

א. מבוא

תחום ההסדרה והמחקר של "משפט וטכנולוגיה" הוא כיום ענף עצמאי ומרכזי שעוסקים בו מחוקקים, שופטים וחוקרים, בתוך התייחסות למגוון רחב של תחומים ושל נושאים: פרטיות, חופש ביטוי, טלקומוניקציה, סחר אלקטרוני, אבטחת מידע ועוד. מטרתי בפרק זה היא לזרות אור על סוגיה נוספת, אשר המחקר והדיון הציבורי בעניינה נמצאים עדיין בשלביהם הראשונים. סוגיה זו היא שימור של תרבות בסביבה דיגיטלית, ובמילים אחרות – תפקיד המשפט בהבניית נוף ההיסטוריה, הזיכרון והשכחה בעידן שבו טכנולוגיות מידע מתקדמות שזורות ושלובות בכל רובד ונדבך של חיי החברה ושל החיים האישיים.

כמה דוגמאות עשויות להמחיש מקצת מתחומי הפעילות אשר ניתן לכןס במסגרת הדיון: "פרויקט הספריות" של חברת "גוגל" – פרויקט שבמסגרתו סורקים, מתעדים במדיה דיגיטלית ולאחר מכן מאחזרים ומעמידים לרשות הציבור מיליוני ספרים וטקסטים כתובים מתוך מאגר המידע של הפרויקט;¹ אתרי שיתוף תוכן – תמונות, רשומות קול ווידאו, דוגמת "YouTube" ו-"Flickr", המאפשרים למשתמשים ליצור, לסווג, לקטלג ולהעמיד לרשות הציבור תכנים (לרבות תכנים אשר יצרו משתמשי קצה), אגב שימוש בתכנים קיימים והתייחסות אליהם; רשתות חברתיות ותכנות חילופי קבצים אשר משמשות באופן מעשי, בין היתר, מאגר מידע (תכנים) מבוזר לתיעוד של תכנים ושל מידע, לשימורם ולאחזורם;² "ארכיב האינטרנט" – פרויקט העוסק בתיעוד, בשימור ובהנגשה של העתקים של כל אתרי האינטרנט (כמעט) על גרסאותיהם השונות, כפי שהם קיימים ברשת הכלל-עולמית;³ מיזמים דוגמת "Europeana"⁴ – פרויקט של הקהילייה האירופית להקמת מאגר ייצוגים דיגיטליים של תכנים שהם חלק מן המורשת התרבותית האירופית, מאגר המבוסס

* ד"ר למשפטים, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. אני מודה לגב' יעל ליפשיץ על עבודת מחקר מצוינת ועל הערותיה לטייטה מוקדמת יותר של הפרק. כל האתרים במאמר נבדקו לאחרונה ב-8.5.2011.

1 ראו: GOOGLE BOOK LIBRARY PROJECT, www.books.google.com/googleprint/library.html. לסקירת מצבו הנוכחי של הפרויקט נוכח הקשיים המשפטיים הכרוכים בו, ראו להלן ה"ש 68-73 והטקסט המפנה אליהן.

2 לתיאור הפונקציות האמורות של תכנות חילופי קבצים ראו: Guy Pessach, *An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions*, 40 VAND. J. TRANSNAT'L L. 87 (2007).

3 ראו: INTERNET ARCHIVE, www.archive.org/index.php.

4 ראו: EUROPEANA – THINK CULTURE, www.europeana.eu/portal/; EUROPEANA – *Europe's Digital Library: Frequently Asked Questions*, EUROPA – PRESS RELEASES

על תכנים שמספקים מוזאונים, ארכיונים ומוסדות תרבות בכל רחבי אירופה; ארכיונים מסחריים של צילומים (Images Agencies) – דוגמת "Corbis" או "Getty Images"⁵, אשר מנהלים מאגר של צילומים, של ייצוגים חזותיים ושל סרטים לשימושים מסחריים דוגמת פרסומות, סרטי תדמית ועוד; מוזאונים, ארכיונים ומוסדות תרבות ציבוריים נוספים, אשר מפיקים ומנהלים מאגרים דיגיטליים המתעדים את האוספים של חפצי התרבות המוחשיים שבשליטתם.⁶

למראית עין, ניתן לתהות מה בין חלק מן הדוגמאות האמורות – ובפרט אלה המתייחסות לגופי תקשורת מסחריים, העוסקים בשיווק ובהפצה של תכנים – לבין "שימור תרבות דיגיטלי". אולם אחת הטענות העיקריות שאבקש לפתח כאן עניינה בהבדלים הרדיקליים בין שימור התרבות הדיגיטלי לבין מסגרות מסורתיות של שימור תרבות בסביבה מוחשית. ראשית, בשונה מסביבה מוחשית, סביבה דיגיטלית מתאפיינת בתהליכי התלכדות בין פעילותם השוטפת של תאגידי תקשורת מסחריים לבין פעילות נלווית ומשנית של אותם גופים, פעילות אשר תוצריה הם נוף ההיסטוריה ומורשת התרבות. טלו, למשל, אתר שיתוף תוכן דוגמת "YouTube", אשר משמש במה עכשווית להצגת תכנים ובה בעת ארכיב – מאגר תכנים המתעד ומשמר מרכיבי תרבות ומידע מן ההווה, בין היתר עבור הדורות הבאים. שנית, סביבה דיגיטלית מתאפיינת בשחרור מן הכבלים המוסדיים ומן התכתיבים אשר אפיינו תהליכים של שימור תרבות ושל זיכרון היסטורי במסגרות המוסדיות המסורתיות – ארכיונים, מוזאונים וספריות. כעת לקבוצות וליחידים יש אפשרויות רבות יותר לקחת חלק בעיצוב מראה פני העבר עבור הדורות הבאים. דוגמה אחת לכך היא "פרויקט בן־יהודה" – מיזם התנדבותי אשר עוסק ביצירת מהדורות אלקטרוניות של נכסי הספרות העברית ובריכוזן באתר אינטרנט לטובת הציבור, ללא תשלום ובאופן חופשי לשימוש.⁷ דוגמה שנייה היא "פיקיוויקי" – מאגר אינטרנט שיתופי לתמונות בפורמט דיגיטלי בנושאי היסטוריה, גאוגרפיה וחברה במדינת ישראל ובארץ ישראל. פריטי המאגר נתרמים, מסווגים ומקוטלגים על־ידי הציבור הרחב והמאגר עומד לרשות הציבור לשימוש חופשי כמשאב ציבורי שהוא בגדר נחלת הכלל.⁸

באופן כללי יותר, וכמפורט בחלק ב להלן, האינטרנט וטכנולוגיות מידע דיגיטליות נוטים לכונן מחדש את התנאים הטכנולוגיים ואת התנאים החברתיים שבהם תכנים, מידע

http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/724&fo_RAPID,.rmat=HTML&language=EN

5 ראו: .GETTYIMAGES, www.gettyimages.com; CORBISIMAGES, <http://pro.corbis.com>

6 ראו את הסקירה ברו"ח ספריית הקונגרס בארצות הברית: LIBRARY OF CONG. NATIONAL DIGITAL INFORMATION INFRASTRUCTURE & PRESERVATION PROGRAM ET AL., INTERNATIONAL STUDY ON THE IMPACT OF COPYRIGHT LAW ON DIGITAL PRESERVATION, (2008), available at www.digitalpreservation.gov/library/resources/pubs/docs/digital_preservation_final_report2008.pdf (להלן: "רו"ח ספריית הקונגרס").

7 ראו: "מהו הפרויקט? פרויקט בן־יהודה" www.benyehuda.org/h_faq.html (להלן: "פרויקט בן־יהודה").

8 ראו: "אודות פיקיוויקי", פיקיוויקי – מאגר התמונות של ישראל www.pikiwiki.org.il/index.php?action=content&id=3

וחומרי תרבות נשמרים, מסווגים ומונגשים לדורות הבאים, או לחלופין, נמוגים, מודרים, נשכחים ונכחדים. מטרתי היא לבחון את השינויים הללו ולהדגיש את האופן שבו המשפט בכלל, ודיני זכויות יוצרים בפרט, מסדירים ומנתבים את הפעילות החברתית בתחום שימור התרבות הדיגיטלי. בניגוד לעולם הפיזי, ראשיתם וסופם של אובייקטים במרחב הדיגיטלי הם בייצוגים מופשטים. בכל הנוגע לאלה, כל פעולה של תיעוד, של שימור, של הפצה ושל הנגשה הכרוכה בהעתקה היא פעולה הכפופה לכוח הריבונות הפרטי של בעלי זכויות היוצרים בתכנים אשר בהם מבקשים להשתמש ואשר אותם מבקשים לתעד, לשמר ולהנגיש לדורות הבאים.⁹ נוכח האמור הולכת וגוברת מרכזיותם של דיני זכויות יוצרים בכל הנוגע לאחזור מידע ולשימור תרבות בסביבה דיגיטלית. בחלק ג אתמקד בחוסר התאמתם של דיני זכויות היוצרים הנוכחיים למציאות חדשה זו. בפרט אראה כי דיני זכויות היוצרים נעדרים די סייגים, חריגים ומנגנונים אחרים הדרושים כדי לאפשר פעילות מגוונת, מבוזרת ופורה – תרבות דמוקרטית של תיעוד ושל שימור העבר, כפי שהוא משתקף בחומרים המוגנים בזכויות יוצרים, עבור הדורות הבאים. ביתר פירוט, אטען שהמתכונת הנוכחית של דיני זכויות היוצרים תומכת בהפרטה של מרחבי הזיכרון החברתי ומעודדת אותה. גופים מסחריים ותאגידי תקשורת מקבעים את אט את מעמדם כ"אדריכלים של העבר" ודוחקים ממקומם גופים ציבוריים ומסגרות דמוקרטיות ואזרחיות בתחום.

בחלק ד, חלקו האחרון של הפרק, אציע מתווה נורמטיבי המבקש לעצב מחדש – ובמידה מסוימת, אף ליצור יש מאין – את דיני השימור הדיגיטלי של התרבות. ראשיתו של חלק זה בהצגה ראשונית (וחלקית) של עקרונות היסוד ושל סל הערכים אשר לדעתי צריכים להנחות את המחוקק ואת בתי המשפט בעצבם את דיני השימור הדיגיטלי של התרבות. המשכו בשתי הצעות פרטניות המדגימות רפורמות אפשריות בדיני זכויות יוצרים; הצעות אלה נועדו להתמודד עם המגמה הנוכחית של הפרטת מרחבים לשימור תרבות דיגיטלי ולספק פתרונות אשר יהפכו מרחבים אלה למבוזרים יותר, לדמוקרטיים יותר ולשוויוניים יותר.

בעיקרו של הפרק אתמקד בדיני זכויות יוצרים מתוקף היותם אמצעי משפטי מרכזי להסדרת התחומים של אחזור ושימור דיגיטליים של תרבות. אולם מטרתי היא כללית יותר – ברצוני להאיר את האופן שבו משמש המשפט כאמצעי המסדיר תהליכי זיכרון חברתי ולהעמיד לדיון את אמות המידה אשר על יסודן יש לבצע הסדרה כאמור. לטענתי, בהקשר זה יש לשקול שתי קטגוריות של סובייקטים ושל אינטרסים. ראשית, האינטרס של הדורות הבאים להיחשף למידע, לתכנים, לפרספקטיבות ולנרטיבים מגוונים, מן העבר ועל אודותיו, כפי שאלה לוקטו, תועדו ושומרו על ידי מארג רבגוני של קבוצות ושל יחידים בדרות קודמים. שנית, האינטרס של יחידים, של קבוצות ושל קהילות בהווה להטביע את חותמם בנוף ההיסטוריה ובמורשת התרבות לדורות הבאים. כמפורט בחלק ד, לתפיסתי, אינטרס זה מעוגן בערכים ובשיקולים הכרוכים בעקרון חופש הביטוי. אולם אף אם חולקים על מרכזיותו של עקרון חופש הביטוי בהקשר זה, דומה, כי הֶדְגֵשׁ אחד נותר בעינו. יש

9 ככפוף, כמובן, לקיומה של הגנת זכויות יוצרים ולכך שטרם פג משך ההגנה. ראו להלן את הטקסט המפנה לה"ש 50-75.

מקום ליתר תשומת לב באשר להשלכותיהם של המשפט – ושל דיני זכויות יוצרים בפרט – על היבטים בין־דוריים (inter-generational) ועל הממשק עבר־הווה־עתיד בהקשר של נרטיבים היסטוריים, של מורשת תרבות ושל זיכרון חברתי. כדי להבין את תפקיד המשפט בהקשר זה יש לאתר את תפקידיהם הפוליטיים, החברתיים והאישיים של מוסדות זיכרון דוגמת ארכיונים, מוזאונים וספריות ובאופן כללי יותר – את הפעילות אשר נהוג לכנותה "מורשת תרבות" ו"אמת היסטורית". בכל אלה אעסוק בפרק זה.

ב. מוסדות זיכרון ושימור תרבות – ממסמכים וחפצים לזיכרונות נדיפים

1. מוסדות זיכרון ושימור תרבות בעידן האנלוגי

המונח "מוסדות זיכרון" מיועד לכנס בכותרת אחת גופים ומסגרות מוסדיות שעיסוקם מתמקד, בין היתר, בבחירה, בתיעוד, בשימור, במיון ובסיווג של מסמכים, של יצירות, של תכנים, של מידע ושל חומרי תרבות, וכן בקנוניזציה ובהנגשה לציבור של כל אלה, לאורך ציר זמן ארוך טווח ובממד בין־דורי. ארכיונים, מוזאונים וספריות הם דוגמה למוסדות זיכרון מסורתיים, אשר לצד תפקידים נוספים ריכזו את מרבית פעילותם בתחום טרם התפתחותם של האינטרנט ושל טכנולוגיות מידע חדשניות. מונח רלוונטי נוסף הוא "שימור תרבות"; מונח זה מאגד את כלל הפעילויות, המסגרות והנורמות המסדירות שימור של חומרי תרבות, גם הוא לאורך ציר זמן ארוך טווח ובממד בין־דורי. פעילות זו נוטה להתבצע לאורו של מערך דיני הקניין התרבותי (Cultural Property Law) ובגיבויו. מערך זה כולל מארג של נורמות בין־לאומיות ומדינתיות הקובעות הגבלות וחובות באשר לדרכי השימוש ביצירות ובחפצי תרבות אותנטיים ובעלי ערך ייחודי, ערך המצדיק את שימורם, את אופני ניצולם ואת עבירותם.¹⁰

ככלל, הפרדיגמה המסורתית של מוסדות זיכרון ושל שימור תרבות מבוססת על תבנית של "קניין ציבורי כשליטה". חומרי תרבות בעלי חשיבות וערך ייחודי מרוכזים בידי גופים – בדרך כלל ציבוריים – אשר אחראים לשימורם ולהנגשתם בתוקף תפקידם כ"נאמני הציבור".¹¹ למצער, הדין קובע הגבלות על דרכי הניצול של חומרי תרבות בעלי ערך

10 ראו: JOHN H. MERRYMAN & ALBERT E. ELSÉN, LAW ETHICS AND THE VISUAL ARTS 161–304 (4th ed. 2002); John Henry Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, 77 CAL. L. REV. 339, 355 (1989); Frank G. Fechner, *The Fundamental Aims of Cultural Property Law*, 7 INT'L J. CULTURAL PROP. 376 (1998); Patty Gerstenblith, *Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States*, 75 B.U. L. REV. 559 (1995).

11 ראו, למשל, במסגרת הדין הישראלי, את חוק הספרייה הלאומית, התשס"ח–2007, ס"ח 2120 (להלן: חוק הספרייה הלאומית); חוק הספריות הציבוריות, תשל"ה–1975, ס"ח 779; חוק הספרים (חובת מסירה וציון הפרטים), התשס"א–2000, ס"ח 1767; חוק הארכיונים, תשט"ו–1955, ס"ח 171; חוק המוזיאונים, תשמ"ג–1983, ס"ח 1084; חוק העתיקות, תשל"ח–1978, ס"ח 885. כפי שדברי חקיקה אלה מלמדים, בעבר לפחות נטה המחוקק להקנות את התפקיד של שימור התרבות לגופי שלטון, ולמצער לגופים ציבוריים. ראוי לציין כי בתחום של דיני הקניין התרבותי רווחות שתי גישות עיקריות. גישה אחת היא גישה לאומית; גישה זו שמה

ייחודי המצויים בבעלות פרטית, על השימוש בהם ועל עבירותם. בכך, למעשה, הופך הדין את אותם חומרי תרבות לנכסים אשר לציבור זיקת הנאה מתמשכת בהם.¹² בפועל, תפקידם החברתי של מוסדות הזיכרון ושל דיני שימור התרבות רחב יותר משימור גרדא של חומרי תרבות בעלי ערך ייחודי. בד בבד, באמצעות מוסדות זיכרון מעצבים יחידים וקבוצות את תפיסת העבר שלהם,¹³ ובהמשך לכך, גם חלק ניכר ממאגר הידע, האמונות, סדרי ההעדפות והאידאולוגיות שלהם, לרבות בקשר להווה. מקובל לסבור כי זיכרונות חברתיים ונרטיבים היסטוריים משפיעים השפעה ניכרת על כינון אידאולוגיות, כמו גם על כינון תפיסות העולם של אנשים.¹⁴ בה בעת, אמת היסטורית (וליתר דיוק, נרטיבים על אודות אמת היסטורית)¹⁵ היא תוצר של יחסי כוחות פוליטיים,

דגש בקשר שבין דיני הקניין התרבותי לבין מדינת הלאום, שהיא מקורם (source) של נכסי התרבות שעליהם מגנים דיני הקניין התרבותי. על-פי גישה זו, אחת התכליות המרכזיות של דיני הקניין התרבותי היא להקנות למדינת המקור זכות וכוח למנוע יציאה של נכסי תרבות לאומיים אל מחוץ לגבולותיה. גישה שנייה היא הגישה הבין-לאומית; לפיה גישה זו, תכליתם של דיני הקניין התרבותי היא גלובלית ונטולת זיקה וקשר הדוקים למדינת הלאום, מקורם של נכסי התרבות. על-פי גישה זו, הכללים המשפטיים באשר לשימורם של נכסי תרבות בעלי ערך ייחודי ולהנגשתם צריכים לאפשר לגופים המתאימים ביותר לכך לפעול לשימורם של נכסי התרבות ולהנגשתם לציבור; למיקומם הגאוגרפי של גופים אלה – בתוך מדינת הלאום המקורית או מחוצה לה – אין קשר לכך. התומכים בגישה זו נוטים להתנגד להטלת מגבלות על ייצוא נכסי תרבות אל מחוץ למדינת הלאום המקורית ועל סחר בהם, בשם דיני הקניין התרבותי. לדיון בשתי הגישות ולהדגמתן ראו: John. H. Merryman, *Thinking about the*

Elgin Marbles, 83 MICH. L. REV. 1881 (1985)

ראו, למשל, את האופן שבו מוסדר בדין התחום של שימור מבנים בעלי ערך אדריכלי ייחודי, בתוך הטלת הגבלות וחובות על הבעלים של הנכס שנועד לשימור: דפנה לוינסון זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיזיו הראויים ו'זכויות בנייה עבירות' (TDR) משפטים לא 11 (2000).

ראו: Terry Cook, *What is Past is Prologue: A History of Archival Ideas Since 1898, and the Future Paradigm Shift*, 43 ARCHIVARIA (1997)

ראו אודי לבל הדרך אל הפנתאון – אצ"ל, לח"י וגבולות הזיכרון הישראלי 58-27 (2008); ראו עוד: Eric Ketelaar, *Tacit Narratives: The Meanings of Archives*, 1 ARCHIVAL SCIENCE 131 (2001); לדיון בסוגיה זו, אם כי לא בהקשר המדגיש את ההיבט בין-דורי, ראו: Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 N.Y.U. L. REV. 23 (2001)

היסטוריונים ופילוסופים של ההיסטוריה עוסקים רבות בשאלת מהותן של היסטוריה ושל אמת היסטורית. כיום קיים מגוון של גישות ושל דעות בהיבטים אלה: החל מגישות מסורתיות, הרואות את תפקיד ההיסטוריון כחשיפת עובדות שהן בגדר אמת אובייקטיבית, וכלה בגישות הרואות בכתיבה היסטורית כתיבה של נרטיבים על אודות העבר. חלק מגישות אלה מתייחסות, באופן רלטיביסטי, לכל כתיבה היסטורית ככזו העוסקת בייצוג העבר, להבדיל מחשיפת העבר עצמו. להצגת הגישות השונות והעיקריות בסוגיה זו ולסקירתן ראו: Lawrence Stone, *History & Post-Modernism*, 131 PAST & PRESENT 189, 217-18 (1992); *Debates from the Journals*, in THE POSTMODERN HISTORY READER 73-239 (Keith Jenkins ed., 1997);

כלכליים ומשפטיים.¹⁶ מוסדות זיכרון משמשים מנגנון למיון, לסיווג ולשימור של חומרי גלם ושל ייצוגים שבאמצעותם מתבצעים חלקים מהותיים מתהליכים של זיכרון חברתי ושל יצירת נרטיבים היסטוריים. ככאלה, מוסדות זיכרון עוסקים בשכחה (ואולי נכון יותר לומר בהשכחה) בדיוק כפי שהם עוסקים בזיכרון.¹⁷ ז'ק דרידה כתב, בהקשר של ארכיונים, כי "אין בנמצא כוח פוליטי בלא הכוח לשלוט בארכיון".¹⁸ דומה כי דרידה תיאר בתמצית ובדיוק רב את פעולתם של מוסדות זיכרון; מוסדות אלה פועלים במרחבים פוליטיים, תרבותיים וחברתיים דומים לאלה של גופי תקשורת, בשני הבדלים: ראשית, ציר זמן הפעולה של מוסדות זיכרון הוא ציר ארוך טווח ובין-דורי. שנית, גופי תקשורת מתמקדים בהפקה ובהפצה של תכנים ושל חומרי תרבות, ואילו מוסדות זיכרון מתמקדים בשימור של חומרים מן העבר, בהנגשתם ובעקיפין אף בהשכחתם.¹⁹

ככלל, מוסדות זיכרון מסורתיים ניהנו בכמה מאפיינים: ראשית, רובם הגדול היו גופי שלטון דוגמת ארכיונים, או לחלופין גופים בעלי מאפיינים ציבוריים, דוגמת ספריות ומוזאונים.²⁰ גופים אלה נטו לנוע על ציר המשקף סתירה חברתית בין הכרה בחשיבות של מתן גישה ציבורית לחומרי עבר ושל שימורם לבין פרקטיקות של הגבלת הגישה למאגרי

-
- REINHART KOSELLECK, *FUTURES PAST: ON THE SEMANTICS OF HISTORICAL TIME* (Keith Tribe trans., 2004); HYDEN WHITE, *METAHISTORY* (1973); HAYDEN WHITE, *TROPICS OF DISCOURSE: ESSAYS IN CULTURAL CRITICISM* (1978); TONY BENNET, *OUTSIDE LITERATURE* (1991). ראו גם יואב גלבר *היסטוריה, זיכרון ותעמולה* (2007). במסגרת פרק זה אינני מתיימר להכריע בין הגישות השונות ואף לא לספק סקירה שלמה וממצה שלהן. טענתי היא כי תהא אשר תהא הגישה שתינקט באשר למהותן של כתיבה היסטורית ושל אמת היסטורית, בשימורם של חומרים היסטוריים קיימות עדיין חשיבות ומשמעות לתהליך הבחירה כמו גם לאופן המיון, הקטלוג וההנגשה של חומרים אלה. הטעם לכך הוא השפעתם הישירה של תהליכים אלה על תפיסתם של אנשים את העבר, על כל המשתמע מתפיסה זו. במובן זה, בפרק זה אתמקד בשלב שונה, מקדים ולמצער מקביל לשלב של היווצרות זיכרונות חברתיים – השלב של איסוף חומרים הנשמרים בציר זמן בין-דורי, של בחירתם, של מיונם ושל סיווגם.
- 16 ראו: TESSA MORRIS-SUZUKI, *THE PAST WITHIN US: MEDIA, MEMORY, HISTORY* 243–44 (2004).
- 17 ראו: JACQUES LE GOFF, *HISTORY AND MEMORY* 59–60 (Steven Rendall & Elizabeth Claman trans., 1992).
- 18 "There is no political power without control of the archive"; JACQUES DERRIDA, *ARCHIVE FEVER: A FREUDIAN IMPRESSION* 4 (Eric Prenowitz trans., 1996).
- 19 אך ראו גם חלק 2(ב) להלן. קווי הגבול בין גופי תקשורת "עכשוויים" לבין מוסדות זיכרון היו מאז ומעולם מטושטשים; בעידן הדיגיטלי גבולות אלה אף מטושטשים יותר, לנוכח קיומו של תהליך התלכדות בין שני סוגים של מוסדות חברתיים.
- 20 כוונתי בכך לארכיונים מטעם השלטון, לספריות ולמוזאונים. גם ספריות ומוזאונים שאינם בבעלות המדינה או בניהולה נוטים להיות בעלי מאפיינים ציבוריים. אכן, בעבר, ארכיונים (בפרט כאלה של "חברות היסטוריות" – historical societies) נמצאו ברשותם של גופים פרטיים ואלה הגבילו את הגישה לחומרים המצויים בארכיונים שלהם. אולם, במובן הזה, אותם גופים פרטיים דמו לגופי השלטון במדיניות המגבילה שקבעו באשר לגישה לארכיון ולשימוש בחומרי ארכיון. לעניין זה ראו: SALLY F. GRIFFITH, *PHILADELPHIA: HISTORICAL*

מוסד הזיכרון והגבלה של יכולת השימוש בהם. הגבלה זו שימשה, בין היתר, אמצעי לעצב את תפיסות העבר ואת הזיכרונות החברתיים בהתאם לפרספקטיבות ולאידיאולוגיות מסוימות.²¹ שנית, חלק ממוסדות הזיכרון המסורתיים, דוגמת מוזאונים ובמקרים מסוימים אף ספריות ציבוריות, נטו להתמקד בשימור ובכינון של חומרי תרבות שסווגו כ"תרבות גבוהה" ועלו בקנה אחד עם תפיסת התרבות האליטיסטית של מנהליהם.²² שלישית, לרוב נבדלו מוסדות זיכרון מסורתיים בזהותם המוסדית ובתחומי פעילותם מגופים ומגורמים אשר עסקו ביצירה, בהפקה ובהפצה עכשווית שוטפת של תכנים ושל מוצרי תוכן. ספריות שמרו באוספיהן ספרים אשר הוצאות לאור הפיקו והפיצו. מוזאונים אספו, שמרו והציגו לציבור יצירות אמנות אשר גלריות, אספנים פרטיים וסוחרים מכרו אותן וסחרו בהן. כך אף בתחום השימור של צילומים, של יצירות קולנועיות, של מסמכים ועוד.²³ התוצאה של מאפיינים אלה הייתה מציאות יציבה ואחידה למדי בתחום השימור, בכל הנוגע לזהותם של המוסדות, לסוגיהם ולמאפייניהם, לחומרים ולמתכונת הארגון. כמפורט להלן, האינטרנט וטכנולוגיות תקשורת חדשניות נוטים להגדיר מחדש את כל אלה.

2. השלכות הדיגיטיזציה והאינטרנט

(א) משליטה להפצה ולריבוי עותקים

את הדיון בנושא זה ראוי לפתוח בשני טקסטים קנוניים אשר נכתבו זמן רב לפני התפתחות האינטרנט, אך חשיבותם לענייננו נותרה בעינה: המסה "מוזאון ללא קירות" של אנדרה

SOCIETY OF PHILADELPHIA (2001); KEVIN GUTHRIE, THE NEW-YORK HISTORICAL SOCIETY: LESSONS FROM ONE NONPROFIT'S LONG STRUGGLE FOR SURVIVAL (1996)

21 JOSEPH L. SAX, PLAYING DARTS WITH A REMBRANDT: PUBLIC AND PRIVATE RIGHTS IN CULTURAL TREASURES 117–33 (1999); ARCHIVES, DOCUMENTS AND INSTITUTIONS OF SOCIAL MEMORY: ESSAYS FROM THE SAWYER SEMINAR (Francis X. Blouin, Jr. & William G. Rosenberg eds., 2006); REPRESENTING THE NATION: A READER – HISTORIES, HERITAGE AND MUSEUMS (David Boswell & Jessica Evans eds., 1999)

22 Pierre Bourdieu, *The Market of Symbolic Goods*, 14 POETICS 13 (Rupert Swyre trans., 1985); PIERRE BOURDIEU, DISTINCTION: A SOCIAL CRITIQUE OF THE JUDGEMENT OF TASTE (Richard Nice trans., 1984)

23 נכון הוא כי בצד פעילותם התקשורתית השוטפת נטו מוסדות תקשורת מסוימים, דוגמת גופי שידור ועיתונים, לנהל ארכיב משלהם. אולם ככלל מדובר בהריג למתכונת הפעילות הכללית של מוסדות זיכרון (מה גם שחריג זה התמקד בשימור חומרים ותכנים אשר הופקו על ידי גוף תקשורת מסוים והיו בבעלותו). באופן דומה, נכון הוא כי מוסדות זיכרון מסוימים, דוגמת מוזאונים, מילאו גם תפקיד תרבותי מרכזי שוטף בזמן אמת – איסוף של יצירות אמנות, רבות יצירות עכשוויות, והצגתן לקהל. אולם ככלל, נשמרה ההפרדה בין גופים אשר עסקו בשימור מסמכים, ידע וחומרי תרבות, לבין גופים אשר עסקו ביצירה שוטפת של תכנים ומידע, בהפקתם ובהפצתם.

מלר²⁴ והמסה "יצירת האמנות בעידן השעתוק הטכני" של וולטר בנימין.²⁵ בנימין טען כי בעידן השעתוק הטכני מאבדת יצירת האמנות מהילתה, ממעמדה הפולחני ומן הסמכותיות שלה. כשני עשורים מאוחר יותר כתב מלרו על "מוזאון ללא קירות" ועל כך שבעידן השעתוק, הזמינות המידית של עותקים של ייצוגי תרבות במגוון של מתכונות, של הקשרים ושל מדיה מרחיבה ומגוונת לאין ערוך את שמסוגלים המוזאונים להציע בגבולות הקירות הפיזיים שלהם. במובן מסוים, שניהם חזו את אחד השינויים המרכזיים אשר תחולל הדיגיטיזציה כמה עשורים מאוחר יותר: המעבר ממודל של שימור בדרך של שליטה בחומרי תרבות מוחשיים ואתנטיים למודל של שימור בדרך של הפצה ושל ריבוי שימושים בעותקים ובייצוגים דיגיטליים (מופשטים) של חומרי תרבות.²⁶ אפרט.

בעולם מוחשי, מוסדות זיכרון מסורתיים הונחו על-ידי פרדיגמה של שליטה בחומרי תרבות מוחשיים ואתנטיים. מוזאונים אספו ושמרו יצירות אמנות, ארכיונים אספו מסמכים וספריות – חומרים כתובים מסוגים שונים. במסגרת פרדיגמה זו, המרכיב המרכזי היה שליטה פיזית (מוחשית) בחומרים ואתנטיים וניהול שלהם, על-פי רוב במתכונת של זכות קניין בלעדית. כל זאת מתוך רצון לאפשר גישה לחומרי תרבות בעלי חשיבות מבלי לפגוע בשימורם או לגרום לכילונם.²⁷ שימור תרבות דיגיטלי פועל במתכונת הפוכה – מתכונת של ריבוי עותקים והפצתם כאמצעי להגשמת היעדים של שימור לצד מתן גישה. השוו, למשל, את ארכיון הטלוויזיה של רשות השידור עם אתר שיתוף תוכן דוגמת "YouTube", או עם רשת שיתוף קבצים דוגמת "Kazaa". ארכיון רשות השידור שימר תכנים אורקוליים באמצעות שימור פיזי של המדיה המקורית שבה היו מגולמים. לעומת זאת, באתר שיתוף תוכן דוגמת "YouTube", שימור תכנים טלוויזיוניים, לרבות של רשות השידור, מתבצע על-ידי מספר רב של משתמשים אשר מעלים לאתר שיתוף התוכן קטעים מתכונות הטלוויזיה האהובות עליהם; עם העלאתן לאתר נשמרות תכניות אלה במאגר הנתונים של האתר, מופצות והופכות נגישות למשתמשים אחרים. דוגמה נוספת היא המגילות הגנוזות שנמצאו בקרבת ים המלח, אשר חלקן שמורות בהיכל הספר בירושלים. שימור המגילות עצמן מתבצע בדרך של ניהול מבוקר ומדוקדק של התנאים הפיזיים לאחסון המגילות ושל הגישה אליהן, ואילו שימור דיגיטלי יתבצע באמצעות סריקת המגילות והפצת עותקים

24 ראו: ANDRE MALRAUX, THE VOICES OF SILENCE 12–128 (Stuart Gilbert trans., 1978).

25 ראו: WALTER BENJAMIN, ILLUMINATIONS (Hannah Arendt ed., Harry Zohn trans., 1968).

26 ראו: Hal Foster, *Archives of Modern Art*, 99 OCTOBER 81–95 (2002); בהקשר זה מזכירים

דניאל כהן ורוי רוזנצווייג שבעה מאפיינים של מדיה דיגיטלית אשר אחראים לשינוי הרדיקלי בתחום שימור התרבות: קיבולת, גישה, גמישות, גיוון, מניפולטיביות, אינטרקטיביות והיפרטקסטואליות; DANIEL J. COHEN & ROY ROSENZWEIG, *DIGITAL HISTORY* 3–9 (2005).

27 ואכן בהקשר זה, טרגדיית המאגר המשותף, כמו גם הצידוק שהציע הרולד דמסץ לזכויות קניין, ישימים גם באשר לשימור תרבות פיזי: זכות הבלעדיות הקניינית נתפסת כתנאי הכרחי הן למניעת נזק לאוצרות התרבות הן כדי להבטיח תמריץ כלכלי להשקעת משאבים בשימור חומרי התרבות. נוסף לכך, זכות הקניין נדרשת כדי לנהל את הגישה למשאב התרבות ולמנוע את כיליונו עקב "צריכת יתר". ראו: Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 (1968); Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, SCIENCE 1243, 1243–48 (1968); Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967).

(ייצוגים דיגיטליים) שלהן.²⁸ בסביבה דיגיטלית, תהליך השימור מתבצע (או לפחות יכול להתבצע) בדרך של יצירת עותקים והפצתם, באופן שכל שרת מחשבים או משתמש קצה משמשים כמרכיב ברשת מבוזרת לשימור תכנים. אם בעבר שליטה בנכס פיזי-אותנטי הייתה תנאי הכרחי וצוהר לשימור אפקטיבי של חומרי תרבות, הרי בסביבה דיגיטלית מצב הדברים הוא הפוך: הפצה, ריבוי עותקים וכפועל יוצא מהם – ביזור השליטה, מסתמנים כמתכונת היעילה לשימור תרבות. כאן גם המקום להדגיש כי מרכיב הגישה (access) לחומרי תרבות הוא תכלית מרכזית של דיני שימור התרבות,²⁹ ומכאן חשיבותו של שימור תרבות דיגיטלי והפוטנציאל הרב שבו.

