальные общественные выгоды», как пишет Джон Шварц в «Нью-Йорк Таймс», «могут быть отсрочены войной с пирингом»⁹⁷. Тем не менее, когда кто-нибудь заговаривает о «балансе», сборники копирайта приводят другой

⁹⁶ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, (1984).

⁹⁷ John Schwartz, «New Economy: The Attack on Peer-to-Peer Software Echoes Past Efforts», New York Times, 22.09.2003, С3.

аргумент. «Все эти славословия балансу и стимулированию, — говорят они, — оставляют без внимания один фундаментальный момент. Наш контент, — настаивают они, — это наша собственность. Почему мы должны ждать, пока Конгресс «перераспределит» наши права собственности? Разве надо медлить со звонком в полицию, когда у вас крадут машину? И почему Конгресс вообще должен обсуждать достоинства этой кражи? Разве надо спрашивать у вора, для благого ли дела он украл машину, прежде чем арестовать его?» «Это наша собственность, — настаивают воинствующие правообладатели, — и ее следует оберегать так же, как любую другую».

СОБСТВЕННОСТЬ

Поборники копирайта правы: копирайт — это вид собственности. Им можно владеть и торговать, а закон предотвращает его кражу. Обычно правообладатель назначает любую цену на свой копирайт. Рынки оценивают спрос и предложение, которые отчасти определяют цену, которую можно за копирайт выручить.

Но, говоря обычным языком, называть копирайт правом «собственности» несколько неверно, так как собственность авторского права — это странный вид собственности. На деле, сама идея собственности на какую-то идею или некое ее выражение представляется странной. Понятно, что я беру, если я взял стол для пикника с вашего заднего двора. Я беру вещь, стол для пикника, и после того как я его забрал, у вас больше нет этого стола. Но что я беру, когда заимствую у вас хорошую идею поставить стол для пикника на заднем дворе? Например, пойду в магазин Sears, куплю стол и поставлю его на заднем дворе. Что же в таком случае я взял?

Дело тут не просто в вещественности столиков для пикника по сравнению с идеями, хотя это и важное отличие. Суть же заключается в том, что обычно (практически всегда, кроме исключительных случаев) идеи, увидевшие свет, свободны. Я ничего не отбираю у вас, если копирую вашу манеру одеваться, хотя может показаться чудным, если делать это каждый день, и особенно диким, если вы женщина. Напротив, как выразился Томас Джефферсон (и это особенно верно в случае подражания кому-то в одежде): «Тот, кому досталась от меня моя идея, воспринимает ее сам, не умаляя при этом меня; не тень, но отблеск света отбрасывает он на меня»⁹⁸.

Исключены из свободного использования идеи и средства выражения, попадающие в сферу действия законодательства о патентах и копирайте, а так-

⁹⁸ Письмо Томаса Джефферсона Айзеку Макферсону (13.08.1813) в «Трудах Томаса Джефферсона», том 6 (Andrew A. Lipscomb and Albert Ellery Bergh, eds., 1903), 330, 33334.

же еще несколько случаев, которые мы рассматривать здесь не будем. Вот в таком случае право запрещает присваивать мои идеи или их воплощение без моего разрешения: закон превращает неосязаемое в собственность.

Однако, тут важно как, до какой степени и в какой форме. Иными словами, важны детали. Чтобы отчетливее себе представлять, как возникла данная практика превращения неосязаемого в собственность, нам потребуется поместить эту «собственность» в соответствующий контекст⁹⁹.

Для этого я выберу ту же самую стратегию, которой пользовался в предыдущей части. Предлагаю вашему вниманию четыре истории, которые помогут поместить в надлежащий контекст идею о «защищенном копирайтом материале как собственности». Откуда это пошло? Каковы ограничения? Как это осуществляется на практике? После этих примеров значение верного постулата о «защищенном копирайтом материале как собственности» станет намного яснее, а подтекст раскроется в совершенно ином свете, нежели тот, в котором пытаются представить его поборники копирайта.

⁹⁹ Как учили практики американского права, всякие права собственности неосязаемы. Право собственности есть просто право индивидуума по отношению к остальному миру делать или не делать некие определенные вещи, которые могут быть связаны или не связаны с каким-либо физическим объектом. Само право неосязаемо, даже если осязаем объект, с которым оно (метафорически) связано. См. Adam Mossoff, «What Is Property? Putting the Pieces Back Together», *Arizona Law Review* 45 (2003): 373, 429 n. 241.

VI глава

О С Н О В А Т Е Л И

Уильям Шекспир написал «Ромео и Джульетту» в 1595 году. Пьесу впервые опубликовали в 1597 году. Это было одиннадцатое по счету знаменитое произведение Шекспира. Он продолжил писать пьесы до 1613 года, и с тех пор они во многом представляют англо-американскую культуру. Труды писателя шестнадцатого века так глубоко проникли в нее, что мы часто даже не осознаем их происхождения. Однажды я подслушал чей-то комментарий к интерпретации «Генриха V» Кеннета Брейны: «Мне понравилось, но у Шекспира так много клише».

В 1774 году, почти через 180 лет после написания «Ромео и Джульетты», эксклюзивный «копирайт» на данное произведение все еще принадлежал, по мнению многих, единственному лондонскому издателю, Джейкобу Тонсону¹⁰⁰. Тонсон был наиболее выдающимся членом небольшой группы издателей под названием «Угорь»¹⁰¹, контролировавшей книготорговлю в Англии XVIII века. «Угорь» претендовал на вечное право контролировать «копирование» книг, которые он приобретал у авторов. Такое вечное право подразумевало, что никто другой не мог публиковать копии книги, копирайтом на которую владели члены «Угря». Таким образом, цены на классические произведения оставались

100 Джейкоба Тонсона обычно упоминают в связи с выдающимися литераторами восемнадцатого века, особенно Джоном Драйденом, и прекрасными «полными изданиями» классики. Вдобавок к «Ромео и Джульетте», он опубликовал замечательную серию книг, до сих пор остающихся каноническими для английской литературы. Это труды Шекспира, Бена Джонсона, Джона Мильтона и Джона Драйдена. См. Keith Walker, «Jacob Tonsol, Bookseller», *American Scholar* 61:3 (1992): 42431.

101 Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville: Vanderbilt University Press, 1968), 15152.

высокими, конкуренция со стороны изданий получше или подешевле была устранена.

1774 год... Для тех, кто хоть немного знаком с законодательством об авторском праве, это может показаться странным. Самая общеизвестная в истории копирайта дата — 1710 год, когда британский парламент принял первый закон о «копирайте», так называемый Статут Анны. Он устанавливал четырнадцатилетний срок действия копирайта для всех публикаций. Его можно было возобновить один раз при жизни автора, а все произведения, опубликованные до 1710 года, получали одноразовый двадцатиоднолетний срок копирайта¹⁰². По этому закону «Ромео и Джульетта» должна была стать общественным достоянием в 1731 году. Так почему же тогда она все еще оставалась под контролем Тонсона в 1774 году?

Дело в том, что англичане к тому времени еще не уяснили для себя сути «копирайта», да и нигде в мире смысла авторского права тогда еще не определили. Когда в Англии приняли Статут Анны, других законодательных актов в этой области не было. Срок действия последнего закона, регулировавшего деятельность издателей, — Акта о лицензировании 1662 года, — истек в 1695 году. Этот акт предоставлял издателям монополию на публикации, дабы облегчить королевским властям контроль над изданиями. А по истечении срока его действия никакого определенного закона, наделявшего издателей (или «книготорговцев») эксклюзивным правом печатать книги, не осталось.

Определенного закона не осталось, но это не значит, что никакого закона не было вовсе. В том, что касается определения правил, по которым следует регулировать поведение граждан, англо-американская юридическая традиция опирается как на законодательные органы власти, так и на решения судей. Тексты принятых законодательных актов мы называем «определенными нормами», а решения судей относим к «общему праву». Общее право определяет фон, на котором действуют законодательные акты. Они же, как правило, могут доминировать над общим правом, только если принят вытесняющий его закон. Так что, в действительности, после истечения срока действия законов о лицензировании вопрос заключался в том, встанет ли общее право на защиту копирайта независимо от любых нормативных актов.

Данный вопрос был очень важен для издателей (или «книготорговцев», как их тогда называли), потому что они испытывали растущую конкуренцию со стороны иностранных издателей. В частности, шотландцы все активнее публиковали книги и экспортировали их в Англию. Эта конкуренция урезала доходы «Угря», который в ответ потребовал от парламента принять закон, который снова обеспечит им исключительный контроль над издательским делом. Это требование, в конце концов, и воплотилось в виде Статута Анны.

¹⁰² Как точно подметил Шива Вайдхьянатан, называть Статут Анны «законом о копирайте» ошибочно. См. Vaidhyanathan, Copyrights and Copywrongs, 40.

Статут Анны давал автору или «владельцу» книги эксклюзивное право на ее печать. Однако, к ужасу книготорговцев, важное примечание в законе обуславливало, что такое право имеет ограниченный срок действия. По окончании данного срока копирайт «истекал», и произведение переходило в разряд общедоступных, которые могли публиковать все. Так, по крайней мере, предусматривал закон.

А вот над чем тут стоит поломать голову, так это над тем, зачем парламенту понадобилось ограничивать исключительные права. Не в том вопрос, почему они установили особые временные рамки, а зачем вообще им понадобилось ограничивать права?

А ведь у книготорговцев и авторов, которых они представляли, были самые веские аргументы. Возьмите, для примера, «Ромео и Джульетту». Пьесу написал Шекспир. Его гений подарил ее всему миру. Ни на чью собственность при создании своего произведения он не покушался (пусть утверждение спорно, но это совершенно другой разговор) и, написав эту пьесу, нисколько не усложнил другим создание собственных пьес. Так почему же закон вообще позволяет кому-то просто брать и пользоваться творениями Шекспира без разрешения самого автора или его агента? Чем оправдать разрешенное «хищение» шекспировских трудов? Ответ будет двойственным. Для начала следует разглядеть нечто особенное в понятии «копирайта», бытовавшем во времена королевы Анны. Во-вторых, надо не упустить из виду нечто важное в фигурах этих «книготорговцев».

Во-первых, о копирайте. За последние триста лет мы привыкли трактовать понятие «копирайта» намного шире. Однако в 1710 году это было не столько отдельное положение, сколько весьма специфическое право. Копирайт возник в виде особого ряда ограничений, запрещавших перепечатывать книги. В 1710 году «копирайт» означал право использовать специальную машину для репликации отдельного произведения. За рамки этого узкого понятия копирайт не распространялся. Не контролировал он в каком-либо более широком смысле и прочие возможные способы использования авторской работы. Сегодня это право объединяет в себе целый набор запретов, ограничивающих свободу других людей. Копирайт теперь дает автору исключительное право копировать, распространять, исполнять и так далее.

Поэтому, например, даже если бы копирайт на шекспировские труды действовал вечно, все это в буквальном смысле означало бы, что никто не может перепечатывать произведения Шекспира без разрешения его агента. Ничего другого такой копирайт не контролировал бы, как, например, любые постановки пьес, переводы или фильмы Кеннета Брейны. «Копирайт» был только эксклюзивным правом на печать — ни больше, но и, разумеется, не меньше.

Однако даже такое ограниченное право рассматривалось британцами скептически. У них имелся долгий и неприглядный опыт борьбы с «исклю-

чительными правами», особенно с «исключительными правами», предоставленными короной. Отчасти, англичане вели свою гражданскую войну против монархической практики раздачи монополий, в особенности монополий на уже существующие производства. Король Генрих VIII выдал патент на печать Библии и предоставил Дарси монополию на выпуск играль-ных карт. Английский парламент поднялся на борьбу с властью короны. В 1656 году он принял Статут о монополиях, ограничивший их патентами на новые изобретения. И к 1710 году парламенту уже не терпелось разделаться с нарождающейся монополией в издательском деле.

Таким образом, «копирайт», будучи монопольным правом, естественно рассматривался как право, требующее ограничения. Как бы убедительно ни звучала фраза «это моя собственность, и я должен владеть ей вечно», попытайтесь произнести поубедительнее: «Это моя монополия, и я должен обладать ей вечно». Государство встает на защиту эксклюзивного права, но только до тех пор, пока это выгодно обществу. Британцы видели вред в защите особых интересов и приняли закон против них. Во-вторых, о книготорговцах. Дело не просто в том, что копирайт был монополией. Он, вдобавок, был еще и монополией книготорговцев. Это сейчас нам книготорговцы кажутся безобидными и привлекательными, в Англии же семнадцатого века они были не такими уж паиньками. Члены «Угря» все чаще видели в роли монополистов наихудшего вида — в качестве орудий королевских репрессий, продающих свободу Англии за гарантированный кусок монопольной прибыли. Монополистов этих подвергали резким нападкам. Мильтон описывал их как «старых патентовладельцев и монополизаторов книготорговли». Поэтому для него они и не были «людьми, отдающими себя той честной профессии, которой посвящено учение»¹⁰³.

Многие полагали, что власть книготорговцев мешала просветительству, а Просвещение, в то же время, учило важности образования и повсеместного распространения знаний. Идея освобождения знания была отличительной чертой того времени, но ей противоречили мощные коммерческие интересы.

Для уравнивания этой силы парламент решил обострить конкуренцию в книготорговле, и проще всего этого можно было добиться, обеспечив изобилие ценных книг. Таким образом, парламент ограничил срок копирайта и, тем самым, гарантировал свободное переиздание ценных книг любым издателем по истечении определенного срока. Выходит, установление двадцатидесятилетнего срока для действующих копирайтов стало компромиссом в борьбе с могуществом книготорговцев. Ограничение сроков являло собой не прямой путь к оживлению конкуренции среди издателей, а, значит, и преумножения и распространения культуры.

¹⁰³ Philip Wittenberg, *The Protection and Marketing of Literary Property* (New York: J. Messner, Inc., 1937), 31.

Как только подошел 1731 год (1710 + 21), книготорговцы, однако, забеспокоились. Они предвидели последствия обострения конкуренции, и, как любому участнику противоборства, эти последствия были им не по нутру. Поначалу книготорговцы просто игнорировали Статут Анны, продолжая настаивать на вечном праве контроля над публикациями. Однако в 1735 и 1737 годах они попытались убедить парламент в необходимости продления сроков действия копирайта. Двадцати одного года недостаточно, говорили они, им нужно больше времени. Парламент отверг их просьбы. Один памфлетист описал это словами, отдающимися эхом и в наши дни:

«Не вижу причины для предоставления дополнительного срока, которое, вдобавок, приведет впоследствии к возобновлению действия копирайта снова и снова, как только истечет предшествующий срок. Стоит этому законопроекту пройти, и на деле он установит вечную монополию – признанно одиозное, с точки зрения закона, явление. Она вызовет паралич торговли, расхолодит образование, не принесет выгоды авторам, только ляжет тяжким налоговым бременем на общественность. И все это только ради того, чтобы увеличить личную выгоду книготорговцев»¹⁰⁴.

Потерпев неудачу в парламенте, издатели обратились к судам, последовал ряд исков. Их аргументы были просты и прямолинейны. Статут Анны дал авторам определенную защиту через нормативные акты, но они не подменяют собой общего права. Вместо этого они призваны дополнять общее право. По меркам последнего, негоже брать чужую «собственность» и пользоваться ею без разрешения. Статут Анны, утверждали книготорговцы, не изменил этого положения. Таким образом, само истечение защитного действия по Статуту Анны еще не означает, что вышел срок действия общего права. Согласно ему, книготорговцы были вправе запретить публикацию книги, даже если копирайт по Статуту Анны закончился. Это, по утверждению книготорговцев, единственный способ защитить авторов.

Это был умный аргумент, его поддержал ряд ведущих юристов того времени. А еще это была невероятно наглая демонстрация. До той поры, как отметил профессор права Рэймонд Паттерсон, «издатели... заботились об авторах ровно столько же, сколько хозяин ранчо о своем скоте»¹⁰⁵. Книготорговцу не было совершенно никакого дела до авторских прав. Его интерес упирался в монопольную прибыль, которую приносила работа автора.

¹⁰⁴ Письмо члену парламента по поводу законопроекта, находящегося на рассмотрении в Палате общин, и в поддержку повышения эффективности закона от восьмого года правления королевы Анны, озаглавленного Актом о поощрении образования посредством наделения копиями печатных книг авторов и покупателей данных копий на нижеуказанный период времени (Лондон, 1735 г.), in Brief Amici Curiae of Tyler T. Ochoa et al., 8, Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618).

¹⁰⁵ Lyman Ray Patterson, «Free Speech, Copyright, and Fair Use», Vanderbilt Law Review 40 (1987): 28. For a wonderfully compelling account, see Vaidhyanathan, 3748.

Аргументация книготорговцев встретила определенный отпор. Героем той битвы стал шотландский книготорговец по имени Александр Дональдсон¹⁰⁶. Для лондонского «Угря» Дональдсон был чужаком, свою карьеру он начал в Эдинбурге, в 1750 году. Его бизнес опирался на недорогие переиздания «обычных произведений с вышедшим сроком копирайта» — по крайней мере, вышедшим по Статуту Анны¹⁰⁷. Издательство Дональдсона процветало и стало «своеобразным центром для образованных шотландцев». «Среди них, — пишет профессор Марк Роуз, — был и молодой Джеймс Босуэлл, который со своим другом Эндрю Эрскином издал антологию современной шотландской поэзии у Дональдсона»¹⁰⁸.

«Когда лондонские книготорговцы попытались прикрыть дело Дональдсона в Шотландии, он ответил тем, что переехал всем издательством в Лондон, где вопреки принятым нормам общего праву на литературную собственность стал продавать недорогие издания самых популярных английских книг»¹⁰⁹. Его книги сбили цены «Угря» на 30–50%, а свое право конкурировать Дональдсон обосновывал Статутом Анны, по которому продававшиеся им книги вышли из-под охраны копирайта.

Лондонские книготорговцы быстренько состряпали иск для противодействия «пиратам» наподобие Дональдсона. Несколько акций против пиратства удались, и наиболее важной из ранних побед было дело Миллара против Тейлора. Миллар был книготорговцем, приобретшим в 1729 году права на поэму Джеймса Томсона «Времена года». Миллар подчинился требованиям Статута Анны и, тем самым, получил полную защиту закона. По истечении срока копирайта Роберт Тейлор начал публиковать конкурентное издание. Миллар подал на него в суд, требуя вечного права по общему праву, вне рамок Статута Анны¹¹⁰.

К изумлению современных юристов, один из величайших судей в английской истории, лорд Мэнсфилд, согласился с книготорговцами. Какую бы защиту Статут Анны ни давал книготорговцам, он, по мнению Мэнсфилда, не отменял общего права собственности. Вопрос заключался в том, защитит ли автора от последователей-пиратов общее право. Мэнсфилд ответил утвердительно. Общее право запрещало Тейлору перепечатывать поэму Томсона без разрешения Миллара. По сути, данное судебное решение наделило книготорговцев вечным правом контроля над публикациями любой принадлежавшей им книги.

С точки зрения абстрактной справедливости, то есть если бы право представляло собою метод логического исключения из основополагающих принципов, заключение Мэнсфилда, возможно, и имело бы смысл. Но оно игнорировало более важный момент, обсуждавшийся в

¹⁰⁶ Подробнее см. David Saunders, *Authorship and Copyright* (London: Routledge, 1992), 6269.

¹⁰⁷ Mark Rose, *Authors and Owners* (Cambridge: Harvard University Press, 1993), 92.

¹⁰⁸ Там же.

¹⁰⁹ Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, 167 (цитата из Босвелла).

¹¹⁰ Howard B. Abrams, «The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright», *Wayne Law Review* 29 (1983): 1152.

парламенте в 1710 году: как лучше всего ограничить монопольную власть издателей? Парламент избрал свою стратегию. Он предложил срок копирайта для действующих произведений, достаточный для того, чтобы сохранить мир в 1710 году, но и довольно короткий, чтобы обеспечить культурный переход к конкуренции в течение разумного периода времени. За двадцать один год, полагали парламентарии, Британия перерастет угодную короне контролируруемую культуру и перейдет к той свободной культуре, которую мы и унаследовали.

Вступлением в схватку Дональдсона битва за Статут Анны не закончилась. Вскоре после своей победы Миллар скончался, поэтому его дело не пересматривалось. Наследник продал поэмы Томсона синдикату издателей, в состав которого входил Томас Беккет¹¹¹. Затем Дональдсон опубликовал неавторизованный сборник произведений Томсона. Беккет, опираясь на решение по делу Миллара, потребовал наложить судебный запрет на деятельность Дональдсона. Последний, в свою очередь, направил апелляцию в Палату лордов. Функционирование ее весьма напоминало американский Верховный суд. В феврале 1774 года у этого органа появился шанс интерпретировать смысл ограничений, наложенных парламентом шестьюдесятью годами ранее.

Редкие тяжбы привлекали столь же пристальное внимание всей Британии, как дело Дональдсона против Беккета. Адвокаты Дональдсона доказывали, что, какие бы возможные права не существовали по общему праву, Статут Анны их аннулировал. После принятия этого закона единственная защита исключительного права контроля за публикациями обеспечивалась данным статутом. Таким образом, утверждали они, по истечении срока, определенного Статутом Анны, произведения, на которые распространялось его действие, становятся свободными.

Палата лордов была довольно странным органом власти. По правовым вопросам, представленным в Палате, сперва голосовали «лорды-законники», члены специального юридического образования, действовавшие довольно похоже на судей Верховного суда США. Затем уже, после волеизъявления лордов-законников, голосовала Палата в целом.

Данные по решениям лордов-законников путаются. По некоторым отчетам получается, что победили сторонники вечного копирайта. Зато нет никакой двусмысленности в результатах голосования Палаты лордов в целом. С двукратным преимуществом (22 против 11) верхняя палата парламента отвергла идею вечных копирайтов. Что бы там кто ни понимал под общим правом, отныне копирайт устанавливался на определенный срок, по истечении которого охраняемое авторским правом произведение становилось общественным достоянием.

«Общественное достояние». До дела Дональдсона против Беккета четкого определения общественного достояния в Англии не было. До 1774 года существовал могучий аргумент в пользу вечного действия копирайта с точки зрения общего права. Общественное достояние родилось после 1774 года.

¹¹¹ Howard B. Abrams, 1156.

Впервые в англо-американской истории власть закона над творчеством интеллекта, и величайшие труды английской литературы — книги Шекспира, Бэкона, Мильтона, Джонсона и Баньяна — освободились от правового ярма. Нам трудно даже вообразить, насколько массовую политическую реакцию вызывало это решение Палаты лордов. В Шотландии, где действовало большинство «пиратских издателей», люди праздновали событие на улицах. Как сообщал «Эдинбург Адвертайзер», «ни одно частное событие доселе не привлекало такого внимания публики и даже не могло сравниться с положительным решением Палаты лордов, в котором столь многие были заинтересованы». «Ликование в Эдинбурге в честь победы над литературной собственностью: костры и иллюминации»¹¹². В Лондоне, однако, — по меньшей мере, в среде издателей — реакция была столь же бурной, но с противоположным знаком. Вот что пишет «Морнинг Кроникл»:

«Согласно принятому решению... активы почти на двести тысяч фунтов общей стоимостью, честно приобретенные на публичном рынке и еще вчера считавшиеся собственностью, теперь обратились в ничто. Книготорговцы Лондона и Вестминстера, многие из которых продавали свои дома и поместья для покупки копирайтов, теперь разорены, а те, которые после долгих лет труда полагали, что обеспечили достойное материальное положение своим семьям, теперь остались без копеек за душой, и им нечего завещать своим потомкам»¹¹³.

«Разорены» — это явное преувеличение. Но не будет преувеличением сказать, что перемена была радикальной. Решение Палаты лордов подразумевало, что книготорговцы больше не смогут сдерживать рост и развитие культуры в Англии. С этого момента она стала свободной. Не в том смысле, что копирайт перестали уважать, ибо, разумеется, на ограниченный период времени после публикации книготорговец получал эксклюзивное право контроля над изданием книги. И не в том смысле, что книги стало можно воровать, ибо даже по истечении срока копирайта книгу все же приходилось у кого-то покупать. Свобода здесь подразумевает, что культура и ее развитие более не зависели от кучки издателей. Как и всякий свободный рынок, этот свободный рынок свободной культуры стал расти в соответствии с чаяниями потребителей и производителей. Английская культура стала развиваться так, как того хотели многие английские читатели, выбирая, что читать, а писатели — о чем писать. Появилась возможность выбирать такие темы, которые хотелось повторять и поддерживать. Выбирать в рамках соревновательного контекста, а не в той среде, где выбор доступной массам культуры и доступ к ней определяются горсткой людей, игнорирующих мнение остальных.

По крайней мере, это было правилом в мире, где парламент против монополии, где он противостоит протекционистским мольбам издателей. В мире, где парламент гибче, свободную культуру меньше стерегут.

¹¹² Rose, 97.

¹¹³ Там же.

VII глава

РЕГИСТРАТОРЫ

Джон Эльзе снимает кино. Больше всего он известен своими документальными фильмами и весьма преуспел в распространении своего творчества. А еще он учитель, и я, сам будучи преподавателем, завидую той преданности и восторженности, которую питают к нему его ученики. (Я случайно повстречал на вечере двух его студентов. Он для них – бог).

Эльзе однажды работал над документальным фильмом, в котором участвовал и я. Как-то в перерыве он поведал мне историю о свободе кинотворчества в современной Америке.

В 1990 году Эльзе снимал документальный фильм о постановке вагнеровского «Цикла о кольце». В основе сюжета фильма были рабочие сцены в Оперном театре Сан-Франциско. Рабочие сцены – необычайно забавный и яркий элемент оперного искусства. Представление они проводят в помещениях под сценой и на осветительной галерее, создавая замечательный контраст сценическому зрелищу.

На одном из спектаклей Эльзе снимал каких-то рабочих, игравших в шашки. В одном из углов комнаты стоял телевизор, по которому, пока рабочие сцены резались в шашки, а оперная труппа пела Вагнера, как раз показывали «Симпсонов». Эльзе рассудил, что нюанс с передачей в телевизоре поможет придать эпизоду фильма нужную характерную окраску.

Годы спустя, когда, наконец, нашлись средства на завершение картины, Эльзе попытался уладить вопрос с авторскими правами на те несколько секунд «Симпсонов». Ибо, разумеется, эти несколько секунд охраняются копирайтом. И, конечно же, чтобы использовать защищенный авторским правом материал, надо получить на это разрешение правообладателя, если никакие привилегии на «добросовестное использование» уже неприменимы.

Эльзе позвонил в офис создателя «Симпсонов» Мэтта Гренинга, и тот одобрил использование кадров из мультфильма. Как могли ему повредить четыре с половиной секунды изображения на крошечном телевизоре в углу комнаты? Гренинг был счастлив, что кадры попали в фильм, однако адресовал Эльзе к «Грейси Филмз» — компании, которая продюсировала мультфильм.

В «Грейси Филмз» тоже были не против, но они, как и Гренинг, проявили осторожность, поэтому посоветовали Эльзе связаться с головной компанией — студией «Fox». Эльзе позвонил в «Fox» и сообщил им об отрывке передачи на экране телевизора в углу комнаты и о том, что Мэтт Гренинг уже дал согласие. И тогда, рассказал мне Эльзе, выяснились две вещи: «Сначала оказалось, ...что Мэтт Гренинг не владеет собственным творением, по крайней мере, некто (в «Fox») уверен в этом. Во-вторых, «Fox» затребовала с нас десять тысяч долларов в качестве лицензионных отчислений за использование этого, менее чем пятисекундного... совершенно непреднамеренного отрывка «Симпсонов», угодившего в угол кадра».

Эльзе был уверен, что это ошибка. Он добился встречи с Ребеккой Эррера, считая ее вице-президентом по лицензированию. Он ей все рассказал: «Тут, наверное, какая-то ошибка... Мы добивались образовательного тарифа на свой фильм». Это и есть образовательный тариф, ответила Эррера Эльзе. Примерно через день Эльзе позвонил снова, чтобы убедиться в том, что он понял все правильно.

«Я хотел убедиться в том, что уловил суть, — рассказал режиссер мне. «Да, вы уловили суть», — сказала вице-президент. За использование отрывка из «Симпсонов» в углу кадра документального фильма о вагнеровском «Цикле о кольце» придется заплатить десять тысяч долларов. А потом, к вящему изумлению Эльзе, Эррера добавила: «А если станете ссылаться на меня, я натравлю на вас наших адвокатов». Как позднее признался Эльзе заместитель Эрреры, «им на все плевать, они просто выбивают деньги».

У Эльзе не было денег на то, чтобы купить право на отображение того, что показывалось по телевизору в служебном помещении Оперного театра Сан-Франциско. Воспроизводство этой реальности выходило за рамки бюджета режиссера документальных фильмов. В самую последнюю минуту перед выпуском фильма Эльзе при помощи цифровой техники заменил «Симпсонов» на кадры из другого фильма, «Дня после Троицы», над которым за десять лет до того работал сам.

Вне всякого сомнения, некто — Мэтт Гренинг или «Fox» — владеет копирайтом на «Симпсонов». Этот копирайт — их собственность. Чтобы использовать этот охраняемый материал, требуется получить разрешение правообладателя. Если использование «Симпсонов» таким способом, как хотел Эльзе, запрещено законом, тогда режиссеру требовалось получить разрешение правообладателя, прежде чем вставить чужую работу в свою. А на свободном рынке цену на любое использование, по закону подконтрольное правообладателю, устанавливает владелец копирайта.

Например, «публичная демонстрация» относится к тем видам использования «Симпсонов», которые контролируются правообладателем. Если вы делаете подборку любимых эпизодов, арендуете кинотеатр и продаете билеты на шоу «Мои любимые Симпсоны», вы должны получить разрешение от владельца прав, а тот (вполне заслуженно, на мой взгляд) может назначить любую цену — десять долларов или десять тысяч. Это его право, установленное законом.

Но когда юристы слышат эту историю о Джоне Эльзе и компании «Fox», в первую очередь они думают о «добросовестном использовании»¹¹⁴. Ненамеренный показ четырех с половиной секунд «Симпсонов» — очевидное «добросовестное использование» мультфильма, а оно не требует получения чьего-либо разрешения.

Естественно, я спросил у Эльзе, почему он не положился на концепцию «добросовестного использования». Вот что он ответил: «Неудача с «Симпсонами» стала для меня хорошим уроком, чтобы осознать глубину пропасти между тем, что юристы считают не относящимся к делу (в некоем абстрактном смысле), и тем, что безусловно применимо в практике тех, кто на деле пытается снимать и показывать документальное кино. Я ни секунды не сомневался в том, что это было явно «добросовестным использованием», в абсолютном правовом смысле. Но положиться на эту идею в конкретном случае я не мог, и вот почему. Прежде чем показывать наши фильмы, телеканалы требуют, чтобы мы приобрели страховку на случай ошибок и оплошностей. Агенты требуют детального «описания видеосигнала», в котором перечисляются источники и лицензионный статус каждого кадра фильма. Они имеют смутное представление о «добросовестном использовании», и заявление о таковом может совершенно застопорить процесс принятия заявки на показ фильма. Мне, вероятно, не следовало спрашивать Мэтта Гренинга в первую очередь. Но я знал (по меньшей мере, со слов других), что «Fox» долго и упорно выявляла и предотвращала нелегальное использование «Симпсонов», равно как и Джордж Лукас приложил немало усилий для контроля за распространением «Звездных войн». Потому я и решил поступить в соответствии с буквой закона, полагая, что получу бесплатное или дешевое разрешение на четыре секунды «Симпсонов». Будучи режиссером документального кино, работающим до изнеможения и за смехотворную сумму, я меньше всего хотел рисковать неприятностями с законом — даже мелкими неурядицами из-за того, что пойду на принцип.

Да, я поговорил с одним из ваших коллег в Стэнфордской школе права..., который подтвердил, что это было добросовестным использованием. Но он также уверил меня, что «Fox» «преследовала бы меня и дони-

¹¹⁴ Прекрасный аргумент в защиту такого использования как «добросовестного», хотя адвокаты и не признают этого, см. Richard A. Posner совместно с William F. Patry, «Fair Use and Statutory Reform in the Wake of Eldred» (черновик по делу автора), University of Chicago Law School, 05.08.2003.

мала исками всю жизнь», вне зависимости от моих намерений. Адвокат дал мне понять, что вся борьба сведется к вопросу о том, у кого больше юридический отдел и глубже карманы, у меня или у них.

Вопрос добросовестного использования обычно всплывает под конец проекта, когда на носу крайний срок сдачи, и у нас уже кончаются деньги».

Теоретически, добросовестное использование подразумевает отсутствие необходимости в разрешениях. Таким образом, теория поддерживает свободную культуру и оберегает от культуры разрешительной. Но на практике добросовестное использование работает совершенно иначе. Расплывчатые рамки закона наряду с чрезвычайной их подверженностью разному толкованию означают, что эффективность добросовестного использования для многих авторов крайне невелика. Закон преследует верную цель, практика эту цель аннулировала.

Такая практика демонстрирует, как далеко ушло право от своих корней восемнадцатого века. Закон появился в качестве щита, оберегающего прибыль издателей от нечестной конкуренции со стороны пирата, и превратился в меч, карающий любое использование, творческое или нет.

VIII глава

П Р Е О Б Р А З О В А Т Е Л И

В 1993 году Алекс Олбен работал юристом в «Старвейв инкорпорейтед». «Старвейв» была инновационной компанией, образованной одним из основателей «Майкрософта» Полом Алленом для разработки цифровых развлечений. Задолго до популярности интернета «Старвейв» начала инвестировать в новые технологии доставки развлечений в преддверии скорого мощного развития сетей.

Олбен особенно интересовался новой технологией. Его привлекал зарождающийся рынок технологии CD-ROM — не для распространения кинокартин, а для такой работы с фильмами, которую иначе сделать было бы сложно. В 1993 году он возглавил инициативу по разработке продукта для составления ретроспективы по работам отдельных актеров. Первым избранным для этого актером стал Клинт Иствуд. Идея заключалась в том, чтобы свести воедино все роли Клинта Иствуда, собрать отрывки из фильмов с его участием и добавить интервью с людьми, оказавшими влияние на его карьеру.

На тот момент Иствуд поучаствовал в создании более полусотни картин в качестве актера и режиссера. Олбен начал с серии интервью с Иствудом, в которых расспрашивал его о карьере. Так как эти интервью брали сотрудники «Старвейв», включение их в компакт-диск не требовало оплаты. Сам по себе этот диск был еще не очень интересен, поэтому в «Старвейв» захотели добавить контент из кинокартин: постеры, сценарии и прочий материал, относящийся к фильмам Иствуда. Большую часть своей карьеры актер снимался на студии Warner Brothers, так что достать разрешение на все это было относительно несложно.

Затем Олбен и его команда решили включить в издание отрывки из самих фильмов. «Нашей целью было включение отрывков из каждого ис-



твудовского фильма», — рассказал мне Олбен. И вот тут начались проблемы. «Прежде никто никогда этого не делал, — объяснил Олбен. — Никто ни разу не пытался сделать такое в рамках художественного подхода к карьере актера».

Олбен пришел с этой идеей к Майклу Слейду, исполнительному директору «Старвейв». Слейд спросил, что для этого требуется. «Ну, нам придется выкупить права у всех, кто снимался в этих фильмах, а также договориться с композиторами и всеми прочими, что мы собираемся использовать их творчество в этих отрывках». Слейд поддержал Олбена и велел тому действовать¹¹⁵.

Проблема заключалась в том, что ни Олбен, ни Слейд даже не представляли себе, что значит выкупить все эти права. Каждый актер в каждом фильме мог потребовать себе авторских отчислений за повторное использование материалов фильма. Но в контрактах актеров CD-ROM не упоминался, так что толком уяснить, что же собиралась сделать «Старвейв», никто не мог.

Я спросил Олбена, как ему удалось справиться с этой задачей. С явной гордостью за свою смекалку, которая затмевает собой дикость всей истории, Олбен поведал мне, что они сделали.

«Итак, мы приступили к дотошному подбору отрывков из фильмов. Мы творчески подошли к проблеме отбора клипов, и, разумеется, собирались включить знаменитый отрывок из «Грязного Гарри». Так получилось, что пришлось разыскивать того парня, который извивался на земле под дулом пистолета, и добиться его разрешения. А потом еще надо было решить, сколько ему заплатить.

Мы решили, что будет справедливо предложить всем ставку дневного показа за фильма за право повторного использования материалов. Речь идет об отрывке длиной менее одной минуты, но, чтобы его повторно использовать на нашем CD-ROM, в то время требовалось выплатить по 600 долларов. Итак, мы решили идентифицировать всех действующих лиц, а некоторых распознать было непросто, потому что в фильмах Иствуда невозможно сразу с уверенностью сказать, был ли тот парень, со звоном вылетевший через стекло, актером или дублером. И тогда мы просто собрали команду — мой помощник плюс еще несколько человек — и стали обзванивать людей».

Некоторые актеры были рады помочь, Дональд Сазерленд, например, проследил за всем сам, чтобы убедиться, что все вопросы с правами улажены. Другие были ошеломлены неожиданно свалившимся на них гонораром. Олбен, например, говорил: «Послушайте, хотите, я вам заплачу шестьсот долларов или даже, может быть, тысячу двести, если вы участвовали в съемке двух фильмов?» И те отвечали: «Вы серьезно? Ко-

¹¹⁵ Технически то, что намеревался выкупить Олбен, было, главным образом, рекламными правами, которыми артист владеет, дабы контролировать коммерческую эксплуатацию своего имиджа. Однако эти права также обременяют творческую деятельность типа «черпать, смешивать, выплавлять», как будет видно из этой главы.

нечно, я не откажусь от этих денег». Некоторые контакты, разумеется, дались трудновато (с разведенными бывшими женами, в частности). Но, в конце концов, Олбен и его команда утрясли все права на CD-ROM с ретроспективной творчество Клинта Иствуда.

Прошел целый год, «и даже после этого не было полной уверенности в том, что все улажено».

Олбен гордится своей работой. Его проект был первым, в своем роде, и единственным известным ему случаем, когда целая команда осуществляла уйму приготовлений с целью выпуска ретроспективного диска: «Все считали, что это будет чересчур сложно. Все всплескивали руками и восклицали: «О, Господи! Это же кино, там столько копирайтов! Музыка, сценарий, режиссура, актеры!» А мы просто взяли проблему, разделили на составные части — «ну, хорошо, вот тут столько-то актеров, столько-то режиссеров... и столько-то музыкантов» — и простой систематический подход дал свои результаты. Вне всякого сомнения, получившийся продукт был отменного качества. Иствуду диск понравился, да и продавался он очень хорошо».

Но я не уставал повторять Олбену свой вопрос: не кажется ли странным — целый год угробить только на улаживание вопросов с авторскими правами? Несомненно, Олбен проделал эффективную работу, но, как известно, Питер Дракер однажды пошутил: «Нет ничего бесполезнее эффективной работы, сделанной там, где следовало бы вообще ничего не делать»¹¹⁶. Есть ли смысл, спросил я у Олбена, в том, что создавать новое теперь приходится так? Ведь, как сам он признался, «очень немногие... располагают достаточными временем, ресурсами и волей, чтобы проделать такое», а значит очень немногие подобные работы вообще делаются. Ну, и где тут смысл, спросил я его, с точки зрения того, что подразумевалось под управлением правами изначально, если их приходится так улаживать для подобной подборки отрывков?

«Не вижу я смысла. Когда актер или актриса снимаются в роли для кино, им очень хорошо за это платят... А потом, когда полминуты той роли используется в каком-то новом продукте, представляющем собой ретроспекцию чьей-то карьеры, не думаю, что актеру или актрисе... следует за это выплачивать некую компенсацию».

Или уж, по меньшей мере, разве так это должно компенсироваться? Не разумнее ли было бы, спросил я, если бы существовала некая статутная лицензия, которую кто угодно мог бы выкупить для использования материалов в подобных производных работах? Кому, на самом деле, нужно, чтобы автор-последователь метался в поисках всех до единого художников, актеров, режиссеров, музыкантов и добивался от каждого из них полного разрешения? Разве не стали бы создавать намного больше всего нового, если бы правовой аспект творческого процесса хоть немного привели в порядок?

116 U.S. Department of Commerce Office of Acquisition Management, Seven Steps to Performance-Based Services Acquisition, http://www.acqnet.gov/Library/OFPP/BestPractices/pbsc/library/SevenSteps_execversion.pdf.

«Определенно. Я думаю, если бы существовал какой-нибудь механизм справедливого лицензирования, при котором не приходилось бы постоянно натывать на препоны и разведенных бывших супругов и супружниц кинозвезд, тогда бы мы смогли познакомиться с большим числом подобных работ. Потому что для создания диска с ретроспективой актерской карьеры, намеренно нашпигованного отрывками из ролей, не требовалось бы настоящее бесстрашие. Вы бы платили цену, как производитель подобных вещей. В виде X долларов за исполнительский талант. Но это была бы привычная стоимость».

Вот обо что все спотыкаются, оно-то и мешает появлению на свет новых творений подобного типа. Если бы вы четко знали, что у вас столько-то минут клипов в вашем продукте, и они обойдутся вам в такую-то сумму, вы сразу могли бы строить на этом бюджет всего вашего проекта, а потом собирать средства и все прочее, что нужно для производства. А когда останавливаясь на мысли: «Да ведь мне потребуется сто минут чего-то там, а я и не знаю даже, во сколько мне это станет, да еще кто-нибудь может начать трясти с меня деньги», — тут уж и палец о палец никто не ударит.

Олбен работал на большую компанию, которую подпирали одни из богатейших инвесторов в мире. Таким образом, авторитета и свободы доступа у него было поболее, чем у среднего веб-дизайнера. А если у него на все про все ушел целый год, подумать только, сколько понадобится кому-то другому! А сколько творений так и останутся задумками по причине завышенных цен на авторство? Такие расходы обременяют, а не регулируют. Наденьте на мгновение республиканскую шляпу и разозлитесь хоть ненадолго. Правительство определяет область действия этих прав, и определенная область указывает, во сколько обойдутся переговоры по ее расширению. (Вспомните идею о том, что собственность на землю распространяется до самого неба, и вообразите пилота, приобретающего права на пролет по всему маршруту из Лос-Анджелеса в Сан-Франциско). Подобные права вполне могли иметь некогда смысл, но в связи с переменой обстоятельств они его напрочь утратили. По меньшей мере, хорошо подготовленный, стремящийся к сокращению регулирования республиканец должен посмотреть на эти права и спросить: «Разве это до сих пор нужно?»

Я добивался проблеска понимания у людей, уяснивших себе эту суть, но всего лишь несколько раз. Первый случай был на конференции федеральных судей в Калифорнии, на которую они собрались, чтобы обсудить новоявленную тему киберправа. Меня попросили поучаствовать в дискуссии. Харви Сейферстайн, глубокоуважаемый адвокат из лос-анджелесской конторы, предварил мое выступление видеозаписью, сделанной им вместе с его другом, Робертом Фэрбенком.

Видео было блестящим коллажем отрывков из кинокартин всех периодов XX века, длившийся шестьдесят минут. Исполнение было прекрасным, и получилось неповторимое зрелище длиной в час. Судьям понравилось. Когда вновь загорелся свет, я посмотрел на своего оппонента, Дэвида Ниммера — возможного, ведущего в стране правоведа и практика по вопросам защиты копирайта.

Он с изумлением озирает аудиторию из 250 хорошо подготовленных судей. Свою речь он начал с вопроса, заданного зловещим тоном: «Вы знаете, сколько федеральных законов только что было нарушено в этом зале?»

Потому как, конечно же, два блестящих и талантливых автора фильма не проделали той работы, которую выполнил Олбен. Они не угробили целый год на улаживание вопросов с правами на отрывки. Технически — они нарушили закон. Разумеется, за это правонарушение никто их судить и не собирался (присутствовавшие 250 судей и ватага федеральных судебных исполнителей не в счет). Но Ниммер подчеркнул очень важный момент — за год до того, как слово «Напстер» оказалось у всех на слуху, и за два года до того момента, как другой участник нашей дискуссии, Дэвид Бойс, отправился защищать «Напстер» на девятой выездной сессии апелляционного суда. А Ниммер уже тогда пытался втолковать судьям, что закон враждебно отнесется к возможностям этой новой технологии. Технология означает лишь, что отныне замечательные вещи стало делать легко, зато при этом стало сложно оставаться в рамках закона.

Мы живем в такой культурной среде, в которой технология позволяет «вырезать и вставлять». Каждый, кто составлял презентации, знает о необычайной свободе, которую предоставляет созданная интернетом архитектура вырезания и вставки. Можно мгновенно найти почти любую нужную картинку, а в следующий момент уже вставить ее в свою презентацию.

Но презентации — это еще только цветочки. Используя интернет с его архивами, музыканты способны сводить звуковые дорожки в доселе немислимых сочетаниях, а кинематографисты на компьютерах могут нарезать по всему миру целые фильмы из клипов. Один замечательный шведский сайт использует фотографии политиков в сочетании с музыкой для создания едкой политической карикатуры. Сайт под названием «Camp Chaos» выдал вообще лучшую из существующих критических стрел в адрес индустрии звукозаписи, совместив анимацию во Flash и музыку.

Все перечисленные выше творения незаконны. Даже если бы авторы и хотели легализоваться, стоимость улаживания вопросов с копирайтами невероятно высока. Таким образом, законопослушными людьми уйма творений просто не создана. А те, что увидели свет, никогда не будут растиражированы, пока не пройдут проверку на благонадежность.

Некоторых читателей приведенные выше истории подтолкнул к решению об изменении законодательства об авторском праве таким образом, чтобы люди свободно могли творить, опираясь на имеющееся культурное достояние. Надо дать людям свободу привносить и микшировать по собственному желанию. Можно даже изменить закон так, что необязательно свобода обернется бесплатностью. Вместо этого, система может работать, просто собирая с авторов-последователей компенсационный взнос и не требуя огромной армии юристов. Возможно, например, такое правило: «Отчисления владельцу копирайта на незарегистрированное произведение за производное использование его работы выплачивается строго в размере одного процента от чистых доходов, оставленного на хранении для правообладателя». По этому

правилу владелец копирайта может получать некоторую прибыль, но он лишается выгоды от полного права собственности, то есть права назначать свою цену, если не зарегистрирует свою работу.

Кто бы стал возражать против такой нормы? И какими причинами объясняются подобные возражения? Мы говорим о делающейся сейчас новой работе, которая, будучи доведена до конца по такому плану, принесет новый доход авторам. Зачем же кому-то противиться этому?

В феврале 2003 года студия DreamWorks объявила о заключении контракта с Майком Майерсом, гениальным комиком из шоу прямого эфира «В субботу вечером» и исполнителем роли Остина Пауэрса. Согласно договору, Майерс и DreamWorks будут работать над созданием «уникального киносьемочного союза». По соглашению, DreamWorks «приобретет права на существующие кинохиты и классику, подготовит новые сюжеты и, используя самые современные цифровые технологии, будет вставлять Майерса и других актеров в фильм, тем самым создавая совершенно новый развлекательный материал».

Договор называет это «сэмплированием фильмов». Как пояснил Майерс, «сэмплирование фильмов — замечательный способ придать мощный толчок уже известным картинам, он позволит зрителям увидеть знакомые фильмы в новом свете. Рэпперы уже годами вытворяют такое с музыкой, а теперь мы сможем ту же концепцию применить и в кино». Стивену Спилбергу приписывают следующие слова о Майерсе: «Если кто и может изобрести новый способ донести старые картины до зрителя, то это Майк».

Спилберг прав. Сэмплирование фильмов у Майерса получится на «отлично». Но если вы невнимательно прочли об этом событии, то можете на самом деле упустить удивительный момент во всем этом соглашении. Подавляющее большинство нашего кинематографического наследия охраняется копирайтом, поэтому истинное значение заявления «DreamWorks» заключается в следующем: «Только Майк Майерс может сэмплировать фильмы». Всеобщая свобода творить на основе киноархива нашей культуры, свобода, которая в прочих контекстах для нас всех безоговорочна, теперь стала зарезервированной привилегией забавного и знаменитого, да еще, по-видимому, и богатого.

Такой привилегией запасаются по двум причинам. Первая продолжает тему последней главы: размытость «добросовестного использования». Многие из «сэмплирования» должно считаться «добросовестным использованием». Однако немногие станут полагаться в своем творчестве на столь зыбкую доктрину. Это и приводит нас ко второй причине, по которой привилегия приберегается для меньшинства. Расходы на переговоры о законной передаче прав на повторное использование авторского контента — астрономические. Эти расходы отражают себестоимость «добросовестного использования»: либо ты платишь адвокату за защиту своих прав на добросовестное использование, либо ты платишь адвокату за получение разрешений, чтобы не приходилось полагаться на права добросовестного использования. В обоих случаях творческий процесс превращается в оплату услуг юристов — опять-таки, получается привилегия, а может, и проклятие меньшинства.

IX глава **СОБИРАТЕЛИ**

В апреле 1996 года миллионы «ботов» (компьютерных кодов, созданных для того, чтобы «паучить», то есть автоматически просеивать интернет и копировать контент) начали бороздить Сеть. Страницу за страницей эти боты копировали информацию, выложенную в интернете, на несколько компьютеров, установленных в подвале одного из домов в районе Президио города Сан-Франциско. Закончив прочесывать интернет, боты начинают поиск снова. Опять и опять, раз в два месяца, эти программные модули собирают частички интернета и сохраняют их.

К октябрю 2001 года боты набрались пятилетнего опыта копирования. После скромного объявления в Беркли, Калифорния, где хранились эти копии, миру открылся архив интернета. Используя технологию «отмотки», можно зайти на веб-страницу и увидеть все ее инкарнации аж с 1996 года, попутно получив все данные о датах изменения.

Эта та штука в интернете, которую оценил бы Оруэлл. В антиутопии, описанной в романе «1984», старые газеты постоянно обновляли, чтобы убедиться в том, что современное мировоззрение, одобренное правительством, ни в чем не противоречит новостным репортажам прошлого.

Тысячи сотрудников постоянно редактировали минувшее, что подразумевало абсолютную невозможность понять, та ли самая история, которую ты читаешь сегодня, была напечатана именно в те годы.

То же самое с интернетом. Если зайти сегодня на веб-страницу, то невозможно определить, соответствует ли теперешний ее контент тому, что ты читал прежде. Страница может выглядеть такой же, однако содержимое легко изменить. Интернет — оруэлловская библиотека, постоянно обновляющаяся и не содержащая ничего достоверного.

До технологии «отмотки», по крайней мере. С ее помощью и при содействии архива можно увидеть, каким интернет был. У вас есть возможность увидеть то, что вы помните. Еще важнее, наверное, то, что у вас появилась еще и возможность находить то, чего вы не помните, и что другие предпочитают помочь вам забыть¹¹⁷.

Мы воспринимаем как должное возможность вернуться назад и посмотреть еще раз некогда прочитанное. Возьмите те же газеты. Если вы хотели изучить реакцию прессы вашего родного города на расовые волнения в Уоттсе в 1965 году или на водяную пушку «Быка» Коннора в 1963 году, можно было пойти в публичную библиотеку и полистать старые газеты. Эти газеты, вероятно, хранятся в микрофише. А если повезет, то и сами газеты сохранились. В любом случае, вы вольны при помощи библиотеки вернуться в прошлое и вспоминать не просто нечто правдоподобное, а правду. Говорят, те, кто не помнит прошлого, обречены на его повторение. Это утверждение не совсем верно. Мы все забываем историю. Штука в том, чтобы иметь возможность вернуться и заново открыть для себя забытое. Грубо говоря, объективное прошлое подпитывает нашу честность. Этому служат библиотеки, собирающие и хранящие разный контент для школьников, исследователей, бабушек. Свободное общество подразумевает такое положение дел.

Интернет стал исключением из этого правила. До появления архива интернета не существовало способа вернуться назад. Интернет представляет собой квинтэссенцию мимолетности. И все же, поскольку он приобретает все большую значимость в процессе формирования и преобразования общества, сохранять интернет в его исторической ипостаси становится все важнее. Просто дико становится при мысли о том, что у нас сонмы газетных архивов во всех городках по всему миру, а копия интернета всего одна, и она сохраняется в архиве интернета.

Брустер Кейл — основатель архива интернета. Он стал очень успешным интернет-предпринимателем, после того как оставил блестящую карьеру специалиста по компьютерам. В девяностых годах Кейл решил, что хватит с него коммерческих успехов, и настало время добиться чего-то совсем иного. Так он инициировал серию проектов, предназначенных для архивирования человеческих знаний. Архив Сети был всего лишь первым из проектов этого Эндрю Карнеги от интернета. К декабрю 2002 года в архиве содержалось свыше десяти миллиардов веб-страниц, и эти фонды прирастали на миллиард страниц в месяц.

«Машина отмотки» — крупнейший архив знаний в истории человечества. К концу 2002 года в нем хранилось «двести тридцать терабайт материалов, что

¹¹⁷ Соблазн, однако, остался. Брустер Кейл сообщает, что Белый дом исправляет собственные пресс-релизы без уведомления. Сообщение от 13 мая 2003 года гласило: «Боевые операции в Ираке завершены». А потом, без всякого уведомления, его изменили на «Крупные боевые операции в Ираке завершены». Из электронного письма Брустера Кейла, 01.12.2003.

в десять раз больше собрания библиотеки Конгресса США». А это был всего лишь первый из архивов, организованных Кейлом. Вдобавок к архиву интернета Кейл создал архив телевидения. Телевидение, так уж вышло, даже более эфемерная субстанция, чем интернет. В то время как значительная часть культуры двадцатого века строилась на телевидении, всего лишь небольшая доля этой культуры доступна сейчас кому-либо. Три часа новостей ежедневно записывают в университете Вандербильта благодаря особому исключению из закона об охране авторского права. Этот контент индексируется, после чего он доступен для изучения по очень низкому тарифу. «Но за этим исключением, оно (телевидение) практически недоступно, — рассказал мне Кейл. — Если вы Барбара Уолтерс, то вы получите доступ (к архивам), а как быть просто студенту-старшекурснику?» Кейл описывает это так:

«Помните, как Дэн Куэйл полемизировал с Мерфи Браун? Вы помните, как сюрреалистически смотрелось, когда политик тягался с вымышленным телевизионным персонажем? Если бы вы были студентом и хотели бы изучить эту историю, то раздобыть те самые взаимные реплики и ту часовую серию, которая вышла потом..., практически невозможно... Этих материалов просто нигде не найти...».

