

העסקה החברתית בזכות יוצרים

מאת

ליאור זמר*

דיני זכויות יוצרים, בהיותם המסגרת המווסתת ומסדירה את חלוקת הזכויות וזכויות השימוש ביצירות של תרבות, נדרשים לשמר ערוצים אשר באמצעותם יוצרים יוכלו לסחור בקניין התרבותי פרי יצירתם, לאפשר לציבור גישה ליצירות ושימוש בהן ולקיים זמינות של מרחב ציבורי עשיר בחומרי גלם שממנו היוצר מפיץ את מרבית חומרי היצירה. ברשימה זו אטען שזכויות של יוצרים נובעות על פי רוב מרשת מורכבת של עסקאות חברתיות המייצגות את מערכת יחסי הגומלין בין יוצרים לציבור. בכל עסקה מתקיימת החלפה הדדית של מידע או השפעה אשר כורכת את הצדדים לעסקה. במיוחד מבקשת רשימה זו להעלות על נס את חשיבות תפקידו של הציבור ביצירה ולא אך זו של היוצר. יכולתם של דיני זכויות יוצרים לשמר את ערוצי היצירה והפצת הידע תלויה בהבנת מערכת יחסים זו. הספרות בדיני זכויות היוצרים ראתה בפעולת היצירה הבניה חברתית, וכותבים רבים תומכים בטענה כי הציבור הוא חלק אינטגרלי מתהליך היצירה. הטענות שכותבים אלה מעלים מייצגות, אמנם לא במפורש, את תפיסת העסקה החברתית כמכוננת את הקשר בין היוצר לציבור מעצם היותה מוצר חברתי. כותבים אלה לא הציעו דיון בהיבט העסקה החברתית, ואף שבכתביהם אלמנטים טיעוניים מהיבט זה, עד כה לא התקיים עיון מעמיק בטענות העסקה החברתית – עיון אשר יש בו כדי לחשוף היבטים רבים שהשיח הקיים חלקי בהיעדרם. מטרת רשימה זו היא לשכלל את ההגדרה של זכות היוצר ביצירתו באמצעות הצגת פרשנות חדשה ומתחייבת מאופייה של מערכת היחסים בין היוצר לציבור. הטענה ברשימה זו נסוגה מהדיון הקיים המתמקד בדיכוטומיה יוצר וציבור ומציעה להגדיר את מערכת היחסים הנרקמת בין היוצרים למשתמשים, בשלבי היצירה השונים, כמבטאת עסקאות חברתיות ודיאלוגיות אשר מטשטשות את ההפרדה האמורה בין היוצר לציבור.

מבוא. א. תכלית זכות היוצרים כעסקה חברתית. 1. תכלית הפצת הידע ותכלית עידוד היצירה כתכליות תלויות; 2. התכלית הנובעת מעסקה חברתית; ב. העסקה החברתית בזירה העיונית. 1. הגישה התועלתית; 2. גישת העמל וגישת האישיות; 3. גישת הבעלות המסורתית; 4. גישות חברתיות פוסט-מודרניות; ג. הגישה המוצעת: הדיאלוג, האחר והעסקה החברתית. ד. בחינת הגישה המוצעת בראי זירות נבחרות בזכות יוצרים. 1. הזירה הווירטואלית; 2. הזירה הפרודית; ה. סיכום.

* בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. רשימה זו מיישמת הערות מועילות שקיבלתי מבלגנש שיימקרישנה, קאריס קרייג, פינה ד'אגוסטינו, אברהם דרזינואר, רוברטה רוונטל-קוואל, דינה ניר וסטיבן ווילף. חלקים ממאמר זה הוצגו בכינוסים: The 8th International Conference on the Dialogical Self, The Hague, The Netherlands, 2014; Fair Copyright: A UK-Israel Workshop, Faculty of Law, University of Tel Aviv, Israel, 2014; The 106th Annual Conference of the Society of Legal Scholars, York University, England, 2015. ברצוני להודות לעורכי כתב העת משפטים, שיר ויסנברג וארז גוטטר, ולקוראים האנונימיים על ביקורתם והערותיהם המועילות. תודה מיוחדת היא לעמית אלעזרי ואביב גאון על סיוע מחקרי מעולה לכתיבתו של מאמר זה.

מבוא

הגדרת גבולות ההכרה לחירות הבסיסית ליצור¹ ולחירויות החשיפה והשימוש של הציבור ביצירות רוחניות מלווה את השיח החברתי והמשפטי העוסק בשימור המרקם התרבותי.² בשיח זה קיים מתח תאורטי בין גישות תועלתיות-כלכליות, אשר רואות ביוצר היצירה הספרותית, האמנותית, הדרמטית או המוסיקלית יצרן תועלת שזכאי לזכות קניינית בעבור התמורה החברתית שביצירתו או בעבור השקעת העמל בהפקת היצירה, לבין תאוריות חברתיות ותרבותיות החותרות נגד אידאל זה. המשפט נוהג לראות ביוצר את המקור והבעלים הבלעדי של יצירותיו, כמי שתשוקתו לקניין מוסברת במובנים בלקסטונים,³ ולכן נוטה להתמקד בגישה התועלתית ובהיבט הפרטי של זכויות היוצר ביצירתו. חוזקן של זכויות אלה פוגע, במקרים רבים, באיזון הנדרש בין זכויות היוצר לזכויות הציבור. דוגמאות המבטאות את המתח בין הציבור ליוצרים באשר לשאלת האיזון הראוי ניתן למצוא בביקורת הציבורית במדינות רבות נגד חקיקה, מקומית ובין-לאומית, אשר פורצת את הגבולות ה"לגיטימיים" לבעלות ולאכיפה של זכות היוצרים,⁴ בהצגת מיצגים ריקים בספריות בריטיות הקוראת תיגר על הרחבת אגד זכויותיו של היוצר,⁵ בהתרחבותה של מפלגת הפיראטים באיחוד האירופי⁶ ואף בביקורת מצד היוצרים עצמם.⁷

מעיון בפסיקת בתי המשפט בישראל עולה העדפה ברורה של היוצר האינדיבידואל על פני זכותו של הציבור ביצירה.⁸ דוגמאות עכשוויות לכך ניתן למצוא בהגבלת השימוש של אמן בתחום עיצוב המדליות בתווי פניו של איש ציבור כפי שהם משתקפים מצילום של אמן

- 1 כפי שמציין Martin Roeder: "By and large [...] modern liberal social philosophy and jurisprudence support the view that one of man's basic rights is the freedom to create" (Martin A. Roeder, *The Doctrine of Moral Right: A Study in the Law of Artists, Authors and Creators*, 53 HARV. L. REV. 554, 558 (1940)).
- 2 חירויות אלה הוגדרו כחלק ממערכת הזכויות הבסיסיות. ראו ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY 136 (2011).
- 3 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND: OF THE RIGHTS OF THINGS 2 (1979). בלשונו של Blackstone: "There is nothing which is so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe" (שם).
- 4 ראו באופן כללי, Charles R. McManis, *The Proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA): Two Tales of a Treaty, 46 Hous. L. Rev. 1235 (2009).
- 5 Alison Flood, *Libraries Show Empty Displays in Protest Against Copyright Law*, THEGUARDIAN (NOV. 27, 2014), <http://www.theguardian.com/books/2014/nov/27/libraries-display-empty-bookcases-protest-copyright-law>.
- 6 Julia Reda, *I Will Continue the Cooperation with Greens/EFA*, JULIA REDA (March 6, 2014), <http://www.juliareda.eu/2014/06/i-will-continue-the-cooperation-with-greensefa>.
- 7 אופיר דור "לקחת תמלוגים מהיוצרים משול לשוד קשישה" כלכליסט 30.12.2013. www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3620540,00.html.
- 8 ראו גם את דברי המחוקק הישראלי בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 1116.

אחר, ⁹ בקביעה שהשמעת מוסיקה במרפאות עיניים מפרה זכות יוצרים, ¹⁰ בחיזוק השרירותיות בהבחנה בין ביטוי לרעיון וצמצום השראה מותרת מיצירות קיימות ¹¹ ובדחיית דוקטרינת זכויות המשתמשים. ¹² דוגמאות אלה מגשימות את תפיסת היוצר הפרטי "כבעל ניצוץ גאוניות, הפועל בבדידות ויוצר יצירה 'יש מאין' בתהליך מוחי פנימי". ¹³ אף שבשנים האחרונות נראה כי בתי המשפט החלו להכיר בצורך לשינוי תפיסתי ולהנחת תשתית מושגית עשירה יותר לזכות היוצרים, ¹⁴ עדיין, כך אטען ברשימה זו, העדפת האינטרסים של היוצר היא כה מושרשת עד ש"מרחב התמרון היצירתי" מתקשה להתקיים. העדפה זו מעמיקה את חוסר האיזון בין הציבור ליוצרים אשר לאורו עולות בשנים האחרונות טענות שדיני זכויות יוצרים הם מיושנים ¹⁵ והגיעו אל קצם, ¹⁶ או שהם נתונים במשבר מתמשך, ¹⁷ וכי יעילותם המשפטית והחברתית של עקרונות הבסיס של הדינים, כגון השימושים ההוגנים, שנויה במחלוקת. ¹⁸ טענות אלה מושפעות הן מהדרישה היום-יומית מדיני זכויות

- 9 ראו רע"א 7774/09 ויינברג נ' ויסהוף (פורסם בנבו, 28.8.2012).
- 10 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 6327-09-11 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' קר וידן ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16.7.2013).
- 11 ת"א (מחוזי י-ם) 9430/07 שפיר נ' רגן (פורסם בנבו, 11.12.2011) (להלן: עניין רגן). על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין רגן הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 4958/12 רגן נ' שפיר) (פורסם בנבו, 6.11.2013). ההליך בבית המשפט העליון הסתיים בפשרה הנסמכת על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לדיון בעניין ראו טקסט להלן ליד ה"ש 225. כן ראו גם ה"פ (מחוזי מר') 1052-10-08 זיסו נ' עיריית פתח תקוה (פורסם בנבו, 20.2.2011). הערעור על פסק דין זה התקבל על ידי בית המשפט העליון, אשר חידר את ההבחנה בין ביטוי לרעיון. ראו ע"א 2682/11 עיריית פתח תקוה נ' זיסו, פס' 38-45 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.5.2013) (להלן: עניין זיסו).
- 12 ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פ"ד סה (3) 521 (2012) (להלן: ע"א Premier League).
- 13 אוריית פישמן אפורי היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים 92 (2005) (להלן: פישמן אפורי היצירה הנגזרת). ראו באופן כללי MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT (1993).
- 14 ראו ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2013), שם הגדיר בית המשפט העליון את דיני זכויות היוצרים כפרי של "איוונים בין [...] האינטרסים של יוצרים עתידיים ושל משתמשים שונים ב'מרחב תמרון יצירתי' הולם [...]". בית המשפט ציין כי מלאכת מציאת האיזון בזכות יוצרים היא "מלאכת איוונים מורכבת ועדינה בין צרכים חברתיים ותפיסות עולם, לעתים מתחרים". שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט זילברטל.
- 15 Miriam Bitton, *Modernizing Copyright Law*, 20 TEX. INTELL. PROP. L.J. 65, 101 (2011).
- 16 John Perry Barlow, *The Economy of Ideas: A Framework for Rethinking Patents and Copyrights in the Digital Age (Everything You Know About Intellectual Property Is Wrong)*, 2.03 WIRED 85 (1994). ראו גם מיכל שור-עופרי "זכויות יוצרים ומגוון תרבותי – האם המטבע מתחת לפנס?" *האם המשפט חשוב?* 569, ה"ש 2 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).
- 17 Paul Edward Geller, *Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 165 (2008).
- 18 דוקטרינת השימוש ההוגן מאפשרת לוודא כי ייוותר די במרחב היצירה בשביל יצירה עתידית. הדוקטרינה מבטיחה כי אינטרס הציבור להשתמש ביצירה, להגיב לה ולתקשר עמה יישמר. ראו למשל Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1107 (1990); Wendy J. Gordon & Daniel Bahls, *The Public's Right to Fair Use: Amending Section 107 to Avoid the "Fared Use" Fallacy*, 2007 UTAH L. REV. 619 (2007).

יוצרים להסדיר סוגיות של בעלות ביצירות מופשטות והן מהשלכות הסטיגמה בדבר זכות היוצרים כזכות אינדיווידואליסטית.¹⁹ אכן, תפיסת היחיד כמקור היצירה וכמי שבידיו "full-blooded ownership", כדבריו של Harris,²⁰ הביאה למזעור חשיבותו של הציבור לתהליך היצירה בד בבד עם הענקת יתרון לגורמים החזקים בשוק זכויות היוצרים ולדרישה מהציבור לשלם תשלום מונופוליסטי הגבוה מהתשלום הדרוש לשם עידוד היצירה.²¹ מרחב היצירה המודרני מושפע מקיומו של "חוסר איזון אינהרנטי"²² שניכר כי דרכו מנסה המשפט להעניק העדפה אפריורית לבעלי הזכויות. להעדפה זו השלכות על החופש

היא הניסיון להגדיר את המשתמשים בעלי זכויות. ראו למשל ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 327, 343 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (הספר להלן: "יוצרים זכויות"). כן ראו מיכאל בירנהק "קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה" יוצרים זכויות, שם, 83, בעמ' 124. אחרים יראו במשתמשים בעלי טענת הגנה בלבד במקרה של הפרה. על כך ראו למשל טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך א 330 (מהדורה שנייה, 2008). בדין האמריקאי ראו את פסק הדין Lenz v. Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007). כן ראו לאחרונה Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015). ביטוי למשתמש כבעל זכות ניתן בפסק הדין בפרשת ה-Premier League. בפרשה זו נדרש בית המשפט לבחון את שאלת ההפרה של זכות יוצרים בידי משתמש אנונימי שאפשר לציבור גולשים לצפות במשחקי כדורגל בשידור חי בלא תשלום באמצעות שימוש בטכנולוגיית הזרמה (streaming). בערכאה המחוזית הטמיעה השופטת אגמון-גונן עיקרון חדש מהלכת CCH הקנדית, שבה הכיר בית המשפט הפדרלי בזכויות המשתמשים (CCH Canadian Ltd. v. Law Soc'y of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (Can.)). ראו בש"א (מחוזי ת"א) 11646/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני, פס' 77 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.9.2009) (להלן: מחוזי Premier League). עמדתה של השופטת אגמון-גונן ממחישה היטב את הטיעון שברשימה זו, שכן בהכרה בזכות המשתמשים יש כדי לחזק את מעמדו של הציבור כשותף לעסקה החברתית – והכרה במעמדו של הציבור כבעל זכות כמוה כהכרה בו כצד שווה לעסקה. בית המשפט העליון רחה החלטה זו. ראו הדיון להלן, הטקסט ליד ה"ש 29. בניגוד לכך, בית המשפט הקנדי המשיך לחזק את הדוקטרינה של זכויות המשתמשים בסדרה של פסקי דין מאוחרים יותר, בציינו שהמושג "אינטרס הציבור" אינו משקף מבחינה הגדרתית ונורמטיבית את האיוון הראוי בין היוצר לציבור. ראו לדוגמה Alta. (Educ.) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345 (Can.).