בהציגי את המעבר מפרדיגמה של שימור אותנטי בדרך של שליטה לפרדיגמה של שימור בדרך של הפצה, אינני מתעלם מיצירות ומחפצי תרבות אותנטיים או מבקש להמעיט מהחשיבות ומן הערך הייחודיים אשר גלומים בהם. אותנטיות החפץ המוחשי נתפסת כמגלמת ערכים ומטרות של ודאות, של אמת היסטורית, של אסתטיות ובמידה מסוימת אף של יחסים חברתיים הנבנים סביב תפיסתם של אנשים את הערך התרבותי וההיסטורי המגולם בחפץ התרבות האותנטי בתור שכזה.³⁰ בהיבט זה נשאלת השאלה אם הייצוג הדיגיטלי יוכל אמנם לשמש תחליף מלא לחפץ התרבות האותנטי. הנחת המוצא שלי היא כי זה אינו המצב, לפחות לא באופן מלא ומוחלט. אולם במספר לא מועט של הקשרים, ייצוגים דיגיטליים יכולים לשמש תחליף המגשים את אפשרויות הגישה וההיחשפות לחפץ התרבות המקורי על הערך הגלום בכך, לעתים באופן מלא כמעט. יתרה מזו, מאגרי נתונים של ייצוגים דיגיטליים מאפשרים גישה קלה ובעלות נמוכה לחומרי תרבות, גישה שהיקפה ואפשרויות האחזור הטמונות בה עולות לאין ערוך על יכולות הגישה והיחשפות של אדם לחומרי תרבות מקוריים ואותנטיים. כמות כתבי היד אשר הונגשו לאדם באמצעות פרויקט הספריות של "גוגל", למשל, עולה לאין ערוך על כמות כתבי היד אשר בהם יכול אדם לעיין פיזית. הוא הדין גם בכל הנוגע ליצירות אמנות חזותית, אשר אפשר לגשת אליהן באמצעות מאגר דיגיטלי הכולל אוספי יצירות אמנות של מוזאונים ושל מוסדות תרבות.³¹ על כך יש להוסיף כי באשר לסוגים לא מעטים של יצירות, דוגמת יצירות אורקוליות, תקליטים ותכנים נוספים המאפיינים את "עידן השעתוק" – עיקר הערך התרבותי, אם לא כולו, גלום בתוכן המופשט ולא בחפץ הפיזי אשר בו מקובעת היצירה המופשטת.³²

כמו כן, אינני מבקש לטעון כי המעבר מפרדיגמה של שימור בדרך של שליטה לפרדיגמה של שימור בדרך של הפצה החל לראשונה עם התפתחות האינטרנט והטכנולוגיות

28 ראו: JEWISH HISTORY.COM, www.cojs.org.

29 ראו: John Henry Merryman, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, 80 AM. J. (1986), Merryman; INT'L L. 831, לעיל ה"ש 10.

30 ראו שם.

31 ראו למשל: ARTSTOR, www.artstor.org/index.shtml.

32 אינני מתעלם מכך שיתכן כי לעותק מקורי של סרט, של תקליט ושל סוגים נוספים של מוצרי תרבות יש ערך אספני – כלכלי ואחר; ראו למשל: Michael A. Stoller, *The Economics of Collectible Goods*, 8 J. CULTURAL ECON. 91 (1984). אולם ערך זה הוא ערך נפרד מהערכים ומהמטרות אשר שימור התרבות נועד לשרת.

הדיגיטליות. המצאות הצילום, רשומות הקול, הראינוע, הקולנוע, הרדיו והטלוויזיה הן כולן ציוני דרך באבולוציה של אמצעי תקשורת חדשים המשמשים, בין היתר, לשימור תרבות וזיכרון חברתי בדרך של שעתוק והפצה של יצירות, של תכנים ושל ייצוגים. אולם טענתי היא כי האינטרנט חולל שינוי רדיקלי בהיבט הקלות הטכנולוגית והעלויות המופחתות של שעתוק תכנים, אחסונם, אחזורם והפצתם. היקף השינויים ועצמתם הם המסמנים את שינוי הפרדיגמה,³³ בין היתר עקב תהליכי הביזור והדמוקרטיזציה, ומנגד תהליכי הפרטה, המאפיינים שימור תרבות דיגיטלי. לכך אתייחס להלן.

(ב) ביזור ולכידות

מאפיין נוסף של שימור תרבות ושל תהליכי זיכרון חברתי בסביבה דיגיטלית הוא המתח הדיאלקטי הקיים בין תהליכי ביזור ודמוקרטיזציה מצד אחד לבין תהליכי לכידות והפרטה מן הצד האחר.

ביזור ודמוקרטיזציה: האינטרנט מתאפיין בגיוון מוסדי וביזור של תהליכים של שימור תרבות, כמו גם בפעילויות נוספות בתחום התיעוד, השימור, הסיווג, הקונטקסטואליזציה וההנגשה של מסמכים, של יצירות, של תכנים, של מידע ושל חומרי תרבות. בעבר יחדה פעילות זו לקומץ של מוסדות זיכרון ציבוריים דוגמת ארכיונים, ספריות ומוזאונים, ובמידה מסוימת אף לגופי תקשורת דוגמת העיתונות הכתובה, רשתות רדיו וטלוויזיה. כיום, לצד אלה, שימור תרבות דיגיטלי מתבצע על-ידי ערב רב של יחידים, קהילות, מלכ"רים וגופים מסחריים. אנו עדים הן לגיוון בתוכן הן לגידול ניכר וגיוון מוסדי במהות הגופים והמוסדות אשר עוסקים בשימור תרבות, בין במישרין ובין בעקיפין. עניינם של תהליכי הדמוקרטיזציה אשר מאפיינים התפתחות זו הוא, בראש ובראשונה, בסוגי התכנים אשר מתועדים ובמתכונות הסיווג והמיון של תכנים אלה. נוסף לכך, חלק מתהליכי הדמוקרטיזציה מתבטאים בכך שחלק ניכר מן השחקנים החדשים בתחומים של שימור ואחזור התרבות אינם גופים ציבוריים או גופים הנסמכים על מפתגם של מוסדות מדינה. מגיוון מוסדי זה נובע משטר של "איזונים ובלמים"; במסגרתו סוגים שונים של מוסדות ושל פעילויות בתחום שימור התרבות הדיגיטלי משלימים זה את זה ומתייחסים באופן ביקורתי לפועלם של גופים אחרים, לתוצרים שלהם ולנרטיבים שלהם.

למשל, הקישו את צירוף המילים "ציפי ליבני" באתר שיתוף התוכן "YouTube"³⁴ ותקבלו בריקולאז' של קטעי וידאו, חלקם מכלי תקשורת משודרת (טלוויזיה), חלקם תעמולה וחלקם יצירות נגזרות ו"רמיקסים" (Remixes & Mash Ups) של משתמשי קצה: החל מה"ליבני בוי – תגידי לי כן (שיר אהבה לציפי לבני)" – תמונת ראי של

33 ראו: COHEN & ROSENZWEIG, לעיל ה"ש 26. ראו עוד: Jack M. Balkin, *Commentaries*, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1 (2004)

34 ראו: "תוצאות חיפוש עבור ציפי ליבני", YOUTUBE ציפי+לבני/ www.youtube.com/results?search_type=&search_query=

תעמולת הבחירות הנובורישית של מפלגת קדימה,³⁵ דרך גרסת הפרודיה "ציפי בוי - נסראללה בוי",³⁶ וכלה בכתבתה של איילה חסון במסגרת מהדורת חדשות של הערוץ הראשון, על סימני השאלה בעניין התפקידים הקרביים שמילאה ציפי ליבני במוסד.³⁷ כל זאת לצד קטעים נוספים מן התקשורת הממסדית המכילים נאומים של ציפי ליבני, ראיונות אתה וכתבות עליה. לכל אלה יש להוסיף את התגובות לכל אחד מקטעי הווידאו וכן את תרומתם של ציבור המשתמשים ב-"YouTube" ביצירת מילות המפתח (ה-Tags) אשר על פיהן מסווגים, מקוטלגים ומקושרים זה לזה קטעי הווידאו השונים. לצד השימוש באתר "YouTube" יוכלו חוקרי היסטוריה ותרבות בשנים הבאות להשתמש גם במאגרי המידע ובארכיונים הדיגיטליים של העיתונות היומית ושל גופי שידור ובמגוון רחב של מקורות נוספים. לענייננו חשוב כי נוף ההיסטוריה בעניינה של ציפי ליבני צפוי להיות עשיר, מגוון ורב שכבות מן הקיים בעניינה של גולדה מאיר, למשל, בלשכת העיתונות הממשלתית, בארכיון רשות השידור ובארכיוני העיתונות היומית משנות השבעים של המאה העשרים. דוגמה נוספת מתייחסת למיזמים של שימור ואחזור תרבות בתחום הספרות המודפסת. בעבר, המקור המרכזי - אם לא היחיד - לשימור ספרות מודפסת היו ספריות באוניברסיטאות וספריות ציבוריות. כיום כוללים האינטרנט ואמצעי התקשורת הדיגיטליים מגוון רחב של מיזמים לשימור ולאחזור בתחום הספרות המודפסת: כמפורט בחלק 1g (א) להלן, פרויקט הספריות של "גוגל" משמש דוגמה להפרטת התחום של שימור תרבות ולמעבר למודל מסחרי של שימור ושל אחזור בתחום הספרות המודפסת. בצד פרויקט זה קיימים מיזמים נוספים, אשר מבוססים הן על אידאולוגיות הן על תפיסות עולם שונות. דוגמה אחת היא פרויקט "הספרייה הפתוחה"³⁸ - מיזם שלא למטרות רווח המבקש לאגד במאגר אחד מידע בדבר כלל הספרות אשר יצאה לאור אי פעם, ובמידת האפשר אף טקסטים מלאים מתוכה. מפעיל מיזם הספרייה הפתוחה הוא "ארכיב האינטרנט", מדינת קליפורניה מעניקה למיזם מימון חלקי והציבור הרחב שותף לבניית מאגרי המידע ומאגרי הנתונים שביסוד המיזם. נוסף על פרויקטים מרכזיים אלה, שימור ואחזור של תכנים בתחום הספרות המודפסת מתבצע הן על-ידי מוסדות ציבור ושלטון, דוגמת ספריית הקונגרס,³⁹ הן במסגרת יזמות אזרחיות שיתופיות דוגמת "פרויקט בן-יהודה" ו"פרויקט גוטנברג",⁴⁰ הן באמצעות מיזמים

35 ראו: LivniBoy, "תגירי לי כן (שיר אהבה לציפי ליבני)", 2008, www.youtube.com/watch?v=BXC5tT3T7Qs.

36 ראו: cristianfriks, "ציפי בוי - נסראללה בוי", 2008, www.youtube.com/watch?v=D_08rh9EJrRI&feature=related.

37 ראו: KingdomOfFalseMirror, "איך ציפי ברתה שהייתה לוחמת מוסד - Zipi Livni Fake Mossad Spy", 2009, www.youtube.com/watch?v=EIPkgUJbpx8.

38 ראו: About Us, OPEN LIBRARY, www.openlibrary.org/about.

39 ראו: Digital Collections, LIBRARY OF CONGRESS, www.loc.gov/library/libarch-digital.html; כמו כן, ראו את דו"ח ספריית הקונגרס הסוקר את מעורבות ספריית הקונגרס ואת מעורבותם של גופי שלטון נוספים בארצות הברית בתחום השימור; לעיל ה"ש 6, בעמ' 108-116.

40 ראו לעיל ה"ש 7, וכן: Free E-books by Project Gutenberg, PROJECT GUTENBERG, www.gutenberg.org/wiki/Main_Page.

מסחריים דוגמת ה"קורא האלקטרוני" ("Kindle") של חברת "אמזון"⁴¹ והן באמצעות רשתות מבזרות הנתמכות בתכנות חילופי קבצים, אשר כוללות בין היתר גם מאגרים של ספרות מודפסת ושל כתבי יד.

לכידות (והפרטה): בשונה מסכיבה מוחשית, סכיבה דיגיטלית מתאפיינת בתהליכי התלכדות בין פעילותם השוטפת של תאגידי תקשורת מסחריים לבין פעילות נלווית ומשנית של אותם גופים בתחומים של שימור ואחזור תרבות. אתר שיתוף התוכן "YouTube", אשר הוזכר קודם לכן, משמש במה עכשווית להצגת תכנים ובה בעת ארכיב – מאגר תכנים המתעד ומשמר מרכיבי תרבות ומידע מן ההווה, בין היתר, עבור הדורות הבאים. אמנם זו ככל הנראה איננה התכלית העסקית העיקרית אשר הציבו יזמי האתר לפרויקט; אולם בפועל, מפעילות הנסבה סביב ריכוז ואחזור של תכנים במאגרי נתונים נגזרת פעילות משנית בתחום של שימור התרבות. אותו מאגר המשמש בהווה להפצת תכנים ולהחלפתם יכול לשמש גם לאחסון תכנים, לשימורם ולהנגשתם לדורות הבאים. ניתן לאפיין באופן דומה את פעולתם של תכנות חילופי קבצים, של אתרים להשמעת תכנים מוזיקליים ולמכירתם (דוגמת "I-Tunes"), של רשתות חברתיות, של "ויקיפדיה" ועוד.

למאפיין הלכידות כמה ממדים. עניינו של הממד הראשון בלכידות מוסדית, חלקית אמנם, בין פעילותם של גופים העוסקים בהפקה ובהפצה עכשוויות של תכנים לבין פעילות בתחום של שימור התרבות והזיכרון החברתי. בתקופות קודמות הייתה הפרדה מבנית ברורה וחדה הרבה יותר בין מוסדות חברתיים שהתמקדו בתחום של שימור התרבות לבין מוסדות אשר עסקו בהפקה ובהפצה עכשוויות של תכנים.⁴² ממד שני וקשור עניינו בלכידות בין פעילות מסחרית לבין פעילות ציבורית ואזרחית. ראשית, כאמור, אנו עדים להצטרפותם של גורמים מסחריים לפעילות בתחום של שימור התרבות. אולם פרט לכך, אנו עדים גם ליחידים וליחידות העושים שימוש בפלטפורמות מסחריות דוגמת רשתות חברתיות ואתרי שיתוף תוכן, שימוש שממנו נובעים תוצרים בתחום של שימור התרבות. ממד שלישי של לכידות עניינו בהתלכדות חלקית בין המרחב הציבורי לבין המרחב הפרטי. כך, למשל, אם בעבר החזיקה משפחה את אלבום התמונות בארון המגירות הפרטי בחדר האורחים שבביתה, הרי כיום עשויה המשפחה להחזיק את אלבום התמונות הדיגיטלי שלה בדף אינטרנט של אתר שיתוף תמונות דוגמת "Flickr" או בדף של בני המשפחה ברשת חברתית, וכשחלקים ממנו (לפחות) נגישים לציבור הרחב. לבסוף, ממד אחרון של לכידות עניינו בעיית הצפת המידע המאפיינת את האינטרנט. האינטרנט יוצר שפע והצפה של

41 ראו: *Kindle: Amazon's Original Wireless Reading Device (1st generation)*, www.amazon.com/Kindle-Amazon-Wireless-Reading-Device/dp/B000FI73MA, AMAZON.COM.

42 כאמור, אינני מבקש לטעון כי בתקופות קודמות מרכיב הלכידות לא היה קיים. כך, למשל, נהגו גופי שידור מאז ומעולם להחזיק ארכיון של תכני טלוויזיה שהפיקו, ועיתונים החזיקו אף הם בארכיון קטעי עיתונות. אולם ככלל הייתה הפרדה מוסדית בין גופים אשר מוקד עיסוקם היה שימור תרבות, לבין גופים אשר מוקד עיסוקם היה הפקה והפצה של תכנים עכשוויים. בהיבט הזה, העידן הדיגיטלי טומן בחובו שינוי מבחינת היקף מרכיב הלכידות המוסדית, תדירותו, שכיחותו ועצמתו, כמפורט בגוף הטקסט.

מידע ושל תכנים. בשל כך עצם זמינותם של תכנים, כשלעצמה, אינה ערוכה לכך שאותם תכנים ייראו לציבור המשתמשים ויהיו נגישים לו בכלל, ובפרט בציר זמן בין-דורי. פתרון אחד לבעיית הצפת המידע הוא שימוש במתווכים אשר מארגנים תכנים מן ההווה ומן העבר, מנגישים אותם ולעתים גם שומרים אותם, דוגמת מנועי חיפוש. אף בהקשר זה קיימת לכידות בין פעילות בתחומי שימור התרבות והזיכרון החברתי לבין פעילות בתחומי האחזור וההפצה של תכנים: אחזור תכנים ומידע בציר זמן בין-דורי מתבצע על-ידי גופים דוגמת מנועי חיפוש, שהם גופי תקשורת מסחריים ואשר עיקר פעולתם הוא בהווה.

אחזור למאפיינים אלה של לכידות במהלך הפרק, אך בשלב זה ברצוני להדגיש כי הם מקרינים ומשליכים על האופן שבו מתבצעים תהליכי שימור תרבות, כמו גם על התוצרים של תהליכים אלה. כך, למשל, ממד הלכידות בין פעילות מסחרית לבין פעילות ציבורית-אזרחית עשוי לשמש מצד אחד גורם מדרבן ומניע לפעילות משגשגת בתחום אחזור התרבות; אולם מן הצד האחר הוא עשוי להשפיע על פעילות כאמור ולהטותה אל עבר מודל תקשורת תאגידי, כזה המבוסס על השאת רווחים כקריטריון העיקרי לעיצוב הממשק לאיסוף חומרי התרבות והתכנים שנשמרים, לתיעודם, למיונם, לסיווגם ולהנגשתם.⁴³ לעומת זאת, מרכיב הלכידות המוסדית נוטה לטשטש את ההפרדה בין גופי תקשורת העוסקים בייצור ובהפקה של תכנים ושל חומרי תרבות לבין מוסדות אשר תפקידם הוא לבחור, למיין, לתעד ולסווג, מבין כלל חומרי התרבות הקיימים, את אלה הראויים לתיעוד ולשימור. במונח זה, באופן חלקי לפחות, צפויה פונקציית השימור לאבד משהו ממרכיבי הבקרה, האיזונים והבלמים והקנוניזציה אשר מוסדות זיכרון ושימור מסורתיים נוטים להפעיל בקשר לתכנים ולחומרי תרבות המופקים והמופצים בכל תקופה נתונה.

אינני מתעלם מן ההטיות אשר מאפיינות את תהליכי הבחירה והמיון של מוסדות זיכרון ושימור מסורתיים. אולם נוכח העובדה כי גופי תקשורת – ובפרט תאגידי תקשורת – משמשים בהווה גם כמעצבי נוף ההיסטוריה והזיכרונות החברתיים לדורות הבאים, ניתן לצפות להיווצרות סוגים חדשים של הטיות ושל כשלים. בהקשר זה ראוי להביא בחשבון שני עניינים: ראשית, מוסדות זיכרון ושימור תרבות הם, בין היתר, מוסדות פוליטיים בין-דוריים, אשר קבוצות אינטרסים שונות ומגוונות מתחרות על השליטה בהם; שנית, בין גופי תקשורת עכשוויים לבין מעגלי כוח פוליטיים וכלכליים קיימים קשר וזיקה הדוקים למדי.⁴⁴ במונח זה, מרכיב הלכידות המוסדית עשוי להעצים את יכולת ההשפעה של קבוצות פוליטיות דומיננטיות בהווה על עיצוב מראה פניהן של ההיסטוריה ושל התרבות עבור הדורות הבאים. השפעה זו עשויה להתבטא בהטיה לתכנים, לחומרי תרבות, לסיווגים ולמיונים המשרתים את סדר היום של אותן קבוצות.

כך, למשל, ארגון, תיעוד, שימור וסיווג חומרים במסגרת מאגרי המידע והארכיונים הדיגיטליים השונים של חברת "גוגל", החל ממנוע החיפוש, דרך אתר שיתוף התוכן "YouTube" וכלה בפרויקט הספריות, צפוי להיות מושפע מן האינטרסים המסחריים

43 להרחבה בנושא זה ראו חלק 2(ב) להלן.

44 ראו למשל: ROBERT W. MCCHESENEY, RICH MEDIA, POOR DEMOCRACY: COMMUNICATION POLITICS IN DUBIOUS TIMES (1999); Owen M. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, 71 IOWA L. REV. 1405 (1986).

של "גוגל", ולמצער מן ההתמקדות באחזור תכנים על יסוד אלגוריתם המבוסס על מדדי הפופולריות של התכנים ועל ריבוי הקישורים אליהם. אכן, לא מדובר בהטיות מכוונות בהכרח. אולם ביסוד מתכונת הבחירה, הארגון והסיווג של החומרים חייבים להיות סדר יום ועדיפויות כלשהם. במובן זה מנוע החיפוש ממלא פונקציה פוליטית שיש בה אלמנט מכוון, כזה שלא רק משקף העדפות, אלא גם מעצב אותן.⁴⁵ זאת, בדיוק כפי שההבנה החברתית המסורתית של מוסד הארכיון ושל סוגי המסמכים אשר עליו לשמר התבססה על תפיסה מסוימת של העבר ושל מחקר היסטורי.⁴⁶ אם כן, מרכיב הלכידות בין מוסדות תקשורת עכשוויים לבין פעילות בתחומים של אחזור ושימור התרבות מציב קושי נוסף הדרוש התמודדות, בדמות הטיה חדשה. כפי שאטען בחלק ג להלן, קושי זה צפוי להתגבר כיוון שבעלות ושליטה על זכויות היוצרים בתכנים ובחומרי תרבות נוטה להצטמצם עוד יותר את המרחבים הציבוריים החופשיים של שימור תרבות ושל זיכרונות חברתיים. נוסף לכך, מרכיב הלכידות בין פעילות מסחרית לבין פעילות ציבורית-אזרחית בתחום שימור התרבות מציב קושי חדש בפני פעילויות חשובות בתחום השימור אשר נתפסות כמסיגות את גבולותיהן של זכויות היוצרים וכפוגעות בערך הכלכלי ובשווקים הפוטנציאליים של תכנים המוגנים בזכויות יוצרים.

ג. דיני זכויות יוצרים

1. כללי

עד כה תיארתי את האופן שבו האינטרנט וטכנולוגיות מידע דיגיטליות מכוונים מחדש את התנאים הטכנולוגיים ואת התנאים החברתיים של שימור תרבות. בחלק זה אבחן את התפקיד המרכזי אשר ממלאים המשפט בכלל, ודיני זכויות יוצרים בפרט, בהקשר של שימור תרבות ושל זיכרונות חברתיים בסביבה דיגיטלית.

בעולם פיזי, שולטים בדרכי הניהול והשימור של חומרי תרבות דיני הקניין המוחשיים, כפי שהותאמו על-ידי דיני הקניין התרבותי וכילו בהתאם להם. שונה הדבר כאשר לאובייקטים במרחב הדיגיטלי, אשר ראשיתם וסופם בייצוגים מופשטים. כאשר לאלה, מערך הדינים השליט הוא דיני זכויות יוצרים. ככלל, כל פעולת תיעוד, שימור, הפצה או הנגשה של יצירה המוגנת בזכויות יוצרים צפויה להיות כרוכה בהעתקה; כיוון שהעתקה היא פעולה הכפופה לכוח הריבונות הפרטי של בעלי זכויות היוצרים בתכנים שאותם מבקשים לתעד, לשמר, להשתמש ולהנגיש לדרות הבאים,⁴⁷ אזי מגוון רחב מאוד של

45 Lucas D. Introna & Helen Nissenbaum, *Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters*, 16 INFO. SOC'Y 169 (2000).

46 CAROLYN K. STEEDMAN, *DUST: THE ARCHIVE AND CULTURAL HISTORY* (2002).

47 ראו ס' 11-12 לחוק זכות יוצרים, ובפרט את ההגדרה הרחבה של המונח "העתקה" בס' 12 לחוק זכות יוצרים. פרט לכך, פעילויות בתחום שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, על היקפן הרחב כאמור לעיל, צפויות לערב אופני שימוש נוספים הנתונים באופן בלעדי לבעל זכויות היוצרים, דוגמת "העמדה לרשות הציבור" (ס' 15 לחוק), "עשיית יצירה נגזרת" (ס' 16), "שידור" (ס' 14) ו"ביצוע פומבי" (ס' 13).

תכנים ושל חומרי תרבות צפוי להיות מסווג כיצירה המוגנת בזכויות יוצרים.⁴⁸ כך, למשל, אם מוזאון ישראל מעוניין להקים ארכיון דיגיטלי של אוסף האמנות הישראלית שהוא מחזיק, כדי שזה יהיה נגיש לשימושו של הציבור הרחב, הרי לכאורה טעונה פעילות כאמור קבלת הרשאה מבעלי זכויות היוצרים ביצירות הכלולות באוסף המוזאון, ככל שהן מוגנות לפי הדין.⁴⁹ הוא הדין אם פלוני מעוניין להעלות לאתר שיתוף-תוכן, או אפילו לדרך האינטרנט האישי שלו ברשת חברתית, מקבץ של קטעי טלוויזיה נדירים מראשית ימי שידוריה של הטלוויזיה החינוכית.

תחולתם של דיני זכויות יוצרים מחזירה, אפוא, את תחום שימור התרבות הדיגיטלי אל פרדיגמה של שליטה. אולם כעת לא מדובר במרכיב של שליטה שהוא תוצר של אופי המשאב המוחשי ושל נדירותו, אלא במרכיב מלאכותי של שליטה, שהוא תוצר של הדין – זכות הבלעדיות וכוח הריבונות הפרטית אשר מקנות זכויות היוצרים לבעליהן. אכן, באופן עקרוני, עשויות השלכות אלה של דיני זכויות יוצרים להתמתן באמצעות מנגנוני בקרה פנימיים לזכויות היוצרים: ראשית, הגבלה בזמן של משך ההגנה של זכויות היוצרים על היצירה – בדרך כלל שבעים שנים ממות היוצר;⁵⁰ שנית, סייגים וחרגיגים לזכויות היוצרים, ובלשון חוק זכות יוצרים הישראלי – מצאי ה"שימושים המותרים" ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים (פרק ד לחוק). להלן ארחיב בסוגיית הסייגים והחריגים ואראה כי ככלל, ככל שהדברים נוגעים בדין המצוי, דומה כי מערך הסייגים והחריגים הקיים לזכויות היוצרים אינו מקנה מנגנונים מספקים דיים להסדרה ראויה של שימור ואחזור תרבות בסביבה דיגיטלית. יתר על כן, ברירת המחדל של משטר רישוי לבדה מגבילה את אפשרויות הפעולה בתחום ומשיגה תוצאות לא רצויות מנקודת מבט כלל-חברתית.

בטרם אפנה לדון בדברים לגופם, ברצוני להתייחס לטיעון בדבר כוחו הממתן של משך ההגנה המוגבל של זכויות היוצרים. לגבי טיעון זה ראוי להביא בחשבון שלושה עניינים. ראשית, חברה המקנה חשיבות של ממש לשימור תרבות דיגיטלי, תתקשה להשלים עם איסור שימוש החל למשך תקופה של שבעים שנים ממות היוצר. הגבלה כזו קובעת טווח של כמאה שנים ממועד היווצרותם של חומרי תרבות עד אשר ניתן יהיה להתחיל לעשות בהם שימוש חופשי למטרות שימור תרבות. המשמעות המעשית של טווח זמן שכזה היא כי חומרי תרבות רבים ייכחדו, ייעלמו ולמצער יתועדו במדיה קשה לשימור, כך שבמועד שבו מותר יהיה להעתיק אותם לצורכי שימור לא ניתן יהיה לעשות כן. יתרה מזו, בהמשך אתיחם להיבט הרמוקרטי של תחום שימור התרבות ולאופן שבו פעילות בתחום זה מערבת ומגשימה את חופש הביטוי של יחידים ויחידות, אשר מבקשים להטביע את חותמם בנוף ההיסטוריה לדורות הבאים. בהיבט זה, משך הגנה של שבעים שנים ממות

48 ראו ס' 1 ו-ס' 4 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 2199 (להלן: "חוק זכות יוצרים" או "החוק") וסוגי היצירות השונות המוגנות בזכויות יוצרים.

49 כאן המקום להזכיר כי ככלל, כשלעצמה, עצם הבעלות הקניינית של מוזאון ביצירת האמנות המקורית אינה מקנה למוזאון את זכויות היוצרים ביצירה המופשטת המגולמת ביצירת האמנות המקורית, או את הרשאה לעשות בה שימוש. משום כך, ככלל העתקת עותקים מן היצירה המופשטת והפצתם טעונה קבלת הרשאה מבעל זכויות היוצרים ביצירה – האמן או צד שלישי אחר שבא בנעליו.

50 ראו פרק ו לחוק זכות יוצרים ובפרט סעיף 38 לחוק.

היוצר מעמיד בפני דוברות ודוברים מחסום משמעותי משימוש בחומרי התרבות של חייהם אגב מעורבותם בכינון זיכרונות חברתיים לדורות הבאים.

שנית, משך הגנה כה ארוך עלול להוביל לקשיים משמעותיים באיתור בעלי זכויות היוצרים ובקבלת הרשאה לעשות שימוש במספר רב של יצירות, ולו לצורכי שימור בלבד. בסוגייה זו, סוגיית ה"יצירות היתומות" (Orphan Works), אדון בהמשך;⁵¹ אך בשלב זה ראוי להדגיש כי בהקשר של שימור תרבות דיגיטלי, משך הגנה כה ארוך כרוך בעלויות ומלווה בכשלים, אשר מעוררים ספק בכוחה הממתן של הגבלת משך ההגנה של זכויות היוצרים על היצירה.

שלישית, אף כאשר זכויות היוצרים ביצירה מוגנת פגו, והיצירה הפכה להיות חלק מנחלת הכלל, עדיין, בשיטות משפט מסוימות (דוגמת דיני הקהילייה האירופית) עשוי מאגר הנתונים עצמו, הכולל ייצוגים דיגיטליים של יצירות, להיות מוגן בזכויות יוצרים או בזכות קניין רוחני אחרת, עצמאית ונפרדת מזכויות היוצרים ביצירות המקוריות.⁵² בישראל צפויה סוגיה זו להיות מוכרעת לפי קיומו (או העדר קיומו) של יסוד המקוריות בבחירת מאגר המידע או בסידורו.⁵³ כלומר, כשלעצמם, מאגרי נתונים "עירומים" אינם צפויים להיות מוגנים בזכויות יוצרים; עם זאת, עדיין עשוי להיות טווח מסוים של מאגרי נתונים הכוללים ייצוגים דיגיטליים של יצירות שהפכו לנחלת הכלל, אשר יזכה להגנת זכויות יוצרים עקב "מקוריות בבחירת היצירות ובסידורן". כמו כן, ייתכנו מצבים שבהם ייצוגים דיגיטליים של יצירות אשר עברו לנחלת הכלל יזכו להגנתן של זכויות יוצרים עצמאיות ונפרדות מזכויות היוצרים ביצירה המקורית. המצב המשפטי בסוגיה זו שונה ממדינה למדינה, בהתאם לפרשנות הנוהגת של דרישת המקוריות. בארצות הברית, מלמד פסק הדין בעניין *Bridgeman Art Library Ltd*⁵⁴ כי צילומים ועותקים דיגיטליים גרדא של יצירות קיימות אינם נהנים מהגנת זכויות יוצרים עצמאית ונפרדת. אולם במדינות אחרות, דוגמת אנגליה, המצב המשפטי עשוי להיות שונה.⁵⁵ בישראל, נוכח פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין *אינטרלגו*,⁵⁶ יש לצפות כי בית המשפט ינקוט גישה מצמצמת

51 ראו להלן את הטקסט המפנה לה"ש 68-73.

52 ראו: Directive 1996/9, of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, 1996 O.J. (L 077) 20-28. דירקטיבה זו מכירה ב"כעין זכות קניין רוחני" ("an independent *sui generis* database right"), בעניין מאגרי נתונים שבהשגת נתונים, בוודא נכונותם או בהצגתם הושקעו משאבים משמעותיים, כמותיים או איכותיים (ראו ס' 7 לדירקטיבה).

53 ראו ס' 4(ב) לחוק זכות יוצרים.

54 ראו: *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191, 196 (S.D.N.Y. 1999).

55 ראו למשל: *Antiquesportfolio.com plc. v. Rodney Fitch & Co. Ltd.*, [2001] FSR (Ch.) 345; ראו עוד: SIMON S. STOKES, ART AND COPYRIGHT 108-13 (2001).

56 ראו ע"א 513/89 *Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A*, פ"ד מח(4) 133 (1994). לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי בכל הנוגע ליצירות לקט, הגנת זכויות יוצרים מותנית במבחן משולב ומצטבר של יצירתיות ושל השקעה; ראו ע"א 8485/08 *The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר הימורים וספורט*, תק-על (1) 9727 (2010). להערכתך, פסק

כבארצות הברית. אולם אין זה מן הנמנע כי תתקיימנה נסיבות שבהן מתכונת הפקתם של צילום או של עותק דיגיטלי של יצירה קיימת תיחשב ככוללת מרכיב של יצירתיות, ולפיכך ככזו המקנה הגנת זכויות יוצרים עצמאית ונפרדת מזו שחלה על יצירת המקור.⁵⁷ לפיכך, דומה, כי השפעתה של ההגבלה הקיימת בדיון בעניין משך תקופת זכויות היוצרים צפויה להיות חלקית ואף זניחה למדי, ככל שהדברים נוגעים במיתון כוח השליטה של בעלי זכויות יוצרים על פעילויות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות. יתרה מזו, ניתן לטעון כי משכי הגנה בסדרי גודל מעין אלה (של שבעים שנים ממות היוצר) מעצימים ומקצינים את הכשלים הנלווים להכפפת פעילות בתחום שימור התרבות לכוח הריבונות הפרטית של בעלי זכויות יוצרים. במובן זה, תהא העמדה הכללית אשר תהא, בכל הנוגע למשך התקופה הראויה של הגנת זכויות יוצרים (על שימושים מסחריים ביצירות מוגנות, למשל), הרי ככל שהדברים נוגעים לתחום של שימור התרבות הדיגיטלי – תקופת ההגנה הנוכחית מעוררת קשיים.

להלן אדון בשלושת המישורים אשר לדעתי, הם המרכזיים להבנת הממשק של שימור תרבות דיגיטלי ודיני זכויות יוצרים: א. המעבר למשטר של רישוי ומשמעותו; ב. סייגים וחרגים לזכויות היוצרים – גבולות הדיון הנוהג ומגבלותיו; ג. שורשיהם של גבולותיו ומגבלותיו של דין זכויות היוצרים הנוהג. לאחר מכן, אפנה לדון בהשפעת זכויות היוצרים על הפרטת מרחבי הזיכרון הציבורי.

(א) המעבר למשטר של רישוי ומשמעותו

הכפפת פעילות בתחומים של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות לזכויות היוצרים, משמעה מעבר למשטר של רישוי, או בלשון אחרת – למשטר של הסדרה פרטית המחייב קבלת הרשאה מבעלי זכויות היוצרים בתכנים אשר בהם נעשה שימוש, ובמרבית המקרים גם תשלום תמלוגים. למשטר של רישוי השלכות ישירות על פעילות זו. ההיבט הראשון והישיר הוא צמצום והצרה של היקף ומרחב הפעילות בתחומים אלה, עקב הצורך בקבלת רישיון ובתשלום תמלוגים. נוסף לכך, משטר של רישוי גורם לבעיות של "שווקים

הדין אינו משנה את האמור בגוף הטקסט, שכן מאגרי מידע "עירומים" צפויים להיות נעדרי מרכיב יצירתיות; משום כך נראה שגם על-פי פסק דין זה הם לא יוגנו בזכויות יוצרים.