А почему? Почему часть нашей культуры, зафиксированная газетами, остается в постоянном доступе, а ту, что записывают на видеопленку, не найти? Как получилось, что мы сами создали мир, в котором исследователям влияния СМИ на Америку девятнадцатого века приходится куда легче, чем ученым, пытающимся постичь воздействие медиа на Америку двадцатого столетия?

Отчасти, в этом виновато право. В ранний период существования американского законодательства о копирайте правообладателей обязывали хранить копии своих работ в библиотеках. Данные копии были призваны содействовать распространению знаний и уверенности в том, что хоть один экземпляр произведения сохранится по истечении срока копирайта, чтобы другие могли получить к нему доступ и скопировать его. К фильмам эти правила также были применимы, однако в 1915 году библиотека Конгресса США сделала для фильмов исключение. Копирайт на фильм действовал в течение всего срока его хранения, но создателю картины затем позволялось одалживать экземпляры обратно — на неопределенный срок и совершенно бесплатно. Только в 1915 году свыше 5400 фильмов, находившихся на хранении, были «одолжены обратно». Таким образом, по истечении срока копирайта на картину ни в одной библиотеке не остается ни одного экземпляра фильма. Копия существует, если вообще существует, лишь в архиве киностудии¹¹⁸.

В целом, то же самое верно и в отношении телевидения. Изначально телетрансляции не охранялись копирайтом, так как не существовало спо-

118 Doug Herrick, «Toward a National Film Collection: Motion Pictures at the Library of Congress», *Film Library Quarterly* 13 nos. 23 (1980): 5; Anthony Slide, *Nitrate Won't Wait: A History of Film Preservation in the United States* (Jefferson, N.C.: McFarland & Co., 1992), 36.

соба сохранять их. Поэтому «кражи» не боялись. Но как только появилась технология записи, вещатели стали все больше прибегать к помощи закона. Закон требовал создания копии каждой трансляции для того, чтобы на нее могло распространяться действие авторского права. Однако эти копии просто осели у вещателей. Ни одна библиотека не имела на них никаких прав, а государство ничего не требовало от правообладателей. Контент в этой области американской культуры практически недоступен ни для кого, кому это может быть интересно.

Кейлу не терпелось исправить положение. Еще до трагедии 11 сентября 2001 года он со своими соратниками стал записывать телевещание. Они выбрали двадцать станций со всего света и нажали кнопку записи. После терактов 11 сентября Кейл и десятки его единомышленников собрали записи, которые транслировали двадцать телестудий мира в ту скорбную неделю, и 11 октября 2001 года выложили записанный контент онлайн в бесплатном доступе. Любой мог просмотреть новостные репортажи о тех трагических событиях из разных частей света.

Такой же замысел был у Кейла насчет фильмов. Работая с Риком Прелингером, чей киноархив включает до 45 тысяч «эфемерных фильмов» (в смысле, отличных от голливудских и никогда не охранявшихся копирайтом), Кейл организовал архив кино. Прелингер позволил Кейлу оцифровать 1300 кинолент из своего архива и выложить файлы в интернет для свободного скачивания. У Прелингера коммерческое предприятие, он продает эти картины как фильмофонд. Сделав значительную часть из них бесплатными, Прелингер столкнулся с резким повышением спроса на свою фильмотеку. Люди стали легко находить нужные им киноматериалы. Некоторые загружали фильмы и делали из них собственные картины. Другие скупали копии, с тем чтобы способствовать съемке новых лент. В любом случае, архив предоставил доступ к важной части американского культурного наследия. Хотите копию фильма «Укройся и спрячься», обучавшего детей, как спастись в случае ядерного нападения? Отправляйтесь на archive.org, оттуда можно за несколько минут бесплатно загрузить весь фильм.

Опять-таки, Кейл предоставляет доступ к той части нашей культуры, которую, в противном случае, откопать было бы сложно, если вообще возможно. И это еще одна характерная черта двадцатого века, окончательно канувшего для нас в историю. Закон не требует, чтобы кто-либо сохранял такие копии или держал их в архиве. Значит, и найти их не так-то просто.

Все дело в доступности, а не в цене. Кейл стремится обеспечить свободный доступ к этому контенту, но притом он хочет, чтобы кто-то смог и продавать такой доступ. Не в течение коммерческой жизни предмета творческой собственности, а в другой жизни, которая есть у всех авторских работ, некоммерческой.

Вот в чем заключается идея, которую следует яснее себе представить. Всякий экземпляр авторской собственности проживает несколько «жиз-

ней». В первой жизни, если создателю повезло, контент продается. Подавляющее большинство творческих работ не пользуется подобным успехом, но некоторые очевидно успешны. Для такого контента коммерческая жизнь чрезвычайно важна. Без такой коммерческой жизни, по мнению многих, творчества было бы куда меньше.

По окончании коммерческой жизни авторской работы наша традиция всегда обеспечивала произведению вторую жизнь. Каждый день газета доставляет новости к дому каждого американца. А уже на следующий день в нее заворачивают рыбу, используют как наполнитель в коробках для хрупких подарков или же добавляют в архив в виде свидетельства нашей истории. В этой второй жизни контент может продолжать информировать даже после того, как данные перестали продаваться.

То же самое всегда было верно и в отношении книг. Из печати книга исчезает довольно быстро (сегодня, в среднем, этот период составляет приблизительно один год¹¹⁹). После прекращения издания книгу можно продавать в букинистических лавках, причем правообладатель за это ничего не получает, а также хранить в библиотеках, где многие ее могут прочесть совершенно бесплатно. Таким образом, букинисты и библиотеки обеспечивают книгам вторую жизнь, и эта вторая жизнь чрезвычайно важна для распространения и упрочения культуры.

Тем не менее, надежды на гарантированную вторую жизнь произведения редко оправдываются. По крайней мере, для наиболее важных составляющих поп-культуры двадцатого и двадцать первого веков. Потому что телевидение, кино, музыка, радио, интернет не гарантируют второй жизни. Для этих разновидностей культуры все складывается так, будто библиотеки подменили книжными супермаркетами «Barnes & Noble». При такой культуре ничто недоступно, за исключением ограниченной обоемы востребованного рынком, за пределами которой культура сходит на «нет».

На протяжении большей части двадцатого века для этого были экономические причины. Было бы безумным расточительством собирать и делать общедоступными все телетрансляции, кино и музыку: стоимость аналоговых копий невероятно высока. Поэтому даже если закон позволил бы Брустеру Кейлу копировать все подряд культурные образцы, настоящим ограничителем была бы экономика. Рынок крайне затруднял любые операции с эфемерной культурой, а от такого права мало толку на практике. Пожалуй, одним из наиболее важных достижений цифровой революции является то, что впервые со времен Александрийской библиотеки стало возможным вообразить создание всеобъемлющего архива всей произведенной и публично распространяющейся культуры. Технология такую

119 Dave Barns, «Fledgling Career in Antique Books: Woodstock Landlord, Bar Owner Starts a New Chapter by Adopting Business», Chicago Tribune, 05.09.1997, в Metro Lake 1L. Из книг, опубликованных в период с 1927 по 1946 гг., лишь 2,2% продолжали издаваться в 2002 году. R. Anthony Reese, «The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks», Boston College Law Review 44 (2003): 593 n. 51.

возможность дает. Теперь легко представить себе архив всех изданных книг, все проще становится создание архива всех изображений и звуков. Масштаб этого потенциального архива поистине фантастичен. Брустеры Кейлы нашей истории грезил об этом, а мы впервые подобрались к тому рубежу, когда мечта близка к воплощению. Вот что говорит об этом Кейл:

«Похоже, существует порядка двух-трех миллионов музыкальных записей. Вообще. Есть приблизительно сто тысяч экранных киноверсий... и порядка одного-двух миллионов кинофильмов XX века. Добавьте сюда примерно двадцать шесть миллионов наименований книг. Все это поместится в компьютерах, которые займут помещение не больше этой комнаты и могут обслуживаться небольшой фирмой. Итак, мы у поворотного момента в нашей истории. Цель — универсальный доступ. И возможность совсем иной жизни, в связи со всем этим, просто... очаровывает. Возможно, это одна из тех вещей, которыми человечество должно гордиться превыше всего. В одном ряду с Александрийской библиотекой, полетом человека на Луну и изобретением печатного пресса».

Кейл — не единственный библиотекарь. Его архив интернета — не единственный архив. Но Кейл и его детища доказывают, что у библиотек или архивов есть будущее. Когда кончается коммерческая жизнь творческой собственности — я не знаю, но она кончается. Но когда бы она ни кончилась, в существовании Кейла с его архивом брезжит мир, в котором эти знания, культура остаются доступными вечно. Кто-то будет оттуда черпать, чтобы понять, другие, чтобы критиковать. Некоторые станут использовать их подобно Уолту Диснею, чтобы воссоздавать прошлое для будущего. Эти технологии сулят нечто такое, что было невообразимым большую часть нашей истории — будущее для нашего прошлого. Технология цифровых искусств способна возродить мечту об Александрийской библиотеке.

Таким образом, инженеры ликвидировали экономический барьер, препятствовавший созданию подобного архива. Но пошлины юристов остались. Ибо как бы нам ни нравилась идея этих «архивов», сколь бы привлекательна ни была концепция «библиотеки», но «контент», который собирают в этих цифровых хранилищах, является еще и чьей-то «собственностью». А право собственности связывает руки таким людям, как Кейл и его единомышленники.

X глава

С О Б С Т В Е Н Н О С Т Ь

Джек Валенти возглавляет Ассоциацию американских кинематографистов (МРАА) с 1966 года¹²⁰. По сути, он впервые объявился в Вашингтоне вместе с администрацией Линдона Джонсона. На известной фотографии с авиабазы Эдвардс, где Джонсон принимает присягу, вступая в должность после убийства президента Кеннеди, Валенти стоит на заднем плане. За те почти сорок лет, что Валенти возглавляет МРАА, он рекомендовал себя как самый, наверное, выдающийся и успешный лоббист в Вашингтоне.

Ассоциация американских кинематографистов — это американское отделение международной Кинематографической ассоциации. МРАА была основана в 1922 году как отраслевая ассоциация для защиты американской киноиндустрии от нараставшей в стране волны критики. Сейчас эта организация отстаивает интересы не только кинематографистов, но также продюсеров и дистрибьюторов развлекательной продукции для широкоэкранный телевидения, видеопроката и кабельного ТВ. Ее руководящий совет состоит из председателей правлений и президентов семи крупнейших производителей и прокатчиков кино и телепрограмм в Соединенных Штатах: Walt Disney, Sony Pictures Entertainment, MGM, Paramount Pictures, Twentieth Century Fox, Universal Studios и Warner Brothers.

Валенти — всего лишь третий президент МРАА. Ни один из его предшественников не обладал таким влиянием ни на саму организацию, ни на Вашингтон. Будучи уроженцем Техаса, Валенти отработал единственный важнейший политический навык южанина — умение казаться простаком и увальнем, за которым скрывается недюжинный интеллект. По сей

¹²⁰ Валенти покинул этот пост 1 сентября 2004 г. (Прим. ред.).

день Валенти разыгрывает наивного скромника. Но этот выпускник Гарварда, автор четырех книг, окончивший школу в 15 лет и сделавший свыше пятидесяти боевых вылетов во время Второй Мировой войны — далеко не простак. Приехав в столицу, Валенти овладел городом в самой что ни на есть Вашингтонской манере.

В защите свободы слова и самовыражения, на которых зиждется наша культура, МРАА принадлежат неопределимые заслуги. Создав рейтинговую систему, МРАА, вероятно, предотвратила немало вреда, угрожавшего свободе слова. Но есть некий аспект в деятельности этой организации, основополагающий и важнейший, — это заметное в каждом поступке Валенти упорное стремление переосмыслить понятие интеллектуальной собственности.

В 1982 году в своем обращении к Конгрессу Валенти четко определил стратегию:

«Несмотря на долгие споры, взаимные обвинения, суматоху и крики, здравомыслящие люди будут постоянно возвращаться к сути вопроса, главному аспекту, который и возбуждает все эти дискуссии. Владельцы интеллектуальной собственности должны получить те же права и защиту, что и владельцы любых иных форм собственности в государстве. Вот в чем загвоздка. Вот в чем вопрос. И именно на этой проблеме должны основываться данное слушание и дебаты»¹²¹.

Риторика этого выступления, как и большинства других речей Валенти, — блестящая и простая. Блестящая именно потому, что простая. «Главный аспект», к которому постоянно будут возвращаться «благоразумные люди», таков: «Владельцы интеллектуальной собственности должны получить те же права и защиту, что и владельцы любых иных форм собственности в государстве». Нет граждан второго сорта, мог бы продолжить Валенти. И не должно быть собственников второго сорта.

Это заявление провоцирует очевидный и мощный интуитивный импульс. Сказано с предельной ясностью, чтобы сделать идею столь же очевидной, как всенародные президентские выборы. На самом же деле, до такой крайности еще не доходил ни один серьезный участник данных дебатов, кроме Валенти. Джек Валенти, каким бы милым и умным он ни был, превращается, похоже, в самого отъявленного экстремиста нации, едва дело касается природы и границ «интеллектуальной собственности». Его взгляды явно не имеют никакого отношения к нашей правовой традиции, хотя его тонкое техасское обаяние постепенно переиначивает эту традицию — по крайней мере, в Вашингтоне. В то время как «интеллектуальная собственность», конечно, является «собственностью» в точном смысле, как ее приучены понимать

121 Домашняя запись охраняемых копирайтом материалов. Слушания в палате представителей №№ 4783, 4794, 4808, 5250, 5488 и 5705 перед подкомитетом по судопроизводству, гражданским свободам и управлением юстиции судебного комитета Палаты представителей, 97 Конгресс, вторая сессия (1982 г.): 65 (доклад Джека Валенти).

юристы¹²², никогда еще не было (и не должно быть) случая, чтобы «владельцы интеллектуальной собственности получили такие же права и защиту, что и владельцы других видов собственности». Действительно, если бы владельцам интеллектуальной собственности дали те же права, что и другим собственникам, это бы произвело радикальную и крайне нежелательную перемену в нашей традиции.

Валенти это знает. Но он представляет интересы отрасли, которой наплевать на нашу традицию и ценности, которые она воплощает. Он говорит от лица индустрии, которая борется за возрождение традиции, низвергнутой британцами в 1710 году. В мире, который создадут реформы Валенти, немногие власть имущие обретут абсолютный контроль над развитием нашей культуры. В этой главе у меня две цели. Во-первых, убедить вас в том, что с исторической точки зрения стремление Валенти крайне пагубно. Во-вторых, убедить вас в том, что было бы страшной ошибкой отвергнуть свою историю. Мы всегда относились к правам на интеллектуальную собственность иначе, нежели к правам других собственников. Они никогда не были идентичны. И они никогда не должны стать одинаковыми, потому что, как ни алогично это выглядит, уравнивать их — значит фундаментально ослабить способность творить у будущих художников. Творчество произрастает из отсутствия абсолютного контроля у творческих людей.

Организации наподобие МРАА, в состав правления которых входят наиболее влиятельные представители старой гвардии, практически не заинтересованы (их риторика не в счет) в том, чтобы кто-то новый пришел им на смену. Повсюду так. Каждый — человек конформист (возьмите, к примеру, землевладение). Но то, что хорошо для МРАА, не обязательно полезно Америке. Общество, отстаивающее идеалы свободной культуры, должно зорко следить за тем, чтобы старое не угрожало новому.

Достаточно заглянуть в Конституцию Соединенных Штатов, чтобы зародилось подозрение: в аргументах Валенти кроется что-то в корне неверное.

Авторы нашей Конституции любили «собственность». В самом деле, они так сильно ее любили, что вписали в Конституцию важное условие. Если правительство забирает у вас собственность (выселяет из дома, приобретает участок земли на вашей ферме), то, согласно «Пункту о сборах» Пятой поправки, оно обязано выплатить вам «справедливую компенсацию» за конфискованное имущество. Таким образом, Конституция гарантирует, что собственность, в определенном смысле, священна. Ее нельзя отбирать у собственника, не заплатив за право владения.

122 Юристы понимают «собственность» не как абсолютную концепцию, а как сочетание прав, иногда ассоциирующихся с конкретным объектом. Таким образом, мое «право собственности» на мой автомобиль предоставляет мне право эксклюзивного пользования машиной, но отнюдь не право гонять на скорости в 240 км/час. Чтобы лучше понять связь обычного понимания «собственности» с «адвокатским термином», см. Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven: Yale University Press, 1977), 2627.

Однако в той же самой Конституции совершенно иначе описывается то, что Валенти называет «интеллектуальной собственностью». В статье, дающей Конгрессу право наделять интеллектуальной собственностью, Конституция требует, чтобы по окончании «ограниченного периода времени» Конгресс забирал обратно дарованные полномочия, и «интеллектуальная собственность» становилась всеобщим достоянием. Хотя, когда Конгресс делает это, «отбирая» у вас по истечении срока авторские права и делая вашу собственность общественным достоянием, он не несет никаких обязательств по выплате «справедливой компенсации» за такое «изъятие». Напротив, та же Конституция, которая требует возмещения за отнятую землю, предполагает, что вы теряете право на интеллектуальную собственность вообще безо всякой компенсации.

Таким образом, Конституция, по сути, утверждает, что две эти формы собственности не должны наделяться равными правами. К ним всего лишь надо относиться по-разному. Поэтому Валенти не просто требует изменений нашей традиции, доказывая, что владельцам интеллектуальной собственности надо предоставить те же права, что и всем прочим собственникам, он еще и активно ратует за внесение изменений в саму Конституцию.

Добиваться изменений в Конституции — совсем не преступление. В оригинале Конституции было немало очевидно дурного. Конституция 1789 года утверждала рабство, по ней сенаторы назначались, а не избирались, она позволила коллегии выборщиков связать президента и вице-президента (в 1800 году). Отцы-основатели были, безусловно, людьми выдающимися, но я первый готов признать, что они совершали серьезные ошибки. С тех пор мы уже исправили некоторые из этих ошибок; несомненно, вскроются и другие промахи, которые нам также придется исправлять. Поэтому я не настаиваю, что мы должны поступать в точности, как Джефферсон.

Я говорю о другом: раз Джефферсон делал так, надо хотя бы попытаться понять, почему. Почему отцы-основатели, фанатичные защитники собственности, не дали интеллектуальной собственности тех же прав, что и любой другой форме собственности? Почему они потребовали перехода интеллектуальной собственности во всеобщее достояние?

Чтобы ответить на этот вопрос, придется обратиться к истории этих самых прав на интеллектуальную собственность и контроля, который они обеспечивали. Как только мы четко уловим разницу в определении этих прав, мы точнее сможем сформулировать причину нынешней войны. Не в том вопрос, стоит ли вообще отстаивать интеллектуальную собственность, а в том, как это следует делать. Не в том дело, чтобы напирать на усиление прав, предоставленных законом владельцам интеллектуальной собственности, а в том, какой именно набор прав должен существовать. И не в том, надо ли художнику платить за его труд, а в том, должны ли институты, призванные гарантировать оплату творческого труда, контролировать еще и развитие культуры. Чтобы ответить на эти вопросы, следует разобрать вопрос охраны собственности вообще. Точнее, необходимо взглянуть на проблему немного шире,

чем это позволяет специальный язык юриспруденции. В «Своде законов киберпространства» я использовал простую модель для того, чтобы охватить более широкую перспективу. Для любого отдельного правила или нормы эта модель показывает, как взаимодействуют четыре различные модальности регулирования, поддерживая или ослабляя закон или норматив. Я представил эту связь следующей диаграммой.

В центре картинки — регулируемая точка: человек, или группа, являющиеся объектом регулирования, или же правообладатель. (В каждом случае мы можем описать это или как средство регулирования, или как право. Для простоты я буду говорить только о средствах регулирования). Овалы представляют четыре направления, по которым действия человека или группы регулируются — либо сдерживаются, либо, напротив, поощряются. Закон — наиболее очевидный инструмент давления (по крайней мере, для юристов). Он сдерживает, грозя наказанием, если установленные правила нарушаются. Так,

например, если вы своевольно нарушаете авторские права Мадонны, копируя песню с ее последнего CD и выкладывая ее в Сети, вам грозит штраф в размере \$150000. Штраф — это вытекающее наказание за нарушение заранее установленного правила. Он налагается государством.

Нормы — другой вид сдерживания. Они также наказывают человека за нарушение правил. Однако нормативное наказание налагается обществом, а не (или не только) государством. Может и не быть закона, запрещающего плевать, но это не значит, что вас не накажут, если будете плевать на землю, стоя в очереди в кассу кинотеатра. Наказание может не быть суровым, хотя это зависит от общества, которое запросто может оказаться гораздо нетерпимее многих законов государства. Принципиальное различие не в строгости самого правила, а в источнике принуждения.

Рынок — третий вид оказания давления. Его давление выражается посредством условий: вы можете сделать X, если заплатите Y; вам выплатят M, если вы сделаете N. Эти ограничения, естественно, существуют не вне закона или норм — именно закон о собственности определяет, что покупать, оставаясь в рамках закона. Именно нормы определяют пригодность объектов продажи. Но учитывая ряд норм, понятие собственности и договорное право, рынок одновременно накладывает ограничение на образ действий индивидуума или группы лиц.

Наконец (пускай это покажется удивительным), «архитектура», вещественный мир, каким мы его воспринимаем — тоже ограничитель свободы дей-



ствий. Рухнувший мост может не позволить вам переправиться через реку. Железнодорожная ветка способна не дать сообществу наладить цельную общественную жизнь. Как и в ситуации с рынком, архитектура не влияет посредством вытекающих наказаний. Вместо этого, наряду с рынком, архитектура оказывает давление, создавая непосредственные условия. Эти условия налагаются не судами, предписывающими линии поведения, и не полицией, наказывающей за кражу, а природой, «архитектурой». Если пятисотфунтовый валун преграждает путь, то против вас закон гравитации. Если авиабилет ценой в пятьсот долларов не позволяет вам посетить Нью-Йорк, то здесь ограничение накладывает уже рынок.

Так что первый аспект этих модальностей регулирования очевиден: они взаимодействуют. Ограничения, налагаемые одним, могут усиливаться другим. Или, наоборот, ограничения, налагаемые одним, могут ослабляться другим. Отсюда прямо следует второй вывод. Если мы хотим понимать действительную свободу как возможность каждого в любой момент поступать по собственному усмотрению, нужно учитывать, как взаимодействуют эти четыре модальности. Есть другие ограничения или нет (они вполне могут быть, речь здесь идет не об осознании), эти четыре относятся к наиболее значимым, и любой регулятор (сдерживающий или высвобождающий) должен прежде всего учитывать взаимодействие этой четверки.

Например, рассмотрим такую «свободу», как возможность водить машину на большой скорости. Эта свобода частично ограничивается законом: ограничениями, устанавливающими предельную скорость в определенных местах и в определенное время. Частично свободу ограничивает архитектура: «лежачие полицейские», например, вынуждают большинство осторожных водителей сбавлять скорость. В качестве еще одного примера, специальные ограничители устанавливают лимит скорости, с которой водитель может вести автобус. В определенной степени свободу ограничивает рынок. С повышением скорости увеличивается расход топлива, таким образом, цена на бензин косвенно сдерживает любителей погонять. И, наконец, общественные нормы могут ограничивать или не ограничивать свободу превышать скорость. Поездите на скорости 50 миль в час мимо школы в своем районе, и вам наверняка попадет от соседей. Та же норма не сработает столь эффективно в другом городе или ночью.

И последний аспект, касающийся этой простой модели, тоже достаточно ясен. В то время как четыре модальности аналитически независимы, закон особым способом воздействует на остальные три¹²³. Иными словами, закон иногда подключается, чтобы усилить или ослабить давление одной из мо-

¹²³ Описывая образ действия права на другие три модальности, я не имею в виду, что они не воздействуют, в свою очередь, на закон. Их влияние очевидно. Единственным отличием права является то, что оно может выступать как осознанное воздействие на другие три модальности. Право прочих трех выражено более робко. См. Lawrence Lessig, Code: And Other Laws of Cyberspace (New York: Basic Books, 1999): 9095; Lawrence Lessig, «The New Chicago School», Journal of Legal Studies, June 1998.

дальностей. Соответственно, закон может использоваться для повышения налога на бензин и, тем самым, стимулировать более осторожное вождение. Закон может требовать укладки большего количества «лежащих полицейских», что максимально усложняет вождение на высокой скорости. Закон может использоваться для того, чтобы финансировать рекламу, клеймящую безрассудных водителей. Или же закон может требовать от других правовых норм большей строгости (например, федеральное постановление о снижении предельно допустимой скорости в отдельных штатах), чтобы сделать скоростное вождение менее привлекательным. Иными словами, эти ограничения могут что-то менять и могут меняться сами. Для понимания эффективности защиты свобод или собственности в любом конкретном случае необходимо отслеживать такие изменения с течением времени. Ограничение, накладываемое одной модальностью, может размывать другая. Свобода, обеспеченная одной модальностью, может замещаться другой¹²⁴.

ПОЧЕМУ ГОЛЛИВУД ПРАВ

Совершенно очевидно, что данная модель прямо указывает, почему Голливуд прав. Борцы за авторские права мобилизовали Конгресс и суды для защиты копирайта. Модель помогает нам постичь смысл такого сплочения сил. Предположим, следующая схема иллюстрирует регулирование авторских прав до появления интернета.

124 Некоторые возражают против такого толкования «свободы». Их возражения опираются на ту точку зрения, что подразумевающиеся ограничения, существующие в любой определенный момент, являются ограничениями, наложенными исключительно правительством. Например, если буря разрушает мост, эти люди считают бесполезным говорить об ограничении чьих-то свобод. Мост смыло, и стало сложнее добираться из одного места в другое. Говорить об этом как о потере свободы, полагают они, – все равно, что смешивать политику с превратностями повседневной жизни. Я не собираюсь отказывать людям в ценности узкого взгляда на вещи, суть которого произрастает из того, как ставится вопрос. Однако я никогда не соглашусь, что свободу следует понимать так узко. Как я писал в своей книге «Код», мы унаследовали давнюю традицию политической мысли с более широким взглядом на вещи, нежели узкое понимание того, что и когда сделало правительство. Джон Стюарт Милль, например, отстаивал свободу слова от нападок недалеких умов, опасаясь преследования со стороны правительства; John Stuart Mill, *On Liberty* (Indiana: Hackett Publishing Co., 1978), 19. Джон Р. Коммонс известен своей борьбой за экономическую свободу труда от ограничений, накладываемых рынком; John R. Commons, «The Right to Work», in Malcom Rutherford and Warren J. Samuels, eds., *John R. Commons: Selected Essays* (London: Routledge: 1997), 62. Движение «Американцы за Закон о нетрудоспособности» расширяет свободу людей с физическими недостатками посредством изменения архитектуры определенных общественных мест, облегчая, таким образом, доступ в них. 42 Кодекс США, раздел 12101 (2000). Каждое из этих вмешательств с целью изменения существующих условий воздействует на свободу определенной группы. Эффект от этих вмешательств следует учитывать, чтобы понять действительные рамки свободы, с которыми могут столкнуться члены каждой из таких групп.

Существует баланс между законом, нормами, рынком и архитектурой. Закон лимитирует возможность копирования и распространения контента, предусматривая наказания для тех, кто копирует и распространяет. Эти наказания подкрепляются технологиями, которые усложняют копирование и распространение контента (архитектура) и делают дорогостоящими вышеуказанные действия (рынок). Наконец, эти наказания смягчаются общепринятыми в обществе нормами. Дети, например, переписывают понравившиеся диски друг у друга. Эти виды использования материала, являющегося авторской собственностью, вполне могут считаться нарушением, но общепринятые нормы не видят никакого криминала в такой форме нарушения.

Войдите в интернет, точнее, воспользуйтесь такими технологиями, как МРЗ или пиринг. Тут преграды архитектурного происхождения кардинально меняются, равно как и ограничения, накладываемые рынком. Поскольку и рынок, и архитектура ослабляют контроль за соблюдением авторских прав, тут же все сильнее начинают напирать нормы. Благостный баланс до появления интернета (по крайней мере, для борцов за копирайт) с появлением Сети превращается в настоящую анархию.

Отсюда смысл и оправдание реакции поборников копирайта. Технологии эволюционировали, твердят правообладатели. Такая смена плюсов вследствие хитросплетений рыночных условий и общественных норм подорвали равновесие в защите авторских прав.

Похоже на Ирак после свержения режима Саддама, только здесь ни одно правительство не оправдывает последовавшего разграбления.

Ни этот анализ, ни выводы, которые из него следуют, не новы для борцов за копирайт. Действительно, в «Белом листе», подготовленном Министерством торговли в 1995 году (поборники авторских прав оказали на него сильное влияние), имеющийся набор регулирующих модальностей уже был определен и составлен план реагирования. В ответ на перемены, связанные с появлением интернета, «Белый лист», во-первых, призывал Конгресс усовершенствовать закон об интеллектуальной собственности, во-вторых, требовал от компаний взять на вооружение инновационные маркетинговые технологии, в-третьих, принуждал разработчиков создавать системы программной защиты материала, охраняемого копирайтом, и, в-четвертых, убеждал педагогов с младых ногтей прививать детям благоговейное отношение к авторскому праву.

В такой многоплановой стратегии как раз и нужно авторское право, если оно вообще стремилось сберечь тот специфический баланс, существовавший до переворота, к которому привело появление интернета. И именно таких действий нам следовало бы ожидать от индустрии развлечений. Абсолютно американская черта: рассматривать свою счастливую жизнь как данность и надеяться на закон, который защитит, если вдруг произойдет нечто, способное перевернуть ее. Владельцы домов на заливной равнине, не колеблясь, апеллируют к правительству с требованием восстанавливать (снова и снова) их жилье, после того как наводнение (архитектура) смывает их соб-

твенность (закон). Фермеры, не раздумывая, обращаются к правительству за компенсацией, когда вирус (архитектура) уничтожает их посевы. Профсоюзы смело требуют помощи от правительства, когда импорт (рынок) подрывает сталелитейную промышленность США.

Таким образом, нет ничего дурного или удивительного в кампании, организованной индустрией развлечений для самозащиты от пагубных последствий новых технологий. И я не рискну утверждать, что развивающиеся интернет-технологии мало подействовали на бизнес-методы индустрии развлечений или, в терминах Джона Сили Брауна, на «архитектуру ее прибыли».

Но только оттого, что некая заинтересованная сторона просит поддержки у правительства, не обязательно следует, что просьбу надо уважить. И только потому, что технологии подорвали чей-то способ ведения бизнеса, правительство не обязано вмешиваться, чтобы поддержать старый бизнес-метод. Kodak, например, потеряла не меньше 20 процентов своего традиционного пленочного фоторынка с появлением цифровых фотоаппаратов¹²⁵. Разве кто-то считает, что правительство должно запретить цифровые фотоаппараты только для того, чтобы поддержать Kodak? Автостреды ослабили позиции железнодорожных грузоперевозчиков. Разве кто-то считает, что надо запретить грузовики ради поддержки железных дорог? Если подойти ближе к предмету нашего разговора, то разве пульты дистанционного управления не снизили эффективность телерекламы (когда начинается нудная реклама, а помощью пульта можно легко переключиться с канала на канал)? Вполне возможно, эта перемена подорвала рынок телевизионной рекламы. Но разве кто-то полагает, что надо регулировать использование пультов ДУ, чтобы поддержать коммерческое телевидение (например, разрешив переключение не более десяти каналов в час)?

Очевидный ответ на эти очевидно риторические вопросы — «нет». В свободном обществе со свободным рынком, базирующимся на свободном предпринимательстве и свободной торговле, роль правительства заключается не в том, чтобы поддерживать тот или иной вид бизнеса в ущерб другим. Его задача — не в том, чтобы выбирать победителей и ограждать их от потерь. Если бы правительство занималось этим повсеместно, никакого прогресса мы бы не добились. Как писал в 1991 году председатель совета директоров Microsoft Билл Гейтс в служебной записке, критикуя патенты на программное обеспечение, «зрелые компании заинтересованы в устранении будущих конкурентов»¹²⁶. И в отличие от начинающих фирм, состоявшиеся компании обладают для этого необходимыми средствами (возьмите RCA и FM-радио). В мире, где конкуренты-инноваторы вынуждены сопро-

125 См. Geoffrey Smith, «Film vs. Digital: Can Kodak Build a Bridge?», BusinessWeek online, 02.08.1999, http://www.businessweek.com/1999/99_31/b3640098.htm. Более свежий анализ рыночной позиции «Кодака» см. в Chana R. Schoenberger, «Can Kodak Make Up for Lost Moments?», Forbes.com, 06.10.2003, http://www.forbes.com/2003/10/06/cz_cs_1006kodak.html?partner=cmp.

126 Fred Warshofsky, The Patent Wars (New York: Wiley, 1994), 17071.

тивляться не только рынку, но и правительству, носителям нового ни за что не добиться успеха. Это мир застоя и нарастающей стагнации. Это Советский Союз при Брежневе.

Если стремление искать у правительства защиты по понятным причинам возникает у тех, чьим бизнес-методам смертельно угрожают новые технологии, другие, кто принимает решения, призваны обеспечить гарантии того, что такая защита не станет помехой прогрессу. Другими словами, они обязаны следить за качеством вносимых ими новшеств, вызванных просьбами обиженных. Эти новшества должны оберегать стимулы и возможности инноваций.

В контексте законов, регулирующих свободу слова (в число которых, разумеется, входит закон об авторских правах), эта обязанность еще важнее. Когда индустрия, жалуясь на меняющиеся технологии, просит Конгресс о чем-то, что ограничит свободу слова и творческую деятельность, те, кто принимает решения, должны отнестись к таким просьбам особенно осторожно. Когда правительство начинает регулировать свободу слова, это всегда дурно пахнет. Именно учитывая риски и опасности этой игры, отцы-основатели приняли Первую поправку к Конституции: «Конгресс не должен издавать законов, ограничивающих свободу слова». Поэтому когда Конгресс просит принять закон, который «ограничил» бы свободу слова, следует — очень осторожно — задаться вопросом, оправдано ли такое регулирование.

Настоящая аргументация не касается «оправданности» поправок, которые навязывают борцы за соблюдение авторских прав. Речь идет об их эффекте. Потому что прежде чем обсуждать оправданность — сложный вопрос, который во многом зависит от вашей шкалы ценностей, — надо сперва выяснить, осознаем ли мы степень воздействия тех перемен, которых добивается индустрия развлечений.

Вот вам иллюстрация к следующему аргументу. В 1783 г. впервые синтезировали ДДТ (дихлордифенилтрихлорэтан). В 1948 швейцарский химик Пауль Герман Мюллер получил Нобелевскую премию за свою работу, демонстрирующую инсектицидные свойства ДДТ. К 50-м годам данный инсектицид широко использовался во всем мире для уничтожения вредоносных паразитов. Его также применяли для интенсификации сельского хозяйства.

Никто не сомневается в том, что уничтожение паразитов или повышение урожайности — цели достойные. Никто не сомневается в том, что работа Мюллера была важной и ценной и, вероятно, даже спасла миллионы жизней. Но в 1962 г. Рэйчел Карсон опубликовала свою «Весну безмолвия», которая доказывала, что ДДТ, при всей принесенной пользе, незаметно подействовал на окружающую среду. Птицы утрачивали репродуктивные способности. Целые экологические цепочки были разрушены.

Никто не собиравался разрушать окружающую среду. Конечно, Пауль Мюллер не стремился навредить птицам. Но попытка разрешить одни проблемы тут же породила ряд других. И, как считают, они оказались гораздо серьезнее тех, что пытались разрешить вначале. Прямо скажем, проблемы, порожден-

ные ДДТ, оказались тяжелее проблем, им решенных — во всяком случае, с учетом иных, экологически менее вредных методов, которые могли бы развязать узел, впоследствии разрубленный посредством ДДТ.

Именно на такую ситуацию обращает внимание профессор права из Дьюкского университета Джеймс Бойл, когда настаивает на том, что человечество нуждается в «движении в защиту окружающей среды»¹²⁷. Его мысль, а также мысль, которую я хочу развить в этой главе, заключается не в том, что у поборников авторского права дурные цели. И не в том, что творцам не следует платить за их труд. И не в том, что музыку надо распространять «бесплатно». Суть кроется в том, что некоторые методы, с помощью которых можно защитить авторов, повлекут за собой непредсказуемые последствия для культурной среды, совсем как ДДТ — для природной. И как критика ДДТ не имеет ничего общего с выступлениями в поддержку малярии или наездом на фермеров, так же и критика определенной совокупности правил, защищающих авторское право, не одобряет анархию и не является нападками на творческих людей. Нам необходима креативная среда, и мы должны осознавать последствия наших поступков.

В следующей главе я попытаюсь подробно описать эффект от подобных поступков. Несомненно, интернет-технологии радикально подорвали способности правообладателей защищать свой контент. Но не стоит сомневаться и в том, что если сложить вместе все изменения, внесенные за прошедшее время в закон об авторских правах, с технологическим переворотом, осуществленным интернетом, конечный результат этих изменений скажется не только на повышении эффективности защиты копирайта. Обычно упускают из виду, что совокупное действие такого масштабного наращивания защиты окажется разрушительным для творческой среды.

Одним словом, для того чтобы убить комара, мы, не задумываясь, распыляем ДДТ. А последствия такого подхода для свободной культуры будут гораздо опустошительнее того вреда, который способен был причинить один комар.

НАЧАЛА

Америка скопировала английский закон об авторском праве. Точнее, мы скопировали и улучшили английский закон. Конституция США проясняет назначение прав на «интеллектуальную собственность». Ее четкие ограничения подкрепляют заимствованную у англичан цель избежать влияния чересчур могущественных издателей.

Власть наделять правом на интеллектуальную собственность предоставлена Конгрессу каким-то странным, по крайней мере, для нашей Конституции, способом. Статья первая, раздел восьмой, пункт восьмой Конституции США гласит:

¹²⁷ См., например, James Boyle, «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?», *Duke Law Journal* 47 (1997): 87.

«Конгресс полномочен содействовать прогрессу науки и полезных искусств, сохраняя на ограниченное время авторам и изобретателям исключительные права на соответствующие произведения и открытия».

Условно назовем это «Пунктом о Прогрессе», подметив то, чего в этой статье нет. В ней не сказано, что у Конгресса есть власть наделять правами на интеллектуальную собственность». В ней говорится, что Конгресс может способствовать прогрессу. Цель данного пункта — в наделинии полномочиями, и цель эта публична. Никакого намерения ни обогатить издателей, ни даже вознаградить авторов.

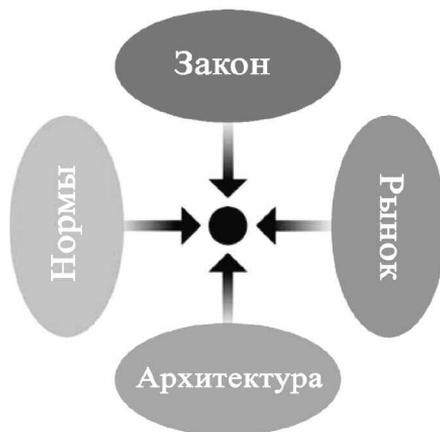
«Пункт о Прогрессе» четко лимитирует срок действия копирайта. Англичане ограничили срок действия копирайта, с тем чтобы меньшинство не могло получить непропорциональный контроль над культурой, осуществляя полный контроль над издательским делом. Можно предположить, что отцы-основатели следовали примеру англичан, ставя похожую цель. В самом деле, в отличие от англичан составители Конституции США еще точнее конкретизировали формулировку, требуя, чтобы авторские права распространялись только на «авторов».

Структура «Пункта о Прогрессе» в чем-то отражает структуру Конституции в целом. Во избежание проблем отцы-основатели стремились предотвратить сосредоточение власти у издателей, отделить авторские права от издателей и сделать срок действия копирайта коротким. Чтобы избежать усиления власти церкви, они запретили федеральному правительству создавать церковную иерархию. Чтобы предотвратить концентрацию власти у федерального правительства, они выстроили схему таким образом, чтобы усилить силу штатов — включая Сенат, члены которого в то время избирались штатами, и коллегию выборщиков, также избирающуюся штатами для участия в выборах президента. В каждом случае структура встроила систему сдержек и противовесов в основу Конституции, разработанной для противодействия неизбежной концентрации власти в одних руках.

Сомневаюсь, что отцы-основатели признали бы право, которое мы сегодня называем копирайтным. Масштабы этого права выходят далеко за грань того, что они могли иметь в виду. Чтобы

прийти к пониманию того, что делали «отцы» Конституции США, необходимо рассмотреть наш «копирайт» в контексте. Потребуется осознать, какие изменения произошли в авторском праве за 210 лет со времени его появления на свет.

Некоторые из этих поправок рождены законом: кое-какие — в свете новых технологий, другие — в свете технологических перемен, повлекших концентрацию рыночной власти. В терминах нашей модели мы начали отсюда:



И закончим здесь:



А теперь я поясню, как.

ЗАКОН: СРОК ДЕЙСТВИЯ

Когда конгрессмены впервые задействовали закон о защите интеллектуальной собственности, они столкнулись с той же неопределенностью статуса интеллектуальной собственности, на которую наткнулись и англичане в 1774 году. Многие штаты принимали законы о защите интеллектуальной собственности, и некоторые считали, что эти законы просто дополняют нормы общего права, которые уже охраняли объекты авторства¹²⁸. Это означало, что гарантированного общественного достояния в Соединенных Штатах в 1790 году просто не было. Когда авторские права охранялись общим законодательством, совсем непросто было определить, общедоступны или подконтрольны были работы, публиковавшиеся в США. В точности, как и в Англии, эта затяжная неопределенность осложнила бы издателям жизнь, не позволяя перепечатывать и распространять произведения искусства, полагаясь на принцип общественного достояния.

Конец этой неопределенности настал, когда Конгресс принял закон о предоставлении авторских прав. Так как федеральный закон отменяет действие любого противоречащего закона штата, федеральный закон об охране копирайта вытеснял любые копирайтные законы штатов. Как в Англии Статут королевы Анны, в конечном итоге, устанавливал срок истечения авторских прав для всех английских произведений, федеральный закон в США ограничивал действие авторских прав в любом штате.

В 1790 г. Конгресс принял первый закон, который создал федеральное авторское право и обеспечил его действие на протяжении четырнадцати лет.

¹²⁸ William W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States* (London: Cambridge University Press, 1953), vol. 1, 48586: «(срок действия) вечных прав, уже принадлежавших авторам или еще только числившихся за ними согласно общему праву, истек просто в связи с применением главного Закона о земле».

Если автор оставался жив на момент истечения срока, он имел возможность продлить свои права еще на четырнадцать лет. Если автор не продлевал срок действия копирайта, его труд становился общественным достоянием. В то время как в Соединенных Штатах за первые десять лет существования республики было создано немало авторских работ, только 5% из них были фактически зарегистрированы в соответствии с федеральным законом. Из всего, что создавалось в США до 1790 года и в период с 1790 по 1800 гг., 95% сразу же становилось общественным достоянием. С принятием закона акцент должен был сместиться: авторским работам суждено было стать общественным достоянием, самое большее, через 28 лет, а чаще всего — через 14 лет¹²⁹.

Система возобновления была краеугольным камнем американской системы копирайта. Максимальный срок действия авторского права устанавливался только для тех объектов, которым это требовалось. По истечении первых 14 лет, если автору не надо было продлевать свое авторское право, то и обществу также не было нужды настаивать на сохранении его копирайта.

14 лет могут показаться не таким уж и долгим сроком, но для подавляющего большинства владельцев авторских прав в то время это было довольно много. Мало кто из них возобновлял срок действия своих авторских прав спустя 14 лет, и закон позволял их работам перейти в общественное достояние¹³⁰.

Даже сегодня эта система имела бы смысл. Коммерческая жизнь большинства творений составляет, в среднем, пару лет. Многие книги перестают печататься спустя год после выхода в свет¹³¹. Когда это происходит, подержанные книги продаются свободно, не подпадая под действие закона об авторском праве. Таким образом, эффективно эти книги более не контролируются за-

129 Хотя в Соединенных Штатах в период с 1790 по 1799 гг. было опубликовано 13000 наименований, заявлений о регистрации копирайта подано было только 556; John Tebbel, *A History of Book Publishing in the United States*, vol. 1, *The Creation of an Industry*, 16301865 (New York: Bowker, 1972), 141. Из 21000 изданий до 1790 года лишь двенадцать охранялись авторским правом по закону 1790 г.; William J. Maher, *Copyright Term, Retrospective Extension and the Copyright Law of 1790 in Historical Context*, 710 (2002). Таким образом, подавляющее большинство произведений немедленно приобрели статус общественного достояния. Даже те работы, которые охранялись копирайтом, скоро оказались в общественном достоянии, так как срок действия копирайта был коротким. Изначальный срок действия авторского права составлял четырнадцать лет с возможностью продления еще на четырнадцать лет. Закон о копирайте от 31 мая 1790 года, §1, 1 ст. 124.

130 Немногие правообладатели вообще воспользовались правом продления срока действия копирайтов. Например, из 25006 копирайтов, зарегистрированных в 1883 году, только 894 были продлены в 1910 г. Анализ пропорционального соотношения возобновленных регистраций по годам см. в Barbara A. Ringer, «Study No. 31: Renewal of Copyright», *Studies on Copyright*, vol. 1 (New York: Practising Law Institute, 1963), 618. Более свежий и обстоятельный анализ см. в William M. Landes and Richard A. Posner, «Indefinitely Renewable Copyright», *University of Chicago Law Review* 70 (2003): 471, 498–501 и др. стр.

131 См. Ringer, ch. 9, n. 2.

коном об авторском праве. Единственным практическим применением остается букинистическая торговля, и поскольку данный оборот не подразумевает издания, такая продажа остается свободным бизнесом.

За первые сто лет существования республики срок действия копирайта изменялся лишь однажды. В 1831 г. максимальный период был увеличен с 28 до 42 лет посредством продления начального срока с 14 до 28 лет. В течение последующих пятидесяти лет этот срок увеличили еще раз. В 1909 г. Конгресс продлил период действия копирайта с 14 до 28 лет, установив максимальный срок в 56 лет.

Затем, уже с 1962 года, Конгресс стал следовать той практике, которая и определяет наш современный закон об авторском праве. За последние 40 лет сроки действия существующих авторских прав продлевались одиннадцать раз. Дважды за сорок лет Конгресс увеличивал срок действия будущих авторских прав. Поначалу сроки продления были короткими — всего на год или два. Но в 1976 году все существующие авторские права растянулись еще на 19 лет. А в 1998 году благодаря Закону Сонни Боно о продлении сроков действия копирайта Конгресс увеличил срок действующих и будущих авторских прав еще на 20 лет.

В результате этих упражнений момент перехода произведений в общественное достояние перенесся в далекое будущее. Последнее продление означает, что до статуса общественного достояния любому произведению искусства ждать от 39 до 55 лет, то есть налицо семидесятипроцентное увеличение сроков с 1962 г. Таким образом, через 20 лет после принятия Закона Сонни Боно, когда миллион патентов станет общественным достоянием, этот статус приобретет ноль копирайтов.

Эффект от этих продлений был усилен еще одним малозаметным изменением в копирайтном праве. Помните, я говорил, что отцы-основатели построили двухкомпонентную систему авторского права, наделявшую правообладателя возможностью продлить срок действия копирайта по истечении первого срока? Правило продления означало, что объекты, более не нуждавшиеся в защите, перейдут в общественное достояние быстрее. А произведения, оставшиеся под охраной закона, сохраняли на какое-то время коммерческую ценность.

Соединенные Штаты отказались от этой разумной системы в 1976 году. Для всех произведений, созданных после 1978 года, существовал только один срок действия копирайта — максимальный. Для авторов этот срок стал пожизненным плюс еще пятьдесят лет. Для корпораций он составил семьдесят пять лет. Затем, в 1992 году, Конгресс отменил обязательное продление срока для всех произведений, созданных до 1978 года. Все объекты, еще находившиеся под защитой авторского права, получили максимально возможный срок действия копирайта. После Закона Сонни Боно этот срок составил девяносто пять лет.

Эта перемена лишила американский закон механизма, гарантировавшего переход в общественное достояние произведений, переставших коммерчес-

ки эксплуатироваться. И действительно, после этих изменений не ясно, возможна ли вообще передача произведений в общественное достояние, осиротевшее из-за этих изменений в копирайтном законе. Несмотря на необходимость «ограничивать» сроки, мы теперь не имеем уверенности в том, что их что-нибудь ограничит.

Последствия изменений, касающихся средней продолжительности действия авторского права, поразительны. В 1973 году более чем 85-ти процентам правообладателей не удалось возобновить действие своего копирайта. Это значило, что средний срок действия копирайта в 1973 году равнялся 32,2 года. Из-за отмены положения о продлении средний срок действия авторских прав сейчас равняется максимальному. За 30 лет, получается, средний срок вырос с 32,2 до 95 лет¹³².

ЗАКОН: МАСШТАБ

«Масштаб» копирайта — это диапазон прав, предоставляемых законом. Масштаб американского копирайта кардинально изменился. Перемены эти не всегда к худшему. Но мы должны осознавать размах этих перемен, если собираемся придерживаться контекста обсуждений.

В 1790 году масштаб был очень узок. Авторское право распространялось только на «карты, чертежи и книги». То есть оно не распространялось, например, на музыку или архитектуру. Что еще важнее, право, гарантированное копирайтом, давало автору исключительное право «публиковать» произведения, охраняемые копирайтом. Это значит, что кто-либо нарушал авторские права, только если переиздавал работы без разрешения правообладателя. Наконец, право, гарантируемое копирайтом, являлось эксклюзивным правом на эту конкретную книгу. Право не распространялось на так называемые в юриспруденции «производные произведения». Поэтому перевод книги, охраняемой авторским правом, или передача ее содержания в иной форме (в виде спектакля по мотивам) не являлись нарушением ничьих прав, кроме авторских.

Эта ситуация тоже радикально изменилась. Контуры сегодняшнего копирайта чрезвычайно сложно очертить. Собственно говоря, копирайт распространяется практически на любое творческое произведение, облеченное в реальную форму. Оно распространяется на музыку так же, как на архитектуру, драму и компьютерные программы. Это предоставляет владельцу не только исключительное право «издавать» работу, но и исключительное право контролировать любые копии произведения. Что для нас здесь важнее всего, право обеспечивает контроль не только над конкретным произведением, но и над любым «производным произведением», которое может произрасти из оригинала. Таким образом, право распространяется на большие объемы

¹³² Эти статистические данные преуменьшены. В период с 1910 по 1962 гг. (в 1962 г. срок продления был увеличен), средний срок никогда не превышал тридцати двух лет и был ближе к тридцати годам. См. Landes and Posner, «Indefinitely Renewable Copyright».

креатива, охраняет его шире, защищая также работы, в определенном смысле основанные на исходном произведении.

В то время как масштаб копирайта увеличился, процессуальные ограничения этого права были ослаблены. Я уже упоминал полную отмену необходимости продления в 1992 году. Плюс к тому, большую часть истории в американском законе об авторском праве действовало требование обязательной регистрации произведения до момента передачи его под охрану авторского права. Существовало и требование, чтобы произведение помечалось либо известным значком, либо словом «copyright». И большую часть истории закона об авторском праве в Америке действовало правило, согласно которому произведения передавались на хранение государству до получения гарантий законных прав.

Основанием для обязательной регистрации служило четкое понимание того, что большинству работ защита авторского права не требуется. Опять-таки, в первые десять лет республики 95% работ, подлежащих охране авторского права, никогда им не обеспечивались. Таким образом, правило отражало норму: многим работам авторское право, очевидно, не требовалось, поэтому регистрация сужала положения закона до тех немногих, кому оно было нужно. Те же причины оправдывали требование помечать произведения значком копирайта. Так было легче узнать, заявлены ли права на данный объект. Требование передачи работы на хранение было необходимо в качестве гарантии того, что к окончанию срока действия копирайта где-то останется копия произведения, которая перейдет в общественное достояние, с тем чтобы ее могли копировать другие, не разыскивая автора.

Все эти «формальности» были упразднены в американской системе, когда мы решили следовать европейскому закону об авторском праве. Сейчас не требуется регистрировать работу, чтобы получить авторское право, авторское право теперь дается автоматически, оно существует независимо от того, пометили ли вы свою работу значком копирайта или нет; оно не зависит и от того, предоставили ли вы копию в общее пользование.

Рассмотрим практический пример, чтобы понять степень этих различий.

Если в 1790 году вы написали книгу и были в числе тех пяти процентов, которые защитили произведение авторским правом, закон защищал вашу работу от переиздания без вашего разрешения. Закон ставил целью контроль за издателями, чтобы предотвратить нечестную конкуренцию такого рода. В 1790 году в Соединенных Штатах было 174 издателя¹³³. Закон об авторском праве был, таким образом, крошечным регулирующим механизмом для крошечной доли крошечной части рынка творческих идей в США — издательств.

Закон никак не регулировал деятельность других творческих людей. Если бы я переписывал вашу поэму от руки, раз за разом, как делают, чтобы выучить

133 См. Thomas Bender and David Sampliner, «Poets, Pirates, and the Creation of American Literature», 29 New York University Journal of International Law and Politics 255 (1997), and James Gilraeth, ed., Federal Copyright Records, 1790-1800 (U.S. G.P.O., 1987).

наизусть, мое действие совершенно не контролировалось бы законом 1790 года. Если бы я поставил пьесу, в основе которой лежит ваш роман, перевел бы или сократил его, ни одно из этих действий никак не контролировалось первым законом об авторском праве. Эта творческая деятельность оставалась свободной, в то время как действия издателей ограничивались.