ניכר כי מה שהחל בדיונים מוקדמים בתוכנה כי נחלת הכלל והמשתמשים הפעילים בה ראויים למעמד ולזכויות משפטיות שחשיבותן אף עולה לעתים על זכויות היוצר (וראו L. RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS' RIGHTS 53 (1991); ועוד לפני כן David Lange, Recognizing the Public Domain, 44 LAW & CONTEMP. PROBS. 147 (1981)) התפתח לכדי זרם כתיבה עצמאי בידי זכויות היוצרים, המקביל את זכויות המשתמשים לחירויות בסיסיות הנדרשות בחברה דמוקרטית (ראו לאחרונה Niva Elkin-Koren, Copyright in a Digital Ecosystem: A User-Rights Approach, in COPYRIGHT LAW IN AN AGE OF LIMITATIONS AND EXCEPTIONS (Ruth L. Okediji ed., 2016)).

19 ראו מרים מרקוביץ-ביטון וליאור זמר "פתח דבר – על קניין רוחני, משפט, וסטיגמה" קניין רוחני: עיונים בינתחומיים 11 (מרים מרקוביץ-ביטון וליאור זמר עורכים, 2015).

20 J.W. HARRIS, PROPERTY AND JUSTICE 29–32, 221–222, 228 (1996).

21 ראו Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, Reinventing Copyright and Patent, 113 MICH. L. REV. 231 (2014).

22 Michal Shur-Ofry, Hatch-Waxmanizing Copyright, 18 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 171, 177 (2011).

ליצור²³ ועל החשיפה לגיוון תרבותי. העדפה זו מקבעת מצב של חולשה מצדו של הציבור לתרום, לגשת ולהשתלב בבנייתו של המרקם התרבותי. היא תורמת לחוסר האיזון ומחייבת חיפוש מתמשך אחר נקודת איזון ראויה יותר, וכך הדינים יוכלו להציג מענה לצורכיהם המשתנים של יוצרים ומשתמשים,²⁴ לאתגרים הטכנולוגיים שבאים בפתחם ולתמורות חברתיות ותרבותיות.²⁵ כפי שתיאר זאת בית המשפט המחוזי בפרשת **Premier League**: "המהפכה הדיגיטלית ורשת האינטרנט שינו את חיינו. קל יותר להגיע ליצירות, קל יותר להפיץ יצירות, קל יותר להשתתף בשיח הציבורי. שינוי זה מחייב איזונים חדשים שייקחו בחשבון את זכויות הציבור בצריכת תרבות והשתתפות בשיח התרבותי [...] כך זכויות היוצרים לא ישללו יתרונות אלו של העידן החדש".²⁶ הבעיות שנבעו מהעדפת היוצרים הניעו שינוי בשיטות משפט מסוימות, ובאחרות – לקיבעון ולהחמרה תוך התעלמות מאחד המאפיינים הבסיסיים של דיני זכויות יוצרים שלפיו "בעלי זכויות אינם חופשיים להשתמש בקניינם כדי לפגוע באחרים".²⁷ כך למשל התחיל בית המשפט הפדרלי בקנדה בשנת 2004 בפיתוח דוקטרינת זכויות המשתמשים על מנת לאפשר איזון ראוי בין זכותו הקניינית של היוצר לבין אינטרס הציבור.²⁸ לעומתו, בית המשפט העליון בישראל דחה דוקטרינה זו מאחר שהיא אינה מתיישבת עם מטרות זכות היוצרים ועם כוונת המחוקק.²⁹ דוגמה זו מנכיחה את הקונפליקט בין ציבור היוצרים לציבור המשתמשים.

- 23 לעיון בהיבט זה ראו ליאור זמר "החופש ליצור" קניין רוחני: עיונים בינתחומיים, לעיל ה"ש 19, 99.
- 24 ראו למשל פישמן אפורי היצירה הנגזרת, לעיל ה"ש 13, בעמ' 332.
- 25 פרשנותה של לשון החוק אינה יכולה לקפוא על שמריה, והיא חייבת לאפשר גמישות לפי שינויים טכנולוגיים ותרבותיים. עמד על כך בית המשפט האמריקני (בהקשר של דוקטרינת השימוש ההוגן המעוגנת ב-17 U.S.C. § 107): "The bill endorses the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute, especially during a period of rapid technological change". ראו *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 449 (1984). כן ראו Bitton, לעיל ה"ש 15, בעמ' 72. כן ראו ע"א **Premier League**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 583 ("ידוע הוא שהטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים – הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים חדשים [...]"). כן ראו את הדיון להלן בתת-פרק 1.7: הזירה הווירטואלית.
- 26 מחוזי **Premier League**, לעיל ה"ש 18, פס' 1 לפסק הדין. בכך נדרש לאחרונה גם בית המשפט העליון לדון אם מכירה והפצה של מכשיר המאפשר "עקיפת" אמצעי הגנה טכנולוגיים על ידי פענוח שידור לווייני מקודד מהווה הפרת זכות יוצרים. ראו עניין **טלראן תקשורת**, לעיל ה"ש 14.
- 27 JOSEPH WILLIAM SINGER, ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY 3 (2000).
- 28 הלכת **CCH**, לעיל ה"ש 18.
- 29 "אין בלשון החוק אינדיקציה ברורה לכך שהמחוקק ביקש לשנות מן האיזון הקיים ולהפוך את ההגנות, לזכויות. אף אם מדובר בשימוש 'מותר', במובן זה שהוא מאפשר למשתמשים 'חופש', אין בכך כדי להצביע על קיומה של 'זכות' (ע"א **Premier League**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 549–550). ביקורת על הפרשנות הצרה ל"זכות המשתמשים" ביטא השופט זילברטל בעניין **טלראן תקשורת**, לעיל ה"ש 14, פס' 28–29 לפסק דינו של השופט זילברטל. זמן קצר לאחר מכן בעניין **סייפקום** תמך השופט דנציגר בדבריו של השופט זילברטל וציין כי עמדתו מקובלת עליו "הן לעניין הקביעה כי שימוש מותר כהגדרתו בפרק ד' לחוק החדש אינו מהווה הפרה של החוק והן לעניין הקביעה כי שימוש מותר מהווה למעשה זכות המוענקת למשתמש לעשות ביצירה שימושים מסוגים מסוימים". ע"א 7996/11 **סייפקום בע"מ נ' רביב**, פס' 35 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 18.11.2013).

מטרת רשימה זו היא לשכלל את ההגדרה של זכות היוצר ביצירתו באמצעות הצגת פרשנות חדשה ומתחייבת מאופייה של מערכת היחסים בין היוצר לציבור. רשימה זו נסוגה מהדיון הקיים המתמקד בהפרדה הדיכוטומית בין יוצר לציבור ומציעה להגדיר את מערכת היחסים הנרקמת בין היוצרים ולמשתמשים בשלבי היצירה השונים כמבטאים עסקאות חברתיות ודיאלוגיות אשר אינן מאפשרות את ההפרדה האמורה בין היוצר לציבור. אטען כי על פי רוב תוצרי תרבות המוגנים בזכות יוצרים,³⁰ ובייחוד בעידן יצירת תוכן וידע שיתופיים, נוצרים במרחב יצירה קולקטיבי, הידוע כנחלת הכלל, שבו ליוצר היחיד מתאפשר ליצור מעצם קיומן של עסקאות חברתיות רבות. רשימה זו מבקשת להגדיר את מרחב היצירה כמבנה חברתי המספק עסקאות חברתיות ומזין אותן מעבר לפשטות של "תנאי-הרקע ליצירה – החברתיים והתרבותיים";³¹ מרחב המניח את היסודות ומהווה את המקור להתפתחותן של יצירות חדשות לצד הקניית משמעות חברתית דינמית לתוכנן של יצירות קיימות. זהו המרחב שבו היוצר תר אחרי חומרי הגלם לבניין יצירתו, ושבו הוא מתקשר עם ציבור המשתמשים להבנת יצירותיו ולהקניית משמעות להן.³² ברשימה זו אבקש להניח תשתית תאורטית חדשה להבנת יחסי הגומלין בין היוצרים לציבור, התומכת בחלוקה ראויה יותר של זכויות קנייניות.³³

רשימה זו תגדיר את זכות היוצרים כעסקה חברתית-דיאלוגית. בבסיס ההגדרה מצויה ההנחה שיצירות המוגנות בדיני זכויות יוצרים הן תוצר חברתי של יחסי הגומלין בין יוצרים לאחר – הציבור או יוצרים אחרים – ושל דיאלוג מתמשך בין הצדדים אשר מביע את הקשר הבלתי ניתן להפרדה ביניהם ומחייב הכרה בנוכחותו ובתרומתו של ה"אחר" לתהליך היצירה. העסקה החברתית תוצג כמערכת יחסים המזמינה "mutual exchange of information or influence based on negotiation and reciprocity".³⁴ אראה שכל עסקה חברתית מייצגת עוצמה שונה של תקשורת,³⁵ ושכל אחת מהן המוטיב המרכזי הוא היותה

30 ראו את הדיון להלן, בטקסט ליד ה"ש 72 – שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת, העוסק בכך שתיתכנה יצירות, אמנם נדירות ובודדות, שאינן נוצרות בהכרח בשל קיומן של עסקאות חברתיות.

31 בירנהק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 107.

32 Peter Jaszi & Martha Woodmansee, *Introduction to, THE CONSTRUCTION OF HOAUTHORSHIP: TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE* 1 Lior Zemer, *The Copyright Moment*, ראו גם (Martha Woodmansee & Peter Jaszi eds., 1994) Steven Wilf, *Who* 43 SAN DIEGO L. REV 247 (2006) לדיון דומה בתחום סימני המסחר ראו *Authors Trademarks?*, 17 CARDOZO ARTS & ENT. J. 1 (1999).

33 יש הטוענים שהצלחת מערכת היחסים בין היוצרים לציבור מחייבת גם את הציבור להירתם לטובת הגדרה מחדש של מארג יחסים אלה. ראו לדוגמה, Hanoch Dagan, *Property and the Public*, ג'סיקה ליטמן אף מציעה התנגדות אורחית לחוקים אשר פוגעים ביחסים אלה. ראו Jessica Litman, *Ethical Disobedience*, 5 ETHICS & INFO. TECH. 217, 218 (2003).

34 TIM O'SULLIVAN ET AL., *KEY CONCEPTS IN COMMUNICATION AND CULTURAL STUDIES* 318 (John Fiske ed., 2nd ed. 1994).

35 TAMOTSU SHIBUTANI, *SOCIAL PROCESSES: AN INTRODUCTION TO SOCIOLOGY* 1–31 ראו ככלל (1986).

תהליך של הדדיות ושל דיאלוג.³⁶ הפרק הראשון מגדיר את תכליתה ומשמעותה של זכות היוצרים כעסקה חברתית. הפרק השני בוחן כיצד טענה זו מוטמעת בתאוריות הקיימות להצדקת זכות היוצרים. מטרת הפרק השלישי היא להוסיף את הטיעון הדיאלוגי למגוון התאוריות הקיימות שלפיו כל יצירה רוחנית היא מוצר דיאלוגי המחייב את נוכחותו של האחר והכרה בתרומתו לתהליך היצירה על מנת שזו תקבל משמעות. הפרק הרביעי מדגים את טענת העסקה החברתית והדיאלוגית בזכות יוצרים בשני מקרי בוחן של זירות דיאלוגיות – הזירה הווירטואלית והזירה הפרודית. לאורך רשימה זו אציג דוגמאות מפסיקה של בית המשפט העליון, וככל שיידרש גם ממקורות זרים, אשר תחדד את הביקורת ותבהיר כיצד הנרטיב התאורטי שיוצג משכלל את ההגדרה של זכות היוצרים, אשר במצבה הנוכחי מקבעת מצב של היעדר איזון ראוי בין היוצרים לציבור.

א. תכלית זכות היוצרים כעסקה חברתית

1. תכלית הפצת הידע ותכלית עידוד היצירה כתכליות תלויות

דיני זכויות יוצרים, בהיותם המסגרת הרגולטורית אשר מקשרת בין יוצרים, התורמים וניזונים זה מזה ומהחברה, נדרשים לשמר ערוצים אשר באמצעותם אינדיוידואלים יכולו להמשיך ולסחור בקניין התרבותי שהם יוצרים, ובד בבד לאפשר לציבור גישה ליצירות, כמו גם לשמר, להזין ולקיים זמינות של המרחב הציבורי שממנו היוצר מפיק את מרבית חומרי היצירה. שימור מטרות אלה תלוי ביכולתם של דיני זכויות היוצרים לאפשר לשתי התכליות המרכזיות של הדינים – הפצת הידע ועידוד היצירה – להיות סמנים מרכזיים בעיצוב גבולותיה של הזכות.