57 ראו למשל בארצות הברית את פסק הדין בעניין *Tullo*: Los Angeles News Services v. Tullo, 973 F.2d 791, 793–95 (9th Cir. 1992). כעולה מפסק דין זה, באשר לצילומים, כמעט כל שיקול דעת בסיסי שהפעיל הצלם בעניין עיתוי הצילום, זווית הצילום, תאורה וכיוצא באלה ייחשב כמקיים את דרישת היצירתיות. בישראל, פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין קימרון מלמד אף הוא כי לא מן הנמנע שהלכה למעשה, ולמרות פסק הדין בעניין אינטרלוגו, ייטו בתי המשפט להכיר בזכויות יוצרים בנסיבות שבהן הושקעו משאבים ושיקול דעת בהפקת יצירות המבוססות על יצירות קיימות ואשר אינן כוללות מרכיב ממשי של יצירתיות כשלעצמן (ראו ע"א Eisenman 2790/93 נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (2000)); אך ראו את החלטתה של השופטת מיכל אגמון-גונן בבש"א 11646/08 (מחוזי ת"א) *The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני* (פורסם ב"נבו", 2.9.2009), לפיה שידור חי (צילום) של משחק ספורט אינו עולה כדי "יצירה מקורית" הזכאית להגנת זכויות יוצרים. בעת כתיבת שורות אלה תלוי ועומד בבית המשפט העליון ערעור על החלטה זו.

שבורים" (fragmentated markets) ו"פיצול זכויות".⁵⁸ חלקים ניכרים מן הפעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות מצריכים שימוש בכמות רבה של חומרי תרבות ושל תכנים המוגנים בזכויות יוצרים והעתקה שלהם, לרבות תכנים הכוללים ומשלבים מספר רב של יצירות ושל בעלי זכויות יוצרים. מאפיין זה נגזר ממרכיב ה"כוללניות" (comprehensiveness) המגדיר חלק ניכר מן הפעילות בתחום – השאיפה לאגד תחת קורת גג אחת את מכלול חומרי התרבות מסוג מסוים. כמו כן, ארכיונים ומאגרי מידע הם בהגדרתם ובמהותם מוסדות חברתיים אשר עוסקים באיסוף ובריכוז חומרי תרבות. טלו, למשל, ארכיון דיגיטלי של תכנים טלוויזיוניים; הארכיון צפוי לכלול מספר רב של יצירות (תכניות טלוויזיה), וכל אחת מהן עשויה להכיל מארג של בעלי זכויות יוצרים נפרדים ושונים בתסריט, בבימוי, במוזיקה הנלווית לתכנית ובמרכיבים נוספים.

כך שונים התחומים של שימור ואחזור התרבות מפעילויות אחרות בתחום ההפקה וההפצה של תכנים (הפקת תקליט או סרט קולנוע, למשל), המערבות, בדרך כלל, מספר מוגבל יחסית של בעלי זכויות יוצרים אשר מהם יש לקבל הרשאה. ייחודיותם זו של תחומים אלה יוצרת קושי אינהרנטי הנובע מהכפפתם למשטר של רישוי: הכורח באיתור מספר רב של בעלי זכויות יוצרים, קבלת הרשאתם והתשלום להם הוא נטל המצמצם באופן משמעותי את מגוון הפעילות בתחומים אלה ואת היקפה. נטל זה מתעצם נוכח היותן של חלק משמעותי מן היצירות המעורבות במיזמים של שימור ואחזור תרבות בבחינת יצירות יתומות, דהיינו יצירות שקיים קושי ממשי באיתור בעלי זכויות היוצרים בהן – בין היתר עקב חלוף הזמן מאז פרסומן הראשון והקושי לזהות ולאתר את היוצר המקורי או את יורשיו וחליפיו.⁵⁹ אין זה מקרה, כי הדיון הציבורי והקריאה לרפורמות חקיקה בתחומים אלה התגברו בעשור האחרון.⁶⁰ גם בהקשר זה, השילוב של הפוטנציאל הטמון בטכנולוגיות

58 בלשון אחרת, מכונות בעיות אלה "בעיית המאגר המפוצל" (anti-commons) – מצב שבו לשם שימוש במשאב יש צורך בקבלת הרשאה ממספר רב של בעלי זכויות, אשר כל אחד מהם מחזיק בזכות וטו באשר לשימוש במשאב בכללותו. ראו: Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621, 670–77 (1998); Niva Elkin-Koren, *Copyrights in Cyberspace – Rights Without Laws?*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1155, 1189–97 (1998). לכאורה, מיזמים של שימור ואחזור תרבות אינם מעוררים בעיה של מאגר מפוצל, שכן מדובר במספר רב של יצירות אשר רק קיבוץ יחדיו מוביל ל"שבירת השוק" ולפיצול הזכויות. עם זאת, לדעתי ניתן ורואי להתייחס למכלול היצירות הכלולות במיזם מסוים של שימור ושל אחזור תרבות כמשאב הרלוונטי (דהיינו, כמשאב אחד), שכן כאמור, אחד הערכים הגלומים במיזמים מסוג זה הוא מרכיב ה"כוללניות", קרי איסופם וריכוזם יחדיו של חומרי תרבות מסוג מסוים במאגר נתונים נגיש אחד.

59 ראו למשל את דו"ח רשם זכויות היוצרים בארצות הברית בנושא זה: UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, REPORT ON ORPHAN WORKS (2006), available at www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf.

60 לסקירה משווה של ההצעות השונות לרפורמות בהקשר זה ראו: Jane C. Ginsburg, *Recent Developments in US Copyright Law: Part I – "Orphan" Works*, (Columbia Law Sch.

דיגיטליות מצד אחד עם הנטל שהוא תוצאתו של משטר רישוי מן הצד האחר, הוא שיוצר את אותו "צוואר בקבוק" הדורש הסדרה, לפחות מנקודת מבט ציבורית. היבט נוסף הוא כי משטר של רישוי עשוי להכתיב הגבלות ואיסורים בקשר לשימושים המותרים על-פי חוק – למשל כאלה המוגדרים "שימוש הוגן" ביצירה מוגנת. הסדרה פרטית מסוג זה היא קושי כללי הניצב לפתחם של דיני זכויות יוצרים, אך בהקשר של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות נוטה קושי זה לקבל גוון ייחודי. ראשית, באשר למאגרי נתונים ולארכיונים דיגיטליים הנדרשים, משיקולים של יעילות, לפעול בצורה אחידה – הגבלות עודפות מהסוג האמור עלולות להכתיב את כללי הגישה למאגר ואת השימוש במאגר כולו. כך, למשל, בנסיבות שבהן מספר רב של בעלי זכויות יוצרים ביצירות אמנות ויזואליות מתיר למוזאונים שימוש אך ורק בתמונות אצבע ממוזערות (thumbnail images) במסגרת אתרי אינטרנט הנגישים לציבור הרחב. בנסיבות מסוג זה, הן משיקולי יעילות הן משיקולי אחידות, עשויים מוזאונים להחיל את הכלל האמור על מכלול היצירות המונגשות לציבור הרחב באמצעות אתרי האינטרנט שלהם. שנית, הגבלות חוזיות מהסוג האמור עשויות אף להיות "הגבלות ויראליות", ובעלי זכויות היוצרים עלולים לדרוש ממפיק מאגר הנתונים לחייב בהן צדדים שלישיים העושים שימוש במאגר. כך, למשל, עשויים מו"לים לדרוש מספרייה שלא לאפשר למנוייה להפיק ציטוטים ניכרים (בכמותם) ומשמעותיים (באיכותם) מעותק של ספר, אלא אם שילמו עבור רכישתו, ובהמשך לכך אף לחייב את אותם מנויים שלא להעביר את אותו עותק או ציטוטים ממנו לצדדים שלישיים. כל זאת, תוך התניה על הגנת השימוש ההוגן וחריגה מן המותר במסגרתה.⁶¹

עד כה דנתי בהיבטים הכלליים הנובעים ממשטר של רישוי. נוסף לאלה, למשטר של רישוי צפוינות להיות גם השלכות מוסדיות. מקובל לסבור כי דיני זכויות יוצרים ומשטר הרישוי הנובע מהם נוטים לנתב פעילות בתחום התקשורת למודלים מסחריים, אשר במסגרתם מידע, תכנים ומוצרי תרבות נוספים הופכים מטבע עובר לסוחר.⁶² מודלים מסחריים כאלה מקנים עדיפות לתאגידי תקשורת מסחריים ומשמשים להם תמריץ, ומכבידים על יכולתן ועל מרחב פעולתן של מסגרות פעולה אחרות – אזוריות, ציבוריות וכיוצא באלה. בפרט מקשים מודלים כאמור על פעילויות תרבות, תוכן ומידע בעלות ערך ציבורי שיחידות ויחידים מן הציבור הרחב אינם מסוגלים להפנימו. הביקוש לפעילויות כאלה מלכתחילה אינו רב; זכויות היוצרים ומשטר הרישוי מובילים להתייקרות בעלויותיהן

Pub. Law & Legal Theory Working Paper Grp., Paper No. 08-183), available at <http://ssrn.com/abstract=1263361>

61 למעשה, מדיניות במתכונת זו כלולה במסגרת הסדר הפשרה הנתון בדיון משפטי בין "גוגל" לבין בעלי זכויות היוצרים ביצירות הכלולות בפרויקט הספריות של "גוגל" (ראו להלן ה"ש" 68-73). בין היתר, בהסדר הפשרה הוענקה ליחידים ולמנויים מוסדיים דוגמת אוניברסיטאות אפשרות מוגבלת בלבד להעתיק מתוך ספרים נצפים (ציטוטים נבחרים בלבד); כפי הנראה, הכול במתכונת ובהיקף מצומצמים מאלה המותרים במסגרת הגנת השימוש ההוגן. ראו ס' 4.1-4.2 להסכם הפשרה, להלן ה"ש" 72.

62 ראו: Yochai Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Towards Sustainable Commons and User Access*, 52 FED. COMM. L.J. 561 (2000).

ובכך מקשים עליהן עוד יותר. אם כן, זכויות היוצרים ומשטר הרישוי מובילים להתייקרות בעלותן של פעילויות בעלות ערך ציבורי, מבלי שיחידות ויחידים מן הציבור הרחב יהיו מסוגלים להפנים את הערך הגלום בפעילות, כמו גם את עלותה.⁶³

השלכות אלה של משטר רישוי נוגעות במישרין גם בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של תרבות. משמעותו של משטר רישוי היא הסדרה משפטית המקנה עדיפות לפעילות מסחרית בתחומים אלה ומשמשת לה תמריץ. במשטר רישוי, לפעילות ציבורית ואזרחית בתחום יהיו עלויות כספיות שהציבור הרחב לא יהיה מוכן לשאת בהן. שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות הם סוג של מוצר ציבורי,⁶⁴ אשר כוחות השוק אינם מפנימים את הערך הגלום בו, לפחות לא במלואו. לפיכך, כל עלות נוספת (דוגמת זו של משטר רישוי) ש"תועמס" על פעילות בתחומים אלה צפויה להקטין את מגוון הפעילות ואת היקפה.

ברמה המעשית מתבטאת הפעלתו של משטר רישוי בשני מישורים.⁶⁵ ראשית, לפחות חלק ממוסדות שימור התרבות המסורתיים, כגון ספריות וארכיונים, המבקשים לפעול במרחב הדיגיטלי, יתקשו לגייס את מלוא המשאבים הנדרשים כדי לעמוד בעלויות הנובעות ממשטר של רישוי מבלי "להעמיס" את העלויות הללו על ציבור המשתמשים. הלכה למעשה, המשמעות של מהלך כאמור היא הפרטה, וזו תותיר חלק ניכר מן הציבור מחוץ למעגל המוטבים של הפעילות בתחום השימור. נניח לשם הדוגמה כי מוזאון ישראל מחליט להתקשר בהסכמי רישוי לשם הקמת ארכיון התמונות הדיגיטלי שלו ותפעולו. בפני המוזאון יעמדו כמה אפיקים, אשר במציאות צפויים להישזר זה בזה: המוזאון יוכל לשאת בעלויות הרישוי הנדרשות כדי להפוך את אוסף התמונות הדיגיטלי לנגיש לשימוש של הציבור הרחב (בהנחה כי תמורת סכום מתאים, יסכימו בעלי הזכויות בתמונות להעניק הרשאות כאמור); לחלופין, יוכל המוזאון לתחום ולגדור את אופני השימוש באוסף התמונות הדיגיטלי ואת היקפו באופן שיאפשר לו לשאת בעלויות הכספיות הנובעות ממשטר הרישוי – כלומר לצמצם את היקף ההרשאות ואת סוגיהן באופן שיקטין את העלות הכספית שישא בה המוזאון (למשל, לרכוש רישיון מוגבל המאפשר אך ורק שעתוק לצורכי שימור והתחום את גישת הציבור לאוסף התמונות הדיגיטלי אך ורק למסופים המצויים בשטח המוזאון ולתמונות ממוזערות באתר האינטרנט של המוזאון); אפשרות שלישית היא

63 להלן אביא לכך דוגמאות מתחום שימור התרבות הדיגיטלי. אך השלכות כאמור של משטר רישוי נדונו והודגמו בהרחבה גם בהקשר של תחומי התקשורת, התוכן והמידה בכלל; ראו: Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999).

64 לטובין ציבוריים שני מאפיינים מרכזיים. מאפיין אחד הוא חוסר היכולת המעשי למנוע מכל אדם שימוש בטובין הציבוריים והנאה מהם. מאפיין שני מתייחס לכך ששימושו של אדם אחד בטובין הציבוריים אינו גורע מיכולתו של אדם אחר לעשות בהם שימוש.

65 אכן, גם יצירות ותכנים המוגנים בזכויות יוצרים הם בבחינת מוצר ציבורי מופשט; הגנת זכויות יוצרים נועדה לפתור את בעיית הטובין הציבוריים המתעוררת ביצירתם ובהפצתם של יצירות ושל תכנים. לעומת זאת, שימור תרבות, לרבות שימור תרבות דיגיטלי, הוא מוצר ציבורי שונה; עניינם של הטובין הציבוריים אשר תחום שימור התרבות עוסק בהם הוא כשלי שוק מאוחרים יותר, בעת שימור ארוך טווח של יצירות ותכנים אשר כבר נוצרו.

לאמץ, ולו באופן חלקי, מודלים של מסחור אוסף התמונות הדיגיטלי, באופן שיכסה חלק מעלויות משטר הרישוי (למשל הכללת אוסף התמונות הדיגיטלי של המוזאון במאגרים מסחריים דוגמת "Corbis", "Getty Images" או ה-"Bridgeman Art Library").⁶⁶ הלכה למעשה, מתכונת זו צפויה להפוך את המוזאון ואת בעלי זכויות היוצרים לשותפים עסקיים במסחור אוסף התמונות הדיגיטלי. טענה כללית יותר היא כי כמות המשאבים העומדת לרשות המוזאון מוגבלת וכי ככובעם כצרכנים, משתמשים מהציבור הרחב אינם צפויים להפנים את הערך הציבורי הגלום באוסף התמונות הדיגיטלי של המוזאון; לפיכך, כל תמהיל של שלוש האפשרויות האמורות סופו להתבטא, בצורה כזו או אחרת, בהעדר מיצוי האינטרס הציבורי.⁶⁷

שנית, למשטר של רישוי צפויות להיות השלכות על סוגי פעילות חדשים בתחומים של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, אשר הזכרו בחלק 2 לעיל. משטר של רישוי והעלויות הכרוכות בו צפויים להרתיע מתכונות חדשות ושחקנים חדשים בתחומים של שימור ואחזור התרבות, אשר פעילותם אינה מיועדת למטרות רווח. משטר של רישוי צפוי, אפוא, להקשות על מיצוי פוטנציאל הביזור המוסדי והדמוקרטיזציה אשר טומנים בחובם האינטרנט ואמצעי התקשורת הדיגיטליים. בנקודה זו ראוי לחזור ולהזכיר את מרכיב הלכידות המוסדית אשר נזכר בחלק 2(ב) לעיל. שילוב משטר של רישוי עם מרכיב הלכידות המוסדית מחזק את מעמד המודל המסחרי כמכתיב את דרכי הפעולה

66 זהו אכן המצב בפועל, באופן חלקי לפחות. כך, למשל, עיון באתר האינטרנט של ה-"Bridgeman Art Library" מלמד, כי סוכנות מסחרית זו מנהלת ומעניקה רישיונות שימוש מסוגים שונים באוספים דיגיטליים של מוזאונים מרכזיים ברחבי העולם. ראו: *Bridgeman: The world's leading source of fine art, cultural and historical images*, BRIDGEMAN: ART, CULTURE & HISTORY IMAGES, www.bridgemanart.com/about-bridgeman.aspx

67 ראו למשל את הדוגמה של "ARTstor", לעיל ה"ש 31. מדובר במיזם ציבורי שלא למטרות רווח, אשר כולל אוסף דיגיטלי של יצירות אמנות מהמוזאונים המובילים בעולם בכלל ובארצות הברית בפרט. הגם שמדובר ביזמה ציבורית, הרי נוכח משטר הרישוי שמכתיבים בעלי זכויות היוצרים ביצירות האמנות, השימוש במאגר התמונות הדיגיטלי של "ARTstor" כפוף לשורה של הגבלות ושל מאפיינים אשר מלמדים על קשיים מהסוג הנדון בגוף הטקסט. ראשית, הגישה למאגר התמונות והשימוש בו מוגבלים אך ורק למוסדות השכלה גבוהה ולמוסדות תרבות, ואלה משלמים דמי מינוי מוסדיים גבוהים למדי. שנית, תנאי השימוש של מנויים מוסדיים הם תנאים מגבילים למדי המונעים שימושים דיגיטליים נוספים בתמונות, לרבות למטרות אשר אינן מסחריות. ראו: *Artstor Digital Library Terms and Conditions of Use*, ARTSTOR, www.artstor.org/our-organization/o-pdf/terms-conditions.pdf; *Intellectual Property – Overview*, ARTSTOR, www.artstor.org/our-organization/o-html/ip.shtml. אין זה ברור אם מדיניות זו של "ARTstor" נובעת מן העלויות הכרוכות במתן אפשרויות גישה ושימוש רחבות ומקיפות יותר, או לחלופין, מן התנאים שמכתיבים בעלי זכויות היוצרים ביצירות שנעשה בהן שימוש. כך או כך, הכפפת פעילות של גוף דוגמת "ARTstor" למשטר של רישוי נושאת השלכות ישירות על יכולתו של המיזם להפנים ולקדם מטרות ציבוריות של שימור ושל גישה. קל וחומר שכך הדבר בעניין גופים אשר אינם נהנים מתקציבים ותמיכה דוגמת אלה שזוכה להם מיזם פרטני זה, מקרן אנדרו מלון (The Andrew W. Mellon Foundation).

בתחומי השימור והאחזור דיגיטליים של התרבות. במצב דברים זה שני כוחות משיכה, ממקורות שונים אך מצטברים, משתלבים זה בזה ויוצרים הטיה ניכרת של תחומי השימור והאחזור של התרבות אל עבר מודל מסחרי, כמו גם מחסומי כניסה בפני חלופות אחרות. מקור ראשון הוא נטייתם הכללית של גופים עסקיים לפעול בתחומים של שימור ואחזור התרבות, בשל הפוטנציאל הכספי הטמון בתחום זה; מקור שני הוא משטר הרישוי המוכתב בקשר לשימוש בתכנים המוגנים בזכויות יוצרים. ההיזון והתמיכה הדדיים בין שני מקורות אלה הם שמעצימים את אותה הטיה. ודוקו: אינני מתעלם מכך שמשטר של רישוי מעצים את התמריץ הכלכלי לפעול בתחום של שימור התרבות, וכפועל יוצא אף את היקף הפעילות בתחום. אולם טענתי היא כי הגדלת היקף הפעילות בתחום, שתבוסס על משטר של רישוי, תוליד מחיר חברתי אשר עשוי להיות גבוה מן הערך הציבורי הטמון במהלך כזה; על אחת כמה וכמה בעידן דיגיטלי, כאשר הגדלת היקף הפעילות יכולה להתממש גם ללא משטר של רישוי באופן מגוון ודמוקרטי יותר, על יסוד פעילות מצד יחידים ומסגרות פעולה אזרחיות.

אם כן, אלה החסרונות המגולמים במשטר של רישוי. אדגים זאת באמצעות פרויקט הספריות של חברת "גוגל".

פרויקט הספריות של חברת "גוגל" החל כיזמה של החברה לסרוק את כלל אוצרות הספרות הכתובה של האנושות, להעבירן אל מדיה דיגיטלית ולקבצן במאגר מידע אחד, נגיש לציבור הרחב.⁶⁸ לשם כך התקשרה "גוגל" בהסכמים עם כמה מן הספריות האוניברסיטאיות והציבוריות המרכזיות בעולם, כגון: הרווארד, אוקספורד, משיגן והספרייה הציבורית של ניו-יורק; אלה הקנו ל"גוגל" אפשרות לסרוק את אוספי הספרים שלהן. בשלב הבא, כאשר הפכה "גוגל" את מאגר הנתונים לנגיש לציבור המשתמשים באינטרנט, היא הבחינה בין שתי קטגוריות של יצירות. בקטגוריית היצירות אשר זכויות היוצרים בהן פגו והן הפכו להיות חלק מנחלת הכלל, העמידה "גוגל" לרשות ציבור המשתמשים עותקים דיגיטליים של היצירות בשלמותן, אך הגבילה (חוזית וטכנולוגית) שימושים בהן אשר אינם שימושים פרטיים, לרבות שימושים מוסדיים למטרות חינוך, הוראה ושימור.⁶⁹ בקטגוריית היצירות המוגנות בזכויות יוצרים סרקה "גוגל" את היצירות בשלמותן, אך בהעדר הסדר עם בעלי זכויות היוצרים ביצירות הציגה בפני המשתמשים אך ורק מספר מוגבל ומצומצם של ציטוטים נבחרים מתוך אותן יצירות, ציטוטים אשר נבחרו בתשובה לשאלתת חיפוש מסוימת.

במתכונתו הראשונית, פרויקט הספריות לא נסמך על הסכמי רישוי עם בעלי זכויות היוצרים ביצירות אשר נסרקו ונכללו במאגר הנתונים. "גוגל" טענה כי ההיבטים של הפרויקט אשר כוללים שימוש בתכנים המוגנים בזכויות יוצרים חוסים תחת הגנת השימוש

68 לסקירה של הפרויקט ראו: Rebecca Tushnet, *My Library: Copyright and the Role of Institutions in a Peer-to-Peer World*, 53 UCLA L. REV. 977, 1018 (2006)

69 ראו: Andrew Richard Albanese, *Scan This Book!*, LIBRARY JOURNAL.COM (Aug. 15, 2007); ראו גם את ההודעה הנלווית לקובצי PDF הכוללים ספרים מפרויקט הספריות של "גוגל", אשר משך זכויות היוצרים בהם פג ואשר הפכו להיות חלק מנחלת הכלל.

ההוגן.⁷⁰ תימוכין לטענתה זו מצאה "גוגל" בערכו החברתי של הפרויקט ובתועלת הגלומה בו, וכן בכך שבאשר לתכנים המוגנים בזכויות יוצרים היא אפשרה גישה אך ורק למספר מצומצם של ציטוטים; לטענתה אלה אינם בגדר חלופה ליצירה השלמה, ומשום כך אינם פוגעים בערכה הכלכלי של היצירה המוגנת ובשוק הפוטנציאלי שלה.⁷¹ ציבור המחברים והמו"לים קראו תיגר על עמדתה זו של "גוגל" ופתחו בהליכים משפטיים נגדה בגין הפרת זכויות יוצרים. במסגרת ההליכים הגיעו "גוגל" ובעלי זכויות היוצרים להסדר פשרה; אולם להסכם זה (לרבות לנוסח מתוקן שלו) הוגשו הסתייגויות והתנגדויות מצד מספר רב מאוד של גורמים, לרבות משרד המשפטים האמריקני ובעלי זכויות וארגונים אשר ביקשו לייצג את האינטרס הציבורי.⁷² במועד כתיבת שורות אלה ממתין נוסחו המתוקן של ההסדר לאישור בית המשפט.

הסדר הפשרה (המקורי והמתוקן) הוא מורכב ועתיר פרטים, אך ככלל ניתן לומר כי הוא מגלם בחובו מעבר למשטר של רישוי. עניינו של הנדבך הראשון במשטר הרישוי הוא במערכת היחסים בין בעלי זכויות היוצרים לבין "גוגל". במסגרת הסדר הפשרה הוכפף פרויקט הספריות על מכלול היבטיו, למעט ההקשר של יצירות הבאות בגדר נחלת הכלל, למארג של רישיונות גורפים ופרטניים אשר יינתנו ל"גוגל" ולצדדים שלישיים על-ידי תאגיד לניהול משותף של זכויות מטעם המחברים והמוציאים לאור (ה-Book Registry). הנדבך השני במשטר הרישוי עניינו במערכת היחסים בין "גוגל" לבין צרכני מאגר הנתונים – הן צרכנים מוסדיים (כמו ספריות ומוסדות חינוך) הן צרכנים פרטיים (כמו משתמשי

70 ראו: *Information for Publishers and Authors About the Library Project*, GOOGLE, http://books.google.com/googlebooks/publisher_library.html

The use Google makes is fully consistent with both the history of fair use under copyright law, and also all the principles underlying copyright law itself. Copyright law has always been about ensuring that authors will continue to write books and publishers continue to sell them. By making books easier to find, buy, and borrow from libraries, Google Books helps increase the incentives for authors to write and publishers to sell books. To achieve that goal, we need to make copies of books, but these copies are permitted under copyright law.

This project is very similar to web search. In order to electronically index a webpage, you need to make a copy of it. In order to electronically index a book, we have to make a digital copy of the book. As with web search, the copies we make are used to direct people to the books.

71 לסקירה וניתוח של טיעוני "גוגל" בהקשר זה ראו: Jonathan Band, *Google and Fair Use*, 3 J. Bus. & Tech. L. 1 (2008).

72 למסכים השונים ששימשו בהליך המשפטי ובהסדר הפשרה ראו: *Influencing Public Policies: Copyright & Intellectual Property Policies – Google Book Search Library Project*, ARL – ASSOCIATION OF PUBLIC LIBRARIES, www.arl.org/pp/ppcopyright/google

קצה). ככלל, מדובר בהסדרי רישוי בתשלום, אשר במסגרתם ניתן לבעלי זכויות היוצרים הכוח לקבוע את כללי הגישה לספרים המוגנים בזכויות יוצרים ואת תעריפי השימוש בהם. הערכה מלאה של היתרונות, של החסרונות, של התקוות ושל החששות אשר מעורר פרויקט הספריות של "גוגל" חורגת ממסגרתו של דיון זה. החשוב לענייננו הוא כי פרויקט הספריות ממחיש את השלכותיו של משטר רישוי ושל השילוב שלו עם הצטרפותם של גורמים מסחריים לפעילות בתחומי השימור והאחזור דיגיטליים של התרבות. "גוגל" יזמה את פרויקט הספריות והחלה בביצועו לפני הסדר הפשרה ועל יסוד הטענה, כי מרבית מרכיביו של הפרויקט אינם טעונים קבלת הרשאה מבעלי זכויות היוצרים בספרים הסרוקים. אולם כבר בשלב מוקדם זה ניתן היה לאתר היבטים מסוימים, כגון הגבלות חוזיות והגבלות טכנולוגיות כאמור לעיל,⁷³ שבכל הנוגע להם, מיקום הפעילות במרחב מסחרי למטרות רווח הקרין והשליך על היבטיו הציבוריים של הפרויקט. לאחר הוצאתו של הפרויקט לפועל, ביקשו המחברים והמוציאים לאור להחיל עליו משטר של רישוי על כל המשתמע מכך. הסדר הפשרה בין "גוגל" לבין בעלי זכויות היוצרים לא רק משקף וממחיש את השלכותיה של החלת משטר של רישוי, אלא גם ממחיש בצורה טובה את השלכותיה של חברתם של בעלי זכויות יוצרים ליצירת גורם מסחרי משמעותי בתחומים של שימור ואחזור התרבות. דומה כי בשלב זה מפסיק משטר הרישוי להיות מרכיב חיצוני, המוחל על "גוגל" למרות רצונה, והופך להיות מטרה ואמצעי משותפים לבעלי זכויות היוצרים ול"גוגל", לשם מיצוי הפוטנציאל הכלכלי של הפרויקט. במסגרת זו מוחלים על הפרויקט כללי הסדרה פרטית המצרים והמצמצמים את אפשרויות הגישה של הציבור הרחב ושל מוסדות חינוך ותרבות לתכנים הכלולים בפרויקט הספריות, ואת אפשרויות השימוש בתכנים אלה.

את הדיון בהשלכותיו של משטר רישוי ראוי לקרוא לאור מערך הסייגים והחריגים לזכויות היוצרים. לו כללו דיני זכויות היוצרים מתווה של שימושים מותרים, שהיה מאפשר מרחב פעולה חופשי בכל הנוגע לפעולות שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, אזי היו השלכותיו של משטר הרישוי מתונות יותר. כמפורט להלן, לפחות ככל שהדברים נוגעים בדיון הנוהג ובתרבות הדוקטרינרית של דיני זכויות יוצרים, אין זה המצב. אמנם בהשוואה לשיטות משפט אחרות, חוק זכות יוצרים הישראלי החדש, בסייגים ובחריגים הפרטניים אשר נקבעו בו, משקף גישה מתקדמת יחסית בקשר לשימור תרבות דיגיטלי; אולם הסדרים אלה מותירים עדיין בעינם חלק גדול מן המכשולים הטמונים במשטר של רישוי.

73 ראו לעיל ה"ש 68-72 והטקסט הסמוך להן.

(ב) סייגים וחריגים לזכויות היוצרים – גבולות הדין הנוהג ומגבלותיו

מערך הסייגים והחריגים לזכויות היוצרים כולל שני רבדים אשר עשויים לחול בהקשר של פעילויות בתחומי שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות: סייגים וחריגים פרטניים לזכויות היוצרים בתחום השימור⁷⁴ וסייגים וחריגים להגנת השימוש ההוגן.⁷⁵

1. סייגים וחריגים בתחום השימור

ככלל, סייג לזכויות היוצרים בתחום השימור מתיר למוסד תרבות להעתיק יצירה למטרות שימור או החלפתה, אם מצוי בידי עותק חוקי שלה. כך, למשל, מתיר סעיף 30(א) לחוק העתקה לצורכי שימור של יצירה המצויה באוסף קבוע של ספרייה או של ארכיון, ושלא ניתן לרכוש עותק ממנה בתוך פרק זמן סביר ובתנאים סבירים.⁷⁶ אולם במסגרת הדין המצוי נוטים סייגים וחריגים פרטניים בתחום השימור להתאפיין בכמה מגבלות, המקשות עליהם לתפקד כווסת מאזן של פעילות בתחומים של שימור ואחזור דיגיטליים

74 במסגרת הדין הישראלי, ראו ס' 30 ו-31 לחוק זכות יוצרים; עוד ראוי לציון בהקשר זה ס' 23 לחוק הספרייה הלאומית, שבו נקבע כך:

(א) על אף האמור בכל דין, פעולה כמפורט להלן מותרת לספרייה הלאומית למטרות אלה:

(1) עשיית שני עותקים של יצירה, שחוק הספרים חל עליה, ועותקה לא נמסרו לספרייה הלאומית מכל סיבה שהיא; הספרייה תהא רשאית לעשות עותקים כאמור לאחר שפנתה למי שחלה עליו חובת מסירה לפי חוק הספרים, ככל שזהותו ידועה, והוא לא מילא את חובתו;

(2) החלפת עותק של יצירה, שהיה בידי הספרייה הלאומית לאחר שנמסר לפי חוק הספרים, ואבד, הושמד, או נעשה בלתי ראוי לשימוש;

(3) העתקה לצורכי שימור, בכל דרך שהיא, של יצירה שעותק ממנה נמצא בידי הספרייה הלאומית או שלספרייה יש גישה אליה, ובלבד שלא ייעשה בעותק לשימור שימוש כעותק נוסף על העותקים שבספרייה ולעניין יצירה שלספרייה יש גישה אליה – כל עוד לספרייה יש אפשרות גישה כאמור;

(4) העתקה לצורכי שימור של אתרי אינטרנט או של יצירות המצויות בהם; גישה לציבור לעותקים שנעשו לפי פסקה זו, תהיה לפי תנאים וסייגים שיקבע שר המשפטים, בהסכמת השר; הוראות כאמור ייקבעו בהתחשב, בין השאר, בהשפעתן על בעלי זכות היוצרים ביצירות.

(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מהוראות לפי דין אחר המתירות לספרייה הלאומית לבצע העתקה של יצירות.

75 במסגרת הדין הישראלי ראו ס' 19 לחוק זכות יוצרים.

76 להרחבה בעניין חוק זכות יוצרים והגישה המתקדמת יחסית שנקט בו המחוקק בעניין שימור, ראו להלן את הטקסט המפנה לה"ש 90-95.

של תרבות.⁷⁷ ראשית, תחולתם של סייגים בתחום השימור נוטה להיות מוגבלת למוסדות שימור ציבוריים מסוימים: ספריות, ארכיונים ולכל היותר גם מוזאונים. שנית, בדרך כלל, סייג "העתקה לצורכי שימור" מאפשר אך ורק העתקה של יצירות אשר עותק פיזי שלהן מוחזק בידי המוסד המשמר, והגישה לעותק הנוסף צפויה להיות מוגבלת אך ורק לחצרים הפיזיים של אותו מוסד. במובן זה, חריגי ההעתקה לצורכי שימור נוטים להתיר אך ורק את עצם פעולת ההעתקה, אך לא פעולות נוספות אשר עניינן הנגשה של יצירות שהועתקו לצורכי שימור והעמדתן לרשות הציבור.

כך, למשל, סעיף 108 לחוק זכויות היוצרים האמריקני.⁷⁸ מטרת הסעיף היא להתיר לספריות ולארכיונים העתקה חופשית של יצירות מוגנות, לצורכי שימור. חריגי השימור מוגבל בסעיף זה להפקה של עד שלושה עותקים, שלא למטרות מסחריות, של יצירה אשר עותק פיזי חוקי שלה מצוי בידי הספרייה או הארכיון, ואשר לא ניתן להשיג עותק אחר שלה. בשנת 1998 תוקן הסעיף באופן המתיר הפקת עותק דיגיטלי של יצירה למטרות שימור והחלפה כאמור. בתיקון נאסרה מפורשות העמדתו של העותק הדיגיטלי לרשות הציבור שלא בשטח הפיזי של הארכיון או הספרייה.⁷⁹

חריגי השימור המסורתיים לזכויות היוצרים חלים, אפוא, על תחום פעילות צר ומצומצם באופן ניכר ממגוון הפעילויות של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. למעשה, על אף שמם, באופן רגיל הם אינם חלים על פעילויות של שימור תרבות, אלא מוגבלים אך ורק להפקת עותק גיבוי ליצירות שמחזיקים מוסדות תרבות כמו ספריות או ארכיונים. בשנים האחרונות החלו כמה מדינות לפעול לתיקון סייגי השימור שבחקיקת זכויות היוצרים שלהן ולהתאמתם לסביבת תקשורת דיגיטלית. מהלכים אלה משקפים שיפור מסוים לעומת סייגי השימור המסורתיים, אולם דומה כי הם מוגבלים עדיין ביכולתם לספק פתרון כולל ומקיף למתח שבין הגנת זכויות יוצרים לבין פעילויות בתחומים של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. אדגים זאת באמצעות תיקוני החקיקה וההצעות לרפורמה בארצות הברית, באוסטרליה ובישראל.

ארצות הברית: הוקמה קבוצת עבודה שדנה בהתאמת סעיף 108 לחוק זכויות היוצרים לסביבה דיגיטלית,⁸⁰ ואשר אף פרסמה דין וחשבון מסכם שכלל הצעה לרפורמה בנושא.⁸¹

77 לדיון משווה המדגים מגבלות אלה והמציע הצעות לתיקון הדין הנוהג ראו דו"ח ספריית הקונגרס, לעיל ה"ש 6; ראו עוד: Kenneth Crews, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, WIPO Doc. SCCR/17/2 (Aug. 26, 2008), [available at www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_2.pdf).