Теперь ситуация другая: если вы напишете книгу, она автоматически защищена. И, на самом деле, не только книга. Каждый e-mail, каждая записка вашей супруге, каждая закорючка, всякое творческое действие, облеченное в реальную форму, автоматически подпадает под защиту авторского права.

Нет необходимости регистрировать или пометать свою работу. Защита следует непосредственно за созданием, вам ничего не нужно предпринимать, чтобы защитить свое произведение.

Эта защита дает вам право контролировать (за исключением узкого круга разрешенных видов использования) то, как другие копируют вашу работу, вне зависимости, делают ли они это для того чтобы переиздать или процитировать.

Тут все ясно. Всякая система копирайта контролировала конкурентные публикации. Но есть и обратная сторона сегодняшнего копирайта, которая далеко не так очевидна. Это защита «производных прав». Если вы напишете книгу, никто не сможет снять по ней кино без вашего разрешения. Никто не сможет перевести ее без разрешения. CliffsNotes не сможет сократить ее, если на то нет соответствующего соизволения. Все эти производные применения работы контролируются правообладателем. Иными словами, сейчас копирайт — не просто исключительное право на произведение, но и эксклюзивное право на большую часть работ, созданных по мотивам.

Это производное право показалось бы весьма странным составителям нашей Конституции, хотя для нас оно стало второй натурой. Изначально такое расширение полномочий создавалось для борьбы с очевидными нарушениями копирайта в узком его понимании. Вдруг я напишу книгу, а вы поменяете в ней одно слово и потом заявите о своем авторском праве на новую, другую книгу? Ясно, что такая ситуация превратила бы авторское право в фарс, поэтому закон следовало должным образом расширить, чтобы включить в него эти незначительные модификации точно так же, как и буквальное посягательство на оригинальное произведение.

Для устранения данного недоразумения закон породил на свет безграничную власть в сфере свободной культуры. По меньшей мере, удивляешься, сознавая, что закон применим не только к коммерческому издателю, но и к любому человеку с компьютером. Я понимаю, что копировать и продавать чью-то работу плохо. Но как бы неправильно это ни было, переделка чужого произведения — иное зло. Некоторые не видят в переделке совсем ничего плохого. Они полагают, что наш закон, каким его прописали наши отцы-основатели, вообще не должен обеспечивать производные права¹³⁴. Зайдете

¹³⁴ Jonathan Zittrain, «The Copyright Cage», Legal Affairs, июль/август 2003, http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2003/feature_zittrain_julaug03.html.

ли вы настолько далеко или нет, совершенно ясно, что какой бы ущерб за этом ни скрывался, он принципиально отличается от вреда, наносимого прямым пиратством.

Однако закон об авторском праве относится к этим двум видам посягательствам совершенно одинаково. Я могу пойти в суд с просьбой наложить судебный запрет на пиратское переиздание моей книги. Но я также могу пойти в суд и потребовать наложить судебный арест на использование моей книги в трансформированном виде¹³⁵. К этим двум разным видам использования моего творчества подход одинаковый.

Это, опять-таки, может показаться правильным. Если я написал книгу, то почему у вас должна быть возможность снять фильм по моей истории, зарабатывая на этом деньги и при этом не платя мне? Или если Дисней придумал существо по имени Микки-Маус, откуда у вас право делать игрушечных Микки-Маусов и извлекать выгоду из ценности, изначально созданной Диснеем?

Это хорошие аргументы, и, вообще, моя мысль заключается не в том, что производное право ничем не оправдано. Моя цель гораздо уже: просто объяснить, что это расширение закона представляет собой существенное изменение в правах, предоставлявшихся изначально.

ЗАКОН И АРХИТЕКТУРА: ОХВАТ

Несмотря на то, что изначально закон контролировал только издателей, изменение масштаба копирайта означает, что сегодня закон регулирует издателей, пользователей и авторов, потому что все три категории могут копировать, а суть регулирования копирайтного права именно в копиях¹³⁶.

«Копии». Очевидно, их и должен регулировать закон об авторском праве. Но как и в случае с уверениями Джека Валенти о том, будто «интеллектуальная собственность» заслуживает «тех же прав», что и прочие виды собственности, и с очевидными аргументами следует держать ухо востро. Потому как оно, может, и очевидно, что в доинтернетном мире копии были явным спусковым крючком закона об авторском праве, по некотором размышлении становится очевидно и то, что в мире с интернетом копии не должны служить инициацией копирайтного закона. Точнее, они не всегда должны запускать в действие закон об авторском праве.

135 Профессор Рубенфельд предложил мощный конституционный аргумент в пользу отличия, которое должен проводить закон (с точки зрения Первой поправки) между простыми «копиями» и производными работами. См. Jed Rubenfeld, «The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality», *Yale Law Journal* 112 (2002): 160 (в особенности, стр. 53–59).

136 Это упрощение закона, но не чрезмерное. Закон, конечно, регулирует не только «копии», еще регулируется, например, публичное исполнение песни, охраняемой копирайтом, хоть такое исполнение и не является само по себе созданием копии, 17 кодекс США, раздел 106(4). И право, разумеется, иногда не регулирует «копию», 17 кодекс США, раздел 112(а). Однако презумпция в ныне существующем законе (регулирующем «копии», 17 кодекс, раздел 102) подразумевает присутствие права при наличии копии.

Наверное, этом и есть основная идея всей книги. Поэтому позвольте пояснить подробнее, чтобы не упустить сути каждого отдельного аспекта. Моя мысль заключается в том, что интернет должен хотя бы заставить нас переосмыслить условия, в которых закон об авторском праве применяется автоматически¹³⁷, потому что уже ясно, что нынешний охват копирайтного права никогда не рассматривался и еще меньше подбирался законодателями, принявшими данный закон.

Можно представить этот аспект абстрактно, начав с почти пустого круга. Возьмите книгу в реальном пространстве и представьте, что этот круг выражает все возможные виды ее использования. Большинство этих вариантов не регулируется законом об авторском праве, потому что использование не создает копий. Если вы прочитаете книгу, это не регулируется копирайтом. Если вы дадите книгу кому-нибудь, это действие не регулируется копирайтом. Если вы перепродаете книгу, это действие не регулируется копирайтом (в законе четко говорится, что после первичной продажи книги правообладатель не может диктовать дальнейших условий пользования книгой). Если вы спите на книге или используете ее в качестве подставки для лампы или дадите своему щенку погрызть ее, эти действия также не регулируются копирайтом, потому что копии в результате не производятся.

Очевидно, однако, что некоторые виды использования книги регулируются законом об авторском праве. Например, переиздание книги создает копию, поэтому оно регулируется копирайтом. Действительно, этот конкретный вид использования является центром всего круга возможных вариантов использования произведения, охраняемого авторским правом. Данное парадигматическое использование четко регулируется в соответствии с копирайтным правом. Наконец, существует крошечная прослойка иначе регулируемых вариантов использования с копированием, которые остаются вне контроля, потому что закон считает их «добросовестным использованием».

Это те виды использования, которые сами по себе предполагают копирование, но закон не контролирует их, так как общественная норма требует, чтобы они не регулировались. Вы можете свободно цитировать мою книгу даже в самом разгромном негативном обзоре без моего разрешения, хотя цитирование и производит копию. Такое копирование, как правило, дает владельцу копирайта эксклюзивное право решать, разрешено оно или нет, но закон отказывает владельцу в исключительном праве контролировать такие «добросовестные виды использования», как того требует общественная норма (и, вероятно, Первая поправка).

В реальном пространстве возможные варианты использования книги делятся на три типа:

¹³⁷ Моя позиция, таким образом, состоит не в том, чтобы исключить действие закона об авторском праве везде, где он распространяется. Однако нужны серьезные основания для расширения сферы действия закона, и границы ее не должны определяться посредством произвольных и автоматических перемен, вызванных техническим прогрессом.

1. неконтролируемые
2. регулируемые
3. регулируемые, которые, тем не менее, считаются «добросовестными» независимо от мнения правообладателя.

Войдите в интернет — распределенную цифровую сеть, где любой вид использования создает копию¹³⁸. И из-за этой единичной случайной особенности структуры цифровой сети границы первой категории кардинально меняются. Виды использования, которые ранее представлялись регулируемыми, теперь считаются подконтрольными. Рядя предположительно нерегулируемых видов использования, которые определяют свободу действий с охраняемым произведением, больше нет. Наоборот, каждый вид использования находится теперь в ведении копирайтного права, потому что каждый вид использования производит копию — первая категория вливается во вторую. И те, кто отстаивал нерегулируемые виды использования произведения под охраной копирайта, вынуждены обращаться исключительно к третьей категории, добросовестным видам использования, чтобы справиться с бременем этого сдвига. Так давайте подойдем к этому вопросу со всей серьезностью. До появления интернета, если бы вы купили книгу и прочли ее десять раз, не возникло бы никаких резонных нареканий в том, что правообладатель обязан контролировать использование своей книги. Закону нечего было бы инкриминировать вам, если вы читали книгу один раз, десять раз или каждый вечер перед сном. Ни один из этих примеров использования — чтения — не мог регулироваться законом об авторском праве, так как ни один из этих видов использования не производил копию.

Но та же самая книга в электронном виде четко управляется другим набором правил. Теперь, если правообладатель разрешит вам читать книгу только однажды или не чаще раза в месяц, то копирайтный закон будет помогать владельцу авторского права в осуществлении такого контроля из-за случайной особенности закона об авторском праве, трактующей такое использование как копирование. В настоящее время, если вы прочтете книгу десять раз, а лицензией разрешены только пять прочтений, то всякий раз, когда вы будете читать книгу (или отрывок из нее) после пятого прочтения, вы будете делать копию книги вопреки воле правообладателя.

Некоторые полагают, что это разумно. Я намерен оспорить их мнение. Я собираюсь раскрыть суть произошедших изменений. Стоит только понять эту мысль, и некоторые другие вещи тоже прояснятся.

Во-первых, уничтожения первой категории никто никогда специально не добивался. Конгресс не собирался отменять прежде нерегулируемое использование защищенных копирайтом произведений. Нет совершенно никаких до-

138 Я не имею в виду «природу» Сети в том смысле, что иначе и быть не могло, а, скорее, констатирую: нынешнее воплощение подразумевает «копию». Оптические сети не обязательно должны копировать передаваемый контент, а цифровая сеть может быть построена так, чтобы удалялись все сделанные копии, и оставалось нужное изначальное число экземпляров.

казательств того, что законодатели намеревались допустить подобный сдвиг в общественной норме. Нерегулируемое использование составляло неотъемлемую часть свободной культуры до интернета.

Во-вторых, этот сдвиг особенно беспокоит в контексте преобразующих использований творческого контента. Опять-таки, всем нам понятен вред, наносимый коммерческим пиратством. Но закон теперь имеет тенденцию регулировать любую переделку объекта творчества с использованием машины. «Копировать и вставить» и «вырезать и вставить» — эти действия теперь стали преступлением. Баловство с чьей-то авторской работой и последующее представление результата общественности отныне требует, наличия оправдания таких действий. Какое бы беспокойство не вызывала такая трактовка закона о копировании конкретного произведения, особенно не по себе становится от изменения отношения к преобразующим видам использования объектов творчества.

В-третьих, этот сплав первой категории со второй чрезвычайно обременяет третью категорию («добросовестных видов использования»), чего с ней никогда не случалось. Если бы сейчас правообладатель попытался контролировать, сколько раз я прочту в онлайн что-либо, естественно было бы возражать, что это уже является нарушением моих прав на добросовестное использование. Однако ни разу еще не было судебного процесса по вопросу того, имею ли я законное право читать, потому что до интернета чтение не вызывало применения закона об авторском праве, и, следовательно, не было необходимости в защите добросовестного использования. Право читать раньше надежно охранялось, потому что чтение не регулировалось.

Данный вопрос о добросовестном использовании полностью игнорируется даже поборниками свободной культуры. Нас загнали в угол, доказывая, что наши права зависят от добросовестного использования, даже не поднимая исходный вопрос — о расширении эффективного регулирования. Слабая защита, ждущаяся на добросовестном использовании, имеет смысл, когда подавляющее большинство видов использования неподконтрольно. Но когда все становится гипотетически регулируемым, опоры на добросовестное использование становится недостаточно.

Дело Video Pipeline — хороший тому пример. Video Pipeline рекламировала фильмы при помощи трейлеров. Видеосалоны демонстрировали отрывки из фильмов, тем самым способствуя увеличению продаж. Video Pipeline получала трейлеры от кинопрокатчиков, записывала их на пленку и продавала кассеты розничным магазинам.

Компания занималась этим около пятнадцати лет. Потом, в 1997 году, в Video Pipeline подумали об интернете как еще об одном средстве распространения своих анонсов.

Идея заключалась в том, чтобы расширить технологию продаж демо-роликов, предоставив такую же возможность просмотра в интернет-магазинах. Как в книжном магазине можно прочитать несколько страниц из книги, перед тем как ее приобрести, так и в онлайн можно было посмотреть трейлер перед покупкой фильма.

В 1998 году Video Pipeline сообщили компании Disney и прочим кинопрокатчикам, что они предпочитают распространять трейлеры через интернет (а не рассылать кассеты дистрибьюторам). Два года спустя Disney велела Video Pipeline прекратить такую практику. Владелец Video Pipeline обратился к Disney за разъяснениями — он делал бизнес, распространяя подобный контент и помогая Disney продавать фильмы. У него были свои заказчики, зависевшие от его поставок. Disney согласилась на переговоры, только если Video Pipeline немедленно прекратит распространение трейлеров.

В Video Pipeline полагали, что их деятельность держится в пределах прав на «добросовестное использование», поэтому они затеяли судебный процесс, с тем чтобы суд подтвердил их права. Disney подала встречный иск с требованием о возмещении 100 миллионов долларов ущерба. Эта сумма должна была компенсировать «сознательные посягательства» Video Pipeline на авторские права Disney. Когда суд выносит заключение об умышленном нарушении, он может взыскивать ущерб не на основании реального вреда, нанесенного правообладателю, а на основании предписанных законом правил. Так как Video Pipeline распространила семь тысяч трейлеров, для того чтобы способствовать продажам копий этих фильмов в видеомагазинах, Disney в судебном порядке стала добиваться компенсации в \$100 миллионов.

Disney, разумеется, имеет право контролировать свою собственность. Но у видеомагазинов, продававших диснеевские фильмы, тоже есть кое-какие права распространять фильмы, приобретенные ими у Disney. Представители Disney заявили в суде, что магазинам было разрешено продавать фильмы, а также составлять списки фильмов, имеющихся в продаже, но никто не позволял им показывать трейлеры ради рекламы.

Вы, наверное, сочтете это дело частным, и я думаю, суды тоже будут рассматривать его как частное. Моя же цель — проиллюстрировать те изменения, которые дают Disney такую власть. До интернета Disney не могла на деле контролировать то, как люди получали доступ к их контенту. Как только видео оказывалось на рынке, «доктрина первой продажи» давала продавцу полную свободу использовать видео по собственному разумению, включая показ отрывков в рекламных целях. Но с появлением интернета у Disney появляется возможность централизации контроля за доступом к контенту. Так как всякое использование интернета создает копию, то оно подпадает под контроль правообладателя. Технологии расширяют область эффективного контроля, потому что встраивают копирование в каждую операцию с контентом. Несомненно, возможность еще не является злоупотреблением, как и потенциальный контроль — еще не злоупотребление контролем. Barnes&Noble может запретить прикасаться к книгам в ее магазине. Закон об охране собственности дает такое право. Если бы Barnes&Noble запретила пролистывать книги, покупатели бы пошли в другие книжные магазины. Конкуренция спасает от крайностей. И вполне может быть (я пока даже не подвергаю это сомнению), что конкуренция предотвратила бы любую сходную угрозу, когда бы дело дошло до копирайта.

Конечно, издатели, используя права, переданные им авторами, могли бы попытаться контролировать, сколько раз вы читаете книгу, или запретить вам одалживать ее кому-либо. Но на таком конкурентном рынке, как книжный, риск такого поворота событий невелик.

Опять-таки, я пока просто стремлюсь наглядно проиллюстрировать перемены, порожденные изменившейся архитектурой. Наделение технологий возможностью контролировать соблюдение копирайта означает, что контроль авторского права больше не определяется сбалансированной системой противовесов. Контроль копирайта — это понятный выбор правообладателей. В некоторых смыслах этот факт хотя бы безвреден. Но кое-где этот путь ведет к катастрофе.

АРХИТЕКТУРА И ЗАКОН: СИЛА

Исчезновение нерегулируемых видов использования было бы уже достаточной переменной, но второе важное изменение, привнесенное интернетом, усиливает ее значимость. Эта вторая переменная влияет не на область контроля копирайта, а на степень регулирования.

В мире доцифровых технологий закон обычно контролировал, в каких случаях и как следует регулировать чьи-либо действия с позиции копирайтного права. Под законом подразумевался суд и судья. В конце концов, это был человек, воспитанный в атмосфере законодательной традиции, который устанавливал, как и в каком случае закон должен ограничивать чью-то свободу. Большую известность получила история о схватке между Marx Brothers и Warner Brothers. Марксы намеревались снять пародию на «Касабланку». Warner Brothers возражали. Они написали грозное письмо Марксам, в котором предупреждали, что у тех возникнут серьезные проблемы с законом, если они не откажутся от своих планов¹³⁹. Это побудило Marx Brothers отплатить той же монетой. Они предупредили Warner Brothers, что Марксы «были братьями задолго до Уорнеров»¹⁴⁰. Таким образом, у Marx Brothers — исключительное право на слово «братья», и если Warner Brothers настаивают на контроле за «Касабланкой», тогда Marx Brothers настаивают на контроле за «братьями».

Заявление, разумеется, абсурдное и пустое, потому что и Warner Brothers, и Marx Brothers понимали, что ни один суд не удовлетворил бы такое дурацкое требование. Этот экстремизм никак не относился к реальным свободам, которыми пользовались все, включая Warner Brothers.

В интернете, однако, на глупые правила управы нет, потому что в интернете правила все больше и больше навязываются не человеком, а компьютером. Все больше и больше копирайтные порядки в интерпретации правообладателя встраиваются в технологию, поставляющую контент, охраняемый авторским правом. Управляет теперь код, а не закон. И проблема программных регуляторов кроется в том, что, в отличие от закона, у них нет ни сты-

¹³⁹ См. David Lange, «Recognizing the Public Domain», Law and Contemporary Problems 44 (1981): 17273.

¹⁴⁰ Там же. См. также Vaidhyanathan, Copyrights and Copywrongs, 13.

да, ни совести. Юмора Marx Brothers программе не понять. И последствия этого уже совсем не забавны.

Возьмите, к примеру, мою Adobe eBook Reader.

Электронная книга поставляется произведение в электронной форме. Электронная книга компании Adobe — это не изданная ею книга. Adobe просто разрабатывает программное обеспечение, которое издатели применяют для распространения книг в электронном формате. Разработчик обеспечивает технологию, а издатели поставляют контент.

В моей компьютерной библиотеке небольшая коллекция электронных книг. Некоторые из этих книг представляют контент, являющийся общественным достоянием. «Миддлмарч» Джорджа Элиота, например. Некоторые из книг не являются общественным достоянием: моя собственная книга «Будущее идей» пока не обрела статус публичной собственности.

Сначала рассмотрим «Миддлмарч». Если вы кликнете мышкой по моей электронной копии «Миддлмарча», появится яркая обложка, а затем кнопка, подписанная «Разрешения». Если вы нажмете кнопку «Разрешения», появится список разрешений, которые издатель предоставляет вместе с этой книгой.

В соответствии с моей eBook Reader, я могу копировать в буфер компьютера десять отрывков текста каждые десять дней (пока я еще ни строчки не копировал). У меня также есть право распечатывать десять страниц книги каждые десять дней. И наконец, у меня есть разрешение использовать кнопку «Чтение вслух», чтобы слушать «Миддлмарч» в аудиоформате.

Вот еще одна электронная книга, являющаяся общественным достоянием (включая и ее перевод) — «Политика» Аристотеля.

В соответствии с разрешениями на эту книгу, копирование и печать не разрешаются вовсе. Но, к счастью, вы можете пользоваться опцией «Чтение вслух», чтобы послушать аудио. Наконец (и это смущает больше всего), вот вам «разрешения» на оригинальную электронную версию моей последней книги «Будущее идей»: «Не копировать, не печатать и не смейте пытаться слушать эту книгу!»

Сейчас в Adobe eBook Reader этот контроль называется «разрешениями», как будто издатель может контролировать то, как вы используете эти произведения. В отношении работ, охраняемых авторским правом, у правообладателя, конечно, имеются рычаги давления — в пределах закона о копирайте. Но для работы, не охраняемой копирайтом, не существует таких рычагов¹⁴¹. Когда моя электронная книга «Миддлмарч» утверждает, что я могу копировать только десять отрывков текста каждые десять дней, на самом деле это означает, что eBook Reader дал издателю возможность контролировать то, как я ис-

¹⁴¹ В принципе, в договоре могло содержаться требование ко мне. Я мог бы, например, купить у вас книгу, содержащую в соглашении пункт, по которому мне разрешили бы прочитать ее только три раза, либо что я обязываюсь прочитать ее не более трех раз. Но такое обязательство (и ограничения на составление такого обязательства) исходило бы из контракта, а не из закона об авторском праве, а обязательства по соглашению необязательно переходят к последующему покупателю книги.

пользую книгу на своем компьютере, что выходит далеко за рамки предоставленного законом права.

Контроль здесь осуществляет программа — технология, внутри которой «живет» электронная книга. Хотя электронная книга и утверждает, что это разрешения, это не те «разрешения», к которым большинство из нас привыкли. Когда девушка получает «разрешение» гулять до полуночи, она знает (если только она не Золушка), что может погулять часов до двух, но ее за это накажут, если поймают. А вот когда Adobe eBook Reader говорит, что мне позволено сделать десять копий текста, это означает, что после десяти копирований компьютер просто не позволит сделать больше. То же и с ограничением на печать: после десяти страниц eBook Reader перестанет печатать. То же и с глупым запретом на использование кнопки «Чтение вслух» для прослушивания книги. Дело не в том, что вас за это засудят, а в том, что если нажать кнопку, компьютер просто не выполнит данную операцию.

Это контроль, а не разрешения. Представьте себе мир, в котором Marx Brothers продавали бы текстовый процессор, который при попытке напечатать «Warner Brothers» стирал бы слово «Brothers» из предложения.

Это будущее закона об авторском праве — не столько даже закона об авторском праве, сколько программных средств защиты копирайта. Средства контроля доступа к контенту не получают одобрения судов. Средства контроля доступа будут создавать программисты. И в то время как средства контроля, встроенные в закон, всегда регулируются судьей, средства контроля, встроенные в технологию, не имеют сходной встроенной самопроверки.

Насколько это важно? Разве не всегда возможно обойти технические средства контроля? Программное обеспечение обычно продавалось с технологиями защиты от копирования, но это была обычная защита, которую легко было одолеть. Не будет ли так же просто обойти и эти защитные средства?

Мы только-только ступили на эту землю. Вернемся к Adobe eBook Reader.

Едва появившись, Adobe eBook Reader пережила пиарный кошмар. Среди книг, которые можно было бесплатно загрузить с сайта Adobe, была копия «Алисы в Стране чудес». Эта замечательная книга является общественным достоянием. Однако стоило кликнуть на «Разрешения» для этой книги, и всплывало следующее сообщение: оказывалось, что эту детскую книжку, являющуюся публичной собственностью, нельзя копировать, давать почитать или дарить кому-либо, и, как указывали «разрешения», нельзя «читать вслух»!

Кошмарный пиар был связан с этим последним разрешением. Потому что в тексте не было сказано, что нельзя использовать кнопку «Чтение вслух», там говорилось, что не разрешено читать книгу вслух. Это привело к тому, что некоторые люди сочли, будто Adobe посягнула на права родителей, например, читать книгу своим детям, что было, мягко говоря, абсурдно.

Adobe проворноотреагировала, заметив, что нелепо предполагать, будто компания пытается запретить читать книгу вслух. Очевидно, что это просто ограничение на использование кнопки «Чтение вслух» для воспроизведения текста в аудиоформате. Но вот вопрос, на который Adobe так и не ответила:

«Признала ли тем самым Adobe, что потребитель может по своему усмотрению использовать программное обеспечение, ломать ограничения, встроенные в eBook Reader? Если бы какая-нибудь компания (назовем ее «Элкомсофт») разработала программу для снятия специальной защиты, встроенной в Adobe eBook, чтобы, допустим, слепой человек мог использовать компьютер для воспроизведения книги в аудиоформате, согласилась бы Adobe с тем, что такое использование eBook Reader законно? Adobe не ответила, потому что ответ, как это нелепо ни звучит, отрицательный.

Цель не в том, чтобы винить во всем Adobe. На самом деле, Adobe входит в число самых новаторских компаний, разрабатывающих стратегии балансировки открытого доступа к контенту и тяги к инновациям. Но технология Adobe обеспечивает контроль, и у Adobe есть стимул отстаивать этот контроль. Желание понятно, хотя его порождения зачастую безумны.

Для того чтобы представить проблему в совершенно абсурдном виде, рассмотрим мой любимый случай из данной области.

Возьмем робособаку Aibo от компании Sony. Aibo способен учиться всяким штучкам, ластился и ходить по пятам за хозяином. «Ест» он только электричество, и «уход» за ним не доставляет никаких особых проблем (по крайней мере, в доме). Aibo дорогой и популярный. Фанаты со всего мира организовали клубы для общения. Какой-то один поклонник Aibo создает веб-сайт, на котором выкладывает информацию о робособаке для всех желающих. Этот фанат устраивается по адресу aibopet.com (а также aibohack.com, с перенаправлением на тот же сайт), и на этом сайте он размещает информацию о том, как научить Aibo трюкам в дополнение к тем, которым его уже наделили в Sony.

«Обучение» в данном случае имеет особое значение. Aibo – это просто милый компьютер. А компьютер учат что-то делать, по-всякому его программируя. Поэтому сказать, что aibopet.com предоставлял информацию о том, как учить робособаку новым трюкам – то же самое, что говорить будто aibopet.com предоставлял пользователям Aibo информацию о том, как взламывать компьютерную «собаку», с тем чтобы заставить ее исполнять новые трюки (значит, все-таки, aibohack.com).

Если вы не программист или не знакомы с программистами, слово «взлом» несет для вас достаточно негативную коннотацию. Непрограммисты взламывают двери и сейфы. В фильмах и не то еще делают. Но для программистов, или кодеров, как я их называю, «взлом» – гораздо более позитивное понятие, означающее написание и применение кода, который заставляет программу сделать нечто такое, для чего она изначально не рассчитывалась. Купив новый принтер к старому компьютеру, вы можете обнаружить, что старый ПК не «контактит» с принтером. Выяснив это, позже к своей радости вы обнаружите в Сети хакерский код, кем-то написанный драйвер для запуска только что купленного вами принтера.

Некоторые хакерские программы просты, другие невероятно сложны. Сообщество хакеров любит бросать вызов себе и другим, ставя перед собою все

более трудные задачи. Умение хорошо взламывать вызывает определенное уважение. Умение же взламывать вежливо пользуется вполне заслуженным уважением.

Поклонник Aibo продемонстрировал оба таланта, взломав программу и предложив миру код, обучающий Aibo танцевать джаз. Это было тонкое мастерство, превращавшее Aibo в более одаренное существо, чем то, которое создала Sony.

Я пересказывал эту историю в различных контекстах — и в Соединенных Штатах, и за их пределами. Как-то один озадаченный слушатель спросил меня, разрешено ли в США собаке танцевать джаз. Мы забываем, что по всему свету до сих пор ходят истории о захолустных Штатах. Так что давайте все проясним, перед тем как продолжить: танцевать джаз не считается преступлением нигде. И обучать собаку танцевать джаз — тоже не преступление. И не должно быть преступлением (хотя нам еще есть куда двигаться в этом направлении) обучение робособаки танцам. Танцевать джаз — вполне законное действие. Кто-то воображает, как владелец aibopet.com думал: «Какие проблемы могут быть с обучением робособаки танцам?».

Давайте на минуту оставим собаку в покое и перейдем к цирковому представлению. Не буквально к цирку, а к докладу, который подготовил к конференции принстонский академик Эд Фелтен. Этот ученый — известный и уважаемый человек. Правительством пользовалось его услугами в судебном процессе против Microsoft, чтобы проверить истинность заявлений специалистов Microsoft о том, что можно и чего нельзя делать с их кодом. В том судебном процессе Фелтен проявил блестящий ум и хладнокровие. Несмотря на бешеный напор со стороны адвокатов Microsoft, Эд стоял на своем. Он не поддавался запугиванию и не собирался молчать о том, что знал очень хорошо.

Но настоящее испытание смелости Фелтена случилось в апреле 2001 года¹⁴², когда он с группой коллег работал над докладом для конференции. В докладе требовалось описать слабые места криптосистемы, разрабатывавшейся альянсом Secure Digital Music Initiative в качестве инструмента контроля за распространением музыки.

Коалиция SDMI хотела получить технологию, которая бы позволила владельцам контента осуществлять гораздо более эффективный контроль над своим материалом, нежели тот, что им обеспечивал интернет. Используя шифрование, в SDMI надеялись разработать стандарт, который позволит владельцу контента говорить: «Эту музыку нельзя копировать», и заставлять компьютер

¹⁴² См. Pamela Samuelson, «Anticircumvention Rules: Threat to Science», *Science* 293 (2001): 2028; Brendan I. Koerner, «Play Dead: Sony Muzzles the Techies Who Teach a Robot Dog New Tricks», *American Prospect*, январь 2002 г.; «Court Dismisses Computer Scientists' Challenge to DMCA», *Intellectual Property Litigation Reporter*, 11.12.2001; Bill Holland, «Copyright Act Raising Free-Speech Concerns», *Billboard*, май 2001 г.; Janelle Brown, «Is the RIAA Running Scared?», *Salon.com*, апрель 2001 г.; Electronic Frontier Foundation, «Frequently Asked Questions about Felten and USENIX v. RIAA Legal Case», http://www.eff.org/Legal/Cases/Felten_v_RIAA/faq_felten.html.

уважать эту команду. Данная технология должна была стать частью «надежной системы» контроля, которая убедила бы владельцев охраняемого копия материала больше доверять интернету.

Когда в SDMI решили, что уже близки к цели, они устроили соревнование. В обмен на передачу конкурсантам части зашифрованного SDMI контента те должны были попытаться взломать систему, и если это получится, следовало известить консорциум о найденной уязвимости.

Фелтен и его команда быстро разобрались в криптосистеме. Они обнаружили в ней типичное слабое место: многие криптосистемы страдают теми же недостатками, и Фелтен и его команда решили, что следует указать на это тем, кто изучает криптографию.

Давайте еще раз взглянем на то, что делал Фелтен. Опять-таки, дело было в США. У нас господствует принцип свободы слова. У нас он существует не просто потому, что это закон, но и потому что это – великая идея. Надежно оберегаемая традиция свободы слова подвержена самой разной критике. Подобная критика, в свою очередь, служит улучшению системы, людей или идеи, подвергнутых критике.

Фелтен и его коллеги опубликовали доклад, описывающий уязвимость технологии. Они не распространяли бесплатную музыку, не разрабатывали и не задействовали подобной технологии. Доклад был научной работой, расшифровкой для людей непонятной. Но она четко раскрывала недостатки в системе SDMI, и поясняла (и впоследствии это подтвердилось), почему у SDMI ничего не выйдет.

Что общего у владельца aibopet.com и Фелтена? – спросите вы. Письма, которые они получили. Владельцу aibopet.com написали из Sony по поводу взлома их продукции. Хотя собака, танцующая джаз, совершенно законна, письмо Sony гласило: «Ваш сайт содержит информацию о средствах, позволяющих взломать протокол защиты программных средств Aibo, что является нарушением положений Закона об авторских правах в цифровую эпоху (DMCA) о запрещении средств обхода ограничений».

И хотя научная работа, описывающая недостатки криптосистемы, тоже, по идее, должна быть абсолютно законной, Фелтен получил письмо от адвоката Американской ассоциации звукозаписывающей индустрии (RIAA), в котором значилось: «Любое разглашение информации, полученной благодаря участию в открытом конкурсе, выходит за рамки действий, разрешенных договором, и против вас и вашей исследовательской команды может быть возбуждено дело по факту нарушения Закона об авторских правах в цифровую эпоху (DMCA)». В обоих случаях этот жуткий оруэлловский закон применялся для контроля за распространением информации. Закон об авторских правах в цифровую эпоху сделал передачу подобной информации преступлением.

DMCA принимался для защиты правообладателей, сразу испугавшихся киберпространства. Их страх вызвало то, что надежный контроль за соблюдением авторских прав успешно почил в бозе. В ответ на это изыскивались технологии, способные компенсировать потери. Эти новые технологии были

технологиями защиты копирайта — технологиями контроля за тиражированием и распространением материала, охраняемого авторским правом. Они разрабатывались в виде программных средств, призванных подменить собой первоначальные программные технологии интернета для того, чтобы как-то опять обеспечить защиту интересов правообладателей.

DMCA был законом, направленным на защиту криптосистемы, разработанной для охраны авторского материала. Он был, можно так сказать, законодательным кодом, предназначенным оберегать программный код, который, в свою очередь, разрабатывался для защиты легального кода копирайта.

Но DMCA разрабатывался не просто для того, чтобы охранять творческий контент в той степени, в которой его защищал закон об авторском праве, то есть его действие не ограничивалось сферой влияния копирайтного права. DMCA контролировал устройства, позволяющие обойти меры защиты копирайта. Его задумывали с целью запретить подобные устройства вне зависимости от того, являлось ли нарушением копирайта использование авторского материала, ставшее возможным благодаря такому обходу ограничений.

Aibopet.com и Фелтен угодили в самую точку. Хакер Aibo обходил систему защиты с целью научить собаку танцевать джаз. Такое разблокирование, несомненно, вовлекало использование авторского материала. Но так как сайт aibopet.com был некоммерческим, и использование не повлекло за собой последующих нарушений копирайта, нет сомнений в том, что взлом Aibo был добросовестным использованием авторского материала Sony. Хотя добросовестное использование не является оправданием для DMCA. Вопрос заключается не в том, являлось ли использование авторского материала нарушением. Суть в том, имел ли место обход системы защиты копирайта.

Угроза Фелтену была выражена в более мягкой форме, однако была следствием той же цепи рассуждений. Адвокат RIAA счел, что опубликовав работу, описывающую способ обхода системы защиты копирайта, Фелтен обнаружил технологию взлома. Таким образом, хотя сам он и не нарушал ничьих авторских прав, его научная работа давала возможность другим нарушать чьи-либо авторские права.

Неестественность подобных аргументов хорошо отображена в карикатуре, нарисованной в 1981 году Полом Конрадом. В то время суд в Калифорнии вынес решение о возможности запрещения видеоманитофонов, поскольку данная технология нарушает авторское право — позволяет потребителям копировать фильмы без разрешения правообладателя. Несомненно, были и законные способы использования этой технологии. Например, Фред Роджерс, известный также как «мистер Роджерс», заявил в суде, что хотел, чтобы люди свободно записывали «Соседей мистера Роджерса».

Некоторые общественные и коммерческие каналы показывали сериал в такое время, когда некоторые дети смотреть его не могли. Я полагаю, семья весьма полезна возможность записывать такие программы и просматри-

вать их в удобное время. У меня всегда было такое чувство, будто с наступлением эпохи всех этих новых технологий, которые позволяют людям записывать «Соседей» с эфира (я говорю о «Соседях», потому что продюсирую их), семьи стали активнее планировать свое телевизионное время. Честно говоря, я против того, чтобы людей программировали другие люди. В целом, мой подход к телевидению всегда был таким: «Ты личность самодостаточная и можешь сам принимать здравые решения». Может быть, я слишком долго на эту тему распространяюсь, но мне просто кажется важным все, что позволяет человеку, в разумной степени, принимать более активное участие в управлении собственной жизнью¹⁴³.

И хоть были и законные виды использования, но из-за существования незаконных суд взвалил всю ответственность на производителей видеомагнитофонов. Это побудило Конрада нарисовать карикатуру применительно к ситуации с DMCA.

Ни один из аргументов, которые я могу привести, эту картинку не перешеголяет, но я все-таки попытаюсь. Противообманные меры, на которые нацелен DMCA, направлены против технологий, позволяющих обойти защиту копирайта. Такие технологии можно использовать в разных целях. Например, для массового производства контрафактной продукции (худший вариант). Или чтобы использовать некоторые авторские материалы теми способами, которые считаются добросовестными (лучший вариант).

Из пистолета можно застрелить полицейского или ребенка. Большинство согласится с тем, что это дурное применение. Но с пистолетом можно еще практиковаться в стрельбе или оборонять собственный дом от незваных гостей. В таком случае, по крайней мере, некоторые поддержат подобное применение оружия. Это тоже технология, которую можно использовать и во благо, и во вред.

Явная суть карикатуры Конрада – в ненормальности мира, где оружие легально, несмотря на вред, который оно способно причинить, а видеомагнитофоны (и технологии, позволяющие обойти защиту копирайта) незаконны. Лейтмотив: «Никто еще не умер от нарушений авторских прав». Однако закон полностью запрещает использование технологий обхода защиты копирайта, несмотря на то, что они могут приносить какую-то пользу. При этом закон разрешает применение оружия, несмотря на очевидный и трагический вред, который оно наносит.

Примеры Aibo и RIAA демонстрируют, как правообладатели нарушают баланс гарантий в законодательстве об авторских правах. При помощи программных технологий правообладатели ограничивают добросовестное использование. Применяя DMCA, они преследуют тех, кто пытается обойти ограничения на законное использование, которые они налагают програм-

¹⁴³ Sony Corporation of America против Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 455 fn. 27 (1984). Роджерс так и не изменил своих взглядов в отношении видеомагнитофонов. См. James Lardner, *Fast Forward: Hollywood, the Japanese, and the Onslaught of the VCR* (New York: W. W. Norton, 1987), 27071.

мыми средствами. Технология превращается в орудие ликвидации добросовестного использования, а Закон об авторских правах в цифровую эпоху это поддерживает.

Вот так код становится законом. Средства управления, встроенные в технологию авторизации доступа и предотвращения копирования, становятся правилами, нарушение которых превращает вас в преступника. Таким образом, программный код расширяет закон — усиливает его регулирующие функции, даже если предмет регулирования (действия, которые иначе очевидно являлись бы добросовестным использованием) находится вне действия закона. Код становится законом, код расширяет закон, код, таким образом, наращивает контроль, осуществляемый правообладателями, по крайней мере, теми, у которых есть свои юристы, способные написать гневные письма, подобные полученным Фелтеном и владельцем aibopet.com.

Существует еще один, заключительный, аспект взаимодействия архитектуры и закона, который вносит свой вклад в мощь копирайтного регулирования. Это легкость, с которой обнаруживаются нарушения закона. Вопреки сложившемуся при зарождении киберпространства общему мнению о том, что в интернете, дескать, никто и знать не знает, что вы за зверь, с постоянным развитием технологий, внедряемых в интернете, все легче и легче становится выявлять преступивших закон.

Онлайновые технологии столь же открыты ищущим, сколь и любителям файлообмена, а ищущие все лучше овладевают методами обнаружения нарушителей.

Вообразите, к примеру, что вы состояли в фан-клубе «Стар-Трека». Вы собирались раз в месяц, чтобы поболтать о том, о сем, и, возможно, поставить своеобразный спектакль по мотивам фильма. Один играл бы Спока, другой — капитана Керка. Персонажи пьесы начали бы с сюжета реальной истории, а потом просто продолжили бы его¹⁴⁴.

До интернета это, фактически, абсолютно не регулировалось. Вне зависимости от того, что творилось в вашем клубе, в это никогда бы не вмешалась копирайтная полиция. В том пространстве у вас была полная свобода, с этой частью общей культуры вы могли делать все, что хотели. Вы могли дополнять ее как угодно, не боясь легального контроля.

Но если бы вы переместили свой клуб в интернет и открыли бы в него доступ другим участникам, ситуация бы совершенно поменялась. Боты, рыскающие по Сети в поисках нарушений копирайта и посягательств на торговую марку, быстро обнаружили бы ваш сайт. Вывешенное на сайте фанклубовское творение, в зависимости от того, кому принадлежат права на материал, вами использованный, вполне может служить основанием для наезда юристов. А игнорировать угрозу иска обходится недешево. Закон об

¹⁴⁴ Ранний анализ в жанре предвидения см. в Rebecca Tushnet, «Legal Fictions, Copyright, Fan Fiction and a New Common Law», *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 17 (1997): 651.

охране авторского права чрезвычайно эффективен, наказания суровы, а расправа скорая.

Такая перемена в эффективности вызвана возросшей простотой применения закона. Данное изменение также радикально смещает баланс закона. Это как будто ваш автомобиль стал по радио докладывать о скорости, с которой вы двигались в каждый конкретный момент. После этого останется сделать небольшое усилие, и государство начнет присылать вам штрафные квитанции, основываясь на данных радиоперехвата. Вот что происходит на самом деле.

РЫНОК: КОНЦЕНТРАЦИЯ

Итак, срок действия авторского права сильно увеличился – втрое за последние тридцать лет. Масштаб копирайта тоже разросся – от регулирования только издателей до контроля чуть ли над всеми. И область действия авторского права расширилась, поскольку всякое действие превращается в копирование и, следовательно, должно регулироваться.

Поскольку технари отыскивают все более совершенные способы управления контентом, а правообладатели постоянно вооружаются новыми технологиями, мощь копирайтного права тоже растет. Злоупотребления становится проще выявлять и легче контролировать. Эта власть над творческим процессом, начинаясь с регулирования крошечной доли рынка произведений искусства, стала единственным и важнейшим функциональным механизмом. Это масштабное расширение правительственного контроля за инновациями и творчеством. Всего этого ни за что не желают признавать те, кто ответствен за введение контроля за соблюдением копирайта.

Однако мне кажется, что все эти перемены не имели бы особого значения, если бы не еще один аспект, который следует также принять во внимание. Этот сдвиг в каком-то смысле наиболее знаком, хотя его значение и масштаб ясны еще не до конца. Это то, что порождает истинную причину прочих, описанных выше перемен.

Это изменение в концентрации и интеграции СМИ. За последние двадцать лет природа собственности СМИ подверглась радикальным изменениям, вызванным эволюцией правовых норм, управляющих СМИ. Прежде чем эти изменения произошли, различные формы СМИ принадлежали отдельным медиакомпаниям. Теперь СМИ, по большей части, принадлежат горстке корпораций. Действительно, после реформ, о которых в июне 2003 года объявила Федеральная комиссия США по связи, следует ждать, что через несколько лет мы будем жить в мире, в котором всего три компании будут контролировать свыше 85 процентов средств массовой информации.

Это изменения двух видов – масштаба концентрации и ее природы.

Масштабные изменения обрисовать проще. Сенатор Джон Маккейн так подытожил данные, приведенные в докладе Федеральной комиссии США по

связи: «Пять компаний управляют 85% наших медиаресурсов¹⁴⁵. Пять звукозаписывающих лейблов — Universal Music Group, BMG, Sony Music Entertainment, Warner Music Group и EMI — контролируют 84,8% музыкального рынка США¹⁴⁶. «Пять крупнейших кабельных компаний поставляют свои программы 74% абонентов кабельного телевидения в США»¹⁴⁷.

Ситуация с радио еще печальнее. До дерегулирования у крупнейшего в США радиовещательного конгломерата было менее семидесяти пяти станций. Сегодня одна компания имеет более 1200 станций. За весь период консолидации общее количество радиоманатов сократилось на 34%. Сегодня две крупнейшие радиовещательные компании контролируют 74% доходов с этого рынка. В целом, всего четыре компании получают 90% рекламных доходов всего национального радио.

Газетные собственники тоже укрупняются. Сейчас в США на шестьсот ежедневных газет меньше, чем восемьдесят лет назад, и десять компаний контролируют половину национальных тиражей. В Соединенных Штатах двадцать ведущих газетных издателей. Десять главных киностудий получают 99% доходов от проката картин. Десять крупнейших кабельных компаний получают 85% дохода от кабельного вещания. Такой рынок весьма далек от идеалов свободной прессы, которые исповедовали отцы-основатели. Фактически, этот рынок довольно хорошо защищен самим рынком.

Укрупнение размеров — одно дело. Более возмутительное изменение кроется в природе этой концентрации. Джеймс Фоллоуз так высказался в недавней статье о Руперте Мердоке: «Компании Мердока ныне составляют производственную систему, непревзойденную по своей интеграции. Они поставляют контент — кинофильмы и телешоу студии Fox, контролируемые Fox спортивные радиотрансляции, газеты и книги. Они продают контент публике и рекламодателям — в газетах, в эфире, на кабельных каналах. И они используют материальную систему распределения, посредством которой контент достигает потребителей. Спутниковые системы Мердока теперь поставляют материалы News Corp. в Европу и Азию. Если Мердок станет единственным владельцем Direct TV, то такая же система заработает и в Соединенных Штатах»¹⁴⁸.

Пример империи Мердока — образчик современных СМИ. Дело не в том, что большие компании владеют многими радиостанциями, а в том, что минимальное число компаний имеют максимальное количество средств вещания. Насколько важна такая концентрация? Влияет ли она на то, что создает-

145 FCC Oversight: слушания перед сенатским комитетом по коммерции, науке и транспорту, 108-ой Конгресс, первая сессия (22 мая 2003 года) (речь сенатора Джона Маккейна).

146 Lynette Holloway, «Despite a Marketing Blitz, CD Sales Continue to Slide», New York Times, 23.12.2002.

147 Molly Ivins, «Media Consolidation Must Be Stopped», Charlestone Gazette, 31.05.2003.

148 James Fallows, «The Age of Murdoch», Atlantic Monthly (сентябрь 2003 г.): 89.

ся и распространяется? Или это просто более эффективный метод производства и дистрибуции контента?

Я полагал, что концентрация не будет иметь особого значения. Я думал, это не что иное, как более эффективная финансовая структура. Но теперь, прочитав и выслушав мнения целого ряда авторов, пытающихся убедить меня в обратном, я склонен изменить свою точку зрения.

В 1969 г. Норман Лир предложил пилот телешоу «Все семейство» компании ABC. Там он не понравился. Слишком остро, сказали Лиру, надо переделать. Лир «слепил» второй пилот, еще веселее первого. В ABC были в ярости – вы не уловили суть, сказали Лиру, мы хотели меньше острот, а не больше.

Вместо того чтобы подчиниться, Лир взял и показал свое шоу в другом месте. В CBS были просто счастливы заполучить такой сериал. ABC ничем не могла удержать Лиру. Авторские права, принадлежавшие самому Лиру, гарантировали ему независимость от телесети¹⁴⁹.

ABC не заведовала копирайтами, потому что закон запрещал телесетям контролировать собираемый ими материал. Закон требовал разделения вещателей и продюсеров контента, и данное деление гарантировало Лиру свободу. И уже в 1992 году из-за этих правил подавляющее большинство телепрограмм в прайм-тайм (75%) были «независимы» от сетей вещания.

В 1994 году Федеральная комиссия США по связи отказалась от правил, требовавших такой независимости. После реформы вещатели быстро перетянули одеяло на себя. Если в 1985 году насчитывалось двадцать пять независимых телестудий, то в 2002 г. их осталось только пять. «В 1992 г. лишь 15% новых сериалов снималось для телесети собственной компанией. В прошлом году доля шоу, созданных дочерними компаниями, выросла впятеро, достигнув 77%». «В 1992 г. шестнадцать новых сериалов были сняты независимо от корпораций, в прошлом году – только один»¹⁵⁰. В 2002 году 75% телепрограмм в прайм-тайм продюсировалось уже самими телесетями. За десять лет с 1992 по 2002 годы прирост телепрограмм в прайм-тайм, произведенных самими телестудиями, составил более 200%, тогда как количество таких телешоу от независимых студий сократилось на 63%¹⁵¹.

149 Leonard Hill, «The Axis of Access», тезисы в аудитории Центра Вайденбаума, «Entertainment Economics: The Movie Industry», Сент-Луис, Миссури, 03.04.2003 (перечень подготовленных тезисов доступен по адресу <http://wc.wustl.edu/cg/HillSpeech.PDF>; факты о Лире, не включенные в подготовленные тезисы – <http://streaming.wustl.edu/weidenbaum/conferences/entertainment-economics/>).

150 Слияние NewsCorp./DirecTV и укрупнение медиа: слушания в сенатском комитете по коммерции по вопросу владения СМИ, 108-ой Конгресс, первая сессия (2003) (речь Джин Киммельман от имени Союза потребителей и Американской потребительской федерации доступна по адресу <http://www.senate.gov/-commerce/pdf/kimmelman052203.pdf>. Киммельман цитирует Викторию Рискин, президента Американской гильдии писателей Запада, в ее речи на генеральных слушаниях в Федеральной комиссии по связи, Ричмонд, Вирджиния, 27.02.2003.

151 Там же.

Сегодня другой Норман Лир с другим «Всем семейством» обнаружил бы, что у него нет выбора. Придется делать шоу погрустнее или увольняться. Содержание любой телепрограммы становится все более зависимым от телесети. В то время как количество каналов разительно выросло, их принадлежность сузилась до очень узкого круга корпораций. Как заметил Барри Диллер в разговоре с Биллом Мойерсом: «Ну, если у вас есть компании, которые производят, финансируют, вещают на своем канале, а затем распространяют по всему миру все, что проходит через подконтрольную им систему дистрибуции, тогда в процесс вовлекается все меньше и меньше участников. У нас раньше были десятки процветающих независимых компаний, создававших телешоу. Теперь их осталась жалкая горстка»¹⁵².

Подобное сокращение сказывается на контенте. Продукция таких больших и универсальных телесетей становится все однообразнее. Все безопаснее. Все стерильнее. Новостные программы таких телесетей все больше кроют по лезлу самой компании. Это еще не коммунистическая партия, хотя изнутри это должно уже смахивать на компартию. Никто не смеет проявлять свободомыслие под угрозой наказания – пусть и не ссылки в Сибирь, но, тем не менее, наказания. Независимые, критические, отличающиеся взгляды утрачены. Это недемократическая среда.

Сама экономика проводит параллель, объясняющую, почему эта интеграция затрагивает творческий процесс. Клэй Кристенсен так написал о «Дилемме новатора»: «Факт, что большие традиционные фирмы приходят к выводу о необходимости игнорировать новые передовые технологии, конкурирующие с их основным бизнесом». Тот же самый анализ может помочь объяснить, почему признанные медиагиганты предпочитают игнорировать новые культурные тенденции¹⁵³. Неуклюжие монстры не только не бегают на короткие дистанции, но и не обязаны. И все же, если дорожка открыта только гигантам, спринтерских забегов останется совсем мало.

Не думаю, что мы знаем достаточно об экономике медиарынка, чтобы с уверенностью прогнозировать, к чему приведут концентрация и интеграция. Здесь важна эффективность, а влияние на культуру трудно поддается изменению. Но есть и существенно более очевидный пример, который вызывает серьезную озабоченность.

152 «Barry Diller Takes on Media Deregulation», Now with Bill Moyers, Bill Moyers, 25.04.2003, отредактированный отчет доступен по адресу <http://www.alternet.org/story.html?StoryID=15768>.

153 Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller that Changed the Way We Do Business* (Cambridge: Harvard Business School Press, 1997). Кристенсен признает, что идея впервые была предложена Дином Кимом Кларком. См. Kim B. Clark, «The Interaction of Design Hierarchies and Market Concepts in Technological Evolution», *Research Policy* 14 (1985): 2355-1. Более свежее исследование на тему см. Richard Foster and Sarah Kaplan, *Creative Destruction: Why Companies That Are Built to Last Underperform the Market – and How to Successfully Transform Them* (New York: Currency/Doubleday, 2001).

Вдобавок к копирайтным войнам, сейчас самый разгар наркотических войн. Правительственная политика однозначно направлена против наркокартелей, уголовные и гражданские суды переполнены свидетельствами этого противостояния. Пускай я раз и навсегда лишаю себя таким заявлением права занимать любую правительственную должность, но я считаю эту войну роковой ошибкой. Я не выступаю за легализацию наркотиков. Я сам из семьи, разрушенной наркотиками, хотя наркотики, погубившие мою семью, были совершенно легальны. Я считаю, что эта война ошибочна, потому что сопутствующие разрушения столь велики, что делают само ведение войны безумием. Если сложить вместе все нагрузки на систему уголовного судопроизводства, отчаяние нескольких поколений детей, для которых единственный реальный шанс в жизни – стать бойцом наркомафии, извращение конституционных свобод из-за повсеместного надзора, которого требует эта война, и, что самое трагичное, коллапс юридических систем многих южноамериканских наций из-за безграничной власти местных наркокартелей, – то я никогда не соглашусь, что общая выгода от сокращения потребления наркотиков в США способна перевесить такие потери.

Вас это может не убедить. Ну, и прекрасно. Мы живем в условиях демократии и своим голосованием определяем политику. Но когда голосуешь, поневоле зависишь от прессы, которая информирует о проблемах.

С 1998 года Национальное бюро по борьбе с оборотом наркотиков запустило рекламную кампанию в СМИ как часть «войны против наркотиков». Кампания состояла из ряда небольших клипов, поднимавших вопросы, связанные с нелегальными наркотиками.

В одной серии (про Ника и Норму) двое мужчин в баре обсуждают идею легализации наркотиков как способ избежать части сопутствующих разрушений от ведущейся войны. Один выдвигает аргумент в пользу легализации наркотиков. Другой предъявляет мощные контраргументы. В конце концов, первый меняет свою точку зрения (привет, это телевидение). Вставка в конце яростно бичует кампанию по легализации наркотиков.

Достаточно честно. Хорошая реклама. Не вводит в заблуждение, а четко доносит основную идею. Все справедливо и благоразумно.

