

זכויות היוצרים בראי ההיסטוריה: יין ישן בכלי חדש

אורית פישמן אפורי*

“All histories are about the present, not the past”
(William Patry)¹

א. מבוא

אילו ניתן היה לכנס בחדר אחד את האנשים הללו: ג'ון דה־ספירה (John De Spira) – איש עסקים אשר שלטונות העיר ונציה העניקו לו בשנת 1469 אישור בלעדי לתקופה קצובה וקצרה להדפיס כמה כתבים קלאסיים;² ג'ון דיי (John Day) – איש עסקים אשר בשנת 1570 חלש על נתח עיקרי מתעשיית הדפוס באנגליה, השקיע בה רבות ונהנה ממונופול משגשג;³ דניאל דפו (Daniel Defoe) – אחד הסופרים הראשונים אשר כתבו לפרנסתם ואשר פעל לחיזוק מעמדם של המחברים לקראת חקיקת חוק זכויות היוצרים הראשון באנגליה בשנת 1709;⁴ צ'רלס קמדן (Charles Camden) – שופט בית הלורדים אשר בפסק דין מנחה משנת 1774 הוביל את ההכרעה לפיה זכויות היוצרים מוגבלות לתקופה הקבועה בחוק;⁵ תומס מקאולי (Thomas Macaulay) – חבר פרלמנט אנגלי אשר

* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למנהל. ברצוני להודות לפרופ' ניבה אלקין־קרון, לפרופ' מיכאל בירנהק, למשתתפי הכנס החמישי של האגודה הישראלית למשפט והיסטוריה אשר התקיים בספטמבר 2009 במכון יד בן־צבי בירושלים ולחברי המערכת – על הערותיהם המועילות.

William Patry, *Blurb*, in RONAN DEAZLEY, *RETHINKING COPYRIGHT – HISTORY, THEORY, LANGUAGE* (2006) 1

CHRISTOPHER MAY & SUSAN K. SELL, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A CRITICAL HISTORY* 56 (2006) 2

Carla Hesse, *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C. – A.D. 2000: An Idea in the Balance*, 131 *DAEDALUS* 26, 30–31 (2002); LYMAN RAY PATTERSON, *COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE* 79–80 (1968) 3

MARK ROSE, *AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT* 36–41 (1993); Statue of Anne, 8 Ann., c.19 (1709) (Eng.) (“An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times Therein Mentioned”) (להלן: “חוק המלכה אן”). החוק נכנס לתוקף בשנת 1710. 4

כך. *Donaldson v Beckett*, (1774) 2 Brown’s Parl. Cases 129, 1 Eng. Rep. 837 (U.K.) 5
Mark Rose, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of: ראו: Modern Authorship*, in *OF AUTHORS AND ORIGINS: ESSAYS ON COPYRIGHT LAW* 23, 41–45 (Brad Sherman & Alain Strowel eds., 1994)

נאם בשנת 1841 על אודות הצורך לרסן את זכויות היוצרים בשל המגבלה שהן יוצרות על זדימתו החופשית של מידע, ונאאמו מנע את אישורו של חוק המאריך את תקופת ההגנה על היצירה;⁶ ולורנס לסיג (Lawrence Lessig) – איש אקדמיה אשר בשנת 1999 קרא לרסן את זכויות היוצרים כך שתשרתנה את תועלת הציבור ביצירת תכנים ובהפצתם לאור פיתוח הטכנולוגיה הדיגיטלית והאינטרנט;⁷ אילו ניתן היה לכנסם בחדר אחד, יש לשער כי בין הצדדים הייתה מתפתחת שיחה קולחת, המשך רציף לשיחה אשר ניהל כל אחד מהם יום קודם לכן עם רעיו בני זמנו.

תיאור בְּדיוני זה הוא תמציתה של העמדה אשר אבקש להציג בפרק זה. השיח הציבורי, המתקיים כיום בשאלה לאן מועדות פניהם של דיני זכויות היוצרים לאור "מהפכת טכנולוגיות המידע" והאינטרנט, מלווה למעשה את דיני זכויות היוצרים במהלך התפתחותם מזה כארבע מאות שנים. במהלך שנים אלה, אותם האינטרסים – ציבוריים לצד כלכליים וקנייניים פרטיים – נמזגים לכור היתוך אחד. הדין אינו קופא על שמרו; התפתחויות שונות בשדות שונים ובהם הטכנולוגיה, הכלכלה הפוליטית ואפילו הפילוסופיה, מלבות מעת לעת את השיח הציבורי ולעתים אף גוררות שינוי בדין. עם זאת, השינויים המשפטיים הם תוצר של הטמעת ההתפתחות בשדה הרלוונטי בתוך כור ההיתוך של דיני זכויות היוצרים, ואילו האינטרסים אשר ביסוד דיני זכויות היוצרים נותרים על כנם. אין ספק כי השפעתה של "מהפכת טכנולוגיות המידע" הנוכחית על כל רובדי החיים היא עצומה. אולם העבר מלמדנו כי ייתכן בהחלט שגם מהפכה זו תיאלץ להיטמע בתוך כור ההיתוך של האינטרסים המעורבים בעיצוב דיני זכויות היוצרים, ועל כן יהיה בכוחה להניב שינוי משפטי מדוד בלבד.

המהפכה הדיגיטלית של ימינו, ובכללה פיתוח האינטרנט, יצרה את מה שנהוג לכנות "חברת המידע", חברה שבה שומה על משאבי התוכן והמידע להיות חופשיים לשימושם של הכול, בהיותם טובין ציבוריים. אחת המגמות הניכרות בשיח המתקיים כיום על אודות זכויות היוצרים היא התגברותה של תנועה הקוראת לריסון זכויות היוצרים נוכח המהפכה הדיגיטלית. תנועה זו מבקשת לשחרר את משאבי התוכן והמידע ממשטר משפטי המכיר בהם כנכסים הנתונים לשליטה בלעדית ומקיפה של בעלי זכויות היוצרים באותם משאבים. קברניטי התנועה אף מנמקים את הצורך ב"שחרור" התכנים: לטענתם, הסביבה הדיגיטלית יצרה את המרחב הקיברנטי (ה־cyberspace) – מציאות כלכלית־חברתית השונה לחלוטין מכל המוכר לנו בעולם שקדם לה; במציאות זו, הפקת התכנים אינה מונעת עוד מתמריצים כספיים גרדא.

את התנועה הזו אכנה "התנועה לחופש התכנים" או "התנועה לשחרור התכנים", אף שוודאי ניתן לכנותה בכינויים אחרים.⁸ בפרק זה אנסה לבחון את מקומה של התנועה

6 CATHERINE SEVILLE, LITERARY COPYRIGHT REFORM IN EARLY VICTORIAN ENGLAND: THE FRAMING OF THE 1842 COPYRIGHT ACT 17, 28, 31, 62 (1999)

7 LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 124, 127, 133 (1999)

8 כגון "תנועת נחלת הכלל"; ראו: Peter K. Yu, *The International Enclosure Movement*, 82 IND. L.J. 827, 828 (2007). לעתים מוזהה תנועה זו עם המונח "Copyleft", המתאר את רישיונות "הקוד הפתוח" או ה־"Creative Commons". הקישור שבין רישיונות אלה

בשיח הציבורי באמצעות השוואתו להתפתחות דיני זכויות היוצרים במהלך השנים. סקירת ההתפתחות ההיסטורית של דיני זכויות היוצרים מסייעת להבין את התנועה לחופש התכנים ככזו המתיישבת עם השיח הציבורי שהתקיים במרוצת השנים. כפי שיוסבר בפרוט, הניתוח ההיסטורי מלמדנו כי זכויות היוצרים נולדו, בין היתר, מתוך הצורך לקדם מדיניות ציבורית, וזו מראשיתה ראתה בהפצת המידע והתכנים אינטרס ציבורי עליון. עם זאת, הסדרה זו באמצעות זכויות היוצרים נדרשה לפשר ולאזן בין אינטרסים מורכבים ולעתים אף נוגדים. במהלך השנים ניכרה תנודתיות שבמסגרתה נטה האיזון לצד זה או אחר; אולם בסוף המאה התשע-עשרה החלה מגמה של התחזקות האינטרסים הכלכליים והקנייניים הפרטיים, מגמה שהגיעה לשיאה בתחילת שנות התשעים של המאה העשרים. על רקע זה ניתן להבין את התפתחותה של תנועת מחאה המבקשת להפוך מגמה זו ולחזק את אינטרס הציבור בשימוש חופשי בתכנים ובמידע. עם זאת, העבר מלמדנו כי הבנייתם של דיני זכויות היוצרים כוללת פשרה בין אינטרסים יסודיים ונוגדים אשר קיימים במציאות הכלכלית-פוליטית, הפילוסופית והטכנולוגית המשתנה מזה כארבע מאות שנים, ולכן האינטרסים הכלכליים והקנייניים הפרטיים אינם צפויים להיעלם מן הזירה. תובנה זו בדבר הבניית הדין עשויה לקדם בהווה דו-שיח פרגמטי ופוריה יותר בין הצדדים הנצים, דו-שיח שבו יכיר כל צד במקומו הלגיטימי של האינטרס "האחר" בעיצוב הדין.

העבר אף מלמדנו על הקשר המורכב שבין טכנולוגיה למשפט. אמנם, המשפט כמוסד חברתי "קולט" לתוכו את ההתפתחויות הטכנולוגיות ו"פולט" שינוי משפטי; אך המשתנים הרבים המשפיעים על עיצוב המשפט, פרט לטכנולוגיה, מקהים את השפעתה של הטכנולוגיה על המשפט ואת יכולתה לשנותו. קרי, שיקולים מתחום הכלכלה הפוליטית והעמדה הפילוסופית המועדפת פועלים למיתון השפעתה האפשרית של הטכנולוגיה החדשנית כגורם המניע שינוי משפטי. ובענייננו, הטכנולוגיה הדיגיטלית והאינטרנט לא ישפיעו לברם על התפתחות דיני זכויות היוצרים; התקדמות המשפט בתחום זה סביר שתיעשה בתוך שקלול המשתנים הנוספים, משתנים שבשנים האחרונות לא חל בהם בהכרח שינוי כה ניכר.

בחלק ב של המאמר אציג את התנועה העכשווית הזו, הפועלת לשחרור התכנים, ואת הוויכוח המשפטי בעניינה. לאחר מכן אסביר את תכליתו של הטיעון ההיסטורי שביסוד פרק זה, ואת העמדה שלפיה ביכולתו לשפוך אור שונה במעט על הוויכוח המשפטי הניטש כיום באשר לעתידם של דיני זכויות היוצרים. בחלק ג אציג בתמצית את התפתחותן ההיסטורית של זכויות היוצרים החל מהמצאת הדפוס ועד לימינו. היות שמטרת חלק זה אינו סקירה היסטורית כשלעצמה אתמקד במאורעות המרכזיים ביותר, מאורעות אשר להערכת ישיהם חשיבות להבנת התמונה הכוללת של ההתפתחות ההיסטורית של הדין. בחלק ד אסביר מה יכול העבר ללמדנו על ההווה, וכיצד התבוננות מנקודת מבט היסטורית

לתנועת נחלת הכלל יוסבר להלן בה"ש 22 ובטקסט המפנה אליה. להסבר על אודות המונח Richard Stallman, *Copyleft: Pragmatic Idealism, in FREE SOFTWARE*, ראו: "Copyleft" FREE SOCIETY: SELECTED ESSAYS OF RICHARD M. STALLMAN, available at www.gnu.org/philosophy/pragmatic.html

על התנועה העכשווית הפועלת לשחרור התכנים עשויה לתרום לשיח הציבורי המתנהל בעניין עתידם של דיני זכויות היוצרים. בחלק האסכם את מסקנותיי.

ב. זכויות היוצרים בעין הסערה

הטכנולוגיה הדיגיטלית גוררת בעקבותיה שינויים המתרחשים בכל רובדי החיים,⁹ החל בדרך שבה אנו מתקשרים זה עם זה¹⁰ וכלה בדרך שבה נוצר תוכנה של תקשורת זו.¹¹ שינויים אלה חודרים לתפיסות היסוד החברתיות, התרבותיות והכלכליות של חיינו כיחידים וכחברה.¹² אם נתמקד בהסדרה המשפטית של משאבי התוכן באמצעות דיני זכויות היוצרים – נושא פרק זה – יעוררו הטכנולוגיה הדיגיטלית והאינטרנט שאלות נוקבות באשר להתאמת הדין למציאות המשתנה. שורה ארוכה של מחקרים אשר פרצו אל הבמה האקדמית במחצית שנות התשעים של המאה העשרים, עסקה בהבנת שינויים אלה ובאומדן השפעתם.¹³ המחקרים הללו עוררו הדים רבים אף מחוץ לשורות האקדמיה, והתגבשו לכדי תנועה או זרם אשר מבקשים לכלול בסדר היום הציבורי את הצורך בהתאמת עולם המשפט לאותה מציאות שהשתנתה. כבכל זרם, לעתים מטשטש סחף התקדמותו את מורכבות המסרים שהוא מבקש להעביר,¹⁴ וככל תנועה, העצמה הטמונה בריבוי תומכיה

-
- JAMES SLEVIN, *THE INTERNET AND SOCIETY* 72–87 (2000) 9
- Yochai Benkler, *Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment*, 11 HARV. J.L. & TECH. 287, 290 (1998) 10
- Yochai Benkler, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* 105 (2006); אתרי ה"ויקי" השונים מבית קרן ויקימדיה, אשר במהותם הם יצירה משותפת, דינמית וחופשית של הציבור הרחב, הם ללא ספק דוגמה לתוכן חדשני פרי הטכנולוגיה אשר אפשרה זאת. דוגמה נוספת לכך היא כתיבה בבלוגים. 11
- NIVA ELKIN-KOREN & ELI M. SALZBERGER, *LAW, ECONOMICS AND CYBERSPACE: THE EFFECTS OF CYBERSPACE ON THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (2004). לבחינת השפעותיו הכלכליות של האינטרנט ראו: 12
- THE SOCIAL NET: UNDERSTANDING HUMAN BEHAVIOR IN CYBERSPACE (Yair Amichai-Hamburger ed., 2005).
- 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); Benkler, *Lessig*, לעיל ה"ש 7; לעיל ה"ש 10; 13
- Julie E. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 161 (1998); Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996); Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996); Pamela Samuelson, *Intellectual Property and Contract Law for the Information Age*, 87 CAL. L. REV. 1 (1999); James Boyle, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?* 47 DUKE L.J. 87 (1997).
- LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD*, at xvi–xvii (2002) 14

מטשטשת את ההבדלים שבין דובריה השונים. אולם עיקר משנתה של תנועה זו היא כי בהסדרה המשפטית של משאבי התוכן בעולם הישן – זה שקדם למהפכה הדיגיטלית – נחוץ שינוי יסודי, שינוי שעיקרו צמצום ניכר של השליטה במשאבים אלה והשאת נחלת הכלל.

1. קשת העמדות בתנועה לחופש התכנים

התנועה לחופש התכנים מורכבת ממגוון רחב של דוברים וכוללת קשת של עמדות. לפי עמדת הקיצון אין עוד כל צורך בזכויות היוצרים;¹⁵ דעות נוספות אינן שוללות את תקפות זכויות היוצרים אך חותרות לצמצומן הניכר, מנימוקים שונים, או לפחות לעצירת התרחבותן. הטיעון המרכזי בדבר הצורך לרסן את זכויות היוצרים, בתמצית, הוא כי המהפכה הדיגיטלית מייצרת שליטה מלאה על משאבי תוכן וביטוי; על כן, כדי לקדם את תכליתם של דיני זכויות היוצרים השאלה לא צריכה להיות אם יש לחזק את ההגנה על התכנים אלא אם הגנה זו אינה חזקה מדי, עד כדי כך שיש לשאול אם יש בה עוד צורך כלל.¹⁶ טיעון זה מושתת על ההנחה כי תכלית משטר התכנים היא תכלית מכשירנית, קרי עידוד של הפקתם ושל הפצתם של משאבי תוכן וביטוי המשרתים את טובת הציבור. על כן נטען כי ההתאמה הנחוצה למשטר זה בעידן הטכנולוגי הנוכחי היא כוונת שתקדם את הפקת התכנים ואת הפצתם בפועל. מטרה זו תושג באמצעות ריסון זכויות היוצרים ובאמצעות שחרור משמעותי של התכנים מכבלי השליטה הקנייניים. עוד נטען כי משטר התכנים הנוכחי, המעניק שליטה נרחבת בתכנים, מקעקע במידה רבה את הפקתם של תכנים חדשים ואת הפצתם.

תמצית זו של הטיעון בדבר הצורך לרסן את זכויות היוצרים היא בבחינת מיצוע בין עמדות הנמצאות בשני קצותיה של קשת עמדות שלמה, ועל כן היא עלולה לחטוא לעמדות המדויקות הנכללות בקשת זו. כדי שאוכל לעמוד על מורכבות העמדות השונות שבהן מחזיקים תומכי התנועה לחופש התכנים אזכיר שניים מדובריה הבולטים – לורנס לסיג ויוחאי בנקלר.

לסיג סבור כי משטר משפטי ראוי יספק את התמריץ הנחוץ להפקת התכנים, ופרט לכך אין צורך לספק להם הגנה משפטית.¹⁷ הוא היטיב להסביר זאת: “The problem will center not on copy-right but on copy-duty – the duty of owners of protected property to make that property accessible”¹⁸. הפרדוקס של העידן הדיגיטלי מתבטא בכך שהוא הוביל ליצירתה של חברת המידע בת זמננו באמצעות טכנולוגיה, אך בה בעת הוא מאיים לקעקע את זרימתו החופשית של המידע בחברה באמצעות אותה טכנולוגיה

John Perry Barlow, *The Economy of Ideas: A Framework for Patents and Copyrights in the Digital Age (Everything You Know About Intellectual Property is Wrong)*, 2.03 WIRED (1994), available at www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html

16 LESSIG, לעיל ה"ש 7, בעמ' 124, 127.

17 שם, בעמ' 133.

18 שם, בעמ' 127.