אלו תכליות תלויות כיוון שקיימת תלות בין הגשמתן של תכליות אלה לבין יכולתם של הדינים להתפתח באופן שיאפשר פרשנות רחבה, אשר תאפשר התייחסות לצרכים חברתיים משתנים. הבנת זכות היוצרים כרשת של עסקאות חברתיות הקובעות את מרחב הבעלות של היוצר חיונית להגנה על תכליות אלו, בייחוד בשל הקונפליקט הטבעי אשר שורר ביניהן: אחת ממוקדת באינטרס הציבורי, ואילו השנייה תורמת לשימור המונופול של היוצר על הקניין הרוחני, לעתים בניגוד לאינטרס הציבורי.

שמירה על תכלית ראויה ומאוזנת בזכות יוצרים נועדה לקדם את הפצת הידע והטכנולוגיה, להעשיר את עולם היצירה והתרבות, לאפשר דיאלוג דמוקרטי וחברתי ראוי ולמנוע פרשנויות לא מאוזנות של הזכות.³⁷ דבר זה יתאפשר רק אם יוגבל מרחב הבעלות

36 Shibutani מתאר את העסקה הדיאלוגית כמפעל משותף, שבו "person's contributions are aligned with those of others", שם, בעמ' 6. כמו כן ראו את דבריו של Becker, הטוען כי קיומם של הדדיות ויחסי גומלין הוא מאפיין מרכזי של עסקאות חברתיות. LAWRENCE C. BECKER, RECIPROCITY 4 (1986).

37 כפי שתיאר זאת בית המשפט בעניין מפעל הפיס: "בבואנו להגן על היצירה המקורית יש לתת את הדעת גם על כך שהגנה מוגברת יתר על המידה עלולה לבלום התפתחות תרבותית וחברתית, הסומכת על הישגי העבר. מטבע הדברים, פריצת דרך, או התקדמות, המשרתת את החברה נובעת מהישגיהם היצירתיים של יחידים הסוללים את הדרך תוך הנחת אבן על אבן. יש אפוא מצבים שבהם מצדיק האינטרס הציבורי את

והאוטונומיה היחידאית של היוצר על נכסים תרבותיים וחברתיים. חיזוק לטענה זו ניתן למצוא בתאוריית המשפט הטבעי של חוקר תורת המשפט John Finnis, שלפיה יש שבעה טובין אנושיים אוניברסליים החיוניים לכל אדם באשר הוא אדם. טובין אלה כוללים בין היתר ידע וניסיון אסתטי אשר מגלמים סגולות אנושיות המאפשרות לאדם להבין את היופי באמנות ובטבע. להבנה זו, או ליכולת להבין אסתטיקה, השפעה מכרעת על האופן שבו האדם יגשים את חירות היצירה שלו ויקיים דיאלוג עם יצירות קיימות בתהליך היצירה הפרטי שלו.³⁸ יוצא אפוא שהימנעות מחשיפה, הגבלת ההפצה והשימוש בידי הציבור ביצירות שמייצגות תרבות וסמלים חברתיים ומושגות עליהם היא בבחינת מניעת חלק מהטובין הבסיסיים החיוניים לקיומו של אדם בחברה, לחשיפתו ליופי שבאמנות או ליכולתו לבטא יצירותיו.³⁹ לפיכך נדרשת פרשנות המכירה במרחב יצירתי נגיש התומך בכינון של עסקאות חברתיות על מנת לאפשר לא רק את הפצת הידע, אלא גם כדי להניח את התשתית החיונית עבור תהליך היצירה.

מלבד הפצת הידע, איזון האינטרסים בזכות היוצרים קשור גם להיות הזכות זכות קניינית שבהקצאתה יש כדי לעודד יצירה.⁴⁰ אולם מה מידת ההתנגשות הלגיטימית בין הזכות הקניינית לתכלית הראשונה אשר עמדנו עליה? הרי הצלחתה של התכלית הראשונה – הפצת הידע – תלויה במתינות שדרכה תוגדר התכלית השנייה – היא עידוד היצירה. אף שחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007 (להלן: החוק החדש) אינו מגדיר את הזכות כקניינית, שלא כחקיקה במדינות אחרות,⁴¹ מסגרת החוק החדש והפסיקה מאשרות לנו ש"ליוצר זכות קניין ביצירתו".⁴²

צמצום ההגנה על זכות היוצרים [...] (ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577, 596 (2000)). ראו גם גיא פסח "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 463, 474 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 85–90 (1980) 38

היטיב לנסח זאת חנוך דגן, בציינו: "יצירות היא טוב חברתי משום שהיא מהווה תנאי הכרחי לשגשוג האנושי. פשיטא שיצירות תורמת לתרבות במובן הרחב של המילה – אותה תרבות שהינה יסוד מרכזי לאנושיות שלנו. זאת ועוד, יצירות היא גם תנאי חשוב להשתתפותם של בני-האדם בהליכים החברתיים של שלטון עצמי". חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים וזכויות, לעיל ה"ש 18, 39, בעמ' 49 (להלן: דגן "המוסד הקנייני המתחדש").

לדיון בזכות היוצרים כזכות קניין ראו Stephen L. Carter, *Does It Matter Whether Intellectual Property Is Property?*, 68 CHI-KENT L. REV. 715 (1993) 40 כמו כן ראו דגן "המוסד הקנייני המתחדש", לעיל ה"ש 39, בעמ' 40–42.

ראו "Copyright, Designs and Patents Act 1988, c. 48, § 1: 'Copyright is a property right [...]' 41 בדומה לזה, ס' 17(2) למגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי (Charter of Fundamental Rights of the European Union, Dec. 7, 2000, 2000 O. J. (C 364) 1) שנכנסה לתוקפה במסגרת אמנת ליסבון, קובע כי "Intellectual property shall be protected" והוא עושה זאת במסגרת ס' 17 המגדיר את זכות הקניין כזכות אדם בסיסית. ראו לעניין זה Christophe Geiger, *Intellectual Property Shall Be Protected!? – Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Mysterious Provision with an Unclear Scope*, 31 EUR. INTEL. PROP. REV. 113 (2009).

ברע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265 (1993), ציין בית המשפט העליון כי "במסגרת זכות הקניין – מן הסתם מוגן גם הקניין הרוחני". כאן המקום לציין כי תחולת סעיף 7 לחוק

על מנת למצוא את האיזון הנכון דרושה הגדרה חדשה של המרחב הקנייני בזכות יוצרים. חנוך דגן כתב שעלינו לבחון כל משטר קנייני בצורה הנכונה לו. אין חובה שהמשטר של זכויות קניין בזכות יוצרים ייתמך במשטר הקניין המסורתי. נדרשת בחינה מחודשת של אגד הזכויות הקנייניות בזכות יוצרים. לגישתו, "עצם השאלה אם זכות יוצרים הינה קניין היא שגויה ומטעה",⁴³ שכן הטענה שזכות יוצרים היא קניינית אמנם נכונה, "אך אין בה כדי להכריע כמעט בשום שאלה חשובה בדיני זכויות יוצרים".⁴⁴ זכות קניינית, זכות היוצר ביצירה היא הזכות לשמור על מסגרת הנצילות של הזכות, לווסת את אופני השימוש בה בהווה ולקבוע את עתידו החברתי של הנכס המוגן. במילים אחרות, הזכות מקנה לבעליה את החופש להגדיר את היקף פעילותו ואת מרחב ההשפעה של הנכס הרוחני.⁴⁵ אך משטר זכות היוצרים אמון לא רק על עידוד היצירה והקצאת מרחב קנייני בלעדי ליוצר אלא גם על שמירה ראויה על אינטרסים של כלל הציבור, הפצת הידע והכרה בתרומת הקולקטיב לתהליך היצירה.⁴⁶ כאן המקום לציין שרשימה זו אינה דוגלת בביטול הרכיב הקנייני ביצירות רוחניות או במזעורו. רשימה זו גם אינה דוגלת במענה קיצוני לשאלה מיהו היוצר ואינה מכריזה על "מותו של היוצר".⁴⁷ אני מסכים עם התשוקה הבלקסטונית לזכות הקניינית,⁴⁸ אולם זו אינה יכולה להיות משכנו הבלתי חדיר של היוצר

המיטלטלין, התשל"א–1971, הקובע כי "הבעלות במיטלטלין פוקעת כשבעלם מוציאם משליטתו תוך כוונה להפקירם", הורחבה מכוח סעיף 13 לחוק המיטלטלין גם לזכויות מופשטות. ראו מיגל דויטש קניין כרך א 334 (1997). כמו כן בכמה פסקי דין מציינים בתי המשפט את העובדה כי זכות היוצרים היא זכות קניינית המוגנת במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625, 629 (2003).

42 שם, בעמ' 629.

43 חנוך דגן "המוסד הקנייני המתחדש", לעיל ה"ש 39, בעמ' 42. דגן ממשיך ומציין: "השאלות המשמעותיות בדינים אלה נוגעות בהתוויית תוכנה של זכות היוצרים, והתשובות לשאלות אלה אינן נובעות בשום צורה ואופן מסיווג זכות היוצרים כקניין" (שם).

44 שם.

45 ס' 11 לחוק זכות יוצרים קובע כי "זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן [...]". בדברי ההסבר לס' 11 כתוב: "הסעיף מגדיר את טיבה של זכות היוצרים כזכות כלכלית בלעדית לעשיית פעולות שונות [...]". דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1123.

46 כדבריה של Coombe: "If, as human selves in human communities, we are constituted by and constitute ourselves with shared cultural symbols, then it is important that legal theorists consider the nature of the cultural symbols 'we' 'share' in consumer societies and the Rosemary J. Coombe, *Objects of Property and Subjects of*) recognition the law affords them" *Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue*, 69 TEX. L. REV. 1853, 1864 (1991) (להלן: Coombe, *Objects of Property*). כמו כן ראו בירנהק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 107. בפסיקה הישראלית ראו למשל את דבריו של בית המשפט בעניין ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 658, 663–664 (2003): "והנה – במעגל הפרשני נתקלים אנו בדיני זכויות היוצרים במתח בין אינטרסים שונים, בעיקר בין האינטרס הקנייני של הטוען לזכות לבין אינטרס הכלל". כמו כן ראו עניין ויינברג, לעיל ה"ש 9, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין.

47 ראו רולאן בארת מות המחבר (דרור משעני מתרגם, 2005).

48 BLACKSTONE, לעיל ה"ש 3.

באופן שיפגע ביכולת הציבור לצרוך ידע שליצירתו תרם ושהנגשתו תכריע את יכולתם של יוצרים חדשים ליצור.

ואכן, התפתחה כתיבה ביקורתית ענפה על תפקידם המרכזי של דיני זכויות יוצרים להגן על המרחב התרבותי ולאפשר את קיומם הרציף של יחסי הגומלין בין יוצרים לציבור אשר מהם ניזון תהליך היצירה. בכתיבה זו ניכרת דחייה של הגישה הרומנטית המזוהה עם פואטיקאים כמו William Wordsworth,⁴⁹ הרואה ביצירה שטף ספונטני של רגשות עזים ייחודיים לאינדיווידואל מסוים והמאמצת תחתיה גישה הרואה בטקסטים ספרותיים וביצירות אמנות ביטוי של יצירותיות קולקטיבית המתבססת על חומרים קיימים⁵⁰ ונוצרת בחלל שיתופי שבו היוצרים והחברה מתקשרים ביניהם, צורכים ידע ויוצרים אזורי סחר לשיתוף פעולה חברתי.⁵¹ כלומר, כל יצירה היא תוצר של הבניה חברתית, והיוצר איננו חבר בקבוצה השולטת על מחשבותיו ומתווה את פעולותיו; הוא איננו מי שאחראי – במנותק מהמבנה החברתי שבו הוא פועל – לביטוי היצירה והכישרון שלו, אלא הוא פרשת הדרכים, נקודת ההצטלבות של מגוון השפעות חברתיות. למרות זאת, וכפי שאראה בפרקים הבאים, ההנחה הרואה באינדיווידואל יוצר עצמאי מונצחת בתרבות זכויות היוצרים הנוכחית – שבה תפיסת ההגנה על מושגים כגון "השגת גבול" ו"בעלות בלעדית" מושרשת בכללי המשפט באופן שלעתים אינו מותיר מקום לבחינת ההשלכות החברתיות של מושגים אלו. ההשלכות הנובעות מכך הן רבות וכוללות בראשן פוטנציאל פגיעה בתכליות החברתיות של דיני זכות היוצרים, צמצום של שדה היצירה, של גישת הציבור ליצירות, של השיח החברתי והביקורתי, של המרחבים הדיאלוגיים שבהם שיתוף הפעולה בין היוצר לציבור מכונן משמעויות חדשות.⁵²

2. התכלית הנובעת מעסקה חברתית

תכליות הפצת הידע ועידוד היצירה מאתגרות את דיני זכויות היוצרים בניסיון לפזר את הזכויות הקנייניות של הבעלים בד בבד עם שמירה על האינטרס הציבורי. מקורן של זכויות

49 WILLIAM WORDSWORTH & SAMUEL TAYLOR COLERIDGE, LYRICAL BALLADS, WITH A FEW OTHER POEMS (1798).

50 July E. Cohen, *Creativity and Culture in Copyright Theory*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1151 (2007).