Но, допустим, вы считаете эту идею ошибочной и хотели бы организовать контр-кампанию. Предположим, вы хотите запустить ряд рекламных роликов, которые попробуют отобразить огромные сопутствующие разрушения, которые несет война против наркотиков. Сможете ли вы это сделать?

Ну, разумеется, реклама на ТВ – штука дорогая. Допустим, вы сумеете собрать требуемую сумму. Предположим, группа заинтересованных граждан пожертвует вам все деньги, чтобы помочь донести вашу идею до общественности. Можете ли вы тогда быть уверены в том, что люди вас услышат?

Нет, не можете. Телевизионные станции проводят негласную политику ухода от «сомнительной» рекламы. Реклама, спонсируемая правительством,

считается безупречной. Реклама, не согласующаяся с позицией правительства, объявляется сомнительной. Такую селективность можно было бы считать противоречащей Первой поправке, но Верховный суд вынес решение, по которому телесети имеют право выбирать, что показывать. Таким образом, ведущие каналы коммерческих медиа откажут одной из сторон ключевых дебатов в возможности представить свою точку зрения. И суды подтвердят право телесетей быть пристрастными¹⁵⁴.

Я тоже был бы счастлив отстаивать права телесетей, если бы рынок наших СМИ был по-настоящему неоднороден. Но укрупнение СМИ заставляет в этом усомниться. Если несколько компаний контролируют доступ к средствам массовой информации, и эта горстка решает, каким политическим взглядам предоставлять телеэфир, то концентрация имеет очевидное и немаловажное значение. Пускай вам нравятся взгляды, которые отображает горстка этих компаний. Однако вам не понравился бы мир, где очень немногие решают, о чем следует знать всем остальным, а о чем — нет.

ВСЕ ВМЕСТЕ

Есть что-то невинное и очевидное в том, как поборники копирайта требуют от государства «защиты их собственности». В абстрактном смысле их претензии очевидно справедливы и кажутся совершенно безобидными. Любой здравомыслящий человек, если только он не анархист, с ними согласится. Мы, однако, видим, насколько драматично изменилась эта «собственность». Мы осознаем, каким образом может она теперь взаимодействовать с техно-

¹⁵⁴ Проект «Политика в отношении марихуаны» в феврале 2003 г. предусматривал размещение рекламы, непосредственно полемизирующей с серией роликов про Ника и Норму на телестанциях Вашингтона в округе Колумбия. «Комкаст» отверг рекламу как «противоречащую (его) политике». WRC, местный филиал NBC, отказался от показа, даже не просмотрев ролики. WJOA, местный филиал ABC, поначалу согласился показывать серию рекламных клипов и даже принял уплаченные за них деньги, но позже решил не демонстрировать рекламу и вернул полученные средства. Интервью с Нилом Левайном, 15.10.2003. Данные ограничения распространяются, разумеется, не только на тему наркотиков. См., например, Nat Ives, «On the Issue of an Iraq War, Advocacy Ads Meet with Rejection from TV Networks», New York Times, 13.03.2003, C4. Вне эфира, отведенного под выборы, Федеральная комиссия по связи или суды мало что хотят делать для уравнивания условий игры. Общий обзор ситуации см. Rhonda Brown, «Ad Hoc Access: The Regulation of Editorial Advertising on Television and Radio», Yale Law and Policy Review 6 (1988): 44979, а более свежее описание позиции ФКК и судебных органов см. в деле Ассоциации директоров новостей радио и телевидения против Федеральной комиссии по связи, 184 F. 3d 872 (D.C. Cir. 1999). Муниципальные власти в своих действиях руководствуются теми же соображениями, что и телесети. Недавний пример в Сан-Франциско: городское управление транспорта отвергло рекламу с критикой муниципальных дизельных автобусов. Phillip Matier and Andrew Ross, «Antidiesel Group Fuming After Muni Rejects Ad», SFGate.com, 16.06.2003, <http://sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2003/06/16/BA205637.DTL>. Основание для отказа было следующим: «Критика слишком противоречива».

логиями и рынком, активно ограничивая свободу развития нашей культуры. И теперь претензии перестают казаться такими уж невинными и очевидными. Надо учесть, во-первых, силу технологий, способствующих усилению контроля со стороны закона, и, во-вторых, мощь концентрированных рынков для ослабления возможного несогласия. Если строгое применение разросшихся прав «собственности», гарантированных копирайтом, подрывает основы культурной свободы — развивать и творить, опираясь на достояние прошлого, — тогда следует задуматься о пересмотре определения такой собственности.

Не жестко или абсолютно. Я не упираю на то, что нам следует отменить копирайты или вернуться в восемнадцатый век. Это стало бы непоправимой ошибкой, бедствием для наиболее важных творческих предприятий нашей современной культуры.

Но между нулем и единицей есть еще некоторое пространство, даже помимо интернет-культуры. Сдвиги в действующей силе копирайтного регулирования вместе с возросшей концентрацией индустрии контента — весьма серьезные. Они опираются на технические средства, которые все больше позволяют контролировать использование культуры. Это должно привести нас к мысли о необходимости очередной корректировки. Не такой, которая усилит мощь копирайта. И не такой, которая увеличит срок его действия. Скорее, необходима перестройка, которая восстановит баланс, традиционно определявший сферу регулирования авторского права. Нужно ослабить это регулирование, чтобы укрепить творческое начало.

Закон о копирайте — не скала Гибралтара. Это не набор непреложных констант, над которыми по каким-то таинственным причинам принялись глумиться подростки и гики. Наоборот, могущество копирайта чрезвычайно выросло за короткий промежуток времени, с тех пор как стали меняться технологии распространения и создания контента, а лоббисты принялись требовать большего контроля для правообладателей. Прежняя корректировка в ответ на технологические изменения предполагает, что вполне приемлема сходная корректировка в будущем. И корректировка эта должна урезать сферу действия копирайта в соответствии с чрезвычайным усилением контроля, обеспеченным технологией и рынком.

Потому что в этой войне против пиратов мы упустили из виду размах свершившихся перемен. Когда складываются вместе эффект изменяющегося закона, концентрированных рынков и революционных технологий, возникает поразительная ситуация: никогда прежде в нашей истории у меньшинства не было законного права контролировать в нашей культуре так много, как сейчас.

Ни тогда, когда копирайты были вечными, потому что тогда они распространялись только на конкретные авторские работы. Ни тогда, когда только у издателей имелись средства для публикации, потому что рынок в те времена был куда разнороднее. Ни тогда, когда у нас было всего три телесети, потому что газеты, киностудии, радиостанции и издательства в те времена не за-

висели от телесетей. Никогда копирайт не охранял столь широкого набора прав от настолько многочисленной группы действующих лиц — ибо срок его никогда не был столь продолжителен. Мизерное регулирование малой толики творческого потенциала нации в момент ее образования ныне превратилось в мощный инструмент контроля над творческим процессом. Теперь закон вкупе с технологией и рынком обращает прежнее поощрительное регулирование в самое значительное управление культурой. Такое происходит впервые за всю историю нашего свободного общества¹⁵⁵.

Это была длинная глава, и теперь можно вкратце резюмировать ее смысл. В начале этой книги я разграничил коммерческую и некоммерческую культуру. В ходе этой главы я определил разницу между копированием произведения и его трансформацией. Теперь мы можем совместить эти два определения и нарисовать четкую картину изменений, которым подвергся закон о копирайте. В 1790 году закон выглядел так:

Такие действия, как издание карты, графики и книги, регулировались законом об авторском праве. И больше ничего. Преобразование было свободным. А так как копирайт действовал только в случае его регистрации, и регистрировали его лишь те, кто намеревался извлечь коммерческую выгоду, копирование посредством публикации некоммерческой работы также было свободным.

К концу XIX века закон изменился следующим образом:

Производные работы стали регулироваться законом об авторском праве при условии их публикации, опять-таки, с учетом экономических затрат на публикацию в то время, то есть если производные работы создавались в коммерческих целях. Однако некоммерческие издания и преобразования продолжали оставаться, по существу, свободными.

В 1909 году закон изменили, чтобы регулировать копирование, а не публикации, и после такой корректировки сфера его действия оказалась привязана к технологии. В связи с распространением технологии копирования она расширилась. Таким образом, к 1975 году, когда фотокопировальная техника получила более широкое распространение закон стал выглядеть примерно так:

	Публикация	Преобразование
Коммерческая	Копирайт	Свободно
Некоммерческая	Свободно	Свободно

Закон интерпретировали для того, чтобы учесть некоммерческое копирование посредством тех же копировальных машин, но по-прежнему большая часть копирования вне коммерческого рынка оставалась свободной. Однако

¹⁵⁵ Шива Вайдхьянатан подчеркивает схожий момент в своих «четырёх отказах» закона об авторском праве в цифровую эпоху. См. Vaidhyathan, 15960.

вследствие возникновения цифровых технологий, особенно в контексте появления цифровой сети, закон стал выглядеть так:

	Публикация	Преобразование
Коммерческая	Копирайт	Копирайт
Некоммерческая	Свободно	Свободно

Теперь копирайт охватывает все сферы деятельности, тогда как прежде творчество практически не регулировалось. Теперь закон управляет всем креативным процессом – коммерческим и некоммерческим, преобразовательным и непреобразовательным – по тем же нормам, которые предусмотрены для коммерческих издателей.

	Публикация	Преобразование
Коммерческая	Копирайт	Копирайт
Некоммерческая	Копирайт /Свободно	Свободно

Очевидно, что враг тут – не сам закон о копирайте. Враждебно регулирование, которое не приносит пользы. Мы должны задуматься, насколько вредно распространение действия закона об авторском праве на все сферы творческой деятельности.

	Публикация	Преобразование
Коммерческая	Копирайт	Копирайт
Некоммерческая	Копирайт	Копирайт

Я не сомневаюсь в том, что закон полезен в плане регулирования коммерческого копирования. Но я также не сомневаюсь в том, что он приносит больше вреда, чем пользы, когда доходит (как сейчас) до регулирования некоммерческого копирования и, в особенности, некоммерческого преобразования. Вдобавок, по причинам, описанным в седьмой и восьмой главах, все более сомнительно, что закон о копирайте приносит больше пользы, чем вреда, даже в сфере коммерческого преобразования. Если бы производные права ограничивались более четко, коммерческих преобразовательных работ было бы больше. Таким образом, вопрос уже не просто в том, является ли копирайт собственностью. Конечно, копирайт представляет собой вид «собственности», и, разумеется, как и всякую другую собственность, государство призвано его охранять. Но при более внимательном взгляде это право собственности исто-

рически (как и все права собственности)¹⁵⁶ создавалось для уравнивания необходимости обеспечить авторов и художников стимулами при одновременной необходимости организовать доступ к творческим работам. Этот баланс всегда нарушался с появлением новых технологий. И почти половину нашей истории «копирайт» не контролировал свободу трансформировать чужое творчество или создавать нечто новое с опорой на имеющееся наследие. Американская культура родилась свободной, и почти 180 лет наша страна последовательно охраняла живую и богатую свободную культуру. Эту свободную культуру мы создали благодаря тому, что наш закон уважал границы интересов «собственников». Само зарождение «копирайта» как статутного права определяло эти границы, гарантировав правообладателям защиту только на определенный срок (шестая глава). Традиция «добросовестного использования» возникла благодаря сходному рассуждению, которое все больше подвергается сомнению. Цена реализации права на добросовестное использование неуклонно растет (седьмая глава). Введение статутных прав там, где рынки способны задушить инновации, представляет собой еще один понятный ограничитель права собственности, которым является копирайт (восьмая глава). А предоставление архивам и библиотекам широкой свободы собирать вопреки правам собственников является ключевым моментом, гарантирующим сохранение самого духа культуры (девятая глава). Свободные культуры, подобно свободным рынкам, строятся на собственности. Но природа собственности, составляющей свободную культуру, в корне не совпадает с экстремистской точкой зрения, которая доминирует в сегодняшних дебатах. В нынешней войне с пиратством жертвой все более становится свободная культура. В ответ на реальную, хотя еще и не оцененную количественно, угрозу, которую интернет представляет для бизнес-моделей производителей и распространителей культуры XX столетия, закон и технология трансформируются таким образом, что подрывают нашу традицию свободной культуры. Право собственности под названием «копирайт» давно перестало быть уравновешенным, каким оно было прежде или каким задумывалось. Право собственности под названием «копирайт» стало разбалансированным и дало опасный крен. В мире, где творчество требует разрешения, а креативность требует консультаций с адвокатом, возможность созидать и преобразовывать погибает.

¹⁵⁶ Наиболее существенным достижением движения законников-реалистов было то, что они показали: все права собственности всегда создаются для того, чтобы уравнивать общественные и личные интересы. См. Thomas C. Grey, «The Disintegration of Property», in *Nomos XXII: Property*, J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds. (New York: New York University Press, 1980).

XI глава

Х И М Е Р А

В известном рассказе Герберта Уэллса «Страна слепых» альпинист по имени Нунес сваливается (в буквальном смысле — вниз по обледневшему склону) в неизвестную и изолированную долину в перуанских Андах. Долина необычайно красива, со «сладкими родниками, пастбищами, ровным климатом, склоны покрывает плодородная бурая земля с зарослями кустарника, приносящего чудесные фрукты». Однако деревенские жители слепы все до одного. Нунес расценивает это как свой шанс. «В стране слепых, — говорит он себе, — и одноглазый — король». Так он решает остаться жить в долине, дабы попробовать себя в роли правителя.

Идет все не так гладко, как он рассчитывал. Он пытается объяснить жителям затерянной деревни, что такое зрение. Они не понимают. Он говорит им, что они «слепы». У них нет такого слова в языке. Они думают, что он просто дурачок. И вправду, все больше подмечая, что Нунесу недоступны многие вещи (например, он не слышит приминающейся под тяжестью ступней травы), сельчане все больше пытаются подчинить его себе. Тот, в свою очередь, все больше разочаровывается. «Вы не понимаете! — кричит он голосом, который должен был стать повелительным и твердым, а на деле стал ломаться. — Вы слепы, а я зрячий. Оставьте меня в покое!»

Но сельчане ни в какую не желают от него отставать. Не видели они, так сказать, и никакой добродетели в его особой способности. Даже предмет его любви, молодая женщина, которая ему представляется «красивейшим из созданий», по-видимому, не понима-

ет прелести зрения. Описание Нунесом того, что он видит, «казалось ей поэтической фантазией, и она слушала его рассказы о звездах и горах, о ее собственной белесой красоте словно бы из снисхождения». «Она не верила, — повествует Уэллс. — Она понимала его едва наполовину, но при этом испытывала мистическое удовольствие».

Когда Нунес объявляет о своем желании жениться на своей «таинственно очарованной» возлюбленной, отец невесты и все сельчане противятся браку. «Понимаешь, дорогая, — наставляет дочь отец, — он идиот. У него галлюцинации. Он ничего толком делать не умеет». И они отводят Нунеса к сельскому врачу.

После тщательного обследования целитель заключает: «У него поврежден мозг».

«Чем же?» — спрашивает отец невесты. «Эти странные штуки, называемые глазами, ... они больны..., так что они повредили ему мозг».

Врач продолжает: «Думаю, что могу с определенной уверенностью утверждать, что для того, чтобы его полностью исцелить, нам надо сделать простейшую хирургическую операцию, а именно — удалить эти больные органы (глаза)».

«Да благословит небо науку!» — восклицает в ответ отец невесты. Об этом необходимом условии для женитьбы сообщают Нунесу. (Придется вам обратиться к оригиналу, чтобы самим узнать, чем вся эта история кончилась. Я верю в свободную культуру, но не в пересказы того, чем все кончается). Иногда случается, что яйцеклетки двойняшек сливаются в утробе матери. Так получается «химера». Химера — это одно существо с двумя наборами ДНК. ДНК крови, например, может отличаться от ДНК кожного покрова. Эта возможность — недостаточно раскрытый генератор сюжетов для мистических детективов. «Но анализ ДНК со стопроцентной надежностью подтвердил, что на месте преступления обнаружена не ее кровь...»

До того, как я прочел о химерах, я считал их существование невозможным. Один человек не может иметь двух наборов ДНК. Сама идея кода ДНК заключается в его уникальности. Однако на самом деле не только два индивидуума могут иметь одинаковый набор хромосом, как близнецы, но и один субъект может быть носителем двух ДНК, как химера. И наша концепция «личности» должна отвечать такой реальности.

Чем больше я стараюсь разобраться в борьбе за копирайт и культуру, которую сам порой нечестно (или недостаточно честно) называл «копирайтными войнами», тем больше я склоняюсь к мысли, что мы имеем дело с химерой. Например, в схватке вокруг вопроса о том, что представляет собой пиринговый файлообмен, правы

обе стороны, и обе же стороны заблуждаются. Одни говорят: «Файлообмен подобен тому, как двое детей переписывают друг у друга записки, мы все этим занимались последние тридцать лет, даже не задумываясь». Это верно хотя бы отчасти. Когда я предлагаю своему другу послушать новый купленный мною диск, вместо того чтобы посылать ему CD, я даю ссылку на р2р-сервер, то есть во всех отношениях я поступаю подобно тому, что каждый директор звукозаписывающего лейбла, несомненно, делал в детстве — менялся музыкой.

Однако такое представление отчасти еще и ложно. Потому что если мой р2р-сервер включен в пиринговую сеть, где получить доступ к моей музыке может каждый, тогда, разумеется, мои друзья могут скачать альбом, но понятие «моих друзей» растягивается до невообразимых пределов. Получается, что доступ к музыке оказывается у «десяти тысяч моих друзей». Вне зависимости от того, был ли обмен музыкой с другом тем, что «всегда разрешалось делать», нам точно никогда не позволяли делиться музыкой с «десятью тысячами друзей».

Сходным образом, когда другая сторона утверждает, что «файлообмен похож на кражу компакт-диска с полки в компании «Тауэр Рекордз», это тоже правда — по меньшей мере, отчасти. Если после того, как Лайл Ловетт запишет новый альбом, я — вместо того, чтобы купить его — пойду и найду себе бесплатную копию диска в сети Kazaa, тогда это действительно будет сильно напоминать кражу у «Тауэр».

Но, все-таки, это не совсем воровство. В конце-то концов, когда я краду компакт-диск у «Тауэр Рекордз», у них остается на один CD в продаже меньше. И когда я отбираю диск у «Тауэр Рекордз», то получаю кусок пластика и обложку — нечто такое, что можно поставить на полку. (Кстати, пока мы не уклонились от темы, замечу, что за кражу CD с полки максимальный штраф, который мне могут выписать по калифорнийским законам, составляет тысячу долларов. Согласно же RIAA, за загрузку диска с десятью песнями с меня потребуют выплаты полутора миллионов в качестве возмещения ущерба).

Но дело не в том, что обе точки зрения на файлообмен неверны. Суть заключается в том, что правы обе стороны — и RIAA, и Kazaa. Это химера. И вместо того, чтобы просто отвергать аргументы противной стороны, следует задуматься над тем, как же поступить с этой химерой. Какие правила должны к ней применяться?

Можно отреагировать, сделав вид, что это никакая не химера. Можно вместе с RIAA утверждать, что всякий факт файлообмена является уголовным преступлением. Можно требовать с обычных американских семей возмещения ущерба в миллионы долларов

только из-за того, что с домашнего компьютера совершался файлообмен. Можно и университеты заставить мониторить весь трафик в их сетях, дабы обезопасить компьютеры от преступных деяний. Такие меры кажутся радикальными, но все они либо предлагались, либо уже приняты¹⁵⁷.

В качестве альтернативы можно было бы поступить с файлообменом так, как дети делают что-нибудь понарошку. Можно совершенно легализовать его. Пусть не будет вообще никакой ответственности — ни административной, ни уголовной — за выкладывание охраняемого копирайтом контента в Сеть. Уподобить файлообмен сплетням — и если вообще его регулировать, то не законом, а общественными нормами.

Обе реакции возможны, но мне кажется, обе реакции ошибочны. Вместо того чтобы ударяться в одну из них, следует выбрать такое решение, которое учтет справедливость обеих позиций. И хотя в конце книги я сделаю примерный набросок системы, которая работает именно так, в следующей главе я постараюсь наглядно продемонстрировать тот кошмар, к которому приведет абсолютная не-

¹⁵⁷ Замечательный сводный отчет, составленный GartnerG2 и Беркмановским центром изучения интернета и общества при Гарвардской школе права, «Copyright and Digital Media in a Post-Napster World», 27.06.2003, см. на <http://www.gartnerg2.com/site/FileDownload.asp?file=wp-0603-0002.pdf>. Члены Палаты представителей демократ Джон Коньерс-мл. от Мичигана и демократ Говард Л. Берман от Калифорнии представили законопроект, который трактует не-санкционированное онлайн-копирование как уголовное преступление, карающееся лишением свободы сроком до пяти лет, см. Jon Healey, «House Bill Aims to Up Stakes on Piracy», Los Angeles Times, 17.07.2003, <http://www.latimes.com/la-fi-berman17jul17,0,6392172.story>. Административная ответственность сейчас предусматривает наложение штрафа в размере 150000 долларов за каждую скопированную композицию. См. недавнюю (и безуспешную) тяжбу с RIAA, требовавшей от интернет-провайдера разглашения личных данных пользователя, обвинявшегося в обмене более чем 600 песнями с домашнего компьютера, RIAA против Verizon Internet Services (в деле Verizon Internet Services), 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003). Такой пользователь может подвергнуться наказанию штрафом в размере 90 миллионов долларов. Подобные астрономические суммы наделяют RIAA мощным арсеналом в борьбе с любителями файлообмена. Досудебные соглашения на суммы от 12 до 17,5 тыс. долларов для четырех студентов, обвиненных в активном файлообмене в университетских сетях, должны казаться детским лепетом в сравнении с 98 миллиардами долларов, которые могла затребовать RIAA в случае, если бы дело дошло до суда. См. Elizabeth Young, «Downloading Could Lead to Fines», [redandblack.com](http://www.redandblack.com), август 2003 г., <http://www.redandblack.com/vnews/display.v/ART/2003/08/26/3f4ae23b1efdb>. Примеры исков RIAA к студентам, уличенным в файлообмене, и к университетам с требованием раскрыть личные данные этих учащихся, см. в James Collins, «RIAA Steps Up Bid to Force BC, MIT to Name Students», The Boston Globe, 08.08.2003, D3, http://www.boston.com/daily-globe2/220/business/RIAA_steps_up_bid_to_force_BC_MIT_to_name_students+.html

терпимость. Я уверен, что любая из двух крайностей хуже разумной альтернативы, но я также уверен, что полная нетерпимость хуже обеих крайностей.

Однако политика нетерпимости все больше прослеживается в линии нашего правительства. Посреди хаоса, порожденного интернетом, идет грандиозный самозахват. Право и технологии подстраивают под владельцев копирайтов таким образом, чтобы передать им нашу культуру под невиданный доселе контроль. И в этой крайности мы теряем массу возможностей для новаторства и дальнейшего творчества.

Я говорю здесь не о том, можно ли детям «воровать» музыку. Я подчеркиваю, что эта война покончит еще и с коммерческими и культурными инновациями. Никогда прежде мы не видели такой широкой свободы творчества для граждан, и мы только начинаем понимать, какую мощную волну новаторства подняла эта сила. А интернет уже пережил один цикл инновации технологий распространения контента. И за это ответственен закон. Вот мнение вице-президента по вопросам глобального развития в одной из инновационных компаний, eMusic.com. Критикуя DMCA за усиление защиты копирайтного материала, он отметил:

«eMusic противостоит музыкальному пиратству. Мы распространяем защищенный копирайтом материал, и стремимся соблюдать эти права. Однако возведение технологической крепости, в которой засели ведущие лейблы, — ни в коем случае не единственный способ защитить копирайты, да и необязательно лучшее. Просто еще слишком рано задаваться этим вопросом. Естественные силы рынка вполне могут произвести на свет совершенно иную промышленную модель.

Это критический момент. Выбор, который делают промышленные секторы по отношению к этим системам, во многом определяет облик рынка цифровых медиа и метода их распространения. Это, в свою очередь, непосредственно повлияет на доступные потребителю опции — как в плане досягаемости цифровых медиа, так и в отношении необходимой для этого аппаратуры. Обеднение выбора на такой ранней стадии игры затормозит рост рынка, навредит интересам каждого»¹⁵⁸.

В апреле 2001 года eMusic.com был куплен корпорацией Vivendi Universal, одним из «ведущих лейблов». Позиция компании в связи с этим теперь изменилась.

158 WIPO и DMCA год спустя: оценка потребительского доступа к цифровым развлечениям в интернете и других медиа. Слушания в подкомитете по телекоммуникациям, торговле и защите прав потребителей, комитет Палаты представителей по вопросам коммерции, 106-ой Конгресс 29 (1999) (речь Питера Хартера, вице-президента по вопросам глобального развития и стандартизации, eMusic.com).

Отказываясь сейчас от всей нашей традиции терпимости, мы не просто сокрушаем пиратство. В жертву будут принесены ценности, важные для нашей культуры, а чрезвычайно многообещающие возможности будут потеряны.

XII глава **В Р Е Д**

Борясь с «пиратством» и оберегая «собственность», индустрия контента развязала настоящую войну. Лоббизм вкупе с многочисленными официальными кампаниями теперь втянул в эту войну и правительство. Ущерб от этой войны, как и от любой другой, будет и прямым, и косвенным. Как и во всякой войне запретов, пострадают от нее, в основном, простые американцы.

До сих пор я стремился описать последствия такой войны, в частности, ее пагубное влияние на «свободную культуру». Эти последствия я намерен обсудить подробнее. Оправдана ли эта война?

На мой взгляд, нет. С какой стати на сей раз закон впервые должен защищать старое от нового — как раз, когда мощь собственности под названием «интеллектуальная» достигла своего исторического пика?

Однако «здравый смысл» видит ситуацию иначе. Здравый смысл по-прежнему на стороне Косби и индустрии контента. До сих пор звучат требования полного контроля во имя собственности, довлеет не критическое отторжение «пиратства».

Если эта война затянется, последствий будет хоть отбавляй. Я хочу обрисовать три — те, что, по-видимому, недооценивают. Насчет третьего, по крайней мере, я уверен вполне, насчет двух других — не настолько. Первые два защищают современные RCA, только вот не находится Горварда Армстронга, ожидающего своего часа, чтобы вступить в борьбу с сегодняшними монополистами от культуры.

ПРИТЕСНЕНИЕ ТВОРЦОВ

В последующие десять лет мы станем свидетелями взрывного развития цифровых технологий, которые дадут практически каждому возмож-

ность создавать и распространять контент. Безусловно, с незапамятных времен человечество занималось именно созданием и распространением контента. Так мы учимся и общаемся. Однако создание и распространение при посредстве цифровых технологий отличаются принципиально. Качество и уровень совершенно другие. Можно послать письмо по электронной почте, рассказав кому-нибудь о шутке, которую вы увидели на канале «Comedy Central», а можно послать видеоклип. Можно написать эссе о несостоятельности аргументов политика, который вам совершенно не импонирует, а можно снять небольшой фильм, представляющий другую точку зрения. Можно написать стихотворение для выражения своих нежных чувств, а можно скомпилировать сборник песен любимых исполнителей и выложить его в Сеть для всеобщего доступа.

Это цифровое «создание и распространение» в чем-то развивает то, что всегда было неотъемлемой составляющей нашей культуры, а отчасти представляет собой нечто совершенно новое. Оно продолжает в духе «Кодака», но, вдобавок, раздвигает границы технологий, подобных «кодаковским». Технология цифрового «создания и распространения» сулит миру необычайное разнообразие в творчестве, которым легко везде будет делиться. А так как данная креативность прилагается к демократии, она даст широкому кругу граждан возможность использовать технологию для самовыражения, критики и внесения собственного вклада в общую культуру.

Технология, таким образом, подарила нам шанс делать с нашей культурой нечто такое, что прежде было доступно лишь отдельным личностям в пределах мелких изолированных групп. Представьте себе, как в небольшом городке пожилой мужчина рассказывает историю собравшимся соседям. А теперь подумайте: аудитория таких рассказчиков выросла до всемирного масштаба.

Однако, все это возможно, только если такая деятельность считается законной. При нынешнем режиме правового контроля это не так. Забудьте на миг о файлообмене. Вспомните о своих излюбленных сайтах в Сети. О веб-страницах, на которых составляются краткие описания разных телешоу прошлых лет, сайтах с каталогом мультфильмов, начинающимся с 1960-х годов, страницах со смикшированным изображением и звуком, высмеивающих политиков или отдельные способы предпринимательства, о страницах, где собираются газетные статьи на самые разнообразные научные и культурные темы. По всему интернету рассеяно множество творческих работ. Но по действующим законам вся эта деятельность незаконна.

Данная презумпция все сильнее будет остужать творческий пыл, покуда будут множиться примеры чрезмерных наказаний за неявные правонарушения. Невозможно четко уяснить, что позволено, а что — нет; наказания для преступивших черту при этом ошеломляюще суровы. Четверым студентам, которым RIAA грозила судом (Джесси Джордан из третьей главы — один из этой четверки) за создание поисковиков, способс-

твующих копированию песен, предъявили иск на 98 миллиардов долларов. В то же время, WorldCom, обманувший вкладчиков на одиннадцать миллиардов, что, в свою очередь, привело к потере инвесторами в рыночной капитализации свыше 200 миллиардов долларов, отделался штрафом всего в 750 миллионов¹⁵⁹. По закону, который сейчас рассматривает Конгресс, нерадивый доктор, ампутировавший пациенту здоровую ногу, понесет наказание в виде выплаты до 250 тысяч долларов за боль и страдания несчастного человека¹⁶⁰. Кто в здравом уме свыкнется с нелепостью мира, в котором максимальный штраф за загрузку пары песен из интернета больше наказания за безалаберность врача, зарезавшего пациента на операционном столе?

Последствия такой неопределенности в законе вкупе с чрезмерно жестокими наказаниями приведут к тому, что немалая часть творческой деятельности либо никогда не осуществится, либо ни за что не осуществится гласно.

Мы загоняем этот креативный процесс в подполье, клеймя современных Уолтов Диснеев как «пиратов». Мы не даем предпринимательству возможности полагаться на общественное достояние, потому что границы его очерчены намеренно расплывчато. Не окупается ничто, кроме того, что требует приобретения прав на создание, и получается, что творить позволено лишь тем, кто может заплатить. Как в Советском Союзе, хоть и по совсем другим причинам, нам предстоит познакомиться с искусством андеграунда. И не потому, что посыл будет обязательно политическим или из-за спорности предмета, а просто потому, что само творческое деяние чревато нарушением закона. По Соединенным Штатам уже разъезжают выставки «нелегального искусства»¹⁶¹.

В чем заключается их «нелегальность»? В микшировании окружающей нас культуры с целью выражения критического отношения или переосмысления.

159 См. Lynne W. Jeter, *Disconnected: Deceit and Betrayal at WorldCom* (Hoboken, N.J.: John Wiley & Sons, 2003), 176, 204; подробности судебного решения см. в пресс-релизе MCI, «MCI Wins U.S. District Court Approval for SEC Settlement» (07.07.2003), <http://global.mci.com/news/news2.xml?newsid=8030&mode=long&lang=en&width=530&root=/&langlinks=off>.

160 Билль, скроенный по калифорнийской модели реформы гражданских правонарушений, был одобрен Палатой представителей, но не получил поддержки на голосовании в Сенате в июле 2003 года. Отчет см. Tanya Albert, «Measure Stalls in Senate: 'We'll Be Back,' Say Tort Reformers», *amednews.com*, 28.07.2003, http://www.ama-assn.org/sci-pubs/amnews/pick_03/gvl10728.htm, а также «Senate Turns Back Malpractice Caps», *CBSNews.com*, 09.07.2003, <http://www.cbsnews.com/stories/2003/07/08/politics/main562133.shtml>. В последние месяцы президент Буш вновь подгоняет реформу гражданских правонарушений.

161 См. Danit Lidor, «Artists Just Wanna Be Free», *Wired*, 07.07.2003, <http://www.wired.com/news/culture/0,1284,59501,00.html>. Обзор выставки см. по адресу <http://www.illegal-art.org>.

Отчасти причина этого страха незаконности кроется в изменении законодательства. Я описывал его в десятой главе. Но еще больше в том виновата все большая легкость в отслеживании нарушений. Как обнаружили в 2002 году пользователи файлообменных сетей, правообладателям не составляет труда через суд потребовать от интернет-провайдеров раскрыть личные данные тех, кто владеет нелегальным контентом. Это подобно тому, как если бы ваш кассетный плеер передавал список песен, которые вы слушаете конфиденциально у себя дома, а кто угодно мог бы на эту передачу настроиться из каких-то собственных побуждений.

Никогда в нашей истории художнику не приходилось волноваться о том, что его труд, возможно, посягает еще на чью-то работу. А вот современный художник, использующий средства Photoshop и обменивающийся контентом в Сети, вынужден постоянно беспокоиться на этот счет. Изображения есть повсюду, но свободно использовать в творчестве можно только те, которые куплены у Corbis или еще у какого-нибудь банка изображений. Механизм цензуры срабатывает в момент приобретения. Рынок карандашей свободен, заботиться о его влиянии на творчество не приходится. Однако в области репродукций искусства рынок полностью зарегулирован и монополизирован, и право культивировать и трансформировать их уже далеко не столь свободно.

Юристы редко обращают на это внимание, потому что они, как правило, далеки от реальности. Как я уже писал в седьмой главе, в ответ на историю с документалистом Джоном Эльзе адвокаты твердили мне, что такое использование является добросовестным, а значит, я не прав, утверждая, что закон его регулирует.

Но ведь добросовестное использование в Америке просто означает право нанять адвоката для защиты своего права творить. При этом адвокаты предпочитают не вспоминать о том, что наша система удивительно плохо действует, когда дело доходит до защиты права на добросовестное использование, — практически в любом контексте, но здесь особенно. Слишком дорого обходится, слишком долг процесс, а результаты зачастую имеют мало общего со справедливостью изначального требования. Судебная система, может быть, и сносна для очень богатых. Для всех прочих — это препона в традиции, гордо зиждущейся на господстве закона.

Судьи и адвокаты могут убеждать себя, будто добросовестное использование обеспечивает достаточно «воздуха» между законодательным регулированием и допускаемой законом доступностью. Однако вопрос в том, насколько достигаемой стала наша правовая система, чтобы кто-то действительно в это верил. Истинные законы, регулирующие творческую деятельность, — это рамки правил, налагаемых издателями на писателей, кинопрокатчиками на кинематографистов и газетами на журналистов. И правила эти имеют мало общего с «законом», в котором судьям так спокойно дышится.

Ибо в мире, где угрожают штрафом в 150000 долларов за одно намеренное нарушение копирайта, где требуются десятки тысяч долларов только для защиты в суде от обвинений в нарушении копирайта (причем деньги эти никогда не вернутся к ложно обвиненному ответчику — ни цента из потраченного на защиту своей свободы слова!), — в таком мире удивительно широко трактуемые нормы под вывеской «копирайта» душат волеизъявление и творчество. В таком мире люди должны быть нарочито слепы, чтобы верить, что они принадлежат к свободной культуре.

Как сказал мне Джек Горовиц, бизнесмен из Video Pipeline: «Мы теряем творческие возможности повсюду. Людей принуждают отказываться от самовыражения. Идеи не высказываются. И хотя многое, возможно, по-прежнему создается, оно все равно не расходуется. Даже если сделать что-то..., вам не позволят ничего распространять в мейнстримных СМИ, покуда вы не получите короткую записку от адвоката со словами: «Вопрос улажен». Вам даже на трансляцию по общественному радио не получить такого разрешения. Вот где они все контролируют».

ПРИТЕСНЕНИЕ НОВАТОРОВ

История в последней части была вопиюще левацкой — творчество задавлено, художникам затыкают рты и так далее, и тому подобное. Может быть, вас это не трогает. Возможно, вы считаете, что всякого странного творчества полным-полно, хватает и выразительной критики в отношении, казалось бы, всего. И если вы думаете так, то можете полагать, будто в этой истории мало что должно вас беспокоить.

Однако в данной истории есть аспект ни в коем случае не левацкий. По сути дела, этот аспект мог быть описан самым что ни на есть экстремистским рыночным идеологом. И если вы относите себя к числу таковых (пускай некоего особого сорта, раз уж продвинулись в такой книге до этой страницы), тогда этот аспект можно разглядеть, просто подставив словосочетание «свободный рынок» в любом месте, где я говорил о «свободной культуре». Суть та же, хоть интересы, воздействующие на культуру, более фундаментальны.

Обвинение, что я выдвигаю в отношении регулирования культуры, — того же рода, что возмущения поборников свободного рынка попытками контролировать рынки. Разумеется, все признают, что определенное регулирование рынков необходимо: как минимум, требуются законы о собственности и контрактах, а суды нужны для того, чтобы проводить эти правила в жизнь. Подобным образом и в дебатах о культуре все признают, что, по крайней мере, какие-то рамки копирайта нужны. Но в обоих случаях рьяно настаивают, что польза от минимального регулирования еще не означает, что жесткий контроль будет еще лучше. И в обеих областях постоянно измышляют способы защиты мощных современных индустрий от завтрашних конкурентов.

Это и есть наиболее драматический эффект от сдвига в стратегии регулирования, который подробно описан мной в десятой главе. Последствия массовой угрозы судебного преследования вкупе с мутным определением рамок закона о копирайте заключаются в том, что новаторы, стремящиеся изобрести нечто оригинальное в этой сфере, могут со спокойным сердцем вводить свои инновации, только если им выпишут на это разрешение доминирующие индустрии последнего поколения. Данную истину легко постичь на примере целой серии дел, которые были состряпаны с целью преподать урок венчурным капиталистам. Этот урок, который бывший исполнительный директор «Напстера» Хэнк Барри называет ядерным облаком, накрывшим Кремниевую долину, усвоен. Возьмите для примера историю, начало которой я поведал в книге «Будущее идей». Она получила такое развитие, которого даже я, будучи законченным пессимистом, не предполагал.

В 1997 году Майкл Робертс основал компанию под названием MP3.com, призванную реконструировать музыкальный бизнес. Их целью было не только продвижение новых способов доступа к контенту, но и содействие распространению новых средств создания контента. В отличие от ведущих лейблов, MP3.com предлагала авторам место встречи для взаимного обмена творчеством, не требуя от них эксклюзивной «помолвки» с компанией.

Однако для того чтобы система заработала, MP3.com требовались надежные инструменты, чтобы рекомендовать музыку своим пользователям. Их альтернативная идея заключалась в том, чтобы учитывать откровенные предпочтения слушателей музыки, — для того чтобы рекомендовать им новых исполнителей. Если любите Лайла Ловетта, вам, вероятно, понравится Бонни Рейт и так далее.

Данная идея требовала простого способа сбора данных о предпочтениях пользователей, и в MP3.com придумали чрезвычайно хитрый метод сбора такой информации. В январе 2000 года компания запустила сервис tu.mp3.com. Используя предоставленное MP3.com программное обеспечение, пользователь мог зарегистрировать у них свою учетную запись, а затем вставить в свой компьютер компакт-диск. Программа идентифицировала CD и предоставляла пользователю доступ к такому же контенту. Так, например, если вы вставляли диск Джилл Собыул, то затем уже, где бы вы ни находились — на работе или дома, вы всегда могли получить доступ к этой музыке под своей учетной записью. Система, в результате, чем-то напоминала своеобразный музыкальный секретер.

Несомненно, кое-кто мог использовать такую систему для нелегального копирования контента. Но такая возможность существовала и без MP3.com. Целью сервиса tu.mp3.com было предоставлять пользователям доступ к их собственному контенту, а попутно, видя контент, который слушатели уже приобрели, изучать их предпочтения.

Вместе с тем, чтобы такая система заработала, MP3.com пришлось скопировать 50000 компакт-дисков на сервер. (В принципе, музыку загру-

жать могли бы и сами пользователи, но это отняло бы уйму времени и породило бы сервис спорного качества). Таким образом, компания приобрела 50000 дисков в магазине и начала копировать эти CD. Опять-таки, отмечу, что MP3.com не собиралась раздавать эти копии всем, а только тем, кто зарегистрировался и подтвердил факт самостоятельной покупки такого же компакт-диска. Так что, несмотря ни на что, это были пятьдесят тысяч копий того, что покупатели уже сами приобрели.

Спустя девять дней после запуска сервиса MP3.com пять крупнейших компаний звукозаписи, возглавляемых RIAA, обратились с иском в суд. Вопрос был улажен в досудебном порядке с четырьмя из пяти лейблов. А через девять месяцев федеральный судья признал MP3.com виновной в намеренном нарушении авторских прав, принадлежащих пятому лейблу. В полном соответствии с законом судья наложил на MP3.com штраф в размере 118 миллионов долларов. После этого MP3.com уладила конфликт с последним истцом, компанией Vivendi Universal, заплатив ей свыше 54 миллионов. А примерно через год Vivendi купила MP3.com.

Этой части истории я уже касался. Теперь оцените ее конец.

После приобретения MP3.com Vivendi изловчилась и подала иск о злоупотреблении доверием к адвокатам, которые, поддерживая заверение о добросовестном использовании, советовали MP3.com отстаивать свою позицию: дескать, предложенный сервис по существу является законодательству о копирайте будет признан легальным. Иск предполагал, что суды безусловно признают такие действия незаконными, а значит, подавался для того, чтобы наказать всякого адвоката, который посмеет предположить, что право менее запретительно, чем того добиваются лейблы.

Явная цель такого иска (который был урегулирован за необозначенную сумму вскоре после того, как всю эту историю перестали освещать в прессе) — недвусмысленно дать понять юристам, консультирующим клиентов в данной области: не только ваши клиенты могут пострадать, если контентная индустрия направляет на них свои стволы. Вы тоже можете попасть под обстрел. Так что те из вас, кто полагает, что право должно быть не столь запретительным, должны осознать: подобное толкование законов влетит вам и вашей фирме в копеечку.

Такая стратегия не ограничивается одними адвокатами. В апреле 2003 года Universal и EMI подали в суд на «Хаммер Уинблад», венчурную компанию, некоторое время финансировавшую «Напстер», на одного из ее основателей Джона Хаммера и его генерального партнера Хэнка Барри¹⁶². Претензии здесь также состояли в том, что венчурная компания должна

¹⁶² См. Joseph Menn, «Universal, EMI Sue Napster Investor», Los Angeles Times, 23.04.2003. Параллельную дискуссию об эффектах инноваций в сфере распространения музыки см. в Janelle Brown, «The Music Revolution Will Not Be Digitized?», Salon.com, 01.06.2001, http://dir.salon.com/tech/feature/2001/06/01/digital_music/index.html?sid=1032634. См также Jon Healey, «Online Music Services Besieged», Los Angeles Times, 28.05.2001.

была осознавать право контентной индустрии контролировать развитие предпринимательства. Эти люди должны были понести персональную ответственность за финансирование компании, бизнес которой оказался вне закона. Опять-таки, и здесь цель иска прозрачна: всякий венчурный капитал теперь понимает, что если вкладывать деньги в компанию, чей бизнес не одобряют динозавры, то рискуешь не только на рынке, но и в суде. Инвестируя, вы приобретаете не только компанию, но и судебное преследование. В этой среде докатились до таких крайностей, что даже автомобильные концерны опасаются технологий, затрагивающих контент. В статье «Бизнес 2.0» Рейф Нидлмен описывает дискуссию с BMW:

«Я спросил, почему при столь внушительной компьютерной начинке автомобиля нет возможности проигрывать MP3-файлы. На это мне ответили, что инженеры BMW предусмотрели способ проигрывать MP3 через встроенную звуковую систему автомобиля, но маркетинговый и юридический отделы концерна забеспокоились при мысли о том, что такие машины придется продавать в США. Даже сегодня в Соединенных Штатах не продают новые автомобили, оснащенные настоящими MP3-плеерами...»¹⁶³.

Это мир мафии, где требуют «кошелек или жизнь», который управляет, в конечном счете, не судами, а угрозами, что правообладатели применят закон, поощряющий их произвол. Такая система очевидно и непременно будет душить инновации. Основать компанию и без того не просто, еще сложнее основать дело под постоянной угрозой судебного разбирательства. Речь идет не о том, что следует разрешить нелегальное предпринимательство. Дело в определении «незаконного». Право представляет собой путаницу неопределенностей. Мы не имеем четкого понятия, как его приспособить к новым технологиям. Однако, выворачивая наизнанку нашу традицию уважения к закону и предусматривая невероятно строгие наказания за нарушения копирайта, такая неопределенность в действительности порождает чрезмерный консерватизм. Если бы за нарушение правил парковки приговаривали к смертной казни, сократилось бы не только количество случаев неправильной парковки автомобилей, но и самих автомобилистов стало бы меньше. Тот же принцип справедлив и в отношении инноваций. Если новаторство постоянно спотыкается об эту неопределенную и нелимитированную ответственность, число оригинальных нововведений сокращается, уровень креативности падает.

Вопрос здесь стоит абсолютно так же, как и при вопиюще левацком подходе к добросовестному использованию. Каков бы ни был «настоящий» закон, реальное действие права в обоих контекстах идентично. Эта безумная карательная система регулирования будет систематически сдерживать

¹⁶³ Rafe Needleman, «Driving in Cars with MP3s», Business 2.0, 16.06.2003, <http://www.free-culture.cc/notes/43.pdf>. Приношу благодарность доктору Мухаммеду Аль-Убайдли за этот пример.

творческую деятельность и новаторство. Она будет оберегать отдельные компании и некоторых авторов, но навредит индустрии и креативности в целом. Свободный рынок и свободная культура зависят от живой конкуренции. Но сегодня закон работает на удушение этой конкуренции. В итоге получается зарегулированная культура — в точности, как и рынок под воздействием излишнего контроля становится зарегулированным.

Построение разрешительной культуры на месте свободной — главный итог описанных мной изменений, которые будут препятствовать новаторству. Разрешительная культура означает адвокатскую культуру, в которой возможность творить требует звонка своему юристу. Опять-таки, я не против юристов, по крайней мере, пока они остаются при своем деле. Я определенно не выступаю против закона. Однако наша профессия утратила разумные границы. А ведущие специалисты в нашей области уже не способны осознать дороговизну нашего ремесла для всех прочих. Неэффективность закона стала препоной для нашей традиции. Я по-прежнему убежден: надо стремиться к тому, чтобы наша профессия повышала продуктивность права. Однако следует сделать все хотя бы для того, чтобы ограничить сферу действия закона там, где его вмешательство не приводит ни к чему хорошему. Цена компромисса, сокрытого в разрешительной культуре, достаточно высока, чтобы похоронить широкий круг творчества. Потребуется уйма доводов, чтобы оправдать такой результат.

НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ права тяжким бременем ложится на инновации. Однако есть и другое бремя, более очевидное. В контент-индустрии многие стараются использовать закон для прямого регулирования интернет-технологий, чтобы лучше охранять принадлежащий им контент. Мотив такой реакции очевиден. Интернет позволяет эффективно распространять контент. Эта эффективность заложена в самом устройстве интернета. Но с точки зрения дистрибуторов контента это не свойство, а дефект. Эффективное распространение контента подразумевает усложнение контроля над дистрибуцией. Явным ответом на подобную эффективность интернета, таким образом, является попытка понизить ее. Если Сеть способствует развитию «пиратства», то из такой позиции следует, что интернет надо «искалечить».

Примеров такого рода законотворчества множество. По принуждению контент-индустрии некоторые конгрессмены всерьез угрожают ввести законы, по которым компьютеры должны будут определять, не находится ли доступный контент под охраной авторского права, и блокировать распространение защищенного копирайтом материала¹⁶⁴. Конгресс уже инициировал исследование относительно возможности внедрения обяза-

¹⁶⁴ «Copyright and Digital Media in a Post-Napster World», отчет GartnerG2 и Беркман-центра по изучению интернета и общества при Гарвардской школе права (2003), 3335, <http://www.gartnerg2.com/site/FileDownload.asp?file=wp-0603-0002.pdf>.

льной «цифровой метки», которая должна распознаваться каждым устройством, способным передавать цифровое видео (то есть компьютером). Эта мера призвана предотвратить копирование любого контента, содержащего цифровую метку. Другие конгрессмены предложили наделить провайдеров контента иммунитетом, освобождающим их от ответственности за возможное внедрение ими технологий, отслеживающих нарушителей копирайта и выводящих из строя машины преступников¹⁶⁵.

С одной стороны, такие решения представляются разумными. Если проблема в коде, почему не отрегулировать код и тем самым избавиться от проблемы? Однако любое регулирование технической инфраструктуры всегда будет подстраиваться под конкретную технологию текущего момента. На технологии эти наложат существенные ограничения и приведут к дополнительным расходам, однако при этом, вероятно, преимущества затмят собою связанные с ними ограничения.

В марте 2002 года широкая коалиция технологических компаний, возглавляемая корпорацией Intel, попыталась убедить Конгресс во вредности подобного законодательного решения¹⁶⁶. Их доводом было, разумеется, не отрицание защиты копирайта как таковой. Аргумент их сводился к тому, что любая защита должна приносить больше пользы, чем вреда.

Есть и еще один явный ущерб, нанесенный этой войной инновациям. Опять-таки, история, которая покажется чрезвычайно близкой поборникам свободного рынка.

Копирайт, может быть, и собственность, но как любая собственность, он является также и формой регулирования. Именно регулирование наносит ущерб одним и приносит пользу другим. При верном использовании оно выгодно творцам и вредит пиявкам. При неверном — оно превращается в мощное оружие против конкурентов.

Как я говорил в десятой главе, несмотря на регулирующее свойство копирайта и с учетом важных оговорок, сформулированных Джессикой Литман в ее книге «Цифровое авторское право»¹⁶⁷, имеющаяся история копирайта, в целом, не так уж плоха. Мы подробно описали, как Конгресс, едва появлялись новые технологии, старался установить равновесие, призванное оградить новое от посягательств старого. Обязательные, они же статутные, лицензии были частью этой стратегии. Добросовестное использование (как в случае с видеоманитофонами) было другой составляющей.

Но эта забота о новых технологиях изменилась с появлением интернета. Вместо того чтобы установить баланс между особенностями новой технологии и законными правами создателей контента, и суды, и Конгресс наложили правовые ограничения, действие которых сводится к блокированию новинок и поддержке всего старого.

¹⁶⁵ Отчет GartnerG2, 2627.

¹⁶⁶ David McGuire, «Tech Execs Square Off Over Piracy», Newsbytes, февраль 2002 г. (Entertainment).

¹⁶⁷ Jessica Litman, Digital Copyright (Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2001).

Реакция судов была практически универсальной¹⁶⁸. И решения нашли отражения в планах и даже принятых постановлениях Конгресса. Я не стану здесь перечислять их все¹⁶⁹. Есть, однако один пример, который явственно показывает суть всех этих попыток. Речь идет о безвременной кончине интернет-радио. Как я уже отмечал в четвертой главе, когда радиостанция проигрывает песню, исполнитель ничего не получает за такое «эфирное исполнение», если только не является одновременно и сочинителем. Так, например, если бы Мэрилин Монро записала версию песенки «С днем рождения», дабы увековечить свое знаменитое выступление перед президентом Кеннеди в «Мэдисон сквер гарден», то при передаче в эфир свои отчисления получали бы нынешние владельцы прав на «С днем рождения», а Мэрилин Монро оставалась бы ни с чем. Основания у такого обеспеченного Конгрессом равновесия вполне разумные. Понятно, что радио представляет собой своеобразную рекламу. Исполнитель, таким образом, оказывался в выигрыше, потому что, проигрывая его музыку, радиостанция повышает шансы на распродажу его альбома. В итоге, исполнитель все же что-то получает, пусть и не напрямую. Вероятно, подобное резонерство оправдывает не столько истинное положение дел, сколько влияние радиостанций: их лоббисты сумели свести на «нет» все попытки провести через Конгресс закон о вознаграждении музыкальным исполнителям.

168 Единственным исключением можно считать решение выездной сессии по делу RIAA против компании Diamond Multimedia Systems, 180 F. 3d 1072 (Девятая сессия выездного суда, 1999 г.). Апелляционный суд девятой сессии постановил, что производители переносных MP3-плееров не несут ответственности за содействие нарушению копирайта при помощи устройства, неспособного записывать или передавать музыку (устройства, функция копирования у которого призвана обеспечить исключительно переносимость музыкального файла, уже хранящегося на жестком диске компьютера пользователя). На уровне окружных судов единственное исключение зарегистрировано в решении по делу студии Metro-Goldwyn-Mayer против компании Grokster, 259 F. доп. 2d 1029 (окружной суд Калифорнии, 2003 г.). Суд признал надуманной связь между поставщиком и поведением любого пользователя, так что поставщик не может нести ответственности за содействие нарушению авторских прав или же полномочную ответственность.

169 Например, в июле 2002 года член Палаты представителей Говард Берман внес на рассмотрение Акт о запрете пирингового пиратства (H.R. 5211), который освобождает правообладателей от ответственности за ущерб, нанесенный ими пользовательским компьютерам при использовании технологий, призванных предотвратить нарушение копирайта. В августе 2002 года член Палаты представителей Билли Тозин предложил билль об обязательном внедрении «цифровой метки» во все технологии, ответственные за ретрансляцию цифровых копий фильмов по ТВ (то есть в компьютеры). Принудительная метка должна блокировать возможность копирования подобного контента. А в марте того же года сенатор Фриц Холлингс представил законопроект о поддержке распространения потребительского широкополосного доступа и цифрового телевидения, предусматривающий, что все цифровые мультимедийные устройства должны быть оснащены встроенной технологией защиты копирайта. См. GartnerG2, «Copyright and Digital Media in a Post-Napster World», 27.06.2003, 3334.