עצמה. כדי למנוע הרס עצמי זה התעוררה הקריאה להפוך את משטר משאבי התוכן והביטוי על פיו – לא למקדו בניכוס של משאבים אלה כי אם בשחרורם מכבלי השליטה. קריאה זו חוברת לעמדה כוללת שעל פיה, כדי להגשים את יעד השאת ההפקה של תכנים והפצתם, יש לאפשר במרחב הקיברנטי חופש פעולה ובחירה מרביים; אלה צריכים להיות מושתתים על שקיפות מידע, ברוח עקרונות השוק החופשי כאקלים הטוב ביותר להבטחת קיומה של פעילות רצויה בחברה.¹⁹

הבעייתיות העיקרית בטיעון זה היא בחשש שדווקא עקרונות השוק החופשי עשויים לאפשר התגבשות של ריכוזי שליטה בשוק התכנים, כפי שאירע בעולם הקניין הרוחני שמחוץ למרחב הקיברנטי.²⁰ לסיג מודע לבעייתיות זו ועל כן הוא תומך בכינונה של רגולציה אשר מטרתה ביזור השוק; חידושו העיקרי הוא בתובנה כי את הרגולציה לא חייב דווקא המחוקק לכונן, ואפשר שיכוננו אותה "הקוד" או "ארכיטקטורת האינטרנט", שהם שילוב של כללי התנהגות חברתיים הנתמכים בידי הטכנולוגיה עצמה.²¹ לשיטתו של לסיג, כלים לבר-חוקיקתיים אלו יכולים להבטיח את שחרור התכנים. הדוגמאות המוכרות כיום לאמצעים למימוש רעיון זה של רגולציה באמצעות "קוד" הן תנועת הקוד הפתוח ורישיון השימוש בתכנים של פרויקט "Creative Commons"; אלה מושתתים על האידאולוגיה שלפיה יש לאפשר ליוצרים לשחרר תכנים משליטתם כל עוד שחרורם משרת את התכלית של הפקת תכנים חדשים והפצתם. בתמצית, השימוש בתכנה המפותחת ומופצת על פי עקרונות הקוד הפתוח ובמסגרת אחד מרישיונות ה-"Creative Commons" הוא שימוש חופשי הכפוף לכמה כללים, אשר נועדו להבטיח את המשך שיתוף הציבור בפיתוחים עתידיים של התכנה. אדם המפתח שיפור לתכנה כזו אך מגביל את היכולת להשתמש בו עלול להיחשב כמפר את תנאי הרישיון. כך הופכים שני מכשירים אלו את משטר התכנים על פיו, שכן זכויות היוצרים משמשות כמנוף להבטחת הפצה חופשית של תכנים ולשם הפקת תכנים חדשים ולא כדי למנוע מעשים אלה.²²

- 19 רעיון זה חוזר לאורך כל ספרו של לסיג. ראו למשל: שם, בעמ' 138-139.
- 20 להצגת בעייתיות זו, שהיא בגדר ביקורת מרכזית על עמדתו של לסיג, ראו: Viktor Mayer-Schönberger, *Demystifying Lessig*, 2008 Wis. L. Rev. 713, 722-24, 730-31, 735 (2008). פרט לאפשרות שתיווצר שליטה ריכוזית בתכנים שבאינטרנט קיים חשש נוסף, ממשי יותר, כי תיווצר שליטה מונופוליסטית בתשתית הטכנולוגית והפזיזת שבאמצעותה פועלת הרשת. מונופול זה על השלד ה"קשיח" של הרשת עלול להשפיע אף על קיומה של ריכוזיות בצד הווירטואלי של הרשת. להסבר מפורט ראו: SUZANNE SCOTCHMER, INNOVATION AND INCENTIVES 305-09 (2006).
- 21 LESSIG, לעיל ה"ש 7, בעמ' 138-30.
- 22 למהותו של הקוד הפתוח ראו באתר הבית של המוסד לתכנה חופשית, מייסודו של ריצ'רד סטולמן (Richard Stallman): www.fsf.org; FSF – FREE SOFTWARE FOUNDATION. לאתר הארגון בעברית ראו: The duke, *GNU's not Unix!*, GNU OPERATING SYSTEM, www.gnu.org. בעניין רישיון ה-"Creative Commons" ראו את דברי ההסבר המפורטים באתר הארגון: CC – CREATIVE COMMONS, http://creativecommons.org; וכן באתר הארגון בישראל: CC|IL – CREATIVE COMMONS.IL, http://creativecommons.org.il; יצוין כי לסיג

בנקלר סבור אף הוא כי נדרש שינוי ניכר בתפיסת משטר משאבי הביטוי. בנקלר עמד על תופעת ה"ייצור החברתי" (social production), תופעה אשר צברה תאוצה בעידן הדיגיטלי. אף שהוא אינו מגדיר תופעה זו הוא מתאר אותה כהפקת תוכן שאינה מבוססת על משטר של בלעדיות קניינית או חוזית, תופעה שבה התוכן אינו מופק בהכרח לשם מכירה או שיווק כי אם ממניעים אחרים כגון סיפוק אישי, תמריצים חברתיים בלתי כלכליים ואלטרואיזם.²³ לשיטתו של בנקלר, התמריץ הקנייני-שוקי אינו התמריץ היחיד להפקת תכנים כיום, ואולי אף אינו התמריץ העיקרי. דוגמאות לכך הן תכנים המופקים על ידי ציבור המשתמשים (user generated content), כגון תכנים המוצגים באתרי "ויקיפדיה" והכתיבה הענפה המתפרסמת בבלוגים שונים.²⁴

לפי טענתו העיקרית של בנקלר, מודל משפטי שאינו מבוסס על הקניית זכות קניין בתכנים או בלעדיות אחרת בקשר אליהם יוביל באופן טוב יותר להשאת ההפקה של תכנים בחברה.²⁵ קיימים מניעים אחרים להפקת תכנים אף בלי לנכסם, ולכן העדר הניכוס יגביר את האפשרות להפיק תכנים חדשים. לשיטתו, המשטר הקנייני אינו מוביל לתוצאות מיטביות שכן ההגנה על התכנים באמצעות זכות היוצרים היא חזקה מדי, ובין היתר מונעת ניצול של משאבים קיימים לשם הפקה של משאבים חדשים.²⁶ זהו למעשה האפקט המצנן של זכויות היוצרים.²⁷ לטעונו זה מצטרפת הסברה שלפיה בעידן הדיגיטלי יכול הפרט הבודד להפיק תכנים ולהפיצם בנקל ללא צורך ביזום המשקיע משאבים כלכליים, ועל כן המניע הבלתי כלכלי להפקת התכנים צפוי לתפוס מקום מרכזי בשוק התכנים.²⁸ במילים אחרות, טעונו זה מושתת על ההנחה שלפיה יש לבחור בהסדר משפטי אשר ישרת את התכלית המכשירנית של דיני זכויות היוצרים; אלא שעל פי גישה זו, בעידן הנוכחי על ההסדר הרצוי לחתור למזעור ניכוסם של התכנים, לשם השאת נחלת הכלל.

טיעונו האמורים של בנקלר כנגד הצורך בזכויות יוצרים ספגו ביקורת לא מעטה.²⁹ בעיקר נטען כי אפשרות מסתברת היא שהמניע להפקת אותם תכנים בעידן הדיגיטלי,

עצמו חבר בהנהלת ארגון ה"Creative Commons – Board of directors, CC

.CREATIVE COMMONS, <http://creativecommons.org/about/people/board>

23 BENKLER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 105. להבהנה רומה ראו: ELKIN-KOREN & SALZBERGER, לעיל ה"ש 12, בעמ' 60-64.

24 BENKLER, לעיל ה"ש 11.

25 שם, בעמ' 117-116, 306-305.

26 שם, בעמ' 37-39.

27 William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 332 (1989); Guy Pessach, *Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities*, 76 S. CAL. L. REV. 1067 (2003).

28 ראו: ELKIN-KOREN & SALZBERGER, לעיל ה"ש 12, בעמ' 62-63.

29 ראו למשל: Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998); Paul Goldstein, *Pragmatism in American Copyright Law*, in BENJAMIN KAPLAN ET AL., AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT: REPUBLISHED (AND WITH CONTRIBUTION FROM FRIENDS) (Iris C. Geik, Michael

לרבות אלו המסווגים כייצור חברתי ואלו שמפיק הפרט הבודד, נעוץ עדיין ברווח או בטובת הנאה כלכלית כלשהי, אף אם אלה אינם מידיים וישירים כי אם נדחים ואולי עקיפים. למשל, הכתיבה בבלוגים מאפשרת לכותב לצבור הכרה ומוניטין אשר בסופו של יום מתורגמים להטבה ממונית. טענה זו עשויה להיות נכונה גם בכל הנוגע למשתתפים ביצירת תכנים שיתופיים, דוגמת "ויקיפדיה" או תכנות הקוד הפתוח.³⁰ נטען כי עניינן של הדרכים החדשות להפקת תכנים – שהן בעיקר פרי הטכנולוגיה – הוא יותר בפיתוח דרכים להפיק טובות הנאה כלכליות ופחות במהפכה כוללת.³¹ אם כן, המניע להפקת תכנים נותר כשהיה, בחלקו העיקרי לפחות, אלא שהדרך הפכה מתוחכמת יותר. יתרה מזו, העידן הדיגיטלי לא שינה את העומד ביסוד התמריץ של נתח ניכר משוק התכנים, כגון הספרות הפופולרית או התכנים האודיו-ויזואליים.³² כך, למשל, אין זה סביר כי רומן רב מכר שיצא לאור או סרט קולנוע חדש שעלה לאקרנים יופצו ברישיון "Creative Commons". משכך,

- L. Rustad, Andrew Beckerman-Rodau, Jerry Cohen & Henry Horbaczewski eds., Jay P. Kesan & Rajiv C. Shah, (An UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT: (הספר להלן: 2005) *Deconstructing Code*, 6 YALE J.L. & TECH. 277 (2004) עוד ראו: Zimmerman, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1122. יש אף שהקצינו ותיארו את התגובה למהפכה שיצר האינטרנט בענף זכויות היוצרים כ"פניקה" בלתי מבוססת. ראו: Laura J. Murray, *Copyright Talk: Patterns and Pitfalls in Canadian Policy Discourses*, in IN THE PUBLIC INTEREST: THE FUTURE OF CANADIAN COPYRIGHT LAW 15, 24–25 (Michael Geist ed., 2005)
- Lior Jacob Strahilevitz, *Wealth Without Markets?* 116 YALE L.J. 1472, 1479, 1502–03 30 (2007). למסקנה דומה הגיעו בשנת 2006 מחברי דו"ח ממשלתי מטעם ממשלת אנגליה. לפי הדו"ח, הפקת תכנים שיתופיים כגון תכנות הקוד הפתוח מבוססת על תמריצים כלכליים עקיפים דוגמת מוניטין; בהעדר תמריץ כלכלי ישיר ומשמעותי יחפשו מפתחי תכנים אלה אחר מקורות מימון חלופיים לזכויות הקניין הרוחני. ראו: HM TREASURY, GOWERS REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY 21, 119 (2006), available at www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf. (GOWERS REVIEW: (להלן: media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf
- ראו: Strahilevitz, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1479. 31
- ייתכן כי בתחום המוזיקה הפופולרית, האינטרנט והטכנולוגיה הדיגיטלית אכן גוררים שינוי 32 בבסיס התמריץ, כגון מעבר מהתבססות על מכירת תקליטורים לערוצי רווח אחרים הכוללים הופעות או פרסומות. המעבר לערוצי רווח אחרים אינו מוביל בהכרח לירידה בנתח הרווחים של היצרן, ולעתים מעבר זה אף מגדיל את חלקו של היצרן בעוגת הרווח "על חשבון" היוזמים הפועלים בסביבתו. לעמדה זו ולניתוח נתונים משוק המוזיקה בארצות הברית בשנים 2001–2008, ראו: Michael A. Einhorn, *Gorillas in Our Midst: Searching for King Kong in the Music Jungle*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y 145 (2008) אולם נראה כי אין זה נכון באשר לתחומי יצירה אחרים. בעניין הספרות הפופולרית, למשל, נטען כי אמנם בעידן האינטרנט אין הוצאות בגין הדפסת ספרים והפצתם, אולם לשם כתיבת התכנים נדרש עדיין תמריץ כלכלי (אף כי זהו אינו התמריץ היחיד); עוד נטען כי הסדרים דוגמת תשלום חד-פעמי ומראש או דוגמת מציאת פטרון הם בעייתיים היום בדיוק כפי שהיו בעבר. לטענה זו ראו: Diane Leenheer Zimmerman, *Authorship Without Ownership: Reconsidering Incentives in a Digital Age*, 52 DEPAUL L. REV. 1121, 1135–36, 1145 (2003) במאמר זה מוצגת העמדה לפיה גם זכות היוצרים אינה מספקת את התמריץ הכלכלי הנדרש.

אף שאין ספק כי יש להתאים את דיני זכויות היוצרים לעידן הדיגיטלי, הנחת היסוד בדבר הצורך להבטיח את התמריץ הכלכלי להפקת תכנים עומדת בעינה. מסיבה זו, הסברה כי כללי התנהגות חברתיים הנתמכים בטכנולוגיה עצמה עשויים להוביל לשחרור התכנים עלולה אף היא להתנפץ נוכח המציאות, שבה השוק החופשי ועקרון היד הנעלמה יובילו בסופו של יום לריכוזיות השליטה בתכנים לשם מיצוי מרבי של ערכם הכלכלי.³³ כאמור, לעמדתו של בנקלר, השינוי הכלכלי-חברתי שנוצר בעידן הדיגיטלי מייתר את הצורך בתמריץ הכלכלי של העולם הישן, והמניע להפקת תכנים כיום הוא פילנטרופי או אלטרואיסטי. ביקורת נוספת על עמדה זו גרסה כי היא אינה ניתנת לאישוש או להפרכה. אמנם, במחקר האמפירי כיום מקובלת בהחלט המסקנה לפיה גם בעידן הנוכחי נחוץ תמריץ כלכלי ישיר לעידוד ההמצאה והיצירה, והוויכוח מתמקד בשאלה מהו היקף התמריץ הנחוץ.³⁴ אולם הדיון במודל הפעולה בשוק התכנים הוא איכותני ולא כמותני-אמפירי באופיו.³⁵ אפשר שהסיבה לכך היא כי תוצאות המחקרים האמפיריים בדבר המודל האופטימלי להסדרת הידע אינן כה חד-משמעיות.³⁶ יתרה מזו, המוסכמה במחקר העדכני בתחום הכלכלה ההתנהגותית היא כי גם בעת הזו מניעי הפעולה של האדם הם תועלתניים, ומושג התועלת כולל בצד ערכים נוספים גם רווח כלכלי.³⁷ דהיינו, מניעי פעולה שעניינם הנאה או אלטרואיזם אינם מיייתרים את דפוס הפעולה שעניינו חתירה לרווח כלכלי. לפיכך, וכיוון שהדיון במניעי הפעולה בשוק התכנים הוא איכותני באופיו, ניתן לטעון כי בחירה בסברה שלפיה האדם מונע מרווח כלכלי היא טובה לא פחות – אם לא יותר – מאשר בחירה בסברה שלפיה האדם פועל מתוך פילנטרופיה או אלטרואיזם. אקדים ואציין כי אף אני, כמבקרים, סבורה כי העידן הטכנולוגי הנוכחי מציב אתגרים חדשים בפני משטר התכנים אולם מותיר על כנה את בעיית היסוד – הצורך במתן תמריץ

33 ראו: Mayer-Schönberger, לעיל ה"ש 20, בעמ' 731. ראו גם: David G. Post, *What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace*, 52 STAN. L. REV. 1439, 1442 (2000).

34 ראו: SCOTCHMER, לעיל ה"ש 20, בעמ' 34-40. מסקנה זו בדבר הצורך בתמריץ כלכלי לעידוד היצירה וההמצאה אף אומצה בדו"ח ממשלתי באנגליה: Gowers Review, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21, 119.

35 למסקנתו האיכותנית של בנקלר בדבר העדר הצורך בתמריץ כלכלי, מסקנה שהתבססה על תצפית בתופעה חברתית, ראו: BENKLER, לעיל ה"ש 11, בעמ' 39. למסקנה איכותנית דומה ראו: ELKIN-KOREN & SALZBERGER, לעיל ה"ש 12, בעמ' 60-64.

36 ראו: Strahilevitz, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1481-1484.

37 חקר הכלכלה ההתנהגותית עוסק בימינו בהתוויית מאפייניו של האדם הכלכלי-רציונלי, אשר פועל ממניעים מגוונים. הנחת היסוד המבוססת על משנתם של ג'ון סטיוארט מיל, אדם סמית וג'רמי בנת'אם, בדבר "האדם הכלכלי" (homo economicus) כאדם הפועל לשם השאת תועלתו ודאי שאינה מופרכת, אך המושג "תועלת" מובן באופן מורכב יותר. תועלת עשויה בהחלט לכלול את ערך "ההנאה"; אך עדיין אין בכך כדי לשלול את מרכיב הרווח, הכלול ודאי גם הוא במושג התועלת. לעניין זה ראו דניאל כהנמן "אתגרים חדשים להנחת הרציונליות" רציונליות, הוגנות, אושר: מבחר מאמרים 128, 131-128 (מיה בר הלל תורכת, 2005); דניאל כהנמן ועמוס טברסקי "בחירות, ערכים והיצגים", שם, בעמ' 64-65.

להשקעה כלכלית בהפקת התכנים. אך טענתי אינה כי התמריץ היחיד להפקת תכנים הוא כלכלי, או כי הדרך היחידה לתמרץ השקעה כלכלית בהפקת תכנים היא באמצעות מתן זכות קניין. ודאי שאיני מחווה דעה בשאלה הכללית אם הסביבה הדיגיטלית והאינטרנט הובילו לשינוי בהתנהגות הכלכלית בחברה.³⁸ סברתי מצומצמת בהרבה: במקרים רבים – גם בעידן הדיגיטלי – הפקת תכנים מצריכה השקעה כלכלית כלשהי, ובמקרים רבים – גם בעידן הדיגיטלי – השקעה כלכלית זו מותנית לכל הפחות בהחזר השקעה, אם לא ברווח ישיר. אף על פי כן שיח איכותני זה, העוסק בשאלה אם אכן נדרש תמריץ כלכלי להפקת תכנים אם לאו, הוא שיח אקסיומטי. מדובר בשיח משפטי פנימי וסגור המזין את עצמו מתוך עצמו בלבד. יש הממשילים שיח משפטי סגור זה לאדם המבקש להרים עצמו בשרוכי נעליו; מכאן הצורך לערב תחום מחקר נוסף (כגון כלכלה או היסטוריה) – לשם הפיכת הטיעון המשפטי לבר-הפרכה.³⁹ מסיבה זו אבקש אף אני להתמודד עם הטיעון המושמע כנגד זכויות היוצרים באמצעות מתודולוגיה היסטורית, מתודולוגיה המאפשרת לעמת את הטיעונים המשפטיים השונים עם אמיתות היסטוריות חיצוניות, בלתי משפטיות, שרובן בגדר מוסכמות. להלן אעמוד ביתר פירוט על תכלית הטיעון ההיסטורי בהקשר הדברים.