51 Martha Woodmansee, *The Genius and the Copyright*, 32 ZEMER, *The Copyright Moment*; 17 Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the "Author", 17 EIGHTEENTH-CENTURY STUD. 425 (1984). כן ראו Rose, המציין: "the notorious difficulty of applying copyright doctrine to concrete cases can be related to the persistence of the discourse of original genius and to the problems inherent in reifications of author and work" (ROSE), לעיל ה"ש, 13 בעמ' 141). בדומה לזה, Carys Craig טוענת כי הקושי בדיני הקניין הרוחני הנוכחיים נובע מתפיסת היוצר המקורי: "the fetishisation of the individual and original author is still very much alive in our current construction of copyright and the policies that inform its development" (CARYS J. CRAIG, COPYRIGHT, COMMUNICATION AND CULTURE: TOWARDS A RELATIONAL THEORY OF COPYRIGHT LAW 21 (2011)).

52 Coombe, *Objects of Property*, לעיל ה"ש, 646, בעמ' 1855. Coombe טוענת כי חוקים אלה מקשים על קיומן של פרקטיקות דיאלוגיות ומונעים מהחברה להשתמש בצורה התרבותית הנגישה והעצמית ביותר לביטוי הזהות.

אלה נובע על פי רוב מרשת מורכבת של עסקאות חברתיות. זו ההנחה הבסיסית של רשימה זו, והיא נובעת מעצם תהליך היצירה כמושתת על החלפה הדדית של מידע ועל השפעה המבוססת על יחסי הגומלין בין היוצר לציבור.⁵³ עסקאות אלה הן אשר קיימות למעשה בבסיסן של מרבית היצירות.⁵⁴ הספרות בדיני זכויות היוצרים ראתה בפעולת היצירה הבניה חברתית, ואכן כותבים רבים תומכים בטענה כי הציבור הוא חלק אינטגרלי מתהליך היצירה.⁵⁵ הטענות שכותבים אלה מעלים מייצגות, אמנם לא במפורש, את תפיסת העסקה החברתית כמכוננת את הקשר בין היוצר לציבור מעצם היותה מוצר חברתי,⁵⁶ תרכובת שלתוכה יוצקים תרומה ממקורות רבים.⁵⁷ כותבים אלה לא הציעו דיון בהיבט העסקה החברתית, ואף שכתביהם כוללים קורטוב מהיבט זה, עד כה לא התקיים עיון מעמיק בטיעון העסקה החברתית – עיון אשר יש בו כדי לחשוף היבטים רבים שהשיח הקיים חלקי בהיעדרם.

- 53 Tim O'Sullivan et al., לעיל ה"ש 34, בעמ' 318.
- 54 במהלך זה חשוב לציין את ההבחנה הקיימת בין עסקה חברתית לעסקה כלכלית. על פי הבחנה זו, העסקה הכלכלית מתמקדת בייצור, בהפצה ובצריכה, ואילו העסקה החברתית מתמקדת בתקשורת ובאינטראקציה חברתית. ראו Mauro F. Guillén et al., *The Revival of Economic Sociology*, in *THE NEW ECONOMIC SOCIOLOGY: DEVELOPMENTS IN AN EMERGING FIELD* 1, 14 (Mauro F. Guillén et al. eds., 2002). המסורת שעל פיה טיעונים כלכליים מתרכזים בחברות ובתאגידים עוונה דומיננטית ויוצרת זרות מסוימת בין הגישה הכלכלית לטיעונים חברתיים. ראו לדוגמה Viviana A. Zelizer, *Intimate Transactions*, in *THE NEW ECONOMIC SOCIOLOGY: DEVELOPMENTS IN AN EMERGING FIELD* 274, 283 (Mauro F. Guillén et al. eds., 2002). עם זאת Zelizer מבקרת את מסורת הגישה הכלכלית למשפט בטענה כי היא איננה מסוגלת לשלב עסקאות אינטימיות וחברתיות במסגרתה (שם, בעמ' 285–290). מבחינתה, אין קיים קונפליקט בין עסקה אינטימית לעסקה מוניטרית. ראו שם, בעמ' 279. כן ראו White, *White, Varieties of Markets*, in *SOCIAL () kinship networks or feudal armies [...]* STRUCTURES: A NETWORK APPROACH 226, 232 (Barry Wellman & S.D. Berkowitz eds., 1988). לפיכך אין מניעה להשתמש במונח "עסקה" אשר אמנם שגור בכתיבה הכלכלית, אך נדיר בשיח התאורטי בדיני הקניין הרוחני, כפרדיגמה ייחודית לבחינת המהות הדיאלוגית של זכות היוצרים. במובן זה הצירוף "עסקה חברתית" תומך בטענה כי על אף ההבחנה האמורה, גם בעסקה הכלכלית קיים מוטיב חברתי.
- זה המקום לציין כי כוונתי כאן אינה לטעון כי כל האינטראקציות היצירתיות ניתנות לקטלוג כעסקאות חברתיות או כלכליות. כפי שצינו David Gamage ו-Alon Kedem, הטענה שניתן לקטלג את כל האינטראקציות האנושיות כ"כלכליות" או "חברתיות" מתעלמת מהמורכבות שעמה אינטראקציות כאלה מתמודדות בעולם האמתי של יחסים (David Gamage & Alon Kedem, *Commodification and Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations*, 73 U. CHI. L. REV. 1299, 1326 (2006)).
- 55 ראו את הדיון להלן בתת-פרק 4.4: העסקה החברתית בזירה העיונית ("גישות חברתיות פוסט-מודרניות").
- 56 ראו למשל CRAIG, לעיל ה"ש 51. כן ראו ROSEMARY J. COOMBE, *THE CULTURAL LIFE OF INTELLECTUAL PROPERTIES: AUTHORSHIP, APPROPRIATION, AND THE LAW* (1998) (להלן: Bitá Amani, *Copyright and Freedom of Expression: Fair Dealing Between Work and Play*, in *DYNAMIC FAIR DEALING: CREATING CANADIAN CULTURE ONLINE* 43, 53 (Rosemary J. Coombe et al. eds., 2014)).
- 57 Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 967 (1990).

אם כן, מהן עסקאות חברתיות? עסקאות חברתיות "מרחיבות את היקף האינטראקציה החברתית ואת מבנה היחסים החברתיים".⁵⁸ עסקאות אלה הן אחד הרכיבים הבסיסיים של מוסדות חברתיים.⁵⁹ Ali Darwish מציע מודל חברתי-תרבותי לאינטראקציה אנושית המבוסס על עסקאות חברתיות. Darwish מסווג את העסקאות החברתיות לפי דרגות שונות המוסברות באמצעות שלושה מעגלים קונצנטיים של אינטראקציה: חברתית, בין-אישית ותוך-אישית.⁶⁰ מרבית האינטראקציות האנושיות מתבצעות ברמת האינטראקציה החברתית. כך למשל כאשר שוכרים רכב בחופשה או פותחים בשיחה במרכול. האינטראקציה הבין-אישית מתייחסת למערכות יחסים בעלות אופי אינטימי יותר, כגון חברות (friendship). לעומת זאת האינטראקציה התוך-אישית מתאפיינת בהתקשרות הפנימית של אדם עם עצמו, מעין מונולוג שקט, אשר נערך במסגרתו של מה שהוא מכנה "הקופסה השחורה".⁶¹ נטילתו של רעיון מהרמה התוך-אישית והעברתו לרמה הבין-אישית כמוה כהעברת הרעיון מהמרחב הפרטי לציבורי – מהמרחב הפנימי לדיאלוגי. תהליך זה מחייב את נוכחותו של האחר ומגלם את תחילתה של עסקה חברתית מורכבת.⁶² אף על פי כן התהליכים הפרטיים הללו, ככל שהם שימושיים ונחוצים, הם שלב מקדמי בלבד בתהליך היצירה. המשך התהליך דורש דיאלוג והסכמה משותפת לשם יצירתה של משמעות.⁶³ כך, היקש ממודל זה אל התפיסה המוצעת מלמד כי תהליך היצירה מגלם מבנה דומה. ראשית, יצירות המוגנות בזכות יוצרים אינן נוצרות בריק חברתי – אמנים מתקשרים עם אחרים וניזונים מרעיונות בנחלת הכלל.⁶⁴ שנית, היוצר מעבד רעיונות אלה במחשבותיו ברמה התוך-האישית. לבסוף, רק כאשר היוצר מחליט לחלץ את הרעיון מהמרחב התוך-האישית, להוציאו מן "הקופסה השחורה", או אז היצירה נחשפת כמושא לאינטראקציות בין-אישיות ומקבלת משמעות חברתית.⁶⁵

PETER M. BLAU, EXCHANGE AND POWER IN SOCIAL LIFE 263 (Transaction Publishers 1986) 58
(1964).

Dennis J. Baker, *The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law*, 56 MCGILL L.J. 349, 368 (2011) 59

ALI DARWISH, SOCIAL SEMIOTICS OF ARABIC SATELLITE TELEVISION: BEYOND THE GLAMOUR 184–185 (2009) 60

"הקופסה השחורה" או המרחב התוך-אישית (The intrapersonal circle) היא המקום שבו התקשרות הפנימית מתקיימת. במרחב זה מסתתרות המחשבות האינטימיות והחשוכות ביותר של הפרט. ראו שם, בעמ' 186. 61

ANDY LOCK & TOM STRONG, SOCIAL CONSTRUCTIONISM: SOURCES AND STIRRINGS IN THEORY AND PRACTICE 7 (2010) 62

שם. 63

Pamela Litman, *The Public Domain*, לעיל ה"ש 57. ראו גם Pamela Samueslon, *Enriching Discourse on Public Domain*, 55 DUKE L.J. 783 (2006); JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND (2008); David Lange, Bitton; *Reimagining the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 463 (2003) לעיל ה"ש 15. 64

כפי שציין Craig לאחרונה: "When the author creates original expression in the form of literature, art, drama or music, she is engaged in an intra-personal dialogue (developing a form of personal narrative by drawing upon experience, situation and critical reflection) and an 65

השיח התאורטי על עסקאות חברתיות עומד על שני מאפיינים המשותפים לכל העסקאות החברתיות והרלוונטיים גם לעסקה החברתית בזכות היוצרים. על פי המאפיין הראשון, עסקאות חברתיות אינן אידאלים תאורטיים שיש לשאוף אליהם ותו לא, אלא הן דרישות פונדמנטליות לקיומה של החברה, צורך חיוני לעומת אופצייה אפשרית ורצויה בלבד.⁶⁶ המאפיין השני הוא הקשר הסיבתי הכרוך בעסקה החברתית. אף שלמשתתפים אחדים חלק חשוב יותר בעסקה מזה של אחרים – איש אינו מבצע את העסקה החברתית, כולה, לבדו. לפיכך אי אפשר להסביר את העסקה במונחים של המניעים ושל מאפייני האישיות של האינדיווידואלים המעורבים בעסקה בלבד.⁶⁷ במילים אחרות, העסקה החברתית נבנית לאורך זמן, ברצף של יחסי גומלין – תגובות, התאמות והתאמות מחדש, הנערכים בין האינדיווידואלים המשתתפים⁶⁸ כאשר תרומתו של כל משתתף מתווספת לתרומתם של האחרים, לטובת המיזם כולו.⁶⁹ כך גם היצירה המוגנת, כצומת של עסקאות חברתיות מרובות, מבטאת מאפיינים משותפים אלה. כפי שהעסקה החברתית לעולם אינה מבוצעת כולה בידי משתתף יחיד,⁷⁰ כך גם היוצר אינו נבנה, על פי רוב, אך על עצמו ביצירותיו – הטקסטים, הגילויים, הדיאלוגים, החוויות ומערכות היחסים המכוננות את היוצר – הם תוצר חברתי.⁷¹

אכן יש יצירות שנוצרו בבידוד, בספונטניות ובמקרה. יצירות שהן אינן בהכרח תוצר מובהק של עסקאות חברתיות. לדוגמה, כך היה בעת צילום תמונות ההתנקשות בנשיא קנדי בידי Zapruder,⁷² תיעוד רצח ראש הממשלה רבין בידי הצלם קמפלר או יצירות מקריות שנוצרו בידי אמני ה-Dada.⁷³ כך גם כאשר מדובר ביצירה הנוצרת באי בודד ונטוש, דוגמת

interpersonal dialogue (drawing upon the texts and discourses around her to communicate meaning to an anticipated audience), CRAIG, לעיל ה"ש 51, בעמ' 53–54). אף ש-Craig מגדילה לראות את תהליך היצירה (והענקת המשמעות) כרצף דיאלוגי, היא כאמור איננה עוסקת בעסקאות החברתיות שבבסיס זכות היוצרים או במהותו של הדיאלוג כתהליך מורכב לעומת שיח או אקט תקשורתי בלבד.

66 בהיותן רכיב בסיסי בייסודם של מוסדות חברתיים, הן כה חיוניות עד כי ניתן להאשים ולהעניש את אלה אשר מסרבים להשתתף בהן או מסקלים את יחסי הגומלין שבבסיסן. עמד על כך Becker בצינו "To be disposed to make reciprocation a moral requirement is to be disposed to ascribe blame to people who do not reciprocate, or to coerce them into reciprocating, or to punish them or BECKER, RECIPROCITY) extract compensation from them for their failure to reciprocate". ה"ש 636, בעמ' 130). כן ראו Baker, לעיל ה"ש 59.

67 SHIBUTANI, לעיל ה"ש 35, בעמ' 7.

68 שם.

69 שם, בעמ' 6–7.

70 שם.

71 CRAIG, לעיל ה"ש 151, בעמ' 51.

72 Time Inc. v. Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968). עוד ראו, בכלליות, Melanie Skehar, *Who Really Owns the Zapruder Film after the JFK Act: The Sixteen Million Dollar Question*, 34 Sw. U. L. Rev. 325 (2004).