78 ראו: 17 U.S.C.S. § 108 (2000) (להלן: "חוק זכויות היוצרים האמריקני"); ראו עוד: Mary Rasenberger & Chris Weston, *Overview of the Libraries and Archives Exception in the Copyright Act: Background, History, and Meaning* (Apr. 14, 2005), [www.section108.gov/docs/108BACKGROUNDPAPER\(final\).pdf](http://www.section108.gov/docs/108BACKGROUNDPAPER(final).pdf).

79 ראו: The Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 17 U.S.C. §§ 103, 1201.

80 ראו: THE SECTION 108 STUDY GROUP, www.section108.gov.

81 ראו: THE SECTION 108 STUDY GROUP, AN INDEPENDENT REPORT SPONSORED BY THE UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE AND THE NATIONAL DIGITAL INFORMATION INFRASTRUCTURE AND

עיקר ההמלצות לתיקון הסעיף התמקדו בהיבטים הללו:⁸² (א) הגמשת חריג השימור באופן שיאפשר הפקה של מספר סביר של עותקי יצירות המצויות בידי ספרייה או ארכיון, אשר נמצאות בסיכון ואשר לא ניתן להשיג עותק שמיש שלהן; על-פי המלצות הוועדה חריג כאמור יחול אך ורק על ספריות או ארכיונים הנחשבים לכשירים מבחינת יכולות הניהול ואבטחת המידע שלהם; (ב) הוספת מוזאונים להגדרת "מוסד תרבות" הנהנה מחריג השימור; (ג) מתן היתר לספריות ולארכיונים לסרוק, להעתיק ולתעד תכנים של אתרי אינטרנט פומביים אשר בעליהם לא אסרו על כך. על-פי החריג המוצע בהקשר זה, הנגשת חומרים מתועדים כאמור והעמדתם לרשות הציבור תתאפשר אך ורק בשטחם הפיזי של הספרייה או הארכיון, למטרות לימוד עצמי ומחקר.

הצעה זו לתיקון הסעיף האמריקני מותירה בעינם את מרבית המגבלות והכשלים הקיימים בנוסח המקורי של הסעיף ואשר הוצגו לעיל. אמנם, תיקון הסעיף במתכונת המוצעת צפוי לשפר קמעה את יכולותיהם של ספריות, של ארכיונים ושל מוזאונים להפיק למטרות שימור עותק דיגיטלי של יצירות המוחזקות בידם. אולם פרט לכך, הרפורמה המוצעת אינה מתמודדת עם האתגרים שמציב שימור תרבות דיגיטלי או עם ההשלכות הנובעות מן המעבר למשטר של רישוי. כפי שאראה להלן, שיטות משפט במדינות אחרות, דוגמת אוסטרליה וישראל, נקטו גישה החלטית ומקיפה יותר בהתאמת סייגי השימור המסורתיים לסביבה דיגיטלית. אולם גם רפורמות אלה אינן מספקות מענה כולל ומספק להשלכות הנובעות מן המעבר למשטר של רישוי בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של תרבות.

אוסטרליה: בהשוואה למדינות אחרות, חוק זכות יוצרים האוסטרלי כולל הסדרים מתקדמים בכל הנוגע לשימור תרבות דיגיטלי.⁸³ ראשית, סעיף 10(3A) וסעיף 10(4) לחוק מגדירים "ארכיון" באופן רחב למדי, הכולל כל גוף המחזיק מסמכים ותכנים, בין היתר למטרות שימור, ובלבד שניהול האוסף אינו נעשה למטרות רווח כספיים. הגדרה זו כוללת, בין היתר, מוזאונים, גלריות וכל גוף אחר, בין מאוגד ובין בלתי מאוגד.⁸⁴ בהמשך

www.section108.gov/, PRESERVATION PROGRAM OF THE LIBRARY OF CONGRESS (2008)
docs/Sec108StudyGroupReport.pdf

82 לסקירה של הצעות הרפורמה ולניתוח ביקורתי שלהן ראו: James Grimmelmann, *The Revolution Will Not Be Archived (If the Section 108 Study Group Has Its Way)*, THE LABORATORIUM (Mar. 31, 2008), http://laboratorium.net/archive/2008/03/31/the_revolution_will_not_be_archived_if_the_section

83 ראו: *Copyright Act 1968* (Cth) (Austl.).

84 ראו את נוסח הסעיפים:

(3A) For the purposes of this Act, something held in, or forming part of, the collection of any archives covered by paragraph (aa) of the definition of *archives* in subsection (1) is taken not to be held in, and not to form part of, the collection of the National Archives of Australia.

Note: Paragraph (aa) of the definition of *archives* covers archival material in the custody of a person other than

לכך, בסעיפים 51B, 110BA, ו-112AA לחוק נקבע הסדר פטור לגבי העתקה לצורכי שימור על-ידי "מוסדות מפתח תרבותיים" (Key Cultural Institutions). על פי סעיף החוק, ל"מוסדות מפתח תרבותיים" (ספריות וארכיונים שיוגדרו בתקנות) מותר להפיק עד שלושה עותקים של יצירות שחשיבותן התרבותית וההיסטורית משמעותית ואשר לא ניתן לרכוש עותק מהן בזמן ובמחיר סבירים. סעיפים 51A ו-110B לחוק מתירים הנגשה לציבור של עותקי יצירות אשר שומרו, אולם אך ורק באמצעות מסופי מחשב המצויים בשטח הספרייה או הארכיון. הנדבך האחרון בחוק זכויות היוצרים האוסטרלי מתייחס לחריג ה"שימוש הגמיש" (Flexible Dealing) שבסעיף 200AB לחוק. בחריג השימוש הגמיש התיר המחוקק לארכיונים ולספריות לבצע באופן חופשי פעולות הנדרשות לתפעול שוטף של הספרייה או הארכיון, ובלבד שיתקיימו התנאים המצטברים הללו: לא מדובר בפעולה למטרות רווח או השגת יתרון מסחרי; מדובר ב"מקרה מיוחד", אשר אינו פוגע בדרכי השימוש הרגילות ביצירה המוגנות ובאופן ניצולה הרגיל של היצירה המוגנת, ואשר אינו פוגע באופן בלתי סביר באינטרסים הלגיטימיים של בעלי זכויות היוצרים. תנאים אלה שבסעיף 200AB מבוססים על המבחן המשולש שנכלל באמנת ברן ובהסכם טריפס, מבחן הקובע את סד המגבלות הבין-לאומיות על סייגים וחריגים לזכויות יוצרים.⁸⁵

the National Archives of Australia under an arrangement referred to in section 64 of the *Archives Act 1983*.

- (4) Where: (a) a collection of documents or other material of historical significance or public interest that is in the custody of a body, whether incorporated or unincorporated, is being maintained by the body for the purpose of conserving and preserving those documents or other material; and (b) the body does not maintain and operate the collection for the purpose of deriving a profit; paragraph (b) of the definition of *archives* in subsection (1) applies to that collection.

Example: Museums and galleries are examples of bodies that could have collections covered by paragraph (b) of the definition of *archives*.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Sept.6, 1886, Art. 85 Agreement; (להלן: "אמנת ברן"); 9(2), 828 U.N.T.S. 221 (last amended Oct. 2, 1979) on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr.15 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Article 13, 33 I.L.M. 1125 (1994) (להלן: "הסכם טריפס"); לדיון במבחן המשולש בהיבט הפרטני של '200AB לחוק זכויות היוצרים האוסטרלי ראו: Emily Hudson & Andrew T. Kenyon, *Without Walls: Copyright Law and Digital Collections in Australian Cultural Institutions*, 4 SCRIPT-ED 197 (2007), available at www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-2/kenyon.asp

ככלל, חריג השימוש הגמיש נועד להקנות לספריות ולארכיונים "היתר שסתום" גמיש ופתוח לפעולות הנדרשות למילוי המטלות והתכליות השוטפות של מוסדות שימור.⁸⁶ חשיבותו ותרומתו של סעיף 200AB הם בעיקר במעבר לחריג פתוח, אשר מספק פתרון לקשת רחבה של נסיבות ושל הקשרים. נוסף לכך, בניגוד למתכונת המסורתית של סייגי השימור, סעיף 200AB אינו תחום וגדור אך ורק לעצם פעולת ההעתקה של היצירה המוגנת, אלא עשוי לחול אף על פעולות הנגשה של חומרים אשר תועדו ושומרו ועל העמדתם לרשות הציבור. מתכונת זו מתגברת על חלק ניכר מן המגבלות של סייגי השימור המסורתיים. היא אף עונה בקנה אחד עם התפקיד המרכזי שממלא יסוד הגישה ליצירות (access) במימוש התכליות החברתיות של שימור ואחזור תרבות.⁸⁷

מנגד, דומה כי סעיף 200AB אינו מספק מענה ממצה והולם למגבלות אשר מציבים דיני זכויות יוצרים בכלל ומשטר של רישוי בפרט בפני שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. טעם אחד לכך הוא כי הסייג הקבוע בסעיף מוגבל אך ורק לספריות ולארכיונים ואינו חל על פעילותם של גופים אחרים זולתם או של יחידים. זאת אף על פי שכמפורט בסעיף א(2) לעיל, ערכם ותרומתם של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות טמונים במידה רבה באותו מארג מגוון ומבוזר של פעילותם של יחידים, של יחידות ושל גופים נוספים זולת ספריות וארכיונים. הטעם השני לאי־דיותו של סעיף 200AB עניינו באותו מבחן משולש המשמש תנאי בלתו אין לתחולת הסעיף. משמעות המבחן המשולש היא צמצום ניכר של חריג השימוש הגמיש ושל היקף תחולתו. הגבלת החריג למקרים מיוחדים אשר אינם פוגעים בדרכי השימוש הרגילות ביצירה המוגנת ואשר אינם פוגעים באופן בלתי סביר באינטרסים הלגיטימיים של בעלי זכויות יוצרים, אינה מותרת כמעט מרחב תחולה לחריג. סביר להניח, למשל, כי החריג לא יחול על מיזמים המערכים העתקה לצורכי שימור של אוספי יצירות בשלמותם; הוא הדין גם באשר לפעילויות הכוללות מרכיב כלשהו של לכידות בין פעילות תקשורתית עכשווית לבין פעילות בתחומי השימור והאחזור.⁸⁸ לשון

86 כאן המקום לציין כי בניגוד למצב בארצות הברית ובישראל, באוסטרליה לא קיים סעיף של הגנת שימוש הוגן פתוחה. במובן זה, בהקשר של שימור תרבות, חריג "השימוש הגמיש" משלים בדיון האוסטרלי חסר אשר במדינות אחרות, דוגמת ארצות הברית וישראל, נפתר (חלקית לפחות) באמצעות הגנת שימוש הוגן פתוחה; ראו דו"ח ספריית הקונגרס, לעיל ה"ש 6, בעמ' 20.

87 ראו לעיל את הטקסט המפנה לה"ש 29.

88 קביעות אלה מתחייבות מן הפרשנות והיישום הנוהגים של המבחן המשולש לסייגים ולחריגים לזכויות היוצרים. ראו לעניין זה: Haochen Sun, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 265 (2007); Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test*, in *International and EC Copyright Law* (2004). אכן, לא מן הנמנע כי מתכונת של רישיון כפייה עשויה לפתור חלק מן העימותים ומן המתח אשר יוצר המבחן המשולש (שם, בעמ' 218–219). אולם אין זה ברור כי פעילות של העתקת מספר רב של יצירות שלמות והנגשתן לציבור תיחשב ל"מקרה מיוחד" העומד בדרישות המבחן המשולש; ראו: Diane Leenheer Zimmerman, *Can Our Culture Be Saved? The Future of Digital Archiving*, 91 Minn. L. Rev. 989, 1041–42 (2007).

אחרת, חריג הטיפול הגמיש ותנאיו מסמנים ומורים כי משטר של רישוי הוא האפיק הנכון שבאמצעותו ראוי להסדיר את עיקר הפעילות בתחום, ובתוך כך מוציאים מגדרם חלק ניכר מן הפעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של תרבות.

לסיכום, הדין האוסטרלי משקף מערכת דינים מתקדמת המבקשת להתמודד עם המגבלות הטבועות במתכונת המסורתית של הסייגים והחריגים לזכויות היוצרים בתחום של שימור התרבות. החקיקה האוסטרלית היא אכן מאוזנת ואפקטיבית יותר מן המתכונת המסורתית של סייגים וחריגים בתחום של שימור התרבות. אולם, בסופו של יום, גם הדין האוסטרלי אינו מספק פתרון כולל, ממצה ומאוזן למגבלות ולכשלים הנובעים ממשטר של רישוי.

ישראל: חוק זכות יוצרים משנת תשס"ח הנהיג, בין היתר, רפורמה בנוגע לסייגים לזכויות היוצרים בתחום של שימור התרבות. הדין הקודם (חוק זכות יוצרים, 1911)⁸⁹ לא כלל סייגים וחריגים מפורשים ומפורטים בתחום השימור. סעיפים 30-31 לחוק החדש עוסקים ב"שימושים מותרים בספריות, בארכיונים ובגופים אחרים" והם כוללים הסדר חדש ומקיף בנושא. סעיף 30(א) מתיר לספריות ולארכיונים מסוג שקבע שר המשפטים לבצע העתקה של יצירה אשר עותק ממנה מצוי באוסף קבוע של ספרייה או של ארכיון, למטרות שימור והחלפת עותק, ובלבד שאי-אפשר לרכוש עותק נוסף של היצירה בפרק זמן ובתנאים סבירים. "העתקה" לעניין זה אינה מצומצמת ליצירת עותק פיזי וכוללת שימוש באמצעים דיגיטליים.⁹⁰ בתקנות זכות יוצרים (ספריות וארכיונים), התשס"ח-2008, מוגדרים באופן רחב למדי המונחים "ארכיון" ו"ספרייה": בהגדרת "ארכיון" נכלל "כל ארכיון הפתוח לקהל הרחב והפועל שלא למטרות רווח" וכן "ארכיון של מוסד תרבות הפועל שלא למטרות רווח"; הגדרת "ספרייה" כוללת, בין היתר, "כל ספרייה הפתוחה לקהל והפועלת שלא למטרות רווח". הגדרות שסתום אלה מאפשרות להחיל את סייג ההעתקה לצורכי שימור מכוח סעיף 30(א) גם על ספריות וארכיונים אשר אינם מוסדות שלטון או ציבור, ובלבד שמדובר במסגרות פעולה הנגישות לקהל הרחב ואשר אינן פועלות למטרות רווח כספית.

סעיף 30(ג) לחוק זכות יוצרים כולל הסדר שסתום משלים בעניין העתקת יצירות לצורכי שימור והנגשתן לציבור. בסעיף זה הותר לגופים מסוג שקבע שר המשפטים להעתיק יצירות לצורכי שימור. עוד נקבע בסעיף כי השר רשאי לקבוע את סוגי היצירות אשר הסעיף יחול עליהן, את התנאים לביצוע ההעתקה וכן את התנאים למתן גישה לציבור לעותקים שנעשו לפי הסעיף. חשיבותו העקרונית של סעיף 30(ג) מתבטאת, כך נדמה, בשני מישורים: ראשית, בכך שנקבע בו סייג לזכויות היוצרים לא רק לגבי עצם פעולת ההעתקה לצורכי שימור, אלא גם באשר ל"מתן גישה לציבור לעותקים שנעשו לפי סעיף

רישיון כפייה, אלא היתר מלא לשימוש חופשי ביצירות מוגנות. היבט זה מקשה מאוד על עמידתו של חריג השימוש הגמיש בתנאי המבחן המשולש, אלא אם כן הוא יפורש וייושם באופן צר ומצומצם.

89 חא"י ג (ע) 2633, (א) 2475.

90 ראו גם הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 196, 1116, 1129 (דברי ההסבר לס' 30 לחוק זכות יוצרים).

קטן זה". שנית, בכך שהמחוקק בסעיף 30(ג) אינו תוחם וגורר את רשימת הגופים הזכאים להסתמך על חריג השימור, אלא מסמיך את שר המשפטים לקבוע אותם, מבלי להגביל את הבאים בגדר החריג אך ורק למוסדות שלטון העוסקים בשימור. נכון למועד כתיבת שורות אלה, שר המשפטים טרם הפעיל את סמכויותיו מכוח סעיף 30(ג).⁹¹ אולם באופן פוטנציאלי לפחות, סעיף 30(ג) מספק מסגרת חקיקתית אשר יש בה כדי לתמוך במגוון של פעילויות בתחומים של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות ובמוסדות העוסקים בכך. דבר חקיקה נוסף אשר נחקק בסמוך לחוק זכות יוצרים ואשר ראוי אף הוא לאזכור הוא חוק הספרייה הלאומית, תשס"ח-2007. סעיף 23 לחוק מתיר לספרייה הלאומית⁹² לבצע, בין היתר, העתקה לצורכי שימור, בכל דרך שהיא, של יצירה שעותק ממנה נמצא בידי הספרייה הלאומית או לספרייה יש גישה אליה, ובלבד שלא ייעשה בעותק לשימור שימוש כעותק נוסף על העותקים שבספרייה. באשר לחלופה של "יצירה שלספרייה יש גישה אליה", ההיתר חל "כל עוד לספרייה יש אפשרות גישה כאמור".⁹³ נוסף לכך, סעיף 23(א)(4) מתיר לספרייה הלאומית לבצע העתקה לצורכי שימור של אתרי אינטרנט או של יצירות המצויות בהם. סעיף 23(א)(4) מוסיף ומתיר לספרייה הלאומית לאפשר גישה לציבור לעותקים אשר נעשו לפי ההיתר שבסעיף, בהסכמת שר המשפטים ובהתאם לתנאים וסייגים שיקבע השר, והכול בהתחשב בהשפעת ההוראות על בעלי זכויות היוצרים ביצירות.

ככלל, סעיף 23 לחוק הספרייה הלאומית משקף כי המחוקק הישראלי הפנים במידה מסוימת את השיקולים המונחים ביסוד שימור תרבות דיגיטלי ואת חשיבותו. עם זאת, לא ניתן להתעלם ממסגרת התחולה המוגבלת של הסעיף: ראשית, החריג המצוין בסעיף 23 חל אך ורק על הספרייה הלאומית; שנית, באופן כללי, הסעיף מתיר העתקה של יצירות לצורכי שימור, אך אינו מתיר מתן גישה ציבורית ליצירות אשר עותקים מהן שומרו מכוח הסעיף. אמנם, בכל הנוגע לשימור של אתרי אינטרנט ושל יצירות המצויות בהם, ההיתר שבסעיף 23 אכן משקף שיפור ניכר לעומת המצב המשפטי שקדם לו. בייחוד אמורים הדברים בסעיף 23(א)(4), המקנה לשר המשפטים סמכות להתיר גישה לציבור לעותקים

91 עוד רלוונטי בהקשר זה ס' 31 לחוק זכות יוצרים, שבו נקבע כך: "השר רשאי לקבוע תנאים אחרים לתחולת הוראות סעיפים 29 ו-30, דרך כלל או לעניין סוגים מסוימים של מוסדות חינוך, ספריות או ארכיונים, בשים לב למאפייני פעילותם".

92 יסודה של הספרייה הלאומית בבית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי. עד לחקיקת חוק הספרייה הלאומית נוהל בית הספרים עליידי האוניברסיטה העברית בירושלים. בחוק הספרייה הלאומית הקים המחוקק לראשונה תאגיד סטטוטורי אשר נועד לשמש כספרייה לאומית ולהתבסס על מאגר היצירות והתכנים אשר אספו אנשי בית הספרים עד לאותה נקודת זמן. נוסף לחוק הספרייה הלאומית, קיימים כמה דברי חקיקה המכירים במעמדה של הספרייה הלאומית ומקנים לה כוחות וסמכויות בתחומי איסוף התרבות ושימורה. כך, למשל, נקבעה בחוק הספרים חובה למסור לספרייה הלאומית עותק מכל ספר ועיתון היוצאים לאור בישראל.

93 אם כי נותרת בעינה השאלה מה כוחן של תניות חוזיות אשר מגבילות את יכולתה של הספרייה הלאומית לבצע פעולות של העתקה לצורכי שימור של יצירות, אשר יש לספרייה גישה אליהן; למשל, מינוי למאגר דיגיטלי של תכנים אשר תנאי הרישיון שלו אוסרים על הפקת עותקים של התכנים, לרבות לצורכי שימור המותר מכוח ס' 23 לחוק הספרייה הלאומית.

שנעשו לפי ההיתר בסעיף. עם זאת, גם בהקשר זה מדובר בהיתר החל אך ורק על הספרייה הלאומית, וגם לגביה אין בשלב זה אין כל ודאות באשר למתכונת הגישה ולסייגים ולחריגים לה, כפי שייקבע אותם שר המשפטים.⁹⁴

לסיכום, מבט השוואתי על הסייגים ועל החריגים לזכויות היוצרים בתחום השימור מלמד כי בשיטות משפט מסוימות, דוגמת הדין האוסטרלי והישראלי, קיימת מגמה של עדכון הסייגים והחריגים והתאמתם באופן המבקש להתמודד עם כוח הריבונות הפרטית של בעלי זכויות יוצרים על כל המשתמע ממנו. עם זאת, בסופו של יום דומה כי בדרך כלל, המהלכים אשר ננקטו אינם מצליחים להפיג חלק ניכר מן ההשלכות ומן החששות הנובעים מהכפפת התחומים של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות למשטר של רישוי. הסייגים והחריגים החדשים נוטים להיות מוגבלים בשלושה מישורים: (א) סוגי המוסדות אשר עליהם הם חלים; (ב) תחולתם על מיזמים הכוללים העתקת מספר רב של יצירות בשלמותן; (ג) תחולתם על מתן גישה ציבורית לעותקי יצירות אשר שומרו. חוק זכות יוצרים הישראלי בכלל, וסעיף 30(ג) בפרט, כוללים הסדר המספק מענה ראוי למרבית המגבלות האמורות, ברמה העקרונית לפחות.

יש לקוות כי שר המשפטים יפעיל את סמכויותיו מכוח סעיפים 30(ג) ו-31 לחוק באופן שיתיר לקשת רחבה ומגוונת של גופים ושל מסגרות לנקוט פעולות של שימור תרבות דיגיטלי ושיסדיר מתן גישה ציבורית לעותקי יצירות ששומרו. נקיטת גישה כאמור תמתן ותפיג חלק ניכר מן ההשלכות השליליות של משטר רישוי על שימור ואחזור התרבות. באופן פוטנציאלי לפחות, סעיף 31 לחוק זכות יוצרים פותח פתח להחלת משטר של רישיון כפייה ופיצוי כספי בצדו על מיזמים הכוללים העתקה ושימור של מספר רב של יצירות בשלמותן ומתן גישה ציבורית אליהן.⁹⁵ בהמשך אפרט כמה הצעות להסדרים אשר ניתן לאמץ במסגרת סעיפים 30(ג) ו-31 לחוק ומכוחם. אולם אף על פי כן, טוב ונכון יותר היה לו סייגים וחריגים כאמור היו מאומצים בחקיקה ראשית ולא מתולים בהפעלת שיקול דעתו של שר המשפטים. בשלב זה, כל עוד לא הפעיל השר את סמכויותיו, אין כל ודאות כי הפוטנציאל הגלום בסמכויות אלה ימומש וימוצה; אפשר שמחוקק המשנה הישראלי יאמץ דווקא הסדרים דומים לאלה אשר ננקטו במדינות אחרות.

על כך יש להוסיף כי תחולתו של סעיף 30(ג) מוגבלת למוסדות שימור. לכן, אף אם השר יאמץ גישה מרחיבה בהפעלת סמכויותיו עדיין יוותר בעינו נתח ניכר למדי של פעילות "בלתי מוסדרת" בתחומים של שימור ואחזור התרבות אשר לא יבוא בגדר הסעיף. לטעמי, מן הראוי שלא לתחום את תחולת החריג למוסדות שימור, לא רק באשר לפעילות זו אלא גם באשר לפעילות אשר ראשיתה וסופה בתכלית ישירה של שימור תרבות. הגנת השימוש ההוגן היא "כלי הקיבול" המרכזי אשר עשוי להיות רלוונטי בהיבט זה, ובה ארון להלן.

94 נכון לכתיבת שורות אלה (2011), שר המשפטים טרם נתן את הסכמתו והפעיל את סמכותו מכוח ס' 23 לחוק הספרייה הלאומית, ומשום כך אין לספרייה הלאומית היתר להנגיש לציבור עותקים של אתרי אינטרנט שנעשו לפי ס' 23.

95 ראו לעיל ה"ש 91.

2. הגנת השימוש ההוגן

לצד סייגים פרטניים לזכויות היוצרים החלים בתחום השימור, הגנת השימוש ההוגן היא המקור המרכזי הנוסף אשר באמצעותו יכולים דיני זכויות יוצרים להסדיר, לווסת ולמתן את ההשלכות הנובעות מהכפפת פעילות בתחומים של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות למשטר של רישוי. בישראל קבועה כיום הגנת השימוש ההוגן בסעיף 19 לחוק זכות יוצרים. סעיף 19 מאמץ, בהשראת הדין האמריקני, מודל של הגנת שימוש הוגן פתוחה, ללא רשימה סגורה של מטרות אשר בעניינן עשויה ההגנה לחול.⁹⁶ בסעיף 19(א) לחוק נקבע כי "שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך". בסעיף 19(ב) לחוק נקבע כי לשם בחינה של הוגנות השימוש ביצירה יישקלו, בין היתר, העניינים הללו: (א) מטרת השימוש ואופיו; (ב) אופי היצירה שבה נעשה השימוש; (ג) היחס בין היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ליצירה בשלמותה; (ד) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.⁹⁷

על-פני הדברים, הגנת השימוש ההוגן עשויה למלא תפקיד מרכזי בהסדרת פעילויות שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. אולם בפועל, שני מאפיינים של הגנת השימוש ההוגן מגבילים את יכולתה לשמש כווסת משמעותי בהקשר זה. ראשית, חלקים עיקריים מן הפעילות בתחומי השימוש והאחזור הדיגיטליים עניינם בשעתוק של מספר רב של תכנים ושל יצירות מוגנות בשלמותם, ובשימושים אחרים בהם. שנית, בהקשרים מסוג זה, השימוש בתכנים המוגנים וצריכתם עשויים להיתפס כשימוש וכצריכה ישירים, ללא ערך מועיל וטרנספורמטיבי. פסיקת בתי המשפט (בארצות הברית), אשר פירשה את הגנת השימוש ההוגן ומיישמת אותה, מלמדת כי מדובר בשני מאפיינים הצפויים להטות את הכף כנגד הכרה בהגנת השימוש ההוגן וכנגד החלה שלה.⁹⁸ אכן, קיימת גם פסיקה של בתי המשפט אשר הכירה בהפקה של עותקים ממוזערים של תמונות ובשימוש בהם כשימוש הוגן, בעיקר בהקשר של שימושים כאמור במסגרת מנועי חיפוש (בפרשת *Kelly v. Arriba* ובפרשת *Perfect 10 v. Amazon.com*).⁹⁹ פסיקה זו אף הדגישה את הערך החברתי הטמון

96 ראו ס' 107 לחוק זכויות היוצרים האמריקני; לדיון ראו ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 327 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

97 בס' 19(ג) לחוק מוסיף המחוקק וקובע כי "השר רשאי לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב שימוש לשימוש הוגן". סעיף זה מיועד לאפשר יתר ודאות בכל הנוגע למצאי השימושים אשר בעניינם תחול חזקה משפטית, כיוון שהם בגדר שימוש הוגן.

98 כאשר לנטייה להגביל את תחולת הגנת השימוש ההוגן ל"שימושים משנים" (transformative uses), ראו: *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994); וכן: Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990); כאשר לנטייה שלא להחיל את הגנת השימוש ההוגן על שעתוק יצירות מוגנות בשלמותן ועל שימוש ניכר בהן, ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 96, בעמ' 371; ראו עוד את פסקי הדין בעניין *Grokster v. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc.*, 545 U.S. 913 (2005); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

99 ראו: *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007); *Kelly v. Arriba*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

בפעילות כאמור וסיווגה אותה כפעילות טרנספורמטיבית המייצרת ערך מוסף, וככזו – כראויה לחסות בצלה של הגנת השימוש ההוגן. עם זאת, הנימוק המרכזי ביסוד פסיקה זו היה כי איכותה הנמוכה של תמונה ממוזערת מונעת ממנה לשמש כתחליף שוק המאיים לפגוע בערך הכלכלי של יצירת המקור. דא עקא, שככל שהדברים נוגעים בשימור ובאחזור דיגיטליים של תרבות, השאיפה היא לייצוג המשמר והמתעד את יצירת המקור באופן המהווה שיקוף מושלם שלה, ככל שניתן. לתמונות ממוזערות באיכות נמוכה יש תפקיד מוגבל מאוד בתחומים של שימור ואחזור התרבות. משום כך פסיקה זו עלולה לשמש כחרב פיפיות שתגביל פעילות בתחומים אלה ותכביד עליה.

בהקשר זה עשוי מרכיב הלכידות אשר נדון לעיל להיות אף הוא שיקול המטה את הכף נגד הגנת השימוש ההוגן. בהקשרים מסוימים לפחות, תכנים הכלולים במיזמי שימור ואחזור עשויים לשמש תחליף לשיווק ולניצול מסחרי של אותם התכנים עצמם. פסיקת בתי המשפט בפרשות האמורות אף עשויה להתפרש כמגבילה את תחולת הגנת השימוש ההוגן בכל הנוגע למיזמים רחבי היקף אשר אינם מסתפקים בתוצר מסדר שני מהסוג של תמונות ממוזערות.¹⁰⁰ ניתן, אפוא, לסכם ולומר כי מיזמים העוסקים במישרין בשימור תרבות דיגיטלי, בהפקת עותקים ובמתן גישה לציבור למספר רב של יצירות מוגנות בשלמותן יתקשו לחסות בצלה של הגנת השימוש ההוגן.¹⁰¹

את הגנת השימוש ההוגן ראוי לבחון גם בנסיבות שבהן מרכיבי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות הם אגביים ומשניים לפעילות בתחומי התקשורת, הביטוי והתוכן. ראינו זאת לעיל בדיון במרכיב ההתלכדות בין פעילותם השוטפת של תאגידי תקשורת מסחריים לבין פעילות נלווית ומשנית של אותם גופים בתחומים של שימור ואחזור התרבות, ובאופן שבו עושים יחידים ויחידות שימוש בפלטפורמות ציבוריות דוגמת רשתות חברתיות ואתרי שיתוף תוכן, המוביל לתוצרים בתחום שימור התרבות. גם פעילות מסוג זה קשה לכלול בגדר הגנת השימוש ההוגן, משום שלפחות על-פי אמות המידה המסורתיות, אין בה מרכיב טרנספורמטיבי המניב ערך מוסף פרט לזה הקיים

100 ראו גם: Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605, 614–15 (2d Cir. 2006). באותו מקרה נדונה תביעתו של ארכיון ביל גרהם בגין הפרת זכויות יוצרים בפוסטרים אמנותיים שהיו בבעלותו, בשל שימוש שעשתה בהם הוצאת הספרים דורלינג קינדרסלי במסגרת אלבום להנצחת מורשתה של להקת Grateful Dead ולסקירת סיבובי ההופעות שלה. בית המשפט הכיר בתחולתה של הגנת השימוש ההוגן כיוון שנעשה שימוש בתמונות ממוזערות, ואלה לא נחשבו למוצר תחליפי הפוגע בערך הכלכלי ובשוק הפוטנציאלי של הפוסטרים המקוריים.

101 אכן, בהקשר זה ראוי לציין כי גם בעניין פרויקט הספריות של "גוגל", טענת השימוש ההוגן של החברה נטענה אך ורק לעניין שעתוק של יצירות מוגנות לצורכי שימור ומתן גישה ציבורית למספר מועט של ציטוטים נבחרים מן היצירות. טענה זו נסמכה עוד על כך ש"גוגל" אפשרה לבעלי זכויות יוצרים להסיר את תכניהם מן המאגר ולמנוע גישה אף לאותם ציטוטים נבחרים (to opt out). במובן זה, טענת השימוש ההוגן של "גוגל" (אשר אף היא נזנחה בינתיים נוכח הסדר הפשרה עם בעלי זכויות היוצרים) מלמדת על גבולות ישימותה של הגנת השימוש ההוגן, ולו גם בעיני מי שנשענו עליה בהקשר של מיזמים דיגיטליים לשימור ולאחזור.

ביצירת המקור.¹⁰² בהמשך אחלוק על גישה זו ואציע פרשנות ויישום שונים להגנת השימוש ההוגן. אולם ככל שהדברים נוגעים בדין הנוהג, יש קושי להתייחס לשימוש בתכנים קיימים ולשילובם במעשי ביטוי (speech acts) נוספים כשימוש הוגן, גם אם יש לפעילות כאמור מרכיב נגזר של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. אתר שיתוף תוכן דוגמת "YouTube", כמו גם תכנים הכלולים בדפי אינטרנט אישיים של רשת חברתית, עשויים למלא תפקיד מרכזי בעיצוב של זיכרונות תרבות ובשימורם עבור הדורות הבאים. עם זאת, מזווית הראייה הנוכחית של הגנת השימוש ההוגן, פעילויות כאמור נתפסות כשימוש וכצריכה גרדא של חומרים המוגנים בזכויות יוצרים, מבלי שיש הצדקה לסוגם כשימוש הוגן.

לסיכום עניין זה, במצב המשפטי הקיים יש להגנת השימוש ההוגן תפקיד מוגבל למדי בהסדרת שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, ובפרט במיתון ההשלכות הנובעות מהכפפת תחומים אלה למשטר של רישוי. על כך יש להוסיף שלפי זרמים מסוימים בפסיקה ובכתיבה האקדמית, ראוי לתחום את תחולת הגנת השימוש ההוגן רק למקרים שבהם עלויות גבוהות מונעות את התקיימותה של עסקת שוק.¹⁰³ על עמדה זו נמתחה ביקורת משכנעת, שלפיה הכרה בזכויות יוצרים ואכיפתן אינה צריכה להיות תלויה בקידומה של אפשרות מעשית למתן רישיונות, אלא להתבסס על הכרעה נורמטיבית שלפיה נכון וראוי להכפיף פעילות מסוימות לכוחות השוק.¹⁰⁴ אולם החשוב לענייננו הוא כי כפי שמלמד הסדר הפשרה בפרויקט הספריות של "גוגל",¹⁰⁵ בפועל (אם כי לא כמצב נורמטיבי רצוי בהכרח) במרבית המקרים ניתן להתגבר על עלויות עסקה גבוהות באמצעות מנגנוני ניהול משותף של זכויות, רישיונות גורפים ואוטומציה של ניהול זכויות. לפיכך, כל עוד גישת מנגנון השוק מטביעה את חותמה על פרשנות הגנת השימוש ההוגן ועל יישומה, דומה כי הגנה זו היא משענת קנה רצוף למדי להסדרת פעילויות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים. בסעיף משנה (ג) להלן אנסה לעמוד, באופן מעמיק יותר, על הסיבות לכך שדיני זכויות היוצרים המצויים, ובפרט הסייגים וההריגים לזכויות היוצרים, מתקשים לספק מענה לאתגרים ולדרישות של פעילויות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות. דיון זה ישמש

102 ראו: Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535 (2004). טושנט סוקרת ומבקרת במאמרה את המגמה הנוכחית של הדין האמריקני לייחד את הגנת השימוש ההוגן לשימושים טרנספורמטיביים באופיים, ואת הקביעה כי ההגנה לא תחול על שימוש גרדא ביצירה קיימת. כמפורט בחלק 17 להלן, מנקודת מבט המדגישה חופש ביטוי ותרבות דמוקרטית ואת הקשר ביניהם לבין התחומים של שימור ואחזור התרבות, מה שנחזה כ"שימוש גרדא" ביצירה קיימת עשוי לשקף תהליכי בחירה, סיווג ומיקום קונטקסטואלי של יצירות, תהליכים שהם בעלי ערך, חשיבות ומשמעות להתגבשותם של זיכרונות חברתיים לדורות הבאים.