2. הטיעון ההיסטורי ותכליתו

הוויכוח בדבר הצורך בזכויות היוצרים לשם מתן תמריץ כלכלי ליצירת תכנים אינו חדש. אין ספק כי המהפכה הדיגיטלית, ובכלל זה פיתוח האינטרנט, חוללו שינוי בחברה ובתרבות;⁴⁰ עם זאת, זכויות יוצרים נולדו כתגובה לאחת המהפכות הטכנולוגיות המשמעותיות ביותר בתולדות האנושות – המצאת הדפוס.⁴¹ כמו האינטרנט כך גם הדפוס, באמצעות שכלול ההפצה של הידע והפיכתו לנגיש לכול, חולל שינוי בתפיסות יסוד באשר למהותו של הידע ולהשפעתו על החברה, ועורר דיון ציבורי ער בשאלת ניכוס הידע. אם כן, השאלה היא אם מהפכת טכנולוגיית המידע הנוכחית, מהפכה דיגיטלית שבכללה פיתוח האינטרנט,⁴² מחייבת שינוי בתפיסות העומק של דיני זכויות יוצרים שהתפתחו בתהליך ארוך והדרגתי לאחר המהפכה הראשונה – זו שהתחוללה עקב פיתוח הדפוס.⁴³

- 38 לדיון בסוגיה כללית זו ראו: ELKIN-KOREN & SALZBERGER, לעיל ה"ש 12.
- 39 אוריאל פרוקצ'יה "בועות משפט" משפטים כ 9 (1990); מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 29-30 (2002); דניאל גוטוין ומנחם מאוטנר "משפט והיסטוריה: מחקר, פוליטיקה ותרבות" משפט והיסטוריה 7, 7-10 (דניאל גוטוין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).
- 40 ראו: ELKIN-KOREN & SALZBERGER, לעיל ה"ש 12.
- 41 לתיאור התפתחות דיני זכויות היוצרים כתגובה לטכנולוגיה, החל מהדפוס ועד ימינו ראו: PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX (1994) 37-77; An Unhurried View of Copyright, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1.
- 42 אף שקיים הבדל בין המהפכה הטמונה בפיתוח הטכנולוגיה הדיגיטלית כשלעצמה לבין פיתוח האינטרנט אשר התאפשר הודות לטכנולוגיה הדיגיטלית, ההתייחסות כאן לשני פיתוחים אלה היא כמקשה אחת, בבחינת דבר הגורר דבר.
- 43 ניתן לזהות שלושה שלבים של התפתחות טכנולוגיות משמעותיות אשר גררו שינויים של ממש בהתפתחות זכויות היוצרים: השלב הראשון הוא במאה החמש-עשרה – המצאת הדפוס; השלב השני הוא במאה העשרים – הקלטות שמע, הקלטות אודיו-ויזואליות ופיתוח ההפצה

בפרק זה, יותר משארצה להסיק מסקנה נורמטיבית (אשר עלולה להיתפס כאקסיומטית) אבקש לתאר את ה"אבולוציה" של דיני זכויות היוצרים, וללמוד מתיאור זה על הדרכים שבהן ניתן להבין את התמורות שבהווה.⁴⁴ המתודולוגיה ההיסטורית מסייעת בהזרמת טיעונים מסוג חדש לשיח המשפטנים הסגור בכך שהיא מספקת מסד נתונים שהפריטים העיקריים שבו אינם שנויים במחלוקת של ממש; נתונים אלה יאפשרו להסביר את התפתחויות שבהווה בדרך אינדוקטיבית.⁴⁵ ככל אינדוקציה, גם את זו שאציג כאן ניתן "לנגח" כהיפותטית בלבד;⁴⁶ אולם ההסבר המוצע להבנת ההווה אינו בבחינת "אמת מדעית שאין בלתה" כי אם דרך נוספת שבה ניתן להשקיף על ההווה בניסיון להסבירו ולהבין, הא ותו לא.

על ההתפתחות ההיסטורית של דיני זכויות היוצרים נכתב רבות. בעשור הראשון של המאה העשרים ואחת זכו מחקרים מסוג זה לעדנה עקב המשבר שבו מצויים דיני הקניין הרוחני וההכרה בחשיבותו של מצפן היסטורי לפיתוח הדין הקיים, להבנתו ולפרשנותו.⁴⁷ המחקרים השונים נבדלים זה מזה במתודולוגיה, בדגשים וביעד. חלקם נועדו לחלץ את

האנלוגיה של יצירות באמצעות שידורי רדיו וטלוויזיה; והשלב השלישי הוא זה הנוכחי של ההפצה הדיגיטלית של יצירות באמצעות האינטרנט. ראו: Yoshiyuki Tamura, *Efficiency, Diversity and Freedom – Challenges to the Copyright Institution Facing the Internet Age*, in *ESSAYS ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS* 43, 53–58 (Katariina Sorvari ed., 2008).

44 לשימוש בתורת האבולוציה לשם הבנת התפתחות המשפט ראו: GARY CZIKO, *THE THINGS WE DO: USING THE LESSONS OF BERNARD AND DARWIN TO UNDERSTAND THE WHAT, HOW, AND WHY OF OUR BEHAVIOR* (2000).

45 דרוקציה (בעברית: אַפְרוּט) היא היסק, גזירת מקרה פרטי מהכלל הידוע ("מן הכלל אל הפרט"). אינדוקציה (בעברית: אֶכְלוּל) היא מקרה הפוך – הסקת כלל מתוך פרטים ידועים ("מן הפרט אל הכלל"). הדרוקציה והאינדוקציה משמשות בלוגיקה, בפילוסופיה, במדעים הניסויים ובמתמטיקה. הדרוקציה והאינדוקציה משמשות אף את עולם המשפט; ראו: Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 HARV. L. REV. 923, 926, 931–33 (1996). כך, למשל, הדרוקציה והאינדוקציה משמשות בתורת הפרשנות; ראו: אהרן ברק *פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית* 516–517 (1992).

46 בפילוסופיה של המדע מוצגת הבעיה הזו: כל הצדקה לוגית של האינדוקציה משתמשת בעצמה באינדוקציה, שכן היא כבר מניחה במובלע שאינדוקציה היא שיטת היסק תקפה, ולכן היא מעגלית. לפיכך, יש הסוברים כי היסקים מדעיים הנעשים בשיטת האינדוקציה נשענים על יסוד רעוע. ראו: דייוויד יום *מסכת טבע האדם* 124–132 (יוסף אור מתרגם, 1995).

47 למשל, בשנת 2004 נערך בארצות הברית כנס בנושא קניין רוחני: "INTELLECTUAL PROPERTY AT A CROSSROADS: THE USE OF THE PAST IN INTELLECTUAL PROPERTY JURISPRUDENCE" במסגרת הכנס הוצגו מחקרים היסטוריים בענף הקניין הרוחני ונדונה השאלה מדוע מחקר זה חשוב כלל. אחת המסקנות שהוצגו היא כי המשבר בענף הוליד צורך להיאחז בבסיס משותף. תופעה זו ניכרת במיוחד בפסיקת בתי המשפט – שופטים נאחזים בהיסטוריה ככלי מרכזי לתמיכה במסקנתם המשפטית. ראו: Peter K. Yu, *Intellectual Property at a Crossroads: Why History Matters*, 38 LOY. L.A. L. REV. 1, 3 (2004).

"האמת האובייקטיבית" באשר להבנת החוק ולפרשנותו ולשחרר את בתי המשפט מתפיסות מיושנות, בחלקן רומנטיות, בקשר למושגי מפתח;⁴⁸ אחרים (בעיקר בתחום הפטנטים) כווננו למטרה הפוכה, והיא להזהיר מפני שימוש בהיסטוריה בלתי רלוונטית כחלק מפרשנות הדין הקיים נוכח שינויים קיצוניים באידאולוגיה וברקע הפוליטי של החקיקה הנדונה.⁴⁹ פרק זה אינו משתייך לסוגים אלו של מחקר, ויעדו כללי יותר – להשקיף על התפתחות הדין במהלך מאות השנים כדי לחלץ את מגמותיו העיקריות ולהסביר לאורן את ההווה. מתוך המחקרים השונים ניתן לקבץ מכנה משותף; התמונה העולה ממנו היא כי ערש זכויות היוצרים נכרך לא רק במהפכה טכנולוגית אלא גם בצורך לייצר הסדר משפטי המשקלל אינטרסים מורכבים. הסדר זה שוכלל ועובד במהלך השנים מתוך ניסיון לנקוט גישה רבי-ממדית המכילה את האינטרסים המגוונים.⁵⁰ פריטת המושג "רב-ממדיות" לפרטים מגלה כי הכוחות המגוונים המושכים בעיצובן של זכויות היוצרים מראשיתן כוללים את היוצר כבודד בעל מניעים אישיים (ואולי רומנטיים), את היוצרים אשר מתפרנסים מיצירתם, את הזים, את הציבור ואת השלטון. בהתאמה, האינטרסים אשר נמזגים לקדרה כוללים את אינטרס הפרט (הנאה, הוקרה, אוטונומיה), את האינטרס הכלכלי הפרטני (רווחה אישית), את האינטרס הציבורי (פלורליזם, קדמה, רווחה מצרפית)

תופעה זו אופיינית לכלל המחקר ההיסטורי, המושתת על התובנה שהיטיב לתארה קית' ג'נקינס:

In his novel 1984, Orwell wrote that those who control the present control the past and those who control the past control the future [...]. Thus people(s) in the present need antecedents to locate themselves now and legitimate their ongoing and future ways of living [...] Thus people(s) literally feel the need to root themselves today and tomorrow in their yesterdays; KEITH JENKINS, RE-THINKING HISTORY 22 (1991).

כן ראו: Yu, שם, בעמ' 1.

- 48 ראו למשל: Susan Scafidi, *Digital Property / Analog History*, 38 LOY. L.A. L. REV 245 (2004). ראו לציין בהקשר זה את הפרויקט שערכו מרת'ה וודמנזי ופיטר יאזי (פרויקט אשר יידון להלן): THE CONSTRUCTION OF AUTHORSHIP: TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE (Martha Woodmansee & Peter Jaszi eds., 1994).
- 49 ראו למשל: Oren Bracha, *The Commodification of Patents 1600–1836: How Patents Became Rights and Why We Should Care*, 38 LOY. L.A. L. REV 177, 239 (2004).
- 50 למסקנה דומה ראו: Susan K. Sell, *Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective: Contestation and Settlement*, 38 LOY. L.A. L. REV. 267, 267–68 (2004).
- סל כותבת כך:

[T]he history of intellectual property rights is [essentially] a history of contestation [in which] the inherent tensions in the idea of intellectual property recurrently resurface under philosophical, technological, or institutional pressure [...] and what [ultimately] constitutes property [or piracy...] depends upon time, place, geography, constellation of interests, degree of competition present, stage of economic development, and power.

ואת אינטרס השלטון (האינטרס הציבורי ואינטרס השליטה).⁵¹ הצגתם של האינטרסים אשר השפיעו בעבר על עיצוב היסודות הקיימים בדיני זכויות יוצרים במערומיהם עשויה לגלות כי ביסודם נותרו הללו על כנם גם כיום.⁵² הטכנולוגיה לא שינתה את טבעם של אינטרסים אלה: כפי שציין לסיג עצמו, זכויות היוצרים נלחמו תמיד בטכנולוגיה.⁵³ לכן, בהתחשב באינטרסים יסודיים אלה, "כל מה שהוא חדש הוא גם ישן".⁵⁴

הסקירה ההיסטורית של דיני זכויות היוצרים מסייעת להבין את מקומה של התנועה העכשווית לחופש התכנים באבולוציה של הדין. בחינה של התפתחות משטר התכנים לאורך השנים מגלה כי מעת לעת קמו כוחות או תנועות אשר ביקשו לחזק צד זה או אחר, בעצמות שונות. על כן אין לראות בתנועה העכשווית לשחרור התכנים אירוע זר שאינו משתלב בהתפתחות הדין. הצגה כזו של מקומה של התנועה לחופש התכנים ברצף ההיסטוריה אף עשויה להועיל לה רבות; היא מסיטה את המוקד מבחינה מדוקדקת של הטיעונים שמציגים דוברי התנועה השונים לעבר עמידה על כוחה החברתי-פוליטי של התנועה לייצר את התהליכים הנחוצים להמשך פיתוח הדין באופן המשקלל את מכלול האינטרסים. בכך טמונה בלימוד ההיסטוריה תרומה ממשית להבנת ההווה. כמו כן, הניתוח ההיסטורי של התפתחות דיני זכויות יוצרים מסייע להבין את ההווה באופן מורכב יותר מאשר בחירה באחת משתי עמדות קיצון: העמדה שלפיה יצירת המרחב הקיברנטי לא

51 לניתוח ברוח דומה, המתמקד בעיקר בדיני הפטנטים, ראו: Sell, שם, בעמ' 321.

52 היטיב לבטא זאת ג'ון פת'ר:

The long history begins in the early days of printing, with the wooden presses and hand-cast type of a new craft. It ends in a world of universal electrostatic copying and instantaneous world-wide digital communications systems. But the fundamental issues, and dilemmas which they pose, have perhaps changed less dramatically than the economic, social and technological environments which have produced them. Communications technologies depend upon the existence of that which is to be communicated. Ideas, information and works of art are the product of the human brain not of the media in which they are stored and through which they are transmitted and retrieved. These Intellectual products are created so that others can receive and benefit from them. That presents the central dilemma: authors wish to communicate, and to be rewarded for doing so, but only by imposing restrictions on the mechanisms of communication can the rewards of creative endeavor be assured. The law and practice of copyright have evolved over four centuries as an attempt to resolve this problem; JOHN FEATHER, PUBLISHING, PIRACY AND POLITICS: AN HISTORICAL STUDY OF COPYRIGHT IN BRITAIN 9 (1994).

53 ראו: LESSIG, לעיל ה"ש 7, בעמ' 124.

54 ראו: Sell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 319.

שינתה דבר בתפיסות היסוד החברתיות והכלכליות בחברה,⁵⁵ ומנגד העמדה שלפיה יצירת מרחב זה טרפה את הקלפים כולם.⁵⁶ לסיג עצמו הבהיר כי אינו סבור שיש לבטל כליל את דיני זכויות היוצרים, וכי עמדותיו הן מורכבות יותר מאשר הצגת שתי אפשרויות קיצון בלבד של קיום הסדרה או העדרה;⁵⁷ גם לשיטתו נדרש תמריץ כדי להפיק את התכנים, אלא שנחוץ שינוי יסודי ועמוק בהסדרה המשפטית של שוק התכנים באופן שיוביל למשטר זכויות יוצרים מאוזן.⁵⁸ לכן, דווקא השוואת ההתפתחות ההיסטורית של דיני זכויות היוצרים לתמורות שחלו בהם בסוף המאה העשרים ובתחילת המאה העשרים ואחת מסייעת לפרוץ את שיח המשפטנים הפנימי והסגור; היא מלמדת כי לאורך השנים התאמת הדין לטכנולוגיות המשתנות הושפעה ממאבקים פרדיגמטיים בין אותם אינטרסים יסודיים.⁵⁹ בהתאם לכך, ניתן לראות בתנועה העכשווית לשחרור התכנים אבן דרך נוספת במאבקים אלו, המאפיינים את לשד הדין.

- 55 עמדה זו מיוחסת לשופט פרנק איסטרברוק, אשר דימה את הדיון בשאלת מקומה של זכות הקניין במרחב הקיברנטי לדיון ב"דיני סוסים". ראו: ELKIN-KOREN & SALZBERGER, לעיל ה"ש 12, בעמ' 4; המחברים מפנים למאמרו של איסטרברוק; Frank Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207. לדיון מעמיק בעמדה שלפיה הסכיבה הדיגיטלית לא שינתה את תפיסות היסוד החברתיות והכלכליות, ראו: CHRISTOPHER MAY, *THE INFORMATION SOCIETY: A SCEPTICAL VIEW* 1 (2002). לדברי מיי: "[W]hile we may be living through a period in which the form and practices of our lives are changing in many ways, the underlying substance of our socioeconomic system remains largely the same".
- 56 עמדה זו מיוחסת לג'ון בארלו בשל נבואתו בשנת 1994 כי הגיע קיצם של דיני זכויות היוצרים. ראו לעיל ה"ש 15.
- 57 ראו: LESSIG, לעיל ה"ש 14.
- 58 ראו: LESSIG, לעיל ה"ש 7, בעמ' 124, 127.
- 59 מנקודות מבט סוציולוגית על המשפט, הדין מאופיין לעתים כמערכת אוטופיטית – מערכת המייצרת את האלמנטים הנכללים בה מתוך האלמנטים הנכללים בה, באופן הדומה לאורגניזם חי המתפתח באמצעות שכפול עצמי של תאי גוף. האלמנטים האוטופיטיים שבמערכת המשפט הם נורמות המעוצבות כך שיהיו ניתנות להתאמה ולהכללה בהתאם לציפיות התנהגותיות או בתגובה לשינויים חיצוניים אחרים. ראו: Arthur J. Jacobson, *Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann*, 87 MICH. L. REV. 1647 (1989); NIKLAS LUHMANN, *A SOCIOLOGICAL THEORY OF LAW* 164–65 (Elizabeth King-Utz & Martin Albrow trans., 1985). לגישתי, תיאור זה תואם את דיני זכויות היוצרים הקיימים, הכוללים בתוכם את האלמנטים הנחוצים לשם התפתחותם מתוך עצמם, בתגובה לשינויים הטכנולוגיים.

ג. אתגרים ישנים־חדשים

בחלק זה אציג את התפתחותן ההיסטורית של זכויות היוצרים. אין כוונתי לקיים כאן מחקר ראשוני;⁶⁰ כיוון שהמחקר ההיסטורי כשלעצמו אינו מטרת פרק זה, אתמקד בהתפתחויות המרכזיות ובפרשנותן מתוך מחקרים היסטוריים קיימים. סקירה זו תתבסס על מחקרים שהפכו קאנוניים, כגון אלה שערכו לימן ריי פטרסון,⁶¹ בנג'מין קפלן,⁶² מארק רוז,⁶³ גיליאן דייוויס⁶⁴ וג'ון פת'ר.⁶⁵ כן אתבסס על מחקרים עדכניים יותר, שאת חלקם ערכו היסטוריונים ואנשי מדע המדינה כגון קרלה הסה, סוזן סל, כריסטופר מיי וקת'רין סוויל, ואת האחרים ערכו משפטנים כגון רונאן דולי, ג'יי גינזבורג ואורן ברכה; אלה ישמשו לשם בקרה וחיזוק של המחקרים הוותיקים.⁶⁶ נוסף לכך, אעשה שימוש בפרויקט של מרת'ה וודמנזי ופיטר יאזי,⁶⁷ שבמסגרתו נבחנה ההתפתחות זכויות היוצרים מנקודת מבט ביקורתית מוצהרת; מבלי לבחון את הביקורת לגופה מאששים ממצאי פרויקט זה את תובנת היסוד בדבר רב־הממדיות המוטמעת בזכויות היוצרים מראשיתן.

מובן שניתן לטעון כי הן בבחירת המחקרים הן בדליית ההתפתחויות המרכזיות מתוך המחקרים הללו ובפרשנותן יש משום הנחת המבוקש. לכך אשיב כי באשר לבחירת המחקרים – כמותם ומגוונם מעידים כי הסקירה אינה נשענת על מחקר יחיד ומוטה. באשר להתמקדות בהתפתחויות אלו או אחרות ובפרשנותן – גם מחקר זה הוא איכותני, ולכן סובל מהצורך להתבסס על כמה הנחות מוצא, אלא שהנחות אלו הן היסטוריות ולא משפטיות או כלכליות. כאמור, דליית הנחות היסטוריות אלו ממחקרים רבים שנערכו

60 בשולי הדברים יצוין כי אחד הקשיים המרכזיים בעריכת מחקר היסטורי ראשוני הוא הגישה למסמכים ההיסטוריים. כדי להסיר מכשלה זו בתחום זכויות היוצרים יזמו באוניברסיטת קיימברידג' שבאנגליה את הקמתו של ארכיב דיגיטלי פתוח לכול, הכולל מסמכים היסטוריים מרכזיים בתחום; ראו: [www: PRIMARY SOURCES ON COPYRIGHTS \(1450–1900\)](http://www.primarysourcesoncopyrights.org), www.copyrighthistory.org.

61 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3.

62 ראו: AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, לעיל ה"ש 29.

63 ראו: ROSE, לעיל ה"ש 4.

64 GILLIAN DAVIES, COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST (Sweet & Maxwell, 2d ed. 2002).

65 ראו: FEATHER, לעיל ה"ש 52.