73 הדאדא הוא זרם באמנות האונגרדית הקורא תיגר על מוסכמות של תרבות ואמנות בחברה ומטיל ספק בהיגיון, במסור, במדע, בהתנהגות החברתית ובהסכמה על אמנות. ראו FRANCIS M. NAUMANN & BETH VENN, *MAKING MISCHIEF: DADA INVADES NEW YORK* (1996); MARK A. PEGRUM,

האי של רובינזון קרוזו, הרחק מהציוויליזציה, מהדיאלוג ומהאחר.⁷⁴ עם זאת גם במקרים אלה ניתן לטעון כי עצם היכולת ליצור ולהגיב, או הטכניקה שבה משתמשים אותם יוצרים "אינדיווידואליים", הם תולדה של אינטראקציות חברתיות מוקדמות;⁷⁵ גם היכולת להעריך, בדיעבד, את פרי יצירתם של יוצרים אלה ואת תרומתו האמנותית טעונה את התערבותו של האחר⁷⁶ גם בהיעדרו של האחר.⁷⁷ יחסי הגומלין בין היוצר ליוצרים אחרים ובינם לבין הציבור מאפשרים לעסקאות חברתיות להעשיר את מאגר הידע המשותף. אלו המגבילים את הגישה ליצירות מוגנות, אם באמצעות חקיקה חדשה או בטענות חסרות תוקף, פוגעים בהדדיות ומונעים את קיומן של עסקאות חברתיות.

.CHALLENGING MODERNITY: DADA BETWEEN MODERN AND POSTMODERN 245–249 (2000) להגדרה קצרה של Pegrum לאומנות ה-Dada ראו שם, בעמ' 309–311. עוד ראו Alan L. Durham, *The* Random Muse: Authorship and Indeterminacy, 44 WM. & MARY L. REV. 569 (2002). עם זאת ניתן לטעון שהשימוש בטכניקת האמנות הנשענת על עקרון המקריות (chance), אשר הפך למוטיב חזרתי ודומיננטי באמנות ה-Dada, מגלם כשלעצמו עסקה חברתית-דיאלוגית. כלומר אף שהיצירות עצמן אכן מקריות וספונטניות – הנרטיב המוביל וטכניקת היצירה שמאחוריהן אינם ספונטניים כלל ועיקר. אלה הם תוצרים של דיאלוג מתמשך עם טכניקות יצירתיות פורמליות אשר ה-Dada ביקשו לקרוא עליהן תיגר, על מנת להחליף מבנים רשמיים, ואת "ordered view of the world" ב-"virtual chaos" (Pegrum, שם, בעמ' 242). במובן זה יצירות ה-Dada הן מוקד החותר תחת סמכותם של מוסדות רשמיים (ראו להלן את הדיון בפרק ג: הגישה המוצעת: הדיאלוג, האחר והעסקה החברתית). עוד ניתן לטעון שהיצירה הספונטנית דווקא ממחישה את תרומתו של האחר ושל הציבור שמניח את תנאי הרקע ליצירה. כך, אמני ה-Dada ביקשו ליצור חופשיים מהשראה קודמת, כדי לתרום שלהם לא תורגש ביצירה, ודווקא בשל כך הללו השתמשו בעקרון המקריות, אשר פועל "independently of the artist's mind" ולפיכך מקנה ליצירה משמעות שאיננה בהכרח תלויה בעמדותיו של היוצר – אלא יותר באחר. ראו NAUMANN & VENN, שם, בעמ' 246.

74 הדוגמה המידית כאן היא יצירה הנוצרת באי בודד או במקום מרוחק. במקרה זה לכאורה ניתן לטעון כי אין מתקיימות מערכות יחסים דיאלוגיות. ראו את הדיון ביצירה באי בודד ב-Vlad Petre Glăveanu, *Distributing Creativity: Three Thought Experiments*, in MULTIDISCIPLINARY CONTRIBUTIONS TO THE SCIENCE OF CREATIVE THINKING 67, 73 (Giovanni Emanuele Corazza & Sergio Agnoli eds., 2016).

75 ראו הדיון לעיל בה"ש 73, בנושא טכניקת המקריות של אמני ה-Dada. כן ראו Glăveanu, שם, בעמ' 74: "previous social interaction within the world of culture would have given the person symbolic resources to understand his or her creative expression, including benchmarks to evaluate it against".

76 ראו שם: "the capacity to develop a reflexive mind is rooted in early social interaction between the self and other [...] In our case [the Deserted Island case], if the person did not have any human contact before, then it is likely that he or she is not able to appreciate fully the value of creative action [...]". האינטראקציה החברתית היא שמאפשרת ליוצר להעריך את יצירתו מנקודת מבטו של האחר, להציב את עצמו מול ביקורת כאילו הוא היה האחר שמגיב ליצירתו. שם. לכן לכאורה השאלה המקדמית הרלוונטית ביותר היא אם מדובר ביוצר אשר מעולם לא נחשף לאינטראקציה חברתית גם בטרם הגיעו לאי הבודד. ראו שם.

77 כלומר, "the social element is present even when creative acts are performed in complete solitude" (שם, בעמ' 74). Glăveanu מוסיף: "The absolute absence of this network of sociality would make the creator unable to recognise and cultivate his or her creativity [...]".

דיני זכויות היוצרים מנסים להשפיע על תופעות אלה באמצעות מערכת של תגמול בעבור יצירת ערך חברתי בד בבד עם הכרה במגבלות הזכות. לדוגמה, דיני זכויות היוצרים מעניקים בעלות בלעדית על ביטויים ומותירים את הרעיונות שבבסיס הביטוי לשימוש הציבור. למידת החדשנות של רעיון אין רלוונטיות להגנה, וצריכה של רעיונות לעולם אינה מוגבלת.⁷⁸ לצד ההגנה הבלעדית קיימת רשימה פתוחה של חריגים לזכות שמכוחה זכותם של משתמשים נשמרת. בנוסף, הזכות היא לתקופה ארוכה, אך גם זו מסתיימת, וב"תאריך התפוגה" היצירה עוברת לרשות הציבור.⁷⁹ חשוב לציין שהזכות הקניינית ביצירה כוללת זכויות מוסריות שאינן מאפשרות – למעט במקרים חריגים (כמו במקרה של פרודיות) – פגיעה באוטונומיה הקניינית של היוצר.⁸⁰ אבל גם לזכויות אלה תאריך תפוגה וזה לזכויות החומריות. אם כן, שלא כדיני הפטנטים אשר מקנים לבעל הפטנט זכות מונופוליסטית ללא רשימת שימושים מותרים – המאפשרת לו למנוע מהציבור להשתמש באמצאה לתקופה מוגבלת⁸¹ – דיני זכויות היוצרים מקנים לציבור מידה רבה יותר של גישה ושימוש ביצירות גם בזמן שהן מוגנות.

היוצר והציבור מתקשרים על מנת לגרום לבואן לעולם של היצירות המוגנות. הדבר נובע מטבען של היצירות, הנוצרות בתהליך חברתי התלוי בעבר ובידע הקודם. במילים אחרות, דיני זכויות היוצרים מזמינים את היוצר לסחור עם עמיתיו היוצרים ועם הציבור בכללותו. כתגמול על יצירת ערך היוצרים מקבלים בעלות על נתח מהמציאות החברתית. כאשר מתבצעת העסקה החברתית, והיצירה המוגנת באה לעולם, החוק כופה על היוצר ועל הציבור זכויות וחובות הופלדיאניות, על מנת ליצוק יציבות ואיזון למערכת היחסים ביניהם כקרקע להיווצרותן של עסקאות חברתיות עתידיות.⁸² החוק מגביל את היקף הזכות בתמורה לקיומה של חובה מצד הציבור להכיר בהשקעתו של היוצר ביצירה ולהגן עליה. לאחר שהיצירה נחשפת לציבור, העסקה החברתית מתפתחת באמצעות תקשורת ויחסי גומלין בין היוצר לקהל הנמען, המשפיעים על משמעותה של היצירה ועל עתידה התרבותי.⁸³ עקרונות התגמול והפיצוי בדיני זכויות היוצרים מסמלים את הצורך ברמת תקשורת גבוהה בין היוצרים לציבור. כפי שאטען במאמר זה, כל עסקה חברתית המובילה לבריאתה של יצירה – איננה עסקה רגילה. היא מתחילה את דרכה, במושגיו של Darwish, במעגל

78 ס' 15 (1) לחוק זכות יוצרים. ראו גם עניין זיסו, לעיל ה"ש 11. בדין האמריקאי ראו 17 U.S.C. § 102 (1982); Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930) להגבלות על צריכתם של רעיונות, נתונים ועובדות שאינם מוגנים בזכות יוצרים באמצעים חוזיים בדין האמריקאי ראו למשל ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

79 פרק ו' לחוק זכות יוצרים.

80 ראו הדיון להלן ליד ה"ש 125–130.

81 ס' 52 לחוק הפטנטים, התשכ"ז–1967.

82 WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING: AND OTHER LEGAL ESSAYS (1919) כמו כן ראו בהרחבה WESLEY WALDRON, INTRODUCTION TO THEORIES OF RIGHTS 1, 4–9 (Jeremy Waldron ed., 1984); Wendy J. Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory*, 41 STAN. L. REV. 1343, 1354–1378 (1989).

83 Tom G. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 817, 848 (1990).

הראשוני, אך ממשיכה הרבה מעבר לכך.⁸⁴ מדובר בעסקה חברתית מורכבת וייחודית אשר מחייבת את נוכחותו של ה"אחר" בתהליך והתקיימותו ביצירה הסופית. מורכבות זו מחייבת שהעסקה החברתית בזכות יוצרים תהיה עסקה דיאלוגית אשר בה מתבטא האחר ותורמתו היא בסיסית להצלחת היצירה.⁸⁵ עסקה דיאלוגית מסמלת, כפי שהציג זאת Goutam Biswas, תקשורת המבוססת על התקרבות ולא על מעבר מידע בלבד.⁸⁶ כחלק מגישתו הדיאלוגית לזכות היוצרים תיאר Abraham Drassinower חיבור תוכן כמצב של פנייה לציבור והשתתפות הציבור בתהליך היצירה.⁸⁷ יכולתם של יוצרים לבטא את אישיותם, להטמיע תהליכים חברתיים ולייצר סמלים תרבותיים חדשים טעונה פנייה לציבור והשתתפותו. זוהי אפוא העסקה החברתית. מנקודת מבטו של הציבור, העסקה החברתית מציבה גבולות להפרטתו של המידע וניכוסו על ידי מוקדי בעלות. מנקודת מבטו של הפרט, עסקה זו מגנה על זכויות היוצר ומכירה בתרומתו. הפרדיגמה של זכות יוצרים כעסקה חברתית והשלכותיה על ציבור המשתמשים והיוצרים חיונית ובסיסית לשכלול הבסיס המושגי ותכליות הפצת הידע ועידוד היצירה, כפי שיראה החלק הבא.

ב. העסקה החברתית בזירה העיונית

תכליותיהם של דיני זכות היוצרים ודרך הגשתן במציאות המשפטית מוסברות אחרת בתאוריות המלוות את השיח הערכי על הגדרת גבולותיה של הזכות. השונות נובעת מהאופן שבו כל אחת מהתאוריות מגדירה את אגד הזכויות של היוצר.⁸⁸ הטיעון המרכזי של רשימה

84 DARWISH, לעיל ה"ש 60.

85 לדיון בממשק שבין קניין רוחני לבין תאוריית המורכבות (complexity) והצגתן של יצירות (וטובין רוחניים נוספים) כאובייקטים הקשורים זה לזה ברשתות מורכבות ראו מיכל שור-עופרי "קניין רוחני ותאוריה של מורכבות" קניין רוחני: עיונים בינתחומיים, לעיל ה"ש 19, 67 (להלן: שור-עופרי "תאוריה של מורכבות").

86 Goutam Biswas, *Martin Buber's Concept of Art as Dialogue*, in MARTIN BUBER AND THE HUMAN SCIENCES 223 (Maurice Friedman ed., 1996).

87 Abraham Drassinower, *Authorship as Public Address: On the Specificity of Copyright*, 199 MICH. ST. L. REV. 199, 200 (2008) (*Vis-à-Vis Patent and Trade-Mark*); (להלן: Drassinower, *Authorship as Public Address*).

88 פרק זה אינו מתיימר למצוא את הדין התאורטי בכלל הגישות לזכות יוצרים אלא להציג את התאוריות המרכזיות וכיצד הן התפתחו בעקבות שינויי חקיקה, פסיקה, תהליכים חברתיים ותרבותיים, פרשנויותיהם של תהליכים אלה ועוד. כדברי Fisher, התאוריות השונות לזכות היוצרים: "grow out of and draw support from lines of arguments that have long figured in the raw materials of intellectual property law – constitutional provisions, case reports, preambles to legislation [...] William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY 168, 173–175 (Stephen R. Munzer ed., 2001). לדיון נוסף ראו גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359 (2000) (להלן: פסח "הבסיס העיוני"); MERGES, לעיל ה"ש 2; Jeanne C. Fromer, *Expressive Incentives in Intellectual Property*, 98 VA. L. REV. 1745 (2012); Zemer, *On the Value of Copyright Theory*, 1 INTELL. PROP. Q. 55 (2006); Peter S. Menell, *Intellectual Property: General Theories*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS: CIVIL

זו הוא שהבנת זכות היוצרים כעסקה חברתית תאפשר שכלול והרחבה של הבסיס התאורטי הראוי לזכות יוצרים, וזה ישפיע על חלוקה לגיטימית של זכויות היוצרים למול זכויות המשתמשים ביצירות מוגנות. התאוריות המרכזיות המצדיקות את זכות היוצרים אינן מגדירות יצירות כתוצרים של עסקאות חברתיות. עם זאת ניכר כי בכל תאוריה יש ביטוי מסוים מטיעון זה. בפרק זה אסקור את התאוריות המרכזיות שבבסיס הדיון על זכות יוצרים, אדגים כיצד בתי המשפט תיעלו את התאוריות להמשך קיבועה של תפיסת היוצר כבעלים הבלעדי ואבדוק כיצד טיעון העסקה החברתית משתקף מכל תאוריה ומשפר את המסר הנורמטיבי שכל תאוריה מבקשת להציג באשר לציבור כתורמים לכל יצירה.