Но вот на арену выходит интернет-радио. Как и обычное радио, оно представляет собой технологию доставки контента от вещателя слушателям. Трансляция ведется через интернет, а не в радиозфире. Таким образом, я могу настроиться на берлинскую онлайн-радиостанцию, будучи при этом в Сан-Франциско, даже если у меня нет возможности настроиться на обычную радиостанцию, которая не вещает откуда-нибудь из окрестностей Сан-Франциско. Подобная особенность архитектуры интернет-радио означает, что потенциально существует неограниченное число радиостанций, на которые пользователь может настроить свой компьютер. В то же время, действующая архитектура эфирного радио очевидно ограничивает количество вещателей и доступных для трансляции частот. В итоге, конкуренция в интернет-радио оказывается выше, чем среди традиционных станций, и могла бы обеспечить больший ассортимент трансляций. А так как потенциальной аудиторией интернет-радио является весь мир, нишевые станции могли бы легко заработать и предоставлять свой контент относительно большому количеству слушателей на планете. По некоторым подсчетам, у нового вида радио нашлись бы до восьмидесяти миллионов слушателей по всему миру.

Выходит, что интернет-радио является для традиционного эфира тем же, чем станции FM стали для обычных вещателей AM. Такое усовершенствование потенциально куда более значимо, чем переход от AM к FM, потому что не только усовершенствована технология, но и обострилась конкуренция. В действительности, намечается прямая параллель между конфликтом вокруг распространения FM и борьбой за интернет-радио. Один автор так описывает усилия Говарда Армстронга по внедрению FM-радио:

«Стало возможным появление почти неограниченного числа FM-станций на коротких волнах, что положило конец неестественным запретам, наложенным на радио, занимающее переполненный спектр длинных волн. Если бы FM дали свободно развиваться, количество станций ограничивалось бы только экономическими и конкурентными причинами, а не техническими условиями... Армстронг уподобил ситуацию в радиовещании той, что сложилась после изобретения печатного станка, когда правительства и господствующие интересы попытались взять под контроль новое средство массовой коммуникации, наложив на него ограничительные лицензии. Этой тирании пришел конец, только когда люди смогли свободно приобретать печатные станки и использовать их. FM, в этом смысле, было не менее великим изобретением, чем печатный станок, потому что эта технология сняла с радио кандалы»¹⁷⁰.

Этот потенциал FM-радио так и не был реализован. Не потому, что Армстронг ошибся в оценке технологии, а по причине недооценки мощи «денежных интересов, привычек, обычаев и законодательных норм»¹⁷¹, которые замедлили рост передовой отрасли.

170 Lessing, 239.

171 Там же, 229.

То же самое теперь можно утверждать в отношении интернет-радио. Ибо снова нет технических причин для ограничения количества онлайн-овых станций. Единственные ограничения на интернет-радио налагает право и, в частности, закон об авторском праве. Так что в первую очередь нам следует разобраться, какие пункты копирайта касаются интернет-радио.

В этом случае, однако, силы лоббистов развернулись в противоположном направлении. Интернет-радио — новая индустрия, а другая сторона, записывающие исполнители, обладают весьма влиятельным лобби в лице RIAA. Таким образом, когда Конгресс рассматривал феномен интернет-радио в 1995 году, лоббисты подтолкнули Конгресс к принятию другого решения, нежели то, что применимо к «приземленному» радиоэфиру. В то время как обычные станции не должны платить гипотетической Мэрилин Монро за предположенную запись «С днем рождения» для эфира, интернет-радио обязали. Закон не просто нейтрален по отношению к онлайн-овым станциям, он даже обременяет интернет-вещание в большей степени, нежели обычное радио.

Это отнюдь не пустячное финансовое бремя. По подсчетам гарвардского профессора права Уильяма Фишера, если интернет-станция круглые сутки транслирует без рекламы популярную музыку десяти тысячам (в среднем) слушателей, общая сумма отчислений исполнителям за год должна составить свыше миллиона долларов¹⁷². Обычная радиостанция, транслирующая тот же контент, не платит никаких эквивалентных отчислений.

Препоны ставятся не только финансовые. Согласно изначально предлагавшимся правилам, интернет-станцию (но не обычное радио) обязывали собирать следующие данные по всем слушателям:

1. название сервиса
2. канал программы (станции AM/FM используют числовые идентификаторы)
3. тип программы (архивная, цикл, прямой эфир)
4. дата передачи
5. время передачи

172 Данный пример приведен на основе размеров отчислений, установленных процедурой Арбитражного бюро по авторским гонорарам (CARP), и позаимствован из выкладки профессора Уильяма Фишера: Conference Proceedings, iLaw (Stanford), 03.07.2003. Профессоры Фишер и Зиттрейн подали протест на процедуру CARP, который был отклонен. См. Jonathan Zittrain, Digital Performance Right in Sound Recordings and Ephemeral Recordings, Docket No. 2000-9, CARP DTRA 1 и 2, <http://cyber.law.harvard.edu/JZCARP.pdf>. Прекрасный анализ на сходную тему см. в Randal C. Picker, «Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution», Antitrust Bulletin (лето-осень 2002 г.): 461: «Это не было недоразумением, это просто старомодные барьеры вхождения. Аналоговые станции защищают от цифровых конкурентов, повышая порог вхождения в радиобизнес и подавляя разнообразие. Да, это делается от имени правообладателей, ради защиты авторских гонораров, но в отсутствие могущественных интересов все было бы сделано нейтральным для любых медиа путем».

6. часовой пояс источника передачи
7. порядковое обозначение звукозаписи в программе
8. продолжительность передачи (с точностью до секунды)
9. название звукозаписи
10. ISRC-код записи
11. год выпуска альбома для каждого случая копирайта и, в случае сборников, дата выпуска и копирайт для каждого трека
12. записывающий исполнитель
13. розничное наименование альбома
14. звукозаписывающий лейбл
15. UPC-код проданного альбома
16. номер в каталоге
17. информация о правообладателе
18. музыкальный жанр канала или программы (формат станции)
19. название сервиса или программы
20. канал или программа
21. дата и время подключения слушателя (согласно его часовому поясу)
22. дата и время отключения слушателя (согласно его часовому поясу)
23. часовой пояс места приема сигнала (слушателем)
24. уникальный идентификатор слушателя
25. страна, в которой слушатель принимал трансляцию.

Глава Библиотеки Конгресса, в конце концов, приостановил введение такой обязательной отчетности до окончания рассмотрения вопроса. Он также изменил изначальные тарифы, установленные арбитражным бюро, ответственным за их разработку. Но главная разница между онлайн-радио и обычным осталась: интернет-вещатели должны платить такие отчисления за копирайт, которые для нормальных станций не предусмотрены. Почему? Чем объясняется разница? Разве проводилась какая-то оценка экономических последствий появления интернет-радио, которая оправдывает подобную дискриминацию? Разве в принятии решения руководствовались необходимостью защитить художников от пиратства?

В редком порыве откровенности один эксперт из RIAA признал то, что всем уже казалось очевидным. Вот что сказал мне Алекс Олбен, вице-президент по вопросам общественной политики в компании Real Networks:

«RIAA, представлявшая интересы записывающих лейблов, высказала свои взгляды на то, какой должна быть оплата, которую благонамеренный потребитель охотно отдаст благонамеренному поставщику, и эта сумма оказалась намного больше. Она была вдесятеро больше тех отчислений, которые выплачивают радиостанции за трансляции тех же самых песен в течение аналогичного периода времени. И тогда адвокаты, отстаивавшие интересы сетевых вещателей, спросили у RIAA: «Откуда вы взяли такие огромные суммы? Почему они выше, чем для радио? У нас

же есть сотни тысяч вещателей, готовых платить, и это установит нормальные рыночные цены, а если вы так взвинтите стоимость, мелкие вещатели просто будут вытеснены из отрасли...»

А эксперты из RIAA ответили: «Ну, мы на самом деле моделировали все это не для такой индустрии, в которой тысячи вещателей. Мы рассчитываем на то, что это будет отрасль, знаете, с пятью-семью крупными игроками, которые способны платить по высоким ставкам, и такой рынок стабилен и предсказуем».

В переводе это означает: «Наша цель заключается в использовании закона для искоренения конкуренции, чтобы эта потенциально сверхконкурентная платформа, из-за которой разнообразие и масштабы доступного контента переживут взрывной рост, не причинила вреда динозаврам древности». Ни один человек, будь он левым или правым, не станет приветствовать такое применение закона. И тем не менее, практически никто — ни справа, ни слева — не предпринимает сколько-нибудь эффективных усилий для предотвращения подобных злоупотреблений.

РАЗВРАЩЕНИЕ ГРАЖДАН

Сверхрегулирование душит творчество. Оно притесняет инновации и предоставляет динозаврам право вершить будущее. Оно расточает необычайные возможности для демократичного творческого процесса, порожденные цифровой технологией.

В дополнение к этим смертным грехам есть и еще один, немало значивший для наших предков, но кажущийся теперь забытым. Сверхрегулирование развращает граждан и подрывает господство закона.

Война, которая сегодня ведется, — это война запретов. Как и всякая война запретов, она направлена против поведения огромного числа людей. Согласно «Нью-Йорк Таймс», 43 миллиона американцев загружали музыку из Сети в мае 2002 года¹⁷³. По мнению RIAA, поведение этих 43 миллионов американцев преступно. Таким образом, мы установили правила, по которым 20% населения США оказываются преступниками. Так как RIAA подает в суд не только на всякие Napster и Kazaa по всему миру, но и на студентов, программирующих поисковые машины, и все чаще на обычных пользователей, загружающих контент из Сети, технологии пиринга будут совершенствоваться с целью обеспечить защиту и скрытность нелегального файлообмена. Это гонка вооружений или гражданская война, в которой на зверства одной стороны противник отвечает еще более крайними мерами.

Тактика контент-индустрии эксплуатирует изъяны американской правовой системы. Когда RIAA предъявила иск Джесси Джордану, я понял, что в его лице нашли не ответчика, а козла отпущения. Его грозили принудить к выплате

¹⁷³ Mike Graziano and Lee Rainie, «The Music Downloading Deluge», Pew Internet and American Life Project (24.04.2001), <http://www.pewinternet.org/>. The Pew Internet and American Life Project сообщает, что к началу 2001 года 37 миллионов американцев скачивали из интернета музыкальные файлы.

либо баснословной суммы в качестве компенсации (15 миллионов долларов), либо почти баснословной суммы для защиты от необходимости выплачивать баснословную сумму (250 тысяч долларов на судебные издержки). Джордану пришлось расстаться со всеми имевшимися у него средствами (12000 долларов), чтобы иск отозвали. Той же стратегии RIAA следует в своих претензиях к остальным пользователям. В сентябре 2003 года RIAA предъявила иски 261 человеку, в числе которых двенадцатилетняя девочка, живущая в коммуналке, и семидесятилетний старик, не имеющий никакого представления о файлообмене¹⁷⁴. Как обнаружили все эти козлы отпущения, защита в суде от обвинения всегда обойдется дороже, чем простое мировое соглашение. (Двенадцатилетняя девочка, например, как и Джесси Джордан, отдала все свои сбережения — 2000 долларов, чтобы дело замяли). Наш закон являет собой жуткую систему для защиты прав. Это недоразумение в нашей традиции. И следствием нашей правовой системы — в том виде, какова она есть — является тот факт, что облеченные властью могут использовать закон, чтобы сокрушить любые противостоящие им права.

Войны запретов не новы для Америки. Просто эта война представляет собой нечто более радикальное, чем все доселе виданное. Мы экспериментировали с «сухим законом», когда потребление алкоголя на душу населения достигало полутора галлонов в год. Война с пьянством поначалу сократила потребление до тридцати процентов от уровня, зарегистрированного до принятия «сухого закона», но к моменту его отмены потребление алкоголя опять выросло до 70% от того же уровня. Американцы продолжали пить почти столько же, только теперь широкие слои населения сделали преступниками¹⁷⁵. Мы развязали войну против наркотиков, направленную на сокращение потребления контролируемых наркотических средств, которыми ныне не брезгует 7% (16 миллионов) американцев¹⁷⁶. Эта цифра намного ниже уровня 1979 года, когда наркотиками злоупотребляло 14% граждан. Мы зарегулировали автотранспорт до такой степени, что подавляющее большинство американцев нарушают закон ежедневно. Мы организовали настолько сложную налоговую систему, что большинство мелких предприятий регулярно мошенничают¹⁷⁷. Мы гордимся своим «свободным обществом», но бесконечный ряд обычных поступков в нашем обществе регулируется. И, в результате,

174 Alex Pham, «The Labels Strike Back: N.Y. Girl Settles RIAA Case», Los Angeles Times, 10.09.2003, Business.

175 Jeffrey A. Miron and Jeffrey Zwiebel, «Alcohol Consumption During Prohibition», American Economic Review 81, no. 2 (1991): 242.

176 Национальная программа по контролю за потреблением наркотиков: слушания в комитете по государственным реформам в Палате представителей, 108-ой Конгресс, первая сессия (5 марта 2003 г.), выступление Джона П. Уолтерса, директора Национальной программы по контролю за потреблением наркотиков.

177 См. James Andreoni, Brian Erard and Jonathon Feinstein, «Tax Compliance», Journal of Economic Literature 36 (1998): 818 (список соответствующей литературы).

уйма американцев постоянно нарушает хоть какой-нибудь закон. Такое положение дел не обходится без последствий. Данный аспект особенно бросается в глаза подобным мне преподавателям, чья работа заключается в прививании студентам-юристам уважения к «этике». Как говорил своему классу в Стэнфорде мой коллега Чарли Нессон, ежегодно на факультеты права поступают тысячи студентов, незаконно скачивавших музыку, незаконно употреблявших спиртное и иногда наркотики, незаконно работавших без уплаты налогов, незаконно водивших автомобили. Для этих детей противозаконное поведение все больше входит в обыкновение. А потом мы, профессора права, должны приучать их к этичному поведению — как отказываться от взяток, не влезать в карман к клиенту или чтить необходимость обнародовать документ, ставящий крест на всем деле. Целые поколения американцев — в некоторых районах США в большей степени, чем в других, — не могут жить и нормально, и по закону, так как «нормальность» подразумевает определенную долю противозаконности. Ответом на такую всеобщую нелегальность может быть либо ужесточение закона, либо его изменение. Мы, как общество, должны научиться рациональнее делать выбор. Разумность закона зависит — по крайней мере, отчасти — от того, не перевешивают ли выгоды от его принятия издержки как явные, так и побочные. Если издержки все вместе преобладают над пользой, тогда закон следует менять. И если издержки существующей правовой системы гораздо больше издержек альтернативного пути, тогда есть смысл подумать об альтернативе.

Я здесь не проповедую глупости: дескать, надо отменить закон, если люди его нарушают. Разумеется, количество убийств чрезвычайно снизится, если легализовать убийства по средам и пятницам. Но смысла в этом не будет никакого, потому что убийство есть злодеяние в любой день недели. Общество поступает верно, запрещая убийства всегда и везде.

Я имею в виду то, что демократические общества исповедовали поколениями, а мы не так давно стали забывать. Власть закона опирается на людей, его соблюдающих. Чем чаще мы, как граждане, набираемся опыта нарушений закона, тем меньше мы закон уважаем. Однако очевидно, что в большинстве случаев суть в самом законе, а не в уважении к нему. Мне наплевать, испытывает ли насильник уважение к закону, я хочу поймать его и посадить за решетку. Но меня волнует, уважают ли закон мои студенты. И я обеспокоен, если правовые нормы сеют растущее неуважение к закону из-за его крайностей. Двадцать миллионов американцев уже достигли совершеннолетия, с тех пор как интернет ввел в жизнь новое понятие «обмена». Надо уметь относиться к этим двадцати миллионам как к гражданам, а не как к преступникам.

Когда, по меньшей мере, сорок три миллиона граждан качают контент из интернета и пользуются инструментами для комбинирования этого контента способами, неразрешенными правообладателями, первый вопрос, которым следует задаваться, — не о том, как лучше подключить к делу ФБР. Первым на повестке должно значиться другое: необходим ли, на

самом деле, данный запрет для того, чтобы уладить проблемы с авторскими правами? Есть ли другой способ обеспечить выплаты артистам, не предусматривающий превращения сорока трех миллионов американцев в преступников? Куда подевался здравый смысл, если такие способы есть, а Америку, тем не менее, превратили в криминальную нацию?

Эту абстрактную идею можно уяснить на отдельном примере.

У нас у всех имеются компакт-диски. Многие из нас по-прежнему хранят грампластинки. Эти куски пластмассы заключают в себе музыку, которую, в определенном смысле, мы покупали. Закон охраняет наше право приобретать и продавать эту пластмассу. Не будет никакого нарушения копирайта, если я продам все свои пластинки с классической музыкой в комиссионный магазин, а вместо них накуплю джазовых. Такое использование записей не возбраняется.

Однако, как показало безумие вокруг МРЗ, есть и еще одно использование фонографических записей, являющееся действительно свободным. Так как эти пластинки выпущены без применения технологий защиты от копирования, я «волен» копировать (или «нарезать») музыку с этих дисков на компьютерный жесткий диск. В действительности корпорация Apple зашла так далеко, что даже посчитала такую «свободу» правом: в своей серии рекламных роликов Apple восхваляла способности цифровых технологий «нарезать, компилировать, переписывать». Подобное использование моих пластинок, конечно, ценно. Я начал грандиозный домашний проект по оцифровке всех компакт-дисков, моих и моей жены, для хранения в одном архиве. После этого, используя Apple iTunes или замечательную программу под названием Andromeda, мы можем составлять различные плейлисты из нашей музыки: Бах, барокко, лирические песни, любимые песни знаменитостей — потенциал здесь неисчерпаем. Удешевив стоимость создания плейлистов, программные технологии способствуют появлению творчества микширования, которое само по себе независимо ценно. Сборники песен креативны и значимы по-своему.

Такое использование возможно благодаря незащищенному медиа на компакт-дисках или пластинках. Но незащищенные медиа также обеспечивают возможность файлообмена. Файлообмен угрожает (по крайней мере, в этом уверена индустрия контента) возможности авторов честно зарабатывать на своем творчестве. Таким образом, многие стали экспериментировать с разработками, призванными исключить из нашей жизни незащищенные медиа. Такие технологии, например, позволяют выпускать компакт-диски, которые нельзя скопировать, или распространять шпионские программы, способные идентифицировать скопированный контент на пользовательских машинах.

Если подобные технологии разовьются, построение больших домашних архивов музыки сильно усложнится. Можно возвращаться в хакерских кругах и заимствовать там технологии для отключения защитных механизмов. Обмен подобными технологиями взлома нелегален, но вас это,

может быть, и не беспокоит. В любом случае, для подавляющего большинства людей защитные технологии поставят крест на возможности архивирования компакт-дисков. Другими словами, технология силой загонит нас обратно в мир, где слушать музыку можно, либо манипулируя кусками пластмассы, либо оставаясь в рамках чрезвычайно сложной системы «цифрового управления правами».

Если единственный способ обеспечить артистам выплаты — это устранение возможности свободно перемещать контент, тогда технологии, препятствующие данной свободе, оправданы. А что если есть другие средства обеспечить оплату творчества, не запирая всякий контент на замок? Что если, например, другая система предоставит исполнителям компенсации, одновременно сохраняя для всех доступность свободного перемещения контента?

Моя цель сейчас в том, чтобы доказать, что подобная система существует. Я предлагаю версию такой системы в последней главе этой книги. На данный момент моя мысль относительно непротиворечива: если бы другая система позволяла достичь тех же правовых целей, что и существующая система копирайта, но при этом оставляла потребителям и авторам куда больше свободы, тогда у нас появился бы очень хороший повод придерживаться такой альтернативы, то есть свободы. Выбирать, другими словами, предстоит не между собственностью и пиратством, а между разными системами собственности и свободами, которые те предоставляют.

Я уверен: есть способ обеспечить гонорары артистам без превращения сорока трех миллионов американцев в преступников. Самая яркая черта подобной альтернативы заключается в том, что она приведет к появлению совершенно другого рынка производства и распространения творчества. Доминирующее меньшинство, которое сегодня контролирует практически всю сферу дистрибуции контента в мире, больше не сможет осуществлять подобный абсолютный контроль. Скорее всего, они разделят судьбу гужевых повозок.

Правда, следует признать, что производители телег нашего поколения уже оседлали Конгресс и правят закон для защиты себя от новых форм конкуренции. Для них выбор стоит между клеймением сорока трех миллионов американцев преступниками и собственным выживанием.

Понятно, почему они поступают так. Непонятно, почему наша демократия продолжает им потворствовать. Джек Валенти очарователен, но не настолько, чтобы оправдать отход от такой глубокой и важной традиции, как свободная культура. Есть и еще один аспект этого разложения, особенно важный для гражданских свобод и являющийся прямым следствием любой запретительной войны. Как указывает адвокат Фонда электронного рубежа Фред фон Ломан, это «побочный ущерб», который «возникает, как только превращаешь большой процент населения в преступников». Это косвенный вред для гражданских свобод в целом.

«Если можно отнести кого-либо к предполагаемым нарушителям закона, — объясняет фон Ломан, — то внезапно в той или иной степени испаряются многие основные гражданские свободы... Если нарушаешь ко-

пират, то как можно надеяться на соблюдение конфиденциальности? Когда нарушаешь авторские права, можешь и не мечтать о надежной защите от посягательств на личный компьютер. Можешь забыть о доступе в интернет... Наше восприятие меняется, как только мы подумали: «О, ведь этот человек преступник, он нарушает закон». Чего добилась вся эта кампания против файлообмена — так это превратила огромный процент американских интернет-пользователей в нарушителей закона».

А следствием такого превращения американцев в преступников стало то, что конфиденциальность, на которую многие полагаются, практически отменяется — буднично, будто так и надо.

Большинство интернет-пользователей начало наблюдать это в 2003 году. Тогда RIAA организовала свою первую кампанию по принуждению провайдеров к выдаче персональных данных пользователей, которые, по мнению RIAA, нарушали закон об авторских правах. Verizon воспротивилась этому требованию и проиграла. Простым судебным запросом и безо всякого уведомления самого пользователя данные о нем были раскрыты. Затем RIAA расширила свою кампанию, обнародовав собственную генеральную стратегию судебного преследования отдельных пользователей интернета, подозреваемых в скачивании защищенной копирайтом музыки из файлообменных сетей. Как мы уже видели, потенциальные суммы возмещения ущерба в подобных исках просто астрономические. Если домашний компьютер использовали для загрузки всего одного музыкального компакт-диска, семью могут наказать на два миллиона долларов. Это не остановило RIAA, которая продолжила подавать в суд на такие семьи, как это было с иском против Джесси Джордана¹⁷⁸.

И это еще не весь размах шпионажа, развязанного RIAA. В отчете CNN в конце лета прошлого года описывается стратегия, которую применяла RIAA для выявления пользователей «Напстера»¹⁷⁹. Используя сложный алгоритм хэшинга, RIAA сняла, так сказать, «отпечатки пальцев» с каждой песни в каталоге «Напстера». Любая копия тех MP3-файлов имела такой «отпечаток».

Итак, представьте себе следующий, не совсем уж невероятный сценарий. Подружка дает вашей дочери компакт-диск со сборником песен. В точности такой же, как кассеты, которыми вы сами менялись в детстве.

¹⁷⁸ См. Frank Ahrens, «RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants», Washington Post, 10.09.2003, E1; Chris Cobbs, «Worried Parents Pull Plug on File `Stealing'; With the Music Industry Cracking Down on File Swapping, Parents are Yanking Software from Home PCs to Avoid Being Sued», Orlando Sentinel Tribune, 30.08.2003, C1; Jefferson Graham, «Recording Industry Sues Parents», USA Today, 15.09.2003, 4D; John Schwartz, «She Says She's No Music Pirate. No Snoop Fan, Either», New York Times, 25.09.2003, C1; Margo Varadi, «Is Brianna a Criminal?», Toronto Star, 18.09.2003, P7.

¹⁷⁹ См. «Revealed: How RIAA Tracks Downloaders: Music Industry Discloses Some Methods Used», CNN.com, <http://www.cis.ohio-state.edu/~brown/funm/FUNM.html>.

Вы не знаете, и ваша дочь тоже понятия не имеет, откуда взялись эти песни. Однако она копирует их на свой компьютер. Затем она идет со своим компьютером в колледж, там подсоединяется к школьной сети, и если этот колледж «сотрудничает» со шпионами из RIAA, а ваша дочь как следует не защитила свои данные (вы сами-то умеете это делать?), то RIAA сможет идентифицировать вашу девочку как «преступника». А по правилам, которые начали вводить в университетах¹⁸⁰, ваша дочь может лишиться права пользования университетской компьютерной сетью. В некоторых случаях ее могут и исключить.

Ну, разумеется, у нее есть право на защиту. Можете нанять для нее адвоката (за триста долларов в час, если повезет), и ваша дочь может сослаться на то, что ничего не знала о происхождении тех песен или о том, что они из «Напстера». Вполне возможно, в университете ей поверят. А могут и не поверить. Эту «контрабанду» могут истолковать как презумпцию вины. И, как испытал ряд студентов колледжей, наши представления о презумпции невинности в ходе сражений запретительных войн испаряются. Эта война не исключение. Вот что говорит фон Ломан:

«Итак, когда речь идет о сорока-шестидесяти миллионах американцев, являющихся, по сути, нарушителями копирайта, создается ситуация, в которой гражданские права всей этой огромной массы людей оказываются, в принципе, под угрозой. Не думаю, что есть еще какая-либо аналогичная ситуация, когда можно наугад на улице остановить любого прохожего и с уверенностью объявить его совершающим незаконные действия, за которые его можно привлечь к уголовной ответственности или административной – в виде штрафа в размере сотен миллионов долларов. Разумеется, мы все превышаем скорость, но за такое нарушение правил дорожного движения нас обычно не лишают гражданских свобод. Некоторые употребляют наркотики (и мне это представляется наилучшей аналогией), однако, как многие заметили, война против наркотиков привела к эрозии всех наших гражданских свобод, потому что в ней многие американцы расценивались как преступники. Я думаю, вполне уверенно можно утверждать, что файлообменом занимается куда больше американцев, не-

180 См. Jeff Adler, «Cambridge: On Campus, Pirates Are Not Penitent», Boston Globe, 18.05.2003, городской еженедельник, 1; Frank Ahrens, «Four Students Sued over Music Sites; Industry Group Targets File Sharing at Colleges», Washington Post, 04.04.2003, E1; Elizabeth Armstrong, «Students 'Rip, Mix, Burn' at Their Own Risk», Christian Science Monitor, 02.09.2003, 20; Robert Becker and Angela Rozas, «Music Pirate Hunt Turns to Loyola; Two Students Names Are Handed Over; Lawsuit Possible», Chicago Tribune, 16.07.2003, 1C; Beth Cox, «RIAA Trains Antipiracy Guns on Universities», Internet News, 30.01.2003, <http://www.internetnews.com/bus-news/article.php/1577101>; Benny Evangelista, «Download Warning 101: Freshman Orientation This Fall to Include Record Industry Warnings Against File Sharing», San Francisco Chronicle, 11.08.2003, E11; «Raid, Letters Are Weapons at Universities», USA Today, 26.09.2000, 3D.

жели потребляет наркотики... Если сорок-шестьдесят миллионов стали нарушителями закона, тогда мы действительно очутились на очень скользком склоне, по которому можно скатиться туда, где гражданские свободы огромного количества людей просто исчезнут».

Если сорок-шестьдесят миллионов американцев по закону считаются «преступниками», а закон мог бы добиться обеспечения права авторов без подобных крайностей — то кто же злодей? Американцы или закон? В чем же настоящая Америка — в постоянной войне с собственным народом или в согласованных усилиях нашей демократии во имя изменения закона?

БАЛАНСЫ

Представьте себе такую картину. Вы стоите на обочине, ваша машина загорелась. Вы озлоблены и раздосадованы, потому что сами отчасти виноваты в случившемся. Как справиться с пламенем, вы не представляете. Рядом ведро с бензином, но им, разумеется, огонь не потушишь. Пока вы раздумываете, подбегает женщина и в панике хватает ведро. Вы не успеваете вымолвить ни слова, и только когда ведро уже летит в огонь, до нее тоже доходит, в чем дело. Бензин вот-вот попадет в пылающую машину, и тогда пожар охватит все вокруг.

Война за копирайт полыхает повсюду, а мы сосредоточились совершенно не на том. Несомненно, нынешние технологии угрожают существующему предпринимательству. Безусловно, они представляют опасность для артистов. Но технологии меняются. Индустрия и инженеры найдут уйму способов, чтобы защититься от опасностей, которые несет нынешний интернет. Если не вмешиваться, костер погаснет сам собою.

Сторонники жесткой линии не хотят позволить пожару догореть. Им, изрядно напичканным лоббистскими деньгами, не терпится вмешаться, чтобы разрешить наболевшую проблему. Однако проблема, которая беспокоит их, далеко не так серьезна, как риск, с которым сталкивается культура. Ибо, пока мы наблюдаем этот небольшой костер в углу, претерпевает кардинальные изменения весь процесс культурного созидания.

К этому-то, более важному и основополагающему вопросу и надо каким-то способом привлечь внимание. Давайте постараемся не плескаться в пламя бензин, пока способ не найден. Но мы, кажется, остаемся в плену упрощенного дуалистического восприятия. Сколько бы людей ни старались расширить рамки обсуждения, от антагонизма двух подходов избавиться пока не удастся. Мы, точно зеваки, проезжающие мимо пожара, глазеем на огонь, вместо того чтобы следить за дорогой.

Я принял вызов и посвятил этой проблеме последние годы. Увы, я не преуспел. В последующих двух главах я опишу одну скромную попытку найти способ перефокусировать предмет дискуссии. Пускай она неудачна — следует осознать причину провала, если мы собираемся понять, что нужно для победы.

XIII глава

Э Л Д Р Е Д I

В 1995 году некий отец семейства сильно расстроился из-за того, что его дочери не любят Готорна. Вне всяких сомнений, таких отцов было немало, но этот, по крайней мере, решил что-то предпринять. В прошлом программист, Эрик Элдред из Нью-Гемпшира решил выложить Готорна в Сеть. Электронная версия со ссылками на иллюстрации и пояснения, полагал Элдред, вдохнет новую жизнь в произведения девятнадцатого века.

Идея не сработала, по крайней мере, на его дочерей она никак не повлияла. Готорн в электронном виде не показался им интереснее прежнего. Однако эксперимент Элдреда породил хобби, а хобби превратилось в великий почин: Элдред замыслил создать библиотеку трудов, составляющих общественное достояние, сканируя книги и выкладывая их для бесплатного доступа в интернет.

Библиотека Элдреда была не просто собранием трудов, являющихся общественным достоянием, хотя даже обычные копии оказались бы весьма ценны для людей со всего света, не имеющих доступа к печатным версиям таких книг. Нет, Элдред на основе текстов, составляющих общественное достояние, создавал производные труды. Подобно Диснею, который перевел сказки братьев Grimm на язык кино и сделал их еще более доступными для широкой аудитории XX века, Элдред дал работам Натаниэля Готорна и многих других писателей форму, технически доступную современной аудитории. Как и Уолт Дисней, Эрик Элдред имел право создавать версии произведений, срок действия авторских прав на которые истек. «Алая буква» Готорна перешла в разряд общественного достояния в 1907 году. С тех пор всякий мог переиздавать эту книгу без разрешения наследников Готорна или ко-

го-то еще. Некоторые, подобно Dover Press и Penguin Classics, берут произведения из общественного достояния и печатают их, а затем продают в книжных магазинах по всей стране. Другие, подобно Диснею, берут эти истории и делают по ним мультфильмы, иногда успешные («Золушка»), иногда неудачные («Горбун из Нотр-Дама», «Планета сокровищ»). Все это – коммерческие публикации произведений из общественного достояния.

Интернет создал возможность некоммерческой публикации таких материалов. Элдред – не единственный пример. Таких буквально тысячи. Сотни тысяч людей со всего света нашли себе в Сети площадку для самовыражения и теперь используют ее для обмена произведениями, которые по закону распространяются свободно. В результате на свет появилось то, что можно назвать «некоммерческой издательской отраслью», членство в которой до интернета ограничивалось людьми с высокой самооценкой или с политическими и общественными амбициями. Но благодаря Сети в эту среду вошел самый широкий круг отдельных лиц и групп, посвятивших себя делу повсеместного распространения культуры»¹⁸¹.

Как я сказал, Элдред живет в Нью-Гемпшире. В 1998 году стихотворный сборник «Нью-Гемпшир» Роберта Фроста должен был перейти в общественное достояние. Элдред намеревался поместить этот сборник в своей бесплатной всеобщей библиотеке, но тут вмешался Конгресс. Как уже говорилось в десятой главе, в 1998 году, в одиннадцатый раз за сорок лет, Конгресс продлил сроки действия копирайтов – на сей раз сразу на двадцать лет. Выяснилось, что Элдред до 2019 года не сможет безнаказанно пополнить свою библиотеку ни одной книгой, выпущенной после 1923 года. На самом деле, ни одна охраняемая копирайтом работа не перейдет в общественное достояние вплоть до 2019 года (и даже позже, если Конгресс захочет снова продлить срок). Для сравнения: за тот же период в общественное достояние перейдет более миллиона патентов.

То был Закон о продлении срока копирайта (СТЕА) имени Сонни Боно, принятый в честь конгрессмена и в прошлом музыканта Сонни Боно,

181 Есть в этом и некая параллель с порнографией, которую довольно сложно выявить, однако она существенна. Одним из явлений, порожденных интернетом, стал мир некоммерческих порнографов – людей, распространяющих порнографию, но не извлекающих из этого выгоды, прямой или косвенной. До интернета такой тип не существовал, поскольку распространение порнографии обходилось недешево. Тем не менее, этот новый класс распространителей не избежал внимания Верховного суда, который отверг Закон 1996 года о приличии в сетях связи. Его признали превышающим полномочия Конгресса – отчасти, из-за некоммерческих ответчиков, на которых закон распространялся. Такое же решение сразу с появлением интернета следовало принять и в отношении некоммерческих издателей. До появления интернета Эриков Элдредов во всем мире было крайне мало. А уж встать на защиту Элдредов всего мира следовало хотя бы потому, что отстояли некоммерческих порнографов.

который, по словам его вдовы Мэри Боно, полагал, что «копирайт должен быть вечным»¹⁸².

Элдред решил бороться с этим законом. Поначалу он решил воевать с ним, оказывая гражданское неповиновение. В ряде интервью Элдред заявил, что продолжит публикации, как планировал, невзирая на СТЕА. Но в связи с принятием в 1998 году второго закона, «Нет Электронным Кражам» (NET Act), его действия стали бы классифицироваться как тяжкое уголовное преступление, будет на него подан иск или нет. Программисту в отставке такая опасная стратегия уже не подходила.

И вот на этом этапе я ввязался в борьбу Элдреда. Я увлеченно занимался конституционным правом и его толкованием. И хотя конституционное право никогда не акцентирует внимание на Статье о прогрессе, меня всегда поражало, насколько серьезно она выделяется в ряду остальных. Как вы знаете, в Конституции говорится: «Конгресс облечен властью способствовать научному прогрессу..., обеспечивая на ограниченный срок авторам... исключительное право на их... произведения...».

Как я уже говорил, это положение уникально в ряду прочих параграфов восьмого раздела первой статьи Конституции, наделяющих полномочиями. Во всех остальных просто говорится, что Конгресс имеет власть что-то делать — например, регулировать «коммерческие отношения между несколькими штатами» или «объявлять войну». Но в данном случае это «что-то» совершенно особое: «способствовать... прогрессу» такими же особыми средствами — «обеспечивая исключительное право (то есть копирайты) на ограниченный срок».

За минувшие сорок лет Конгресс взял за правило продлевать существующие сроки действия копирайта. И вот что меня изумляло: раз уж Конгресс облечен властью продлевать сроки действия, тогда конституционное положение об «ограниченных» сроках просто теряет всякий смысл. Если каждый раз ко времени истечения копирайта Конгресс принимает решение о продлении, он, выходит, может добиться того, что Конституцией запрещено — вечных «сроков в рассрочку», как метко подметил профессор Питер Яси.

Мой первый академический порыв подтолкнул меня к книгам. Помню, как допоздна засиживался в конторе, прочесывая онлайн-базы данных в поисках сколько-нибудь серьезного подхода к интересующему вопросу. Никто никогда не оспаривал практику продления сроков копирайта Конгрессом. Отчасти поэтому, возможно, Конгресс не усматривает ничего предосудительного в подобной привычке. К тому же, та-

182 Полностью текст таков: «Сонни (Боно) хотел, чтобы срок охраны копирайта был вечным. Мне уже сообщили, что такое изменение противоречит Конституции. Я приглашаю всех вас помочь мне в деле укрепления наших законов об авторском праве всеми доступными средствами. Вы знаете, что есть еще предложение от Джека Валенти обозначить этот срок протяженностью в вечность без одного дня. Возможно, Конгресс рассмотрит это предложение на следующей сессии», 144-ый Конгресс, Rec. H9946, 9951-2 (07.10.1998).

кая практика стала необычайно доходным для него делом. В Конгрессе знают, что правообладатели с готовностью отвалят кучу денег за продление срока действия их авторских прав. Так что конгрессмены вполне довольны этой неиссякаемой жилой.

В этом и есть источник коррупции всей нашей нынешней государственной системы. «Коррупция» состоит не в том, что наши представители берут мзду. Скорее, система побуждает тех, кого Конгресс способен облагодетельствовать, копить деньги и вкладывать их в Конгресс — просто чтобы подтолкнуть его к действиям. Всего-то навсего речь идет о каком-то сроке, а вот сколько может сделать Конгресс... Почему бы не свести его работу к действиям, которые он призван осуществлять, — к тому же, еще и выгодным? Продление сроков копирайта выгодно.

Если сомневаетесь, представьте себе такую ситуацию. Допустим, вы принадлежите к той горстке счастливых правообладателей, чьи копирайты продолжают зарабатывать вам деньги спустя сто лет после регистрации. Хорошим примером может служить наследие Роберта Фроста, который скончался в 1963 году. Его поэзию до сих пор высоко ценят. Таким образом, наследник Роберта Фроста сильно выгадывает от любого продления копирайта, так как ни один издатель не заплатил бы ему ни гроша, если бы кто угодно мог опубликовать поэмы Фроста бесплатно.

Итак, представьте, что наследник Роберта Фроста зарабатывает 100 000 долларов в год на трех поэмах. А теперь вообразите, что срок действия копирайта на них вот-вот истечет. Вы управляете советом наследников Роберта Фроста, и ваш финансовый управляющий приходит к вам на собрание с очень мрачным докладом: «В следующем году, — заявляет финдиректор, — наши права на произведения А, В и С истекут. Значит, с этого года мы перестанем получать ежегодный гонорар на сумму в сто тысяч долларов от издателей этих поэм. Однако в Конгрессе лежит проект закона, — продолжает он, — который все изменит. Несколько конгрессменов представили на рассмотрение билль, который продлит сроки действия копирайта на двадцать лет. Для нас этот закон чрезвычайно важен, так что будем надеяться, что его примут».

«Надеяться? — удивляется член вашего совета. — Разве мы не можем как-нибудь поспособствовать этому?»

«Да, конечно, — отвечает управляющий. — Мы могли бы пожертвовать средства на избирательные кампании ряда представителей и попытаться заверить их в необходимости поддержать этот законопроект».

Вы ненавидите политику, терпеть не можете вкладывать деньги в кандидатов на выборах. Поэтому вы спрашиваете, стоит ли свеч столь отвратительная игра. «Сколько мы получим, если пройдет этот билль о продлении? — спрашиваете вы у финдиректора. — На какую сумму это потянет?»

«Если исходить из расчета, — отвечает управляющий, — что эти копирайты будут продолжать приносить вам, по крайней мере, сто тысяч

долларов в год при шестипроцентном дисконте, который мы используем для оценки инвестиций, тогда этот закон заработает наследнику 1146000 долларов».

Сумма вас слегка ошарашила, но вы быстро приходите к верному выводу: «Значит, вы утверждаете, что мы можем выгодно вложить свыше миллиона долларов в избирательную гонку, если эти инвестиции обеспечат принятие того закона?»

«Совершенно верно, — отвечает финдиректор. — Вложения в размере, не превышающем текущую оценку прибыли от этих копирайтов, окупятся. В нашем случае это означает более миллиона долларов».

Вы быстро соображаете, что к чему (вы, как член совета, надеюсь, читаете эти строки). Всякий раз ко времени истечения копирайтов каждый благодетельствованный оказывается в положении наследника Роберта Фроста, стоящего перед выбором. Если поделиться кое с кем деньгами, чтобы протолкнуть закон о продлении срока действия прав, выгода будет огромной. И поэтому ко времени истечения срока так активно лоббируется закон о продлении копирайта.

Получаем вечный парламентский двигатель. До тех пор, пока можно купить законотворчество (хотя бы косвенно), в мире не будет недостатка в инициативе по дальнейшему продлению копирайтов.

В лоббировании принятого закона Сонни Боно о продлении сроков действия копирайта данная «теория стимулирования» материализовалась. Десять из тринадцати инициаторов закона в Палате представителей получили максимальные взносы от политического комитета компании Disney. Из двенадцати поддержавших билль сенаторов пожертвования достались восьмерым¹⁸³. По приблизительным подсчетам, RIAA и МРАА истратили свыше полутора миллионов долларов на лоббирование своих интересов в избирательном цикле 1998 года и выплатили свыше 200000 долларов в виде пожертвований на избирательные кампании¹⁸⁴. Компания Disney в том же цикле потратила примерно более 800000 долларов на взносы в кампании по переизбранию¹⁸⁵.

Конституционное право не пренебрегает очевидным или, по крайней мере, не должно. Так что, раздумывая над жалобой Элдреда, я сфокусировал внимание на бесконечном продлении копирайта. С моей точки зрения, прагматичный суд, призванный толковать и применять Конституцию отцов-основателей, мог бы обратить внимание, что если Конгресс вправе постоянно продлевать существующие сроки, то конститу-

183 Associated Press, «Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort; Congress OKs Bill Granting Creators 20 More Years», Chicago Tribune, 17.10.1998, 22.

184 См. Nick Brown, «Fair Use No More?: Copyright in the Information Age», <http://www.cis.ohio-state.edu/~brown/funm/FUNM.txt>.

185 Alan K. Ota, «Disney in Washington: The Mouse That Roars», Congressional Quarterly This Week, 08.08.1990, <http://www2.cnn.com/ALLPOLITICS/1998/08/10/cq/disney.html>.

ционный требование об ограничении сроков утрачивает силу. Если их продлили однажды, то будут продлевать и впредь.

Я также рассудил, что Верховный суд не будет потворствовать Конгрессу в продлении прав. Всякому, кто близко знаком с деятельностью Верховного суда, известно, что он в значительной степени ограничил Конгресс, когда тот, по мнению суда, преступил полномочия, делегированные ему Конституцией. Наиболее показательным примером стало постановление суда по делу «Соединенные Штаты против Лопеса», принятое в 1995 году, которое отменило федеральный закон, запрещающий право ношения огнестрельного оружия вблизи школ.

Начиная с 1937 года, Верховный суд весьма расширительно толковал полномочия Конгресса. В то время как Конституция наделила Конгресс правом регулировать «торговлю между штатами» (или «межрегиональную торговлю»), Верховный суд интерпретировал эту власть как право регулировать любую деятельность, которая просто влияет на межрегиональные торговые отношения.

С развитием экономики данный стандарт все больше превращался в неограниченное право Конгресса регулировать все и вся: едва ли не всякая деятельность, если рассматривать ее в национальном масштабе, влияет на торговлю между штатами. Конституция, составленная для обуздания власти Конгресса, была вместо этого истолкована как Конституция, не налагающая никаких ограничений.

Верховный суд под руководством председателя Ренквиста изменил этой тенденции в деле США против Лопеса. Правительство утверждало, что ношение огнестрельного оружия вблизи школ влияет на торговлю между штатами. Огнестрельное оружие вблизи школ повышает уровень преступности, а высокий уровень преступность снижает стоимость имущества и так далее. Во время прений Председатель Верховного суда задал правительству вопрос о существовании такой деятельности, которая бы не влияла на торговлю между штатами с учетом ранее выдвинутых правительством доводов. Правительство ответило, что такой деятельности не существует, но если Конгресс утверждает, что какая-то деятельность оказывает влияние на торговлю между штатами, значит такая деятельность оказывает влияние на торговлю между штатами. По мнению правительства, Верховному суду не следует критиковать ранее принятые решения Конгресса.

«Мы прерываемся, чтобы обсудить последствия доводов правительства», — писал Председатель Верховного Суда¹⁸⁶. Если нечто должно расцениваться как торговля между штатами, потому что так считает Конгресс, полномочия Конгресса вообще не могут быть никак ограничены. Решение по судебному разбирательству «Лопес» было повторно подтверждено через пять лет в судебном деле «Соединенные Штаты против Моррисона»¹⁸⁷.

¹⁸⁶ United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 564 (1995).

¹⁸⁷ United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

Если бы речь шла о принципе, здесь можно было применить не только пункт о коммерции, но и статью о прогрессе¹⁸⁸. И если это применимо к статье о прогрессе, в принципе, следовало сделать вывод, что Конгресс не может продлевать существующий срок. Если бы Конгресс имел право продлевать сроки, то его полномочия не имели бы никаких границ, хотя Конституция ясно оговаривает непереносимое наличие оных. Таким образом, тот же принцип применительно к полномочию раздавать копирайты должен подразумевать, что Конгресс не вправе продлевать сроки их действия.

Разумеется, если заявленный в деле Лопеса принцип — это принцип. Многие рассудили, что решение по делу Лопеса принято по политическим соображениям: консервативный Верховный суд, опирающийся на незыблемость прав штатов, использует власть над Конгрессом, чтобы продемонстрировать собственные политические предпочтения. Но я не принял такого понимания. Напротив, по горячим следам я написал статью, указывающую на «точность» толкования Конституции. Идея о том, что Верховный суд выносит решения на основе политических убеждений, представляется ужасно скучной. Я бы не посвятил свою жизнь преподаванию конституционного права, если бы эти девять судей были мелкими политиканами.

Теперь давайте на минуту остановимся, чтобы точно понять, чего в аргументах Элдredа не было. Настаивая на конституционных ограничениях копирайта, Элдred явно не выступал в защиту пиратства. Скорее, он даже боролся с особой разновидностью пиратства — с разграблением общественного достояния. Когда Роберт Фрост писал свои поэмы, а Уолт Дисней создавал Микки Мауса, максимальный срок копирайта составлял всего пятьдесят шесть лет. Благодаря произошедшим изменениям Фрост и Дисней пользовались уже семидесятипятiletней монополией на свои работы. Они извлекли выгоду из предусмотренной Конституцией сделки: в обмен на охранявшуюся пятьдесят шесть лет монополию они создавали новые произведения. Теперь же эти монополисты реализуют свое могущество, исчисляемое суммой лоббистских денег, чтобы добиться еще двадцати лет монополии. Этот солидный срок отобран у общественного достояния. Эрик Элдred боролся с пиратством, которое задевает нас всех.

Некоторые относятся к общественному достоянию с презрением. В кратком отчете для Верховного суда Ассоциация песенников Нэшвилла

188 Если речь в принципе идет об исключительных полномочиях, то принцип распространяется с одного полномочия на другое. В контексте вопроса о торговле меня воодушевляло то, что интерпретация, предложенная государством, наделяла его беспредельной властью регулировать коммерческую деятельность, несмотря на привязку к «торговле между штатами». То же справедливо и в контексте статьи о копирайте. Здесь также государственное истолкование наделяет правительство беспредельной властью регулировать копирайты, несмотря на привязку к «ограничению по срокам».

написала, что общественное достояние есть не что иное, как «узаконенное пиратство»¹⁸⁹. Однако то, что разрешено законом, никак не может быть пиратством, а по нашей Конституции закон даже требует, чтобы общественное достояние имелось. Некоторым, возможно, не по нраву положения Конституции, но это еще не превращает ее в пиратскую хартию.

Как мы видели, наша конституционная система требует ограничения копирайта как средства, не позволяющего правообладателям узурпировать развитие и распространение нашей культуры. Тем не менее, как обнаружил Эрик Элдред, мы выстроили систему, гарантирующую все новое и новое продление сроков действия копирайтов – вплоть до бесконечности. Мы создали совершенное оружие против общественного достояния. Копирайты не истекли и не истекут, пока Конгресс можно свободно подкупить, чтобы их продлили еще разок.

В продлении сроков виноваты копирайты, обладающие ценностью: на Микки Мауса и «Рапсодию в стиле блюз». Такие произведения слишком дороги правообладателям. Но настоящий вред нашему обществу наносит не то, что Микки Маус принадлежит корпорации Дисней. Речь идет не о Микки Маусе, не о Роберте Фросте. Речь идет не о работах 1920-х и 1930-х годов, которые до сих пор сохраняют коммерческую ценность. Забудьте о них. Речь идет о реальном ущербе, наносимом работам, которые не получили широкой известности, не востребованы коммерчески и которые, в результате, стали недоступными для широкой аудитории.

Если взять произведения первых двадцати лет (1923–1942 гг.), подпадающие под действие закона Сонни Боно о продлении копирайта, какую-то коммерческую ценность сохранили всего два процента. Именно владельцы этих двух процентов копирайтов протолкнули закон СТЕА. Но действие закона не ограничилось этими двумя процентами. Сроки действия авторских прав продлили всем¹⁹⁰.

Поразмыслите над практическими последствиями такого продления, встаньте на точку зрения бизнесмена, а не адвоката, жаждущего все новых и новых процессов. В 1930 году было опубликовано 10047 книг. В 2000 году из этого числа продолжали печатать только 174 наименования. Допустим, вы Брустер Кейл, и вы захотели в рамках своего проекта iArchive выложить в общий доступ остальные 9873 произведения. Что для этого вам понадобится?

189 Отчет Ассоциации песенников Нэшвилла, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), n.10, <http://eol.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/opp-amicus/nashville.pdf>.

190 Двухпроцентный показатель выведен из работ Исследовательской службы Конгресса на основе подсчета случаев возобновления копирайтов. См. *Brief of Petitioners, Eldred v. Ashcroft*, 7, <http://eol.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/opening-brief.pdf>.

Ну, во-первых, вам предстоит определить, какие из 9873 книг все еще охраняются копирайтами. Для этого придется идти в библиотеку (эта информация в онлайн отсутствует) и пролистывать множество томов, сверяя названия и авторов 9873 книг с регистрационными данными копирайта и записями о возобновлении срока действия авторских прав на публикации 1930 года. Так вы получите перечень книг, по-прежнему охраняющихся копирайтами.

Затем вам предстоит найти правообладателей всех защищенных авторскими правами книг. Как это сделать?

Большинство полагает, будто где-то должен быть список всех этих правообладателей. Так думают люди практического склада. Ну, как же могут существовать тысячи и тысячи государственных монополий без, хотя бы, поименного перечисления?!

Но такого перечня нет. Имя могло всплыть в 1930 году, но некто зарегистрировал копирайт в 1959 году. Подойдите к вопросу практически и подумайте, насколько сложно будет отследить тысячи таких записей, особенно если регистрировавшее лицо необязательно является нынешним владельцем. А мы ведем речь всего лишь о 1930 годе!

«Но ведь не существует же всеобщего списка собственников, — отвечают апологеты системы. — Почему тогда должен иметься перечень правообладателей?»

На самом деле, если вдуматься, то списков, где значится, кто какой собственностью владеет, — уйма. вспомните реестры домовладений или базы данных автовладельцев. А там, где списка нет, код реального пространства позволит неплохо справиться с задачей определения владельца какой-либо собственности (качели на вашем заднем дворе, по всей вероятности, ваши). Так что, формально или неформально, но у нас есть веские основания, чтобы догадываться, кому принадлежит осязаемая собственность.

Вот вы идете по улице и видите дом. О владельце здания можно справиться в имущественном реестре. Если попадаете автомобиль, то на нем, как правило, имеется регистрационный номер, который связывает машину с ее хозяином. Если увидите кучу детских игрушек на лужайке перед домом, вам также довольно просто определить их владельца. А если случайно наткнетесь на бейсбольный мяч у обочины — оглянитесь вокруг, и наверняка обнаружите группу ребятшек, играющих в бейсбол. Если никаких детей поблизости нет, тогда да, вот вам собственность, владельца которой нелегко установить. Это исключение, которое подтверждает правило: обычно мы прекрасно осознаем, кому что принадлежит. А теперь сравните с невещественной собственностью. Вы заходите в библиотеку, владеющую книжным фондом. Кому принадлежат авторские права? Как я уже говорил, перечня правообладателей нет. Есть, разумеется, имена авторов, но их копирайты могли передавать или унаследовать наподобие бабушкиных украшений. Чтобы узнать, кому

что принадлежит, придется нанимать частного сыщика. Резюме: владельца так просто не вычислишь. А при условиях, подобным нашим, когда считается преступным использовать такую собственность без разрешения владельца, собственность использоваться не будет.

В результате старые книги не будут оцифрованы, а значит просто сгниют на полках. Однако для прочих творческих произведений последствия куда печальнее.

Взять хотя бы историю с Майклом Эйджи, председателем совета директоров «Хол-Роуч Студиоз», которой принадлежат права на фильмы Лорела и Харди. Эйджи извлекает прямую выгоду из закона Сонни Боно. Фильмы Лорела и Харди снимались между 1921 и 1951 годами. Одна из этих картин, «Счастливы пес», в настоящее время вышла из-под охраны копирайта. Если бы не закон СТЕА, в общественное достояние начали бы переходить фильмы, снятые после 1923 года. Благодаря эксклюзивным правам на эти популярные комедии Эйджи гребет деньги лопатой. Согласно некоторым подсчетам, «Роуч продала около 60000 видеокассет и 50000 DVD с немymi фильмами знаменитого дуэта»¹⁹¹. Тем не менее, Эйджи выступил против закона СТЕА. Его мотивы демонстрируют редкую в нашей культуре добродетель — самоотверженность. Эйджи доказывал в своем коротком докладе Верховному суду, что закон Сонни Боно о продлении срока копирайта, если его не отменить, погубит целое поколение американского кино.