66 המחקרים העדכניים שבהם אעשה שימוש הם אלה: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2; Hesse, לעיל

ה"ש 3; SEVILLE, לעיל ה"ש 6; Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyright: Literary Property in Revolutionary France and America*, in *OF AUTHORS AND ORIGINS: ESSAYS ON COPYRIGHT LAW* 131 (Brad Sherman & Alain Strowel eds., 1994); RONAN DEAZLEY, *ON THE ORIGIN OF THE RIGHT TO COPY: CHARTING THE MOVEMENT OF COPYRIGHT LAW IN EIGHTEENTH-CENTURY BRITAIN (1695–1775)* (2004); Oren Bracha, *Owning Ideas: A History of Anglo-American Intellectual Property* (2005) (unpublished S.J.D. dissertation, Harvard Law School), available at www.obracha.net/oi/oi.htm, DEAZLEY; לעיל ה"ש 1.

67 הפרויקט של וודמנזי ויאזי, לעיל ה"ש 48.

בתקופות שונות ובתוך שימוש בשיטות מחקר מגוונות מחזקת את אמיתותן, אמיתות שהיא חיצונית לשיח המשפטי הסגור.

המסקנה המרכזית העולה מהסקירה ההיסטורית של התפתחות זכויות היוצרים, כפי שתוצג להלן, היא כי הורתן של הזכויות בקידום מדיניות ציבורית, אף אם זו אינה תכליתן הבלעדית.⁶⁸ משכך, תנועה המבקשת להדגיש את הצורך בעידוד חברת המידע בעידן הדיגיטלי כמדיניות הציבורית הראויה אינה זרה למסגרת המשפטית הקיימת; אולם קיימים צרכים נוספים שיש להביאם בחשבון בעיצוב המדיניות הראויה של ענף משפטי זה במאה העשרים ואחת.

1. מהמצאת הדפוס ועד לחוק האנגלי בשנת 1709

עד להמצאת הדפוס, הן באירופה הן בקהילות מפותחות אחרות, הפצתם של הידע ושל הרעיונות אשר הועלו על הכתב לא הוסדרה על ידי השלטון, במובחן מהסדרה של התכנים עצמם באמצעות כללי הצנזורה.⁶⁹ המצאת הדפוס באמצע המאה החמש-עשרה (בקירוב) הובילה להפצה המונית של הידע ושל הרעיונות; תופעה זו גררה את התובנה בקרב אנשי השלטון המקומי כי יש צורך להסדיר את הפצתם של התכנים השונים באמצעות פיקוח על פעולת ההדפסה.⁷⁰ הסדרתם הראשונית של התכנים נעשתה בצורת היתרים מאת השלטון להדפיס תכנים. היתרים אלה ידועים בכינוי "פריבילגיות",⁷¹ והארכתם הייתה נתונה לחסדיו של השלטון.⁷²

התובנה כי יש להסדיר את הפצת התכנים נסמכה על השינוי שחל בתכנים עצמם – המעבר מכתובה דתית לכתובה חילונית. זהו כמובן היבט הצנזורה של משטר התכנים.⁷³ הפיקוח על התכנים נבע בין היתר ממניעים בלתי דתיים הנוגעים באחיזה בשלטון,⁷⁴ כגון מתן הפריבילגיות כהטבה לאלו שהשלטון חפץ ביקרם.⁷⁵ אולם פרט לכך תובנה זו נסמכה גם על היבטים כלכליים-חברתיים שהיו טמונים בענף הדפוס, ענף שהחל אז להתפתח.⁷⁶

68 עמדה זו הוצגה בהרחבה על ידי Hesse, לעיל ה"ש 3, ר"ר MAY & SELL, לעיל ה"ש 2. כן ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 3; Ginsburg, לעיל ה"ש 66, בעמ' 135, 137. לחשיבות המחקר ההיסטורי להבנת הקניין הרוחני ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 204-205; כן ראו לעיל ה"ש 46.

69 Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 26-29.

70 DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 20.

71 מעניין לציין כי שיטת הסדרה זו יובאה לאירופה מסין האימפריאלית, שם החלו הפריבילגיות כבר במאה העשירית, בעקבות פיתוח שיטות דפוס המוניות כבר אז; שם, בעמ' 29.

72 Hesse; לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.

73 DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 10, 21; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 127.

74 DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 10, 21; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 127, 152-153.

75 שם, בעמ' 127.

76 DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 21; AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT; לעיל ה"ש 29, בעמ' PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21; ראו גם: SAM RICKETSON & JANE C. GINSBURG, 21

היבטים כלכליים-חברתיים אלה של ההסדרה המשפטית של שוק התכנים היו מראשיתם חלק ממדיניות ציבורית לקידום אינטרס הציבור, אף אם המושג אינטרס הציבור היה בחיתוליו.⁷⁷ ראשית, הפריבילגיות ניתנו כדי לאפשר את עצם קיומו של ענף הדפוס – החזר ההשקעה הגדולה בהדפסת ספרים היה מותנה במכירה של כמות מספקת של ספרים; הפריבילגיה נועדה להעניק תמריץ כלכלי בסיסי למדפיסים בדמות החזר השקעה והפקת רווח.⁷⁸ יתרה מזו, הפריבילגיות ניתנו בהתאם לשיקולי מדיניות מגוונים שהביאו בחשבון, למשל, את אינטרס הציבור בפיקוח על מחירי התכנים⁷⁹ ובשמירה על היצע מספק של תכנים ועל איכות הדפסתם.⁸⁰ שיקול נוסף אשר השפיע על מתן הפריבילגיות היה הסדרת היחסים בין החלוץ שהביא את המידע לבין יתר הגורמים אשר עשויים היו להתעניין באותם התכנים.⁸¹ בראשית דרכה, לא לוותה שיטת הפריבילגיות בניכוס הרישיון ובתפיסתו כקניין; רישיון ההדפסה ניתן בחסדי השלטון והיה נתון תמיד לביטול מדי,⁸² קרי למקבל הפריבילגיה לא הייתה זכות קנויה להמשכה הנצחי. יתרה מזו, שיטת הפריבילגיות אף לא לוותה בניכוס התכנים עצמם – היצירה עצמה לא נתפסה כנכס הנושא זכות קניין.⁸³ למעשה הייתה הפריבילגיה היתר מן השלטון לעסוק בענף הדפוס ותו לא.⁸⁴

הסדרה זו של הדפסה באמצעות פריבילגיות החלה באירופה במחצית השנייה של המאה החמש-עשרה. בשנת 1469 הייתה הסדרה זו מפותחת למדי בוונציה, שם ניתנו הפריבילגיות לתקופות קצובות (חמש שנים) והוגבלו לאזור מסוים (רק לתחומי העיר ונציה), לסוג מסוים של ספרים (ספרי לימוד, משפט, לטינית) ולעתים אף לספר מסוים.⁸⁵

INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS: THE BERNE CONVENTION AND BEYOND 4 (2005)

- 77 ראו: Sell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 272; MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43, 109. ראו גם: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 132, 151-152: "Weapons and the printing press were considered to involve such level of direct national interest as to create a broad presumption that in their context monopolies were likely to serve the public good rather than hinder it!"
- 78 ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 21; AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, לעיל ה"ש 29, בעמ' 2; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21; FEATHER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 10; ROSE, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9; MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 66; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 130.
- 79 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23; MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 65-69.
- 80 ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68-69, 89; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 126.
- 81 Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40; MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 53. קפלן ציין כי שיקול זה הודגש במיוחד במאה השמונה-עשרה; ראו: AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, לעיל ה"ש 29, בעמ' 22-24.
- 82 Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 125, 128.
- 83 שם, בעמ' 128, 139.
- 84 שם.
- 85 Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30; MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 56, 65-71; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 119; הגנה מסוימת אף ניתנה באמצעות מתן זכות פטנט בסדרת גופנים (typeface) או בסגנון כתיבה מסוים; ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 66.

פריבילגיות אלו לא הועברו בירושה אם מקבל הרישיון נפטר לפני סיומה של תקופת הרישיון.⁸⁶ שיטת הפריבילגיות אומצה בוונציה מסיבות כלכליות טהורות: לאחר תקופה שבה יכלו הכול להרפס נוצר היצע עודף של ספרים, והוא הוביל לחדלות פירעון של חלק מהמדפיסים ולתלות שלהם בנותני האשראי. כדי להגן על ענף הדפוס אשר הפך לתעשייה רווחית בעיר ונציה, ומתוך דאגה לשגשוגה הכלכלי של העיר, החלו השלטונות להגביל את ההדפסה באמצעות הפריבילגיות.⁸⁷ בסוף המאה החמש-עשרה התפשטה שיטת הפריבילגיות במהרה ברחבי איטליה, ומשם התקדמה לצרפת, לגרמניה (שם ניתנה הפריבילגיה הראשונה בשנת 1501) ולבסוף לאנגליה (שם ניתנה הפריבילגיה הראשונה בשנת 1504).⁸⁸ ככל שענף הדפוס הפך רווחי יותר, פנו רבים לשלטונות בבקשה לקבל פריבילגיה להדפסה. בתגובה לביקוש רב זה קבע השלטון בוונציה, לראשונה, הוראה שהגבילה את האפשרות לבקש פריבילגיה לתכנים חדשים שלא הודפסו קודם לכן, והוראה נוספת שעל פיה פריבילגיה תישלל לשם העברתה לאחר אם הספר לא הודפס בתוך שנה ממתן הפריבילגיה.⁸⁹ ניכר כי רגולציה זו הונעה אף היא משיקולים כלכליים טהורים, שמטרתם הייתה להשיא את רווחי ענף הדפוס,⁹⁰ ובתוך כך אף הובא בחשבון מה שניתן לכנות היום "אינטרס הציבור בהיצע תכנים ובהסדרת השוק".⁹¹ ככל שענף הדפוס הפך רווחי יותר כך התגברה תופעת הזיופים – ספרים אשר נשאו את סימן בתי ההוצאה לאור המורשים ובעלי המוניטין, אף שהועתקו בלא רשות.⁹² בתגובה לתופעה זו היו השלטונות בוונציה הראשונים לקבוע קנסות אשר הושתו על אותם מעתיקים.⁹³ תפיסת הפריבילגיה כרישיון מן השלטון, המשקף אינטרסים ציבוריים ולא פרטיים, באה לידי ביטוי אף בכך שאותה הדפסה פיראטית של עותקים גררה קנס ששולם לשלטון ולא למקבל הפריבילגיה.⁹⁴ מיי וסל סיכמו את פרשנותם לראשית שיטת הפריבילגיות בוונציה כך:

The Venetian moment produced the skeleton of a system that has been remarkably robust in its central elements. In Venice, the invention of something akin to modern intellectual property was in part a response

- 86 שם, בעמ' 56.
- 87 שם, בעמ' 66; Feather, לעיל ה"ש 52, בעמ' 10-11.
- 88 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30; Davies, לעיל ה"ש 64, בעמ' 20-21; May & Sell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 87-88.
- 89 שם, בעמ' 69.
- 90 שם.
- 91 Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 125.
- 92 ראו: May & Sell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68-69.
- 93 שם.
- 94 ראו למשל את נוסח הפריבילגיה שניתן בשנת 1559 באנגליה למדפיס ג'ון דיי והמופיע בנספח לספרו של Patterson, לעיל ה"ש 3, בעמ' 232-233. מאוחר יותר הוחמרה הענישה ואף כללה מאסר; ראו את נוסח הצו שהוציא Star Chamber בשנת 1586, המופיע בנספח לספרו של פטרסון, שם, בעמ' 235, 237. רק בצו משנת 1662 נקבע באנגליה כי הקנס בגין הדפסה בלתי מורשית יחולק שווה בשווה בין הכתר לבין בעל הפריבילגיה; ראו: Davies, לעיל ה"ש 64, בעמ' 11.

to a new revolutionary information technology. Printing changed the environment in which knowledge and information could be deployed [...] [W]hat the Venetian moment reveals, however, is that from its legislative origins, intellectual property was not unduly concerned with the idealized individual and his rights but rather was a city/government-derived strategy for the development of competitive advantage and effective economic organization.⁹⁵

בחלוף השנים ובעקבות תהליכים שונים, רוכזו הפריבילגיות בידי בעלי השפעה וכך הפכו למונופול המוחזק בידי גורם פרטי. באנגליה הייתה התפתחות זו המשמעותית ביותר; בשנת 1557 ניתן באנגליה רישיון בלעדי לגילדת המדפיסים והמוציאים לאור, שהייתה ידועה בכינויה "Stationers' Company", להדפיס תכנים ולהפיצם בלונדון ובכל רחבי הממלכה האנגלית.⁹⁶ כך קיבלה גילדה זו את המונופול על הדפסת התכנים מאת הכתר. באמצע המאה השש-עשרה הוצא צו האוסר על כל הדפסה והפצה של ספר אלא אם כן עבר צנזורה של השלטון,⁹⁷ וכך החל להתפתח קשר הדוק בין הגילדה לבין השלטון לצורך קבלת אישור הדפסה.⁹⁸ יש אף הכורכים את עצם מתן הפריבילגיה לגילדה באופן בלעדי ברצון להוציא אל הפועל את הצנזורה השלטונית.⁹⁹ אישור השלטון להדפיס ספר מסוים כונה "letter of patents". הגילדה התנהלה כגוף קיבוצי והעניקה לחבריה אישורים להדפיס את הספרים, אישורים שכוננו "entry" או "entrance".¹⁰⁰ ברבות הזמן הפכו המחזיקים באישורים אלה למי שנחשבו לבעלי העותק (copy) של הספר. האישרורים עצמם זכו בכינוי חדש – "copyright";¹⁰¹ הם הפכו למסמכים סחירים וחברי הגילדה סחרו בהם בינם לבין עצמם.¹⁰² במידה רבה לבשו אישורים אלה מאפיינים של זכות: הם היו רישיונות

95 ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 70-71.

96 ראו: AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, לעיל ה"ש 29, בעמ' 3; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28-29. גילדה זו כללה למעשה שלוש קבוצות עיקריות: המדפיסים, כורכי הספרים, ומוכרי הספרים, שם, בעמ' 35. במרוצת השנים הפכה קבוצת מוכרי הספרים לחזקה ביותר, והיא זו שכונתה המוציא לאור (publisher). לבסוף הוחזקה הפריבילגיה בידיה בלבד, ואילו המדפיסים והכורכים נתפסו כבעלי מלאכה המבצעים פעולה מכאנית ולא כיזמים העסקיים. ראו שם, בעמ' 46-51; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 141.

97 הם ופת'ר ציינו כי הצו הראשון הוצא על ידי המלכה אליזבת הראשונה בשנת 1559; ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30; FEATHER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 15. לעומת זאת, פטרסון ציין כי צו ראשון שכזה הוצא על ידי המלך הנרי השמיני בשנת 1538; ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23-24.

98 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.

99 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 29.

100 לניתוח ההבחנה בין הרישיון שנתן השלטון לגילדה ושיוכו למשפט ציבורי קדום לבין הרישיון שהנפיקה הגילדה לחבריה ושיוכו למשפט פרטי קדום, ראו: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 144-145.

101 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 51-63; AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, לעיל ה"ש 29, בעמ' 4; FEATHER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 18.

102 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.

אחידים בתוכנם שהונפקו באופן שגרותי, עבירים וסחירים, ולא היו נתונים לחסדי השלטון או הגילדה כי אם הקנו לבעליהם (שחייבים היו להיות חברי הגילדה) זכאות בעותק אשר ניתן אישור להדפיסו.¹⁰³ כעבור כמה שנים, קבוצה של ארבעה מדפיסים חברי הגילדה (ובהם ג'ון דיי שנזכר במבוא לפרק זה) רכשה את כל האישורים הללו וריכזה בידיה את כל מונופול ההדפסה באנגליה.¹⁰⁴ כמובן זה, מניעי הצנזורה הם אכן אלה אשר סייעו בסופו של דבר לרכוז את הכוח הכלכלי בידי גורמים פרטיים; אולם משטר התכנים לא נוצר ממניעי הצנזורה עצמם.¹⁰⁵ תהליך זה הסתיים בתוצאה דומה גם באירופה הקונטיננטלית, אלא ששם ניצלו הגורמים הפרטיים את קרבתם לשלטון לשם השגת השליטה הבלעדית בשוק הספרים, והמונופול לא נוצר בתהליך מעין-שוקי כפי שקרה באנגליה.¹⁰⁶

בכל אותה עת שבה רוכזו הפריבילגיות בידי גורמים פרטיים, על פי העמדה המקובלת, מחברי התכנים לא נהנו מכל מעמד ולכן אף לא נהנו מרווחים. בפני המחברים עמדו למעשה שתי אפשרויות עיקריות: למכור את התוכן למוציא לאור תמורת סכום חד-פעמי או למצוא פטרון שישלם עבור התוכן.¹⁰⁷ עם זאת, עצם ההכרה באפשרות של המחבר למכור את כתביו למוציא לאור והצורך לקבל את רשות המחבר לשם הדפסת כתביו שיקפו למעשה הכרה מוקדמת בזכות בלעדית כלשהי של המחבר ביצירתו.¹⁰⁸ להערכתו של פטרסון, מערכת היחסים שבין המחברים למוציאים לאור הייתה מורכבת, והעמדה המקובלת האמורה, שלפיה למחבר לא היה כל מעמד, היא גורפת ופשטנית.¹⁰⁹ מתוך העדויות עולה כי תפקידו של המחבר לא הסתיים במכירת כתב היד, וכי מערכת היחסים

- 103 ראו: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 139-140, 144-145; Rose, לעיל ה"ש 4, בעמ' 14-15. פת'ר ציין כי רישיונות אלו הפכו לנכסים וככאלו שימשו אף כעירובן הניתן להבטחת הלוואות; Feather, לעיל ה"ש 52, בעמ' 18.
- 104 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.
- 105 ראו: Patterson, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21. לחברי הגילדה לא היה עניין ממשי בצנזורה כשלעצמה כי אם בהפקת רווחים; שם, בעמ' 36-37.
- 106 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31.
- 107 ראו: Patterson, לעיל ה"ש 3; An Unhurried View of Copyright, לעיל ה"ש 29, בעמ' 5; Davies, לעיל ה"ש 64, בעמ' 21; Rose, לעיל ה"ש 4, בעמ' 16-17; Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31; May & Sell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 158.
- 108 ראו: Davies, לעיל ה"ש 64, בעמ' 28; Rose, לעיל ה"ש 4, בעמ' 18, 25-30; Patterson, לעיל ה"ש 3, בעמ' 65-71. Patterson מסכם כך (שם, בעמ' 69-70):

The stationers, in acknowledging a duty to pay the author and to obtain his permission before acquiring a copyright, recognized the author's initial property right in his works. To that extent, their conduct presaged what was later to become known as the common-law copyright of author, the right of first publication.

- עם זאת, לפי רוז, למחברים לא הייתה כל שליטה על הפרסום הראשון של חיבורם שכן לא היה באפשרותם לקבל סעד כנגד פרסום בלתי מורשה שכזה; Rose, לעיל ה"ש 4, בעמ' 25.
- 109 ראו: Patterson, לעיל ה"ש 3, בעמ' 69-71. ראו גם: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 159.