תפיסת היצירה כתוצר של מערכת יחסים דואלית בין היוצר לציבור קיימת, אמנם במידה שונה, בכל תאוריה, שהרי כל תאוריה מכירה בנחלת הכלל, ושום תאוריה אינה מניחה שהיוצר אינו מתקיים במארג חברתי מסוים המשפיע עליו ועל יצירותיו. משמעותה של הכרה זו היא שכל תאוריה, גם אם בדרך עקיפה, מכירה בקיומה של עסקה חברתית בין היוצר לציבור כבסיס להיתכנותן של יצירות רוחניות. בדרך זו מפגיש פרק זה את התאוריות המרכזיות הקיימות ומאפשר להקים בסיס משותף להגדרת היקף הזכות על אף השונות בין התאוריות. אולם כפי שהפרקים הבאים אחרי יבקשו להראות, במציאות המשפטית, קרי בחקיקה ובפסיקה בתי המשפט, עולה דבר שונה: הביטוי שניתן למערכת היחסים הדואלית ולהשלכותיה על היקף הזכות הוא במינון נמוך, ולכן ברוב המקרים אין ביכולתו להביא לשינוי רב באיזון בין זכויות היוצר והציבור.

כאן המקום להקדים ולהבהיר שלושה היבטים שהדיון עשוי להעלות: ראשית, חיזוק מעמד המשתמשים אינו מייתר את מקומו של היוצר בתהליך היצירה. אמנם יש שיטענו כי חיזוק זכויות גישה והענקת הבכורה, במקרים מסוימים, למשתמשים עלולים למזער את תרומתו של היוצר ליצירה ולפגום במערך התמריצים ובפרנסתו. לטענה זו אשיב, כפי שהדיון יראה, שמטרת רשימה זו איננה לסתום את הגולל על תאוריות אינדוידואליסטיות ולטעון כי אין מקום להתחשב די באינטרס היוצר – היוצר תורם פעמיים, הן מתוקף היותו חלק מהתאגיד החברתי והן כיוצר עצמאי המביא את אישיותו וכישרונותיו הייחודיים לו. ברשימה זו אני מציע הרחבת התפיסה המושגית לזכות היוצרים כדי שגם תרומתו של האחר ושל הציבור, לצד תרומת היוצר, תובא בחשבון במסגרת עיצוב הזכות. היוצר הוא שותף פעיל בעסקה החברתית, ומכאן זכויותיו ביצירה. אולם זכויות אלה אינן מקנות לו הגמוניה על עיצוב המשמעות ומניעת פעולות שמותרות על פי הדינים. שנית, הטענה כי יוצרים יוצרים בשביל השאת רווחים פיננסיים עומדת כיום למבחן מאתגר בייחוד בשל עלייתה של תרבות ה־Web 2.0 ועידן המידע, שבהם פלטפורמות של יצירה ושיתוף מטילים ספק בדרך ליצור רק (או בייחוד) למטרות רווח.⁸⁹ שלישית, הקשר הלינארי בין עיצובם של משטרי דיני

LAW AND ECONOMICS 129 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit de Geest eds., 2000); Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287 (1988).

89 ראו למשל JULIE E. COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF: LAW, CODE, AND THE PLAY OF EVERYDAY PRACTICE 81 (2012) (להלן: COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF). כן ראו אלקין-קורן "זכויות משתמשים", לעיל ה"ש 818, בעמ' 339: "עידן המידע, [...] יוצר סביבת ביטוי עשירה המבוססת על ייצור והפצה של תוכן על-ידי משתמשים [...] במציאות זו מושם דגש

הקניין הרוחני למערכת התמריצים של היוצר (לפחות בחלק גדול מהיצירות) גם הוא מוטל בספק, ולא ברור כלל אם הכרה בתרומתם של משתמשים בהכרח תגרום ליוצרים ליצור פחות.⁹⁰ מערכת מורכבת מעין זו דווקא מתאפיינת בהיעדר לינאריות, ולפיכך "שינויים בתמריצים שההגנה של קניין רוחני מספקת לא יובילו בהכרח לתגובות לינאריות מצד המערכת הכלכלית-חברתית".⁹¹ כמו כן אדגיש כי גם אם ייטען כי הכרה בתרומתו של האחר עלולה לפגוע בפרנסתו של היוצר, אין לגזור מכך בהכרח את המסקנה כי הדבר איננו רצוי או ראוי למשל לאור שיקולים חלוקתיים אשר מבקשים להנגיש את היצירות לאלה שידם אינה משגת.⁹²

1. הגישה התועלתית

הגישה השלטת בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות היא הגישה התועלתית. במרכזה נמצא "טיעון התמריץ" שלפיו יש לעודד יצירה והפצה של טובין מופשטים משום שיש בכך כדי להשיא רווחה חברתית. בעגה הבנת'מית,⁹³ נקודת המוצא היא האיוון הנדרש בין יצירת מונופול מוגבל בידי בעלי הזכויות ובין האינטרס הכלכלי-חברתי.⁹⁴ משמעות העסקה

במגוון רחב של מניעים (לא רק כלכליים) ליצירה ולביטוי, כגון מוניטין, חדות היצירה והרצון להשתייך לשיח חברתי או מקצועי". כמו כן משטר הקושר בין תמריצים כלכליים להיקף הזכות נושא בחובו עלויות נוספות, חלוקתיות. עמדה על כך Molly Shaffer Van Houweling: "Copyright law generally addresses the relationship between creative expression and money in terms of maximizing total creativity. But of course a regime that couples creativity and money also affects the distribution of creative opportunities. Some creators want the monetary incentive that copyright provides; others do not. Some creators can bear the expenses that copyright imposes; others cannot" (Molly Shaffer Van Houweling, *Distributive Values in Copyright*, 83) (Tex. L. Rev. 1535, 1537 (2005)). לטענה כי ככלל, היסטורית, יוצרים אינם יוצרים בגלל ההגנה הקניינית ראו למשל WILLIAM PATRY, MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS 67–68 (2009).

90 הנחה זו של שור-עופרי מכוונת לכך שבעידן הנוכחי "הציפייה שנוכל לקדם ערכים חברתיים חיצוניים אך ורק באמצעות 'כיל' ההיקף של הגנת הקניין הרוחני [...]" אינה מציאותית. ראו שור-עופרי "תאוריה של מורכבות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 94.

91 שם.

92 ראו למשל Shaffer Van Houweling, *Distributive Values in Copyright*, לעיל ה"ש 89, בעמ' 1578: "Copyright now needs to come to terms with the ways in which it may endanger the expressive opportunities of those who cannot afford to pay for permission to build upon copyrighted works". כן ראו דגן "המוסד הקנייני המתחדש", לעיל ה"ש 39, בעמ' 51. במובן זה ערך הנגישות עולה על חשיבותו של ערך עידוד היצירה, שם.

93 JEREMY BENTHAM, A MANUAL OF POLITICAL ECONOMY 71 (1843). על הניתוח הכלכלי לזכויות יוצרים ראו William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989).

94 ראו לדוגמה שלומית יניסקי-רביד קניין רוחני בעבודה – תיאוריה, מעשה ומשפט משווה 42–43 (2013), שם נאמר: "הצדקה זו [...] לאורה יש לעודד יצירת תוצרים רוחניים ומכירתם לציבור כדי להעשיר את מאגר היצירות, ההמצאות והמידע העומדים לרשות הציבור, להביא לקדמה בתחומי האמנות, המידע והטכנולוגיה ובכך להשיג יעילות מצרפית. בין הציבור לבין יוצרים וממציאים נעשתה 'עסקה' ולפיה היוצרים והממציאים מקבלים זכויות קניין בלעדיות (מעין מונופוליסטיות) לזמן מוגבל

החברתית בגישה זו היא שכדי לעודד יצירה על המערכת ליצור מנגנון של זכויות בלעדיות ביצירות רוחניות. עם זאת על זכויות אלו להיות מוגבלות בזמן ובהיקף ההשפעה שלהן. כך החקיקה בזכויות יוצרים תעניק זכות קניינית ליוצר אך גם תגביל אותה, אם בדרך של שימושים הוגנים ואם בדרך של הגבלת תקופת ההגנה.⁹⁵ אולם במציאות ניכר שתפיסה זו מייצרת תשתית נרחבת לזכויות בלעדיות בשם הרווחה החברתית ומציידת את היוצר בכלים שמאפשרים לו לקבוע את ההווה ואת העתיד של היצירה מבלי להתחשב באינטרס הציבור.⁹⁶ בדרך זו מופרת העסקה החברתית. שפת התמריצים מחליפה את שפת הצרכים החברתיים, ובכך מתמקם היוצר מעל האינטרס הציבורי, והכול על מנת להבטיח ליוצר את התמריץ הכלכלי אשר בלעדיו, לכאורה, יש חשש שלא תיווצרנה יצירות חדשות.⁹⁷

הביטוי שניתן לגישה התועלתית בפסיקת בתי המשפט מניח את קיומה של עסקה חברתית. אסביר. בתי המשפט, בפנייתם לצידוק התועלת, מציבים למול זכות היוצר את החשיבות בשימור הגיוון התרבותי של עולם הביטויים וקידום היצירה הקולקטיבית. עם זאת כאשר בתי המשפט פונים לצידוק זה כדי להגשים תכליות חברתיות אלה, הם מחזקים

[...] לציבור משתלם 'לשלם' את מחיר הזכויות הבלעדיות כיוון שכך הוא זוכה בתוצרים רבים וטובים. היוצר והממציא מקבלים תמריץ לפיתוח התוצר".

95 ביטוי לתפיסה זו ניתן למצוא בחוקה האמריקאית U.S. CONST. art. 1, § 8, cl. 8. ב-1909 הסביר הקונגרס האמריקאי את מטרת זכות היוצרים: "The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings [...] but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted [...] by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings" (H.R. Rep. No. 2222, 60th Cong., 2d Sess. 7 (1909)). במקרה *Feist* המפורסם קבע בית המשפט כי "The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but '[t]o promote the Progress of Science and useful Arts'. [...] To this end, copyright assures authors the right to their original expression [...]" (*Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 349–350 (1991)).

אכן הפינה לביצורה של שפת התמריצים ולגישה התועלתית בישראל הונחה בע"א 513/89 *Interlego* A/S נ' *Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133, 154 (1994). ראו גם עניין *סייפקום*, לעיל ה"ש 29, פס' 12 לפסק דינו של השופט דנציגר; וכן ת"א (מחוזי ת"א) 38918-12-09 *דנ-אל פתרונות תוכנה מתקדמים בע"מ נ' סנפיר*, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.4.2014).

96 ביטוי עכשווי למגמה זו ניתן לראות למשל בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין *ויינברג*, שבו מסתמך בית המשפט על הצדקות תועלתיות ודוחה את הטענה כי הענקת זכויות יוצרים בצילום תיעודי המציג את תווי פניו של איש ציבור עלולה ליצור מונופול על דמותו. בית המשפט מציין שהגנה על זכויות יוצרים בצילום תיעודי מגשימה את אחת התכליות העיקריות במתן הזכות והיא עידוד הגיוון בביטויים ובידע הקיים והעשרת עולם הביטויים. בית המשפט ציין כי "תכלית זו נועדה להשגה על-ידי מתן תמריץ כלכלי ליוצר, שמולו 'מחיר חברתי' בדמות ההגבלות על הגישה והשימוש ביצירה המוגנת [...] לחברה עניין רב בעידודם של יוצרים תיעודיים לפתח יצירות חדשות – וזאת בדרך של תגמול. ערכם ההיסטורי, התרבותי והחברתי של צילומי העיתונות ושל הצילומים התיעודיים לא יסולא בפז, והוא מצדיק מתן תמריץ ליוצריהם" (עניין *ויינברג*, לעיל ה"ש 9, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין).

97 לדיון על קיומה של קשת נרחבת של תמריצים המניעים את תהליך היצירה ועל כי בעידן המידע יצירות אינן נוצרות בהכרח בגלל מניעים כלכליים ראו לעיל את הטקסט ליד ה"ש 89 לעיל.

את מעמדו של היוצר דרך קבלת הצורך, הכמעט בלתי מתפשר, בהקצאת תמריצים.⁹⁸ בהקצאה זו גלום הקושי שהתמודדותה של הפסיקה עמו אינה מספקת. קושי זה נובע מהיעדר מענה ראוי לשאלה מהו "מחיר חברתי" אשר הצדדים לעסקה החברתית – משתמשים ויוצרים חדשים – צריכים לשלם כדי ליצור יצירות מקוריות וכדי לצרוך תכנים מוגנים בזכות יוצרים. הקצאה לא מבוקרת של תמריצים מקבעת בסיס נורמטיבי שדרכו נשמר חוסר האיזון בזכות יוצרים, דבר אשר העסקה החברתית מבקשת למגר.⁹⁹

2. גישת העמל וגישת האישיות

שתי גישות מרכזיות נוספות שבאות לידי ביטוי בפסיקה הן תאוריית העמל ותאוריית האישיות. גישות אלה אינן מתעלמות מזכות היוצר בשם הרווחה הכלל-ציבורית, אולם שלא כגישה התועלתית, הן נשענות על הזכות הטבעית של היוצר לעמל כפיו ויציר אישיותו ומכירות בזכות הפרטית של היוצר מעצם היותו יוצר. גישות אלו רווחות בשיטות המשפט הקונטיננטליות, ומטרתן, בדומה לתאוריות מתחרות אחרות, היא לסרטט את המתחם הנורמטיבי הראוי שדרכו תוגדר ראשיתה של זכות היוצרים וסיומה.¹⁰⁰ התאוריה הקניינית של ג'ון לוק¹⁰¹ משמשת כותבים רבים בחפשמ אחר צידוקים לזכות יוצרים על פי גישת העמל.¹⁰² לוק הציג את תאוריית העבודה המצדיקה זכות קניין טבעית ליוצר בעמל כפיו.