Его аргументация проста. Лишь крохотная толика этих произведений до сих пор имеет какую-либо коммерческую ценность. Остальное, если вообще сохранилось, пылится в хранилищах. Может быть, какие-то из этих творений, ныне уже не представляющих коммерческой ценности, окажутся востребованы владельцами. Однако для того чтобы это произошло, коммерческая выгода от них должна превысить себестоимость обращения этих произведений в доступный для дистрибуции формат. О прибылях мы судить не можем, зато прекрасно разбираемся в себестоимости. Большую часть истории кинематографа затраты на реставрацию фильма были очень высокими, но цифровая технология существенно снизила их. Если в 1993 году реставрация девяностоминутной черно-белой картины обходилась дороже 10000 долларов, то сейчас оцифровка часа пленки стоит всего-навсего 100 долларов¹⁹².

¹⁹¹ См. David G. Savage, «High Court Scene of Showdown on Copyright Law», Los Angeles Times, 06.10.2002; David Streitfeld, «Classic Movies, Songs, Books at Stake; Supreme Court Hears Arguments Today on Striking Down Copyright Extension», Orlando Sentinel Tribune, 09.10.2002.

¹⁹² Доклад «Хол-Роуч Студиоз» и Майкла Эйджи в качестве добровольного свидетельства в поддержку истцов, Элдред против Эшкрофта, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), 12. См. также добровольное свидетельство «Интернет-архива» со стороны истцов, Элдред против Эшкрофта, <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/cert/archive-amicus.html>.

Технология восстановления — не единственная статья расходов и не самая значительная. Адвокаты тоже стоят денег, причем их услуги обходятся все дороже. Вдобавок к сохранению фильма, дистрибутор должен обеспечить права. А чтобы обеспечить права на фильм, охраняемый копирайтом, надо разыскать правообладателя.

Или, если быть точным, владельцев. Как мы уже отмечали, с кинокартиной связан не один копирайт, а множество. Нет одного такого человека, с которым достаточно связаться по вопросу авторских прав, владельцев копирайтов так много, что количество их становится просто неприличным. Получается, что стоимость выкупа всех прав на такие фильмы исключительно высока.

«А разве нельзя восстановить картину, распространить ее, а потом уже заплатить правообладателю, когда тот потребует отчислений?» Конечно, можно, если хотите совершить преступление. Если же вы готовы пойти на преступление, объявившийся владелец копирайта сможет отсудить у вас всю прибыль. Итак, если вам сопутствовал успех, можете быть вполне уверены, что вам позвонит чей-нибудь адвокат. А если ваши дела не заладились, вы не заработаете даже на услуги собственного защитника. В любом случае, вам грозит разговор с юристом. А как правило, между необходимостью беседы с юристом и неминуемым крахом надежд заработать можно поставить знак равенства.

Прибыль от выпуска некоторых фильмов может вполне превысить затраты. Но для подавляющего большинства картин выгода ни в коем случае не перевесит расходов на легализацию. Таким образом, большинство старых фильмов, рассуждает Эйджи, нельзя отреставрировать и распространить, пока не закончится срок действия копирайта.

Но к тому времени, когда истечет копирайт на эти картины, ничего не останется и от самих фильмов. Пленка, на которую их снимали, произведена на нитратной основе, а она со временем испаряется. Фильмы канут в Лету, а в металлических коробках, где они сейчас лежат, не останется ничего, кроме пыли.

Из всех произведений искусства, когда-либо созданных людьми, лишь малая толика остается коммерчески ценной. Для этой крошечной доли копирайт является критически важным правовым инструментом. Он стимулирует выпуск и распространение творчества для этого жалкого меньшинства. Для ничтожного числа копирайт исполняет роль «двигателя свободы самовыражения».

Но даже у этой малой толики действительный срок коммерческой жизни произведения чрезвычайно короток. Как я указывал, большинство книг перестают печататься через год. То же справедливо и в отношении музыки и кино. Коммерческая культура подобна акуле, она не может останавливаться. И когда произведение лишается благосклонности дистрибуторов, его коммерческая жизнь заканчивается. Однако это не означает, что жизнь произведения прекращается совсем.

Библиотеки устраивались не для того, чтобы соперничать с магазинами Barnes & Noble, а киноархивы существуют потому, что у людей должен быть выбор, как провести вечер пятницы — на показе нового фильма или за просмотром документальной хроники 1930 года. Некоммерческая жизнь объектов культуры важна и ценна для развлечения, но, что еще более значимо, и для образования. Чтобы понимать, кто мы, откуда взялись и как допустили в прошлом такие ошибки, нам нужен доступ к нашей истории.

В этом смысле, копирайтам далеко до роли двигателя свободы самовыражения. Для подобных случаев необходимости в исключительных правах нет. И копирайты никакого блага здесь не несут.

Тем не менее, на протяжении большей части нашей истории они, по крайней мере, не вредили. В прошлые времена, когда истекла коммерческая жизнь произведения, эксклюзивное право не запрещало никакого вида использования. После того как книгу переставали печатать, купить ее у издателя становилось уже невозможно. Но в букинистическом магазине она по-прежнему продавалась, а когда подержанную книгу реализуют в букинистической лавке (в Америке, по крайней мере), правообладатель ничего с этого не имеет. Таким образом, обычное использование книги по окончании ее коммерческой жизни никак не регулировалось законом об авторском праве.

То же было и с фильмами. Из-за реальной экономической дороговизны (а не из-за высокой стоимости юридических консультаций) сохранение или реставрация кинокартин были делом отнюдь не легким. Это как объедки с великого пира, который если закончился, так уж закончился. Как только истекла коммерческая жизнь картины, ее могли еще в течение какого-то времени хранить в архиве, но это был уже конец, так как рынку больше нечего было ей предложить.

Другими словами, притом что копирайт на протяжении большей части нашей истории был относительно коротким, сроки действия прав мало значили для произведений, утративших свою коммерческую ценность. Продолжительные копирайты на такие работы ничему не препятствовали.

Однако теперь ситуация изменилась. Одним критически важным следствием возникновения цифровых технологий является возможность создания архива, о котором грезит Брустер Кейл. Ныне цифровые технологии дают шанс сохранять любые виды материалов и предоставлять к ним доступ. Как только книга перестает издаваться (представить себе такое нетрудно), ее оцифровывают и выкладывают для общего доступа, навсегда. Как только фильм снимается с проката, его оцифровывают и выкладывают в общий доступ, навечно. Цифровые технологии дарят новую жизнь защищенному копирайтом материалу по окончании его коммерческой жизни. Теперь можно сохранять все знания и всю культуру и обеспечивать всеобщий доступ к ним, что раньше было невозможно.

Этому мешает закон об авторском праве. Каждая попытка создания такого цифрового архива нарушает чьи-то исключительные права. Оцифровка книги означает ее копирование, и на это требуется разрешение правообладателя. То же самое и с музыкой, фильмами и любыми другими аспектами нашей культуры, находящейся под защитой копирайта. Попытки увековечить произведения искусства для истории или предоставить доступ к ним — исследователям или тем, кому просто это интересно, — натываются на набор правил, которые писались для абсолютно иных условий.

Вот где корень зла в продлении сроков. Теперь технология позволяет восстановить Александрийскую библиотеку, да закон не дает. Причем исходит он не из каких-то полезных для копирайта позиций, ибо цель копирайта — в содействии коммерческому рынку, который распространяет культуру. Но мы-то говорим о культуре, отжившей свой коммерческий век. Здесь копирайт вообще не служит никакой цели, относящейся к распространению знаний. При таком раскладе копирайт уже не двигатель свободы самовыражения, он — тормоз.

Вы можете спросить: «Но если цифровые технологии удешевляют работу Брустера Кейла, тогда они снижают себестоимость и для издательства Random House. Разве Random House не может также преуспеть в широком распространении культуры?»

Может. Когда-нибудь. Однако нет совершенно никаких оснований полагать, что издатели предложат такой же исчерпывающий выбор, как библиотеки. Если бы компания Barnes & Noble сдавала в прокат книги за небольшую плату, разве отпала бы нужда в библиотеках? Только если придерживаться мнения, будто единственная роль библиотеки — служить конъюнктуре «рынка». Но если вы отводите библиотеке куда большую роль, если полагаете, что она нужна для архивирования культуры вне зависимости от текущей востребованности того или иного произведения искусства, то нельзя рассчитывать, что коммерческий рынок будет выполнять для нас библиотечные функции.

Я первым проголосовал бы за то, чтобы он занимался этим, и как можно больше. Мы должны, насколько возможно, полагаться на рынок в деле распространения и развития культуры. Я совсем не против рынка. Но когда очевидно, что рынок не справляется с какими-то функциями, следует призвать на помощь нерыночные силы и позволить им заполнить пробел. Как подсчитал один исследователь американской культуры, 94% фильмов, книг и музыки, выпущенных в период с 1923 по 1946 годы, коммерчески недоступны. Как бы сильно вы ни любили коммерческий рынок, если понятие доступности что-то значит, то шесть процентов — это фиаско всех стремлений обеспечить данную ценность¹⁹³.

193 Jason Schultz, «The Myth of the 1976 Copyright 'Chaos' Theory», 20.12.2002, <http://www.lessig.org/blog/archives/jasonfinal.pdf>.

В январе 1999 года мы подали иск от имени Эрика Элдред в федеральный окружной суд в Вашингтоне, округ Колумбия, с требованием, чтобы суд признал закон Сонни Боно о продлении срока копирайта неконституционным. Двумя нашими основными аргументами были: во-первых, продление существующих копирайтов нарушает требование Конституции об «ограничении сроков», и, во-вторых, продление сроков еще на двадцать лет противоречит Первой поправке.

Окружной суд отклонил наши требования, даже не выслушав аргументов. Сессия апелляционного суда округа Колумбия также отклонила наши требования, хотя и выслушала наши пространные объяснения. Но в этом решении, по крайней мере, выявилось несогласие одного из самых консервативных судей. И это разногласие вдохновило нас.

Судья Дэвид Сентелл выразил мнение, что закон СТЕА нарушил требование о том, что копирайты распространяются только на «ограниченные сроки». Его аргумент был насколько прост, настолько и элегантен. Если Конгресс может продлевать существующие сроки, тогда власть Конгресса в рамках статьи о копирайте беспредельна. Полномочия продлевать существующие сроки не означают, что от Конгресса требуется предоставлять сроки, которые «ограничены». Таким образом, утверждал судья Сентелл, суду придется истолковать термин «ограниченные сроки», чтобы определить его значение. И наилучшим толкованием, счел судья Сентелл, будет лишение Конгресса полномочий продлевать существующие сроки.

Мы просили апелляционный суд округа Колумбии заслушать дело полным составом. Обычно слушания проводятся с участием трех судей, полным составом суд собирается на слушания только в особо важных случаях или делах, относящихся ко всей сессии.

Апелляционный суд отклонил нашу просьбу. На сей раз к судье Сентеллу присоединился наиболее либеральный член апелляционной коллегии округа Колумбия судья Дэвид Тейтел. Самый консервативный и самый либеральный судьи в округе Колумбия сошлись во мнении, что Конгресс превысил свои полномочия.

Именно в тот момент многие ожидали, что делу Элдред против Эшкрофта настанет конец, поскольку Верховный суд редко пересматривает какие-либо решения апелляционного суда (в год рассматривается около сотни из более чем пяти тысяч апелляций). И практически никогда не пересматриваются решения в защиту закона, если ни один другой суд еще не пересматривал сам закон.

Но в феврале 2002 года Верховный суд удивил мир, снизойдя до нашего прошения о пересмотре решения сессии апелляционного суда округа Колумбия. Слушания назначили на октябрь 2002 года. Лето предстояло потратить на написание докладов и подготовку аргументации.

Я пишу эти строки год с лишним спустя. Поразительно, но это все еще дается с трудом. Если вам что-либо вообще известно об этой истории,

то вы знаете, что мы проиграли апелляцию. А если вам известно чуть больше этого минимума, то вы, вероятно, полагаете, что выиграть это дело вообще шансов не было. После поражения я получил буквально тысячи посланий от наших доброжелателей и сторонников, благодаривших меня за мой труд во имя этой благородной, но обреченной цели. Но ни одно из множества соболезнований для меня не значило больше, чем письмо от моего клиента, Эрика Элдреда.

Однако и мой клиент, и все доброжелатели ошибались. Это дело можно было выиграть. Его надо было выигрывать. И как бы часто я ни перебирал в памяти все события, я никогда не отделаюсь от мысли о том, что я завалил дело из-за собственной ошибки.

Ошибка была допущена на ранней стадии, хотя очевидной она стала только в самом конце. С самого начала на нашей стороне выступал незаурядный адвокат Джеффри Стюарт и юридическая фирма Джонс Дэй, Ривис и Поуг, к которой он присоединился. Джонс Дэй досталось за поддержку нашего дела от ее клиентов — защитников копирайта. Это давление она игнорировала (на что немногие юридические фирмы ныне вообще готовы пойти) и на протяжении всего разбирательства помогала нам всем, чем могла.

В деле были задействованы три ключевых юриста Джонс Дэй. Первым был Джефф Стюарт, а затем к процессу были привлечены Дэн Бромберг и Дон Айер. Бромберг и Айер, в частности, разделяли общее мнение о том, как выиграть это дело. «Мы победим, — неоднократно они говорили мне, — если сможем сделать вопрос «важным» для Верховного суда». Все должно было выглядеть так, будто свободе слова и свободной культуре наносится непоправимый урон, иначе против «самых могущественных медиакомпаний в мире» не проголосуют.

Ненавижу такой подход к праву. Разумеется, я думал, что закон Сонни Боно наносит непоправимый урон свободе слова и свободной культуре. Конечно же, я не изменил своего мнения. Но сама идея о том, что Верховный суд выносит решения, полагаясь на свое мнение о степени важности проблемы, просто порочна. Это может быть «верным», в смысле «истинным», считал я, но это «неверно», потому что «так быть не должно». Так как я был уверен, что любая точная интерпретация труда составителей нашей Конституции приведет к заключению о неконституционности СТЕА, и что всякое правдивое толкование значения Первой поправки подтолкнет к выводу о неконституционности полномочий по продлению существующих сроков копирайта, меня нельзя было убедить в необходимости торговать нашим делом как мылом. Как закон, запрещающий свастику, неконституционен не потому, что суд не симпатизирует нацистам, а из-за того, что такой закон нарушает Конституцию, точно так же, на мой взгляд, суду следует рассматривать конституционность закона Конгресса, основываясь на Конституции, а не с точки зрения собственной оценки принципов, заложенных ее составителями.

В любом случае, считал я, суд обязан усматривать опасность и вред такого закона. Зачем же еще им назначать пересмотр дела? Заслушивать его в Верховном суде не было смысла, если бы они не были убеждены, что данный норматив вреден. В общем, как я полагал, нам не надо было убеждать их в ущербности закона, а следовало продемонстрировать его неконституционность.

Был, однако, один аспект, в котором, как мне представлялось, политика сыграет свою роль, и где я считал ответ уместным. Я был убежден, что суд не станет слушать наши аргументы, если сочтет, что это всего лишь мнение горстки левацких психов. Этот Верховный суд не стал бы втягиваться в новую область правоприменения, если бы показалось, что пересматриваемое дело просто отражает предпочтения политического меньшинства. Тем не менее, в этом процессе я стремился показать не то, что закон Сонни Боно плох, а то, что он противоречит Конституции. Я надеялся доказать это на фоне докладов, отражавших полный спектр политических пристрастий. Дабы продемонстрировать, что наш протест против СТЕА продиктован вопросами права, а не политики, мы постарались собрать как можно более представительный диапазон критических мнений. Их авторы заслуживали доверия не по причине их богатства или известности, а потому что все вместе показывали: закон неконституционен, и политика тут ни при чем.

Первые материалы пришли сами собою. Организованный Филлис Шлафли Eagle Forum выступал против СТЕА с самого начала. Миссис Шлафли рассматривала этот закон как предательство со стороны конгрессменов. В ноябре 1998 года она опубликовала едкую статью, бичующую республиканский Конгресс за принятие СТЕА. Вот что она написала: «Вы не задумывались когда-нибудь, почему билли, обрушивающие денежный ливень на узкоспециальные интересы, легко просачиваются сквозь витиеватые горнила законодателей, в то время как законы, несущие выгоду обществу в целом, постоянно там увязают?» Ответ в статье приводится однозначный: все дело во власти денег. Шлафли перечислила взносы компании Disney в пользу ключевых фигур парламентских комитетов. Именно деньги, а не справедливость, отдали Микки Мауса в ведение Disney еще на двадцать лет, утверждает Шлафли.

В апелляционном суде Eagle Forum с энтузиазмом представил свой отчет в нашу поддержку. Доводы из этого доклада составили основу требований к Верховному суду: если Конгресс может продлевать сроки существующих копирайтов, тогда полномочия Конгресса по установлению сроков беспредельны. Этот крайне консервативный аргумент убедил чрезвычайно консервативного судью Сентелла.

В Верховном суде доклады с нашей стороны были настолько разнообразными, насколько это возможно. В их число входил необычный исторический экскурс от Фонда свободного программного обеспечения

(родоначальника проекта GNU, сделавшего возможным существование GNU/Linux). Был и мощный доклад Intel о цене неопределенности. Представлены были и два отчета профессоров права: один от экспертов по копирайту, второй — от специалистов по Первой поправке. Подготовлен был исчерпывающий и неоспоримый доклад от экспертов разных стран мира по истории конституционной статьи о прогрессе. Ну и, разумеется, не обошлось без нового отчета Eagle Forum, повторявшего и закреплявшего прежнюю позицию.

Эти документы составили юридическую аргументацию. Затем ее дополнили несколько весомых докладов от библиотек и архивов, в числе которых были интернет-Архив, Американская ассоциация юридических библиотек и Национальный союз писателей.

И все же наилучшим образом формулировали нашу позицию два отчета. Суть одного я уже описал: доклад «Холл-Роуч Студиоз» доказывал, что, если не отменить закон, будет загублено целое поколение американского кино. Второй же отчет четко прояснял экономические аспекты. Это обращение экономистов подписали семнадцать светил, включая пятерых нобелевских лауреатов — Рональда Коуса, Джеймса Бьюкена, Милтона Фридмана, Кеннета Эрроу и Джорджа Акерлофа. Экономисты, как показывает перечень нобелевских лауреатов, расширили политический спектр мнений. Их выводы были сильными: не существует благовидного предлога считать, что продление существующих сроков копирайта хоть как-то повысит стимулы к творчеству. Такие продления представляют собой не что иное, как «погоню за рентой» (этот модный термин экономисты используют для описания разбушевавшегося законотворчества в интересах отдельных игроков).

Те же усилия по созданию равновесия отразились и на составе юридической группы, собранной нами для подготовки наших материалов по делу. Адвокаты из Джонс Дэй были с нами с самого начала, но когда дело дошло до Верховного суда, мы привлекли и других юристов, чтобы они помогли нам обосновать свою позицию на слушаниях. Алан Моррисон представлял Public Citizen, вашингтонскую контору, сделавшую себе имя на конституционных баталиях благодаря серии заметных побед на процессах в защиту прав личности в Верховном суде. Моя коллега и декан Кэтлин Салливан отстояла немало клиентов в суде, она сразу советовала построить стратегию на содержании Первой поправки. Наконец, нам помогал бывший генеральный прокурор Чарльз Фрид.

Его привлечение было огромным успехом. Всех прочих генеральных прокуроров наняла противная сторона, чтобы защищать полномочия Конгресса даровать медиакомпаниям особые права на продление сроков копирайта. Фрид был единственным, кто отверг это выгодное предложение ради того, чтобы отстаивать то, во что действительно верил. Он выступал в роли главного юриста Рональда Рейгана в Верхов-

ном суде. Он помогал в проведении серии процессов, которые ограничили полномочия Конгресса в рамках Статьи о торговле. И хотя он отстаивал в Верховном суде и такие мнения, с которыми лично я не соглашался, его присоединение добавило веса нашим аргументам. Государство, защищая закон, тоже привлекло целую обойму «друзей». Однако, что очень важно, в числе этих «друзей» не было историков и экономистов. Отчеты противников в данном деле готовились исключительно крупными медиакомпаниями, конгрессменами и правообладателями.

Медиакомпании никого не удивили. От закона они выгадывали больше всех. Участие конгрессменов тоже не стало сюрпризом: они отстаивали свою власть и косвенным путем оберегали обильные финансовые вливания, порождаемые этими полномочиями. Ну и, разумеется, никто не удивился, что правообладатели встали на защиту самой идеи о продлении их исключительного права контролировать, кто и что делает с их контентом.

Представители доктора Зюсса, например, доказывали: все, что происходит с работами Зюсса, лучше всего контролировать наследникам. Стоит им перейти в общественное достояние, стоит его творчество освободить — и люди смогут использовать его «для прославления наркотиков и создания порнографии»¹⁹⁴. Теми же мотивами руководствовался в защите своих прав и наследник Джорджа Гершвина — например, права на «Порги и Бесс» не дают тем, кто отказывается включать афроамериканцев в состав исполнителей¹⁹⁵. Вот так они себе представляют контроль над этой частью американской культуры, и вот зачем нужен им закон.

Эти аргументы проясняют аспект, который редко подмечают в дебатах подобного рода. Когда Конгресс решает продлить сроки существующих копирайтов, он выбирает, кому из соискателей благоволить. Знаменитые и обожаемые правообладатели, вроде наследников Гершвина и Зюсса, приходят в Конгресс и говорят: «Разрешите нам еще двадцать лет контролировать то, о чем говорят как об образцах американской культуры. Мы с этим справимся лучше, чем кто-либо еще». Конгресс, разумеется, предпочитает отдавать должное популярным и знаменитым, потакая их интересам. Но именно тот случай, когда Конгресс предоставляет кому-то исключительное право высказываться о чем-то определенным образом, и должен, по традиции, блокироваться Первой поправкой.

В финальном докладе мы на это и указали. Сохранение закона СТЕА означает не только неограниченную власть Конгресса продлевать копирайт (что будет все больше содействовать монополизации), но даст

¹⁹⁴ Доклад представителей Dr. Seuss Enterprise, Эддред против Эшкрофта, 537 U.S. (2003) (No. 01-618), 19.

¹⁹⁵ Dinitia Smith, «Immortal Words, Immortal Royalties? Even Mickey Mouse Joins the Fray», New York Times, 28.03.1998, B7.

Конгрессу и неограниченное право назначать посредством копирайтов тех, кому говорить, а кому молчать. С февраля по октябрь я не занимался практически ничем, кроме подготовки к процессу. С самого начала, как было сказано, стратегию выбирал я.

Верховный суд разделился на два основных лагеря. Одних мы называли «консерваторами», других — «остальными». В консерваторах ходили председатель Ренквист, судьи О'Коннор, Скейлия, Кеннеди и Томас. Эти пятеро вполне последовательно ратовали за ограничение власти Конгресса. Именно позиция этой пятерки, поддержавшей серию процессов Лопеса и Моррисона, недвусмысленно указывала, что перечисление полномочий может быть истолковано в пользу подтверждения границ полномочий Конгресса.

В число «остальных» входили четверо судей, упорно противостоявших ограничению власти Конгресса. Эта четверка — судьи Стивенс, Сутер, Гинсберг и Брайер — неоднократно заявляла, что Конституция предоставляет Конгрессу широкую свободу действий для решения того, как наилучшим образом использовать свои полномочия. Процесс за процессом эти судьи настаивали на том, что роль Верховного суда — поддерживать Конгресс. Хотя с голосованием этих четырех судей лично я практически всегда соглашался, заполучить голоса этой четверки нам едва ли удалось бы.

Особенно недосягаемым был голос судьи Гинсберг. Вдобавок к ее, в целом, уважительному отношению к Конгрессу (за исключением гендерных вопросов), она демонстрировала особенную почтительность в вопросах защиты интеллектуальной собственности. Она сама и ее дочь (выдающийся и хорошо известный специалист по интеллектуальной собственности) слеплены из одного интеллектуально-собственнического теста. Мы ожидали, что Гинсберг согласится с выкладками собственной дочери о том, что у Конгресса в данном контексте есть власть поступать по своему разумению, даже если в его рассуждениях не достает здравого смысла.

Близко к судье Гинсберг находились еще двое судей, которых мы также рассматривали как маловероятных союзников, хоть и способных преподнести сюрприз. Судья Сутер был тверд в своей благосклонности к Конгрессу, равно как и его коллега Брайер. Однако оба они весьма чутки в вопросах свободы слова, и, как мы полагали, у нас был очень важный аргумент в защиту свободы слова и против этих ретроспективных продлений.

Единственный судья, в голосе которого мы могли быть уверены, — это Стивенс. В истории он останется как один из величайших членов Верховного суда. Его предпочтения последовательно эклектичны. Это означает только то, что простой идеологией не объяснить, на чьей стороне он окажется. Однако он неоднократно заявлял о необходимости ограничений в рамках интеллектуальной собственности в принципе.

Мы предполагали, что он признает необходимость ограничений и в нашем деле.

Данный анализ группы «остальных» показывал самым ясным образом, на кого нам следовало делать упор — на консерваторов. Для победы надо было расколоть эти пять крепких орешков. Чтобы добиться своего, надо было получить большинство. Таким образом, единственный перевешивающий аргумент, вдохновлявший наше обращение, покоился на самой важной правоведческой новации «консерваторов». Именно на нее судья Сентелл и опирался в апелляционном суде: полномочия Конгресса необходимо толковать так, что перечисленные полномочия имеют ограничения.

Это и стало основой нашей стратегии — стратегии, ответственность за которую несу я. Мы намеревались доказать суду, что мнение государственных советников Конгресса всегда то же, что и в деле Лопеса: Конгрессу нужны неограниченные полномочия. В данном случае, они нужны для продления действующих сроков копирайта. Если что и было ясно относительно полномочий Конгресса в рамках статьи о прогрессе, то это указание на «ограниченность» такой власти. Мы задались целью убедить суд провести параллель между Элдредом и Лопесом: если власть Конгресса в регулировании торговли ограничена, то и полномочия по регулированию копирайта тоже не беспредельны.

Аргумент государственной стороны сводился к следующему: Конгресс раньше уже так поступал, и ему следует разрешить делать это снова. Правительство заявляло об этом с самого начала — Конгресс продлевал срок существующих копирайтов. Значит, суд не должен теперь признавать данную практику неконституционной.

В позиции правительства есть зерно истины, но небольшое. Конечно, соглашались мы, Конгресс продлевал действующие сроки в 1909 году, и, разумеется, с 1962 года Конгресс стал регулярно их увеличивать — всего это было сделано одиннадцать раз за сорок лет.

Но эту «последовательность» надо рассматривать в перспективе. За первые сто лет Республики Конгресс продлил действующие сроки однажды. Затем это было сделано еще раз в следующие пятьдесят лет. Те редкие продления резко контрастируют с нынешней регулярной практикой. Что бы ни сдерживало Конгресс в прошлом, теперь эта сдерживающая сила исчезла. Конгресс вошел в цикл продлений, и нет никаких причин ожидать, что этот цикл завершится. Верховный суд, не колеблясь, уже вмешивался в подобный циклический процесс продлений. Что препятствует ему вмешаться и в данном вопросе? Прения сторон назначили на первую неделю октября. Я приехал в округ Колумбия за две недели до слушаний. В течение тех двух недель я неоднократно обсуждал предстоящее дело с адвокатами, вызвавшимися нам помочь. Такие дискуссии являются, по сути, тренировочными заседаниями, на которых воображаемые судьи допрашивают воображаемых победителей.

Я был убежден, что для победы мне надо удерживать внимание суда на единственном пункте: если разрешить такое продление, то полномочиям по установлению сроков предела не будет. Поддержка правительства будет означать, что сроки станут фактически неограниченными, а наша победа определит четкую линию поведения Конгресса — не продлевать существующих сроков. Тренировки были весьма эффективными, я нашел способы повернуть любой вопрос обратно к этой центральной идее.

Одно из обсуждений проходило с участием юристов из Джонс Дэй. Дон Айер был настроен скептически. Он работал в министерстве юстиции при Рейгане с прокурором Чарльзом Фридом. Ему приходилось участвовать в рассмотрении многих дел в Верховном суде. Оценивая нашу дискуссию, он выразил свое мнение: «Я просто боюсь, что если они не усмотрят настоящего вреда, то не захотят прекращать эту практику, которой, как утверждает правительство, стукнуло уже двести лет. Придется убеждать их в ее вредности, страстно заставляя увидеть наносимый урон. Если они такового не разглядают, у нас нет никаких шансов выиграть дело».

Пускай ему доводилось участвовать в слушаниях в этом суде, думал я, но он не постиг его души. Я же, как служащий, был свидетелем того, как судьи принимали верные решения — не политически верные, а просто верные. Как профессор права я провел жизнь, уча студентов тому, что суд выносит правильные вердикты не по политическим мотивам, а по закону. Когда я внимал Айеру, как страстно следует отстаивать убеждения, я понял, что он имел в виду, и не согласился. Наше дело правое. Этого достаточно. Пусть политики поймут, что оно еще и благое. В ночь перед слушаниями у здания Верховного суда начала выстраиваться очередь из желающих попасть на прения. Процесс оказался в центре внимания прессы и движения за освобождение культуры. Сотни людей стояли в очереди, чтобы присутствовать на заседании. Десятки из них провели ночь на ступенях здания Верховного суда, чтобы гарантированно оказаться на слушаниях.

Не всем пришлось стоять в очереди. Те, кто знаком с судьями, могут попросить зарезервировать для них места (места для своих родителей, например, я попросил предоставить судью Скейлия). Члены Верховного суда могут забронировать себе места в специальном секторе, а сенаторы и конгрессмены тоже имеют особые места, чтобы присутствовать на заседаниях. Наконец, отведена галерка для прессы и клерков, работающих в офисах членов Верховного суда. Когда в то утро мы вошли в зал, свободных мест не было. Обсуждать собирались закон об интеллектуальной собственности, а зал был полон. Проходя к своему месту перед президиумом суда, я увидел сидевших слева родителей. Сев за стол, я заметил Джека Валенти в особой секции, которую обычно резервируют для членов семей судей.

Когда председатель предоставил мне слово, я начал с момента, на котором и собирался остановиться, — на вопросе ограничения власти Конгресса. Это дело о перечисленных полномочиях, сказал я, и о том, есть ли у них какой-либо предел.

Судья О'Коннор остановила меня уже через минуту после начала доклада. История вопроса ей надоела: «Конгресс так часто продлевал срок в последние годы, и если правота на вашей стороне, не рискуем ли мы поставить под сомнение и предшествующие решения о продлении? Я имею в виду, что эта практика, очевидно, началась с самого первого акта».

Ей очень хотелось заключить, что я бросаю «прямой вызов тому, что замыслили составители Конституции». Но я отвечал, снова и снова обращая внимание на пределы власти Конгресса: «Если это вызов замыслам составителей Конституции, то нельзя ли истолковать их слова таким образом, чтобы реализовать их замыслы? И на этот вопрос я отвечаю: да, можно».

В обсуждении было два момента, когда мне следовало понять, куда клонит суд. Первым звонком был вопрос судьи Кеннеди, заметившего: «Я полагаю, из данной аргументации безоговорочно следует, что закон 1976 года тоже необходимо отменить. Мы не можем его не трогать, несмотря на распад системы, так как в течение всех последующих лет данный акт замедлял прогресс науки и полезных искусств. Я что-то не вижу никаких эмпирических свидетельств этого».

И вот тут я допустил явный промах. Я ответил по-профессорски, будто поправляя студента: «Судья, мы не выдвигаем совершенно никаких эмпирических утверждений. В нашем иске по Статье о копирайте нет никаких ссылок на эмпирические утверждения о замедлении прогресса. Наш единственный довод состоит в том, чтобы указать на структурное ограничение. Оно необходимо для того, чтобы сделать невозможным по существующим законам об авторском праве такое явление, как фактически вечный срок действия копирайта».

Это был правильный ответ, но неуместный. Вместо этого следовало сказать об очевидном и серьезном вреде, о котором написано сколько угодно отчетов, и судья хотел услышать это. В этот бы момент да последовать совету Дона Айера... Это была игра в софтбол: я ответил свингом и промазал.

Второй звонок пришел от председателя, под которого все дело и было подстроено. Председатель Верховного суда принимал решение в пользу Лопеса, и мы надеялись, что он воспримет наш процесс как явно подобный тому.

Когда он стал задавать свой вопрос, в один миг стало ясно, что нам он вовсе не симпатизирует. Для него мы были кучкой анархистов. Он спросил: «Да, но вы добиваетесь еще большего. Вы хотите получить право копировать дословно чужие книги, не так ли?»

Мистер Лессиг: «Мы добиваемся права копировать дословно произведения, которые должны были перейти в общественное достояние, если бы не закон, который нельзя оправдать обычным анализом Первой поправки или внимательным прочтением ограничений, встроенных в статью о копирайте».

Дела у нас пошли лучше, когда слово взяли представители государства, так как суд уже уяснил суть наших требований. Судья Скейлия спросил генерального прокурора Олсона:

«Вы утверждаете, что функционально неограниченный срок является нарушением (Конституции), но это в точности аргумент присутствующих здесь истцов о том, что ограниченный продлеваемый срок есть функциональный эквивалент неограниченного срока».

Когда Олсон закончил свой доклад, настал мой черед давать заключительное опровержение. Бичевание Олсона возродило мой гнев. Но мой гнев по-прежнему имел академическую направленность, а не практическую. Представители государства выступали так, словно это был вообще первый процесс в отношении ограничения полномочий Конгресса в сфере копирайтов и патентов. Как всегда по-профессорски, а не по-адвокатски, я завершил свое выступление длинной историей Верховного суда, налагавшего ограничения на полномочия Конгресса в сфере авторского и патентного права. В действительности, самый первый случай, когда принятый Конгрессом закон был признан превышающим оговоренные перечисленные полномочия, базировался как раз на статье Конституции о копирайте и патентах. Истинная правда. Но это несколько не склонило суд на мою сторону.

Покидая в тот день здание суда, я уже жалел о сотне моментов, в которых поступил так, а не иначе. На сто вопросов я бы ответил по-другому, но все-таки одна мысль продолжала подпитывать мой оптимизм.

У представителей правительства все время переспрашивали, каков предел. Снова и снова они отвечали, что предела нет. Это был тот самый ответ, который я хотел услышать в суде. Ибо я не мог себе представить, как суд, поняв, что правительство уверено в неограниченной власти Конгресса над сроками в рамках статьи о копирайте, может стать на сторону государства. Генеральный прокурор сделал все за меня. Сколько я ни пытался, я не мог уразуметь, каким образом суд может признать власть Конгресса ограниченной в рамках статьи о торговле и неограниченной в области копирайта. В те редкие мгновения, когда я позволял себе уверовать в нашу победу, это случалось потому, что я чувствовал: этот суд, в частности консерваторы, окажется связанным собственным решением в другом, уже завершенном деле.

Утром 15 января 2003 года я опоздал в офис на пять минут и пропустил семичасовой звонок клерка из Верховного суда. Прослушивая со-

общение на автоответчике, я сразу понял, что она собиралась сообщить мне плохую весть. Верховный суд закрепил решение апелляционного суда. Голоса семерых судей были против нас и составили большинство. К противоположному решению пришли двое.

Спустя несколько секунд вынесенные решения прислали по электронной почте. Я снял телефонную трубку, вывесил объявление в нашем блоге и засел разбираться, где же я допустил ошибку в своих доводах. Мои доводы. Это было дело, в котором все деньги мира противостояли доводам. И это был последний наивный профессор права, штудировавший фолианты в поисках убедительных доводов.

В первую очередь я раскопал решение, желая понять, как суд умудрился отделить принцип в этом процессе от позиции в деле Лопеса. Аргумента нигде не было. Это дело даже не цитировалось. Этот довод был ключевым в нашем разбирательстве, но он даже не упоминался в судебном решении.

Судья Гинсберг просто игнорировала аргумент о перечисленных полномочиях. Удовлетворившись своим взглядом на то, что власть Конгресса не ограничена в целом, она решила, что в данном случае полномочия Конгресса беспредельны.

Ее мнение было совершенно здравым — для нее и для судьи Сутера. Оба они не верят в Лопеса. Было бы чересчур опрометчиво ждать от них мнения, признававшего, тем более объяснявшего, доктрину, которую они так старались разгромить.

Однако, осознав происшедшее, я читал дальше и отказывался верить своим глазам. Я говорил, что суд неспособен примирить ограниченные полномочия в рамках статьи о коммерции и беспредельную власть в сфере копирайта. До меня даже не доходило, что судьи могли обойти эту двусмысленность, просто проигнорировав данный аргумент. Никакой непоследовательности не было, потому что они не пожелали рассматривать два дела в связке друг с другом. Не было, таким образом, никакого принципа, вытекавшего из дела Лопеса. В том контексте власть Конгресса могла ограничиваться, в этом — нет.

И все-таки, по какому праву они взялись выбирать, которую из ценностей составителей Конституции соблюдать? По какому праву они — пятеро промолчавших — могли выбирать ту часть Конституции, которую следует применить, основываясь на ценностях, которые сочли важными? Мы вернулись напрямиком к тем размышлениям, которые, как я говорил, претили мне изначально. Я не сумел убедить их, что затронут животрепещущий вопрос. Я не смог осознать, что, как бы не презирал я систему, где суд выбирает, какие конституционные ценности уважать, наша-то система как раз такова.

Судьи Брайер и Стивенс написали очень сильные заявления о расхождении во взглядах. Мнение Стивенса было выражено в понятиях самого права. Он доказывал, что традиция закона об интеллектуаль-

ной собственности не должна поддерживать это неоправданное продление сроков. Он основывал свою аргументацию на параллельном анализе решений в сфере патентов (как и мы). Но остальные судьи не приняли в расчет эту параллель. Они не объяснили, как одни и те же слова в статье о прогрессе могут принимать совершенно разное значение в зависимости от того, о чем идет речь, — о патентах или о копирайтах. Суд оставил заявление судьи Стивенса без ответа. Судья Брайер, возможно, составил наилучшее из когда-либо написанных заявление, выведя вопрос за рамки Конституции. Он указал, что срок копирайтов стал таким длинным, потому что превратился, по сути, в неограниченный. Мы говорили, что при нынешнем сроке копирайт гарантировал автору 99,8% вечного срока. Брайер утверждал, что мы ошиблись, и действительное значение составляет 99,9997% от вечного срока. В любом случае, суть ясна: если Конституция требует «ограничения» срока, а существующий срок настолько долог, что является, по сути, неограниченным, то это противоречит Конституции.

Эти двое судей приняли наши доводы. Но так как ни один из них не верил в дело Лопеса, оба не стали продвигать его в качества предлога для отмены продления. Дело разрешили, так и не разглядев довода, который мы позаимствовали у судьи Сентелла. Это как Гамлет, оказавшийся не принцем.

Поражение вызывает депрессию. Говорят, показателем выздоровления является смена подавленного состояния гневом. Гнев у меня родился сразу, но депрессию он не излечил. Это был гнев двоякого рода. Во-первых, я злился на пятерых «консерваторов». Им ничего не стоило объяснить, почему принцип Лопеса в нашем деле неприменим. Убедительного аргумента они бы не нашли. Я в это не верю, прочитав, как его преподнесли другие, и попытавшись вывести его самостоятельно. Но, по крайней мере, сохранилась бы цельность. Эти судьи, в частности, неоднократно заявляли о том, что верный способ толкования Конституции — это «оригинализм». Сначала надо понять текст составителей, истолкованный в их контексте, в свете структуры Конституции. Этот метод породил дело Лопеса и многие другие «оригиналистские» решения. Куда же подевался их «оригинализм» теперь?

Здесь они поддержали мнение, в котором не содержалось ни единой попытки объяснить, что именно подразумевали составители, создавая статью о прогрессе такой, какая она есть. Они поддержали мнение, в котором так и не удосужились объяснить, каким образом структура данной статьи влияет на толкование полномочий Конгресса. И они сошлись во мнении, в котором даже не пытались обосновать, почему эта дарованная власть может быть беспредельной, тогда как в рамках статьи о торговле власть ограничена. Одним словом, они пришли к заключению, которое неприменимо и непоследователь-

льно для их же собственного способа толкования Конституции. Это заключение, возможно, привело их к удобному решению, но в нем не оказалось ни грана того, что могло бы связать вердикт с их собственными принципами.

Моя злость на консерваторов быстро превратилась в злость на самого себя. Ибо я позволил себе смешать взгляд на право, каким оно мне нравилось, со взглядом на право, как оно есть.

Большинство юристов и профессоров права не выносят идеализма в отношении судов в целом и этого Верховного суда в частности. Большинство исповедует гораздо более прагматичный подход. Когда Дон Айер сказал, что это дело можно выиграть, если попытаться убедить судей в важности ценностей составителей Конституции, я воспротивился этой идее. Я не желал верить, что суд принимает решения таким образом. Я настаивал на ведении этого дела, как будто оно было простым применением набора принципов. Я вел строго логичную полемику. Я не собирался тратить время на популяризацию.

Когда я перечитываю стенограмму того октябрьского заседания, я обнаруживаю сотню мест, где ответы могли придать прениям другие направления, и где истина о вредности этой неограниченной власти могла стать очевидной суду. Судья Кеннеди искренне хотел, чтобы ему это показали. А я, как идиот, взялся поправлять его. Судья Сутер искренне желал видеть ущерб для Первой поправки. А я, как учитель математики, переформулировал вопрос, чтобы сделать логический вывод. Я показал им, как отменить этот закон Конгресса, если они того пожелают. Была целая сотня мест, где я мог помочь им захотеть этого. Все загубили мое упрямство и нежелание отступить. Мне доводилось убеждать сотни аудиторий, я не раз убеждал страстно, но перед этими слушателями я отказался от попыток страстного убеждения, которые я предпринимал в других случаях. Это не должно было стать базисом, на основе которого суд решит дело.

А если бы я отстаивал свою позицию иначе? Как бы все кончилось, будь на моем месте Дон Айер, Чарльз Фрид или Кэтлин Салливан?

Мои друзья поспешили убедить меня в том, что ничего бы не изменилось. Суд был не готов к этому, уверяли они. Мы были обречены проиграть. Нашему обществу потребуется куда больше для осознания правоты составителей Конституции. И когда это случится, мы сможем это показать суду.

Может быть, и так, но я сомневаюсь. У этих судей нет меркантильного интереса делать что-либо вразрез со своими убеждениями. Их не осаждают лоббисты. Им незачем противостоять правильным решениям. Я не могу не думать о том, что стоило мне чуть скорректировать для себя этот прекрасный образ бесстрастного судьи, и я мог бы их убедить.

Но даже если бы мне не удалось, нет никаких оправданий тому, что произошло в январе, ибо в самом начале процесса один из ведущих

профессоров по интеллектуальной собственности публично заявил, что я совершаю ошибку, пытаюсь донести это до суда. «Суд не готов», — сказал Питер Яси; этот вопрос не стоит поднимать, пока суд не будет готов.

После слушаний и вынесенного решения Питер заявил и мне, и публично, что он ошибался. Но если этот суд в самом деле убедить было невозможно, то мы получили единственно необходимое свидетельство правоты Питера. Либо я был не готов вести это дело так, чтобы добиться положительного результата, либо они не были готовы воспринять данный процесс так, чтобы результат оказался положительным. В любом случае, решение представить это дело в суде, решение, которое я принял за четыре года до слушаний, было ошибочным. В то время как реакция на закон Сонни Боно сама по себе была почти единодушно отрицательной, отношение к решению Верховного суда было смешанным. Никто, по крайней мере, в прессе, не попытался признать продление срока копирайта хорошей идеей. Эту битву идей мы выиграли. Решение приветствовали в газетах, которые изначально скептически относились к активности суда в других случаях. Почтительность хороша, даже если она оберегает глупый закон. Но там, где решение критиковали, критиковали его именно из-за глупости и вредности закона. «Нью-Йорк Таймс» написала в редакционной статье: «В итоге, решение Верховного суда приблизило возможность увидеть начало заката общественного достояния и рождение вечного копирайта. Общественное достояние было великим экспериментом, которому нельзя позволить кануть в небытие. Возможность свободно творить на основе всего творческого багажа человечества является одной из причин того, что мы живем во времена такого плодотворного творческого брожения».

Лучшими ответами стали карикатуры. Родился целый рой веселых рисунков, изображавших Микки за решеткой и тому подобное. Лучшей, с моей точки зрения на процесс, была работа Рубена Боллинга, помещенная на следующей странице. Вереница «могущественных и богатых» сделана немного нечестно, но удар кулаком в лицо ощущался именно так.

Этот рисунок навсегда застрял в моей голове вместе с цитатой из «Нью-Йорк Таймс». Тот «великий эксперимент» под названием «общественное достояние» уже окончен? Когда мне удастся подойти к этому с юмором, я думаю: «Дорогая, я уменьшил Конституцию». Но, в общем, мне не до шуток. В нашей Конституции было прописано неперемное существование свободной культуры. В процессе, который я затеял, Верховный суд, по сути, справился с этим понятием. Более способный юрист заставил бы их увидеть все иначе.

TOM the DANCING BUG®

BY RUBEN BOLLING

Во время патрулирования города Супермен услышал истошный крик о помощи:



Помоги, Супермен!



Этот крик донесся из того дома...

Кто там?

Ха-ха! Добро пожаловать в мое достояние, Супермен!



Мое общественное достояние, в котором я твой хозяин!

А все потому, что как только объявят неконституционными бесконечные продления Конгрессом сроков копирайта, вы все станете моими - или чьими-нибудь еще - беспомощными игрушками!



Копирайт кончается! Нечего противопоставить несанкционированному использованию!



Если он может схватить Супермена, то кто же спасет нас?!

А теперь я вас заставлю всех исполнять "Унесенных ветром"!



О, Эшли...

О нет! Судья Скейлия!



JUDGE SCALIA

Судья Скейлия, неутомимый член Верховного суда, сражающийся в нескончаемой битве на стороне могущественных и богатых.



Возвращайтесь обратно в свои корпорации!



Но вы же должны признать, что Конституция прямо ограничивает полномочия Конгресса ...

А мне плевать, лох!

DIST. BY UNIVERSAL PRESS SYNDICATE ©2003 R. BOLLING 633 WWW.TOMTHEDANCINGBUG.COM

XIV глава

Э Л Д Р Е Д И I

В день, когда решилось дело Элдредра, судьба уготовила мне поездку в Вашингтон, округ Колумбия (в день повторных слушаний, когда отклонили жалобу Элдредра, то есть дело по-настоящему завершилось, судьба предназначила мне читать доклад перед технологами в Мире Диснея). То был особенно долгий перелет в мой самый нелюбимый город. Дорога в город из аэропорта Даллеса была забита, так что я открыл свой компьютер и написал критическую статью.

Это был акт раскаяния. На протяжении всего перелета из Сан-Франциско в Вашингтон в голове снова и снова прокручивался все тот же совет Дона Айера: «Тебе надо заставить их понять важность этого дела». А отголоском ему звучал вопрос судьи Кеннеди: «На протяжении всех последних лет закон тормозил прогресс науки и полезных искусств. Я просто не вижу никаких эмпирических свидетельств этого». Так, потерпев крах в отстаивании конституционного принципа, я ударился, в конце концов, в политику.

«Нью-Йорк Таймс» опубликовала мою колонку. В ней я предлагал простой фиксированный срок: в течение пятидесяти лет после публикации работы правообладатель должен регистрировать свое произведение и платить небольшой взнос. Если он платит взнос, то извлекает выгоду на протяжении полного срока действия копирайта. Если не платит, его работа становится общественным достоянием.

Мы назвали это законом Элдредра, что было справедливо. Эрик Элдред любезно согласился, чтобы его имя снова использовали, хотя сразу же заявил, что такой закон не пройдет, если не дать ему другого названия. Есть и два других варианта. В зависимости от взглядов, это может быть «Закон о закреплении общественного достояния» или «Закон о дерегу-

ляции срока копирайта». В обоих случаях суть идеи ясна и очевидна: убрать копирайт оттуда, где он ничего не делает, а только блокирует распространение знаний и доступ к ним. Оставить копирайт на тот срок, который устанавливает Конгресс, только для тех произведений, которые стоят хотя бы доллар. Но во всем остальном контент следует освободить. Реакция на данную идею была изумительно бурной. Стив Форбс поддержал ее в редакционной статье. На меня обрушилась лавина электронных и обычных писем с выражениями поддержки. Когда концентрируешь внимание на творческих потерях, люди понимают, что система копирайта бессмысленна. Как сказал бы настоящий республиканец, здесь правительственное регулирование просто мешает инновациям и творчеству. И как выразился бы настоящий демократ, здесь правительство блокирует доступ к знаниям и их распространение без какой-либо уважительной причины. На самом деле, нет особой разницы во взглядах демократов и республиканцев на данную проблему. Любой человек понимает глупость и вредность существующей системы.

Действительно, многие осознали очевидное преимущество обязательной регистрации. Ибо одним из самых узких мест в существующей системе для тех, кто желает лицензировать контент, является отсутствие очевидного места, где можно было бы найти список настоящих правообладателей. Так как регистрация не требуется, в маркировке контента нет необходимости, и вообще никакие формальности не нужны. Зачастую невероятно сложно вычислить правообладателей, чтобы испросить у них разрешения на использование или приобретение прав на их произведения. Такая система снизит затраты, организовав, по меньшей мере, один реестр, по которому можно будет идентифицировать правообладателей. Как я говорил в десятой главе, формальности из закона о копирайте удалили в 1976 году, когда Конгресс пошел по европейскому пути и отменил все формальные требования для предоставления копирайта¹⁹⁶.

¹⁹⁶ До подписания в 1908 году в Берлине Бернской конвенции национальные системы авторского права иногда ставили защиту в зависимость от соблюдения таких формальностей, как регистрация, депонирование и закрепительное уведомление об авторской претензии на копирайт. Однако с законом 1908 года во всех текстах конвенции обуславливалось «обладание и использование» прав, гарантированных Конвенцией и «независимых от каких-либо формальных требований». Запрет формальностей сейчас воплощен в статье 5 (2) парижского текста Бернской конвенции. Во многих странах по-прежнему обязательны некоторые формы депонирования или регистрации, хотя и не в качестве условия гарантии копирайта. По французскому закону, например, требуется депонирование копий работ в государственных депозитариях, главным образом, в Национальном музее. Копии книг, изданных в Соединенном Королевстве, должны храниться в Британской библиотеке. Немецкий закон о копирайте предусматривает Авторский реестр, где сохраняется настоящее имя автора в случае анонимных работ или произведений под псевдонимами. Paul Goldstein, *International Intellectual Property Law, Cases and Materials* (New York: Foundation Press, 2001), 15354.

Европейцы, говорят, воспринимают копирайт как «естественное право», а естественные права существуют вне каких-либо форм. Традиции, подобные англо-американской, требовали от правообладателей соблюдения формальностей для защиты их прав. По мнению европейцев, это знак неуважения к авторскому достоинству. Мое право как создателя порождено моим творчеством, а не особым расположением государства.

Это замечательная риторика, звучит она очень романтично, но это нелепая политика копирайта. Нелепая, прежде всего, для авторов, потому что мир без формальностей вредит творческому началу. Способность распространять «творческий подход Уолта Диснея» пропадает, когда отсутствует простой способ понять, что охраняется, а что – нет.

Борцы с формальностями отпраздновали свою первую настоящую победу в Берлине в 1908 году. Специалисты по авторскому праву из разных стран внесли в Бернскую конвенцию поправки, требующие пожизненного срока действия копирайта плюс пятьдесят лет, а также отмены формальностей копирайта. Формальности попали в немилость из-за историй о нечаянных потерях, которые становились все более частыми. Выглядело это так, будто персонаж Чарльза Диккенса пробежался по всем литагентствам, и недостающая точка над «i» или перекладина у «T» лишила вдову единственного средства к существованию.

Эти жалобы были настоящими и серьезными. А строгость формальностей, особенно в Соединенных Штатах, доходила до абсурда. Закон всегда должен предусматривать способы прощения невинных промахов. И я не вижу причин, чтобы закон о копирайте не предусмотрел их тоже. Чем отменять формальности полностью, в Берлине следовало перейти на более разумную систему регистрации.

Однако даже такому шагу противились, потому что регистрация в девятнадцатом и двадцатом веках была делом дорогим и хлопотным. Отмена формальностей сулила не только спасение вдов от голодной смерти, но также избавление от ненужного бремени регулирования, возложенного на творческих людей.

В 1908 году учли не только практическое недовольство авторов, но и нравственный аспект. Не было никаких причин считать творческую собственность формой собственности второго сорта. Если плотник собирает стол, его права на предмет мебели не зависят от подачи заявления правительству. Он «естественным образом» получает право собственности на стол, и он может подтвердить свое право против любого похитителя стола, вне зависимости от того, информировал ли он государство о своем владении мебелью.

Аргумент этот точен, но его применение уводит не в ту сторону, потому что аргумент в пользу формальностей никак не говорит о «второсортности» творческой собственности. Довод в пользу формальностей вытекает из особых проблем, порождаемых творческой собственностью. Формальности закона реагируют на особую природу творчества, чтобы обеспечить ему эффективное и справедливое распространение.

Никто, например, не считает землю второсортной собственностью только по той причине, что сделку надо регистрировать в суде, если хочешь, чтобы продажа земли имела силу. Некоторые могут посчитать автомобиль второсортной собственностью, потому что машину надо регистрировать у властей штата и снабжать номером. В обоих случаях всем очевиден важный довод в пользу регистрации: так рынки работают эффективнее, и лучше обеспечиваются права владельца. Без системы земельного реестра землевладельцам пришлось бы бесконечно отстаивать свою собственность, а благодаря регистрации они просто могут указать полиции на свое право. Без системы регистрации машин угон автомобилей сильно бы упростился, регистрация превращает сбыт краденной машины в проблему для вора. Бремя, возложенное при этом на владельцев собственности, ничтожно, но в целом получается намного более надежная система защиты собственности.