בין המחבר למוציא לאור נמשכה אף לאחר מכירה זו. מערכת יחסים זו שיקפה הכרה במעמד כלשהו של המחברים, אלא שמעמד זה לא הגיע לכדי זכות בעלות בעותק.¹¹⁰ בסוף המאה השבע-עשרה ובתחילת המאה השמונה-עשרה חלה התפתחות משמעותית ביותר בחברה האירופית: מעמד הביניים הלך והתרחב ועמו הלך וגדל הביקוש לכתובה חילונית.¹¹¹ הביקוש למגוון של ספרים שייקראו באופן חד-פעמי (כגון רומנים) גבר, והספרות הקאנונית המצומצמת אשר נקראה שוב ושוב (כגון הגות קלאסית) לא סיפקה עוד את דרישות השוק.¹¹² כך החל להתחזק מעמדם של המחברים; יש אף המזהים רגע זה בהיסטוריה כרגע שבו צמח המחבר המודרני היוצר תכנים בעצמו, בניגוד לכתובה הדתית שמקורה באל.¹¹³ המחבר המודרני אף התאפיין בכך שמטרת כתיבתו הייתה למצוא מקור פרנסה.¹¹⁴ דואליות זו – כתיבה הנובעת הן ממניעים רומנטיים הנוגעים בביטוי עצמי הן ממניעים גשמיים הנוגעים במשלח יד – היא שעומדת ביסוד תפיסת המחבר המודרני.¹¹⁵ התפתחות זו של תפיסת המחבר המודרני חברה למשנתו של ג'ון לוק בדבר תאוריית העבודה, משנה שנכתבה באותה התקופה ממש. כך נולד הטיעון החדשני שלפיו היצירה היא קניינו של המחבר.¹¹⁶ ביקורתם של וודמניז ויאזי חוברת לנקודת זמן זו. על פיהם מגזר המוציאים לאור ניצל את ההתפתחות הזו בתפיסת המחבר המודרני באופן ציני, ותמיכתו בניכוס היצירה למחברה נועדה למעשה לחזק את האינטרסים הכלכליים של המוציאים לאור עצמם. המדפיסים השכילו להבין כי ידע שינוכס ושיוגן באמצעות זכות קניין יתרום לאחיותם האיתנה בשוק הרלוונטי ולהשאת רווחיהם.¹¹⁷

הביקוש לספרות חילונית בסוף המאה השבע-עשרה, ביקוש שהלך וגדל, והמונופולין על הדפסת הספרים, שרוכזו בידי גורמים פרטיים בודדים, הובילו לתוצאה נוספת – האמרת

- 110 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 72-73, 77. כך, למשל, הציג פטרסון עדויות לנוהג לקבל רשות מאת המחבר לתרגום היצירה או להפקה של מהדורה מורחבת. ראו גם: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 166.
- 111 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32.
- 112 ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96.
- 113 ראו: MARtha WOODMANSEE, *On the Author Effect: Recovering Collectivity*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 279, 280-82 (1992).
- 114 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32. אחד מהמחברים הבולטים המזוהים עם מגמה זו הוא דניאל דפו (מחבר הספר רובינזון קרוזו), אשר הפך את הכתיבה החילונית ל"מקצוע", ובהתאם לכך אף דרש מהמוציא לאור שכר ראוי, נוסף ל"הונורריום" הסמלי; שם.
- 115 בהמשך לאמור לעיל בה"ש 114, רוז ייחס לסופר דניאל דפו השפעה רבה על התפתחות זו בתפיסת המחבר המודרני; ROSE, לעיל ה"ש 4, בעמ' 37-41.
- 116 ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 11.
- 117 Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"*, 1991 DUKE L.J. 455 (1991); WOODMANSEE, לעיל ה"ש 113. פטרסון עמד על תוכנה זו כבר בשנת 1967; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 71. מיי וסל סברו כי ניצני דפוס פעולה זה, שבמסגרתו נוצל אינטרס המחברים לשם קידום האינטרסים הכלכליים של המוציאים לאור, היה נפוץ כבר בקרב הגילדות הראשונות בוונציה במחצית המאה החמש-עשרה; ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69, 71.

מחירי הספרים וחסרונם בפריפריות.¹¹⁸ בשל כך הופעל לחץ נגד שיטת הפריבילגיות לא רק מצד המחברים עצמם אלא גם מצד הציבור, אשר חפץ בשפע של ספרים במחירים הוגנים.¹¹⁹ גם המוציאים לאור מאזורי הפריפריה, אשר לא נהנו מהמונופול, החלו להציג דרישות ליהנות מחלק בתעשייה משגשת זו.¹²⁰ לחץ זה אופייני בין היתר בהתגברות של תופעת פיראטיות: נמכרו בשווקים עותקים בלתי מורשים של ספרים, בעיקר כאלה שמחבריהם מתו זה מכבר, ועותקים שאיכותם נמוכה.¹²¹ בצד לחץ זה, אשר נבע מקיומו של שוק בלתי תחרותי, כוונה ביקורת כלפי הצנזורה וכלפי הפגיעה בגיוון בתכנים.¹²² לחצים אלה נתנו את אותותיהם ובשנת 1695 לא הוארכו עוד הפריבילגיות באנגליה.¹²³ כך באה אל קצה תקופת המונופולין של בעלי הפריבילגיות עקב מרד שבו חברו יחדיו כוחות מגוונים: הציבור הרחב, אשר התקומם נגד המחירים הגבוהים של הספרים ונגד חסרונם בשוק; המוציאים לאור, אשר ביקשו תחרות חופשית; תושבי הפריפריה, אשר ביקשו לקחת חלק בכלכלה המתפתחת; והמחברים, אשר ביקשו הכרה משפטית וחברתית וכפועל יוצא מכך אף רווחה כלכלית.¹²⁴ אך הריק שנוצר התמלא מהר, שכן בשנת 1709 נחקק חוק ששיקף שינוי בתפיסה – חוק זכויות היוצרים המודרני הראשון, הידוע בכינויו "חוק המלכה אן".¹²⁵

2. מן החוק האנגלי בשנת 1709 ועד לחוק האנגלי בשנת 1842

חוק המלכה אן נחקק בשנת 1709 על רקע ההתפתחויות שתוארו לעיל, ובראשן לחץ אידאולוגי להכיר במחבר כבעל קניין ביצירתו בהתאם למשנתו של לוק,¹²⁶ ולחץ מצד השוק לאפשר תחרות חופשית ורמת מחירים סבירה. לחצים אלו חברו להכרה העקרונית כי תכלית משטר ההסדרה של התכנים היא זו המכונה כיום "מכשירנית" – קרי לקדם את הידע לטובת החברה.¹²⁷

דומה כי שמו הרשמי של חוק זה משקף סינתזה של רעיונות: "An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the

- 118 למעשה, החל מסוף המאה השש־עשרה, גילדת ה־"Stationers" קבעה תעריף מחייב של מחירי הספרים, והפרה של תעריף זה גררה שלילה של הפריבילגיה מאותו מוכר ספרים – חבר הגילדה; ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 47.
- 119 ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 11.
- 120 ראו: FEATHER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 50-51, 65.
- 121 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32.
- 122 ראו: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 150, 178-180.
- 123 ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 8; Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 37.
- 124 DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 8.
- 125 ראו לעיל ה"ש 4.
- 126 לתיאור השפעתו של לוק עצמו ושל משנתו על מיגור שיטת הפריבילגיות, ראו: ROSE, לעיל ה"ש 4, בעמ' 32-33.
- 127 ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 92; DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 13-17; Ginsburg, לעיל ה"ש 66, בעמ' 131, 137.

128. Authors or Purchasers of such Copies, During the Times Herein Mentioned” בהגדרה זו חתר המחוקק לשילוב מסוים בין תפיסות טבעיות של מעמד המחבר לבין תפיסת משטר התכנים ככלי לקידום של אינטרס הציבור.¹²⁹ ניכר כי חוק זה, ערשם של דיני זכויות היוצרים המודרניים המוכרים לנו כיום,¹³⁰ הוא תולדה של התפתחות בשלושה שדות חברתיים אשר חברו זה לזה: טכנולוגיה, כלכלה פוליטית ופילוסופיה.¹³¹

בחוק המלכה אן נקבע לראשונה כי הזכות הבלעדית להדפיס יצירה מסורה למחברה.¹³² אמנם אופייה של זכות בלעדית זו לא היה שונה מהזכות הבלעדית שניתנה לגילדה באמצעות הפריבילגיות,¹³³ אולם מתן הזכות הראשונה למחבר היה לב לבו של המהפך.¹³⁴ מהפך נוסף התבטא בקביעת החוק כי כל אדם יוכל ליהנות מזכות זו, ולא רק חברי הגילדה.¹³⁵ בד בבד נקבעו כללים אשר מטרתם הייתה לקדם את התכלית המכשירנית של החוק: נקבע כי זכות היוצר ביצירתו תוגבל למשך 14 שנים, ואם בתום תקופה זו יהיה המחבר בחיים – תוארך הזכות ב־14 שנים נוספות;¹³⁶ לשם מיגור המונופול, בוטלה חובת רישום הזכויות אצל גילדת המוציאים לאור;¹³⁷ לשם שמירה על היצע של ספרים במחירים סבירים נקבע מנגנון פיקוח – ניתן היה להגיש תלונה בגין מחיר גבוה מדי של ספר; הלורד צ'נסלור ואנשי כנסייה בכירים נוספים הוסמכו לקבוע את מחירו הראוי של הספר, והחלטתם לא הייתה נתונה לערעור.¹³⁸

- 128 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145. הסה ציינה שם שונה מעט לחוק: "A Bill for the Encouragement of Learning and for Securing the Property of Copies of Books to the Rightful Owners Thereof". ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 37.
- 129 Hesse, שם, בעמ' 37. דיוויס זיהה ארבע תכליות ביסוד חוק המלכה אן: הכרה בזכויות טבעיות, גמול ראוי לעבודת המחבר, עידוד היצירתיות ודרישות ציבוריות; DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 13-17.
- 130 ראו: DAVIES, שם, בעמ' 9.
- 131 ראו גם: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 73.
- 132 חוק המלכה אן, לעיל ה"ש 125; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145.
- 133 שם, בעמ' 13, 146. ואכן, פטרסון סבר כי זכויות היוצרים בחוק המלכה אן הושתתו על אותם עקרונות שהיו בפריבילגיה של ה־"Stationers". ברכה סבר אף הוא כי המהפכה שבחוק המלכה אן הייתה מוגבלת ביותר, וכי אף שהחוק חידש בהקניית הזכות למחבר ובקציבת תקופתה, בפועל המשיך שוק הדפוס להתנהל באופן דומה להתנהלותו לפני חקיקת החוק; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 189-197.
- 134 ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 93.
- 135 פטרסון ראה דווקא בכך את חידושו העיקרי של החוק; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145.
- 136 חוק המלכה אן, לעיל ה"ש 125, בס' XI; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 145.
- 137 חוק המלכה אן, לעיל ה"ש 125, בס' III; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 146; MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 93.
- 138 חוק המלכה אן, לעיל ה"ש 125, בס' IV; ברכה ציין כי מנגנון זה היה בלתי ישים בפועל; ראו: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 185.

עם זאת, חשוב להדגיש כי אף שהזכות שהוכרה בחוק המלכה אן התמקדה בשליטה בלעדית בהדפסת התכנים, התכנים עצמם טרם הוכרו כנכס קנייני.¹³⁹ דייוויס הדגיש במיוחד כי חוק המלכה אן כלל אמנם הכרה בזכותו הטבעית של המחבר, אך הכרה זו סויגה באמצעות שקלול של אינטרסים רבים אחרים, ובראשם אינטרס הציבור בעידוד היצירה והגישה אליה.¹⁴⁰ דוגמה מובהקת להוראת חוק שתכליתה הייתה קידום אינטרס הציבור היא ההוראה שחייבה כל מדפיס של ספר להפקיד כמה עותקים ממנו לטובת הספרייה המלכותית וספריות של אוניברסיטאות שונות.¹⁴¹ ברוח דומה, פטרסון, קפלן, גינזבורג, דזליי, מיי וסל טענו כי מטרתו העיקרית של חוק המלכה אן הייתה להסדיר את המסחר ולמגר את המונופול של המוציאים לאור, ולא להכיר בזכות טבעית וקניינית של המחבר ביצירה.¹⁴² לגישתם, גם ההכרה בחוק בזכותו של המחבר נעשתה בראש וראשונה לשם מיגורו של מונופול הגילדות, בדיוק כפי שאנשי הגילדות עצמם השתמשו בטיעון של זכות המחבר לשם קידום עסקיהם.¹⁴³ יש אף מי שסברו כי הלכה למעשה, גם בתקופת חוק המלכה אן ולאחריה המחברים לא נהנו עדיין מכל מעמד וכי אנשי הגילדות שפורקו המשיכו לשלוט בשוק התכנים באמצעות מניפולציות מתוחכמות.¹⁴⁴ פת'ר טען, למשל, כי

139 PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 146; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 188-189. במהלך השנים נדרשו בתי המשפט לפרש את היקף הזכות, והרחיבו את היקפה בהדרגה אף להגנה מפני העתקתה של יצירה בשינויים קלים; שם, בעמ' 320.

140 ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 5-7.

141 חוק המלכה אן, לעיל ה"ש 125, בס' V; DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 12.

142 ראו: AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, לעיל ה"ש 29, בעמ' 7-8; DEAZLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13-14; Ginsburg, לעיל ה"ש 66, בעמ' 131, 137. ראו עוד: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 143.

The Statute of Anne was neither the first copyright act in England, nor was it intended primarily to benefit authors. It was a trade-regulation statute enacted to bring order to the chaos created in the book trade by the final lapse in 1694 of its predecessor, the Licensing Act of 1662, and to prevent a continuation of the booksellers' monopoly.

“Early copyright in England was a statutory, not a natural right; it regulated the production of copies of literary works and was not designed to confer property rights on an author”
MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 93, 97.

143 PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 147.

Although the author had never held copyright, his interest was always promoted by the stationers as a means to their end. Their arguments had been, essentially, that without order in the trade provided by copyright, publishers would not publish books, and therefore would not pay authors for their manuscript. The Draftsman of the Statute of Anne put these arguments to use, and the author was used primarily as a weapon against monopoly.

144 ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 177, 183, 190; FEATHER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 61-64.

לאחר שנחקק החוק, המשיכו המחברים למכור את זכויותיהם למוציאים לאור תמורת סכום חד-פעמי; בין המוציאים לאור נתגבשה הבנה שלפיה את הזכויות שנרכשו מהמחברים ניתן יהיה למכור במכירות פומביות אשר רק המוציאים לאור הורשו לקחת בהן חלק. באופן זה, בפועל, לא גרמה חקיקת החוק לשינוי של ממש מתקופת הפריבילגיות וממונופול הגילדה.¹⁴⁵

לאחר חקיקת חוק המלכה אן ובמהלך המאה השמונה-עשרה התקיים דיון פילוסופי ער באירופה כולה באשר לגבולות הטיועון שלפיו היצירה היא קניינה של מחברה. במסגרת דיון זה נבחנו כמה שאלות: האם דינה של יצירה כדין קניין מוחשי? מהו ההבדל בין קניין מוחשי לקניין בלתי מוחשי? מהו הנכס של היוצר הבא לידי ביטוי ביצירתו? האין זה נחוץ כי רעיונות יותרו חופשיים לשימוש הציבור הרחב?¹⁴⁶ מהו היקף השליטה הראוי על תכנים?

בשנת 1736 הוקמה באנגליה "האגודה לעידוד הלימוד" (Society for the Encouragement of Learning); אגודה זו התנגדה לשליטתם הלכה למעשה של המוציאים לאור בשוק הספרים.¹⁴⁷ כבר בשלב מוקדם זה נדון מקומם של חופש הביטוי והעיתונות החופשית בתוך משטר התכנים.¹⁴⁸ דיון זה לא נותר כשיח אקדמי בלבד, והוא אף מצא ביטוי בבתי המשפט ובקרב בעלי עניין אשר ביקשו להשפיע על החקיקה בתחום.¹⁴⁹ פסק הדין הידוע מכול שבו הגיע דיון זה לשיאו הוא עניין *Donaldson v. Becket* משנת 1774; בעניין זה נקבע כי אין להכיר בזכויות יוצרים טבעיות לאחר שפקעה תקופת ההגנה על היצירה הקבועה בחוק.¹⁵⁰ הרקע למחלוקת היה הוראת מעבר שנחקקה בחוק המלכה אן, ואשר הכירה בתוקפן של פריבילגיות שניתנו לגילדת המוציאים לאור לפני חקיקת החוק, למשך תקופה קצובה של עשרים ואחת שנים. לאחר שנחקק חוק המלכה אן עשתה הגילדה כל מאמץ לשמר ולהאריך את הזכויות הללו.¹⁵¹ למעשה, הצרדים כולם לא היו שבעי רצון מחוק המלכה אן כיוון שזה שיקף סינתזה בין השקפות שונות, ואילו כל צד ניסה לתעל את התפתחות הדין לכיוונו.¹⁵² ההכרעה בעניין *Donaldson v. Becket* סימנה במידה רבה את ההכרה הסופית והמלאה בזכות המחבר, אך גם זו נעשתה במטרה למגר את המונופול של המוציאים לאור, ומכאן חשיבותה העצומה.¹⁵³ בדיוק כמו חוק המלכה אן, הכרעת בית

145 שם, בעמ' 66.

146 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 33-35.

147 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 153.

148 למשל, טיועון חופש הביטוי הודגש במיוחד בצרפת לאחר המהפכה הצרפתית, ונשמע החשש מפני חזרה למשטר הפריבילגיות אשר נתפס כפיאודלי; Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38-39.

149 לתיאור פסקי הדין המרכזיים באנגליה שבהם נדונו שאלות אלה ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 151-180; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 202-234.

150 ראו: *Donaldson v. Becket*, לעיל ה"ש 5; ראו עוד: Rose, לעיל ה"ש 5.

151 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 148.

152 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 37. לתיאור נרחב של ניסיונות המוציאים לאור לחזק את זכויותיהם הן בפרלמנט האנגלי הן בבתי המשפט בתקופה שמחקיקת חוק המלכה אן ועד לשנת 1774, ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 154-172.

153 שם, בעמ' 151.

הלורדים הושתתה על ההבנה כי אף אם זכויות היוצרים תימסרנה למחבר, הרי בסופו של יום אם תוכרנה זכויות היוצרים מכוח המשפט המקובל כזכויות טבעיות ונצחיות הן תועברנה למוציאים לאור, וכך יישמר המונופול בשוק הספרים. אף שבית הלורדים ביקש לחזק את ההכרה בזכות המחבר, הוא ראה במיגור המונופול מטרה עליונה ועל כן קבע כי אין להכיר בזכויות היוצרים לאחר התקופה הנקובה בחוק.¹⁵⁴

דיון זה שהתרחש באנגליה (ובאירופה כולה) הגיע אף למושבות האנגליות שבאמריקה, וגם הן התחבטו בשאלה מהי הדרך הנכונה לעצב את משטר התכנים.¹⁵⁵ ערב כינון הפרוצדורה היו חוקי זכויות היוצרים בחלק מהמושבות דומים מאוד לחוק המלכה אן, הן בהגדרת המטרות המשולבות של קידום הידע בחברה והכרה בזכויות המחבר הן בהסדרים הספציפיים כגון תקופת ההגנה על היצירה.¹⁵⁶ לעומת זאת, היו מושבות אשר הדגישו בחוקיהן את זכות המחבר.¹⁵⁷ לבסוף, השפיעו חוק המלכה אן וההכרעה בעניין *Donaldson v. Becket* על חוקת ארצות הברית והובילו לאימוץ סעיף הקניין הרוחני בחוקה בשנת 1787.¹⁵⁸ לפי סעיף זה, לקונגרס האמריקני קיימת סמכות לחוקק חוק זכויות יוצרים במטרה לגרום לקידום המדע¹⁵⁹ והאמנויות השימושיות: “[T]o promote the Progress of Science and useful Arts”¹⁶⁰.