103 ראו: Harper & Row, Pub., Inc. v. Nation Enter, 471 U.S. 539 (1985) (להלן: עניין Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).

104 ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 96, בעמ' 331-333.

105 ראו לעיל את הטקסט המפנה לה"ש 68-73.

אותי אף בהמשך, כאשר אציע מתווה נורמטיבי המבקש לעצב מחדש את דיני שימור התרבות הדיגיטלי, ובמידה מסוימת אף ליצור אותם בבחינת יש מאין.

(ג) שורשיהם של גבולותיו ושל מגבלותיו של דין זכויות היוצרים הנוהג

מהם שורשי הגבולות והמגבלות של דיני זכויות היוצרים הנוהגים בהקשר של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות? מדוע מתקשים דיני זכויות היוצרים לספק מסגרת המפנימה את מכלול השיקולים והאינטרסים הרלוונטיים בהקשר של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות? ההערכות אשר נסתפק בהן בהקשר זה יסייעו לנו בהמשך, כאשר אציע פרדיגמה חדשה להסדרה משפטית של תחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות.

ככלל, נראה שניתן לציין ארבע סיבות אשר בגינן מתקשה הדין הקיים להסדיר פעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים: (א) גבולות ומגבלות של מסורת דיני זכויות יוצרים; (ב) אופיים של דיני זכויות היוצרים, המתמקדים בהסדרה צופה פני עתיד (ex-ante) של פעילות בתחומי הפקה והפצה של תכנים ושל מוצרי תרבות; (ג) מרכיב הלכידות המאפיין פעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות; (ד) מגבלות הדין הבין-לאומי.

1. מסורתם של דיני זכויות יוצרים – גבולות ומגבלות

עד לאחרונה פעילויות של שימור תרבות התמקדו בשימור של חפצי תרבות מוחשיים. בשל כך נשלטו פעילויות אלה על-ידי דיני הקניין ודיני שימור התרבות המוחשיים,¹⁰⁶ ולא על-ידי דיני זכויות יוצרים. במובן זה, אין לדיני זכויות יוצרים מסורת בהתייחסות להסדרת פעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות. המחוקק ובתי המשפט, אשר עיצבו את הדין, לא נדרשו וממילא לא התייחסו לסוגיות ולהתלבטויות שהתעוררו בהקשר של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, ומכאן חוסר התאימות והחללים הקיימים בדין בהקשר זה.

באופן דומה, הפרדיגמה התאורטית המרכזית של דיני זכויות יוצרים מתמקדת ביצירה, בהפקה ובהפצה של תכנים ושל יצירות באמצעות מנגנוני שוק.¹⁰⁷ כלל ברירת המחדל של דיני זכויות יוצרים הוא כי מנגנוני השוק החופשי הם הזירה המתאימה להפקה ולהפצה של מוצרי תרבות.¹⁰⁸ רקע זה של דיני זכויות יוצרים, כמו גם צידוקים מקובלים אחרים לזכויות היוצרים, דוגמת תאוריית העבודה ותאוריית האישיות,¹⁰⁹ מותירים מרחב מצומצם למדי להפנמת מערך השיקולים המונחים ביסוד שימור התרבות והמגבשים את האינטרס הציבורי הגלום בו.¹¹⁰ אינני מתעלם מהמשקל המסוים הניתן במסגרת השיח הנוכחי

106 ראו לעיל ה"ש 2-10 והמקורות המוזכרים בהן.

107 ראו: Neil W. Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 307-37 (1996).

108 ראו: PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL*. JUKEBOX (1994).

109 ראו גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכויות יוצרים" משפטים 359 (2001).

110 לפרדיגמה השמה דגש באינטרס הציבורי בשימור תרבות בכלל ובשימור תרבות דיגיטלי בפרט, ראו גם חלק ד' 17 להלן.

לזכויות משתמשים, לעקרון חופש הביטוי ולעקרון נחלת הכלל.¹¹¹ באופן דומה, ניתוח כלכלי של דיני זכויות יוצרים מפנים אף הוא את הערך הטמון בגישה ליצירות מוגנות ובשימוש בהן על-ידי צדדים שלישיים.¹¹² אולם הפרדיגמה הנוכחית של דיני זכויות יוצרים, על הסתעפויותיה השונות, אינה נוטה לתרגם את השיקולים המופשטים הללו ולהתאימם להקשר הפרטני והייחודי של שימור תרבות. במובן זה, שימור תרבות דיגיטלי הוא בבחינת "נוכח נפקד" בשיח זכויות היוצרים.

דוגמה אחת לכך היא אופיים של דיני זכויות היוצרים כדינים המתמקדים בהסדרה צופה פני עתיד (ex-ante) של פעילות בתחומי הפקה והפצה של תכנים ושל מוצרי תרבות. במתכונתם הנוכחית, נעדרים דיני זכויות יוצרים על מנגנוניהם השונים התייחסות כלשהי להשלכות צופות פני העתיד שלהם על נוף ההיסטוריה ועל מראה פני העבר בעיני הדורות הבאים. אמנם מגנוני הדין, דוגמת הגנת השימוש ההוגן, מתייחסים לכך ומתירים במידה מסוימת שימוש ביצירות מוגנות במסגרת יצירת נרטיבים היסטוריים ותרבותיים.¹¹³ אולם התייחסות זו של הדין היא בעיקרה התייחסות צופה פני עבר (ex-post), כיוון שהיא מתמקדת בהתרת שימוש משני בחומרים אשר כבר הוגדרו כחלק מקאנון תרבותי-היסטורי. הדין אינו עוסק בהסדרה צופה פני עתיד של שימושים ושל פעילויות המבקשים להשפיע על המצאי והמארג של התכנים וחומרי התרבות אשר יותרו לדורות הבאים ולקבוע מה יהיו.

במובן זה, דיני זכויות יוצרים מסתמנים כמובלים על-ידי תכנים וחומרים אשר כבר קיבלו את מעמדם, ולא כמנחים, מתווים, מבזרים ומעצימים את האפשרויות המוקנות ליחידות, ליחידים ולקבוצות לקחת חלק בתהליכי שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. כאמור, מצב דברים זה מובן נוכח העובדה כי עד לאחרונה הייתה הרלוונטיות של דיני זכויות יוצרים לתהליכי שימור התרבות מוגבלת למדי. אולם עם המעבר לסביבה דיגיטלית, המרכזיות וההשלכות צופות פני העתיד של דיני זכויות יוצרים בהקשר של תהליכי שימור עומתו עם העדר ההתייחסות של דינים אלה לפעילויות מסוג זה – הן פעילויות אשר תכליתן הישירה והעיקרית היא שימור ואחזור תרבות, הן פעילויות אשר תוצרים נלווים שלהן נוגעים בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות.¹¹⁴

בהציגי הבחנה זו, אינני מתעלם מכך שמרכיבים מרכזיים בדיני זכויות יוצרים עוסקים בהסדרה של הפקה והפצה של תכנים ושל יצירות. זו התכלית התועלתית-ציבורית שביסוד דיני זכויות יוצרים ומבטא הוא אכן צופה פני עתיד. עם זאת, עיקר הדגש של הפרדיגמה הקיימת הוא הפקה והפצה עכשווית של תכנים, להבדיל מפעילות המתמקדת בשימור

111 ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 96.

112 ראו למשל: Glynn L. Lunney, *Reexamining Copyright Incentives-Access Paradigm*, 49 Vand. L. Rev. 483 (1996).

113 ראו למשל את הרומן הפוסט-מודרניסטי של אליס רנדל: Alice Randall, *The Wind Done Gone* (2001); על יסוד המתווה העלילתי והרמויות של הרומן "חלף עם הרוח" (של מרגרט מיטצ'ל), כתבה רנדל את הספר מחדש מנקודת מבטו של אחד העבדים בסיפור. בית המשפט התיר את היצירה הנגזרת כשימוש הוגן; ראו: Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 136 F. Supp. 2d 1357 (N.D. Ga. 2001), *rev'd*, 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001).

114 ראו חלק 22 לעיל.

ובאחזור של תכנים קיימים לדורות הבאים. כך, למשל, דיני זכויות יוצרים נוטים לאסור העתקה גרדא של יצירות מוגנות, בשל ההנחה כי מדובר ב"רכיבה חופשית" וב"צריכה חנימית", אשר אין כל הצדקה להתירן בלא קבלת הרשאה מבעלי זכויות היוצרים ובלא תשלום של תמלוגים. מנקודת מבט השמה דגש בהפקה ובהפצה עכשווית של תכנים עשויה גישה זו להיות מוצדקת במידה מסוימת לפחות,¹¹⁵ שכן העתקה גרדא אכן עשויה לעורר חשש ממשי ל"רכיבה חופשית" ולפגיעה בערכה של היצירה המוגנת ובשוק הפוטנציאלי שלה. בד בבד, פרדיגמה של זכויות יוצרים השמה דגש בשימור ובאחזור תרבות עשויה להוביל לעמדה שונה. כפי שהראיתי, במקרים רבים גם העתקה של יצירות מוגנות בשלמותן ושימוש גרדא בהן עשויים לשרת מטרת ארוכות טווח של שימור ואחזור תרבות. לעומת זאת, מנגנוני שוק חופשי אינם אמצעי מתאים ליישום ולהגשמה של התכליות של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, בניגוד אולי להקשר של הפקה והפצה עכשווית של תכנים. במובן זה, התעלמותו של הדין מן ההשלכות צופות פני העתיד שלו על היווצרות זיכרונות ונרטיבים תרבותיים וחברתיים מקשה על הטמעת התכליות של שימור תרבות בדוקטרינה של דיני זכויות יוצרים; כפרט נוגעים הדברים במרכיב הלכידות המאפיין פעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות.

2. מרכיב הלכידות המאפיין פעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות

מרכיב הלכידות שנדון לעיל מספק הסבר נוסף למוגבלות הפרדיגמה הנוכחית של דיני זכויות יוצרים בהקשר של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. חלק ניכר מהפעילויות בתחום הן בעלות פני יאנוס: לצד הפונקציה שלהן בתחומים של שימור ואחזור תרבות, הן עשויות לשמש כתחליף שוק וחלף רכישה ליצירה המוגנת. טלו, למשל, את ההקשר של השימוש בתכנות חילופי קבצים ובאתרי שיתוף תוכן. תכנות חילופי קבצים, המאפשרות שיתוף, אחזור ושימור של יצירות ושל תכנים, משמשות אמצעי מבוזר יעיל ודמוקרטי לשימור תרבות דיגיטלי; כך גם אתרי שיתוף תוכן. עם זאת, בד בבד מדובר בסוגי פעילויות המתחרות בצריכה של אותם תכנים ויצירות באמצעות מנגנוני שוק והמספקות לה תחליף, חלקי לפחות.

מרכיב הלכידות מטיל עומס על הדוקטרינות המסורתיות של דיני זכויות יוצרים, שכן מבחינת הפרדיגמה המסורתית של דיני זכויות יוצרים, מדובר בפעילות הפוגעת בערכה הכלכלי של היצירה המוגנת ובשוק הפוטנציאלי שלה; משום כך, כלל ברירת המחדל אמור להיות כפיפות לכוח הריבונות הפרטי של בעל זכויות היוצרים. גישה זו אכן משקפת מערך שיקולים וחששות אשר ראוי להביאו בחשבון. עם זאת, מדובר בתפיסה חסרה וחד-ממדית; תפיסה זו אינה מביאה בחשבון כי מדובר בפעילויות בעלות ערך חברתי שלהן תוצרים בתחומי השימור והאחזור. תרחיש דומה מתקיים באשר ללכידות החלקית בין המרחב הפרטי לבין המרחב הציבורי בסביבה דיגיטלית – תכנים המוצגים בדף האינטרנט הפרטי של פלוני ברשת חברתית דוגמת "פייסבוק", למשל. הפרדיגמה המסורתית של דיני זכויות

115 אך ראו גם את מאמרה החשוב של Tushnet, לעיל ה"ש 102, שבו היא מראה כיצד גם העתקה גרדא של יצירות ושל תכנים משרתת ערכים של חופש ביטוי, מימוש עצמי והשתתפות.

יוצרים תתפוס פעולה זו כפעולה פומבית, אשר מחייבת ככלל קבלת הרשאה ותשלום תמלוגים לבעל זכויות היוצרים, ותתקשה לראות בה "שלוחת" התנסות פרטית של אותו אינדיבידואל. דא עקא שכיום, התנסויות ופעילויות פרטיות אינן מתרחשות אך ורק בדתל אמות חדרו של אדם, אלא גם במרחב וירטואלי – מעין ציבורי – אשר בו מקיים אותו אדם חלקים ומרכיבים מחייו. אינני מבקש לקבוע עמדה גורפת שלפיה יש להתיר שימוש חופשי בחומרים מוגנים בזכויות יוצרים במסגרת פעילויות כאמור. אולם, אני מבקש לעמוד על המתחים ועל השיקולים הנוגדים הנובעים מאותה לכידות חלקית בין המרחב הפרטי לבין המרחב הציבורי.

אם כן, מרכיב הלכידות הוא גורם נוסף, מצטבר, המקשה על הדוקטרינה המסורתית של דיני זכויות יוצרים להתמודד עם חלק ניכר ממסגרות הפעולה החדשות המאפיינות את תחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות. ספק אם קיימים פתרונות קלים ופשוטים למתח זה. מרכיב הלכידות ותוצאותיו מציבים אתגר חדש, אשר על דיני זכויות יוצרים ללמוד להתמודד עמו. התמודדות כאמור מצריכה הערכות מחדשת – כזו המשכללת גם את הערך ואת ההטבות החברתיות הגלומים בפעילויות דואליות, אשר נחזות כשימוש וצריכה גרדא של תכנים ויצירות. זוהי ראייה המתמקדת בצד זה אינה יכולה למצות את הדיון באשר לאותן פעילויות ואת המסקנות המשפטיות בעניינן, שכן מדובר בפעילויות בעלות ערך מוסף בתחומים של שימור ואחזור תרבות.

3. מגבלות דין זכויות היוצרים הבין-לאומי

לבסוף, גבולות ומגבלות דיני זכויות יוצרים, בהקשר של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, נובעים ממגבלות הדין הבין-לאומי. במידה רבה, דיני זכויות יוצרים נשלטים ומוכתבים על-ידי האמנות הבין-לאומיות בתחום, ובפרט על-ידי אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות,¹¹⁶ אשר מחייבת כל מדינה שהיא צד להסכם טריפס (TRIPS) של ארגון הסחר העולמי.¹¹⁷ בחינה של דין זכויות היוצרים הבין-לאומי, ובפרט של הסייגים והחריגים לזכויות היוצרים המותרים על-פיו, חושפת חלל מוחלט כמעט בהקשר של פעילויות שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. הדין הבין-לאומי אינו כולל סייג או חריג כלשהם לזכויות היוצרים המסדירים פעילויות שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. מצב דברים זה מקריין ומשליך במישרין על החקיקה המדינתית, אשר נוטה להסתמך על מתווה הסייגים והחריגים לזכויות היוצרים כפי שנקבע באמנת ברן.

זאת ועוד; אמנת ברן, והסכם טריפס בעקבותיה, תוחמים וגודרים את מערך הסייגים והחריגים לזכויות היוצרים בהתאם למבחן משולש, שעל-פיו תקפות סייג או חריג מותנית בתנאים הללו: (א) העניין הוא בבחינת "מקרה מיוחד"; (ב) ניצולה של היצירה המוגנת הוא בגדר "ניצול רגיל"; (ג) ניצול זה אינו פוגע באופן בלתי סביר באינטרסים הלגיטימיים של בעלי זכויות היוצרים.¹¹⁸ משמעות תנאים אלה היא כי במתכונתה הנוכחית, המטרייה

116 ראו את אמנת ברן, לעיל ה"ש 85.

117 ראו את הסכם טריפס אשר מאגד בתוכו את נוסחה של אמנת ברן משנת 1971, לעיל ה"ש 85.

118 ובלשון הסעיפים: "[C]ertain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests

הנורמטיבית של דין זכויות היוצרים הבינ־לאומי, על נפקותה לחקיקה המדינתית, אינה מספקת די מרחב מחייה לפעילות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של תרבות. יתרה מזו, לדעת כותבות מסוימות דוגמת דיאן צימרמן, אפילו מנגנון של רישיון כפייה לשעתוק יצירות מוגנות בשלמותן לצורכי שימור לא יעלה בהכרח בקנה אחד עם דרישותיה של אמנת ברן.¹¹⁹

המשמעות הנובעת ממגבלות דין זכויות היוצרים הבינ־לאומי היא כפולה: ראשית, קיים קושי מעשי לעצב דין מדינתי שיתמודד עם האתגרים הטמונים בשימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. שנית, סדר היום שהוטמע מתעלם הלכה למעשה מן הצרכים של פעילויות בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות, ואף מתנכר להם. ודוק: אינני מתעלם מכך שמרבית ההסדרים הבינ־לאומיים בתחום הותקנו טרם ההתפתחויות בתקשורת ובטכנולוגיה, המונחות ביסוד הפעילויות שתוארו לעיל. אולם, בסופו של יום, במתכונתו הנוכחית משמש הדין הבינ־לאומי מכשול ומעמסה בפני פיתוח פרדיגמת שימור התרבות של דיני זכויות יוצרים.

2. דיני זכויות יוצרים והפרטת מרחבי הזיכרון החברתי

מהאמור עד כה מסתמנת תמונה שלפיה בסביבה דיגיטלית משמשים דיני זכויות יוצרים גורם תומך ומדרבן להפרטת פעילויות בתחומים של שימור ואחזור תרבות; תאגידי תקשורת וגופים מסחריים מקבעים את אט את מעמדם המתחזק כאדריכלים של העבר, ודוחקים את מעמדם של גופים ציבוריים ומסגרות דמוקרטיות ואזרחיות בתחום. מטרת בחלק זה היא לעמוד ביתר פירוט על התהליכים והמתכונות אשר במסגרתם מתרחשת הפרטה כאמור, כמו גם על החששות אשר הם מעוררים.

(א) דיני זכויות יוצרים והפרטת מרחבי הזיכרון החברתי

בטרם אפנה לגופם של דברים, מתבקשת הבהרה אחת: השימוש שאעשה כאן במונח "הפרטה" רחב מן השימוש השגור בספרות. בדרך כלל משמש מונח זה לתיאור נסיבות שבהן טובין ומוצרים, אשר סופקו בסיוע מימון ציבורי וניהול שלטוני, מוסטים לאפיק שבו מימנם ואספקתם נעשים באמצעות מנגנוני שוק.¹²⁰ אתחיל את הניתוח בהגדרה זו, אך בקטגוריה של "אספקה ציבורית" אבקש לכלול לא רק אספקה שלטונית בדרך של מימון

"of the right holder / author". ראו ס' 219 (2) ו-13 לאמנת ברן ולהסכם טריפס; ראו עוד: SENFTLEBEN, לעיל ה"ש 88, בעמ' 218-219. על כך יש להוסיף ולציין כי ס' 9(2) לאמנת ברן תוחם את החריג הקבוע בו לשעתוק של יצירות מוזיקליות בלבד, וחריג זה אינו חל על שעתוק של יצירות אורקוליות. פירוש הדבר הוא כי בכל הנוגע לשעתוק של יצירות אורקוליות, אין באמנת ברן או בהסכם טריפס חריג כללי אשר מכוחו ניתן יהיה לאפשר, ולו גם בתנאים מגבילים ובכפוף לרישיון כפייה, שעתוק של יצירות אורקוליות למטרות שימור תרבות.

119 ראו לעיל ה"ש 85 ו-88 והמקורות המאוזכרים בהן.

120 ראו למשל: GRAEME A. HODGE, *PRIVATIZATION: AN INTERNATIONAL REVIEW OF PERFORMANCE*; ראו למשל: 15 (2000); Richard W. Bauman, *Public Perspectives on Privatization: Foreword*, 63

ציבורי ישיר, אלא גם מתכונות ומסגרות פעולה אחרות של גופים ציבוריים ושל גופים שלא למטרות רווח.¹²¹ הפרטת הפעילות של מוסדות לזיכרון ולשימור תרבות מסמלת, אפוא, תהליך שבו מנגנוני שוק הולכים ותופסים את מקומם של מוסדות ציבור בתחום שימור התרבות, לרבות בקשר להיווצרות נרטיבים וזיכרונות חברתיים. אינני טוען כי מוסדות זיכרון מסורתיים ופעילות ציבורית בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות צפויים להיעלם. כמו כן, אינני מבקש להתעלם מכך שבצד השימור הדיגיטלי ממשיכים לפעול מוסדות ומסגרות ציבוריים העוסקים בשימור של חפצי תרבות מוחשיים אותנטיים, או להמעיט בערך פעילותם. עם זאת, אבקש לטעון כי בהינתן תהליכי ההפרטה שיתוארו להלן, בטווח הארוך צפויים מוסדות שוק לתפוס נתח משמעותי הרבה יותר מן הפעילות בתחומים של שימור ואחזור התרבות, על האתגרים והחששות אשר צפויה התפתחות זו לעורר.

1. התפתחותם של מוסדות זיכרון מסחריים ושל מנגנוני שוק לאחזור תרבות המעבר לסביבה דיגיטלית והתפתחות האינטרנט לוו בשני מאפיינים שזורים זה בזה, אשר הובילו להתפתחותם של מוסדות זיכרון מסחריים ושל מנגנוני שוק לאחזור תרבות. מאפיין ראשון הוא העלויות של הפקת ייצוגים דיגיטליים של תכנים, של אחסונם ושל הנגשתם לציבור, שהלכו ופחתו, והזמינות הטכנולוגית של פעילויות אלה, שהלכה וגדלה. מאפיין שני הוא הגידול הניכר בהיקפן ובעצמתן של תשומת לב קהל ושל יכולות ההפקה וההפצה של תכנים, לרבות באמצעות מערכות מוטות משתמשים (user-generated content). באשר למאפיין הראשון, הניתוח הכלכלי הוא די פשוט וישיר. מאז המצאת הרפוס הפכו עותקים של יצירות לנכס סחיר, בעל ערך כלכלי ובכחינת מטבע עובר לסוחר.¹²² כפועל יוצא, הקלות הטכנולוגית והפחתת העלויות הכרוכות בתיעוד, בשימור ובהפצה של עותקים דיגיטליים של יצירות, חזקו את התמריץ הכלכלי להשקיע במסחור תוצריהן של פעילויות אלה. ההיגיון הכלכלי שפעל עד אותו רגע בהקשר של הפקה והפצה של תכנים, הפך להיות ישים גם בכל הנוגע בשימור ואחזור של תרבות. בעבר, שימור חפצים פיזיים אותנטיים היה כרוך בעלויות גבוהות, דוגמת עלויות אחסון, וטמן בחובו פוטנציאל כספי מוגבל יחסית. משום כך שלטו בתחום זה בעבר בעיקר מוסדות שלטון ומוסדות ציבוריים.¹²³ כיום, היכולת להפיק, לאחסן, למסחור ולהפיץ עותקים וייצוגים דיגיטליים

LAW & CONTEMP. PROB 1, 3–6 (2000); Ronald A. Cass, *Privatization: Politics, Law and Theory*, 71 MARQ. L. REV. 449, 456–62 (1988)

121 דיון כללי בהגדרת המונח "הפרטה" ולהבנתו ראו: JOHN G. A. POCKOCK, *THE MACHIAVELLIAN MOMENT: FLORENTINE POLITICAL THOUGHT AND THE ATLANTIC REPUBLICAN TRADITION* 460 (1975).

122 ראו: RONALD V. BETTIG, *COPYRIGHTING CULTURE: THE POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY* (1996); G.K. Hadfield, *The Economics of Copyright: An Historical Perspective*, 38 COPYRIGHT L. SYMP. 1 (1992)

123 אכן, יצירות אמנות אותנטיות (ונדירות) היו, מאז ומעולם, בעלות ערך כלכלי רב אשר הצדיק את איסופן, את שימורן ואת הסחר בהן. אולם מדובר היה בסוג פעילות שהיקפה ומידת נגישותה לציבור היו שונים ומצומצמים הרבה יותר מאלה של הפעילויות המתוארות בגוף

של יצירות ושל תכנים, באיכות גבוהה הקרובה למקור ובעלויות שוליות נמוכות (ולעתים אפסיות), משנה את שיווי המשקל הכלכלי בקשר לשימור ולאחזור דיגיטליים של יצירות תרבות. אם כן, שוק האחזור והשימור הדיגיטלי מתפתח כהרחבה של שווקים קיימים בתחומי ההפקה וההפצה של יצירות ושל תכנים. על כך יש להוסיף כי סביבה דיגיטלית נוטה להיות מושפעת מתופעת ה"זנב הארוך", שלפיה קיימת היתכנות כלכלית גם לאספקה של מוצרים, של תכנים ושל יצירות שהביקוש להן נמוך ומבוזר יחסית. היתכנות זו נובעת מיכולתן של מערכות ממוחשבות להפחית את עלויות העסקה הכרוכות בהתאמה בין קונים למוכרים של מוצרים שהביקוש להם נדיר ומוגבל.¹²⁴ נוסף לכך, עלויות הייצור, האחסון וההפצה הנלוות לעותקים דיגיטליים אינן זהות לאלה הנלוות לעותקים מוחשיים.

הפועל היוצא הוא הקמתם של גופים מסחריים מהסוג שכבר הוזכר, דוגמת "Corbis" ו"Getty Images", שעיסוקם הוא איסוף, דיגיטיזציה ולבסוף רישוי של עותקים דיגיטליים של יצירות אמנות, של צילומים ושל תכנים אורקוליים. בין היתר מתמקדים גופים אלה ברכישת זכויות דיגיטליות באוספי אמנות, בצילומים ובארכיונים דוגמת ארכיון "Bettmann", אוסף "Sygma" הצרפתי ואוסף מוזאון "yigma" בסנט־פטרסבורג.¹²⁵ דוגמה נוספת היא ה" Bridgeman Art Library", גוף מסחרי המייצג מוזאונים, גלריות ואמנים מכל רחבי העולם בנושאים של מסחור ייצוגים דיגיטליים של יצירות אמנות, של צילומים ושל חומרים אורקוליים בעלי ערך אמנותי.¹²⁶

היחס בין פעילותם של גופים אלה לבין תהליכים של זיכרון חברתי ושל שימור ואחזור תרבות נסב סביב שני מישורים. ראשית, מדובר במסחור ייצוגים דיגיטליים של אוצרות תרבות המשמשים, מזה שנים רבות, מושא לשימור תרבות. שנית, חברות וגופים כאמור הם גם יצרני תכנים וייצוגים, אשר בטווח ארוך צפויים להיות להם ערך ומרכזיות במסגרת תהליכי זיכרון חברתי ותרבותי. נוסף לאחזור דיגיטלי של חומרי תרבות קיימים, עוסקים גופים אלה גם בגיבוש מאגרי תכנים עכשוויים (דוגמת צילומים), אשר עם הזמן צפויים לשמש כאשנב לעבר עבור הדורות הבאים.¹²⁷ על כך יש להוסיף כי המאפיינים הכלכליים אשר נזכרו קודם לכן מאפשרים למיזמים מסחריים לאחזר תכנים ולהפיצם ומדרבנים אותם לעשות כן, החל מפרויקט הספריות של "גוגל" וכלה בשירותי אספקת תכנים מוזיקליים ואורקוליים דוגמת "I-Tunes". בשל מרכיב הלכידות כוללים מיזמים אלה גם תוצר נלווה

הטקסט של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, מן הסיבות והשינויים הכלכליים המפורטים שם.

124 ראו: CHRIS ANDERSON, THE LONG TAIL: WHY THE FUTURE OF BUSINESS IS SELLING LESS OF MORE 19–22 (2006).

125 ראו: THE BETTMANN ARCHIVE, www.corbis.com/BettMann100/Archive/; Katie Hafner, *A Photo Trove, a Mounting Challenge*, BettmannArchive.asp; RAO EOD; N.Y. TIMES (Apr. 10, 2007), www.nytimes.com/2007/04/10/business/10corbis.html?fta=y.

126 ראו: BRIDGEMAN, לעיל ה"ש 66.

127 ראו למשל: PAUL FROSH, THE IMAGE FACTORY: CONSUMER CULTURE, PHOTOGRAPHY AND THE VISUAL CONTENT INDUSTRY (2003).

של שימור תרבות ארוך טווח. אולם בד בבד, אופיים המסחרי מקרין ומשליך על האופן שבו תחום נלווה זה מוצא לפועל ומנוהל.

עניינו של המאפיין השני, כאמור, הוא בגידול הניכר בהיקפן ובעצמתן של תשומת לב הקהל ושל יכולות ההפקה וההפצה של תכנים, לרבות באמצעות מערכות מוטות משתמש (user-generated content). הזכרתי קודם כי האינטרנט ואמצעי טכנולוגיה חדשניים נוטים לבור ולהעצים את אפשרויות ההפקה וההפצה של תכנים באמצעות יחידות ויחידים. בד בבד, מדובר במערכות הנוטות לתעל את עיקר תשומת לבו של הקהל ואת פעילויות התוכן לקומץ של פלטפורמות, אשר הן בבחינת "המנצח זוכה ככול".¹²⁸ מאפיינים אלה הם שהופכים רשתות ומסגרות פעולה מסוג זה למשמעותיות עבור תאגירי התקשורת, שכן במקום שאליו מופנית תשומת לב הקהל, יש גם אפשרויות רווח. התוצאה היא תהליך מואץ העובר על אתרי שיתוף תוכן, על רשתות חברתיות ועל מיזמים אחרים לאחזור, להפצה ולהחלפה של תכנים, של מסרים ושל מידע, אשר במסגרתו משתלטים עליהם תאגירי תקשורת מסחריים ורוכשים אותם. דוגמאות מן השנים האחרונות כוללות את רכישתו של "YouTube" על-ידי "גוגל" תמורת יותר ממיליארד וחצי דולר; רכישת הרשת החברתית "מייספייס" ("Myspace") על-ידי איל העיתונות רופרט מורדוק (בעליה של חברת "News Corp", השולטת בתאגיד "Fox" ועוד); ורכישת אתר שיתוף התמונות הפופולרי "Flickr" על-ידי חברת האינטרנט "יאהו!"¹²⁹

לענייננו חשוב כי כפועל יוצא, למסגרות מבוזרות המבוססות על תרומת משתמשי קצה יש נטייה מובנית להיבלע ולהיטמע במנגנוני שוק יותר מאשר להפוך לאפיק מתחרה במנגנוני שוק. בדיוק בנקודה זו מתרחש תהליך ההפרטה של מוסדות זיכרון דיגיטליים. כאמור בחלק ב לעיל, רשתות חברתיות, אתרי שיתוף תוכן ומסגרות דיגיטליות נוספות להפקה, לאחזור ולהפצה של תכנים, ממלאים תפקיד מרכזי בתהליכים של שימור תרבות וזיכרון חברתי לפחות כתוצר נגזר ונלווה. שליטה של גורמים מסחריים על מתכונות פעולה כאמור פירושה הפרטה, חלקית לפחות, של אותם מקטעי פעולה הנוגעים לבהליכים של שימור חברתי ושל זיכרון חברתי. כך, למשל, רכישתה של "גוגל" את אתר שיתוף התוכן "YouTube" משפיעה על אופן הבחירה, הארגון, התעדוף והאחזור של תכנים על-ידי האתר, לרבות בכל הנוגע לקידום והדגשת תכנים מסחריים, מצד אחד, ולחסמתם או

128 רשת האינטרנט מאופיינת במה שנהוג לכנות "השפעות רשת" (network effects) וכן ב-"power distribution laws". על-פי מאפיינים אלה, תשומת לבם של אנשים נוטה להתמקד במספר מצומצם של מקורות; אלה נוטים למשוך עוד ועוד תשומת לב מצד הקהל ולהגדיל את מרכזיותם עם הגידול בפופולריות שלהם. ראו: *Power Laws, Weblogs, and Inequality*; CLAY SHIRKY'S WRITINGS ABOUT THE INTERNET: ECONOMICS & CULTURE, MEDIA & COMMUNITY, OPEN SOURCE (Feb. 8, 2003), http://shirky.com/writings/powerlaw_bernardo.a.huberman.the.laws.of.the.web.patterns.in.the.ecology.of.information (2001); DUNCAN J. WATTS, SIX DEGREES: THE SCIENCE OF A CONNECTED AGE (2003).

129 ראו את הדיווח על כך בחדשות "Fox": *Reuters, Sony Pays \$65 Million for Web-Video-* [www.foxnews.com/ Sharing_Site_Grouper.com](http://www.foxnews.com/Sharing_Site_Grouper.com), Fox News.com (Aug. 23, 2006), www.foxnews.com/story/0,2933,210043,00.html

הסרתם של תכנים אחרים מן הצד האחר (למשל נוכח שיתופי פעולה עם חברות תכנים מסחריות).¹³⁰ מהלכים כאמור משפיעים הן על פני ההווה אשר הקהל נחשף לו, הן על פני העבר אשר הדורות הבאים ייחשפו לו כאשר יעשו שימוש במאגרי התרבות והתוכן שנצברו באותם אתרים.

ודוקו: אינני טוען כי מגמות אלה צפויות לבטל את מרכזיותו של "תוכן-מוטה" משתמש" בסביבה דיגיטלית. כמו כן אינני מתעלם מכך שחלק ניכר מהרשתות החברתיות ומן הפלטפורמות לשיתוף תוכן נוסדו, מלכתחילה, למטרות הפקת רווח כספי. טענתי היא, להבדיל, כי במסגרות פעולה מסוג זה קיימת סתירה חברתית מובנית: אותם מאפיינים בסיסיים אשר מעצימים את פועלם של יחידות ויחידים, הופכים בה בעת את אותן מסגרות לבעלות פוטנציאל כספי ניכר, וכפועל יוצא – ליעד להשתלטות של גופים מסחריים הנוטים, בסופו של יום, לאיין את האופי האזרחי של אותן מסגרות פעולה.¹³¹ באופן פרטני יותר, תהליך ההפרטה והמסחור של מערכות מוטות משתמשים נוטה להתאפיין במרכיבים הללו:¹³² (א) התמקדות בהפקת הכנסות מפרסומות ובשל כך בנהייה אחר תכנים המתאימים באופיים לקידום מוצרים ושירותים נושא הפרסומות;¹³³ (ב) פוטנציאל מסוים לצנזורה פרטית של תכנים המנוגדים למארג האינטרסים הפרטיים של גוף התקשורת המסחרי;¹³⁴ (ג) שיתופי פעולה בין רשתות שיתוף תוכן לבין גורמים מסחריים, לרבות כאלה הכוללים הטלת מגבלות טכנולוגיות וחוזיות על דרכי השימוש ביצירות ובתכנים, ובפרט על שילובם והפצתם במסגרת יצירות ומעשי ביטוי נוספים של משתמשי קצה.¹³⁵

130 כך, למשל, התקשורת מסחרית להפצת וידאו-קליפים של תכנים מוזיקליים בין אתר שיתוף תוכן דוגמת "YouTube" לבין חברות תקליטים מסחריות, צפויה להיות כרוכה בדרישה של חברות התקליטים לחסום תכנים אחרים, למשל של צדדים שלישיים, הכוללים שימוש בתכנים מוזיקליים שבבעלות חברות התקליטים. דרישה כזו עשויה להתעורר גם בנסיבות שבהן אותם תכנים מוזיקליים משולבים במעשה ביטוי נוסף של צד שלישי ומשמשים חלק ממנו, גם אם המסר של אותו ביטוי הוא עצמאי ונפרד. נוכח חשיבותם של תכנים אלו לקידום תפיסה מגוונת ומבוצרת של תהליכי זיכרון חברתי ושימור תרבות, הסכמות חוזיות לסינון תכנים ולחסימתם כאמור הן בעייתיות ומעוררות קשיים.