98 על פי התפיסה המועדפת בפסיקה, קידום היצירה הקולקטיבית נעשה כמתן תמריצים כלכליים ו"ממשיים" ליוצרים, ואילו תרומתו של הציבור למרחב היצירתי וה"פיתוח הקולקטיבי" נזנחת לא אחת. ראו למשל ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד (3) 740 (2011), שבמסגרתו ציין המשנה לנשיאה השופט ריבלין כי "אחת התפישות העומדות ביסוד ההכרה בזכויות היוצרים מדגישה את האינטרס הציבורי שבקידום היצירה הקולקטיבית [...] השאיפה היא להעשיר את המרחב הציבורי, להרחיב את מאגר הידע הקולקטיבי ולהגדיל את המגוון התרבותי". עם זאת לגישתו "תפישה זו מבוססת על ההבנה כי בשל אופיין הייחודי של היצירות כטובין מופשטים וכ'מוצר ציבורי' [...] אין לפרטים תמריץ כלכלי מספק להפיק יצירות חדשות". לפיכך "כדי לעודד יוצרים להשתתף בפיתוח הקולקטיבי והמצטבר של הידע והתרבות, נדרש אפוא להעניק להם תמריץ ממשי לכך, בדמותה של זכות יוצרים". שם, בעמ' 756.

99 בית המשפט מבטא בעייתיות זו בפסקי הדין בעניין ויינברג ובעניין שוקן. ראו את הדין לעיל בה"ש 96, 98.

100 ראו למשל MERGES, לעיל ה"ש 2, בעמ' 31–101; Wendy J. Gordon, *Render Copyright unto Caesar: On Taking Incentives Seriously*, 71 U. CHI. L. REV. 75 (2004); Lawrence C. Becker, *Deserving to Own Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 609 (1993); Stewart E. Sterk, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, 94 MICH. L. REV. 1197 (1996); Kim Treiger-Bar-Am, *Kant on Copyright: Rights of Transformative Authorship*, 25 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1059 (2008). כן ראו את המקורות המובאים להלן בה"ש 102, 125.

101 JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT*, at ch. V: *Of Property*, 303–320 (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press, 2nd ed. 1967) (1690).

102 ראו פסח "הבסיס העיוני", לעיל ה"ש 888, בעמ' 383–402; Adam D. Moore, *A Lockean Theory of* MERGES; *Intellectual Property Revisited*, 49 SAN DIEGO L. REV. 1069 (2012), לעיל ה"ש 2, בעמ' 31–67; Lior Zemer, *The Making of a New Copyright Lockean*, 29 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 891 (2006); Seana Valentine Shiffrin, *Lockean Arguments for Private Intellectual Property*, in *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY* 138 (Stephen R. Munzer ed., 2001); Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and*

אף שלוק מגדיר את זכות הבעלות הקניינית מנקודת מבטו של היוצר, זכות קניין לוקיאנית היא תמיד מוגבלת. הזכות מתקיימת בשדה חברתי שבו יחסי הגומלין בין הבעלים לציבור יוצרים עסקה חברתית שמחייבת התייחסות לזכותם של הצדדים לעסקה. במובן הלוקיאני, קיומה של זכות קניין מותנית בעמידה במבחן חברתי המבוסס על שלושה תנאים מרכזיים. כל התנאים מתבססים על ההנחה שהמרחב הציבורי ניתן לנו במשותף, ולכן השקעת עמל במשאב ממרחב זה וניכוסו לאדם פרטי לא בהכרח תייצר זכות קניינית טבעית ובלתי מוגבלת. התנאי הראשון מחייב שלקחה מהמרחב הציבורי תשאר מספיק משאבים לאחרים ליצור קניין פרטי.¹⁰³ התנאי השני מחייב להשתמש במשאבים שנלקחו מהמרחב הציבורי על מנת לא לגרום לקולוס.¹⁰⁴ התנאי השלישי מתיר לאנשים במצוקה ליהנות מזכות טבעית לצדקה במובן של שימוש בקניינו המוגן של אדם אחר.¹⁰⁵ שלושת התנאים מנכיחים ויוצרים קווי מתאר לאופן שבו ניתן להגדיר את העסקה החברתית בדרך לוקיאנית, שעל פיה בתהליכי יצירה משתלבים תורמים אחרים מלבד היוצר העמל עצמו, ולתורמים אלה יש זכות בהשקעתם בדמות של היעדר ניכוס יתר של המרחב הציבורי.

לוק יישם את העסקה החברתית גם בכתיבתו הפרטיקולרית על זכות היוצרים ועל תקשורת חברתית. לגישותיו אלה השפעה על מערכות יחסים אינטימיות בחברה המבוססות על תקשורת, דיאלוג ואמון בין פרטים בקהילה אנושית. ראשית, לוק הביע את החובה לשמירה על התרבות הקולקטיבית ועל מציאת האיזון בין הזכות הפרטית לאינטרס הציבורי. לוק הדגיש את המחיר החברתי הנכפה עלינו במתן זכויות קנייניות ליצירות מופשטות.¹⁰⁶ מקריאת חלק מכתביו, ובייחוד מכתב שכתב בשנת 1694,¹⁰⁷ מגיב לוק לחולשות של מתן הגנה בלעדית לגילדות של מדפיסים רשמיים או יוצרים, שכן זכויות אלה עלולות לחסום את התכליות הבסיסיות שבגינן התכנס בית הנבחרים הבריטי לדון בהארכת ה־ Licensing Of The Press Act of 1662.¹⁰⁸ חוות דעתו של לוק תהיה רלוונטית גם שנים לאחר מכן טרם חקיקתו של חוק זכות יוצרים הראשון. לוק מציין במכתבו שהמחוקק אינו יכול לאפשר זכות נצחית ליוצרים או למדפיסים מאחר שזכות זו תפגע קשות בהפצת הידע ובלימוד.¹⁰⁹

Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, 102 YALE L.J. 1533
Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*; (1993), לעיל ה"ש 88. בהקשר הקנייני ראו חנוך
דגן קניין על פרשת דרכים 42–38 (2005).

103 ראו LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, לעיל ה"ש 101, בפרק V, § 27, בעמ' 305–306.

104 שם, § 31, בעמ' 308.

105 שם, בפרק IV, § 42, בעמ' 188.

106 ראו Zemer, *The Making of a New Copyright Lockean*, לעיל ה"ש 102. ליישומה של גישה זו באשר
להתחשבות באינטרס הציבורי בקביעת היקפה הראוי של זכות הגזירה ראו פישמן אפורי היצירה הנגזרת,
לעיל ה"ש 13, בעמ' 61–63.

107 ראו Justine Hughes, *Locke's 1694 Memorandum (and More Incomplete Copyright Historiographies)*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 555 (2010).

108 ראו בהרחבה: FREDERICK SEATON SIEBERT, *FREEDOM OF THE PRESS IN ENGLAND 1476–1776: THE RISE AND DECLINE OF GOVERNMENT CONTROL* 237–302 (1965).

109 John Locke, *Liberty of the Press*, reprinted in LOCKE: POLITICAL ESSAYS 329, 337 (Mark Goldie ed., 1997). לוק מציין: "That any person or company should have patents for the sole printing of ancient authors is very unreasonable and injurious to learning. And for those who

מכתבו מחזק את מחויבותו של לוק להיבטים חברתיים במשטרי קניין שונים ומדגים שוב את העסקה החברתית נוסח לוק – זו הנרקמת בין היוצר לציבור ואשר ממנה נגזרות הגבלות על מרחב הבעלות של היוצר. שנית, גישתו של לוק לחיוניותה של תקשורת בין פרטים במבנה חברתי מספקת חיזוק נוסף למרכזיותה של העסקה החברתית בתאוריה הפוליטית שלו. לוק ראה בשיחה, בדיאלוג ובצורות אחרות של תקשורת, אם עם מכרים קרובים ואם רחוקים, את אחד היסודות של קהילת אנשים. האנושות, לוק כותב, "is supported in the ways of virtue or vice by the society he is of, and the conversation he keeps, example and fashion being the great governors of this world"¹¹⁰ היעדר תקשורת ופגיעה ביכולתם של אנשים לקיים שיחה עם אחרים ולהיות במצב של שיחה עם אחרים הם מן המגבלות הקשות שאדם יכול לחוות. ואכן, כפי שמציין אחד התומכים בגישתו של לוק, מבחינתו של לוק תקשורת מתקיימת במנעד רחב – תקשורת היא ביטוי גם לחברות וגם לאנושיות בסיסית; חשיבותה של תקשורת בין אנשים מחייבת חברים בכל קהילה מקצועית או אנושית לקיים דיאלוג עם אחרים.¹¹¹ רק דרך הדיאלוג אדם יכול להבין את העולם, את האחר, לבטא יצירותיו וליצוק משמעויות חדשות לתכנים קיימים.¹¹² חשיבות מעמדה של התקשורת כזכות אנושית בסיסית מציגה הסבר נוסף לחשיבות ההיבט החברתי בתאוריה הפוליטית של לוק בכלל ובגישתו לחלוקת משאבים בפרט. הסבר זה עוד תומך בעובדה כי סממני העסקה החברתית שבה עוסקת רשימה זו – זו אשר דרכה ניתן למדוד את האיזון בין בעלים של זכויות לציבור – לא נפקדו מהתאוריה הלוקיאנית אף שזו פורסמה לפני יותר מ-300 שנים. בתי המשפט השתמשו בטיעון הלוקיאני, אולם ראו בו מקור להצדקה לזכות קניין טבעית ובלעדית של היוצר.¹¹³ בכך בתי המשפט לא רק חיזקו את דמותו של היוצר

purchase copies from authors that now live and write it may be reasonable to limit their property to a certain number of years after the death of the author or the first printing of the book as suppose 50 or 70 years. This I am sure, 'tis very absurd and ridiculous that anyone now living should pretend to have a property in or a power to dispose of the property of any .copies or writings of authors who lived before printing was known and used in Europe"

110 שם, בעמ' 225.

111 ראו Richard Yeo, *John Locke on Conversation with Friends and Strangers*, 26(2) PARERGON (2009) 11. כפי שהכותב מציין: "Locke wanted to retain the advantages of close friendships among scholars; but as a member of the Royal Society of London, he also welcomed the more open civility that encouraged fruitful contacts with foreign correspondents and with learned gentlemen and skilled artisans encountered on travels. By recognizing this spectrum of conversations, often mirroring different degrees of friendship, we can gain some insight into the importance Locke placed on both critical dialogue with trusted friends and more transient exchanges with strangers" (שם, בעמ' 16).

112 להרחבה על טענה זו ראו Lior Zemer, *Three Arguments on Locke, Authorship, Communication and Solitude*, 7 WIPO J. 40 (2015).

113 בית המשפט העליון הפנה מפורשות לתאוריה הלוקיאנית בעניין ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 352, 314 (2004). ראו גם עניין סייפקום, לעיל ה"ש 29. שימוש ברטוריקה של תאוריית העמל נעשה ברשימה ארוכה של פסקי דין ובערכאות שונות. לדוגמה, ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 756–757 (1988); ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלית ויטמן בע"מ, פ"ד מב(3) 346, 340 (1985); עניין גבע, לעיל ה"ש 141, בעמ' 267; ת"א (מחוזי ת"א) 22913-03-10 תמרי נ'

הרומנטי אלא אף התעלמו מהמסר החברתי שלוק הניח במרכז תאוריית העמל. כך, בית המשפט מתמקד בגישת העמל בבחנו את הזכויות החומריות של היוצר מתוך הנחה כי "זכות היוצרים היא בעיקרה זכות למנוע מאדם אחר לקחת לעצמו את פרי עמלו של היוצר".¹¹⁴ בעניין גבע הדגיש בית המשפט העליון את החשיבות העליונה שיש למתן תמורה קניינית ליוצר בעבור העמל והמאמצים שהושקעו ביצירה.¹¹⁵ דוגמה נוספת היא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין קימרון,¹¹⁶ שבו מבוטאת עמדתו של הדין הישראלי המגדיר את היוצר כמי שזכאי לזכות בלעדית בעמל כפיו. בית המשפט מייחס חשיבות רבה לעמלו של היוצר ביצירה – פעולות הפענוח של טקסט – ומגדיר את עמלו כיצירתי וכמבטא כישרון מקורי. אמנם פרופ' קימרון השקיע מאמצים רבים בפעולות הפענוח, ולו כשרון ייחודי שהופך אותו לאחד הבודדים שיכולים לעשות פעולה זו. עם זאת האם זכות קניין בלעדית היא דרך התגמול הראויה? האם המבחן החברתי של לוק להגבלת זכותו של אדם על עמלו היה יכול לשנות את התוצר הפרשני במקרה זה? עמדתי היא כי מצב של הענקת זכות בלעדית לפרשן של טקסט היסטורי (הנמצא בנחלת הכלל) בהכרח מעניקה בידי קימרון זכות מונופוליסטית חזקה יתר על המידה, המונעת פרשנויות עתידיות ועלולה להביא לשימוש לרעה בעיקרון הלוקיאני: פרשנים עתידיים לא יוכלו לפרש את הטקסט מאחר שהוא כבר פורש בידי פרשן מסוים אשר זכה, מתוקף עמלו, לזכות היוצרים בטקסט המפוענח. בנוסף אעיר כי העובדה שקיימת דרך אחת לפרש את הטקסט יש בה כדי למנוע מהמבחן החברתי של לוק להתמלא, שכן לא נשארו משאבים לפרשנים אחרים. גם במקרים עכשוויים נדרש בית המשפט למציאת מענה לשאלת התגמול של היוצר בעבור

קומפי וור בע"מ, פס' 54 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.3.2014); ת"א (מחוזי נצ') Fisher 39534-02-12 Price Inc נ' דוורון – יבוא ויצוא בע"מ, פס' 59 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.1.2015); ת"א 62632/05 (שלום ת"א) קרן נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (פורסם בנבו, 31.12.2007).