ואכן, כעבור שלוש שנים, בשנת 1790, נחקק חוק זכויות היוצרים הפדראלי הראשון בארצות הברית. חוק זה דמה בתפיסתו לחוק המלכה אן, אף שההסדרים הפרטניים שבו היו מעט שונים.¹⁶¹ בחוק נתקבלה התפיסה בדבר זכות המחבר, אולם הוצבו לה מגבלות

154 שם, בעמ' 153.

155 לתיאור של ראשית זכות היוצרים בקולוניות האנגליות בארצות הברית ראו שם, בעמ' 180-192; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 246-271.

156 ראו למשל את החוקים במדינות ניוירוק וג'ורג'יה משנת 1786: New York Copyright Statute (1786), available at www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabe/%22us_1786a%22; Georgia Copyright Statute (1786), available at www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabe/%22us_1786%22.

157 ראו למשל את החוקים במדינות מסצ'וסטס ומרילנד משנת 1783: Massachusetts Copyright Statute (1783), available at www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabe/%22us_1783d%22; Maryland Copyright Statute (1783), available at www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabe/%22us_1783e%22.

158 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38; DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 5; Ginsburg, לעיל ה"ש 66, בעמ' 131. לתיאור התהליכים שהובילו לאימוץ סעיף הקניין הרוחני בחוקה, ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 192-196.

159 המונח "מדע" היה בשעתו רחב וכוון ל"ידע" באופן כללי; לעניין זה ראו: Michael Birnhack, *The Idea of Progress in Copyright Law*, 1 BUFF. INTELL. PROP. L.J. 3 (2001).

160 “To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”; U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8; ראו עוד: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38.

161 שם; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 197; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 278-284. כך, אף שמו של החוק היה דומה מאוד לשמו של חוק המלכה אן: “An act for the encouragement

בחוק.¹⁶² לפיכך, יש הסוברים שאף בארצות הברית התפיסה הטבעית של זכויות היוצרים לא הוכחדה כליל.¹⁶³ עם זאת, בדומה לחוק המלכה אן באנגליה, אף החוק האמריקני הראשון הושתת על התפיסה שלפיה זכויות היוצרים – והפעם אלו שכוונו למחבר – הן פריבילגיה שמעניק השלטון ואשר נועדה לשרת את אינטרס הציבור האמריקני; בארצות הברית הייתה תפיסה מכשירנית זו דומיננטית במיוחד.¹⁶⁴ בית המשפט העליון האמריקני אישש תפיסה זו בשנת 1834 בעניין *Wheaton v. Peters*,¹⁶⁵ המקבילה האמריקנית לעניין *Donaldson v. Becket*.¹⁶⁶ בפסק דין זה נקבע ברוב דעות כי אין זכות יוצרים מכוח המשפט המקובל האמריקני, וכי זכויות היוצרים הן מונופול מכוח החוק, הניתן לטובת המחבר אך מושתת על שיקולי מדיניות ציבורית.¹⁶⁷ למעשה, בפסק דין זה הוגבלה ההכרה בזכות הטבעית של המחבר בפרי יצירתו לכתב היד ולפרסומו הראשון, ואילו השליטה על הפצתם של העותקים מפרסום זה הועברה להסדרה ציבורית בחוק.¹⁶⁸

תהליך דומה אירע בצרפת, שם נחקק חוק זכות יוצרים הראשון בשנת 1793; גם שם ננקטה דרך האיזון והפשרה בין התפיסות השונות באמצעות הכרה בזכותו של המחבר ליהנות מגמול עבור יצירתו, בצד הגבלת השליטה על היצירה בחוק לשם הבטחת אינטרס הציבור.¹⁶⁹

במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה המשיך להתקיים דיון ציבורי ער באנגליה בעניין אופיין של זכויות היוצרים, ובתוך פחות מחמישים שנה נחקקו בזה אחר זה שני חוקים אשר נועדו להחליף את חוק המלכה אן. בדיון ציבורי זה בלטה מגמה דואלית: חיזוק מעמד המחבר ושמירה על אינטרס הציבור בהפצת תכנים.¹⁷⁰ החוק הראשון שנועד להחליף את חוק המלכה אן הוא החוק משנת 1814; השינוי המשמעותי ביותר שנכלל

of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned”

162 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 197.
163 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38; Ginsburg, לעיל ה"ש 66, בעמ' 135. לעומת זאת, פטרסון הדגיש במיוחד את התפיסה המכשירנית המוקדמת שבחוק זכות יוצרים האמריקני, ולדעתו התפיסות הטבעיות מוגרו לחלוטין בחקיקה; ראו PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 200-198.

164 שם, בעמ' 198. פטרסון הדגיש כי התפיסה האמריקנית הייתה מראשיתה כי זכות היוצרים היא פריבילגיה יצירת חוק שמעניק השלטון, ולא "זכות"; שם, בעמ' 198, 205.

165 *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834).

166 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 203; *AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT*; לעיל ה"ש 29, בעמ' 26; Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 290.

167 ראו: *Wheaton v. Peters*, לעיל ה"ש 165; PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 208.

168 *Wheaton v. Peters*, לעיל ה"ש 165.

169 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39.

170 לניתוח מעמיק של התהליכים ההיסטוריים במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה באנגליה ולהשפעתו של החוק משנת 1842 על עיצוב תפיסת זכות היוצרים בעת המודרנית, ראו: SEVILLE, לעיל ה"ש 6 (במיוחד בעמ' 1-32); Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39; FEATHER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 148-122.

בו היה הארכה של זכויות היוצרים לתקופה של עשרים ושמונה שנים, והארכה נוספת למשך חיי המחבר אם בתום תקופה זו נותר המחבר בחיים. לראשונה נכרכה תקופת ההגנה על היצירה בזהותם של המחברים ולא במניין שנים מעת פרסום היצירה, ואף הוארכה למשך כל חייהם.¹⁷¹ חוק זה עורר דיון ציבורי סוער: מצד אחד התעוררה מחאה ציבורית משמעותית ביותר שקראה לשמירת אינטרס הציבור בתחום, ומן הצד האחר התארגנו קבוצות בעלי העניין בניסיון להשפיע על שימור החקיקה ורוחה.¹⁷² המחאה הציבורית אף הובילה להתארגנות חברתית, כגון הקמת "האגודה להפצת ידע שימושי" (Society for the Diffusion of Useful Knowledge)¹⁷³ והתאגדויות נוספות אחרות; אלה פעלו לשכנע את הציבור כי חיוזוק זכויות היוצרים יגרור האמרה של מחירי הספרים, וכי סופו לפגוע בקידום הידע והחינוך.¹⁷⁴ עמדה זו "חומשה" גם היא בגישה פילוסופית: עבודתו של גרמי בנת'האם והגישה התועלתנית צברו השפעה רבה, ותומכי המחאה הציבורית השתמשו בהן כטיעון לחיזוק עמדתם.¹⁷⁵ בצד מחאה ציבורית זו ביקשו גם המחברים להשפיע על החקיקה בדרכים מגוונות לשם חיזוק מעמדם, אולם בשלב זה הם טרם נתאגדו.¹⁷⁶

בשנים 1841-1837 הוגשו הצעות חוק רבות לתיקון החוק משנת 1814; הצעות אלה עוררו דיונים נוקבים בפרלמנט האנגלי ובעקבותיהם בציבור האנגלי כולו.¹⁷⁷ מעניין במיוחד לציין את הצעת החוק משנת 1837, הצעה שכללה סעיף בדבר היתר לשימוש הוגן ביצירה לשם שמירת אינטרס הציבור – עיקרון מרכזי ביותר בחקיקה של ימינו.¹⁷⁸ בצד זה כללה הצעת החוק הארכה של תקופת ההגנה על היצירה למשך של ששים שנה לאחר מותו של המחבר.¹⁷⁹ לבסוף, בשנת 1842 אושר בפרלמנט האנגלי חוק זכויות יוצרים חדש אשר היה שונה בתכלית מהצעות החוק האמורות, ושכמו קודמו נסמך במידה רבה

171 ראו: SEVILLE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6.

172 שם, בעמ' 6-8. לתיאור מפורט של המחאה כנגד הארכת תקופת זכות היוצרים, אשר כללה עתירות התנגדות (פטיציות) לפרלמנט, עצומות בחתימת הציבור וכן מסע הסברה בעיתונות (שהייתה בעלת השפעה עצומה באותה עת), ראו שם, בעמ' 111-148.

173 שם, בעמ' 105.

174 שם, בעמ' 21-22, 105-107.

175 שם, בעמ' 22.

176 שם, בעמ' 8, 27-28.

177 שם, בעמ' 6. סוויל סקרה במחקרה ההיסטורי את ההצעות הללו ואת מניעיו של טלפורד (Thomas Noon Talfourd, 1795-1854), חבר הפרלמנט אשר יזם את ההצעות הללו ואף הניע את הדיון הציבורי שנלווה לתהליך חקיקתי זה. לנוסחי ההצעות ראו: SEVILLE, לעיל ה"ש 6, נספחים I ו-II.

178 שם, בעמ' 8, 240. הצעת חוק משנת 1837 כללה סעיף המסייג את זכויות היוצרים במקרים הללו: "[T]he publication of any extracts fairly and bona fide made from any Book for the purpose of criticism, observation or argument, or to any translation into another language, or abridgment fairly made of any book". נוסח זה דומה מאוד לנוסח סעיף "הטיפול ההוגן" אשר אומץ בחוק האנגלי משנת 1911; ראו: Copyright Act, 1911, sec 2(1).

179 ראו: SEVILLE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18.

על חוק המלכה אן משנת 1709. אחד מחברי הפרלמנט הבולטים ביותר אשר התנגדו להארכת תקופת ההגנה על היצירה בשל השלכותיה על הציבור היה תומס מקאולי,¹⁸⁰ מי שבסופו של יום הכשיל את הרפורמה המוצעת.¹⁸¹ בשנת 1841 נאם מקאולי בפרלמנט האנגלי בגנות זכויות יוצרים חזקות בשל היותן מונופול המנוגד לאינטרס הציבור, וטען כי יש לעצב את הזכויות מתוך הכרה בהיותן רע הכרחי. נאום זה הפך לסמל לניצחונה של המחאה הציבורית ולהתוויית זכויות היוצרים בהתאם לאינטרס הציבור.¹⁸² אמנם, בחוק משנת 1842 הוארכה שוב תקופת ההגנה על היצירה למשך ארבעים ושתיים שנים, ואם המחבר נותר בחיים הוארכה התקופה למשך חייו ולשבע שנים נוספות לאחר מותו; אולם נראה כי שינוי זה אינו משמעותי ביותר כיוון שכבר בחוק משנת 1814 נכרכה תקופת ההגנה על היצירה במשך חיי המחבר.¹⁸³ חשיבותו של החוק משנת 1842 הייתה בעיקר בניתוב האיוון העדין שבין האינטרסים המתמודדים על הבכורה, לאורם של התהליכים הפוליטיים המורכבים אשר התרחשו ברקע ולאור המעורבות הגדולה של כל בעלי העניין, לרבות הציבור, בתהליך זה, ופחות בשינוי החקיקה עצמו.¹⁸⁴

הסה הדגישה במחקרה ההיסטורי כי עד לאמצע המאה התשע-עשרה נתפסו זכויות היוצרים כמושג שאיוון בין התפיסות הטבעיות של זכות המחבר ביצירתו לבין הצורך לקדם את אינטרס הציבור, ללא הכרעה גורפת לטובת תפיסה כלשהי.¹⁸⁵ ברוח דברים זו, רק בשנת 1845 נכנס למילון "אוקספורד" האנגלי המונח "קניין רוחני", מונח שהיה חדש באותה העת.¹⁸⁶ אם כן, בלב התפיסה המודרנית של מושג הקניין הרוחני מצויים איוון ופשרה בין גישות פילוסופיות.¹⁸⁷ פרשנות זו של ההשתלשלות ההיסטורית חשובה ביותר, שכן דומה כי היא אינה שנויה במחלוקת, וההבדל הוא בניתוח המאורעות. התמונה של התפתחות זכויות היוצרים כבעלות נרטיב מרכזי של איוון ופשרה עלתה במחקרים נוספים, אלא שהסה חידדה הבנה זו של התפתחות הדין. ברוח דומה, מטרת מחקרו של דייוויס הייתה להציג את העמדה כי התפתחותן של זכויות היוצרים, לפחות מאז חוק המלכה אן,

180 Thomas Macaulay (1800–1859).

181 Seville, לעיל ה"ש 6, בעמ' 17, 28.

182 שם, בעמ' 31, 62; Ginsburg, לעיל ה"ש 66, בעמ' 132. לנאום המלא שאליו מפנה אריק פלינט, ראו: Eric Flint, *Prime Palaver #4, Macaulay on Copyright Law*, BAEN, www.baen.com/library/palaver4.htm.

183 ראו: Seville, שם, בעמ' 6.

184 שם, בעמ' 8–9. מקאולי עצמו כינה את החוק "פשרה טובה לצדדים כולם"; שם, בעמ' 32.

185 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39.

186 שם. עד לאמצע המאה התשע-עשרה לא אפשרה התפיסה המשפטית של הקניין להכיר בנכס שאינו מוחשי; ראו: Seville, לעיל ה"ש 6, בעמ' 25. למסקנה דומה ראו: Bracha, לעיל ה"ש 66, בעמ' 240. למחקר על אודות המונח "קניין רוחני" ולטענה כי הוא התגבש בשלב מוקדם יותר ממחצית המאה התשע-עשרה, ראו: Justin Hughes, *Notes on the Origin of Intellectual Property: Revised Conclusions and New Sources* (CARDOZO LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER NO. 265 JULY 2009), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432860.

187 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40.

הונעה משיקול אינטרס הציבור.¹⁸⁸ אף גינזבורג הסיקה כי הן בצרפת הן בארצות הברית הושתתו דיני זכויות היוצרים מראשיתם, על תכלית מכשירנית שעניינה קידום מטרות ציבוריות.¹⁸⁹

פטרסון סיכם את מחקרו בדבר ההיסטוריה של זכויות היוצרים בטענה כי זכויות היוצרים צמחו מתוך רצון להגן על האינטרס כלכלי של היזם או של המוציא לאור ולא מתוך רצון להגן על היצירה עצמה.¹⁹⁰ בהתאם לכך, ההגנה שניתנה הייתה מפני פעולות של היזם-המתחרה שביקש לגזול מרווחיו של הראשון.¹⁹¹ פועל יוצא מכך הוא כי פעולות אשר נעשו על ידי הפרט היחיד בקשר ליצירה עצמה, ואשר מטרתן לא הייתה תחרות עסקית ופגיעה ברווחים, לא היו מעניינה של הזכות, לפחות עד מחצית המאה התשע-עשרה.¹⁹² גם ברכה הסיק כי רק בסוף המאה השמונה-עשרה או בתחילת המאה התשע-עשרה החלו להתעורר ניצנים ראשונים לעמדה העיונית שלפיה זכויות היוצרים אינן כוללות רק זכות בלעדית להדפיס תכנים כי אם זכות קניין בנכס בלתי מוחשי, המכונה יצירה.¹⁹³ ולבסוף דזלי, במחקר חדשני אשר בחן את "ההיסטוריה של ההיסטוריה", כדבריו, סבר כי ההכרה באינטרסים קניינים פרטיים עד למחצית המאה התשע-עשרה נעשתה למעשה על ידי אותם כותבים אשר חיברו ספרים הסוקרים את דיני זכויות היוצרים באותה העת (treatises); בכך כותבים אלה לא רק שכתבו את ההיסטוריה אלא אף הכתיבו אותה, שכן בתי המשפט נסמכו על שכתוב היסטורי זה. עם זאת, בפועל בתי המשפט לא מיהרו להכיר בזכות קניינית טבעית בתכנים המודפסים.¹⁹⁴

3. אמנות הקניין הרוחני, החוק האנגלי בשנת 1911 ותחילת "ההווה"

במחצית המאה התשע-עשרה הייתה אירופה נתונה כבר בעיצומה של מהפכה טכנולוגית נוספת אשר גררה עמה שינויים חברתיים וכלכליים עצומים, הלא היא המהפכה התעשייתית. המהפכה התעשייתית הגבירה את העימות בין רצון בעלי הקניין הרוחני שבא אל העולם ליהנות מפרי עמלם לבין אינטרס הציבור בשחרור התכנים ממגבלות.¹⁹⁵ בשלב זה החלה לצמוח מגמה חדשה ונוספת שעתידה הייתה לשנות את פני משטר התכנים עד לימינו אלה. מגמה זו היא התאגדותם של בעלי הקניין הרוחני ופעולתם לקידום משטר התכנים במישור הלאומי¹⁹⁶ אך בעיקר במישור הבינלאומי, תחילה כהסדרים דו-צדדיים ולבסוף כאמנות רב-צדדיות, אשר המרכזיות שבהן הן אמנת פריז להגנת הקניין התעשייתית

188 ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 3.

189 ראו: GINSBURG, לעיל ה"ש 66, בעמ' 135, 137.

190 ראו: PATTERSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 228.

191 שם, בעמ' 224, 228.

192 שם, בעמ' 228.

193 ראו: BRACHA, לעיל ה"ש 66, בעמ' 240, 319.

194 ראו: DEAZLEY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26-56.

195 ראו: HESSE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40.

196 לתיאור תהליך ההתאגדות של היוצרים השונים באנגליה לשם קידום החקיקה הלאומית, תהליך שהתרחש במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, ראו: FEATHER, לעיל ה"ש 52, בעמ' 180-185.

(1883) ואמנת ברן להגנת יצירות ספרות ואמנות (1886).¹⁹⁷ בעקבות התפתחות זו, נחקק באנגליה בשנת 1911 חוק זכות יוצרים חדש אשר שיקף את תפיסות היסוד של אמנת ברן.¹⁹⁸ בחוק זה ניתן ביטוי נרחב ביותר לאינטרסים של המחברים, החל בסוגי היצירות המוגנות, דרך אגד הזכויות הנוגע באותן היצירות וכלה בתקופת ההגנה על היצירות.¹⁹⁹ עם זאת, יש להדגיש כי באמנת ברן עוגנה לראשונה שיטת הסייגים, המתירה שימושים שונים ביצירות מוגנות לשם קידום אינטרסים ציבוריים ראויים,²⁰⁰ וזו אף הכשירה ציטוטים מיצירות.²⁰¹ בהתאם לכך עוגנה בחוק האנגלי משנת 1911 הגנת הטיפול ההוגן ביצירה, המתירה שימוש ביצירות למטרות לימוד, מחקר, ביקורת, סקירה ותמצית עיתונאית.²⁰² החוק האנגלי משנת 1911 עמד בתוקפו בישראל עד לשנת 2008, וחוק זכות יוצרים החדש שנחקק בישראל נשען במידה רבה על המסגרת המשפטית שהותוותה בחוק זה.²⁰³ עידן האמנות מסמל למעשה את סופו של הניתוח ההיסטורי של תהליך התגבשות זכויות היוצרים, שכן אמנות אלה מכתיבות את משטר התכנים אף כיום. אם כן, עידן האמנות שהחל בסוף המאה התשע-עשרה והחוק האנגלי משנת 1911 מובילים אותנו היישר אל ההווה.