131 ראו עוד: Balkin, לעיל ה"ש 33, בעמ' 13-15; בלקין מדגיש את הסתירה החברתית שבמהפכה הדיגיטלית, בעמתה בין מרכיב הדמוקרטיזציה של תוכן דיגיטלי לבין המרכזיות ההולכת וגוברת של תוכן דיגיטלי כמקור לעושר ולכוח כלכלי.

132 ראו באופן כללי: C. EDWIN BAKER, MEDIA, MARKETS, AND DEMOCRACY (2002). בספרו בוחן ביקר את האופי המיוחד של מוצרי תקשורת כטובין ציבוריים, וכפועל יוצא את הקשיים והכשלים שנתקלים בהם מנגנוני שוק בניסיון לספק מגוון של מוצרי תקשורת המתחשבים באינטרס הציבורי ועונים על דרישותיה של חברה דמוקרטית.

133 שם, בעמ' 24-30, 182-183.

134 ראו: C. Edwin Baker, *Advertising and a Democratic Press*, 140 U. PA. L. REV. 2097, (1992).

135 ראו למשל את הכללים בעניין "שירותי תוכן מוטה משתמש" שהציעו גופים מסחריים דוגמת "מיקרוסופט", תאגיד "דיסני" והרשת החברתית "מייספייס": PRINCIPLES FOR USER GENERATED CONTENT SERVICES, www.ugecprinciples.com; בכללים אלו תומכים גם הגופים הללו: "CBS", "Dailymotion", "Fox Entertainment", "NBC Universal", "Veoh".

התוצאה המתקבלת מן המכלול היא התרחקות, מסוימת לפחות, של אותן רשתות ומערכות תוכן ממאפיינים של ביזור ושל גיוון, ונטייה הולכת וגוברת לקיצוניות השנייה – התחום המסחרי על מאפייניו. ככל שהיה לרשתות ולמערכות תוכן מסוג זה תפקיד נגזר בתחומים של שימור התרבות והזיכרון החברתי, הרי תהליכים כאמור צפויים לתת את אותותיהם אף על פונקציית השימור והזיכרון של אותם גופים. לכך אחזור בסעיף (ב)(2) להלן. אולם, קודם לכן, עליי להידרש להשפעת דיני זכויות יוצרים על הפרטת מרחבי הזיכרון החברתי.

2. השפעת דיני זכויות יוצרים על הפרטת מרחבי הזיכרון החברתי
 לדיני זכויות יוצרים תפקיד מרכזי בהפרטת מרחבי הזיכרון החברתי. ראינו את ההשלכות הנובעות מן המעבר למשטר של רישוי בתחומים של שימור ואחזור התרבות. לאחר שהרגמתי את ההטיה הניכרת למודל מסחרי של שימור ואחזור תרבות, הנובעת מהחלת דיני זכויות יוצרים, ברצוני להתמקד בשני תהליכים פרטניים אשר באמצעותם תומכים דיני זכויות יוצרים בהפרטה של שימור ואחזור התרבות ומדברנים אותה: (א) תרומת דיני זכויות יוצרים לקומודיפיקציה של אוספי ייצוגים דיגיטליים של חומרי תרבות, ובפרט לרכישתם ולניהולם על-ידי חברות מסחריות; (ב) השפעת דיני זכויות יוצרים על האופן שבו מוסדות זיכרון ותרבות ציבוריים מנהלים את המאגרים של חומרי התרבות הדיגיטליים שבבעלותם.

א. תרומת דיני זכויות יוצרים לקומודיפיקציה של אוספי ייצוגים דיגיטליים של חומרי תרבות

דיני זכויות היוצרים הם המצע אשר מאפשר את תהליך ההחפצה והמסחור של אוספי ייצוגים דיגיטליים ואשר תומך בו. הם עושים זאת באמצעות הפיכת אותם ייצוגים למשאב סחיר ובאמצעות כינונם של מנגנוני שוק, אשר באמצעותם ניתן לסחור בייצוגים אלה ולהפיק רווח כספי מהפקתם ומהפצתם.¹³⁶ במובן זה, דיני זכויות יוצרים הם הכוח המניע של ההיתכנות הכלכלית ושל הרווחיות של מיזמי אחזור תרבות. ככל שהיקף הגנת זכויות היוצרים רחב יותר, כך גם גדל התמריץ הכלכלי ליזמות מסחריות בתחומים של הפקה ושל מסחור, בדרך של מתן רישיונות שימוש בייצוגים דיגיטליים של חומרי תרבות. אך ככל שמערך הסייגים והחריגים אינו מספק מענה לאתגרים שמציבים שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות, כך נחלשת ומתמעטת האפשרות לפעילות אזרחית ואחרת שלא במסגרת מנגנוני שוק מסחריים.

“Viacom”, “Networks”. ראו גם את מערכות היחסים המתגבשות בין אתר שיתוף התוכן “Youtube” לבין חברות התקליטים העולמיות, שלפיהן יתחלקו הצדדים ברווחים מפרסומות המשולבות בוידאו-קליפים של תכנים מוזיקליים. בד בבד, “Youtube” ייעשה שימוש באמצעים טכנולוגיים כדי לחסום ולהסיר עותקים לא מורשים של אותם תכנים מוזיקליים, לרבות ככל שהם משולבים ביצירות נגזרות נוספות של משתמשי קצה. לעניין זה ראו כתבה שפורסמה באתר “BBC NEWS”: “BBC NEWS (Aug. 16, 2006), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/4798133.stm>.

136 לתפקיד הכללי אשר ממלאים דיני זכויות יוצרים בהקשר זה ראו: BETTIG, לעיל ה"ש 122.

כדי להבין את חלקם של דיני זכויות יוצרים בתהליכי ההחפצה והמסחור, ראוי לעמוד על מגמת המיזוגים והרכישות המאפיינת את תחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות. הכלכלה של תחומי התוכן והמידע מתאפיינת בכמה מרכיבים אשר עשויים לעתים לסתור זה את זה: (א) כוליות (comprehensiveness) – הערך הטמון במאגר המספק את מכלול התכנים והחומרים בקטגוריה מסוימת;¹³⁷ (ב) בלעדיות – כמרכיב המגדיל את היתרונות התחרותיים הגלומים במאגר מידע, בפרט אם מתחשבים בחשיבות מרכיב הכוליות; (ג) התמקדות במספר מועט של יצירות פופולריות המושכות חלקים ניכרים מתשומת לב הקהל;¹³⁸ (ד) נטייה לריכוזיות ולמיזוגים אנכיים (vertical mergers) כדי לנצל במלואם את יתרונות הגודל וההיקף בכל הנוגע להפקה ולהפצה של תכנים ומוצרי תקשורת.¹³⁹ מאפיינים אלה חלים גם בתחום האחזור הדיגיטלי של התרבות בכלל, ובפרט נוכח מרכיב הלכידות. יחדיו מסבירים מאפיינים אלה מדוע גורמים מסחריים בתחום אחזור התרבות הדיגיטלי מתמקדים בעסקאות, במיזוגים וברכישות המיועדים להבטיח שליטה – בלעדית, במידת האפשר – באוספים וכמאגרים שלמים של ייצוגים דיגיטליים. הדוגמאות אשר הוזכרו קודם לכן, שעניינן עסקאות רכישה של גופים דוגמת "Getty Images" ו-"Corbis" הסכמי הבלעדיות של חברת "גוגל" עם ספריות אוניברסיטאיות ואחרות במסגרת פרויקט הספריות¹⁴⁰ ואפילו רכישתה של "גוגל" את אתר שיתוף התוכן "YouTube", מדגימות כולן את העצמת מגמת ההפרטה בתחומים של אחזור ושימור התרבות. לענייננו חשוב להדגיש כי לדיני זכויות יוצרים חלק מרכזי בתהליכים אלו. זכויות היוצרים, כזכויות קניין סחירות ועבירות, הן הבסיס אשר עליו נשען מנגנון שוק לסחר בתכנים וביצירות ולרישוי שלהם. מנגנון זה הוא הבסיס אשר עליו נשענים תהליכי מיזוג ורכישה כאמור כמו גם השלבים המאוחרים יותר, שבהם ממוצה עד תום הערך הכלכלי הטמון בתכנים הנרכשים.

137 ראו: Zimmerman, לעיל ה"ש 88, בעמ' 1004, 1007 ו-1018; המחברת עומדת על חשיבותה של תכונה זו בהקשר של שימור תרבות דיגיטלי.

138 הספרות נוטה לאפיין מוצרי תקשורת כדוגמה מובהקת למוצרי סולידריות – מוצרים אשר בני אדם נוטים להעריכם לפי צריכתם של אנשים אחרים את אותם מוצרים. בשל כך, נטייתם של גופי תקשורת היא להתמקד בתכנים וביצירות פופולריות הנוטים למשוך חלק ניכר מתשומת לבו של הקהל. ראו: RICHARD E. CAVES, CREATIVE INDUSTRIES: CONTRACTS BETWEEN ART AND COMMERCE 178–82 (2000); Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer & Ivo Welch, *A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades*, 100 J. POL. ECON. 992, 1026 (2000); LEO BOGART, COMMERCIAL CULTURE: THE MEDIA SYSTEM AND THE PUBLIC INTEREST 221–24 (1995); ROBERT H. FRANK & PHILIP J. COOK, THE WINNER-TAKE-ALL SOCIETY: WHY THE FEW AT THE TOP GET SO MUCH MORE THAN THE REST OF US 191–92 (1995).

139 ראו: Guy Pessach, *Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright Diversity Externalities*, 76 S. CAL. L. 63, Benkler; REV. 1067, 1088–89 (2003).

140 לסקירת הנושא ולדיון בו ראו: Siva Vaidhyanathan, *The Googlization of Everything and the Future of Copyright*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1207, 1215–17 (2007).

ודוקו: אמנם בחלק מן המקרים מאפשרים אותם גופים מסחריים גישה ללא תשלום לחלק מן התכנים, או לפחות לשימושים מסוימים בהם. אך זו אינה משנה את המסקנה בדבר מאפייני ההפרטה המעורבים בתהליכים המתוארים לעיל; שכן גם כאשר מדובר באספקה חינם אין כסף, האופי המסחרי צפוי להקריין ולהשליך על בחירתם של התכנים, על מיונם, על ארגונם ועל תעדופם, למשל נוכח היכולת שלהם לשמש מצד הולם למכירת "תשומת לב קהל" למפרסמים, או נוכח יכולתם לשמש מקדמי מכירות אפקטיביים למוצרים ולשירותים אחרים במסגרת אותן זירות תקשורת ופעולה באינטרנט. כמו כן, חשוב לזכור כי גם אם בנקודת זמן נתונה מתאפשרת גישה לתכנים מסוימים ללא תשלום, עובדה זו כשלעצמה אינה מבטלת את הכפפתם של אותם תכנים למשטר קנייני, לרבות האפשרות כי בעתיד הם יוכפפו למשטר אחר וכי התשלום עבור הגישה אליהם ישתנה. כך, למשל, כפי שהודגם לעיל, בהקשר של הסדר הפרשה בפרויקט הספריות של "גוגל". בסופו של יום, גם מיזם המבוסס על מרכיב (אמנם חלקי) של אספקה של תוצר השימור חינם אין כסף, עשוי להתאפיין במודל מסחרי, על המגבלות הטבועות במודל מסוג זה: לשנות את מרכיבי הגישה הפתוחה (open access) הכלולים בו כתוצאה מהסכמים ומהתקשרויות עם בעלי זכויות, ואף לוותר על זכויות משתמשים הנובעות ממערך הסייגים וההריגים לזכויות היוצרים, דוגמת הגנת השימוש ההוגן.¹⁴¹

ב. השפעת דיני זכויות יוצרים על האופן שבו מנהלים מוסדות זיכרון ותרבות ציבוריים את מאגרי חומרי התרבות הדיגיטליים שלהם עד עתה התמקד הדיון באופן שבו משפיעים דיני זכויות יוצרים על דרכי הפעולה של גופים מסחריים. בד בבד, צפוי הדיון להשפיע גם על האופן שבו מנהלים מוסדות זיכרון ותרבות ציבוריים את מאגרי התרבות הדיגיטליים שבבעלותם. בלשון זהירה ניתן לומר כי השילוב של סביבה דיגיטלית עם דיני זכויות יוצרים רחבים בהיקפם, נוטה לשנות, במידה מסוימת לפחות, את הדין-אין-איי התרבותי של מוסדות תרבות וזיכרון – להטותם באופן חלקי אל עבר מודל מסחרי באופיו, ולהחליש במידת מה את מרכיבי האחריות החברתית והמחויבות הציבורית הנובעים מן הפונקציות שממלאים אותם מוסדות.¹⁴² תהליך זה מתבצע בשילוב של שני מרכיבים: הכפפה ואבולוציה.

141 ראו גם Tushnet, לעיל ה"ש 68. טושנט עומדת על כך שאין כל ערובה לכך שגופים מסחריים החורטים על נס רגלם עיקרון של גישה חופשית חינם אין כסף, ימשיכו לעשות כן לאורך זמן; לטענתה, בסופו של יום תכלית השאת הרווחים שלהם צפויה להשפיע על דרגת המחויבות שלהם לאינטרס הציבורי בתחום של ניהול מיזמים של אחזור ושימור תרבות.

142 לפירוט תפקידים ופונקציות אלו ראו: WHOSE MUSE? ART MUSEUMS AND THE PUBLIC TRUST: James Cuno ed., 2004); CHARLES R. McCLURE, PLANNING AND ROLE SETTING FOR PUBLIC LIBRARIES: A MANUAL OF OPTIONS AND PROCEDURES (1987); Howard Besser, *The Next Stage: Moving from Isolated Digital Collections to Interoperable Digital Libraries*, FIRST MONDAY (June 1, 2002), <http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/958/879>; Guy Pessach, *The Role of Libraries and A2K: Taking Stock and Looking Ahead*, MICH. ST. L. REV. 257, 257–69 (2007).

הכפפה: במונח זה כוונתי לכך שמשטר הרישוי, אשר מוסדות תרבות ושימור כפופים לו בקשר לשימושים דיגיטליים, נוטה להשפיע ולשנות את דרכי הפעולה של אותם מוסדות תרבות. כעת ברצוני להסב את הדיון להקשר של הפרטת פעילויות בתחומים של שימור ואחזור התרבות: בעבר, בכל הנוגע לחפצי תרבות מוחשיים, למוסדות זיכרון ותרבות הייתה שליטה מלאה על דרכי השימוש באוספי היצירות והתכנים שבבעלותם, על ניצולם ועל הגישה אליהם. במסגרת זו נהגה המדיניות של גישה פתוחה ושוויונית לאותם תכנים ויצירות, בעלות מינימלית ככל האפשר. ספריות אפשרו גישה חופשית לאוספיהן וגבו דמי מינוי מינימליים.¹⁴³ מדיניות דומה נקטו גם מוזאונים ומוסדות תרבות נוספים. אינני מתעלם מכך שלעיתים נוצל לרעה כוח השליטה המצוי בידי מוסדות זיכרון ותרבות – אוספים מסוימים מודרו, והגישה אליהם הוגבלה.¹⁴⁴ אך ככלל, ובקשר למרבית התכנים שהחזיקו, תפקדו מוסדות התרבות והזיכרון בהתאם למעמדם כנאמן של הציבור.

בסביבה דיגיטלית משתנה מצב הדברים. דיני זכויות יוצרים, ומשטר הרישוי הנובע מהם, נוטים לכפות על מוסדות תרבות ציבוריים דינמיקה של הפרטה. טעם אחד לכך הוא המגבלות החוזיות והמגבלות הטכנולוגיות, אשר באמצעותן מכתבים בעלי הזכויות את אפשרויות השימוש של מוסדות התרבות הציבוריים בתכנים המוגנים. טעם שני לכך הוא יכולתו של משטר רישוי להגביל שימור דרך קבע ובלתי מוגבל בזמן של ייצוגיים דיגיטליים המוגנים בזכויות יוצרים, ולמנוע ממוסדות תרבות ציבוריים לפעול בדרך זו. כמה דוגמאות עשויות להמחיש את הטענה: (א) דרישות מצד מוציאים לאור של כתבי עת מדעיים להגביל את הגישה למאגרי המידע שלהם אך ורק למסופי מחשב המצויים בשטחה של ספרייה או לאינרנטית עם תלמידי המוסד, בשונה מסביבה מוחשית, אשר בה הגישה לספריות ציבוריות ולאוספיהן פתוחה בדרך כלל לכל אדם באשר הוא; (ב) איסור בחוזה על המשך שימורם של תכנים ועל החזקת עותקים שלהם לאחר תום תקופת רישיון השימוש בהם; (ג) מגבלות חוזיות המונעות ממוסדות תרבות ציבוריים שימושים נוספים

143 ראו, למשל, את הכללים המתוארים להלן בעקרונות היסוד של איגוד הספריות האמריקני: *About ALA – ALA Policy Manual*, ALA – AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION, www.ala.org/ala/aboutala/governance/policymanual/index.cfm

כך נקבע בס' 1.3 לעקרונות היסוד (Priority Areas and Goals):

ALA will promote efforts to ensure that every individual has access to needed information at the time needed and in a format the individual can utilize, through provision of library and information services. Goals: 1. All individuals have equal access to libraries and information services. 2. Instruction in information use is available to all. 3. Government information is widely and easily available. 4. Library collections are developed, managed, and preserved to provide access for users to the full range of available knowledge and information. 5. Access to information is facilitated by bibliographic organization. 6. Library use is high. 7. Fees are not a barrier to library access and service.

144 ראו לעיל ה"ש 21 והטקסט המפנה אליה.

כלשהם בתכנים שנרכשו מאתרי אינטרנט דוגמת "גוגל" (פרויקט הספריות), "Corbis" או "I-Tunes", לרבות שימוש שלא למטרות רווח.¹⁴⁵

אם כן, עם המעבר לסביבה דיגיטלית איבדו מוסדות התרבות חלק ניכר מן העצמאות ומחירות הפעולה אשר הייתה מנת חלקם בקשר לשימושים בנכסי תרבות מוחשיים. כעת, בעלי זכויות יוצרים מחזיקים מעין שעבוד צף על דרכי השימוש בייצוגים דיגיטליים ועל אופני ניצולם בידי מוסדות תרבות. אם כן, אותו מרכיב של הפרטה הנובע מהטמעת מגבלות ופרקטיקות מסחריות, הוחל על דרכי השימוש בייצוגי תרבות דיגיטליים וניצולם על-ידי מוסדות תרבות ציבוריים. ודוק: אינני מבקש לשרטט תרחיש קיצוני בדבר היכחדותם של מוסדות תרבות ציבוריים, של מורשת המחויבות שלהם לאינטרס הציבורי ושל הגישה הפתוחה לתכנים המנוהלים על-ידם, לרבות בהקשר של שימור תרבות דיגיטלי. לגופים דוגמת הספרייה הלאומית, מוזאונים וארכיונים תפקיד מרכזי בשימור ובהנגשה דיגיטליים של חומרי תרבות. עם זאת, אני מבקש לטעון כי בטווח הארוך, הלחץ והמגבלות שהם תולדה של משטר רישוי המוחל על-ידי בעלי זכויות יוצרים בקשר לשימוש בייצוגים דיגיטליים, צפויים לתת את אותותיהם על מתכונת הפעולה של מוסדות זיכרון ושל גופי תרבות ציבוריים ועל אפשרויות השימור וההנגשה של ייצוגים דיגיטליים. הכפיפות לגופים מסחריים המנהלים תיקים של ייצוגים דיגיטליים, לרבות של נכסי תרבות, והתלות בהם תשפיע ללא ספק על דרכי הפעולה של מוסדות תרבות ציבוריים. כך, למשל, כאשר מבקשת האוניברסיטה להציג בתערוכה בחצריה ייצוגים דיגיטליים של כתבי יד של ליאונרדו דה וינצ'י, המוחזקים בבעלותה של חברת הייצוגים הדיגיטלית "Corbis",¹⁴⁶ היא תידרש להכפיף את עצמה, וכפועל יוצא אף את קהלה, לדרישות הכספיות ולמגבלות החוזיות אשר מכתיבה "Corbis" כגוף מסחרי. נוסף לכך, כפי שיפורט להלן, בצד יסוד ההכפפה כולל הממשק של דיני זכויות יוצרים עם הפרטת התחומים של שימור ואחזור התרבות גם מרכיב אבולוציוני, שבמסגרתו מאמצים מוסדות שימור וזיכרון דרכי פעולה מסחריות באופן וולנטרי.

אבולוציה: חלק ניכר ממוסדות התרבות הציבוריים אינם משמשים רק כצרכנים של חומרי תרבות, אלא גם כבעלים, מפיקים ומפיצים שלהם. לפיכך, עם המעבר לסביבה דיגיטלית, מוסדות תרבות ציבוריים עשויים לשמש כבעלי זכויות יוצרים בייצוגים דיגיטליים של חומרי תרבות, כגון אוסף דיגיטלי של יצירות הכוללות באוסף של מוזאון.¹⁴⁷

145 ראו, למשל, את ההגבלות הקבועות באתר האינטרנט של "I-tunes" בעניין השימושים בתכנים הנמכרים באמצעות האתרים הללו. משמעות הגבלות אלו היא כי מוסדות תרבות ציבוריים אינם רשאים לעשות שימוש בתכנים האמורים, גם שלא למטרות רווח. היתר השימוש הנלווה לרישיונות השימוש באתרים הללו מוגבל לשימושים פרטיים בלבד, ושימושים שלא למטרות רווח על-ידי גופים ציבוריים, דוגמת מוסדות חינוך, מוחרגים במפורש: *Terms of Service*, iTunes Store, www.apple.com/support/itunes/legal/terms.html.

146 בשנת 1994 רכשה "Corbis" את "Codex Leicester" – אוסף המכיל 36 תיקיות עם שרטוטים של ליאונרדו דה וינצ'י. ראו: Gary L. Wolfstone, *Digitizing Leonardo Da Vinci*, Law Offices of Wolfstonelaw.com, www.wolfstonelaw.com/leonardo_essay.html.

147 ראו לעיל ה"ש 52-57 והטקסט המפנה אליהן. כעולה מן האמור שם, המצב המשפטי בהקשר זה נגזר מן היישום והפרשנות של דרישת המקוריות, וכפועל יוצא, בין היתר, גם מהיקף הגנת

במקרים אלה עשויים דיני זכויות יוצרים לשמש זרז המדרבן מוסדות תרבות ציבוריים לאמץ משטר קנייני ופרקטיקות מסחריות בקשר לאוספים שהם מנהלים. כמה דוגמאות עשויות להמחיש מגמה זו.

- בשנת 2006, מוזאון "Smithsonian", אחד מהמוזאונים ומוסדות הזיכרון הגדולים בארצות הברית,¹⁴⁸ ורשת הטלוויזיה בכבלים "Showtime Networks", חתמו על הסכם להקמת מיזם משותף – ערוץ טלוויזיה שייקרא "Smithsonian Networks".¹⁴⁹ על-פי ההסכם, לערוץ הטלוויזיה תהיה זכות ראשונים להפיק תכניות תיעודיות (מסחריות) שיתבססו על ארכיון הסרטים והצילומים של המוזאון. התכניות שיופקו יוצעו תחילה במסגרת ערוץ "וידאו-לפי דרישה" בשם "Smithsonian on Demand".¹⁵⁰ מתכונת זו תאפשר למוזאון להפיק רווח כספי מן התכניות שיופקו, אך בד בבד תגביל את גישתם של יוצרים ומפיקים תיעודיים אחרים לחומרים הכלולים בארכיוני המוזאון ואת יכולת השימוש שלהם בחומרים אלה; ובמילותיו של יוצר הסרטים התיעודיים המפורסם קן ברנס (Ken Burns): "It feels like the Smithsonian has essentially optioned America's attic to one company, and to have access to that attic, we would have to be signed off with, and perhaps co-opted by, that entity".¹⁵¹
- בפרויקט הספריות של "גוגל", מיזם הסריקה והדיגיטציה אשר כבר הוזכר לעיל, המקור המרכזי של ספרים ושל כתבי יד המשמש את "גוגל" הוא ספריות אוניברסיטאיות וספריות ציבוריות. עיון בהסכמים אשר נחתמו בין "גוגל" לבין הספריות השותפות בפרויקט מלמד על המשטר הקנייני אשר מבקשת "גוגל" לאכוף על שותפותיה לפרויקט, ועל המגבלות שהיא מטילה על הספריות באשר לשימושים בעותק הסרוק שנותר בידן. כך, למשל, כולל ההסכם בין "גוגל" לבין ספריית אוניברסיטת קליפורניה את המגבלות הללו:¹⁵² האוניברסיטה רשאית לעשות שימוש

הקניין הרוחני על מאגרי מידע ועל מאגרי נתונים. ככל שבתי המשפט יחמירו את דרישת היצירתיות המשמשת תנאי לתחלתה של הגנת זכויות היוצרים, כך יצטמצם מרחב ההגנה על ייצוגים דיגיטליים של יצירות קיימות, ובפרט על ייצוגיהן הדיגיטליים של יצירות אשר משך הגנת זכויות היוצרים בהן פג והן הפכו לנחלת הכלל.

148 ראו: *About Us*, SMITHSONIAN, www.si.edu/about

149 ראו: *Showtime Networks and the Smithsonian Institution Announce a Joint Venture to Create a New On Demand Service*, CBS CORPORATION – NEWS (Sept. 3, 2006), www.cbcorporation.com/news-article.php?id=236

150 ראו: Edward Wyatt, *Smithsonian-Showtime TV Deal Raises Concerns*, N.Y. TIMES (Mar. 31, 2006), www.nytimes.com/2006/03/31/washington/31smithsonian.html; Edward Wyatt, *Smithsonian Agreement Angers Filmmakers*, N.Y. TIMES (Apr. 1, 2006), www.nytimes.com/2006/04/01/arts/television/01smit.html

151 ראו: Eric Bangeman, *Smithsonian Deal with Showtime Draws Fire*, ARS TECHNICA (Apr. 4, 2006), arstechnica.com/news.ars/post/20060404-6523.html

152 ראו סעיפים 4.3 ו-4.10-4.7 להסכם בין "גוגל" לבין ספריית אוניברסיטת קליפורניה: *Cooperative Agreement*, GOOGLE WATCH, www.google-watch.org/foia/ucfoia.html; ראו Scott Carlton, *U. of California Will Provide Up to 3,000 Books a Day to Google*: עוד

בעותקים הסרוקים אך ורק במסגרת שירותי הספרייה האוניברסיטאית; האוניברסיטה מתחייבת למנוע ממשתמשי קצה אפשרות להעתיק את הקבצים או לסרוק אותם באופן אוטומטי, למשל באמצעות מנועי חיפוש; עבודות בשלמותן, לרבות כאלה אשר אינן מוגנות בזכויות יוצרים, יונגשו אך ורק לחוקרים ולתלמידים. לספריות אחרות ניתן להפיץ לא יותר מעשרה אחוזים מן האוסף הסרוק.¹⁵³

- ה-“Bridgeman Art Library” הוא גוף מסחרי המייצג כיום למעלה ממאה מוזאונים ומוסדות תרבות ברחבי העולם.¹⁵⁴ במסגרת זו מעניקה הספרייה רישיונות שימוש בייצוגים דיגיטליים של מוזאונים למגוון רחב של שימושים מסחריים ופרטיים, ומשמשת בפועל כזרוע חיצונית של מוזאונים ושל מוסדות תרבות לשם מסחור אוספיהם. הגידול בהיקף פעילויותיה של הספרייה ומגוון סוגי הפעילות מעידים על הגידול הניכר באימוץ דרכי פעולה מסחריות על-ידי מוסדות תרבות ציבוריים.
- ה-“ARTstor.org”¹⁵⁵ גוף שלא למטרות רווח, שם לו למטרה להפיק אוספים דיגיטליים של יצירות אמנות לשם מטרות מחקר וחינוך. המאגר של “ARTstor.org”, המכיל למעלה מחצי מליון ייצוגים דיגיטליים של יצירות אמנות ממוזאונים בכל רחבי העולם, נגיש אך ורק למוסדות תרבות וחינוך המשלמים דמי מנוי שנתיים, ואילו לכלל הציבור הרחב אין אפשרות גישה למאגר, ולו גם בתשלום.¹⁵⁶ “ARTstor.org” עושה שימוש במגבלות חוזיות ובמגבלות טכנולוגיות המאפשרות להדפיס ולהפיק עותקים של תמונות אך ורק באיכות נמוכה. כמו כן, חל איסור על שימוש מקוון בייצוגים הדיגיטליים הכלולים באתר לרבות למטרות אשר אינן מסחריות, דוגמת מטרות חינוך. כללים אלה חלים הן על ייצוגים דיגיטליים של יצירות המוגנות בזכויות יוצרים הן על ייצוגים דיגיטליים של יצירות אשר זכויות היוצרים בהן פגו ואשר הפכו לנחלת הכלל. “ARTstor” היא אפוא דוגמה פרדיגמטית למוסד ציבורי שלא למטרות רווח, המחיל משטרי רישוי ואמצעים טכנולוגיים המקרבים את אופן הפעולה שלו לזה של גוף מסחרי.
- בשנת 2003 הכריז מוזאון הלובר כי באמצעות שימוש בטכנולוגיות דיגיטליות, יהפוך המוזאון את אוסף כתביו ורישומיו של ליאונרדו דה וינצ'י שבחזקתו לנגיש “כפי שלא היה אף פעם בעבר”.¹⁵⁷ המוזאון צילם וסרק 12 ממחברותיו של דה וינצ'י ואפשר

for Scanning, *Contract States*, THE CHRONICLE (Sept. 8, 2006), <http://chronicle.com/article/U-of-California-Will-Provide/34183>.

153 סעיפים דומים קיימים גם בהסכם שבין “גוגל” לבין אוניברסיטת מישיגן. לסעיפים 4.1-4.2, כפי שהם עולים מן ההסכם האמור לרבות התיקונים לו, ראו: www.lib.umich.edu/files/services/mdp/um-google-cooperative-agreement.pdf; www.lib.umich.edu/files/services/mdp/Amendment-to-Cooperative-Agreement.pdf.

154 ראו: BRIDGEMAN, לעיל ה”ש 66.

155 ARTstor, לעיל ה”ש 31.

156 ראו אפשרות לקבל תשובות לשאלות שמתעוררות באתר “ARTstor”: *Frequently Asked Questions*, ARTSTOR, www.artstor.org/what-is-artstor/w-html/faqs.shtml.

157 ראו: John Leicester, *Digital Technology Used On da Vinci Works*, REDORBIT (May 4, 2003), www.redorbit.com/news/technology/1496/digital_technology_used_on_da

למבקרים במוזאון לצפות בהן ממסופי מחשב אשר הוצבו בשטח המוזאון, כחלק מתערוכה של עבודותיו. אולם לכל יתר הציבור נותר האוסף הדיגיטלי בלתי נגיש. גם דוגמה זו ממחישה את האופן שבו מוסד תרבות ציבורי מתייחס לאוצר תרבות המצוי בידיו – כאל נכס כלכלי אשר יש למצות עד תום את הפוטנציאל הכלכלי הגלום בו, ולא כאל משאב ציבורי.

● נטייתם של מוסדות תרבות ציבוריים לאמץ אופני פעולה מסחריים משתקפת גם בתפיסות ובאסטרטגיות שמפתחים גורמים בקרב קהילת המוזאונים, הארכיונים ומוסדות התרבות הנוספים. כך, למשל, רשת המידע למורשת קנדה, סוכנות של המשרד הממשלתי הקנדי לשימור תרבות,¹⁵⁸ הוציאה כמה דו"חות ומסמכים שעניינם מדיניות קניין רוחני ואסטרטגיות רישוי.¹⁵⁹ הגם שיש להיזהר מהכללות גורפות, באופן כללי ניתן לומר כי המדיניות העולה ממסמכים אלו היא של עידוד מוסדות תרבות להשתמש במשטרי רישוי (מכוח דיני זכויות יוצרים) כאמצעי עסקי-אסטרטגי. מדיניות דומה משתקפת ממסמכי מדיניות נוספים, דוגמת מדריך למוזאונים לניהול הקניין הרוחני של ארגון הקניין הרוחני העולמי (WIPO), ודו"ח בעניין מודלים לחיוב בגין שעתוק ומדיניות זכויות החלים על תמונות דיגיטליות במוזאונים אמריקניים, מאת King's College Digital Consultancy Service.¹⁶⁰

vinci_works/index.html

158 לסקירה על משרד הממשלה הקנדי לשימור תרבות, ראו: *About Us – Overview*, CANADIAN HERITAGE INFORMATION NETWORK, www.chin.gc.ca/English/About_Chin/overview.html.

159 ראו: *CHIN's Professional Exchange – Intellectual Property*, PRO.CHIN.GC.CA, www.chin.gc.ca/English/Intellectual_Property/index.html. באתר ניתן למצוא, בין היתר, את "A Canadian Museum's Guide to Developing a Licensing Strategy"; "Developing Intellectual Property Policies – A How-To Guide for Museums"; "Illustrating Options: Collective Administration of Intellectual Property for Canadian Cultural Heritage Institutions"; "Like Light Through a Prism: Analyzing Commercial Markets for Cultural Heritage Content".

160 ראו: Rina Elster Pantalony, *WIPO Guide on Managing Intellectual Property for Museums*, WIPO PUBLICATION No. 1001(E) (2007), available at www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/copyright/1001/wipo_pub_1001.pdf; Simon Tanner, *Reproduction Charging Models & Rights Policy for Digital Images in American Art Museums* (A Mellon Foundation study, 2004), http://cms.cch.kcl.ac.uk/kdcs/Melissa_Brown_&_Melissa_Brown_&_Melissa_Brown_&_Melissa_Brown_.pdf; fileadmin/documents/USMuseum_SimonTanner.pdf; Kenneth Crews, *Control of Museum Art Images: The Reach and Limits of Copyright and Licensing* (Jan. 20, 2010), <http://ssrn.com/abstract=1542070>. כעולה מן ממאמר של בראון וקריו, לצד מגמה מסוימת בקרב מוזאונים ומוסדות תרבות לאמץ מדיניות המאפשרת גישה לעותקים דיגיטליים של יצירות אמנות ושימוש חופשי בהם, קיימת מגמה מקבילה, שאינה פחותה במשקלה, לאמץ אופני פעולה מסחריים המבקשים לאכוף משטר של רישוי ביחס לזכויות הקניין הרוחני של אותם מוסדות.

דוגמאות אלו כולן מלמדות כי תהליכי ההפרטה והמסחור של פעילויותיהם של מוסדות זיכרון ושימור תרבות אינם אך ורק תוצר של מהלכים ולחצים מצד גורמים מסחריים ובעלי זכויות יוצרים. בד בבד, מודלים מסחריים הם חלופה אשר מוסדות תרבות שוקלים, ובמקרים מסוימים אף מיישמים, בקשר לחפצי תרבות ולייצוגים דיגיטליים הנמצאים בשליטתם ובבעלותם. נכון הוא כי במידה מסוימת לפחות, מוזאונים ומוסדות תרבות יזמו וניהלו מאז ומעולם פעילויות מסחריות מסוימות, דוגמת זו של חנויות מוזאון, מזכרות, קטלוגים, כרזות וכיוצא באלה.¹⁶¹ עם זאת, היקפן של פעילויות כאמור היה מצומצם יחסית, והן הופרדו מליבת פעילות השימור וההנגשה לציבור של מוסדות התרבות. תהליך ההפרטה של מוסדות תרבות וזיכרון שונה בהיקפו, במהותו ובעיקר בכך שעניינו בליבת התפקידים הציבוריים של מוסדות אלה.