Сходная особая природа придает значение формальностям в законе о копирайте. В отличие от плотницкого стола в природе не существует ничего такого, что делает достаточно ясной вероятную принадлежность отдельного объекта творческой собственности. Запись последнего альбома Лайла Ловетта может существовать в миллиарде мест одновременно безо всякой неперемной связи с ее владельцем. И, как и в случае с автомобилем, нет надежного способа купить и продать творческую собственность, если нет какого-либо простого способа идентификации автора и определения его прав. В мире без формальностей простые сделки рассыпаются. Их место занимают сложные и дорогостоящие, с привлечением юристов.

Такое понимание проблем с законом Сонни Боно мы и пытались продемонстрировать Верховному суду. И эту часть наших доводов суд «не понял». Из-за того, что мы живем в мире без формальностей, не существует простого способа развивать или использовать культуру нашего прошлого. Если бы сроки копирайта были, как и диктует история правосудия, «короткими», тогда это не имело бы особого значения. Контроль над производением, согласно системе составителей Конституции, предполагался в течение четырнадцати лет. По прошествии четырнадцати лет произведение надо было «освобождать».

Но теперь, когда копирайты могут растянуться чуть ли не на век, неспособность понять, что защищено, а что нет, становится тяжелейшим и очевидным бременем для творческого процесса. Если единственный для библиотеки способ организовать интернет-выставку материалов о Новом курсе Рузвельта — это нанять адвоката, который утрясет вопрос с правами на каждое изображение и звукозапись, то система копирайта обременяет творческую деятельность так, как никогда прежде. И это потому, что формальностей не существует.

Закон Элдредда разрабатывался как метод решения именно этой проблемы. Если вы что-то оцениваете хотя бы в один доллар, тогда регис-

трируйтесь и получайте продленный срок. Таким образом, остальные будут знать, как с вами связаться и получить разрешение на использование вашего произведения, а сами вы выгадаете от продленного срока копирайта.

Если что-то не представляет для вас ценности настолько, чтобы регистрироваться и получать выгоду от продленного срока, тогда и государству нет никакой нужды защищать вашу монополию на данное произведение. Работа должна перейти в ранг общественного достояния, чтобы каждый мог ее скопировать, включить в архив или снять фильм по ее мотивам. Все, что не стоит вам даже доллара, должно стать свободным.

Некоторые беспокоятся о бремени, возлагаемом на авторов. Но разве бремя регистрации произведения означает, что однодолларовая ценность обманчива? Разве хлопоты не обходятся дороже одного доллара? Не в том ли истинная проблема регистрации?

В этом. Хлопоты ужасны. Система, существующая ныне, громоздка. Я совершенно согласен с тем, что Агентство по авторским правам проделало ужасную работу (несомненно, потому что их так ужасно финансируют) по введению простой и дешевой регистрации. По-настоящему разрешить проблему формальностей можно, только разрешив проблему правительства, диктующих любую систему формальностей. В этой книге я предлагаю подобное решение, которое существенно реорганизует Агентство по авторским правам. Для начала предположим, что регистрационной системой ведает Amazon. Допустим, регистрация осуществляется одним щелчком мыши. Закон Элдредра предлагает простую, в один клик, регистрацию копирайта на пятьдесят лет после публикации. Опираясь на исторические данные, такая система переместит до 98% произведений, чья коммерческая жизнь закончилась, в ранг общественного достояния через пятьдесят лет. Что скажете?

Когда Стив Форбс поддержал эту идею, кое-кто в Вашингтоне обратил на нас внимание. Многие люди выходили на контакт со мной, указывая мне на представителей в Конгрессе, которые могли бы охотно представить на рассмотрение палаты Закон Элдредра. Было несколько человек, кто прямо предлагал предпринять первые шаги.

Один представитель, Зоуи Лофгрэн из Калифорнии, зашла так далеко, что даже набросала проект билля. Законопроект разрешал любые проблемы с международным правом. К правообладателям предъявлялись простейшие из возможных требования. В мае 2003 года все шло к тому, что билль будет представлен на рассмотрение. 16 мая я написал в блоге закона Элдредра: «Уже близится». Общая реакция в блоге сообществе обернулась ожиданием чего-то хорошего.

Но на этой стадии вмешались лоббисты. Джек Валенти и главный совет МРАА нагрянули в офис конгрессменши, чтобы изложить ей свой взгляд на вещи. В присутствии адвоката, как сообщил мне Валенти, он проин-

формировал миссис Лофгрэн, что МРАА будет против принятия закона Элдреда. Доводы были постыдно слабыми. Но самое интересное, их слабость ясно говорит о том, зачем вообще затевался этот разговор.

В первую очередь, МРАА доказывала, что Конгресс «твердо отверг ключевую концепцию предложенного билля» — о возобновлении копирайтов. Это было правдой, но к делу не относилось. «Твердый отказ» Конгресса прозвучал задолго до того, как интернет сделал производные виды использования намного более вероятными. Во-вторых, они доказывали, что предложение навредит бедным правообладателям, которые не могут себе позволить заплатить доллар за регистрацию. В-третьих, Конгресс определил, что продление срока копирайта поощряет работу по реставрации. Может быть, это и верно для малого процента произведений, находящихся под охраной авторского права, по-прежнему коммерчески ценных. Но, опять-таки, это не относится к делу, так как предложение не отменяет продления срока, если уплачен символический взнос. В-четвертых, МРАА утверждала, что билль приведет к «сумасшедшим» затратам, потому что система регистрации не бесплатна. Это верно, но затраты эти определенно меньше стоимости выяснения прав на копирайт, владелец которого неизвестен. В-пятых, они обеспокоены риском того, что история, положенная в основу фильма, перейдет в общественное достояние. Но где же тут риск? Если она и становится общественным достоянием, то фильм представляет собой полноценное производное использование.

Наконец, МРАА доказывала, что существующий закон позволяет правообладателям делать то же самое, если они того хотят. Но ведь вся суть в том, что существуют тысячи правообладателей, даже не подозревающих о том, что у них имеется копирайт. Неважно, свободны они им распоряжаться или нет (в любом случае, противоречивое утверждение). Если они о нем не знают, то, скорее всего, вообще им не распорядятся.

В начале этой книги я поведал две истории о том, как закон реагировал на технологические изменения. В одном случае возобладал здравый смысл. В другом — здравый смысл замешкался. Различаются эти две истории мощью оппозиции — силой той стороны, которая стремится сохранить статус-кво. В обоих случаях новая технология угрожала старым интересам. Но у этих интересов хватило сил защититься от новой конкурентной угрозы только в одном случае.

Я использовал эти два случая в качестве фона для описания войны, о которой повествует данная книга. Ибо здесь новая технология тоже вынуждает закон реагировать. И здесь мы также должны задаться вопросом, следует ли право здравому смыслу или противится ему? Если же закон поддерживает здравый смысл, то на чем основан такой здравый смысл?

Если речь идет о пиратстве, закон прав, поддерживая правообладатель. Описанное мной коммерческое пиратство — зло и вред, и закон должен работать над его искоренением. Если речь идет о пиринговом обмене, легко понять, почему закон по-прежнему поддерживает владельцев. Значительный объем этого обмена противозаконен, даже если другая часть безобидна. Когда речь заходит о сроках копирайта на микки маусов всего мира, еще можно понять, почему закон отдает предпочтение Голливуду. Большинство людей не осознают причин ограничения сроков копирайта, а значит за этим сопротивлением все еще могут проглядывать благие намерения.

Но когда правообладатели противостоят такому предложению, как закон Элдредда, тогда мы, наконец, получаем пример, разоблачающий голый собственнический интерес в разжигании этой войны. Подобный закон высвободил бы невероятно много контента, который иначе просто не востребован. Он не мешал бы желанию любого правообладателя осуществлять продолжительный контроль над своим контентом. Он просто высвободил бы то, что Кевин Келли называет «темным контентом», заполнившим архивы по всему миру. Поэтому когда воители копирайта выступают против таких изменений, стоит задать себе один простой вопрос: «А что вообще надо этой индустрии?»

Борцы за копирайт могли бы защитить свой контент очень скромным усилием. Поэтому старания блокировать что-либо похожее на закон Элдредда преследуют, на самом деле, совершенно иные цели. Препоны закону Элдредда устраиваются для того, чтобы ничто больше точно не перешло в статус общественного достояния. Это еще один шаг на пути к тому, чтобы лишить общественное достояние всякой возможности составлять конкуренцию; к ситуации, когда использования контента, неконтролируемого коммерчески, вовсе не останется; к миру, где не будет коммерческого использования контента без их предварительного разрешения.

Сопротивление закону Элдредда разоблачает экстремизм противной стороны. Самое могущественное, самое сексуальное и самое обожаемое лобби стремится, на самом деле, не отстоять свою «собственность», а отказаться от традиции. Они не просто преследуют цель защитить свое, они добиваются, чтобы вообще все, что есть, принадлежало им.

Несложно понять, откуда у поборников копирайта такие взгляды. Нетрудно увидеть, почему они останутся в выигрыше, если конкурирующее общественное достояние вкуче с интернетом удастся как-нибудь задавить. В точности, как RCA опасалась конкуренции со стороны FM, они боятся конкуренции общественного достояния в связке с самой общественностью, у которой появились теперь средства творить на основе культурного наследия и обмениваться творческими результатами.

Трудно понять, почему эти взгляды разделяет общественность. Все происходит так, будто закон признал аэропланы нарушителями. МРАА стоит рука об руку с Косби и требует уважать ее ничемные и бесполезные

права собственности, дабы эти жалкие и позабытые правообладатели могли мешать продвижению других.

Все это выглядит как логичное следствие из принятия «собственности» в виде собственности интеллектуальной. Хотя поначалу ничто не предвещало бури. Здравый смысл на той стороне, и покуда это так, бесконечные нападки на интернет-технологии будут сыпаться градом. Следствием станет укрепление «разрешительного общества». Прошлое позволено культивировать, только если идентифицировать владельца и добиться у него разрешения использовать его работу в качестве основы своего труда. Будущее окажется во власти этой мертвой (и зачастую неуловимой) руки прошлого.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В мире свыше 35 миллионов людей заражены вирусом СПИДа. Двадцать пять миллионов из них — в экваториальной Африке. Семнадцать миллионов уже умерли. В процентном отношении это соответствует семи миллионам американцев. Но куда важнее, что погибли семнадцать миллионов африканцев.

От СПИДа нет лекарства, но есть препараты, позволяющие затормозить течение болезни. Эти виды антиретровирусной терапии все еще экспериментальны, но их применение уже существенно отразилось на ситуации. В Соединенных Штатах пациенты, регулярно принимающие коктейль из этих препаратов, проживают еще десять-двадцать лет. У некоторых болезнь почти сходит на «нет».

Это дорогостоящие препараты. Когда они впервые появились в США, лечение человека обходилось в десять-пятнадцать тысяч долларов в год. Сегодня некоторые годовые курсы терапии стоят 25000 долларов. По таким ценам, разумеется, ни одна африканская страна не в состоянии себе позволить лечить большую часть своего населения: сумма в 15000 долларов в тридцать раз превышает валовой национальный доход Зимбабве на душу населения. По таким ценам лекарства им совершенно недоступны¹⁹⁷.

Цены так высоки не потому, что дороги ингредиенты лекарств. Цены завышены из-за того, что препараты защищены патентами. Фармацевтические компании, производящие эти спасительные смеси, пользуются, по меньшей мере, двадцатилетней монополией на свои изобретения. Они используют свою монопольную власть, чтобы выжать из рынка как можно больше. Эта же власть, в свою очередь, используется для поддержания высоких цен.

197 Комиссия по правам на интеллектуальную собственность, «Final Report: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy» (London, 2002), <http://www.iprcommission.org/>. Согласно пресс-релизу Всемирной организации здравоохранения от 9 июля 2002 г. только 230000 из шести миллионов нуждающихся в лечении в развивающихся странах получают лекарства, причем половина из них — в Бразилии.

К патентам многие относятся скептически — особенно к патентам на лекарства. Я не из таких. В действительности, из всех исследовательских областей, в которых могут применяться патенты, на мой взгляд, фармацевтика в них определенно нуждается. Патент обеспечивает фармацевтической компании уверенность в том, что в случае изобретения успешного лекарства от какой-либо болезни можно вернуть инвестиции и даже заработать. Для общества это чрезвычайно ценный стимул. Я в последнюю очередь стану ратовать за его отмену, по крайней мере, без каких-либо других изменений.

Но одно дело поддерживать патенты, хотя бы и на лекарственные препараты, и совсем иное — определять наилучший выход из кризиса. И как только лидеры африканских стран стали осознавать опустошительный размах эпидемии СПИДа, они принялись изыскивать способы ввозить препараты от ВИЧ по ценам, существенно ниже рыночных.

В 1997 году ЮАР опробовала один путь и приняла закон, позволяющий ввозить в страну патентованные лекарства, произведенные или реализованные на рынке другой страны, с согласия владельца патента. Например, если препарат продали в Индии, его можно ввозить в Африку из Индии. Это называется «параллельным импортом» и, в целом, разрешено международным торговым правом, и особенно поощряется в рамках Европейского Союза¹⁹⁸.

Однако правительство США воспротивилось этому закону. Более того, как охарактеризовала данное решение Международная ассоциация по вопросам интеллектуальной собственности, «правительство США оказало нажим на власти ЮАР, ... чтобы те не разрешили обязательного лицензирования или параллельного импорта»¹⁹⁹. Через торговое представительство Соединенных Штатов правительство попросило власти ЮАР изменить закон, и для пущей убедительности в 1998 году включило Южную Африку в список кандидатов на введение торговых санкций. В том же году свыше сорока фармацевтических компаний инициировали в судах ЮАР процессы против действий правительства. Затем США поддержали правительства стран ЕС. Они вместе с фармацевтическими компаниями заявляли, что Южная Африка нарушает обязательства в рамках международного права, подвергая дискриминации один из видов патентов — фармацевтический. Требования нескольких правительств во главе с властями США сводились к необходи-

¹⁹⁸ См. Peter Drahos with John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (New York: The New Press, 2003), 37.

¹⁹⁹ Международный институт интеллектуальной собственности (IIPI), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa*, доклад, подготовленный для Всемирной организации по проблемам интеллектуальной собственности (Вашингтон, округ Колумбия, 2000 г.), 14, http://www.wipo.org/about-ip/en/studies/pdf/iipi_hiv.pdf. Информацию из первых рук о конфликте с ЮАР см. в слушаниях в подкомитете по уголовному праву, лекарственным препаратам и ресурсам населения комитета по государственной реформе Палаты представителей Конгресса США, 1-ая сессия, Ser. No. 106–126 (22.07.1999), 15057 (заявление Джеймса Лава).

мости уважать эти патенты как и всякие другие, вне зависимости от того, какой эффект это окажет на борьбу со СПИДом в ЮАР²⁰⁰.

Вмешательство Соединенных Штатов следует рассматривать в определенном контексте. Несомненно, оно не является самой важной причиной, по которой африканцы не получают медикаментов. Повальная бедность и фактическое отсутствие эффективной структуры здравоохранения куда более значимы. Но цены на лекарства влияют на спрос, а патенты формируют цены. Итак, большой или малый, но эффект от вмешательства нашего правительства был, и оно целенаправленно остановило приток медикаментов в Африку.

Остановив поставку лекарств от ВИЧ в Африку, правительство Соединенных Штатов не стремилось сберечь препараты для граждан США. Это вам не пшеница (если они ее съедят, нам ничего не достанется). Напротив, поток, который Соединенные Штаты остановили, был притоком знаний — информации о том, как взять препараты, имеющиеся в Африке, и смешать их в лекарства, которые спасут 15–30 миллионов жизней.

Вмешиваясь, Соединенные Штаты также не стремились защитить прибыль своих фармацевтических компаний, по крайней мере, сколько-нибудь существенно. Дело в том, что эти страны не были готовы покупать лекарства по предложенным фармацевтическими компаниями ценам. Опять-таки, африканцы чересчур бедны, чтобы позволить себе покупать их по объявленной стоимости. Запрет параллельного импорта этих препаратов не мог существенно повысить объемы продаж американских компаний.

Дело в другом. Аргументом в пользу ограничения потока информации, необходимой для спасения миллионов жизней, была неприкосновенность собственности²⁰¹. Медикаменты в Африку не пустили именно из-за покушения на «интеллектуальную собственность». Принцип святости «интеллектуальной собственности» заставил этих лицемеров в правительстве противодействовать южноафриканской политике борьбы со СПИДом.

А теперь небольшое отступление. Лет через тридцать настанет время, когда наши дети заглянут в прошлое и спросят, как мы вообще такое допустили. Как можно было проводить политику, прямой результат которой — ускорение ги-

200 Международный институт интеллектуальной собственности (IIPI), Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, доклад, подготовленный для Всемирной организации по проблемам интеллектуальной собственности (Вашингтон, округ Колумбия, 2000 г.), 15.

201 См. Sabin Russell, «New Crusade to Lower AIDS Drug Costs: Africa's Needs at Odds with Firms' Profit Motive», San Francisco Chronicle, 24.05.1999, A1, <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/1999/05/24/MN104738.DTL> («обязательные лицензии и серые рынки представляют угрозу всей системе охраны интеллектуальной собственности»; Robert Weissman, «AIDS and Developing Countries: Democratizing Access to Essential Medicines», Foreign Policy in Focus 4:23 (август 1999 г.), <http://www.foreignpolicy-infocus.org/briefs/vol4/v4n23aids.html> (описание политики США); John A. Harrelson, «TRIPS, Pharmaceutical Patents, and the HIV/AIDS Crisis: Finding the Proper Balance Between Intellectual Property Rights and Compassion, a Synopsis», Widener Law Symposium Journal (весна 2001 г.): 175.

бели 15–30 миллионов африканцев, и все только ради того, чтобы уберечь «святую» идею? Какое оправдание вообще может быть у политики, несущей столько смертей? Что же это за безумие такое, что позволяет за абстракцию губить столько человеческих жизней?

Некоторые винят фармацевтические компании. Я их не виню. Они же корпорации. Их менеджерам законом предписано зарабатывать для корпорации деньги. Они проводят определенную патентную политику не ради каких-то идеалов, а потому что она приносит им большую часть прибыли. А очень много денег она им приносит из-за коррумпированности нашей политической системы, за которую фармацевтические компании ответственности не несут.

Коррумпированность эта является следствием дефицита честности наших же политиков. Ибо фармацевтические компании готовы (так они говорят, и я им верю) продавать свои лекарства по самым низким ценам, каким только можно, в страны Африки и прочие бедные государства. Есть некоторые проблемы, которые необходимо решить, чтобы эти же медикаменты не вернулись назад в США, но это уже технические вопросы. Их можно решить.

А вот другую проблему решить нельзя. Это страх высокопоставленного политика, который будет названивать президентам фармацевтических компаний перед слушаниями в Сенате или Палате представителей и спрашивать: «Как же так вы продаете лекарство от ВИЧ в Африке по доллару за пилюлю, а в Америке тот же самый препарат стоит полторы тысячи?» Поскольку краткого исчерпывающего ответа на этот вопрос нет, последует регулирование цен в Америке. Фармацевтические компании, таким образом, избегают этой спирали и воздерживаются от первого шага. Они подкрепляют идею о неприкосновенности собственности. Они избирают рациональную стратегию в иррациональной обстановке, с непреднамеренным следствием в виде миллионов возможных смертей. И эта рациональная стратегия, таким образом, оказывается вправленной в рамки идеала — святой идеи под названием «интеллектуальная собственность».

Так что вы скажете, когда взглянете в лицо здравому смыслу своих детей? Когда здоровый смысл поколения, наконец, восстанет против содеянного нами, чем мы будем оправдываться? Аргументы есть?

Внятная патентная политика могла бы укреплять и поддерживать систему патентования без того, чтобы распространять ее на всех и повсюду в одинаковой мере. В равной степени разумная копирайтная политика могла бы укреплять и поддерживать систему копирайтов без того, чтобы до тошно и непреложно регулировать распространение культуры. В любом случае, целесообразная патентная политика могла бы укреплять и поддерживать систему патентов так, чтобы не блокировать ввоз лекарств в страны, которые недостаточно богаты, чтобы позволить себе медикаменты по рыночным ценам. Другими словами, благоразумная политика могла бы быть сбалансированной. На протяжении большей части нашей истории и копирайтная, и патентная политики были, в этом смысле, уравновешенными.

Однако наша культура утратила это чувство равновесия. Мы лишились критического взгляда, который помогает видеть разницу между истиной и экстремизмом. В нашей культуре, как ни странно, царит ныне своего рода собственнический фундаментализм, не имеющий никакого отношения к нашей традиции. Можно сказать, распространению идей и культуры он грозит куда более серьезными последствиями, чем любое другое политическое решение нашей демократии. Простая идея ослепляет нас, и во тьме происходит много такого, что большинство отвергли бы, если бы только увидели. Мы так некритично принимаем концепцию собственности на идеи, что даже не замечаем, насколько чудовищно отказывать в идеях тем, кто без них гибнет. Мы настолько некритичны в своем понимании культурной собственности, что даже не возмущаемся, когда контроль над этой собственностью лишает нас, как нации, возможности развивать свою культуру демократическим путем. Слепота становится нашим здравым смыслом. И настоящим вызовом для всякого, кто намеревается вернуть себе право преумножать нашу культуру, является поиск средств, чтобы заставить здравый смысл открыть глаза. Пока же здравый смысл спит. Никакого бунта нет. Здравый смысл еще не видит причин бунтовать. Экстремизм, который ныне преобладает в этих дебатах, оперирует идеями, которые кажутся сами собой разумеющимися, а всякие RCA нашего времени усиленно добавляют им веса. Они ведут неистовую борьбу с «пиратством» и опустошают культуру творчества. Они отстаивают идею «творческой собственности», одновременно превращая настоящих творцов в издольщиков наших дней. Их оскорбляет мысль о том, что права нужно уравновесить, при этом каждый из крупных игроков бушующей войны за контент сам выгадал в свое время от еще более уравновешенного идеала. Лицемерие дурно пахнет. Но в таком городе, как Вашингтон, лицемерия даже не замечают. Мощные лобби, сложные вопросы и охват аудитории MTV создают «настоящий шторм» для свободной культуры. В августе 2003 года в Соединенных Штатах разразилась схватка вокруг решения Всемирной организации интеллектуальной собственности отменить запланированную встречу²⁰². По просьбе широкого круга заинтересованных ее решила провести WIPO для обсуждения «открытых и совместных проектов по созданию продуктов общественного пользования». Эти проекты добились успеха в выпуске общедоступных продуктов, не полагаясь исключительно на проприетарное использование интеллектуальной собственности. В число примеров входят интернет и Всемирная сеть (World Wide Web), оба этих проекта разработаны на основе общедоступных протоколов. Туда же была отнесена и

202 Jonathan Krim, «The Quiet War over Open-Source», Washington Post, август 2003 г., E1, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23422-2003Aug20.html>; William New, «Global Group's Shift on 'Open Source' Meeting Spurs Stir», Технологический ежедневник National Journal, 19.08.2003, <http://nationaljournal.com/pubs/techdaily/pmedition/tp030819.htm#1>; William New, «U.S. Official Opposes 'Open Source' Talks at WIPO», Технологический ежедневник National Journal, 19.08.2003, <http://nationaljournal.com/pubs/techdaily/pmedition/tp030819.htm#1>.

зарождающаяся тенденция поддержки открытых академических журналов, в том числе проекта Публичной научной библиотеки, о которой я еще расскажу в послесловии. Там же значился и проект по созданию мононуклеотидных полиморфизмов (МНП), которые, как считается, окажут огромное значение на биомедицинские исследования (этот некоммерческий проект поддержал консорциум, состоявший из Wellcome Trust и ряда фармацевтических и технологических компаний, включая Amersham Biosciences, AstraZeneca, Aventis, Bayer, Bristol-Myers Squibb, Hoffmann-La Roche, Glaxo-SmithKline, IBM, Motorola, Novartis, Pfizer и Searle). Присутствовал в их числе и проект Глобальной системы позиционирования (GPS), который стартовал с легкой руки Рейгана еще в начале восьмидесятых годов. Входили туда наряду со всеми перечисленными и «открытые исходники и свободное программное обеспечение».

Целью встречи было рассмотрение всего этого широкого спектра проектов с одной общей точки зрения: что ни один из них не исповедует интеллектуально-собственнический экстремизм. Напротив, в них во всех интеллектуальная собственность уравновешена соглашениями, которые обеспечивают открытый доступ или налагают ограничения там, где могут возникнуть проприетарные притязания.

С позиций этой книги, конференция получалась идеальной²⁰³. Проекты в ее повестке были как коммерческие, так и некоммерческие. Главным образом, все они касались научных исследований, но разноплановых. И WIPO была идеальным организатором для такой дискуссии, так как является выдающимся международным институтом, ведающим вопросами интеллектуальной собственности.

На самом деле, меня однажды публично пожурили за непризнание данного факта в отношении WIPO. В феврале 2003 года я выступал с основным докладом на подготовительной конференции Всемирного саммита по вопросам информационного общества (WSIS). На пресс-конференции перед докладом меня спросили, о чем я собираюсь говорить. Я ответил, что намерен затронуть аспект важности баланса интеллектуальной собственности для развития информационного общества. Устроитель саммита тут же прервала меня, чтобы сообщить мне и собравшейся прессе, что никаких вопросов интеллектуальной собственности обсуждаться на WSIS не будет, так как эти аспекты являются исключительной прерогативой WIPO. В подготовленном докладе я, вообще-то, довольно незначительно выделил вопрос интеллектуальной собственности, но после этого поразительного заявления полностью сконцентрировал всю речь на интеллектуальной собственности и только на ней. Никак нельзя было обсуждать «информационное общество», не затрагивая ту сферу информации и культуры, которая должна быть свободной. Моя речь совсем не обрадовала мою несдержанную устроительницу. Несомненно, она была права, утверждая, что сфера интеллектуальной собственности — привычная прерогатива WIPO.

²⁰³ Должен признаться, я был одним из тех, кто просил WIPO организовать эту встречу.

Однако, на мой взгляд, слишком много разговоров о необходимом объеме интеллектуальной собственности быть и не могло, так как сама идея равновесия в интеллектуальной собственности уже утрачена.

Итак, вне зависимости от возможности или невозможности WSIS обсуждать равновесие в интеллектуальной собственности, я воспринял как должное, что WIPO может и даже должна этим заниматься. Таким образом, встреча по вопросам «открытых и совместных проектов по созданию общественных продуктов» казалась совершенно уместной в рамках повестки дня WIPO.

Однако в указанном перечне оказался один чрезвычайно противоречивый проект — по крайней мере, для лоббистов. Это проект «открытых исходников и свободного программного обеспечения». Особенно настороженно относится к обсуждению данного вопроса «Майкрософт». С их точки зрения, конференция по вопросам открытых исходников и свободного софта сродни конференции по операционной системе компании Apple. Открытые исходники и свободное программное обеспечение конкурируют с программами «Майкрософта». И в разных странах мира многие правительства стали изучать возможности перехода на использование свободного софта или открытого кода, предпочтя его для внутреннего употребления «проприетарным программам».

Я не собираюсь обсуждать этот вопрос здесь. Он нужен лишь для того, чтобы пояснить, что раздел проходит не между коммерческим и некоммерческим софтом.

От открытых исходников и свободного программного обеспечения в значительной степени зависят многие серьезные компании, из которых наиболее выделяется IBM. Она все больше смещает фокус своей деятельности на операционную систему GNU/Linux, самый известный продукт мира «свободного софта», а IBM — подчеркнуто коммерческая структура. Таким образом, поддержка «открытого кода и свободного софта» не является противопоставлением коммерческой деятельности. Напротив, это содействие в методе разработки программного обеспечения, отличном от майкрософтовского²⁰⁴.

Для наших целей важнее тот факт, что поддержка «открытых исходников и свободного ПО» не противопоставляется копирайту. «Открытый код и сво-

204 Позиция «Майкрософта» в отношении свободных программ и программ на основе открытых исходников более изощренная. Как неоднократно заявляла корпорация, она не испытывает никаких проблем с ПО на основе «открытых исходников» или с софтом, относящимся к общественному достоянию. Принципиально «Майкрософт» противится «свободным программам», лицензируемым по принципу «копилефта», означаящему требование к лицензиату принять такие же условия для любой производной работы. См. Bradford L. Smith, «The Future of Software: Enabling the Marketplace to Decide», Government Policy Toward Open Source Software (Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2002), 69, <http://www.aei.brookings.org/publications/abstract.php?pid=296>. См. также: Craig Mundie, Microsoft Senior Vice President, «The Commercial Software Model», The New York University Stern School of Business, May 3, 2001, <http://www.microsoft.com/presspass/exec/craig/05-03sharesource.asp>.

бодный софт» не относятся к разряду общественного достояния. Напротив, как и в отношении программ «Майкрософта», владельцы копирайтов на свободное ПО и ПО с открытыми исходниками вполне твердо настаивают на соблюдении условий использования их продуктов поклонниками свободного софта и открытых кодов. Условия их лицензии, вне сомнения, отличны от условий лицензии на проприетарную программу. Генеральная общественная лицензия (GPL), например, требуется, чтобы исходный код свободного ПО был доступен для всех, кто модифицирует и передает программы. Но это требование действительно лишь в том случае, если программа защищена копирайтом. Если копирайт не действует, тогда свободный софт не налагает тех же требований на своих пользователей. Получается, что он зависит от закона об авторском праве точно так же, как и «Майкрософт».

Таким образом, объяснимо, почему «Майкрософт», как разработчик проприетарных программ, должен был воспротивиться подобной конференции WIPO, как ясно и то, что корпорация использует все свои рычаги в правительстве США, чтобы попрепятствовать встрече. Именно так все и случилось. По словам Джонатана Крима из «Вашингтон Пост», лоббисты «Майкрософта» сумели убедить правительство Соединенных Штатов наложить вето на такую встречу²⁰⁵. И за отсутствием поддержки США встречу отменили.

Я не виню «Майкрософт» в том, что она делает все возможное для защиты своих интересов в рамках закона. А лоббирование в правительстве явно не противоречит закону. Ничего удивительного в нем не было, и ничего ужасно необычного не было в том, что самый могущественный производитель программного обеспечения США преуспел в своих попытках лоббирования.

Удивила причина, по которой правительство Соединенных Штатов воспротивилось проведению конференции. Опять-таки, как сообщает Крим, Лоис Боланд, действующая глава Бюро США по патентам и торговым маркам, объяснила, что «идеология софта на основе открытых исходников расходится с миссией WIPO, которая призвана поддерживать и продвигать права на интеллектуальную собственность». Цитирую ее слова: «Организация конференции, имеющей целью отречение или отказ от таких прав, представляется нам противоположной задачей WIPO».

Эти заявления поразительны во многих отношениях.

Во-первых, это просто наглая ложь. Как я уже писал, большая часть открытого кода и свободного софта базируется на праве интеллектуальной собственности, называемом «копирайтом». Без него налагаемые этими лицензиями ограничения не действуют. Таким образом, слова о «расхождении» с миссией продвижения прав на интеллектуальную собственность выдают необычайный пробел в понимании. Такого рода ошибки простительны первокурснику, но для высокопоставленного правительственного чиновника, имеющего дело с вопросами интеллектуальной собственности, это конфуз.

²⁰⁵ Krim, «The Quiet War over Open-Source», <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23422-2003Aug20.html>.

Во-вторых, кто вообще сказал, что исключительной целью WIPO является максимальное «продвижение» интеллектуальной собственности? Как меня же самого упрекнули на подготовительной конференции WSIS, WIPO призвана искать не только лучшие способы защиты интеллектуальной собственности, но и находить наиболее предпочтительное равновесие в данной сфере. Как известно любому экономисту и юристу, самое трудное в сфере права, регулирующего интеллектуальную собственность, заключается именно в установлении баланса. Но необходимость-то ограничений, как я полагал, неоспорима. Следует спросить мисс Боланд, не расходятся ли с миссией WIPO общеупотребительные медикаменты — те лекарства, патенты на которые истекли. Разве общественное достояние ослабляет позиции интеллектуальной собственности? Разве было бы лучше, если бы интернет-протоколы охранялись патентами?

В-третьих, даже если кто-то и верит в миссию WIPO по максимальной поддержке интеллектуальных прав, в нашей традиции права на интеллектуальную собственность принадлежат отдельным лицам и корпорациям. Они решают, что делать с этими правами, потому что, опять-таки, это их права. Если они желают от них «отречься» или «отказаться», такие действия в нашу традицию полностью укладываются. Когда Билл Гейтс отдает более двадцати миллиардов на благотворительные цели, это не противоречит целям самой системы собственности. Напротив, система собственности именно для того и предназначена — гарантировать права индивидуумов решать, как поступить со своей собственностью.

Когда мисс Боланд заявляет, что что-то не так с конференцией, «имеющей целью отречение или отказ от таких прав», она утверждает, что WIPO преследует свой интерес, влияя на выбор отдельных лиц, владеющих правами на интеллектуальную собственность. Что WIPO почему-то должна стремиться помешать индивидууму распорядиться правом на интеллектуальную собственность. Что интересы WIPO заключаются не просто в максимальной поддержке прав на интеллектуальную собственность, но и должны реализовываться наиболее радикальным и запретительным путем из всех возможных. История именно такой системы собственности хорошо известна в англо-американской традиции. Она называется «феодализмом». При феодализме не только собственность принадлежала горстке людей и структур. И не только права, прилагавшиеся к этой собственности, были мощными и пространными. Феодальная система еще и руководствовалась сильной заинтересованностью в том, чтобы собственники в рамках системы не ослабляли феодализм посредством выпуска на свободный рынок людей или собственности, находившихся под их контролем. Феодализм зависел от максимального контроля и концентрации. Он боролся со всякой свободой, которая могла помешать такому контролю.

Как утверждают Питер Дрейос и Джон Брейтуэйт, это именно тот выбор, который мы теперь делаем в отношении интеллектуальной собственности²⁰⁶.

²⁰⁶ См. Drahos with Braithwaite, *Information Feudalism*, 21020.

У нас будет информационное общество. Об этом можно говорить с уверенностью. Наш единственный выбор сейчас заключается в том, какое информационное общество предпочесть — свободное или феодальное. Тенденция складывается в пользу феодального.

Когда разразилась эта битва, я принялся вести ее летопись в блоге, отчего сразу последовали оживленные диспуты в комментариях. У мисс Боланд нашлось несколько сторонников, попытавшихся объяснить смысл ее заявлений. Но один комментарий меня особенно разочаровал. Один аноним написал следующее: «Джордж, вы недопонимаете Лессига. Он всего лишь говорит о том, каким должен быть мир («целью WIPO и целью любого правительства должна быть поддержка верного баланса прав на интеллектуальную собственность, а не простое их продвижение»), а не о том, каков он есть. Если говорить о реальном мире, то, разумеется, Боланд не сказала ничего крамольного. Но в мире, за который ратует Лессиг, она, естественно, сморозила чушь. Всегда помните о разнице между миром Лессига и реальностью».

При первом прочтении до меня не дошла соль иронии. Я прочел комментарий быстро и подумал, что человек поддерживает идею о том, что наше правительство должно заниматься поиском равновесия. (Конечно, моя критика в адрес мисс Боланд заключалась не в том, ищет она баланс или нет, — я посетовал на то, что ее слова выдают ошибку первокурсника. Я не питаю иллюзий в отношении экстремизма нашего правительства, будь оно республиканским или демократическим. Моя единственная иллюзия, очевидно, в том, что наше правительство либо врет, либо нет).

Ясно, однако, что комментатор не поддерживал эту идею. Напротив, он высмеял само ее воплощение в реальном мире, «цель» государства в «установлении верного баланса» интеллектуальной собственности. Таковое представляется ему явной глупостью, и это разоблачает, по его убеждению, мой собственный дурацкий утопизм. Он вполне мог дописать про меня: «Типичный теоретик».

Я принимаю критику в адрес академичного утопизма. Я тоже считаю его глупым, и я первым бы стал указывать на абсурдно нереалистичные идеалы теоретиков прошлого (не только нашей страны).

Но раз уж кажется глупостью предположение о том, что роль государства должна сводиться к «нахождению равновесия», тогда считайте меня идиотом, потому что это знак того, как всерьез все запущено. Если каждому должно быть ясно, что правительство не ищет равновесия, что государство просто является инструментом наиболее могущественного лобби, что идея функционирования правительства по другому стандарту нелепа, что мысль о том, чтобы требовать от государства правдивости, а не лживости, просто наивна, тогда кем же мы, самая могучая демократия мира, стали?

Может быть, и безрассудно ждать от высокопоставленного государственно-го чиновника правдивых речей. Возможно, только сумасшедший верит в то, что государственная политика представляет собой нечто большее, чем прислужницу наиболее влиятельных интересов. Может, и глупо ратовать за

сохранение традиции, бывшей нашей неотъемлемой частью в течение почти всей нашей истории, — свободной культуры.

Если это безумие, тогда пусть безумцев станет больше, и поскорее. Есть моменты, внушающие надежду в этой борьбе, и моменты неожиданные. Когда Федеральная комиссия по связи (FCC) замышляла послабления в правилах владения, что привело бы к дальнейшему росту концентрации собственности на медиа, против этих изменений выступила своеобразная двухпартийная коалиция. Возможно, впервые в истории настолько разные интересы, как NRA, ACLU, Moveon.org, Уильям Сафир, Тед Тернер и CodePink «Женщины за мир» сплотились, для того чтобы противостоять этим изменениям в политике FCC. Небывалое число писем (700 000) пришло в адрес FCC с требованием назначить новые слушания и добиться другого результата.

Такая активность не остановила FCC, но вскоре уже широкая сенатская коалиция проголосовала против решения FCC. Заседание враждебно настроенных сенаторов перед голосованием показало, насколько мощным стало это движение. В поддержку решения FCC не было тогда предпринято ничего существенного, и за расширение и продолжение борьбы за дальнейшую концентрацию медиа никто не ратовал.

Но даже такому движению не хватило важного кусочка мозаики. Подобная пестрота не несет в себе ничего плохого. Свободе не угрожает один лишь факт, что некоторые становятся очень богаты, или то, что крупных игроков — раз, два, и обчелся. Плохое качество «биг-маков» или «роял-чизбургеров» не означает еще, что вы не сможете достать хороший гамбургер в другом месте. Опасность концентрации медиа исходит не от концентрации, а, напротив, от феодализма, который эта концентрация в связке с изменениями закона о копирайте порождает. Дело не просто в том, что горстка мощных компаний контролирует вечно растущий медийный ломоть. Суть в том, что эта концентрация может обращаться также и к обрюзгшему спектру прав — прав собственности в исторически крайней форме, и это превращает укрупнение в беду.

Таким образом, важно то, сколько людей сплотилось, чтобы требовать конкуренции и большего разнообразия. Однако если это сплочение рассматривать как выступление исключительно против укрупнения, то ничего особенно удивительного в этом нет. У нас, американцев, длинная история борьбы с «крупностью» — плохо это или хорошо. Наша мотивация в такого рода борьбе не является чем-то новым.

Нечто новое и очень важное произошло бы, если бы такое же количество сторонников собрались бы под знамена борцов с растущим экстремизмом, прикрываемым идеей «интеллектуальной собственности». И не потому, что равновесие противно нашей традиции (на самом деле, как я уже говорил, баланс и есть наша традиция), а потому, что извилина критического мышления об охвате чего-либо, называемого «собственностью», в нашей традиции почти атрофировалась. Будь мы Ахиллесом, это стало бы нашей пятой и послужило бы причиной трагедии.

Пока я пишу эти заключительные строки, новости переполняются историями об

исках RIAA к почти тремстам пользователям²⁰⁷. Эминема только что привлекли к ответственности за «сэмплирование» чьей-то музыки²⁰⁸. История про Боба Дилана, «ограбившего» японского сочинителя, только что отгремела²⁰⁹. Инсайдер из Голливуда, настаивающий на своей анонимности, рассказывает об «изумительной беседе с двумя владельцами одной студии. У них есть чрезвычайно старый контент, который они хотели бы использовать, но не могут, потому что не в состоянии начать выкуп прав. У них десятки ребяташек, умеющих делать исключительные вещи из этого материала, но для предварительной утряски всех правовых вопросов понадобятся десятки адвокатов». Конгрессмены обсуждают возможность применения вирусов для вывода из строя компьютеров, которые могли использоваться для нарушения закона. Университеты угрожают отчислением студентам, использовавшим компьютеры для обмена контентом. А по другую сторону Атлантики BBC только что объявила о намерении создать «Архив креатива», из которого британские подданные смогут загружать контент BBC, нарезать, смешивать и сплавлять его²¹⁰. А в Бразилии министр культуры Жильберту Жиль, будучи сам легендой бразильской музыки, вступил в организацию Creative Commons, для того чтобы выпускать контент и выдавать свободные лицензии в этой латиноамериканской стране²¹¹. Я поведал мрачную историю. Технология даровала нам новую свободу. Кое-кто начинает потихоньку понимать, что эта свобода не ведет к анархии. Мы можем пронести свободную культуру в двадцать первое столетие, не обобрав артистов и не угробив потенциал цифровой технологии. Надо лишь приложить немного ума и, что важнее, проявить волю к тому, чтобы превратить RCA нашего времени в Косби. Здравый смысл должен восстать и биться за освобождение культуры. Как можно скорее, если мы надеемся вообще реализовать этот потенциал.

- 207 John Borland, «RIAA Sues 261 File Swappers», CNET News.com, сентябрь 2003 г., <http://news.com.com/2100-1023-5072564.html>; Paul R. La Monica, «Music Industry Sues Swappers», CNN/Money, 08.09.2003, http://money.cnn.com/2003/09/08/technology/riaa_suits/; Soni Sangha and Phyllis Furman with Robert Gearty, «Sued for a Song, N.Y.C. 12-Yr-Old Among 261 Cited as Sharers», New York Daily News, 09.09.2003, 3; Frank Ahrens, «RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants», Washington Post, 10.09.2003, E1; Katie Dean, «Schoolgirl Settles with RIAA», Wired News, 10.09.2003, <http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,60366,00.html>.
- 208 Jon Wiederhorn, «Eminem Gets Sued . . . by a Little Old Lady», mtv.com, 17.09.2003, <http://www.mtv.com/news/articles/1478649/20030917/eminem.jhtml?headline=true>.
- 209 Kenji Hall, Associated Press, «Japanese Book May Be Inspiration for Dylan Songs», Kansascity.com, 09.07.2003, <http://www.kansascity.com/mls/kansascity/entertainment/6258047.htm>.
- 210 «BBC Plans to Open Up Its Archive to the Public», пресс-релиз BBC, 24.08.2003, http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2003/08_august/24_dyke_dunn_lecture.shtml.
- 211 «Creative Commons and Brazil», Creative Commons Weblog, 06.08.2003, <http://creativecommons.org/weblog/entry/3788>.

П О С Л Е С Л О В И Е

По крайней мере, некоторые из тех, кто дочитали до этой страницы, согласятся со мной: надо что-то делать, дабы сменить направление, в котором мы движемся. В заключение опишу и возможные действия.

Я разделю вывод на две части: о том, что любой может делать прямо сейчас, и о том, что требует содействия законодателей. Если можно извлечь некий урок из приведенной истории трансформации здравого смысла, то заключается он в следующем: чтобы решить данную проблему, нужна перестройка мышления многих людей.

Это значит, что движение должно родиться на улицах. Оно должно привлечь на свою сторону множество родителей, учителей, библиотекарей, соиздателей, авторов, музыкантов, кинорежиссеров, ученых — чтобы все они пересказали эту историю собственными словами и чтобы разъяснили своим соседям, почему эта борьба настолько важна.

Как только движение выльется на улицы, появится надежда повлиять на Вашингтон. Мы все еще демократическая страна. Мнение людей имеет значение. Не такое важное, как хотелось бы, особенно когда нам противостоит RCA, но все-таки имеет. И в итоге я набросал проект изменений, которые Конгресс мог бы одобрить, чтобы обеспечить свободу культуры.

МЫ И СЕЙЧАС

Здравый смысл остается на стороне поборников копирайта, потому что до сих пор дискуссия велась с позиций двух крайностей — либо так, либо эдак, третьего не дано. Или собственность, или анархия; или тотальный контроль, или разорение артистов. Если выбор таков, они победят. Ошибка кроется в исключении середины. Обсуждают крайности, но в решении данного вопроса возможны не только они. Есть те, кто верит в

максимальный копирайт («все права защищены»), и те, кто отвергает его («никакие права не защищены»). Первые убеждены в том, что следует испрашивать разрешения, прежде чем как-либо использовать охраняемое копирайтом произведение. Вторые полагают, что все должны иметь возможность обращаться с контентом по собственному усмотрению, получено разрешение или нет.

Когда интернет только появился на свет, его изначальная архитектура была ориентирована на нарушение всяких прав. Контент можно было копировать полностью и задешево, обеспечить соблюдение прав было нелегко. Таким образом, независимо от чье-либо желания, действительный режим копирайта в оригинальной структуре интернета обозначался как «никакие права не защищены». Контент «брали» невзирая ни на какие права — по сути, они не охранялись.

Такое положение спровоцировало реакцию (отрицательную, хотя и не вполне адекватную) правообладателей. Эта реакция и послужила темой данной книги. Посредством законодательства, правоприменения и реструктуризации Сети правообладатели смогли изменить сущность первоначальной интернет-среды. Если изначальная архитектура по умолчанию держалась на отсутствии всяких прав, то в будущем она придет к состоянию защиты всех прав. Архитектура и право, относящиеся к строению интернета, будут создавать окружение, в котором — все больше и больше — придется выспрашивать разрешение на использование контента. Мир «вырезания и вставки», который сегодня определяет суть интернета, станет миром «получения разрешения на вырезание и вставку», настоящим кошмаром творческого человека.

А требуется как раз золотая середина. Вместо «все права защищены» и «никакие права не защищены» пусть будет «защищены некоторые права». Таким образом можно и копирайты соблюдать, и дать авторам возможность освобождать контент, когда они сочтут нужным. Другими словами, необходим способ восстановить ряд свобод, прежде воспринимавшихся нами как должное.

Реконструкция свобод, прежде подразумевавшихся (примеры):

Если отступить от баталий, которые я здесь описываю, проблему можно увидеть и с других точек зрения. Подумайте о конфиденциальности. До интернета большинству из нас не приходилось беспокоиться насчет информации о своей частной жизни, которую мы передаем миру. Если вы заглядывали в книжный магазин и пролистывали некоторые труды Карла Маркса, вам не приходилось задумываться над тем, как объяснить свои книжные пристрастия соседям или начальству. «Конфиденциальность» ваших хобби была гарантирована.

Откуда такие гарантии?

Если размышлять в терминах модальностей, описанных мною в десятой главе, ваша конфиденциальность обеспечивалась неэффективной системой сбора информации, из чего вытекало рыночное ограничение (до-

роговизна) на такой сбор данных кем-либо. Если бы ЦРУ подозревало вас в шпионаже в пользу Северной Кореи, то, несомненно, вашу конфиденциальность нельзя было бы гарантировать. Но и это лишь в том случае (надеюсь), если бы ЦРУ сочло оправданной трату тысяч долларов на слежку за вами. Однако слежка за большинством из нас (опять-таки надеюсь) не окупается. Чрезвычайно неэффективная архитектура реальности обеспечивает всем нам возможность наслаждаться относительной конфиденциальностью. Ее гарантирует нам сама природа. Не закон (не существует закона об охране «конфиденциальности» в общественных местах) и, во многих случаях, не нормы поведения (любопытство и сплетничество суть простые развлечения), а естественное состояние нашего мира дорого обходится всякому, кто пожелает за нами следить. Теперь войдите в интернет, где стоимость отслеживания браузинга, к примеру, стала совершенно ничтожной. Если вы пользуетесь услугами Amazon, то при просмотре страниц портал собирает информацию о том, что именно вы посещали. Вы об этом можете судить по расположенному сбоку списку «недавно просмотренных» страниц. Сейчас из-за самой архитектуры Сети и функции файлов cookies информация стало легче собирать, чем не собирать. Природа исчезла, а значит и любая обеспеченная ею «конфиденциальность» пропала тоже. Amazon, разумеется, не проблема, а вот насчет библиотек уже пора беспокоиться. Если вы относитесь к числу этих сумасшедших «левых», которые полагают, что люди имеют «право» торчать в библиотеке, не докладывая при этом правительству, какие книги вы там читаете (я сам такой же левак), тогда вас, пожалуй, беспокоит это усовершенствование технологий мониторинга. Если собирать информацию и классифицировать действия людей в электронном пространстве становится так просто, то обусловленная естественной средой конфиденциальность испаряется. Именно это объясняет стремление многих людей определить понятие «приватности» в интернете. Все дело в осознании того, что технология может отобрать у нас то, что даровано природой, и многие от этого порываются ввести законы, выполняющие функцию природы²¹². Самое важное здесь — благоволят к вам эти законы или нет. Мы должны предпринять решительные шаги к тому, чтобы сохранить ту разновидность свободы, которая прежде гарантировалась сама собою. Теперь технологические изменения вынуждают приверженцев конфиденциальности активно выступать там, где прежде неприкосновенность частной жизни сохранялась по умолчанию.

212 См., например, Marc Rotenberg, «Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)», *Stanford Technology Law Review* 1 (2001): par. 618, <http://free-culture.cc/notes/72.pdf> (описание примеров, в которых технология определяет политику конфиденциальности). См. также Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age* (New York: Random House, 2004) (перечисление компромиссов технологии и конфиденциальности).

Похожую историю можно рассказать о зарождении движения за свободное программное обеспечение. Когда компьютеры впервые стали коммерчески доступны, весь софт — и исходные тексты, и двоичный код — был свободным. Программу, написанную для машины Data General, нельзя было запустить на компьютере IBM, поэтому ни та, ни другая компания не заботилась о контроле за программным обеспечением. В таком мире появился на свет Ричард Столлмен. Занимаясь исследованиями в МТИ²¹³, он всем сердцем полюбил сложившееся сообщество единомышленников, в котором свободно можно было исследовать и совершенствовать программы для компьютеров. Будучи сам находчивым и талантливым программистом, Столлмен привык рассчитывать на свободу дополнять и модифицировать работы других людей. По крайней мере, в академической среде это совсем не кажется радикальным. На кафедре математики всякий волен возиться с предложенным кем-либо доказательством. Если вы думаете, что сумеете лучше доказать теорему, можете взять работу другого и изменить ее. Среди филологов, если вы уверены в том, что сделанный коллегой перевод недавно найденного текста грешит изъянами, вы смело беретесь за его улучшение. Таким образом, Столлмен всегда считал очевидной возможность поковыряться в машинном коде и улучшить его. Это же тоже знания. Почему они должны быть вообще вне критики?

Ответа на этот вопрос не дал никто. Зато изменилась структура доходов в мире вычислительной техники. Как только появилась возможность импортировать программы из одной системы в другую, скрывать код своей программы стало экономически выгодно (по крайней мере, для некоторых). Вдобавок, компании стали продавать еще и периферийные устройства для своих мейнфреймов. Если бы я мог просто взять ваш драйвер для принтера и скопировать его, мне было бы намного легче продавать принтеры на рынке, чем вам.

В результате, начала распространяться практика проприетарного кода, и к началу восьмидесятых годов Столлмен обнаружил, что окружен проприетарным кодом со всех сторон. Перемена в экономике вычислительной техники уничтожила мир свободного программного обеспечения. И он рассудил, что если сам он ничего не предпримет, свобода изменять софт и передавать его будет в корне подорвана.

В итоге, в 1984 году Столлмен начал проект по созданию свободной операционной системы, чтобы выжил хотя бы один штамм свободных программ. Так родился проект GNU, в который Линус Торвалдс привнес ядро Linux, и получилась операционная система GNU/Linux.

Столлмен использовал закон о копирайте, чтобы выстроить мир гарантированно свободного программного обеспечения. Софт под лицензией GPL Фонда свободного программного обеспечения нельзя модифи-

²¹³ Мичиганский Технологический Институт. (Прим. ред.).

цировать и распространять, не снабжая его исходным кодом. Таким образом, каждый, кто творит на основе софта под лицензией GPL, свои творения тоже обязан делать свободными. Это гарантирует, по убеждению Столлмена, что экология кода разовьется таким образом, что он останется свободным для использования другими разработчиками. Для него фундаментальной целью была свобода, а новаторский творческий код — побочным продуктом.

Столлмен, тем самым, решил для программного обеспечения ту же задачу, с которой бьются ныне сторонники конфиденциальности. Он искал способа перестроить свободу, которая прежде сама собою разумелась. Правильно используя лицензии, регулирующие защищенный копирайтом код, Столлмен надежно застолбил пространство, где может выжить свободный софт. Он активно защитил то, что прежде гарантировалось безусловно.

Наконец, вот вам совсем недавний пример, который еще более непосредственно пересекается с темой данной книги, — сдвиг в способе создания академических и научных журналов.

С развитием цифровых технологий для многих становится очевидным, что ежемесячная печать тысяч копий журналов и рассылка их по библиотекам, возможно, не самое эффективное средство распространения знаний. Вместо этого журналы все больше переходят в электронный формат, а библиотеки и их посетители получают доступ к электронным версиям через защищенные паролями сайты. Нечто подобное этому происходило с правоведением в последние, приблизительно, тридцать лет: Lexis и Westlaw имели электронные версии отчетов о процессах, доступные подписчикам их сервисов. Хотя мнение Верховного суда копирайтом не охраняется, и каждый может свободно пойти в библиотеку и прочесть о нем, Lexis и Westlaw все равно вправе брать с пользователей деньги за право доступа к вердиктам Верховного суда посредством соответствующих своих сервисов.

Вообще, ничего дурного в таком подходе нет. На самом деле, возможность взимать плату за доступ даже к материалам из разряда общественного достояния — это хороший стимул вырабатывать новые и оригинальные средства распространения знаний. Закон с этим согласен, поэтому Lexis и Westlaw и позволено процветать. А если нет ничего плохого в продаже общественного достояния, то ничего дурного, в принципе, не будет и с продажей доступа к материалам, не имеющим статуса общедоступности.