לשיטתו של דייוויס, הממשלות אשר כוננו את משטר האמנות ואשר הוציאו אותן אל הפועל בתחיקה הלאומית, הונעו גם הפעם מתוך רצון לקדם את אינטרס הציבור.²⁰⁴ כך, למשל, הארכת תקופת ההגנה על היצירה בחוק האנגלי משנת 1911 למשך חיי המחבר ולמשך חמישים שנים נוספות לאחר מותו נעשתה לשם התאמת הדין האנגלי לאמנת ברן, אך רק לאחר שהממשלה האנגלית שוכנעה כי הדבר משרת את תכלית קידום

-
- 197 אמנת פריז להגנת הקניין התעשייתי (1883) (כתב מתוקן: 19 במאי 1970), כ"א 735, 495; אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות (1886) (כתב מתוקן: שטוקהולם, 10 ביולי 1967), כ"א 21, 581 (להלן: "אמנת ברן"); Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40; May & Sell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 145. לתיאור מפורט של ההשתלשלות ההיסטורית בזירה הבינלאומית שהובילה לכינונה של אמנת ברן, ראו: Ricketson & Ginsburg, לעיל ה"ש 76, בעמ' 27-83.
- 198 Davies, לעיל ה"ש 64, בעמ' 37-38. למשל, בחוק האנגלי משנת 1911 עוגנה הארכת זכויות היוצרים למשך חיי המחבר ולמשך חמישים שנים נוספות לאחר מותו, בהתאם לכלל שנקבע באמנת ברן בוועידת ברלין משנת 1908; ראו: Feather, לעיל ה"ש 52, בעמ' 198.
- 199 שם, בעמ' 203.
- 200 סעיף 9 לאמנת ברן. הסעיף עבר התפתחויות שונות עד שהגיע לנוסחו הסופי; אולם כבר בראשית הדרך הובן הצורך להכיר בסייגים כלשהם לזכות או לכל הפחות לא לגרוע מסייגים הנוהגים בדין הלאומי. ראו: Ricketson & Ginsburg, לעיל ה"ש 76, בעמ' 759.
- 201 סעיף 10 לאמנת ברן.
- 202 ראו: Copyright Act, לעיל ה"ש 178.
- 203 חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007, ס"ח 2119; החוק נכנס לתוקפו בישראל ב-25.5.2008. לדיון בחוק, ראו יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). החוק האנגלי משנת 1988 נשען במידה רבה על החוק האנגלי משנת 1911; Feather, לעיל ה"ש 52, בעמ' 204.
- 204 ראו: Davies, לעיל ה"ש 64, בעמ' 4, 38.

הספרות והאמנות.²⁰⁵ לשיטתו, ניתן אמנם לרוץ באופן ביקורתי בשאלה אם כלל זה או אחר אכן משרת באופן מיטבי את אינטרס הציבור, אולם לא בכך העיקר כי אם בעמדה לפיה הממשלות אכן פעלו מתוך מוטיב של קידום אינטרס הציבור.²⁰⁶ כאמור, בחוק משנת 1911, שנחקק בעקבות אמנת ברן, אכן עוגנו מנגנונים מובנים לשמירת אינטרס הציבור, כגון הסייג לזכויות היוצרים המתיר טיפול הוגן ביצירה למטרות הנתפסות כמקדמות את טובת הציבור.²⁰⁷

לעומת זאת, סל ורבים אחרים הציגו עמדה ביקורתית שלפיה הממשלות הן אמנם אלה שכוננו את ההסכמים הבינ-לאומיים, אך הן הונעו על ידי בעלי עניין מהסקטור הפרטי.²⁰⁸ כך, למשל, אמנת ברן החדירה לענף זכויות היוצרים את מושג המקוריות, אשר אומץ באנגליה לראשונה בחוק מ-1911.²⁰⁹ דרישת המקוריות שימשה למעשה כהצדקה להכרה בהגנה חזקה ונרחבת על היצירה; עד לאותה עת התפיסה הייתה כי הכול רשאים לעשות שימוש בתכנים קודמים פרט להדפסתם, וההגנה על היצירה התמקדה במידה רבה בהפצת היצירה כמות שהיא.²¹⁰

כיום עמדה ביקורתית זו נפוצה ביותר.²¹¹ תקופת האמנות ניתנת לתיאור באופן גס וכוללני כתקופה שבה נגרם "פיחות זוחל" באינטרס הציבור לטובת אינטרס בעלי הקניין הרוחני.²¹² הדוגמה המובהקת מכול היא תקופת ההגנה על היצירה: בחוק המלכה אן נקבע משכה ל-14 שנים; באמנת ברן תוקן משכה למשך חיי היוצר וחמישים שנים נוספות אחרי

205 שם, בעמ' 38.

206 שם, בעמ' 4.

207 שם, בעמ' 265, 276-279.

208 ראו: MAY & SELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 145. לסקירה נרחבת של תופעה זו, שהחלה בסוף המאה התשע-עשרה ואשר השפעתה על עיצוב הקניין הרוחני היא מכרעת עד היום, ראו: SUSAN K. SELL, PRIVATE POWER, PUBLIC LAW: THE GLOBALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (2003).

209 ראו: DAVIES, לעיל ה"ש 64, בעמ' 38. מושג זה אומץ בחקיקה משנת 1909 בארצות הברית. ראו: AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT, לעיל ה"ש 29, בעמ' 30.

210 שם, בעמ' 24-25. ראו גם: Ginsburg, לעיל ה"ש 66, בעמ' 132. לסקירה מקיפה על ההתפתחות ההיסטורית של דרישת המקוריות במשפט האמריקני, ולהבחנה כי מושג זה הוא תוצר מעורב של אידאולוגיה ושל אינטרסים כלכליים, ראו: Oren Bracha, *The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright* 118 YALE L.J. 186, 201, 209-24 (2008).

211 ראו למשל: CHRISTOPHER MAY, A GLOBAL POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: THE NEW ENCLOSURE? (2000); Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE J. INT'L L. 1 (2004); Graeme B. Dinwoodie & Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 95, 98 (2004); Andréa Koury Menescal, *Those Behind the TRIPS Agreement: The Influence of the ICC and the AIPPI on International Intellectual Property Decisions*, I. P. Q. 155 (2005).

212 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40.

מותו; וכיום, במרבית מדינות העולם נמשכת תקופת ההגנה על היצירה 70 שנים לאחר מות היוצר. תהליך זה של הטיית הכף לטובת בעלי הקניין הרוחני נתמך בעיקר על ידי מדינות אירופה, אשר מעמדן כיצרניות התכנים התחזק. לעומת זאת ארצות הברית, אשר עד לתחילת המאה העשרים הייתה בעיקר יבואנית של תכנים, סירבה להצטרף לחוגי האמנות ודגלה בגישה המבכרת את אינטרס הציבור.²¹³ ככל שמעמדה של ארצות הברית כיצרנית וכיצואנית של תכנים הלך והתחזק השתנתה גישתה לכיוון של הכרה בקניין רוחני, עד להצטרפותה למשטר האמנות הבין-לאומיות²¹⁴ ולכינונו של הסכם טריפס בשנת 1994,²¹⁵ הסכם שנתפס כנקודת שיא בעידן האמנות.²¹⁶

אם כן, בסיום הניתוח ההיסטורי אנו חוברים לדברים שנאמרו בתחילתו על אודות התנועה העכשווית לחופש התכנים, המבקשת לעצור את המגמה של חיזוק האינטרסים הכלכליים-קנייניים כדי לקדם את אינטרס הציבור, כפי שזה נתפס על ידה.

ד. זכויות היוצרים בראי ההיסטוריה

סקירת ההתפתחות ההיסטורית של זכויות היוצרים לעיל נועדה, כאמור, לסייע בהבנתה של התנועה לריסון זכויות היוצרים שקמה בשנות התשעים של המאה העשרים. דהיינו, השאלה היא מה עשוי העבר ללמדנו על ההווה.

1. התנועה הנוכחית לחופש התכנים ברצף ההיסטוריה ותנועת ה-Development Agenda

דיני זכויות היוצרים לוו במהלך השנים במאבקים חוזרים ונשנים בין אינטרס הציבור, אשר תוכנו התפתח כשלעצמו במרוצת הזמן, לבין אינטרסים פרטיים, בתוך כדי התמודדות עם שינויים כוללים בזירה החברתית-פוליטית, הכלכלית והטכנולוגית. מאבקי האינטרסים הללו נחשפו מעת לעת בעצמות שונות; אולם נראה כי הם מתאפיינים בתבניות מסוימת הנובעת מכמה אינטרסים יסודיים המרכיבים את קונפליקט הליבה – אלו של היוצר, של היזם או של המתווך ושל הציבור. האינטרסים היסודיים הללו היו מרכיביו העיקריים של כור ההיתוך מראשית הדרך, וכך הם נותרו עד היום.²¹⁷ גם האינטרס הכולל של קידום מדיניות ציבורית היה מראשית הדרך מרכיב מרכזי בכור היתוך זה, אולם בחלוף הזמן

213 ש.ס.

214 ארצות הברית הצטרפה כצד לאמנת ברן בשנת 1989.

215 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 33 I.L.M. 1125 (1994).

216 ראו: Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40-41; May & Sell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 120-121. לתיאור מפורט של ההתנגדות האמריקנית להכיר בזכויות יוצרים של נתינים זרים עד סוף המאה התשע-עשרה, לשם הפצת ספרים של יוצרים אנגלים במחירים זולים מאלו שבאנגליה, ראו: Sell, לעיל ה"ש 50, בעמ' 286-287, 290-291.

217 ראו גם דבריו של Feather, לעיל ה"ש 52.

נראה כי משקלו נחלש נוכח התחזקות האינטרסים הנגדיים.²¹⁸ על רקע זה יש להבין את תפקודה החברתי-פוליטי של התנועה הנוכחית לשחרור התכנים כניסיון – נוסף – להשיב את אינטרס הציבור למרכז בימת השיח הציבורי, בדומה לניסיונות מסוג זה בעבר. העבר אף יכול ללמדנו כי פרט לקיומו של דיון ציבורי, ער ככל שיהיה, הצלחתו של ניסיון זה תלויה, בין היתר, ביכולתו של אינטרס הציבור לחדור אל תוך הזירה שבה מעוצב הדיון במאה העשרים ואחת, קרי זירת הדיון הבין-לאומי.

התפתחות דיני זכויות היוצרים ניתנת לתיאור כמאופיינת ב"מערכולות" עתיות: התפתחויות שונות בשוק התכנים, הנובעות מתמורות כלכליות, חברתיות או טכנולוגיות, גוררות עמן מאבקים בין האינטרסים היסודיים והקוטביים, הכוללים את האינטרסים של יוצרי התכנים, של בעלי העניין הכלכלי בשוק התכנים ושל הציבור החפץ בהפצת התכנים ובגישה אליהם. האינטרסים היסודיים הללו התפתחו והתעבו אף הם, ולעתים נוצרו ביניהם התלכדויות חלקיות. למשל, כבר בסוף המאה החמש-עשרה נתפס אינטרס הציבור ככולל את אינטרס השגשוג הכלכלי של המדפיסים, שכן שגשוגם היה שגשוגה של הקהילה כולה;²¹⁹ החל מסוף המאה השבע-עשרה נתפס אינטרס הציבור ככולל לא רק את הצורך בגישה ליצירות כי אם גם את הצורך להכיר במעמדו העצמאי של המחבר המודרני והחילוני.²²⁰ לעתים נתפסה התלכדות האינטרסים כרטורית בלבד. כך, נטען כי עובר לחקיקת חוק המלכה אן נעשה שימוש ציני באינטרס הקנייני של המחבר לשם קידום האינטרס הכלכלי של היוזם; החוק שינה אמנם את סדרי עולם המשפט והעניק את הבעלות הראשונה ביצירה למחברה, אך הוא המשיך למלא את כיסיהם של המוציאים לאור כבימים ימימה, וגרם להפסת הביקורת הציבורית בעניין הכרה במעמדו של המחבר המודרני והחילוני.²²¹ עם זאת, הוויכוח הנוכחי אשר הוצג לעיל בדבר הצורך בקיומו של תמריץ להפיק יצירות, העוסק גם בשאלה מדוע נדרש תמריץ כזה כלל ובשאלות דומות, מדגים כי האינטרסים היסודיים האמורים, אשר התגבשו עם המצאת הדפוס, נותרו בעינם.²²² הכלי הטכנולוגי הוא חדש אך יין האינטרסים שנמזג לתוכו הוא ישן.

במערכולות העתיות הללו מוצגים לעתים גם הטעונונים הפילוסופיים במחזוריות. למשל, הוויכוח בשאלה אם קיימת זכות קניין רוחני טבעית פרט לזו הקבועה בחוק, שהוכרע בשנת 1774 בפסק הדין בעניין *Donaldson*, לא איבד מחיותו עד ימינו והוא שב וחוזר בתצורות שונות.²²³ פסק הדין בעניין *א.ש.י.ר.*, שניתן בישראל בשנת 1998, ושנדרונה בו שאלת היחס שבין דיני הקניין הרוחני לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט, אינו אלא נגזרת של אותו הדיון בדיוק. אולם המגמה המכרעת בפסק דין זה הייתה הפוכה מזו שבעניין *Donaldson*; בפסק הדין הוכר קיומה של זכות קניין רוחני שלא מכוח חוק

218 ראו: May, לעיל ה"ש 211, בעמ' 11-15.

219 ראו לעיל ה"ש 81-78, 91 והטקסט המפנה אליהן.

220 ראו לעיל ה"ש 109-111 והטקסט המפנה אליהן.

221 ראו לעיל ה"ש 115, 140-143 והטקסט המפנה אליהן.

222 ראו למשל השיקולים אשר עמדו בבסיס כינון שיטת הפריבילגיות בוונציה בסוף המאה החמש-עשרה, והשימוש בפריבילגיות לקידום אינטרס הציבור בפיקוח על מחיר התכנים, על זמינות התכנים, על איכות ההדפסה וכולי; ראו לעיל ה"ש 81-78, 91 והטקסט המפנה אליהן.

223 ראו: Davies, לעיל ה"ש 64, בעמ' 32.

חרות, בניגוד להלכה שנקבעה באנגליה מאתיים שנים קודם לכן, ובכך חוזקו האינטרסים הכלכליים והקנייניים הפרטיים.²²⁴

מעניין במיוחד לעקוב אחר גלגוליו של אינטרס הציבור במהלך ההתפתחות ההיסטורית של דיני זכויות היוצרים, ואחר מעמדו במערבולות העתיות. כאמור, אינטרס קידום המדיניות הציבורית ליווה את הדין מראשיתו.²²⁵ דוגמה בולטת לכך היא השימוש בפריבילגיות המוקדמות בוונציה, בסוף המאה החמש־עשרה, ככלי להסדרה של זמינות התכנים ושל איכות הדפסתם, וכן להסדרת היחסים בין המדפיסים השונים לשם הבטחת שגשוג כלכלי כולל של העיר.²²⁶ לאחר מכן, עת נחקק חוק המלכה אן, התבססה היטב ההכרה כי אינטרס הציבור מחייב מאבק בתמחור המונופוליסטי של התכנים, אשר פגע בהפצת הידע.²²⁷ לא רק תוכנו של אינטרס הציבור עבר תמורות, אלא אף הלך וגדל הפער בין משקלו הרב של אינטרס זה בשיח הציבורי לבין השפעתו של השיח הציבורי על כור ההיתוך של עיצוב הדין, השפעה שהלכה ופחתה. דוגמה בולטת לכך היא הצלחתו של השיח הציבורי באנגליה בשנת 1842 למנוע את אימוץ הכלל בעניין הארכת תקופת ההגנה על היצירה למשך חיי היוצר, ואי־יכולתו לעשות כן כעבור שישים ותשע שנים בחוק משנת 1911.²²⁸ מהו הגורם אשר עמעם את כוחו של השיח הציבורי במהלך שנים אלה? תשובה מסתברת היא השינוי המרכזי בכלכלה הפוליטית של הקניין הרוחני, כלכלה שבעת כינון אמנת ברן משנת 1886 הוסטה לעבר הזירה הבין־לאומית. עם זאת ראוי לציין כי האינטרס הציבורי לא איבד לחלוטין מכוחו, והוא אף רשם הישגים נאים בכלכלה הפוליטית של עידן האמנות. הדוגמה המרכזית לכך היא עיגון שיטת הסייגים באמנת ברן וקביעת הגנת הטיפול ההוגן ביצירה בחוק האנגלי משנת 1911.²²⁹ מכל האמור לעיל עולה כי אינטרס הציבור לא איבד מחיותו.

על רקע זה ניתן לראות בתנועה הנוכחית לחופש התכנים, במובנים רבים, תנועה המבקשת להחזיר את עטרת אינטרס הציבור ליושנה, וכזו שהיא בעלת השפעה של ממש על כור ההיתוך שבו מעוצב הדין. מהלך שכזה מתיישב עם התפתחות זכויות היוצרים אם זו נבדקת על פני מאות השנים, ולא רק מאז סוף המאה התשע־עשרה, עת החל עידן האמנות. דיני זכויות היוצרים היו נתונים מראשיתם ללחצים שמקורם בנקודת המפגש בין טכנולוגיה לבין כלכלה פוליטית ופילוסופיה, ועוצבו בין היתר, במודע או שלא במודע,

224 ראו: רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא ייצור והפצה נ' פורום אביזורים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998). לביקורת על פסק הדין ראו ניבה אלקין־קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9 (2001). עוד לעניין זה ראו עופר גרוסקופף "הנשר והנסיוכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 201 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

225 ראו לעיל ה"ש 183–187 והטקסט המפנה אליהן.

226 ראו לעיל ה"ש 78–81, 91 והטקסט המפנה אליהן.

227 ראו לעיל ה"ש 118–125 והטקסט המפנה אליהן.

228 ראו לעיל ה"ש 168–182 והטקסט המפנה אליהן.

229 ראו לעיל ה"ש 198–200.

בהתאם לשיקולים של מדיניות ציבורית.²³⁰ כיוון שכך, קריאה להשבת מעמדו של אינטרס הציבור על כנו ולהסטה של נקודת האיזון הנוכחית אינה זרה לרצף התפתחות הדין, אם זה נבחן לאורך השנים.²³¹ במילים אחרות, תנועה שהחלה בשנות התשעים של המאה העשרים, הקוראת לחיזוק אינטרס הציבור כתגובת נגד למגמה שניכרה בתקופת האמנות ושייאה היה בהסכם טריפס משנת 1994, אינה נראית עוד כחריגה בלתי צפויה במהלך התפתחות הדין, לאור קיומן של מגמות ושל יזמות מן העבר הרחוק לקידום אינטרס הציבור בעיצוב משטר התכנים.²³² הניתוח ההיסטורי שלעיל אף עשוי לנבא – אולי – כי קידום האינטרסים הפרטיים ירוסן בסופו של יום על ידי בעלי העניין הפרטיים עצמם במסווה של קידום אינטרס הציבור, במטרה לשמור על מעמדם. השאלה היא אם יהיה בכוחו של שיח ציבורי זה לחדור אל מעבר לדעת הקהל, לתוך מוקדי הכוח שבהם מעוצב הדין כיום.