ברצוני להדגיש שוב כי אינני מבקש לשרטט תרחיש קיצוני בדבר שינוי רדיקלי ומידי באופן שבו פועלים מוסדות שימור תרבות ומוסדות זיכרון. יתרה מזו, יזמות דוגמת ה-Open Content Alliance¹⁶² מלמדות כי לספריות, למוסדות שימור התרבות ולמוסדות הזיכרון קיימת קשת רחבה של דרכי פעולה בסביבה דיגיטלית. מוסדות רבים מחפשים אפיקים אשר יאפשרו מימוש נאות של הפונקציה הציבורית שהם ממלאים;¹⁶³ אך ניתן לזהות תהליך אבולוציוני אשר במסגרתו מאמצים חלק ממוסדות השימור והזיכרון המסורתיים, בין באופן וולונטרי ובין נוכח תכתיבים של בעלי זכויות, מודלים ודרכי פעולה שלהם מאפיינים קנייניים ומרכיבים מסחריים. ייתכנו לכך סיבות, מניעים וצידוקים רבים, כגון מגבלות תקציב של מוסדות תרבות ציבוריים והצורך שלהם לייצר מקורות הכנסה עצמאיים. אולם, בסופו של יום, לא ניתן להתעלם ממגמות ההפרטה והמסחור. על כך יש להוסיף כי כאמור לעיל, סביבה דיגיטלית מתאפיינת בהצטרפותם של שחקנים מסחריים לתחומים של שימור ואחזור תרבות. שחקנים אלה מאמצים משטרים קנייניים ודרכי פעולה מסחריות ונוטלים לעצמם פונקציות ותפקידים, אשר בעבר מילאו אותם מוסדות תרבות ומוסדות זיכרון מסורתיים. לגבי קטגוריה אחרונה זו של הגופים המסחריים מצב הדברים מורכב עוד יותר, שכן בניגוד למוסדות שימור תרבות ולמוסדות זיכרון ציבוריים, מדובר בגופים נטולי אינטרסים הציבוריים. גופים אלו משקפים, אפוא, סתירה חברתית

161 ראו: Hunter Summerford, *De-sanctified Novelties: The Museum Gift Shops After* Bridgeman, ExpressO (2007), available at http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=j_summerford.

162 ראו: OPEN CONTENT ALLIANCE, www.opencontentalliance.org. מדובר ביזמה של גופים ציבוריים, ממשלתיים ואחרים להקים תשתיות, בסיס טכנולוגי ובסיס משפטי לשימור ולהנגשה חופשית של תכנים ושל מידע לציבור הרחב. רשימת המשתתפים כוללת מספר רב של ספריות, של מוסדות תרבות ושל גופי שלטון מכל רחבי העולם: OPEN CONTRIBUTORS, www.opencontentalliance.org/contributors.

163 ראו למשל: Kenneth Hamma, *Public Domain Art in an Age of Easier Mechanical Reproducibility*, D-LIB MAGAZINE (Nov. 11, 2005), available at www.dlib.org/dlib/november05/hamma/11hamma.html. המחבר תומך בדעה שלפיה מוזאונים צריכים להעמיד לרשות הציבור, חינוך אינן כסף ובלא הגבלות כלשהן, ייצוגים דיגיטליים של יצירות שהפכו לנחלת הכלל. כמו כן ראו את האמור לעיל בסיפא של ה"ש 160.

בין יעדיהם קצרי הטווח (השאת רווחים) לבין ההשלכות ארוכות הטווח של פעילותם על נוף ההיסטוריה ועל מראה פני העבר. מטרתי בחלק הבא היא לרונן, ביתר פירוט, בהשלכות הנובעות מהפרטת מרחבי הזיכרון החברתי.

(ב) משמעות הפרטתם של מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי והשלכותיה בפתח הדברים חשוב להדגיש כי אינני מבקש לעשות אידאליזציה של פעילות מוסדות הזיכרון בתקופות קודמות.¹⁶⁴ כמו כן, אינני מתעלם או מפחית מערכה של הצטרפותם של גורמים מסחריים לפעילות בתחומים של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות או מן הפוטנציאל הגלום בה. גורמים אלה תרמו לגידול היקף הפעילות בתחום; יתר על כן, במידה מסוימת הם מעמידים חלופה חשובה לאמות המידה האליטיסטיות אשר נקטו מוסדות שימור תרבות ומוסדות זיכרון מסורתיים כאשר לאופני הבחירה, המיון והסיווג של יצירות תרבות וחומרי תרבות שנבחרו לשימור כחלק מהקאנון. כשלעצמן, ההטיות של מודל מסחרי אינן גורעות מכך שהוא מספק חלופה שונה ונוספת למודל הציבורי המסורתי. כמי שמאמין בלגיטימיות של תרבות פופולרית, בערכה ובחשיבותה, אני סבור כי גופי תקשורת מסחריים ממלאים תפקיד מרכזי בסביבת התרבות שלנו. אולם בצד האמור לעיל, כמפורט להלן, קיימים להערכתי כשלים וקשיים בהפרטת מרחבים לשימור התרבות והזיכרון הציבורי, ולא ניתן להתעלם מהם. אמנם, כשלים וקשיים אלה אינם מבטלים את החשיבות של פעילות מסחרית בתחום; אך הם מבהירים כי יש צורך בהסדרה ובמיתון של מגמות ההפרטה, באופן שיתיר די מרחב מחייה לחלופות ולפעילויות אחרות בתחומים של שימור ואחזור התרבות.

1. תפקידם החברתי של מוסדות זיכרון

דיון במשמעות תהליך ההפרטה ובהשלכותיו מחייב להתייחס לתפקיד החברתי של מוסדות זיכרון ולהבינו. לענייננו חשוב החלק המרכזי שנוטלים מוסדות זיכרון בעיצוב התפיסות, האידאולוגיות, סדרי העדיפות, הטעמים התרבותיים והאמונות של אנשים.¹⁶⁵ מוסדות זיכרון ניתנים לסיווג כתת־קבוצה של מוסדות ביטוי (speech institutions) – גופים ומסגרות חברתיות העוסקים בהפקה, בהפצה ובהחלפה של מידע, של תכנים ושל יצירות, כגון: עיתונים, גופי שידור, מוציאים לאור, אוניברסיטאות, מנועי חיפוש ועוד.¹⁶⁶ מוסדות זיכרון הם תת־קבוצה ייחודית של מוסדות ביטוי בשל ההתמקדות שלהם (שאינה ממצה) בממד הבין־דורי. מוסדות זיכרון עוסקים בשימור, באחזור ובהנגשה של מידע, של תכנים, של ייצוגים ושל נרטיבים מן העבר ובקשר אליו. כחלק ממסגרת זו,

164 ראו לעיל את הטקסט המפנה לה"ש 21.

165 ראו למשל את התייחסותו של מרימן לערכו ולתפקידו של קניין תרבותי: Merryman, לעיל ה"ש 29; Merryman, לעיל ה"ש 10.

166 ראו: Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256 (2005); Joseph Blocher, *Institutions in the Marketplace of Ideas*, 57 DUKE L.J. 821 (2008); Kathleen M. Sullivan, *First Amendment Intermediaries in the Age of Cyberspace*, 45 UCLA L. REV. 1653 (1998).

מווסתים מוסדות זיכרון את התהליכים והפעילויות אשר אחראים על חומרי התרבות שיוותרו נגישים לדורות הבאים (כמו הפעילות של ספריות בתחום הספרות המודפסת), וכן מווסתים ומסדירים את יכולת הפעולה של יחידות ושל יחידים לקחת חלק בעיצוב פני העבר לדורות הבאים.

טלו, למשל, מגבלות אשר מטיל אתר שיתוף תוכן דוגמת "YouTube" על השימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים, במסגרת תוכן שיצרו גולשים.¹⁶⁷ "YouTube" הוא דוגמה לגוף הפועל, בין היתר, כסוג של מוסד זיכרון חדש. המגבלות שהוא מטיל על שימושים נגזרים וטרנספורמטיביים הכוללים שימוש ביצירות מוגנות, סופן להקרין ולהשליך על יכולתם של יחידות ושל יחידים להטביע את חותמם האישי על עיצוב נוף ההיסטוריה עבור הדורות הבאים (בתחום התרבות ובתחומים אחרים). דוגמה לכך אפשר למצוא במגבלות המוטלות על שילוב של קטעים מווידאו-קליפים מוזיקליים ביצירות חדשות ונגזרות של משתמשים.

לייחודם של מוסדות זיכרון כתת-קבוצה של מוסדות ביטוי שני היבטים נוספים הנוגעים בממד הבין-דורי. ראשית, בהקשר של מוסדות זיכרון, הדורות הבאים הם בבחינת קהל שבוי, אשר אין לו יכולת להשפיע על מארג חומרי התרבות, על הנרטיבים ועל התכנים מן העבר שאליהם הוא נחשף.¹⁶⁸ שנית, מזווית הראייה של היחידה הדוברת, מוסדות זיכרון מערבים מרכיב הנוסף על ההיבטים המוכרים יותר של פעילותם של מוסדות ביטוי. כוונתי לכך שמוסדות זיכרון משפיעים על יכולתם של יחידים לקחת חלק בעיצוב נוף ההיסטוריה ומווסתים אותה באופן מובחן ומובדל מן השליטה וההשפעה הכללית של מוסדות תקשורת על יכולתם של יחידים ושל יחידות לקחת חלק בשיח עכשווי.

כך, למשל, בסביבת ביטוי נתונה, ההצדקה של אדם לכלול בדף האינטרנט האישי שלו ברשת חברתית את מצעד הווידאו-קליפים האהובים עליו, צפויה להיות חלשה למדי, כפרט נוכח הפגיעה הפוטנציאלית בערך הכלכלי ובשוק הפוטנציאלי של אותם וידאו-קליפים.¹⁶⁹ מנגד, מזווית ראייה המתחשבת בממד הבין-דורי ובפונקציית הזיכרון החברתי של אותו דף

167 ראו: Associated Press, *YouTube Unveils Anti-Piracy Protection*, MSNbc.COM (Oct. 16, 2007), www.msnbc.msn.com/id/21319251.

168 אמנם גם בהווה נתון קשה ליחידים וליחידות לקבל מוצרי תקשורת המשקפים את העדפותיהם (ראו: Baker, לעיל ה"ש 132, בעמ' 63-95). אולם בכל זאת יש בכל הווה נתון מרכיב כלשהו של היזון חוזר בין העדפותיו ואיתותיו של הקהל לבין מוצרי התקשורת המופקים עבורו ומופצים בקרבו. כמו כן, בכפוף למגבלת תקציב, יש לקהל בהווה אפשרות מסוימת לבחור את המועדף עליו מבין כלל התכנים וחומרי התרבות הקיימים. לעומת זאת, בדורות הבאים, מרכיב הקהל השבוי הוא קשיח וחד-משמעי הרבה יותר.

169 אכן, בעת האחרונה קיימת כתיבה משכנעת המסבירה מדוע גם שימוש "עירוני" ביצירות קיימות והעתקה גרדא שלהן ממלאים תפקיד מרכזי במימוש הזכות לחופש ביטוי והיבטים שונים הנובעים מערך האוטונומיה של הפרט. ראו: Julie E. Cohen, *Copyright, Creativity, Catalogs: Creativity and Culture in Copyright Theory*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1151 (2007); Tushnet, לעיל ה"ש 102. דומה כי יש טעם רב בקו טיעון זה. אולם בפועל, דין זכויות היוצרים המצוי נוטה עדיין לסווג שימושים כאלה כהפרת זכויות יוצרים אשר אינה באה בגדרו של אחד הסייגים והחריגים לזכויות היוצרים (דוגמת הגנת השימוש ההוגן).

אינטרנט אישי, עשויה להתקבל תוצאה שונה. עצם הבחירה ומתכונת הסידור והארגון של אותם וידאו-קליפים הופכים למעשה ביטוי של אותו יחיד – החותם התרבותי והמסר שהוא מותיר ומשאיר עבור הדורות הבאים, אף על פי שמדובר בשימוש גרדא בוידאו-קליפים קיימים, מבלי לשנותם או להוסיף להם דבר. בציר זמן בין-דורי, דרגת הפגיעה באינטרסים הכלכליים של בעלי זכויות היוצרים הולכת ופוחתת עם הזמן;¹⁷⁰ לפיכך יכולות פעולות זהות לקבל משמעות תרבותית ומשפטית שונה כאשר עוברים מן הפונקציה שלהן בהווה אל הפונקציה שלהם בציר זמן בין-דורי.

לבסוף, בהמשך לכך, טענתי היא כי בחברה דמוקרטית, חלק מן הזכות לחופש הביטוי של אדם הוא יכולת אפקטיבית לקחת חלק בנוף התרבות ובזיכרון החברתי אשר נותר לדורות הבאים ולהטביע בהם את חותמו. זכות זו מובדלת ושונה במאפייניה ובתוצאותיה מן הזכות לקחת חלק בשיח עכשווי. לצד זכות זו ונוסף לה, חלק מהזכות לחופש ביטוי הוא גם זכותם של קהל נמענים, בהווה נתון, לקבל מגוון רחב ורבי-ממדי של תכנים, של זוויות, של נרטיבים ושל פרספקטיבות מן העבר ועל אודותיו. אחזור לעניין זה בחלק ד1(ב) להלן. אך בשלב זה ראוי להדגיש כי הפונקציות החברתיות של מוסדות זיכרון שונות ומובדלות מן הפונקציות הכלליות של מוסדות ביטוי, גם כאשר גוף מסוים, דוגמת גוף תקשורת, פועל בשני המישורים – הן כמוסד ביטוי עכשווי הן כמוסד זיכרון; ספריות, למשל, פועלות הן כמוסד להנגשה עכשווית של תכנים ושל ידע הן כמוסד זיכרון העוסק בשימור חומרי תרבות ותכנים עבור הדורות הבאים.

המישור של מוסד הזיכרון, שעניינו הממד הבין-דורי, מצריך התמקדות בהיבטים הללו: (א) גיוון מוסדי המאפשר משטר של איזונים ובלמים בין סוגים שונים של מוסדות זיכרון; ציבוריים, מסחריים, אזרחיים, מסורתיים ואחרים, באופן היוצר קשת של זוויות ראייה מן העבר ועל אודותיו; (ב) יכולות אפקטיביות של יחידות ושל יחידים להשתמש בחומרי תרבות ובאמצעי תקשורת הן כמקור הן כתוצר, במסגרת פעילות המשמשת חלק מתהליכים של שימור תרבות, אחזור תרבות ועיצוב אמירות, נרטיבים וייצוגים על אודות העבר או ההווה שלהם (שישמש כ"עבר" של הדורות הבאים). להלן אבחן אם תהליך ההפרטה של מוסדות זיכרון מקרין ומשליך על היכולת להגשים יעדים אלו, וכיצד.

2. קומודיפיקציה של מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי
ההשלכה הראשונה של תהליך ההפרטה היא לכאורה מובנת מאליה, אך עדיין רבת-משמעות. הפרטה פירושה קומודיפיקציה – חלקית לפחות – של מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי. תוצאתה היא **מסחור וחוסר שוויון** ביכולת לקחת חלק בתהליכים של שימור תרבות וזיכרון חברתי. אפרט.

מסחור: ההטיות של מסחור בתחומי התקשורת והתוכן הוזכרו לעיל.¹⁷¹ הטיות אלה מעוררות חשש כי אם תאגידי התקשורת יהפכו לשחקנים מרכזיים במרחבי הזיכרון

170 ראו: Ariel Katz, *Substitution and Schumpeterian Effects Over the Life Cycle of* .Copyrighted Works, 49 JURIMETRICS J. 113 (2009).

171 ראו לעיל ה"ש 120-135, והטקסט המפנה אליהן.

החברתי, יהפוך נוף ההיסטוריה לראי חד־ממדי המשקף מספר מצומצם של קבוצות דומיננטיות בהווה (עבר) נתון. יותר משינציה את המציאות, ישקף ראי זה את האופן שבו תרבות, תפיסות, אידאולוגיות, מידע ודעות עברו במנסרה של תאגידי התקשורת בזמן נתון. שליטת תאגידי התקשורת בהפקה ובהפצה עכשווית של תכנים ושל מידע מקרינה ומשליכה על התוצרים של פעילותה הנגזרת והמשנית בתחומים של שימור ואחזור התרבות, ובמידה רבה מכתובה אותה. זאת ועוד; כיוון שתאגידי התקשורת נוטים לעצב, לקבוע ולקבע סדרי עדיפות יותר משהם נוטים לשקף אותם,¹⁷² קיים חשש כי גם בכובעם כ"מוסדות זיכרון" ישקפו תאגידי התקשורת במידה ניכרת את האמונות ואת ההעדפות אשר ביקשו לקדם בתקופת זמן מסוימת. לפיכך, מבלי לגרוע מן החשיבות והמרכזיות של תרבות מסחרית ושל תרבות פופולרית, יש קושי בכך שמידע, תכנים, חומרי תרבות ונרטיבים מסוגים אחרים יותרו מחוץ למרחבי הזיכרון החברתי הנגיש לדורות הבאים. טלו, למשל, את ההבדל בין מארג החומרים המוזיקליים הכלול בתיקיות של תכנת חילופי הקבצים של חובב מוזיקה לבין זה של ארכיון ערוץ מוזיקה מסחרי, כגון ערוץ המוזיקה "24". התכנים אשר יותיר כל אחד מאלה לדורות הבאים כראי התקופה צפויים להיות שונים לחלוטין, ובכך הקושי שבהפרטת מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי. כמו כן, הפרטת מוסדות זיכרון עשויה להחליש את המחויבות ארוכת הטווח לשימור מתמשך של מכלול חומרי התרבות, התכנים והמידע, בלא תלות בערך הכלכלי הגלום בהם. בשונה מן האופן שבו פועלים מוסדות שימור ציבוריים, גופים מסחריים עלולים לזנוח מיזמים של שימור וחומרי תרבות אשר אינם רווחיים, ולתעל את המשאבים הכספיים שלהם אך ורק למיזמים שפוטנציאל הרווח שלהם ניכר.

חוסר שוויון: בנקודה זו יש לשוב ולהזכיר כי הסובייקט של מוסדות זיכרון הוא, במידה רבה, טובין פוליטיים – מרכיבים אשר יש להם השפעה ישירה על האמונות, על האידאולוגיות ועל ההעדפות של יחידות ויחידים. מוסדות זיכרון פועלים, אפוא, במרחב ציבורי־פוליטי המצדיק (ולמעשה מחייב) שוויון ביכולת של יחידים ויחידות לפעול הן כדוברים הן כנמענים של זיכרונות חברתיים ושל מרכיבי שיח בין־דוריים. זו גם הסיבה לכך שבאופן מסורתי, מוסדות שימור תרבות ומוסדות זיכרון נתפסו כגופים המספקים טובין ציבוריים, אשר יש לספקם באופן חופשי ושוויוני. ספריות, מוזאונים, ארכיונים ועוד סווגו ונתפסו כנאמנים של הציבור, הנושאים בחובות חברתיות ומחויבים במתן גישה שווה לחומרי התרבות.¹⁷³ אכן, גם מוסדות שימור תרבות ומוסדות זיכרון מסורתיים סבלו ממידה לא מועטה של הטיות ושל הפרעות בהוצאתה לפועל של תפיסה זו, אך זו עדיין הייתה מורשתם. בסעיף (2)4 לחוק הספרייה הלאומית, למשל, נקבע כי תפקיד הספרייה

172 ראו: BAKER, לעיל ה"ש 132, בעמ' 74-92.

173 WHOSE MUSE?, לעיל ה"ש 142; SAX, לעיל ה"ש 21. סאקס מדגים זאת באופן שבו המוזאונים בארצות הברית ניצלו את היותם פטורים ממס כמנוף לאכיפת זכות גישה שווה לאוספי מוזאונים; ראו גם את כללי הנגישות והגישה השווה לאוספי ספריות הקבועים במסמך המדיניות של איגוד הספריות בארצות הברית: John Nivala, *Droit Patrimoine: The Barnes Collection, The Public Interest, and Protecting our Cultural Inheritance*, 55 RUTGERS L. REV. 477, 493-507 (2003).

הוא "לאפשר לציבור, בישראל ומחוצה לה, נגישות הולמת וסבירה לאוספי הספרייה, בין היתר, באמצעים טכנולוגיים מתקדמים". בסעיף 1 לחוק המוזיאונים, תשמ"ג-1983 מוגדר "מוזיאון" כ"מוסד שלא למטרות רווח שיש בו אוסף מוצגים בעל ערך תרבותי, המציג באופן קבוע את האוסף או חלק ממנו לציבור"; בסעיף 3(1)(ב) לחוק נקבע כי אחת מחובות הנהלת המוזיאון היא "לשמר את המוצגים ולדאוג להחזקתם ולהצגתם לציבור בצורה נאותה". ואילו בחוק הספריות נקבע כי שירותיהן של ספריות ציבוריות, לרבות גישה למאגרי מידע המצויים בספריות, יינתנו בחינם.

תהליכי ההפרטה של מוסדות זיכרון משנים תמונת מצב זו. הן מוסדות הזיכרון עצמם הן חומרי התרבות שהם מנהלים הופכים בעקבות ההפרטה למשאב כלכלי סחיר, הפועל לפי כללי כלכלת שוק ולא לפי כללי שוויון באפשרויות הגישה והשימוש. כמו כן, נפגעת יכולתם של אזרחים ליטול חלק שווה בקביעת הכללים שלפיהם פועלים מוסדות זיכרון, בשונה מן המצב במוסדות זיכרון ציבוריים, הכפופים, לפחות בעקיפין, לתהליך קבלת החלטות דמוקרטית. מרכיב חוסר השוויון אינו מתמצה באזרחים בכובעם כנמענים של תכנים ומידע, אלא משתרע גם על אזרחים בכובעם כדוברים. מוסדות זיכרון מופרטים בכלל, ובפרט גופי תקשורת מסחריים, אשר פונקציית השימור והזיכרון היא פונקציה נגזרת ומשנית לגביהם, מרכזים בידיהם עצמה ודומיננטיות תקשורתית רבה, באופן המותיר מרחב מצומצם למדי לקולות של דוברים חיצוניים. חוסר שוויון זה, המוכר לכולנו ממפת תקשורת התאגידים (העכשווית), מקריין ומשליך גם על מרחבי הזיכרון החברתי. ארכיון התכנים של אתר האינטרנט "mako",¹⁷⁴ המשותף לזכיין הערוץ השני "קשת" ולערוץ המוזיקה "24" (השולטים באתר האינטרנט), אינו צפוי להקדיש "שטח מדף" רב לתכנים של צדדים שלישיים ולקולות של דוברים חיצוניים. היבט זה מתקשר לעניין החלשת יסוד האיזונים והבלמים וההפרדה המוסדית בין הפונקציה של הפקת חומרי תרבות והפצתם לבין פונקציית השימור והזיכרון שלהם.

3. החלשת יסוד האיזונים והבלמים וההפרדה המוסדית בין הפונקציה של הפקת חומרי תרבות והפצתם לבין פונקציית השימור והזיכרון שלהם תהליך ההפרטה מוביל גם להתלכדות הולכת וגוברת של הפונקציה החברתית של הפקת חומרי תרבות והפצתם עם התפקיד החברתי של שימור תרבות וזיכרון חברתי. עד לאחרונה הייתה מידה רבה למדי של הפרדה מוסדית בין שתי הפונקציות האמורות. גופים דוגמת חברות תקליטים, מוציאים לאור ומפיקי סרטים עסקו בהפקה ובהפצה של חומרי תרבות ואילו מוסדות אחרים, דוגמת מוזיאונים, ספריות וארכיונים, עסקו בשימור תרבות בין-דורי. תהליכי ההפרטה שנדרונו מטשטשים את הגבולות בין שתי הפונקציות, ומדרבנים האחדה והטמעה של שתי הפונקציות במסגרת גופים מסחריים זהים.

מנקודת מבט דמוקרטית ותרבותית, תהליך ההתמזגות והלכידות בין פונקציות ההפקה וההפצה של חומרי תרבות לבין פונקציית השימור שלהם כרוך בתוצאות בלתי רצויות. ניתן וראוי לחשוב על ההפרדה המוסדית בין שתי הפונקציות כסוג של מנגנון איזונים

174 ראו: mako מבית קשת, www.mako.co.il.

ובלמים, המשכך חלק מן הכשלים הנלווים לדרך הפעולה של פונקציות ההפקה וההפצה של חומרי תרבות.

הפרדת הפונקציות מבטיחה כי נוף ההיסטוריה והעבר יורכבו ממגוון של חומרים ושל זוויות, ולא בהכרח מאלה המשקפים את סדר היום של מי ששולטים בפונקציות ההפקה והפצה העכשווית של חומרי תרבות. כך, למשל, קיים הבדל ניכר בין ארכיון חדשות הטלוויזיה של אוניברסיטת ונדרבילט בארצות הברית, המכיל (מכוח חריג מיוחד בחוק זכויות היוצרים האמריקני)¹⁷⁵ אוסף מקיף של כתבות טלוויזיה מכלל הערוצים המשודרים בארצות הברית,¹⁷⁶ לבין תכנון של ארכיון טלוויזיה פרטני של רשת מסוימת, דוגמת "NBC". לשון אחרת, הפקדת פונקציות השימור והזיכרון החברתי בידי גופים העוסקים בהפקה ובהפצה עכשווית של תכנים ושל מידע צפויה להוביל לשני כשלים: ראשית, פונקציות השימור והזיכרון החברתי ייסבלו מאותם כשלים, הטיות ומגבלות מבניות אשר מאפיינים את פונקציות ההפקה וההפצה (העכשווית) של חומרי תרבות;¹⁷⁷ שנית, תימנע מפונקציות השימור והזיכרון החברתי (הנפרדות) האפשרות לשמש כבקר המשלים ומאזן את אופן הפעולה של אותם גורמים השולטים בפונקציית ההפקה וההפצה של חומרי תרבות ומידע.

4. מינוף ושעתוק בין-דוריים של שליטה בתרבות ושל שליטה פוליטית חשש נוסף שמתעורר בהקשר זה הוא כי הפרטת פעילותם של מוסדות שימור תרבות וזיכרון חברתי עלולה לדרבן ולהעצים מינוף ושעתוק של שליטה בתרבות ושל שליטה פוליטית מדור אחד למשנהו. מוסדות זיכרון עוסקים בייצוגים ובנרטיבים על אודות אמת היסטורית וזיכרונות חברתיים-תרבותיים.¹⁷⁸ כפועל יוצא, אופן הפעולה של מוסדות זיכרון שיקף מאז ומתמיד זרמים וכוחות פוליטיים, כלכליים ותרבותיים והושפע מהם ומן האופן שבו הוטמעו בכללים משפטיים.¹⁷⁹ לכל אלה השפעה ישירה על יכולתם של קבוצות ושל יחידים להשתתף בתהליכים של שימור תרבות וזיכרון חברתי.

הפרטת הפעילות בתחומים של שימור תרבות ושל זיכרון חברתי פירושה כי חלקים ניכרים מיכולת ההשפעה על תחומים אלה יוסטו לתאגידי התקשורת ולגופים מסחריים נוספים. מצב דברים זה עלול לדרבן דינמיקה של שעתוק של שליטה בתרבות ושל שליטה אידאולוגית מדור אחד למשנהו. לזיכרונות חברתיים ולייצוגים מן העבר ועל אודותיו השפעה מכרעת על האופן שבו אנשים מגבשים את אמונותיהם, את העדפותיהם ואת

175 ראו: 17 U.S.C. § 108(f)(3) (2000).

176 ראו: VANDERBLIT TELEVISION NEWS ARCHIVE, <http://tvnews.vanderbilt.edu>.

177 ראו למשל: MARTIN HARRISON, TV NEWS: WHOSE BIAS?: A CASEBOOK ANALYSIS OF STRIKES, TELEVISION AND MEDIA STUDIES (1985); EDWARD S. HERMAN & NOAM CHOMSKY, MANUFACTURING CONSENT: THE POLITICAL ECONOMY OF THE MASS MEDIA (1988); ROBERT S. LICHTER, STANLEY ROTHMAN & LINDA S. LICHTER, THE MEDIA ELITE: AMERICA'S NEW POWERBROKERS (1990); BERNARD GOLDBERG, BIAS: A CBS INSIDER EXPOSES HOW THE MEDIA DISTORT THE NEWS (2001), MORRIS-SUZUKI, לעיל ה"ש 16.

178 שם.

179 ראו לעיל ה"ש 10-23 והטקסט המפנה אליהן.

תפיסותיהם. שליטה על מוסדות זיכרון ועל תוצריהם פירושה, אפוא, יכולת השפעה מכרעת על האופן שבו מגבשים אנשים את תפיסותיהם בהווה. אם כן, הפרטת תחומי שימור התרבות והזיכרון החברתי עלולה להוביל לרצף מעגלי שישעתק וינציח תפיסות, אמונות, סמלים ונרטיבים של גופי תקשורת כנוף ההיסטוריה לדורות הבאים, אשר בתורו ישפיע על התפיסות, על האמונות ועל דרכי החיים (בהווה) של הדורות הבאים, וחוזר חלילה.

מיקום ההון התרבותי¹⁸⁰ הזה בידי מספר מועט יחסית של גופי תקשורת ושל מתווכי מידע מסחריים מעורר, אפוא, חששות, למניפולציות מכוונות ולהטיות בלתי מכוונות באופן שבו פועלים תהליכי זיכרון חברתי. אכן, כוח ההשפעה של תאגידי התקשורת הוא תופעה מוכרת היטב מזה שנים. אולם החשש אשר אני מבקש להדגיש הוא חשש שונה ונפרד – החשש כי שליטת תאגידי התקשורת והגופים המסחריים על מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי צפויה לשעתק ולהעצים, באופן רקורסיבי, את הדומיננטיות התרבותית-פוליטית שלהם מדור לדור. ושוב, אינני מבקש לשרטט חזון בלהות של שליטה הרמטית על סדר היום הציבורי והתרבותי. אולם אף אם זהו איננו התרחיש, תהליכים ברוח האמור לעיל עדיין טומנים בחובם השלכות שליליות.

ניתן להדגים זאת באמצעות הפונקציות השונות והמגוונות אשר במסגרתן פועלת חברת "גוגל", בין היתר, גם כמוסד זיכרון. ל"גוגל" כמה מיזמים ופעילויות אשר בטווח הארוך צפויים להעצים את השפעתה על תהליכי שימור תרבות וזיכרון חברתי. מנוע החיפוש של "גוגל" מארגן, ממיין, מסווג ומתעדף את אתרי האינטרנט הן עבור משתמשים בהווה הן עבור הדורות הבאים; מנוע חיפוש זה משמש הצוהר ושומר הסף אשר באמצעותם מתחילים אנשים את המסע התרבותי האישי שלהם. נוסף לכך, פרויקטים אחרים של "גוגל", דוגמת פרויקט הספריות ואתר שיתוף התוכן "YouTube", פועלים אף הם, בין היתר, במרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי. עמדת כוח זו של "גוגל" מאפשרת לה להשפיע הן על תפיסותיהם העכשוויות של אנשים הן על תפיסותיהם על אודות העבר.

טלו, למשל, מפיק סרט תיעודי, שבשנת 2020 יעשה שימוש באתר שיתוף התוכן "YouTube" ובמנוע החיפוש של "גוגל" כדי להפיק סרט על הפרת זכויות אדם בסין, או היסטוריון משפטי המבקש להסתמך על פרויקט הספריות של "גוגל" כדי לכתוב את ההיסטוריה של עקרון ניטרליות הרשת והגנת השימוש ההוגן בדיני זכויות יוצרים. בדוגמאות אלה ובמקרים רבים אחרים, המרכזיות ההולכת וגוברת של "גוגל" כמוסד זיכרון עלולה להוביל להטיות של צנזורה פרטית, קידום תכנים מוטי פרסום או מכירות, ואף להטיות בלתי מכוונות המובנות לתוך האלגוריתם אשר על בסיסו פועל מנגנון החיפוש ואחזור המידע של "גוגל".¹⁸¹ הטיות אלה עלולות להיות משועתקות ומוטמעות בעבודות-

180 ראו עוד: Bill Martin & Ivan Szel'enyi, *Beyond Cultural Capital: Toward a Theory of Symbolic Domination*, in PIERRE BOURDIEU 278–302 (Derek Robbins ed., 2000); Pierre Bourdieu, *Cultural Reproduction and Social Reproduction*, in KNOWLEDGE, EDUCATION AND CULTURAL CHANGE 56–69 (Richard Brown ed., 1973)

181 ראו: Oren Bracha & Frank Pasquale, *Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search*, 93 CORNELL L. REV. 1149 (2008)

המשך אשר התבססו על מנגנוני האחזור השונים של "גוגל". אם כן, נוף ההיסטוריה ומראה פני העבר ישוקפו דרך מנסרה צרה, מצומצמת, ובמידה רבה מוטית, של פרספקטיבות מן העבר ועל אודותיו; על אחת כמה וכמה, אם הפרמטרים אשר על כססם מתבצעים תהליכי הסיווג והמיון של "גוגל" אינם שקופים,¹⁸² ואם למשתמשים אין בדרך כלל גישה למאגר ה"עירום" של גוף כמו "גוגל", אלא אך ורק גישה למצאי מוגבל של תכנים אשר עלו בשאילתת חיפוש, הכפופים למנגנוני המיון והסיווג של הגוף המאחזר.

נכון הוא כי מאז ומתמיד פעלו מוסדות זיכרון על יסוד דינמיקות מסוג זה והושפעו מהן. כך, למשל, התפיסה המסורתית של מוסד הארכיון וסוגי המסמכים אשר עליו לשמר נשענה על גישה מסוימת מאוד באשר למהות העבר ולתכליתו של מחקר היסטורי.¹⁸³ עם זאת, כעת מדובר בסוג חדש של הטיות – מסחריות – אשר מעוררות סוג חדש של חששות, חששות הנוגעים ליחסי הגומלין בין קפיטליזם לדמוקרטיה. בספרו המונומנטלי משנת 1977 הראה צ'רלס לינדבלום כיצד בניגוד לתפיסה הדמוקרטית הקלאסית, המרחב הפוליטי אינו מרחב עצמאי אלא מרחב המעוצב על-ידי כוחות כלכליים, ובמידה רבה נשלט על ידיהם.¹⁸⁴ כפועל יוצא ממעגליות זו, נושאים מרכזיים בסדר היום הכלכלי והחברתי נוטים להישאר בשולי המרחב הפוליטי, ואילו בסדר היום הפוליטי שולטים אינטרסים תאגידיים. מעגליות זו ממחישה ומבהירה את שעלול לנבוע מהפרטת תהליכים של שימור תרבות וזיכרון חברתי; החשש הוא כי בבחירה של נוף ההיסטוריה ומראה פני העבר, בארגונם, בסידורם, במיונם ובסינון החומרים שיכללו בהם, ישפיעו גופים מסחריים על גבולות השיח הפוליטי והתרבותי של הדורות הבאים, וככך ישמרו בידם שליטה ניכרת בסדר היום הציבורי לא רק בהווה, אלא גם בעתיד.