Однако что если единственный путь к получению доступа к общественной и научной информации лежит через частные сервисы? Как быть, если вообще невозможно просматривать данные иначе, как по платной подписке?

Как многие уже, вероятно, заметили, это становится все актуальнее в отношении научной периодики. Когда эти журналы распространяют в бумажном виде, библиотеки могут обеспечить к ним доступ всем своим посетителям. Больные раком могут разобраться в проблемах онкологии

благодаря тому, что у них есть доступ в библиотеку. Или же пациенты, пытающиеся оценить риски определенного вида лечения, могут исследовать их, прочитав все доступные статьи о подобной терапии. Такая свобода, выходит, была обеспечена функцией института библиотек (нормами) и технологией бумажных журналов (архитектурой), то есть доступ к бумажному журналу контролировать было очень трудно.

Однако в связи с тем, что периодика становится электронной, издатели требуют, чтобы библиотеки не предоставляли публике доступ к журналам. Это означает, что свободы, обеспечивавшиеся печатными изданиями в публичных библиотеках, начинают утрачиваться. Таким образом, в сфере конфиденциальности, как и в сфере программного обеспечения, меняющиеся технологии и рынок сокращают свободы, до того существовавшие априорно.

Это сужение свободы побудило многих предпринять решительные действия для восстановления утраченного. Публичная научная библиотека (PLOS), например, является некоммерческой корпорацией, призванной обеспечить исследовательские возможности всем, кто имеет доступ в Сеть. Авторы отправляют свои научные работы в Публичную научную библиотеку. После этого работа подлежит рассмотрению коллег. Если ее принимают, работа помещается в электронный архив и постоянный бесплатный общий доступ. PLOS также продает печатную версию работы, но копирайт на изданный журнал не воспрещает кому-либо передавать работу бесплатно.

Это лишь одна из множества подобных инициатив по реставрации прежде гарантированной свободы, ныне оказавшейся под угрозой исчезновения ввиду меняющихся технологий и рынков. Вне сомнения, такая альтернатива конкурирует с традиционными издателями и сводит на «нет» их усилия по зарабатыванию денег на эксклюзивной дистрибуции контента. Но конкуренция в нашей традиции изначально считается благом, особенно если она помогает распространять знания и научные достижения.

Реставрация свободной культуры: есть идея

Такая же стратегия применима к культуре в ответ на усиливающийся контроль со стороны права и технологий.

Вступайте в Творческие общины, Creative Commons. Это некоммерческая корпорация, основанная в Массачусетсе, со штаб-квартирой в Стэнфордском университете. Ее цель — создание прослойки осмысленного копирайта поверх доминирующих ныне крайностей. Достижение этой благой цели способствует преумножению культуры на основе имеющихся достижений, упрощает авторам освобождение своих работ, чтобы ими могли воспользоваться другие творцы. И все это — благодаря простым меткам, привязанным к понятным описаниям и безупречным лицензиям.

«Простым» — означает не требующим посредника или адвоката. Разработав набор свободных лицензий, которые люди могут выбрать для

своего контента, Creative Commons позволяет определить тот его спектр, который можно легко и без опаски брать за основу творчества. Данные метки затем привязываются к машиночитаемым версиям лицензии, что позволяет компьютерам автоматически идентифицировать контент, легко доступный для обмена и использования. Все эти три фактора – законная лицензия, удобные описания и машиночитаемые метки – составляют суть лицензии Creative Commons. Лицензия Creative Commons несет гарантию свободы каждому, кто ей пользуется, и, самое важное, отражает представление о том, что ее лицензиаты верят в нечто большее, чем абсолютные права на все или же в абсолютное отсутствие оных. Контент помечается знаком CC, что означает не отказ от копирайта, а предоставление некоторых свобод в использовании работы. Эти свободы распространяются шире, чем предусматривают правила добросовестного использования. Их точные контуры зависят от выбора автора, который может выбрать лицензию, допускающую любое использование при условии, что сохраняется уведомление об авторстве. Можно выбрать лицензию, разрешающую только некоммерческое использование. Можно – лицензию, которая разрешает любое использование, покуда сохраняется принцип последовательной передачи свободы использования («передавать и передавать подобным образом»). Можно разрешить всякое использование, но без производных работ. Или вообще любой способ использования – в развивающихся странах. Или допустить всякое сэмплирование, лишь бы не делали точных копий. Или, наконец, любое образовательное применение.

Таким образом, эти критерии выбора устанавливают спектр свобод вне предусмотренных законом о копирайте границ. Они также обеспечивают свободы, распространяющиеся за рамки традиционного добросовестного использования. И, что самое главное, они обозначают эти свободы таким образом, что последующие пользователи могут основываться на их работе и применять ее, не прибегая к услугам адвоката. В итоге, Creative Commons нацелена на создание пласта контента, управляемого прослойкой здравого авторского права и, в основе своей, доступного для всеобщего использования. Добровольный выбор отдельных лиц и авторов делает этот контент доступным. И этот контент, в свою очередь, предоставляет нам возможность реструктурировать общественное достояние.

Это всего лишь один проект в рамках Creative Commons. Разумеется, Creative Commons – не единственная организация, стремящаяся обеспечить такие свободы. Но изюминка Creative Commons, выделяющая ее в общем ряду, – в том, что мы не сводим все к разговорам об общественном достоянии или воздействию на законодателей в попытках его перестроить. Мы стремимся создать движение потребителей и производителей контента («производителей контента», как называет их прокурор Мия Гарлик), которые помогают выстраивать общественное

достояние и своей работой демонстрируют его важность для последующей творческой деятельности.

Наша цель — не борьба с защитниками «всех прав». Суть в том, чтобы их дополнять. Проблемы, которые создает право для нас, для нашей культуры, созданы бессмысленными и непреднамеренными последствиями законов, писавшихся столетия тому назад. Они были рассчитаны на технологии, которые были доступны взгляду Джефферсона. Эти правила вполне могли иметь смысл на фоне достижений того времени, но перед цифровыми технологиями они пасуют. Нужны новые правила, с иными свободами. И выражены они должны быть так, чтобы люди могли ими пользоваться без помощи адвокатов. Creative Commons действительно дает людям возможность начать выстраивать такие правила.

Зачем авторам участвовать в устранении полного контроля? Некоторые делают это для того, чтобы расширить распространение своего контента. Писатель-фантаст Кори Доктороу, например, свой первый роман «На мели в Волшебном королевстве» выпустил бесплатно в онлайн, под лицензией Creative Commons, в тот самый день, когда книгу начали продавать в магазинах.

Зачем на такое вообще соглашаться издателю? Я подозреваю, что его издатель рассуждал следующим образом. Есть две группы читателей: одни купят книгу Кори, есть она в интернете или нет, другие могли бы никогда и не услышать о книге Доктороу, если бы она не лежала в свободном доступе в Сети. Какая-то часть первых скачает книгу вместо того, чтобы купить. Назовем их вредными первыми. Какая-то часть вторых загрузит книгу Кори, она им понравится, и они решат ее приобрести. Назовем их полезными вторыми. Если полезных вторых окажется больше вредных первых, стратегия бесплатного выкладывания книги Кори в онлайн, вероятно, повысит продажи.

И в самом деле, опыт показал издателю, что этот вывод полностью оправдался. Первый тираж книги раскупили на несколько месяцев раньше предусмотренного срока. Первый роман фантаста имел полный успех. Идея о том, что бесплатный контент мог бы повысить ценность небесплатного, подтвердилась экспериментом другого автора. Питер Уэйн, написавший книгу о движении свободного софта под названием «Свобода всем», выложил электронную версию своей книги в онлайн бесплатно под лицензией Creative Commons после того, как книга вышла из печати. Потом он отслеживал цены на книгу в букинистических лавках. Как и предсказывалось, с увеличением количества загрузок росла и цена на его книгу у букинистов.

Эти примеры демонстрируют, как Creative Commons способствует распространению проприетарного контента. Полагаю, что это замечательное общественное использование лицензии. Используют Creative Commons и по другим причинам. Многие из тех, кто прибегает к «лицензии на сэмплирование», поступают так, чтобы избежать лицемерных дей-

ствий. Лицензия на сэмплирование означает, что все остальные вольны брать образцы из лицензированной работы для коммерческих и некоммерческих целей. Не позволено лишь делать полные копии доступной всем лицензированной работы. Это соотносится с их собственным искусством — они также заимствуют у других. Поскольку легальная стоимость заимствования слишком высока (Уолтер Липхарт, менеджер рэп-коллектива Public Enemy, созданного, чтобы буквально сэмплировать чужую музыку, заявил, что «не позволяет» больше членам группы заимствовать, так как легальные цены на права слишком высоки²¹⁴), эти артисты выдают творческому окружению контент, на основе которого другие могут творить. Иначе их творчество просто погибнет.

Наконец, многие помечают свой контент знаком лицензии Creative Commons просто потому, что хотят показать другим важность равновесия в данном споре. Если вы идете в ногу с системой как таковой, это, по сути, равносильно приверженности модели «Все права защищены». Рад за вас, но многие не согласны. Многие считают, что, как ни подходит данное правило Голливуду и разным чудакам, оно совершенно не сходится с тем, как большинство авторов видит свои права на собственный контент. Лицензия Creative Commons выражает концепцию «Некоторые права защищены» и дает многим шанс объяснить это всем прочим.

За первые полгода эксперимента Creative Commons свыше миллиона объектов были снабжены такими лицензиями свободной культуры. Следующий шаг — это партнерство с провайдерами медийного контента. Им помогли встроить в их технологии простые пользовательские средства для пометки контента правами Creative Commons. И тогда следующий шаг — выявлять и отмечать авторов, создавших контент на основе освобожденных произведений.

Вот первые шаги на пути к переустройству общественного достояния. Это уже не просто аргументы, а действия. Возведение общественного достояния — первый шаг на пути к демонстрации людям того, насколько важно оно для творчества и инновации. Creative Commons опирается на добровольные шаги к такому переустройству. Они приведут нас в мир, где можно рассчитывать не только на добровольчество.

Creative Commons — всего-навсего один из примеров того, как отдельные люди и авторы добровольно объединяют усилия, чтобы изменить набор прав, управляющих ныне творческой сферой. Проект не конкурирует с копирайтом, он его дополняет. Цель заключается не в уничтожении авторских прав, а в том, чтобы облегчить авторам и творцам путь к применению своих прав более гибким и дешевым способом. Это отличие, мы уверены, будет способствовать более легкому распространению творчества.

214 Willful Infringement: A Report from the Front Lines of the Real Culture Wars (2003), продюсер Джед Горовиц, режиссер Грег Хиттельман, производство компании Fiat Lucre, <http://free-culture.cc/notes/72.pdf>.

ОНИ И СКОРО

Мы не отстоим свободную культуру только лишь индивидуальными действиями. Понадобятся еще и важные правовые реформы. Нам еще предстоит долгий путь, куда политики не прислушаются к этим идеям и не осуществляют такие реформы. Но одновременно это означает, что у нас есть время выработать у всех понимание нужных нам изменений.

В этой главе я очерчиваю пять видов изменений: четыре общих и одно специфическое — для наиболее ожесточенного ныне поля сражения, для музыки. Каждое из них представляет собой шаг, но еще не финал. Однако любой из этих шагов может привести нас к краху.

УМНОЖЕНИЕ ФОРМАЛЬНОСТЕЙ

Если вы покупаете дом, вы должны зарегистрировать сделку купли-продажи. Если вы берете землю под застройку дома, вы обязаны зарегистрировать приобретение. Если вы обзаводитесь машиной, вы получаете купчую и регистрируете автомобиль. Если вы покупаете билет на самолет, на нем ставится ваше имя.

Все это формальности, связанные с собственностью. Все эти обязательства приходится соблюдать, если хочешь, чтобы твоя собственность охранялась.

Напротив, по действующему закону об авторских правах вы получаете копирайт автоматически, соблюдаете ли вы при этом какие-либо формальности или нет. Регистрироваться вы не должны. Вы даже не обязаны помечать свой контент. По умолчанию подразумевается контроль, а «формальности» упразднены.

Почему?

В десятой главе я уже высказывал предположение, что мотивация для упразднения формальностей была верной. В мире доцифровых технологий формальности ложились на правообладателей тяжким бременем, не давая взамен особой выгоды. Таким образом, когда закон ослабил формальные требования к правообладателю по защите и сохранению его произведения, это было прогрессивно. Прежние формальности только мешали.

Но интернет все изменил. Сегодня формальности не обязательно должны быть столь обременительны. Скорее, творчество отягощает мир без них. Сейчас непросто узнать, что кому принадлежит, или с кем следует иметь дело, чтобы использовать творчество других, сделать на его основе что-то свое. Нет никаких списков, никакой системы, которая могла бы это отследить. Простого способа узнать, как получить разрешение, тоже не существует. Однако при неимоверно разросшейся области действия закона о копирайте добывание разрешения — необходимый шаг для всякого произведения, основанного на нашем прошлом. Таким образом, отсутствие формальностей вынуждает многих молчать там, где иначе они бы не безмолвствовали.

Получается, что право должно изменить данное требование²¹⁵. Но оно не должно просто вернуть нас к старой, сломанной системе. Нам понадобятся формальности, но мы должны организовать систему, которая облегчит бремя таких формальностей.

Важных формальностей три: пометка защищенного копирайтом произведения, регистрация копирайта и возобновление заявки на копирайт. Традиционно первая из трех перечисленных возлагалась на самого правообладателя, остальные две выполняло государство. Но пересмотренная система формальностей устранил государство из данного процесса, оставив ему единственную задачу — одобрение стандартов, разработанных другими.

РЕГИСТРАЦИЯ И ОБНОВЛЕНИЕ

При старой системе правообладатель обязан был направить заявку на регистрацию или возобновление копирайта в Агентство по авторским правам. Регистрируясь, правообладатель платил взнос. Как и большинство государственных агентств, Агентство по авторским правам было мало заинтересовано в облегчении бремени регистрации и максимально возможном снижении размеров взноса. А в связи с тем, что Агентство по авторским правам не является главным объектом политики правительства, его постоянно недофинансировали. Таким образом, когда те, кто кое-что знает о данном процессе, слышат про формальности, их охватывает паника: нет ничего хуже, чем толкать людей в такую неразбериху, как в Агентстве по авторским правам.

И все-таки меня всегда изумляло, что мы, наследники традиций невероятных инноваций в области государственного устройства, уже не в состоянии придумать, как распределить государственные функции. Из того, что государство призвано служить обществу, еще не следует, что правительство будет на деле осуществлять эту роль. Напротив, мы должны создавать стимулы, чтобы частные группировки служили обществу, подчиняясь стандартам, установленным государством.

В контексте регистрации модель интернета очевидна. По всему миру сейчас зарегистрировано, по меньшей мере, 32 миллиона веб-сайтов. Владельцы доменов этих сайтов обязаны платить взносы за поддержание своей регистрации в действии. У главных доменов высшего уровня (.com, .org, .net) есть центральный реестр. Регистрацией занимается множество конкурирующих компаний. Эта конкуренция удерживает стоимость регистрации на низком уровне и, что еще важнее, подталкивает регистраторов к упрощению формальностей.

Следует принять сходную модель регистрации и возобновления копирайтов. Агентство по авторским правам вполне может служить центральным реестром, но оно не должно быть монополистом в регистрационном биз-

²¹⁵ Предложение, которое я здесь выдвигаю, применимо только к американским произведениям. Разумеется, я полагаю, что другие страны тоже выгадают от принятия такой идеи.

несе. Напротив, следует создать базу данных и набор стандартов для регистраторов. Бюро должно поддерживать отвечающих стандартам регистраторов, тогда они будут состязаться друг с другом за предоставление самой дешевой и простой системы регистрации и возобновления копирайтов. Такая конкуренция существенно облегчит бремя формальностей, одновременно произведя на свет базу данных регистрации, которая облегчит лицензирование контента.

МАРКИРОВКА

В свое время копирайт потерял силу из-за неудавшейся попытки включить в произведение примечание о копирайте. Это было жестоким наказанием за неспособность соответствовать правилам регулирования — сродни смертному приговору за неправильную парковку, только в сфере творческих прав. Здесь, опять-таки, нет причины подобным образом ужесточать требование о маркировке. Что еще важнее, нет причины распространять требование маркировки равно на все медиа.

Цель маркировки состоит в том, чтобы сигнализировать общественности, что данное произведение охраняется копирайтом, и что автор заявляет на него свои права. Пометка также облегчает поиск правообладателя для получения у него разрешения на использование произведения.

Одна из проблем, с которой столкнулась система копирайта еще при его зарождении, заключалась в том, что разные произведения, защищенные копирайтом, требовалось маркировать по-разному. Непонятно было, как и где ставить отметки на статуе, пластинке или пленке. Новое требование маркировки могло бы справиться с этими проблемами. Надо учесть различия в медиа и внедрить систему меток, эволюционирующую вместе с развитием технологий. Система могла бы использовать специальный сигнал, извещающий об отсутствии пометки и подразумевающий не утрату копирайта, а истечение права наказывать кого-либо за неполучение заблаговременного разрешения. Давайте начнем с последнего пункта. Если правообладатель позволяет публиковать работу без отметки о копирайте, следствием такой ошибки не должна быть утрата копирайта. Это может означать, что у каждого есть право использовать данное произведение до тех пор, пока правообладатель не обратится с жалобой и не продемонстрирует, что это его работа, и разрешения он не дает²¹⁶. Непомеченное произведение, таким образом, будет давать возможность «использования до чьей-либо жалобы». Если кто-нибудь выразит недовольство, то с этого момента использование произведения в любой новой работе следует прекратить, хотя никакого наказания за уже произошедшее использование налагаться не будет. Это стимул для правообладателей маркировать свои произведения.

216 С производными работами есть осложнения, которым я пока решения не нашел. На мой взгляд, закон о производных произведениях выстраивает более сложную систему, нежели оправдано тем несущественным стимулом, который она создает.

В свою очередь, это поднимает вопрос о том, как лучше пометать произведение. Здесь, опять-таки, система должна подстроиться под развитие технологий. Самым верным способом обеспечить ее развитие — это ограничить роль Агентства по авторским правам одобрением стандартов маркировки контента, разработанных где-то в другом месте.

Например, если Ассоциация звукозаписывающей индустрии изобретает метод маркировки компакт-дисков, она предлагает его Агентству по авторским правам в качестве стандарта. В Агентстве устраивают заседание по этому вопросу, где можно выдвигать и другие предложения. Затем Агентство по авторским правам выбирает, какому из предложенных отдать предпочтение, и свой выбор оно делает исключительно на основе решения о том, какой из методов лучше всего внедряется в систему регистрации и обновления. Не следует полагаться на правительство в сфере инноваций, но можно рассчитывать на то, что правительство поддержит инновационный продукт в связке с другими важными функциями.

Наконец, маркировка контента явно упростит требования регистрации. Если бы фотографии помечались автором и годом создания, фотографу практически незачем было бы перерегистрировать, например, все фотографии за какой-то определенный год одним быстрым действием. Цель формальностей не в том, чтобы обременить автора. Сама система должна оставаться простой, насколько это возможно.

Нужно стремиться к тому, чтобы формальности проясняли ситуацию. Существующая система для этого ничего не делает, кажется даже, что она выстроена только для того, чтобы все еще больше запутать.

Если восстановить такие формальности, как регистрацию, одним из наиболее сложных аспектов в сфере общественного достояния станет меньше. Легко будет идентифицировать, какой контент предположительно свободен, и кто контролирует права на определенный вид контента. Упростится подтверждение таких прав и их возобновление в подходящий срок.

СОКРАЩЕНИЕ СРОКОВ

Срок копирайта вырос с четырнадцати лет до девяноста пяти для корпоративных авторов и пожизненно плюс семьдесят лет — для обычных авторов. В книге «Будущее идей» я предложил семидесятипятилетний срок, предоставляемый пятилетними приращениями, с обязательным возобновлением каждые пять лет. В то время это казалось достаточно радикальным. Но после того как мы проиграли процесс Элдред против Эшкрофта, предложения стали еще радикальнее. Журнал «Экономист» поддержал предложение четырнадцатилетнего срока копирайта²¹⁷. Другие предлагали привязать срок копирайта к сроку действия патентов.

²¹⁷ «A Radical Rethink», *Economist*, 366:8308 (25.01.2003): 15, http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/01_STLR_1.

Я согласен с теми, кто считает, что нам необходимо радикально изменить сроки копирайта. Но — составит ли он четырнадцать или семьдесят пять лет — существует четыре принципа в отношении сроков копирайта, о которых следует помнить:

1. Краткость. Срок должен обеспечивать стимул к творчеству, не более того. Если связать его с очень сильной защитой авторов (чтобы те могли потребовать у издателей свои права обратно), права на одно и то же произведение (но не на производные работы) можно было бы продлить. Смысл в том, чтобы не связывать произведение правовым регулированием, когда оно уже не приносит автору прибыли.
2. Простота. Граница между общественным достоянием и защищенным контентом должна быть четкой. Юристам нравится неопределенность термина «добросовестное использование» и различие между «идеями» и «выражением». Такого рода закон обеспечивает их массой работы. Но у составителей нашей Конституции идея была проще: защищенное против незащищенного. Ценность коротких сроков в том, что они лишают смысла всяческие исключения в сфере копирайта. Четкая и действенная «зона без адвокатов» позволяет не лавировать больше в таких сложностях, как «добросовестное использование» и «идея/выражение».
3. Поддержание жизни. Копирайт следует обязать продлевать. Особенно, если максимальный срок долг, то от правообладателя надо требовать периодических извещений о продлении прав. Это не станет тяжелой обузой, но и рассчитывать на бесплатность монопольного права причин нет. В среднем, ветераны тратят на получение пенсии девяносто минут²¹⁸. Если уж мы обрекаем ветеранов на такие муки, не вижу, почему бы авторам не потратить десять минут раз в полвека на заполнение единственного бланка?
4. Ориентация на будущее. Каков бы ни был срок копирайта, самый явный урок для экономистов — в том, что данный однажды срок нельзя продлевать. Возможно, предоставление авторам всего лишь пятидесятишестилетнего срока было правовой ошибкой в 1923 году. Не думаю, что так, но допустим. Если это была ошибка, из-за нее мы получили в 1923 году авторов меньше, чем могли бы. Но сегодня исправить этот недочет продлением срока мы уже не можем. Что бы мы теперь ни делали, мы не увеличим количество авторов, творивших в 1923 году. Разумеется, мы можем повысить вознаграждение тем, кто пишет сейчас, или, наоборот, утяжелить бремя копирайта, которое придушит в зародыше многие, нерожденные еще работы. Но повышенное вознаграждение не расширит творчество в 1923 году. Что не сделано — то не сделано, и с этим придется смириться.

²¹⁸ Департамент ветеранов, Ветеранское обращение за компенсацией и/или пенсией, VA Form 21-526 (OMB Approved No. 2900-0001), <http://www.vba.va.gov/pubs/forms/21-526.pdf>.

Вместе эти изменения должны дать в результате средний срок копирайта гораздо короче нынешнего. До 1976 года средний срок составлял всего 32,2 года. Нам следует стремиться к этому показателю.

Несомненно, экстремисты назовут эти идеи «радикальными» (в конце концов, на то они и экстремисты). Но опять-таки, предложенный мною срок дольше того, что действовал при Ричарде Никсоне. Насколько «радикальным» будет просить введения более щедрого закона о копирайте, чем был при президенте Никсоне?

СВОБОДНОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ПРОТИВ ДОБРОСОВЕСТНОГО

Как я уже отмечал в начале данной книги, закон о собственности изначально наделял собственников правом контролировать свою территорию от земли до самого неба. Потом появился аэроплан. Сфера действия прав собственности быстро изменилась. Не было никакой суматохи, и Конституцию не трогали. Просто наделение контролем такого уровня потеряло всякий смысл после появления новой технологии.

Наша Конституция наделяет Конгресс властью раздавать авторам «эксклюзивное право» на «их сочинения». Конгресс даровал авторам исключительные права на «их сочинения» и любые производные произведения (других авторов), которые существенно близки к оригинальной работе автора. Таким образом, если я пишу книгу, а вы снимаете фильм на ее основе, я облечен властью не дать вам выпустить его на экраны, хоть эта картина и не является «моим сочинением».

Конгресс начал предоставлять такое право в 1870 году, когда расширил эксклюзивное право копирайта до включения в него контроля над переводами и сценическими постановками произведения²¹⁹. С тех пор суды постепенно расширили его посредством процессуальных толкований. Данное расширение прокомментировал один из величайших судей в истории права, Бенджамин Каплан: «Мы так привыкли к расширению монополии на широкий спектр так называемых производных работ, что даже не чувствуем уже, насколько странно признавать такое разрастание копирайта. Однако, в то же самое время, мы нараспев повторяем абракадабру об идее и ее выражении»²²⁰.

Я думаю, пора осознать, что в этой сфере есть аэропланы, и расширение подобных прав на производное творчество смысла больше не имеет. Точнее, они утрачивают смысл на срок действия копирайта. И они бессмысленны как аморфное разрешение. Оцените все ограничения по очереди:

Срок. Если Конгресс хочет предоставить производные права, тогда они должны распространяться на более короткий срок. Не имеет смысла охранять право Джона Гришема продавать права на кинокартину по его

²¹⁹ Benjamin Kaplan, *An Unhurried View of Copyright* (New York: Columbia University Press, 1967), 32.

²²⁰ Там же, 56.

последнему роману (по крайней мере, я хочу предположить, что это не имеет смысла). Однако это право вполне имеет смысл продлить на тот же срок, что и лежащий в его основе копирайт. Производное право могло бы оказаться важным для стимулирования творчества, а по истечении долгого срока после создания произведения оно не важно.

Охват. Подобным же образом следует сузить охват производных прав. Опять-таки, производные права в некоторых случаях важны. Их необходимо особо выделить. Но закон должен ясно обозначить границы: какие способы использования охраняемого копирайтом материала регулируются, а какие — нет. Когда всякое «повторное применение» творческого материала остается под контролем бизнеса, было бы разумно требовать, чтобы о проведении границ договаривались юристы. Теперь им уже незачем обсуждать лимиты. Подумайте обо всех творческих возможностях, порожденных цифровыми технологиями, а теперь вообразите себе масло, льющееся в машину. Вот что делает с творческим процессом само требование обязательных разрешений. Сглаживает его.

Вот на что упирал Олбен, описывавший создание компакт-диска, посвященного Клинту Иствуду. В то время как вполне понятна необходимость договариваться о предвидимых производных правах — съемке картины по книге, поэме или музыкальной пьесе, нет никакого смысла требовать договоренностей в отношении непредсказуемого. Здесь статутное право подошло бы куда больше.

В любом из этих случаев закон должен фиксировать защищенные способы использования, прочие же, предположительные, охраняться не должны. Это диаметрально противоположно рекомендации моего коллеги Пола Голдстейна²²¹. Он считает, что закон должен оговаривать расширенную защиту вслед за расширенным использованием.

Анализ Голдстейна прекрасно сгодился бы, будь стоимость правовой системы невелика. Но как мы замечаем сейчас в контексте интернета, неопределенность горизонтов защиты и стимулы к сохранению существующих структур доходов вкупе с сильным копирайтом подрывают инновационный процесс.

Закон мог бы справиться с этой проблемой, либо отменив защиту вне конкретно очерченных пределов, либо обеспечив права на вторичное использование при обозначенных статутных условиях. В обоих случаях в результате высвободится огромный пласт культуры, общедоступной для культивации. А при режиме статутных прав такое вторичное использование принесет артистам больше доходов.

ОСВОБОДИТЬ СНОВА МУЗЫКУ

Сражение, которое так распалило всю эту войну, велось из-за музыки, поэтому было бы несправедливо заканчивать эту книгу, не уделив этой

²²¹ Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* (Stanford: Stanford University Press, 2003), 187–216.

волнующей стольких людей теме должного внимания. Нет такого аспекта правовой политики, который подтверждал бы уроки данной книги лучше, чем схватки вокруг обмена музыкой.

Привлекательность музыкального файлообмена была сильнейшим допингом в росте интернета. Она поднимала спрос на доступ в интернет мощнее любого другого применения. Она, возможно, и стала убийственной, в обоих смыслах этого слова. Несомненно, музыкальный файлообмен подгонял развитие широкополосных сетей, но, вполне вероятно, что он же усиливает необходимость регулирования, которое, в конце концов, уничтожит инновационный механизм в Сети.

Целью копирайта, в отношении контента в целом и музыки в частности, является создание стимулов для сочинения, исполнения и, самое главное, распространения музыки. Закон добивается этого, наделяя композитора исключительным правом контроля за публичными исполнениями его произведения, а артиста — контролем над копиями его выступлений. Файлообменные сети усложняют данную модель, обеспечивая такой способ распространения контента, в котором исполнитель не получает прибыли. Разумеется, этим возможности пиринга не исчерпываются. Как я описывал в пятой главе, р2р-сети предлагают четыре разных вида фалообмена:

A. Некоторые используют файлообменные сети вместо покупки компакт-дисков.

B. Некоторые используют файлообменные сети для ознакомления перед приобретением дисков.

C. Многие используют пиринговые сети для того, чтобы иметь доступ к контенту, который больше не продается, но все еще охраняется копирайтом, или же его хлопотно покупать вне Сети.

D. Многие используют р2р-сети для доступа к контенту, который не охраняется копирайтом или явно выложен самим правообладателем во всеобщий доступ.

Всякая реформа права должна учитывать эти разные виды пользования. Следует избегать обременения четвертого вида использования в стремлении уничтожить использование первого типа. Более того, рвение, с которым закон обрушился на обмен первого вида, должно зависеть от величины использования второго типа. Как и в случае с видеомагнитофонами, если конечный эффект от обмена, в действительности, не очень вреден, необходимость в регулировании значительно ослабевает.

Как я уже говорил в пятой главе, реальный ущерб от файлообмена неоднозначен. Однако допустим здесь, что вред вполне реален. Другими словами, предположим, что обмен первого вида значительно больше второго типа и доминирует среди клиентов файлообменных сетей.

Тем не менее, в текущем технологическом контексте присутствует один ключевой момент, который мы должны учитывать, чтобы понять, как право должно реагировать на происходящее.

Сегодня файлообмен вызвал привыкание, а через десять лет его уже не будет. Сегодня он так популярен, потому что является простейшим способом доступа к широкому ассортименту контента. А через десять лет пиринг уже не будет самым легким средством доступа к различным материалам. Сейчас интернет-доступ громоздок и медлителен. Нам, американцам, еще повезло с нашим широкополосным подключением на 1,5 Мбит/с, да и у нас самих очень редко данный сервис обеспечивает такую скорость как для входящего, так и для исходящего трафика. Хотя развивается беспроводной доступ, большинство из нас по-прежнему выходит в сеть по проводам. Многие получают доступ только посредством машины с клавиатурой. Идея всегда работающего, всегда подключенного интернета — пока, главным образом, всего лишь идея.

Но она станет реальностью, и это значит, что нынешние наши средства доступа в интернет являются переходной технологией. Те, кто определяет политику, не должны основываться на переходной технологии. Они обязаны исходить из будущего технологии. Вопрос следует ставить не о том, «как вообще регулировать файлообмен», а «какой закон нам потребуется, когда Сеть станет тем, чем обещает стать». Сетью, в которой, по сути, работает каждая необесточенная машина, в которой, где бы вы ни находились (кроме, быть может, диких районов в Скалистых горах), вы будете подключены к интернету. Представьте, что интернет повсюду, как лучшая сотовая связь, позволяющая соединиться с кем угодно нажатием одной кнопки.

В таком мире будет чрезвычайно просто подключаться к сервисам, предоставляющим доступ к контенту «на лету» — к онлайн-радио, например, которое транслируется пользователю по первому его требованию. Вот тут мы и подошли к критическому моменту. К моменту, когда подключиться к сервисам, предоставляющим доступ к контенту, станет необычайно просто, легче будет соединиться с ними, чем загрузить и хранить контент на множестве устройств, предназначенных для его проигрывания. Будет проще, другими словами, подписаться на платный контент, нежели управлять базой данных, как это приходится делать всем в загрузочно-обменном мире напстероподобных технологий. Контент-сервисы будут конкурировать с файлообменом — даже несмотря на то, что будут брать деньги за доступ к контенту. Сотовые операторы в Японии уже предлагают трансляции музыки (за плату) на телефоны (которые можно снабдить наушниками). Японцы за это платят, несмотря на весь доступный в Сети «бесплатный» контент в виде МРЗ-файлов²²².

Такие размышления о будущем требуют рассматривать настоящее в перспективе: последнее на сегодня — всего лишь временное положение дел. «Проблема» файлообмена — на уровне настоящей проблемы — бу-

222 См., например, «Music Media Watch», The J@pan Inc. Newsletter, 03.04.2002, <http://www.japaninc.net/newsletters/?list=mmw&issue=12>.

дет проявляться все меньше по мере того, как легче станет подключаться к интернету. Таким образом, это непростительная ошибка тех, кто определяет нынешнюю политику. Они «решают» данный вопрос в свете технологии, которой завтра уже не будет. Цель, которую следует ставить — это не урегулировать интернет для уничтожения файлообмена (Сеть все равно перерастет эту проблему), а удостовериться в том, что артисты получают свои деньги в этот период, переходный от бизнес-моделей двадцатого века к технологиям века двадцать первого.

Ответ начинается с осознания того факта, что здесь надо решать разные «проблемы». Давайте начнем с контента четвертого типа — не охраняющегося копирайтом или охраняющегося, но предоставленного самим артистом в пользование. «Проблема» с этим контентом заключается в том, чтобы технология, обеспечивающая данный вид обмена, ни за что не была признана незаконной. Можете судить об этом с такой позиции: таксофоны используют похитители, чтобы при их помощи требовать выкуп, в этом нет сомнения. Но есть же много людей, которым необходимы такие телефоны, и они не имеют ничего общего с преступниками. Было бы неразумно запрещать платные телефонные автоматы, лишь бы искоренить похищение людей.

Контент третьего типа поднимает другую «проблему». Этот контент когда-то издавался, но более уже недоступен. Возможно, его не достать, потому что артист не слишком ценен, чтобы записывающий лейбл, с которым он подписывал контракт, выпускал его. А может быть, о нем просто забыли. В обоих случаях целью закона должно быть облегчение доступа к этому контенту, в идеале — вместе с вознаграждением самому артисту.

Опять-таки, указанная модель сходна с букинистической. Когда книгу перестают печатать, ее все еще можно найти в библиотеках и букинистических магазинах. Но библиотеки и букинисты не выплачивают правообладателям за то, что кто-либо читает или покупает переставшую издаваться книгу. Конечно, это совершенно нормально, так как любая другая система была бы столь обременительной, что устранила бы саму возможность существования букинистических магазинов. Однако с точки зрения автора такой «обмен» его контентом без компенсации далек от идеала.

Букинистическая модель предполагает, что закон мог бы просто признать не издающуюся музыку честной добычей. Если издатель не делает копий, доступных в продаже, то коммерческие и некоммерческие провайдеры должны по такому правилу свободно «обменивать» этот контент, пусть такой обмен и подразумевает создание копии. Копирование в данном случае будет побочным продуктом торговли. В контексте прекратившегося коммерческого издания обмен музыкой должен быть свободным, как и обмен книгами.

В качестве альтернативы право могло бы создать статутную лицензию, которая гарантировала бы артистам определенные доходы от торговли их произведениями. Например, если закон установит низкий статутный

взносы за коммерческий обмен контентом, отсутствующим в продаже у коммерческого издателя, и если эти отчисления автоматически переводятся артисту, тогда вокруг идеи обмена таким контентом могли бы развиться бизнес-модели, и артисты выгадали бы от такой торговли.

Данная система создала бы также для издателей стимул сохранять произведения в коммерческом доступе. Все, чего там нет, под такую лицензию не попадало бы. Таким образом, издатели могли бы сохранить за собой право назначать любую цену за контент, если он остается в коммерческом доступе. Но если они этим не занимаются, а вместо этого их произведения живут на жестких дисках поклонников по всему миру, то любые отчисления за подобное копирование должны быть намного ниже тех, что выплачиваются коммерческому издателю.

Сложная ситуация с контентом первого и второго типа, но, опять-таки, сложна она потому, что острота проблемы со временем притупится вместе с изменением технологий получения доступа к контенту. Правовое решение в данном случае должно быть столь же гибким, как и сама проблема. Следует понимать, что мы живем в разгар коренной трансформации технологий доставки контента и предоставления доступа к нему.

Так вот вам решение, которое поначалу покажется странным обеим противоборствующим сторонам, но по размышлению, я уверен, оно будет воспринято как вполне разумное.

Если опустить риторику о святости собственности, основное требование контентной индустрии таково: новая технология (интернет) нанесла урон ряду прав, которые обеспечивают копирайт. Если эти права подлежат защите, то индустрия контента обязана получить компенсацию за нанесенный ущерб. Как технология табачного производства причинила вред здоровью миллионов американцев, или технология добычи асбеста послужила причиной серьезных заболеваний у тысяч шахтеров, так и технология цифровых сетей нанесла урон интересам контентной индустрии.

Я люблю интернет, и потому я не хочу его сравнивать с табаком или асбестом. Но аналогия с точки зрения права верна. И она предполагает верный ответный ход: чем искать способы уничтожения интернета или пиринговых технологий, вредящих ныне провайдерам контента в Сети, следует найти относительно простой способ компенсировать причиненный ущерб. Идея представляет собой модификацию предложения, вынесенного гарвардским профессором права Уильямом Фишером²²³. Фишер предлагает

223 William Fisher, *Digital Music: Problems and Possibilities* (последняя редакция: 10.10.2000), <http://www.law.harvard.edu/faculty/TFisher/Music.html>; William Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (готовится к изданию) (Stanford: Stanford University Press, 2004), chapter 6, <http://cyber.law.harvard.edu/people/TFisher/PTKChapter6.pdf>. Профессор Нетанел предложил сходную идею, которая исключит некоммерческий обмен из сферы регулирования копирайта и взамен установит компенсацию артистам. См. Neil Weinstock Netanel, «Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P File Sharing»,

очень хитрый способ обойти нынешний интернет-тупик. Согласно его плану, весь контент, который можно транслировать в цифровом формате, должен, во-первых, маркироваться цифровой меткой (не беспокойтесь о способе обхода этих меток — как вы сами увидите, повода избегать их просто нет). Во-вторых, после маркировки контента предприниматели разрабатывают системы мониторинга, подсчитывающие количество распространённых единиц любого контента. В-третьих, на основе полученных данных артистам выплачиваются компенсации. В-четвертых, компенсация выплачивается посредством подходящего налога.

Предложение Фишера тщательно сформулировано и вполне исчерпывающе. Оно вызывает миллион вопросов, на большинство из них он убедительно отвечает в своей выходящей книге «Обещания, которые надо сдержать». Модификация, которую предлагаю я, довольно проста. Фишер представляет свое предложение как замену существующей системы копирайта. Я представляю свое как дополнение к ней. Цель его — упростить систему вознаграждения до того уровня, когда ущерб станет очевиден. Это будет временное вознаграждение для переходного периода между двумя режимами, и оно потребует пересмотра через какой-то период времени. Если свободному обмену контентом все еще нужно будет содействовать через систему налогообложения, такую практику можно будет продлить. Если же данная форма защиты окажется более не нужной, тогда можно будет вернуться к старой системе контроля доступа.

Фишер воспротивился бы идее о возвращении к старому режиму. Он преследует цель не просто гарантировать авторам их гонорары, но и установить систему, поддерживающую, по возможности, самый широкий спектр «семиотической демократии». Однако цели семиотической демократии будут достигнуты, если завершатся прочие изменения, мною описанные, в частности, ограничения на производное использование.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468180. Другие предложения см. в Lawrence Lessig, «Who's Holding Back Broadband?», Washington Post, 8.01.2002, A17; Philip S. Corwin от имени Sharman Networks, письмо сенатору Джозефу Р. Байдену-мл., председателю сенатского комитета по иностранным делам, от 26.02.2002, <http://www.ipuf.org/ipuf/BidenReportLetterBA.htm>; Serguei Osokine, A Quick Case for Intellectual Property Use Fee (IPUF), 03.03.2002, <http://www.ipuf.org/ipuf/ipuf.htm>; Jefferson Graham, «Kazaa, Verizon Propose to Pay Artists Directly», USA Today, 13.05.2002, <http://www.usatoday.com/tech/news/2002/05/14/music-kazaa.htm>; Steven M. Cherry, «Getting Copyright Right», IEEE Spectrum Online, 01.07.2002, <http://www.spectrum.ieee.org/WEBONLY/publicfeature/feb02/copyr.html>; Declan McCullagh, «Verizon's Copyright Campaign», CNET News.com, 27.08.2002, <http://news.com.com/2008-1082-955417.html>. Предложение Фишера очень сходно с предложением Ричарда Столлмена по DAT. В отличие же от Фишера, Столлмен не предлагает пропорционально и напрямую выплачивать артистам, хотя более популярные получают от этого больше, чем менее популярные. Как это характерно для Столлмена, его предложение опережает текущую дискуссию лет на десять. См. http://www.wired.com/wired/archive/1.03/1.3_stallman.copyright.html.

Система, которая просто взимает плату за доступ, не слишком обременит семиотическую демократию, если бы не существовало столько ограничений на то, что позволено делать с самим контентом.

Несомненно, будет сложно определить точный размер «урона» индустрии. Но выгода от содействия новаторству перевешивает трудности такого подсчета. Эта фоновая система компенсации также не будет конфликтовать с иновационными предложениями наподобие музыкального магазина Apple. Как предсказывали специалисты, в момент запуска MusicStore этот магазин одержит верх над «бесплатным», сделавшись проще него. Расчеты оказались верны: Apple продала миллионы песен даже по весьма высокой цене в 99 центов за трек. (По такому тарифу стоимость эквивалентна попесенной цене компакт-диска, хотя лейблам и не приходится оплачивать себестоимость CD). На предложение Apple появилось встречное от Real Networks, которая стала продавать музыку по 79 центов за композицию. Несомненно, главная борьба на рынке онлайн-музыкальных продаж еще впереди.

Эта конкуренция завязалась уже на фоне «бесплатной» музыки в пиринговых сетях. Как хорошо выучили провайдеры кабельного телевидения за тридцать лет, а продавцы бутилированной воды — за еще более долгий срок, нет совершенно ничего невозможного в «соревновании с бесплатным». В самом деле, конкуренция, как ничто другое, подстегивает соперников к предложению новых улучшенных продуктов. Вот именно таким и должен быть конкурентный рынок. Так и в Сингапуре, несмотря на разгул пиратства, кинотеатры зачастую процветают — в них есть места «первого класса», и даже еду подают прямо во время просмотра. Они борются и добиваются успеха в стремлении найти способ соперничать с «бесплатным». Этот режим соревнования с надежным оплотом в виде гарантированного дохода артистов будет мощно содействовать инновациям в сфере доставки контента. Эта конкуренция продолжит сокращать обмен первого типа и вдохновит самый широкий круг новаторов, тех, у кого появятся права на контент, и исчезнет страх перед неопределенными и варварски жестокими карами закона.

Свое предложение я резюмирую следующим образом.

Интернет в переходной стадии. Не следует регулировать переходную технологию. Вместо этого надо направить все усилия на минимизацию урона интересом, который порожден данным технологическим изменением, одновременно обеспечивая и поддерживая наиболее эффективную технологию, какую только можно создать.

Минимизировать ущерб можно, максимально увеличив пользу для инноваций путем:

- гарантированного права на участие в обмене четвертого типа;
- разрешения некоммерческого обмена третьего типа без привлечения к ответственности и коммерческого обмена третьего типа по низкому и фиксированному статуту тарифу;

– налогообложения и компенсаций за обмен первого типа в переходный период на уровне фактически нанесенного ущерба.

Но что если «пиратство» не исчезнет? Что если есть конкурентный рынок, предоставляющий контент по низким ценам, но значительное число потребителей продолжают использовать контент задаром? Должен ли закон тогда что-то с этим делать?

Да, должен. Но, опять-таки, это будет зависеть от того, как будет развиваться ситуация. Изменения, возможно, не приведут к исчезновению обмена первого типа, но суть не в абстрактном уничтожении обмена. Все дело в воздействии на рынок. Разве лучше иметь на 95% надежную технологию, образующую рынок размера X, чем на 50% надежную технологию, создающую рынок впятеро больше X? Менее надежное может породить больше незаконного обмена, но оно также гарантированно создаст куда больший рынок легального обмена. Самая важная вещь – обеспечение компенсаций артистам без развала интернета. Как только это будет сделано, настанет, быть может, подходящий момент искать способы выслеживания жалких пиратов.

Но мы еще далеки от низведения проблемы к этому подклассу любителей обмена первого типа. И пока нам следует фокусировать внимание не на поиске средств для разгрома Сети, а на том, как гарантировать оплату труда артистов, одновременно сохраняя онлайн-пространство для инноваций и творчества.

УВОЛИТЬ ТОЛПЫ ЮРИСТОВ

Я юрист и зарабатываю на жизнь тем, что воспитываю новых юристов. Я верю в закон. Я верю в закон об авторском праве. На самом деле, я посвятил свою жизнь праву не потому, что в конце карьеры представлял себе большие деньги, а из-за идеалов, ради которых мне хочется жить.

И, тем не менее, большая часть этой книги посвящена критике юристов, точнее, роли, которую они играют в этих дебатах. Закон исповедует идеалы, но, на мой взгляд, наша профессия слишком подстроилась под клиента. А в мире, где у богатых клиентов своя сильная позиция, нежелание моих коллег сомневаться или противиться сильным позициям оказывает праву медвежью услугу.

Свидетельства этого перегиба неоспоримы. Многие коллеги поносят меня за «радикализм», хотя позиция, которую я отстаиваю, в точности соотносится с мнением некоторых наиболее уравновешенных и значимых фигур в истории этой сферы права. Многие, к примеру, посчитали безумным вызов, который мы бросили закону о продлении срока копирайта, однако всего тридцать лет назад величайший теоретик и практик в этой области, Мелвилл Ниммер, полагал это очевидным²²⁴.

²²⁴ Lawrence Lessig, «Copyright's First Amendment» (Melville B. Nimmer Memorial Lecture), *UCLA Law Review* 48 (2001): 1057, 106970.

Однако моя критика роли юристов в данном споре имеет не только профессиональный уклон. Она, что самое важное, затрагивает нашу неспособность по-настоящему оценивать издержки закона.

Призвание экономистов — оценивать издержки и выгоды. Но в большинстве своем экономисты, понятия не имеющие о действительных функциях правовой системы, просто недооценивают переходные издержки правовой системы²²⁵. Они видят систему, простоявшую сотни лет, и считают, что она работает так, как им еще учительница в начальной школе объясняла.

Однако правовая система не работает. Или, точнее, не работает ни на кого, кроме обладателей мощнейших ресурсов. И не потому, что система коррумпирована. Я не считаю, что наша правовая система (по крайней мере, на федеральном уровне) вообще коррумпирована. Я имею в виду, что из-за невообразимо высоких издержек нашей системы права правосудие практически невозможно.

Эти издержки во многом искажают картину свободной культуры. В крупнейших фирмах почасовая ставка адвоката зашкаливает за 400 долларов. Сколько такой адвокат проводит времени за тщательным рассмотрением дела или выяснением туманных берегов полномочий? Ответ все больше склоняется к «очень мало». Закон полагался на тщательное выражение идеи и развитие доктрины, но тщательное выражение мыслей и развитие правовой доктрины зависят от точной работы. Однако эта точная работа слишком дорога (если речь не идет о самых тонких и дорогостоящих делах).

Дороговизна, неуклюжесть и непредсказуемость такой системы выставляет нашу традицию на посмешище. И адвокаты, подобно теоретикам, должны считать своим долгом изменить принцип действия закона или, что еще лучше, изменять право таким образом, чтобы оно заработало. Плохо, когда система хорошо работает только для одного процента элитной клиентуры. Ее можно сделать радикально эффективнее, дешевле и, в итоге, справедливее.

225 Хорошим примером служит работа профессора Стэна Либовица. Либовица следует похвалить за его тщательный анализ данных по нарушениям, дважды приведший его к сомнениям в собственной публично заявленной позиции. Первоначально он предсказывал, что загрузка существенно повредит индустрии. Затем он пересмотрел свои взгляды в свете полученных данных и с тех пор еще раз переработал свою позицию. Сравните Stan J. Liebowitz, *Rethinking the Network Economy: The True Forces That Drive the Digital Marketplace* (New York: Amacom, 2002) (пересмотр изначальной позиции, хоть и скептический) и Stan J. Liebowitz, «Will MP3s Annihilate the Record Industry?», черновик, июнь 2003 г., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=414162. Тщательный анализ Либовица чрезвычайно ценен в плане расчета эффекта файлообменной технологии. По моему мнению, однако, он недооценивает издержки правовой системы. См., например, *Rethinking*, 17476.

Но до завершения этой реформы нашему обществу следует держать закон подальше от областей, в которых, как мы знаем, он только навредит. И ведь зачастую закон будет приносить только вред, если большую часть нашей культуры оставить в его ведении.

Подумайте об удивительных вещах, которые ваш ребенок сможет делать при помощи цифровой технологии: кино, музыку, веб-сайт, блог. Или подумайте о замечательных вещах, которые цифровая технология может принести вашему сообществу, – Wiki²²⁶, постройка амбара, активное участие в изменении чего-либо. Подумайте обо всех возможных творческих делах, а потом представьте патуку, льющуюся на жернова. Вот что получается из режима, требующего разрешений. Опять-таки, это реальность брежневской России.

Право должно регулировать определенные сферы культуры, но только там, где это регулирование приносит благо. Однако юристы редко подвергают испытанию свою силу или силу, ими продвигаемую, простым практическим вопросом: «А принесет ли это пользу?» И на вопрос о расширении сферы действия права адвокат отвечает: «Почему бы нет?» Мы же обязаны спросить: «Почему?» Покажите мне, зачем нужно это ваше регулирование культуры. Докажите мне, что оно благотворно. И пока вы не убедите в этом, я буду держаться подальше от ваших адвокатов.

²²⁶ Wiki – один из самых масштабных свободных проектов Сети. Развивается как справочный (Wikipedia) и новостной (WikiNews) ресурс. Формируется на принципах свободного размещения текстов и внесения изменений в них. По числу статей в английской версии Wikipedia уже превзошла Encyclopedia Britannica. (Прим. ред.).

Д Л Я З А М Е Т О К

270©



ЛОУРЕНС ЛЕССИГ «СВОБОДНАЯ КУЛЬТУРА»



ВЫШЛА ПЕРВАЯ В РОССИИ КНИГА ПОД ГРИФОМ CREATIVE COMMONS

Александр Долгин **«ЭКОНОМИКА СИМВОЛИЧЕСКОГО ОБМЕНА»**

Как культура функционирует в условиях рынка?

Как угодить индивидуальному вкусу?

Кому выгодны распродажи модной одежды?

Как использовать деньги во благо культуре?

Копирайт или копилефт?

Благосостояние растет – а что со счастьем?

Что влияет на качество произведений?

Сколько стоит человеческое внимание?

Откуда берутся звезды и для чего они нужны?

Автор – профессор, заведующий кафедрой прагматики культуры Высшей школы экономики – публикует в книге массу фактов по различным рынкам культуры – книгоизданию, кино, моде, звукоиндустрии (в том числе полуправильным файлообменным сервисам, позволяющим бесплатно скачивать музыку и видео в интернете). Собранный материал позволяет иначе взглянуть на многие явления современной культуры. В книге рассматривается ряд острых проблем:

1. Ограниченной работоспособности денег в культуре. Деньги в этой сфере измеряют далеко не все. За рамками учета оказываются такие важнейшие категории как потраченное время, эмоции, удовольствие человека. В итоге, работая на поле культуры, экономическая мысль часто оказывается беспомощной. Это порождает ряд проблем следующего уровня: невозможность посчитать результат в культуре; ситуацию однородных цен, при которой хорошие и плохие товары стоят одинаково.

2. Проблема выбора произведений по вкусу. В отсутствие ценовых сигналов о качестве товаров культуры, издержки навигации перекадываются на покупателей.

3. Проблема качества в культуре. Из-за того, что критерии качества в культуре не ясны, производители берут плату только за доступ к контенту, а не за его качество. Поставщики оказываются не заинтересованы в повышении качества своей продукции – в итоге уровень товаров и услуг снижается.

Обозначив эти и другие проблемы, Александр Долгин закладывает основу новой ветви экономики – экономии символического обмена, вводящую в оборот личные ресурсы человека. Для работы с этими непривычными ресурсами автор предлагает создать новый сервис, позволяющий учитывать впечатления людей от прочитанных/увиденных/услышанных произведений и за счет этого выдавать рекомендации по новым товарам. Принцип, лежащий в основе подобного сервиса, сродни хорошо знакомому механизму людской молвы – только автоматизированному. Рекомендации генерируются с помощью подбора вкусовых единомышленников. Сервис спроектирован и проходит сейчас стадию бета-тестирования. Таким образом, автор предлагает новый инструментарий, необходимый для экономических преобразований в сфере культуры.

Книгу А.Долгина <Экономика символического обмена> можно приобрести:

• в фонде <Прагматика культуры>

• в центральных книжных магазинах

• у представителя фонда в регионах

Детальная информация представлена на сайте www.artpragmatica.ru/book

Научно-популярное издание
Лоуренс Лессиг. Свободная культура
Как медиаконцерны используют технологии
и законы для того, чтобы душить культуру
и контролировать творчество.

Координатор выпуска: Елена Львова
Перевод: Олег Данилов
Редактор: Виктор Ильин
Выпускающий редактор, корректор: Ярослав Россиев
Дизайнер: Дмитрий Наумкин
Верстальщик: Елена Пилипенко

Фонд научных исследований «Прагматика культуры»
Юр. адрес: 125565, Москва. Ул. Пулковская, д.3, стр. 3
Факт. адрес: 127299, Москва, ул. Клары Цеткин, 4/6
Тел./факс: (495) 661-0893
E-mail: info@artpragmatica.ru
<http://www.artpragmatica.ru>

Формат
Печать
Тираж
Типография