התנועת הנובעת מבחינת התנועה הנוכחית לחופש התכנים בראי ההיסטוריה היא הבנת תפקידה החברתי-פוליטי החשוב להחזרת כוחו של האינטרס הציבורי, בצד מעעום הצורך לדון במדוקדק בתקפות הטיעונים המשפטיים השונים המובאים במסגרתה. השאלה העיקרית, אפוא, היא אינה אם נדרש עדיין תמריץ כלכלי להפקת תכנים ואם מודל פעולה שיתופי ופילנטרופי להפקת תכנים אכן עתיד לכבוש את השוק, אלא כיצד יש להביא בחשבון את אינטרס הציבור, אשר כיום, לאור המציאות שיצרה הסביבה הדיגיטלית, מחייב יתר חופש פעולה של הפרט בקשר לתכנים המופצים. כך, יש לדאוג את קריאת הקיצון לבטל כליל את זכויות היוצרים ככזו שנועדה לעורר את השיח הציבורי בסוגיה האמורה, וככזו בלבד. אולם משהתעורר שיח זה יש לנהלו מתוך הכרה בקיומם של האינטרסים היסודיים הנוספים שנתרו רלוונטיים כתמיד. ההיסטוריה מאפשרת להביט באופן מפוכח על התבניות שבאותו דיון עתי, ועל כן לקיים שיח משפטי וציבורי פרגמטי ופורח.²³³ יש להכיר בכך שהאינטרסים הציבוריים והפרטיים נותרו על כנם וכי תפקידו של משטר התכנים, כפי שעוצב מראשית דרכו, הוא לפשר בין האינטרסים המגוונים הללו, מתוך תכלית כללית של קידום אינטרס הציבור.

התובנה כי השיח הציבורי לבדו לא יוכל לגרום בהכרח לשינוי המשפטי המיוחל מניעה תנועה חברתית-פוליטית נוספת מהעשור הראשון של המאה העשרים ואחת. תנועה זו מבקשת להילחם במשטר התכנים שמכתיבת אמנות הקניין הרוחני בתוך מסגרת הגופים

230 ראו: May & Sell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 107, 109.

231 שם, בעמ' 107.

232 לניתוח דומה ראו שם, בעמ' 120-121; Hesse, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40-41.

233 לדיון תאורטי בשאלה מהו שיח משפטי פרגמטי הנשען על אנלוגיות משפטיות לוגיות, ראו: Brewer, לעיל ה"ש 45. לעניין השיבותו של דיון משפטי פרגמטי בתחום דיני זכויות היוצרים לאור מורכבות האינטרסים והתאוריות הפילוסופיות הנוגדות, ראו: Goldstein, לעיל ה"ש 29. השופט ניומן מבית המשפט לערעורים בארצות הברית כתב על הצורך בדיאלוג פורה בין האקדמיה לבתי המשפט בתחום הקניין הרוחני; הוא ביקר את הנטייה לכתובה תאורטית לחלוטין אשר מטיבה היא קטגוריאלית. ראו: Jon O. Newman, *Academia and the Bench: Toward a Productive Dialogue*, in *EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY* 421 (Rochelle Dreyfuss, Dianne L. Zimmerman & Harry First eds., 2004).

האמונים על האמנות הללו.²³⁴ במילים אחרות, תנועה זו השכילה להבין כי במהלך השנים נוצר פער בין מקומו של אינטרס הציבור בשיח הציבורי לבין חולשתו בזירה שבה מעוצב הדין, וכי קידומו של אינטרס הציבור הלכה למעשה מחייב גישור על פער זה. על כן, תנועה זו פועלת מתוך הכרה ברורה כי כדי לחולל את השינוי המשפטי הרצוי בענף הקניין הרוחני יש לגרום לשינוי בכלכלה הפוליטית בתחום.²³⁵ דרך הפעולה שנוקטת תנועה זו היא ניסיון להביא לשינוי במאזן הכוחות בתוך הזירה המרכזית שבה מעוצב ומוכתב ענף הקניין הרוחני כיום – זירת האמנות הבין-לאומיות.²³⁶ בהתאם לכך תנועה זו, הידועה בכינויה "אג'נדה הפיתוח" (Development Agenda) או "גישה לידע" (Access to Knowledge), פועלת לשינוי משמעותי של ההסכמים הבין-לאומיים הן בחסות ארגון הקניין הרוחני של האו"ם הן במסגרת ארגון הסחר העולמי והסכם טריפס.²³⁷ מטרת תנועה זו היא לעודד ולהרחיב את הגישה לידע לטובת הציבור הרחב ולטובתן של מדינות מתפתחות,²³⁸

234 יו עמד על ההבחנה שבין שתי התנועות האמורות – התנועה לחופש התכנים, שאותה כינה "enclosure of the public domain movement", והתנועה המבקשת לפעול בזירה הבין-לאומית, שאותה כינה: "the international enclosure movement". ראו: Yu, לעיל ה"ש 8, בעמ' 828.

235 ראו: Neil Weinstock Netanel, *The WIPO Development Agenda and Its Development Policy Context*, in THE DEVELOPMENT AGENDA: GLOBAL INTELLECTUAL PROPERTY AND DEVELOPING COUNTRIES 1 (Neil W. Netanel ed., 2009), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1310388.

236 תיאור פעילותה של תנועה זו במסגרת ארגון הקניין הרוחני של האו"ם (WIPO) מצוי באתר הבית של הארגון עצמו: WIPO – WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, www.wipo.int/ip-development/en/agenda. האסיפה הכללית של הארגון אימצה באוקטובר 2007 החלטה בדבר 45 המלצות ליישום האג'נדה של הארגון: *The 45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda*, WIPO – WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html#c. הכלת תנועה זו בתוך פעילותו הממוסדת של הארגון ואימוץ המלצות האמורות משקפות כשלעצמן "רגע היסטורי", המסמל את תחילתו של שינוי מסוים בכלכלה הפוליטית בזירה. ראו: Yu, לעיל ה"ש 8, בעמ' 828; Netanel, לעיל ה"ש 235.

237 ראו למשל: Proposal by Argentina and Brazil for the Establishment of a Development Agenda for WIPO, WIPO General Assembly, Thirty-First (15th Extraordinary) Session, Geneva, September 25 to October 4, 2004, WO/GA/31/11 Add; Inter-Sessional Intergovernmental Meeting On A Development Agenda For WIPO, Second Session, Geneva, June 20 to 22, 2005, IIM/2/10/Prov. 2, Sec. 20; Doha WTO Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001.

238 ראו סעיף 1 לטייטה ראשונית של אמנה בדבר גישה לידע (Treaty On Access To Knowledge), שהוצגה בפני WIPO בחודש יוני 2005: "Article 1-1 – Objectives: The Objectives of this treaty are to protect and enhance [expand] access to knowledge, and to facilitate the transfer of technology to developing countries"

באמצעות ריסון ניכר של זכויות הקניין הרוחני.²³⁹ לגישת התנועה יש לשנות את דפוס הפעולה המקובל כיום, לפיו נקבעות הנורמות הבין-לאומיות על פי עקרון ה-"one-size-fits-all", כיוון שעקרון זה משרת את האינטרסים הכלכליים שהם נחלתם של המדינות המפותחות בלבד.²⁴⁰ נותר להמתין ולראות אם תנועה זו אכן תצליח במשימתה ותחולל שינוי שיהיה בגדר נקודת מפנה היסטורית.

2. דחיית הדטרמיניזם הטכנולוגי והאבולוציה של דיני זכויות היוצרים

כיום, עמדה מקובלת בקרב חוקרים רבים מתחומי הסוציולוגיה ומדע המדינה היא כי יש לדחות את התפיסה הדטרמיניסטית בעניין השפעתה של הטכנולוגיה על החברה, ובכלל זה על המשפט.²⁴¹ הטכנולוגיה משפיעה על החברה ועל כן גם על המשפט, בהיותו מוסד

239 למשל, סעיף 1-3 לטיטת האמנה בדבר הגישה לידע, שם, מציע הריגים נרחבים ביותר לזכות היוצרים ובהם:

[...] parties to this treaty also shall implement a general exception to copyright law, applicable in special cases where the social, cultural, educational or other developmental benefit of a use outweigh the costs imposed by it on private parties [and providing for equitable remuneration to the copyright owner in appropriate circumstances].

240 ראו: Yu, לעיל ה"ש 8, בעמ' 828.

241 הדטרמיניזם הטכנולוגי רווח בארצות הברית של המאה התשע-עשרה, בה ה"קדמה" (Progress) נתפסה כערך עליון. לסקירה מקיפה על אודות תפיסה מושרשת זו בתרבות האמריקנית, ראו: Merritt Roe Smith, *Technological Determinism in American Culture*, in DOES TECHNOLOGY DRIVE HISTORY? THE DILEMMA OF TECHNOLOGICAL DETERMINISM DOES TECHNOLOGY DRIVE (להלן: 1, 1-25 (Merritt Roe Smith & Leo Marx eds., 1994) Leo Marx, *The Idea of "Technology" and Postmodern Pessimism*, (HISTORY? in TECHNOLOGY, PESSIMISM, AND POSTMODERNISM 11, 14-21 (Yaron Ezrahi, Everett Mendelsohn & Howard Segal eds., 1994) (להלן: TECHNOLOGY, PESSIMISM). לדחיית הדטרמיניזם הטכנולוגי ולהעדפת העמדה שלפיה הטכנולוגיה כפופה אף היא לבחירות חברתיות המושפעות ממרכיבים מגוונים, ראו: Bruce Bimber, *Three Faces of Technological Determinism*, in DOES TECHNOLOGY DRIVE HISTORY? 79, 81-86. המחבר תיאר את משנתו של האברמס כחלוץ בדחיית הדטרמיניזם הטכנולוגי, שהתעלם מהשפעות פוליטיות ואתיות בחברה, וניתח נימוקים שונים כנגד הדטרמיניזם הטכנולוגי. שם, בעמ' 26-35, תיאר המחבר את ההתפכחות מקידוש ערך הקדמה ואת ההשתחררות מ"המיתוס" בדבר מקומה של המכונה בחברה, במיוחד לאחר מלחמת העולם השנייה. ירון אורחי הציג עמדה שלפיה הטכנולוגיה איננה מחוללת שינויים חברתיים ומשפטיים לבדה, במנותק מהפוליטיקה; Yaron Ezrahi, *Technology and the Illusion of the Escape Form Politics*, in TECHNOLOGY PESSIMISM Wiebe E. Bijker & John Law, *General Introduction*, in SHAPING TECHNOLOGY/ BUILDING SOCIETY: STUDIES IN SOCIOTECHNICAL CHANGE 1, 1-14 (Wiebe E. Bijker & John Law eds., 1992); המחבר טען כי אף התפתחותה של הטכנולוגיה עצמה מושפעת מערכים חברתיים ופוליטיים שונים, ובשל כך הופך הקשר בין טכנולוגיה ומוסדות חברתיים למורכב עוד יותר. כן ראו: May, לעיל ה"ש 55, בעמ' 24-28.

חברתי. אך הטכנולוגיה אינה לברדה. בצד הטכנולוגיה פועלים כוחות רבים המאפיינים אף הם את החברה האנושית, ובהם כלכלה, פוליטיקה ופילוסופיה. ריבוי משתנים זה הופך את הטמעת הטכנולוגיה בתוך החברה לכוז שאינה בבחינת הכנסת קלט והוצאת פלט. ההתפתחויות החברתיות אינן אך ורק תגובת שרשרת להתפתחות טכנולוגיות.²⁴² דחיית הדטרמיניזם הטכנולוגי נכונה במיוחד בהקשרם של דיני זכויות היוצרים, המקיימים קשרי גומלין עם טכנולוגיות מידע. טכנולוגיות מידע, מהדפוס ועד הדיגיטציה, הן גורם מרכזי בהפקתן של יצירות ובהפצתן, ועל כן הולידו את הצורך בהסדרה והן אף משפיעות על עיצובה. אך דווקא ההיסטוריה מלמדת כי התפתחותה של הסדרה זו היא תולדה של שילוב גורמים, שביניהם שמור מקום נכבד גם לכלכלה הפוליטית ולעמדה הפילוסופית המקובלת בצד ההתפתחות הטכנולוגית. אם כן, אף אם הטכנולוגיה הדיגיטלית והאינטרנט חוללו מהפך בהקשרים חברתיים מסוימים, העדר שינוי משמעותי ביותר מרכיבי כור ההיתוך יכול שיניב התפתחות מתונה מזו שלה מקווים תומכי התנועה לחופש התכנים.²⁴³ זו למעשה ההתפתחות האבולוציונית של דיני זכויות היוצרים, המתרחשת באופן הדרגתי. כל עוד המאבקים בזירת זכויות היוצרים הם בין אינטרסים דומים באופיים ובטבעם – האינטרסים של היוצר, של היזם או של המתווך, של הציבור ושל השלטון – אזי כור ההיתוך של הכלכלה הפוליטית יוביל לכך שדיני זכויות היוצרים ישקללו אף אינטרסים פרטיים. השאלה הנותרת היא, אפוא, מהו היקף הריסון של זכויות היוצרים שניתן יהיה להשיג בהתחשב במכלול הגורמים הרלוונטיים, לרבות האינטרסים הפרטיים, ולאור המציאות הטכנולוגית החדשה לעת הזו.

ה. סיכום – עם הפנים אל העתיד

דיני זכויות היוצרים מצויים כיום בעיצומו של משבר. אנו עדים להתחזקות הולכת וגוברת של זכויות היוצרים בחקיקה; אולם בצדה הולכת וצוברת כוח תנועה חברתית-פוליטית הקוראת לצמצומן הניכר של הזכויות לטובת אינטרסים ציבוריים גוברים, בעיקר נוכח

242 להסבר תמציתי בדבר הדטרמיניזם הטכנולוגי והנימוקים לדחייתו בשל התעלמותו ממרכיבים נוספים המשפיעים על החברה, ראו: Flis Henwood, Sally Wyatt, Nod Miller & Peter Senker, *Critical Perspectives on Technologies, In/Equalities and the Information Society*, in TECHNOLOGY AND IN/EQUALITY: QUESTIONING THE INFORMATION SOCIETY 1, 8–12 (Sally Wyatt, Flis Henwood, Nod Miller & Peter Senker eds., 2000).

243 לדחיית הדטרמיניזם הטכנולוגי בכל הנוגע להשפעתה של הטכנולוגיה הדיגיטלית על החברה, ולעמדה שלפיה "המהפכה" הדיגיטלית עשויה לייצר שינויים חברתיים שהם נגזרת של תהליכים חברתיים קיימים, ראו: Saskia Sassen, *Towards a Sociology of Information Technology*, in THE SOCIAL STUDY OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGY: INNOVATING, ACTORS, AND CONTEXTS, 77, 77–79 (2004). על רקע זה יש להבין את קריאתו של בארלו לשחרר את האינטרנט מכל הסדרה כקריאה אוטופית בלבד. ראו שם, בעמ' 79. דחיית הדטרמיניזם הטכנולוגי משמשת אף לביקורת על עמדותיו של לסיג, אשר העניק למהפכה הטכנולוגית משקל מכריע בעיצוב הדין הראוי; ראו: Mayer-Schönberger, *Life in the Age of Smart Things*, 737–738.

פיתוחה של הטכנולוגיה הדיגיטלית. תנועה זו כוללת קשת של עמדות, החל מקריאה רדיקלית לבטל כליל את זכות היוצרים, דרך העמדה שלפיה ההצדקה שביסוד זכויות היוצרים אינה רלוונטית עוד, וכלה בגישה שלפיה יש צורך לצמצם את היקף זכויות היוצרים באופן ממש. בתוך סחף הסערה המשפטית, ביקשתי בפרק זה להביט רגע לאחור אל ההתפתחות ההיסטורית של זכויות היוצרים ולנסות לדלות ממנה תובנות באשר להווה. דליית התובנות אינה נסמכת על דטרמיניזם היסטורי, בבחינת "אין חדש תחת השמש" כפשוטו,²⁴⁴ כי אם על ניסיון לנתח את התהליכים שהובילו להתפתחותן של זכויות היוצרים, תהליכים שעשויים להיות רלוונטיים אף כיום. המסקנה המתקבלת היא כי "תבנית" התפתחות הדין עניינה שקלול אינטרסים מורכבים, הכוללים מדיניות ציבורית לעידוד הפקת תכנים והפצתם בצד אינטרסים כלכליים וקנייניים פרטיים של היוצר, היזם או המתווך. האינטרסים המורכבים, אשר לעתים הם מנוגדים ולעתים מתלכדים, אפיינו את הדין מראשיתו. מהפכות שונות אשר התרחשו בארבע מאות השנים האחרונות, ואשר נבעו משינויים טכנולוגיים, חברתיים, כלכליים-פוליטיים ואפילו משינויים בתפיסות הפילוסופיות הרווחות, גרמו להדגשת אינטרס זה או אחר; אולם האינטרסים היסודיים נותרו על כנם. נראה כי למן אמצע המאה התשע-עשרה התקיימה מגמה כללית שבמסגרתה התחזקו האינטרסים הכלכליים והקנייניים הפרטיים.

בפרק זה ביקשתי לעשות שימוש בסקירת ההיסטוריה להבנת ההווה: התנועה החברתית-פוליטית הקוראת כיום לריסון ניכר של זכויות היוצרים בשם האינטרסים הציבוריים אינה זרה לאבולוציה של דיני זכויות היוצרים, אבולוציה שכללה מאבקים נמשכים בשם אינטרס זה או אחר. אולם ההיסטוריה מלמדת אותנו כי לבסוף נמזגים האינטרסים כולם אל קדרה אחת. מאז לידתו של משטר התכנים לאחר המצאת הדפוס במאה החמש-עשרה אין אינטרס אשר מוגר כליל, אף לא אינטרס הציבור, אם כי קיימת מגמה כללית שבמסגרתה מתחזקים האינטרסים הפרטיים. הכרה בתבנית זו של התפתחות הדין עשויה להוביל למסקנה כי גם במערכה הנוכחית לא ניתן יהיה למגר כליל אינטרס כלשהו, אף לא את האינטרסים הפרטיים, שכן הבנייתו של הדין היא בשקלול אינטרסים נוגדים הכוללים את האינטרסים הפרטיים והציבוריים. אמנם ייתכן כי מטעמים טקטיים מבקשים תומכי האינטרסים הציבוריים לקעקע כליל את האינטרסים הפרטיים או לכל הפחות לנגוס בהם באופן משמעותי. אך רצוי לאמץ אסטרטגיה סופית שהיא פרגמטית – קרי להכיר בכך ששקלול האינטרסים הנוגדים הוא בלתי נמנע ולחזק את ההתחשבות באינטרס הציבורי. יעד סופי שכזה עשוי לשמש כר פורה יותר לדו-שיח בין הצדדים היריבים לשם השגת יעדיהם השונים.

244 "מה שֶׁהָיָה הוּא שֶׁיְהִיָּה וְמֵה שֶׁנַּעֲשֶׂה הוּא שֶׁיַּעֲשֶׂה וְאֵין כֹּל חֶדֶשׁ תַּחַת הַשָּׁמַשׁ" (קהלת א, ט).