* * *

לסיכום, הפרטת מרחבי שימור תרבותי וזיכרון חברתי מעוררת חששות שונים, הנובעים ממסחור של אותם מרחבים: חששות שיגדלו הפערים ויגבר חוסר השוויון ביכולת לקחת חלק בתהליכי זיכרון חברתי, על ההיבטים הפוליטיים והדמוקרטיים הכרוכים בתהליכים מסוג זה; חששות שיוחלשו האיזונים והבלמים וההפרדה המוסדית בין הפונקציה החברתית של הפקת חומרי תרבות והפצתם לבין הפונקציה החברתית של שימור וזיכרון; חששות באשר ליכולתם של גופים מסחריים ושל תאגידי תקשורת למנף ולשעתק שליטה תרבותית-פוליטית מדור אחד למשנהו, בתוך מידור ותיחום של גבולות השיח החברתי, התרבותי והפוליטי בהתאם לסדר יום המשרת קבוצות אינטרסים אשר שולטות באותם גופים מסחריים.

Nissenbaum, לעיל ה"ש 45.

182 ראו: Urs Gasser, *Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead*, 8 YALE J. L. & TECH. 201, 232–34 (2006); James Grimmelmann, *The Structure of Search Engine Law*, 93 IOWA L. REV. 1, 36–40 (2007).

183 ראו: STEEDMAN, לעיל ה"ש 46.

184 ראו: CHARLES E. LINDBLOM, *POLITICS AND MARKETS: THE WORLD'S POLITICAL-ECONOMIC SYSTEMS* (1977).

כאמור, הפרטת מרחבים לשימור התרבות והזיכרון החברתי היא תהליך חלקי, לעתים בלתי מכוון, המתקיים לצד המשך פעילותם והשפעתם של מוסדות זיכרון ציבוריים מסורתיים, כמו גם לצד פעילויות ויזמות אזרחיות חדשות בתחומים אלו. כמו כן, דרגת ההתממשות של חששות כאמור עשויה להתמתן ולהתאזן בפעולתם של גופים וגורמים נוספים בתחומים הללו. לא מדובר בתהליכים דטרמיניסטיים מוחלטים אשר אינם מותירים מרחב מחייה לכוחות מתחרים ומאזנים. עם זאת, לפחות במידה מסוימת, הפרטה של תחומי שימור התרבות והזיכרון החברתי עלולה להניע תהליכים מהסוג שנדון בחלק זה. כעת מטרת היא לבחון כיצד ניתן לעשות שימוש במשפט כאמצעי מסדיר הממתן מגמות מסוג זה.

ד. המשפט כאמצעי מסדיר

1. לקראת פרדיגמה חדשה של משפט הזיכרון ושל משפט השכחה

לאן מועדות פנינו? לפחות במידה מסוימת, הפרטת מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי היא התפתחות בלתי נמנעת נוכח התנאים החברתיים החדשים שנוטים להציב הדיגיטציה, האינטרנט ואמצעי התקשורת החדשניים. הצעות לרפורמה בתחום נדרשות, אפוא, למידה רבה של פרגמטיות ולהכרת תנאי השטח אשר במסגרתם מבקשות אותן הצעות לפעול. מטרתו בחלק זה היא להציע שלוש אמות מידה נורמטיביות אשר ינחו את המחוקק ואת בתי המשפט בעצבם את דיני שימור התרבות הדיגיטלי ואת השלכותיהם המתבקשות על מראה פניהם הרצוי של דיני זכויות יוצרים. לאחר מכן אדגים את יישומן של אמות מידה אלה בשתי הצעות פרטניות לרפורמות בדיני זכויות יוצרים, רפורמות המיועדות להתמודד עם המגמה הנוכחית של הפרטת מרחבים לשימור התרבות הדיגיטלי.

(א) לקראת "דיני שימור ואחזור תרבות"

המסקנה המרכזית מהמסע שערכנו בעידן השעתוק הדיגיטלי היא כי על המשפט לפתח את דיני שימור התרבות, ובמידה רבה ליצור אותם בבחינת יש מאין. נכון להיום, אין בנמצא ענף משפטי השם לנגד עיניו כמטרה את הסדרתם של תחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות, באופן המפנים את משמעותם של תחומים אלה, את מרכזיותם ואת ההשלכות החברתיות שלהם. הזכרתי את ענף דיני הקניין התרבותי, ענף העוסק בשימור חומרי תרבות מוחשיים (פיזיים) שיש להם ערך וחשיבות תרבותית ובהבטחת הגישה הציבורית אליהם. טענתי היא כי בסביבה דיגיטלית בלתי מוחשית יש לפתח ענף משפטי עצמאי ונפרד העוסק בשימור ואחזור (דיגיטליים) של תרבות. ענף זה צפוי להישען ולהסתמך, לפחות חלקית, על התכליות שהונחו ביסוד דיני הקניין התרבותי המסורתיים, דוגמת אמת היסטורית, ערך אסטטי והזיקה שבין שימור חומרי תרבות לבין זהות חברתית.¹⁸⁵ עם זאת, הפרדיגמה המונחת ביסוד דיני שימור התרבות צפויה להיות פרדיגמה הפוכה מזו של דיני הקניין התרבותי המסורתיים. דיני

185 ראו: Merryman, לעיל ה"ש 29; Merryman, לעיל ה"ש 10.

הקניין התרבותי המסורתיים הסתמכו על פרדיגמה של קניין כשליטה;¹⁸⁶ לעומתם ראוי כי דינים העוסקים בשימור ובאחזור דיגיטליים של תרבות יתבססו על פרדיגמה של שימור כהפצה ושימור כביזור. בהינתן כי ייצוגים וחומרי תרבות דיגיטליים הם סוג של משאב מופשט ובלתי מתכלה, נכון וראוי כי את הדינים העוסקים בשימור ובאחזור דיגיטליים של תרבות תנחה גישה התומכת בביזור חומרי תרבות ובריבוי שימושים שונים ומגוונים בהם, כחלק מתהליכי העברתם לדורות הבאים ותיעודם עבורם.

ודוק: אינני סבור כי דיני שימור התרבות מכתובים כלל משפטי של שימוש חופשי בתכנים ובחומרי תרבות למטרות זיכרון חברתי ולמטרות שימור ואחזור של תרבות. אולם אני מבקש לטעון כי נקודת המוצא של דינים אלו צריכה להיות כלל בררת מחדל הפוך מהכלל המסורתי, שעל־פיו קניין כשליטה הוא המודל הנכון לקדם את התכליות ואת הערכים שביסוד שימור התרבות. נקודת מוצא שונה זו צפויה להקדין ולהשליך, בין היתר, על האופן שבו דיני זכויות יוצרים מסדירים את השימוש בתכנים מוגנים בזכויות יוצרים במסגרת פעילויות של שימור ואחזור תרבות. כך, למשל, בציר זמן הולך ומתמשך, יידרשו דיני זכויות היוצרים לספק נימוקים משכנעים ומכריעים יותר בשאלה מדוע ראוי כי זכות הבלעדיות של בעל זכויות היוצרים תגבר על שימושים ביצירות מוגנות המיועדים למטרות של שימור ואחזור תרבות. אם כן, העיקרון של שימור כהפצה וכביזור הופך לעיקרון מתחרה, המעמיד משקל נגד לאינטרסים המונחים ביסוד זכויות היוצרים כזכות בלעדיות הנתונה לכוח הריבונות הפרטית של בעליה.

ולבסוף, דיני שימור התרבות (הדיגיטלי) עשויים להורות כי ראוי שכללי השימוש בחומרי תרבות המוגנים בזכויות יוצרים ייקבעו ויוכרעו לא רק מתוך דיני זכויות יוצרים הכלליים, אלא גם מתוך דיני שימור התרבות ובהתאם להם. ראינו כי לדיני זכויות היוצרים הנוהגים קיימים גבולות ומגבלות ביכולת להפנים, באופן ממצה וראוי, את התכליות ואת הצרכים של פעילויות בתחומים של זיכרון חברתי ושל שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות. משום כך ראוי ונכון כי הפתרונות וההתאמות הנדרשים לדיני זכויות יוצרים יהיו חיצוניים לפרדיגמה הפנימית של דיני זכויות יוצרים.

דוגמה אחת לכך מצויה בסעיף 23 לחוק הספרייה הלאומית. דיני שימור התרבות הם שהנחו את המחוקק בקביעת דין ייחודי לספרייה הלאומית, המקנה לה כוחות להעתיק יצירות המוגנות בזכויות יוצרים ולהגישן. אכן, האינטרסים הכספיים והאחרים של בעלי זכויות יוצרים שוקללו אף הם במסגרת סעיף 23; ואף על פי כן, הכוח המניע ביסוד הסעיף מקורו בדיני שימור התרבות ולא בדיני זכויות יוצרים. כעולה מן האמור בחלק 11(ג) לעיל, דיני זכויות יוצרים חסרים כשלעצמם את הכלים, את המסורת ואת התשתית הרעיונית הנדרשים כדי להכיל את היעדים ואת הערכים שביסוד דיני שימור התרבות.

עמדתי היא כי באופן דומה לסעיף 23 לחוק הספרייה הלאומית, אך בהיקפים ובעצמות ניכרים הרבה יותר, על דיני שימור התרבות לשמש כוח מניע ומדרבן לרפורמות בחקיקה; רפורמות כאלה יניחו תשתית טובה יותר לפעילות חברתית ענפה בתחומים של שימור ואחזור תרבות, לרבות בדרך של יצירת כללים משפטיים המסייגים והמרככים את תחולת זכויות היוצרים ואת עצמתן בהקשר של פעילות כאמור. המלצה זו תקפה הן במישור הבין־

186 ראו לעיל ה"ש 10-12 והטקסט המפנה אליהן.

לאומי הן במישור המדינתי. כך, למשל, במישור הבין-לאומי, ראוי שדיני שימור התרבות יניחו תשתית שתעצב מחדש את תחולתו ואת נפקותו של המבחן המשולש שבאמנת ברן ובהסכם טריפס,¹⁸⁷ בעניין פעילויות בתחומים של שימור ואחזור התרבות. במישור המדינתי מן הראוי להחיל מודל מהסוג הקבוע בסעיף 23 לחוק הספרייה הלאומית על קבוצה רחבה (ומגוונת) הרבה יותר של מוסדות ושל מסגרות פעולה בתחום שימור התרבות הדיגיטלי.

(ב) הממד הבין-דורי של עקרון חופש הביטוי

פרט לדיני השימור והאחזור של התרבות, אמת מידה נורמטיבית שנייה מתייחסת למרכזיותו של עקרון חופש הביטוי בהקשר של פעילויות בתחומים של שימור ואחזור תרבות ושל תהליכי זיכרון חברתי. עד כה הדגמתי את הקשר בין עקרון חופש הביטוי לבין פעילויות בתחום שימור התרבות והזיכרון החברתי. ראינו כי מוסדות זיכרון, כמו גם דיני זכויות יוצרים, מסדירים את יכולתיהם של יחידות ושל יחידים לקחת חלק בעיצוב נופף ההיסטוריה ומראה פני העבר עבור הדורות הבאים. נוסף לכך, מוסדות זיכרון, כמו גם דיני זכויות יוצרים, מסדירים את האופן שבו נחשפים הדורות הבאים לייצוגים מן העבר ועל אודותיו ואת הנגשתם של ייצוגים אלה לדורות הבאים. אמת היסטורית (על מוגבלותו ונזילותו של מונח זה), זיכרון חברתי ומורשת תרבותית הם בבחינת בריח תיכון, אשר סביבו סובבים עקרון חופש הביטוי לצד דיני שימור התרבות (לרבות המופעים שלהם במסגרת דין זכויות יוצרים).

אמת המידה הנורמטיבית שאני מבקש להציע בהקשר זה כוללת שני מרכיבים. מרכיב אחד הוא כי עקרון חופש הביטוי, כעיקרון יסודי, מקרין ומשליך על עיצוב הדין המסדיר פעילות בתחומים של שימור ואחזור התרבות, בין במישורין ובין בעקיפין, וכן על פרשנותו ועל יישומו. מרכיב נוסף הוא כי על תורת המשפט של עקרון חופש הביטוי לשים דגש רב יותר ביישום בין-דורי של עקרון חופש הביטוי ולפתח כלים לשם כך. הפיכתו של של עקרון חופש הביטוי לחלק מן המטרייה הנורמטיבית החולשת על תחומי שימור התרבות והזיכרון החברתי עשויה להיות מועילה בשני היבטים. ראשית, עקרון חופש הביטוי מסביר ומדגיש את חשיבותו של מגוון מבוזר של מוסדות זיכרון מסוגים שונים ובעלי מאפיינים שונים. שנית, לעקרון חופש הביטוי מעמד נורמטיבי וחוקתי העשוי לשמש כגורם ממתן בהחלת דיני זכויות יוצרים על פעילות בתחומים של שימור ואחזור תרבות, בפרשנותם וביישומם בהקשר זה.

בטיעון זה אינני מבקש להציג אופטימיות יתר באשר לנכונות של בתי המשפט להשתמש בעקרון חופש הביטוי כאמצעי משפטי לעיצוב מחודש – צר, זהיר, ממותן ומאוזן יותר – של דיני זכויות יוצרים. ההיסטוריה השיפוטית בישראל, כמו גם בארצות הברית, מלמדת כי עד כה מהלכים כאמור לא צלחו.¹⁸⁸ ואולם גם במגבלות הללו יש

187 ראו לעיל ה"ש 116-119 והטקסט המפנה אליהן.

188 ראו בארצות הברית: Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003) (להלן: פרשת Eldred); ראו עוד: Michael D. Birnhack, *Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*, 76 S. CAL. L. REV. 1275 (2003). כעולה מדיונו של בירנהק, ככלל, המשיך פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת Eldred את המגמה שהובילו פסקי דין מוקדמים יותר

חשיבות להצגתו של עקרון חופש הביטוי כעיקרון מנחה בשיח ובדיון המשפטי בעניין שימור ואחזור התרבות, ובפרט בממשק של תחומי פעילות אלו עם דיני זכויות היוצרים. מורשתו של עקרון חופש הביטוי וסל הערכים המונח ביסודו מדגישים ומבליטים את ההיבטים הדמוקרטיים הכרוכים בפעילותם של מוסדות זיכרון ושל מיזמים אחרים בתחומים של שימור ואחזור התרבות הנלווים לפעילות זו. כמו כן, המצפן הנורמטיבי של עקרון חופש הביטוי מדגיש את הערכים של השתתפות שווה ושל שוויון, של חירות פוליטית ושל אוטונומיה אישית. כפי שהראיתי לעיל, אלה הם בדיוק הערכים המשקים למרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי. עקרון חופש הביטוי הוא, אפוא, כלי משפטי המתאים לשקף, לבטא ולייצג מבחינה נורמטיבית את ההשלכות ואת המשמעות של פעילות בתחום שימור התרבות והזיכרון החברתי.

בד בבד, יש מקום לכך שתורת המשפט של עקרון חופש הביטוי תפתח כלים ליישום בין-דורי של עקרון חופש הביטוי. ראוי כי העוסקים בניתוח תאורטי, ביקורתי וערכי של עקרון חופש הביטוי יפתחו דיון עצמאי וחדשני באשר לאופן שבו יש ליישם, לפרש ולהחיל את הזכות לחופש ביטוי בציר זמן בין-דורי. מסקנותיו ותוצאותיו של דיון כזה אינן ברורות מאלהיה; אין זה ברור כי יש חפיפה מלאה בין היקפה ועצמתה של זכותו של דובר לקחת חלק בשיח פוליטי עכשווי שעניינו איכות חייו הדמוקרטיים, לבין זכותו של אדם להטביע את חותמו על מצאי חומרי התרבות אשר יוותרו לדורות הבאים. כך גם עקרון חופש הביטוי עשוי לדרוש הגנה הדוקה וקפדנית יותר על אינטרסים של נמענים בדורות הבאים, בשל היותם קהל שבוי.¹⁸⁹ ניתן להעריך כי פיתוח ההיבט הבין-דורי של חופש הביטוי ישכלל את דיני שימור התרבות בכלל, ובפרט כאשר מבקשים לעצב ולכיל לאורם את דיני זכויות היוצרים.

(ג) גיוון וביזור מוסדיים

אמת המידה הנורמטיבית השלישית עוסקת בחשיבותם של גיוון וביזור מוסדיים של הפעילות בתחומי שימור התרבות והזיכרון החברתי, ובייחוד בהפרדת רשויות, חלקית

של בית המשפט העליון. לפי מגמה זו די במנגנונים הפנימיים של דיני זכויות יוצרים, דוגמת ההבחנה בין ביטוי לבין רעיון והגנת השימוש ההוגן, כדי להשיג איזון ראוי בין עקרון חופש הביטוי לבין זכויות היוצרים, ובלבד שנותר די מרחב פעולה ונשמרת היכולת לקיים את הערכים המונחים ביסוד עקרון חופש הביטוי. עם זאת, בפרשת *Eldred* הותיר בית המשפט העליון האמריקני פתח צר לכך שאם בעתיד ישונה דין זכויות היוצרים באופן המפר את האיזון האמור, אזי אפשר יהיה לפסול חלקים ממנו כבלתי חוקתיים (ראו שם, בפסק הדין, בעמ' 219–221); ראו גם עניין *Harper*, לעיל ה"ש 102, בעמ' 561. בישראל נקטו שופטי בית המשפט העליון גישה דומה לזו שננקטה בארצות הברית, בעניין *דודו גבע* (רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (1993)). בית המשפט העליון, מפי השופט מליץ, קבע כי די במנגנונים הפנימיים של דיני זכויות יוצרים כדי לכבד את עקרון חופש הביטוי ולהעניק לו משקל ראוי, בפרט לאור מעמדן החוקתי של זכויות היוצרים בישראל כחלק מזכות היסוד לקניין, לפי ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

189 ראו לעיל את הטקסט המפנה לה"ש 168.

לפחות, בין גופים העוסקים בהפקה ובהפצה עכשווית של חומרי תרבות לבין גופים העוסקים בשימור ובאחזור בין־דורי של חומרי תרבות.

אמת מידה זו נובעת מן הדיון בחלק 2(ב) לעיל. יש חשיבות לקיומם של מוסדות זיכרון עצמאיים, אשר משמשים כגורם מבקר, מאזן ומשלים לפעילותם של מוסדות תקשורת עכשוויים. הכתיבה והמחקר בתחום דיני תקשורת פיתחו והבהירו את ערכו החברתי של ענף תקשורת מבוזר ומגוון מבחינה מוסדית. סוגים שונים של אמצעי תקשורת – דוגמת גופי שידור מסחריים, שידור ציבורי וזירות פעולה קהילתיות ואזרחיות – אמורים להשלים זה את זה ולבקר זה את זה.¹⁹⁰ תובנה זו נכונה בה במידה גם כאשר לממד הבין־דורי ולמבנה הארגוני של פעילות מוסדות זיכרון. יתרה מזו, בהקשר של מוסדות זיכרון מקבלת תובנה זו משמעות ייחודית, שכן היא מורה גם על הפרדה מוסדית אשר במסגרתה יהיו מוסדות זיכרון מוסדות נפרדים ועצמאיים, המבקרים מוסדות תקשורת עכשוויים, משלמים אותם ונמצאים מעליהם במדרג.

מראה פניהם הרצוי של מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי מצריך, אפוא, הן גיוון מוסדי אופקי (של מוסדות זיכרון מסוגים שונים) הן הפרדה מוסדית אנכית בין העוסקים בהפקה ובהפצה עכשווית של חומרי תרבות לבין העוסקים באחזורם של חומרי תרבות ובשימורם לדורות הבאים. כעת אדגים את יישומן של אמות מידה אלו על שתי הצעות פרטניות לרפורמות בדיני זכויות יוצרים, הצעות שנועדו להתמודד עם המגמה הקיימת של הפרטת מרחבים לשימור התרבות הדיגיטלי.

2. המלצות מדגימות לשינויים ולעיצובם של דיני זכויות יוצרים

אמות המידה שתוארו לעיל צפויות להשפיע על היבטים רבים של דיני זכויות היוצרים המצויים, לרבות על פרשנות דרישת המקוריות ויישומה (בפרט בהקשר של מאגרי מידע), על משך הגנת זכויות היוצרים, על שימושים פרטיים בחומרים המוגנים בזכויות יוצרים, על ההגנה המשפטית על מנגנוני הגנה טכנולוגיים (TPMs) ועל האחריות המשפטית של ספקי אינטרנט המספקים שירותי אירוח. אלה הן רק כמה דוגמאות להקשרים שבהם עשוי עיצובם של דיני זכויות היוצרים להשתנות נוכח דיני שימור התרבות.

מטרתי היא להדגים וליישם את אמות המידה הנורמטיביות שהוצעו באמצעות שני מנגנונים בולטים בדיני זכויות יוצרים, אשר להם תפקיד מרכזי בהסדרת פעילויות של שימור ואחזור דיגיטליים של תרבות: (א) סייגים וחריגים פרטניים בתחום שימור התרבות; (ב) הגנת השימוש ההוגן. את המשך הדיון ברפורמות המוצעות בדיני זכויות יוצרים אותיר (בתקווה) לכתיבה נוספת בנושא.

(א) שימוש מותר ביצירות מוגנות בזכויות יוצרים, למטרות שימור ואחזור תרבות

מסקנת הדיון בדין המצוי בנושא סייגים וחריגים לזכויות היוצרים בתחום שימור התרבות הייתה כי בסופו של יום, מערך הסייגים והחריגים הקיים בתחום זה חסר ואינו ממצה. ראוי ונכון, אפוא, לערוך בדיני זכויות יוצרים רפורמה אשר תכיר בחריג חדש לזכויות היוצרים,

190 ראו למשל: Baker, לעיל ה"ש 132, בעמ' 94, 102, 188-192.

חריג המתיר שימוש ביצירות מוגנות למטרות של שימור ואחזור תרבות (להלן: "חריג השימור")¹⁹¹. בהתאם לאמות המידה הנורמטיביות המוצעות, חריג כאמור צריך לקיים את המרכיבים הללו:

- נוסף על מוסדות זיכרון מסורתיים (דוגמת ספרייה, מוזאונים וארכיונים), ראוי שחריג השימור ראוי יחול על מגוון לא ממצה של מסגרות ושל מוסדות נוספים הפעילים בתחומים של שימור ואחזור תרבות, לרבות על גופים מסחריים ועל מסגרות פעולה אזרחיות ומבוזרות דוגמת "Wikis", אתרי שיתוף תוכן ועוד. על המבחן לתחולת חריג השימור להיות, אפוא, מבחן פונקציונלי ולא מבחן מוסדי.
- בשונה מהדין הנוהג, אין להגביל את תחולת חריג השימור אך ורק לחומרי תרבות אשר עותק פיזי (מוחשי) או דיגיטלי שלהם מצוי בידי מוסד הזיכרון המשמר. יש לאפשר למוסדות וגופים הפעילים בתחומי שימור התרבות לתעד ולשמר גם ייצוגים דיגיטליים של חומרי תרבות אשר אינם מצויים בחזקתם.
- ראוי כי הזכות המוענקת מכוח חריג השימור לא תחול רק על עצם פעולת ההעמדה (לצורכי שימור), אלא גם על פעולות נוספות ומאוחרות יותר אשר מטרתן הנגשה של מאגר חומרי התרבות שתועדו ושומרו והעמדתו לרשות הציבור, לרבות באמצעים דיגיטליים ומחוץ לחצרים הפיזיים של מוסד הזיכרון.

אכן, מדובר בחריג שימור רחב למדי, אשר תכליתו להסיט את נקודת הכובד של הפעילות בתחום ממנגנוני שוק מסחריים. אינני מתעלם מכך שחריג בהיקף שכזה טומן בחובו פוטנציאל ממשי של שימוש רחב היקף ביצירות מוגנות, וכפועל יוצא – פגיעה באינטרסים הכלכליים של בעלי זכויות יוצרים. לפיכך אני מציע לשקול לאמץ, כחלק מחריג השימור המוצע, מנגנון של רישיון כפייה. פירוש הדבר הוא כי עבור שימושים מסוימים, בהתאם להיקפם, יהיה בית המשפט רשאי להתנות את תחולת חריג השימור בתשלום תמלוגים לבעלי זכויות יוצרים בחומרי התרבות שנעשה בהם שימוש. שיעור התמלוגים והיקפם ייקבע בהתאם לבחינה פרטנית ומדוקדקת של דרגת הפגיעה באינטרסים הכלכליים של בעלי זכויות היוצרים, אם וככל שהיא קיימת.

כך, למשל, יהיה מקום להבחין בין מיזם לשימור תרבות המתמקד בתיעוד ובשימור של חומרי תרבות (בתוך הטלת מגבלות על האופן שבו יונגשו תכנים עכשוויים לציבור), לבין מיזם הכולל מרכיב משמעותי של הנגשת תכנים עכשוויים פופולריים, ללא תשלום. באופן דומה יהיה מקום להבחין בין שימור והנגשה של יצירות מוגנות אשר זמן רב חלף מאז פרסומן הפומבי הראשון ואשר הביקוש להן נמוך, לבין תיעוד והנגשה של יצירות פופולריות עכשוויות אשר הביקוש להן נמצא בשיאו.

פסיקת שיעורי תמלוגים שונים (מכוח רישיון הכפייה) תשמש, אפוא, כבקר וכווסת שיאפשר מיצוי עד תום של פעילות בתחומים של שימור ואחזור התרבות, מבלי לפגוע יתר על המידה בבעלי זכויות היוצרים. אכן, מערכת השיקולים אשר על בסיסם ייקבע שיעור התמלוגים הראוי במסגרת רישיון הכפייה צפויה להיות מורכבת – החל משיעור

191 עד כה, הכתיבה העיקרית בנושא היא של דיאן צימרמן; האמור להלן בגוף הטקסט מתבסס ונשען על תרומתה החשובה של צימרמן ועל הצעותיה בהקשר זה (Zimmerman), לעיל ה"ש (88).

תמלוגים נמוך מאוד, אם בכלל, לפעילויות אשר גלומים בהם ערך ציבורי רב מצד אחד, ופגיעה כספית מינימלית בבעלי זכויות יוצרים מן הצד האחר, וכלה בשיעור תמלוגים גבוה לפעילויות מסחריות המספקות תחליף שוק מלא ליצירה המוגנת. מרכיב נוסף של חריג השימור יתייחס לדין החל על תכנים וייצוגים דיגיטליים, אשר הושגו ותועדו בחסות החריג. הצעתי היא כי גוף אשר יתעד וישמר תכנים וייצוגים דיגיטליים מסוימים מכוח חריג השימור יהיה מחויב להעמיד אותם לרשות הציבור ולאפשר לצדדים שלישיים להשתמש בהם למטרות של שימור ואחזור תרבות. מתכונת זו עשויה אמנם להפחית את התמריץ הכלכלי של גופים מסחריים לפעול בתחומי השימור והאחזור הדיגיטליים של התרבות. אולם אני אינני רואה בכך חיסרון, אלא דווקא אמצעי הסדרה ראוי אשר ימתן את תהליך הפרטתם של מוסדות זיכרון. כל עוד חריג השימור ודיני זכויות היוצרים יותירו מרחב מחייה מספיק לפעילות אפקטיבית של מוסדות זיכרון ציבוריים ושל מסגרות פעולה אזרחיות, יש יתרון לכך שנתח ניכר מן הפעילות בתחום ינותב לאפיקים בלתי מסחריים; מנגד, יציקת חובת הדדיות כאמור אל תוך חריג השימור תפתח פתח להמשכיות ולביזור הפעילות בתחומים של שימור ואחזור התרבות, לרבות בדרך של הפחתת העלויות המוטלות על שחקנים חדשים המצטרפים לפעילות בתחום. ייתכן בהחלט כי בנסיבות מסוימות יהיה מקום לדרוש מצדדים שלישיים שיפוי מסוים של ההוצאות, אשר מוסד הזיכרון נשא בהם בראשית השרשרת (מכוח מנגנון רישיון הכפיה). אולם המתווה הכללי צריך להיות של "אפקט ויראלי הפוך" – כזה המאפשר לצדדים שלישיים ולאחרים בהמשך השרשרת ליהנות מפירותיה של פעילות שנעשתה בחסות חריג השימור.¹⁹²

(ב) התאמתה של הגנת השימוש ההוגן לאמות מידה נורמטיביות וכיולה בהתאם להן

במתכונתה הנוכחית יש להגנת השימוש ההוגן תפקיד מוגבל בלבד, כאמצעי מסדר בתחומים של שימור ואחזור התרבות. התאמת הגנת השימוש ההוגן לאמות המידה הנורמטיביות המוצעות וכיולה בהתאם להן, תצריך לבצע בה את השינויים וההתאמות הללו:

1. הגדרה מחודשת של קטגוריית השימושים הטורנספורמטיביים כיום, בתי המשפט נוטים להתנות את תחולת הגנת השימוש ההוגן בכך שמדובר בשימוש טורנספורמטיבי – שימוש אשר כולל מעשה ביטוי נוסף, עצמאי ונפרד מיצירת המקור. כבר הראיתי כי בהקשר של פעילויות בתחום הזיכרון החברתי ואחזור התרבות ייתכנו מקרים לא מעטים שבהם גם שימוש גרדא ביצירה קיימת, בתוך העמדתה בהקשר מסוים, עשוי להיות בעל ערך וחשיבות מבחינת המבט והמידע המסופקים לדורות הבאים. אם כן, על הגנת השימוש ההוגן להרחיב את הקטגוריה של שימושים טורנספורמטיביים, באופן

192 לדיון מפורט ופיתוח רעיון ההדדיות בדיני זכויות יוצרים בכלל ובהקשר של שימור תרבות דיגיטלי בפרט, ראו: Guy Pessach, *Reciprocal Share-Alike Exemptions in Copyright*, *Law*, 30 CARDOZO L. REV. 101 (2008).

שיכלול גם שימושים ביצירות מוגנות המספקים מידע, התייחסות, עמדה או נרטיב אשר יש בו ערך מוסף וחשיבות בכלל, ובפרט עבור הדורות הבאים, גם מבלי לשנות את היצירה עצמה. כך, למשל, ראוי כי שילוב של יצירות מוגנות בדפי אינטרנט אישיים ברשתות חברתיות, דוגמת "מייספייס" ו"פייסבוק", ייכלל במסגרת קטגוריה זו. מזווית ראייה בין-דורית, שימוש טרנספורמטיבי אינו אך ורק שימוש ביצירה מוגנת לשם יצירת חומרי תרבות חדשים נוספים, אלא הוא גם שימוש ביצירה מוגנת באופן השופך אור ומספק מידע באשר למעמדה ולתפקידה התרבותי של אותה יצירה מוגנת בעיניהם המתבוננות של דורות קודמים. שיקולים אלה צריכים להילקח בחשבון במסגרת הגנת השימוש ההוגן, בדיוק כשם שיש להביא בחשבון את האינטרסים הכספיים של בעלי זכויות היוצרים.

2. הרחבת היקף השימוש המותר ביצירות מוגנות למטרות פרטיות בחלקו הקודמים של פרק זה הראיתי כי העתקה ושימוש פרטיים ביצירות מוגנות הם נדבך מרכזי בתהליכי זיכרון חברתי. במצב צופה פני עבר, הרכב חומרי התרבות אשר היו חלק מסיפור חייהם של יחידות ושל יחידים הוא נתון אותנטי בעל חשיבות רבה – חלק משמעותי מראי התקופה. זאת ועוד; חומרי תרבות רבים אשר אינם מתועדים ונשמרים במסגרות הפורמליות של מוסדות זיכרון – ציבוריים ומסחריים כאחד – עשויים להימצא ולהישמר בארכיון הפרטי הדיגיטלי של כל אחד ואחת מאתנו. ולבסוף, תנאי מקדים להשתתפות פעילה של יחידים ושל יחידות בתהליכים של שימור תרבות וזיכרון חברתי הוא היחשפות ונגישות ניכרים לחומרי תרבות. בפועל, היחשפות ונגישות כאמור מחייבים שימוש, חלקי לפחות, באפיק של העתקה פרטית למטרות אישיות, לפחות ככל שהדברים נוגעים בשכבות אוכלוסייה ובאנשים אשר יכולתם הכספית מוגבלת.

אם כן, לא ניתן להסתפק בהסתמכות על שווקים מסחריים כמקור לצריכת חומרי תרבות וכמשקפים צריכה של חומרי תרבות בראי התקופה. דיני שימור התרבות דורשים כי הגנת השימוש ההוגן תהיה קשובה יותר וגמישה יותר באשר לשימושים פרטיים ביצירות מוגנות, לרבות העתקתן. לכל הפחות זה צריך להיות המצב בכל הנוגע לשיטות משפט אשר אין בהן חריג פרטני לזכויות היוצרים, העוסק בהעתקה לצרכים פרטיים.¹⁹³ כך, למשל, עשוי שימוש פרטי סביר ובמינון נמוך ביצירות מוגנות, באמצעות תכנת חילופי קבצים, לחסות בצלה של הגנת השימוש ההוגן, ובלבד שאין מדובר בפעילות הפוגעת בערך הכלכלי או בשוק הפוטנציאלי של היצירה המוגנת. אכן, בהקשרים כגון אלה אין בנמצא פתרונות קלים. הגבולות בין שימוש מוצדק למטרות העתקה פרטיות לבין שימוש אסור העולה כדי פגיעה בלתי מוצדקת באינטרסים הכספיים של בעלי זכויות יוצרים אינם ברורים. אינני סבור כי דיני שימור התרבות צריכים ויכולים לשמש מקור משפטי כללי שיכשיר צריכה בלתי מוגבלת של תכנים באמצעים דוגמת תכנת חילופי קבצים. אולם אני

193 בישראל, סעיפים 33-ה לפקודת זכות יוצרים, 1924 הותרו עלי-כנס מכוח ס' 69 לחוק זכות יוצרים. בסעיף 33 נקבע כי "לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים לטובע או לשעתק יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות". בסעיף 33 מוגדרת "קלטת" כ"התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב".

סבור כי דיני שימור התרבות מצדיקים מתיחה נוספת של הגנת השימוש ההוגן כך שזו תחול על שימושים פרטיים ביצירות מוגנות ועל העתקות פרטיות שלהן.

ה. סיכום

מטרתי בפרק זה הייתה להפנות זרקור לתחום של שימור התרבות בסביבה דיגיטלית, ולתפקיד המשפט בהבניית נוף ההיסטוריה, הזיכרון והשכחה בעידן הנשלט על-ידי טכנולוגיות מידע מתקדמות. ביקשתי לעמוד על הסתירה החברתית בין פוטנציאל הדמוקרטיזציה והביזור אשר מאפשר העידן הדיגיטלי בקשר לתהליכים של שימור תרבות וזיכרון חברתי, לבין מרכיבי הסגירות וההחפצה אשר מכתבים דיני זכויות היוצרים ושליטתם באופני השימוש בייצוגים דיגיטליים. כמו כן, עמדתי על תהליכי ההפרטה של מרחבים לשימור תרבות וזיכרון חברתי בסביבה דיגיטלית, ועל האופן שבו המתכונת הנוכחית של דיני זכויות יוצרים תומכת בהם ומעצימה אותם. תהליכים אלה אינם מאיינים את משקל הנגד של מוסדות תרבות ציבוריים הממשיכים לפעול בסביבה דיגיטלית מתוך מחויבות לאינטרס הציבורי, לנגישות של ייצוגים דיגיטליים של חומרי תרבות לציבור ולמתן יכולות שימוש בהם. אולם בד בבד לא ניתן להתעלם מחששות ההפרטה שתוארו כאן ומן הצורך להתמודד עמם. לדעתי, הדרך לכך היא לפתח בתוך דיני זכויות יוצרים ומחוצה להם מערך דינים שיפנים את הצורך בביזור ובדמוקרטיזציה של תהליכי זיכרון חברתי ושימור תרבות ויתמוך בהם. בחלקו האחרון של הפרק שרטטתי מתווה ראשוני של מערך כזה, מתוך ציפייה כי הוא ימשיך ויפותח בעתיד.