להרחבה על האופן שבו פסיקה היסטורית מאנגליה הניחה את חשיבות התמורה בעבור עמל ראו Sayre v. Moore, (1785) 102 Eng. Rep. 139 (KB); Millar v. Taylor, (1769) 98 Eng. Rep. 201, 252 (KB). חשוב לציין שגישת העמל עורנה מתקיימת באנגליה. אולם לפני יותר משלושה עשורים נטש בית המשפט האמריקאי את תאוריית העמל וקבע שהשקעת מאמץ ועמל אינה מספקת, וכי נדרשת מינימום יצירתיות על מנת שתקום טענה לגיטימית לזכות יוצרים. ראו עניין Feist, לעיל ה"ש 595, בעמ' 345. בעניין זה ובחשיבותה של דרישת היצירתיות המינימלית דן בהרחבה בית המשפט בעניין ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (פורסם בנבו, 14.3.2010). בית המשפט הבהיר כי היעדר יצירתיות איננו ניתן לחיפוי במידה גדושה של השקעה ביצירה, ולהפך. בית המשפט המשיך וציין שמאחר שמבחן ההשקעה איננו מעורר ברגיל קשיים בצליחתו, מבחן היצירתיות הוא שמכריע בסופו של דבר אם יצירה עומדת בדרישת המקוריות (שם, פס' 38 לפסק הדין).

114 עניין הרשקו, לעיל ה"ש 113, בעמ' 756.

115 עניין גבע, לעיל ה"ש 41, בעמ' 266.

116 ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (2000). בעניין קימרון ביקש בית המשפט העליון לברר אם לפרופ' קימרון יש זכות יוצרים לאור, בין היתר העמל הרב שהוציא בתהליך פענוח הטקסט של המגילות הגנוזות, בצינו: "האם אותה 'רוח', אותה 'נשמה' שהפיק בקרעי המגילה, בכוח הידע והכישרון שלו [...] עושים את הטקסט המפוענח בשלמותו ליצירה המוגנת על-ידי החוק?" בית המשפט העליון משיב בחיוב לשאלה. (שם, בעמ' 828–829).

עמלו ולעתים הפנה לאותה רטוריקה.¹¹⁷ לדוגמה, בעניין סייפקום ציין בית המשפט את "מבחן ההשקעה" על פי ג'ון לוק, שלפיו "יש לעמוד על כך שהיוצר השקיע עמל מסוים ביצירה כדי לזכות בזכות לפירותיה, בדומה לבסיס העיוני להכרה בזכות בקניין 'גשמי'".¹¹⁸ כאן יוער כי כאשר בתי המשפט הפנו לתאוריית העמל הלוקיאנית, אם במישרין ואם בעקיפין, הם נמנעו מלהתמודד עם החריגים לתאוריה ובכך העצימו את זכות היוצר על פני זכות החברה. בתי המשפט ראו בעמלו של היוצר טיעון כמעט חסין לביקורת תאורטית, שכן אם התנאים החברתיים שלוק מציב למבקשי זכויות בלעדיות היו נבחרים בבתי המשפט, נראה שתוצאות שיפוטיות מסוימות היו מקבלות זווית אחרת. לוק מציב למול הזכות הקניינית של העמל שני תנאים מרכזיים: תנאי הכמות והאיכות ותנאי הפסולת. לפי התנאי הראשון לכל אדם זכות לעמול על מה שניתן לבני האדם במשותף, ובלבד שכל פעולת לקיחה מנחלת הכלל המשותפת תשאיר "enough, and as good" חומרים גם לעמלים עתידיים.¹¹⁹ על פי התנאי השני, העמל לא ייהנה מזכות קניינית אלא אם הכיר החובה להשתמש בחומרים שלקח מנחלת הכלל המשותפת וקיים אותה. כל לקיחה שלא יהיה בה שימוש והחומרים שנלקחו יירקבו, ואילו אחרים יכלו להפיק מהם תועלת חברתית, תפגע בזכותו של העמל.¹²⁰ במילים אחרות, עמל יוצר זכות קניינית דה יורה, ואילו הנאה דה פקטו מחייבת עמידה בתנאים החברתיים שלוק מציג כביסוס המוסרי לתאוריית העמל. החריגים שלוק מציב למול זכות הקניין הטבעית ליצירות של עמל הם ביטוי לעסקה החברתית אשר מחייבת הכרה באינטרס הציבורי כתנאי אפריורי לגיבושה של זכות הקניין.¹²¹ לתפיסתו של לוק, העמל יזכה לקניין על נכסי עמלו רק כאשר הוא עמד בחריגים לזכות, כלומר רק כאשר נבחנו האינטרסים של כלל הצדדים לעסקה החברתית. תאוריית האישיות גם היא תומכת בזכות היוצרים מנקודת מבטו של היוצר עצמו. בשני מובנים ניתן לתאר את תאוריית האישיות כרלוונטית לזכות יוצרים. המובן הראשון הוא בקשר שיש לאדם למשאבים שהוא יוצר – קשר אשר מכונן את זהותו. טענה זו מזוהה עם Margaret Jane Radin, אשר לגישתה המעמד הפרטי של אדם, עצמיותו, נובע מעצם ההמשכיות שיש לו עם המשאבים שיצר.¹²² המובן השני הוא היות תאוריית האישיות אחד המקורות העיוניים לאגד הזכויות המוסריות.¹²³ על פי מובן זה קיים קשר של החצנת

117 ראו גם עניין ויינברג, לעיל ה"ש 9, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין, שם הוא ציין כי "הצלם התייעודי משקיע את מרצו, זמנו וכישרונו בהפקת היצירה ו[לכן] הוא זכאי ליהנות מפרי עמלו".

118 עניין סייפקום, לעיל ה"ש 29, פס' 12 לפסק דינו של השופט דנציגר.

119 LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, לעיל ה"ש 101, בפרק V, § 27, 33, 34, בעמ' 309, 306–305.

120 שם, § 31, 37, בעמ' 312–313.

121 להרחבה ראו Zemer, *The Making of a New Copyright*, לעיל ה"ש 102.

122 Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987); ראו באופן כללי

Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982); MARGARET JANE RADIN, *REINTERPRETING PROPERTY* (1993). ראו גם דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש

102, בעמ' 38–42.

123 ראו פרקים ז–ח לחוק זכות יוצרים. ראו גם ס' 4 לפקודת זכות יוצרים; ס' 4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד–1984; ס' 6 לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, כ"א 21, 581 (נפתחה לחתימה ב-1886). על אף הניסיון הרב להגשים הרמוניזציה בזכויות מוסריות, תחום זה נשאר

פנימיותו ואישיותו של היוצר בעבודתו בינו ובין יצירתו. השמירה על החצנה זו נועדה לאפשר ליוצר זכות על המסר והמשמעות של עבודתו.¹²⁴ על פי תאוריית האישיות, זכות היוצרים מסמלת את הזכות הטבעית של היוצר לפירות אישיותו ומשקפת את האוטונומיה והחירות של היוצר ביצירתו.¹²⁵ כאחד הבסיסים התאורטיים לאגד הזכויות המוסריות, החל מהמשפט הקונטיננטלי ועד לאמנות בין-לאומיות ולחקיקה האנגלו-אמריקנית, הזכות המוסרית מייצגת את ההגנה לתרומת האני הפנימי של היוצר ליצירה. לאגד הזכויות המוסריות חשיבות רבה משום שהוא מגן על הממד האישי של היוצר ולא בהכרח על המאמץ הפיזי שלו. מעמד העסקה החברתית בזכות יוצרים, במקרה של הזכות המוסרית, מטיל על הציבור חובה לשמר את הממד האישי של היוצר ביצירתו. אף שהזכות המוסרית אינה אבסולוטית, היא מטילה על ציבור המשתמשים חובה להימנע מפגיעה באוטונומיה, בכבודו ובשלמות המסר האישי של היוצר כפי שזה מובע ביצירתו במהלך השימוש המותר ביצירה.

קים טרייגר-בר-עם כתבה בהקשר זה שהזכות לאוטונומיה של היוצר אינה יוצרת מצב של היעדר אוטונומיה של המשתמש, ה"אחר".¹²⁶ ל"אחר" היא מתייחסת כמשנה היצירה אשר זכאי למרחב תמרון על מנת לבטא את עצמו. הזכות המוסרית אינה יכולה לפגוע במרחב ביטוי זה.¹²⁷ כלומר, מלבד האוטונומיה של יוצר היצירה, מתקיימת אוטונומיה של משתמשי היצירה ושל הציבור, ושימורן של אוטונומיות אלה זו לצד זו היא תוצאה מחויבת

אחד התחומים עליהם מדינות לא הסכימו לקבל תכתיבים בינלאומיים. ראו לדוגמה את נוסח סעיף 9(1) להסכם הטריפס (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299). ראו גם את ההגנה המוגבלת שהוכרה בדין האמריקאי ב־ Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA), Pub. L. No. 101-650, tit. VI, 104 Stat. 5089, 5128 (1990). לביקורת על ההגנה על זכויות מוסריות, ובייחוד בארצות-הברית, ראו ROBERTA ROSENTHAL KWALL, THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES xv (2010). לדוגמאות מהפסיקה המקומית ראו לדוגמה עניין קימרון, לעיל ה"ש 6116; ע"א 782/87 אלחנני נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מו(3) 529, 537-539 (1992); ע"א 3422/03 Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נט(4) 365, 375-376 (2005); ת"א (מחוזי-ים) 8303/06 מחולה המרכז למחול בע"מ נ' כהן, פס' 23-22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.8.2008); ת"א (מחוזי חי') 10634-01-12 עיראקי נ' ח'טיב, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.2.2015). ראו גם עניין רגן, לעיל ה"ש 11, פס' 31-32, 37-39, 66 לפסק הדין. כמו כן ראו עניין ויינברג, לעיל ה"ש 9, פס' 24-29 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין. KWALL 124, לעיל ה"ש 123. שם, בעמ' Kwall 151 מוסיפה שאחת המטרות המרכזיות של הזכות היא: "to vindicate the author's right to inform the public about the original nature of her artistic message and the meaning of her work"

125 תאוריה זו היא פיתוחם של קנט והגל. ראו HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT 44, 51-58 (T.M. Knox trans., Oxford University Press 1967) (1821); Peter G. Stillman, *Property, Freedom, and Individuality in Hegel's and Marx's Political Thoughts*, in PROPERTY 130 (J. Roland Pennock & John W. Chapman eds., 1980). בעניין זכויות יוצרים ראו לדוגמה David Vaver, *Moral Rights*, Yesterday, Today & Tomorrow, 7 INT'L J.L. & INFO. TECH. 270 (1999). על תפיסת זכות היוצרים בתאוריה הקנטיאנית ראו Treiger-Bar-Am, לעיל ה"ש 100. עוד ראו KWALL, לעיל ה"ש 123.

126 קים טרייגר-בר-עם "הזכות המוסרית, הגנת הסבירות והאיוונים החיוניים" **על משפט ח 237**, 259-258 (2010). כן ראו Treiger-Bar-Am, לעיל ה"ש 100.

127 טרייגר-בר-עם, לעיל ה"ש 126, בעמ' 260.

של מציאות יחסי הגומלין בין הציבור ליוצר.¹²⁸ לדוגמה, השינויים שביצעה שפרה האפרתי בספרה "לא תשווה" לסיפורי חסמב"ה מקנים לה זכות יוצרים כמשתמשת ששינתה את היצירה מכוח הפעלת אוטונומיה הביטוי שלה ביצירה הפארודית, ומבלי להפר את הזכות המוסרית.¹²⁹ בדומה לזה, לפני עשור שנים פסק בית המשפט האמריקני ששימוש בדמותה של ברבי הוא הוגן מאחר שהיא הפכה חלק מהשפה השגורה, ומשכך היא חלק אינטגרלי מאוטונומיה הביטוי של המשתמש.¹³⁰ טענתה של טרייגר-בר-עם היא דרך נוספת להצביע על כמה מוטיבים מהעסקה החברתית בין היוצר לציבור בשל יחסי הגומלין בין הצדדים. הנה כי כן, גם תאוריות העמל והאישיות המציבות את היוצר הפרטי במוקד זכות היוצרים ערות למגבלות הזכות ונמנעות מליצור מסווה להעצמת כוחו של היוצר בניגוד לגישה התועלתית שמרחיבה את הזכות במסווה של השאת הרווחה החברתית.

3. גישת הבעלות המסורתית

מאחר שהסוגיה הנדונה עניינה היקף הזכויות הקנייניות של היוצר וזכויות המשתמשים, גישת הבעלות המסורתית משפיעה על כל אחת מהגישות השונות לזכות היוצרים. נורמות קניין מסורתיות מופנות, במידה מסוימת, לחלוקת אותן זכויות בשל הדמיון המבני בין קניין מסורתי לקניין רוחני.¹³¹ במילים אחרות, גם אם, כדברי Mark Lemley,¹³² קניין רוחני הוא תחום עצמאי, התאוריות הנוגעות לזכות היוצרים פונות למושגי הבעלות בקניין המסורתי,¹³³ לאותו אגד זכויות המאפיין את הזכות הקניינית,¹³⁴ ומוצאות בהם תשובות

128 לטענה דומה, שעל פיה אוטונומיה הביטוי של היוצר במסריו מקימה זכות מקבילה לציבור לבטא את עצמו כחלק מזכותו לאוטונומיה, ראו ABRAHAM DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH COPYING? 181–182 (2015). כמו כן ראו Kwall, לעיל ה"ש 123, בעמ' 59–60.

129 ת"א (מחוז ת"א) 1437/02 מוסינזון נ' האפרתי (פורסם בנבו, 29.5.2003) (להלן: עניין חסמב"ה). לא כך בעניין גבע, לעיל ה"ש 141. ראו את הדיון להלן בתת-פרק ד.2: בחינת הגישה המוצעת בראי זירות נבחרות בזכות יוצרים ("הזירה הפרודית"). ראו גם טרייגר-בר-עם, לעיל ה"ש 126, בעמ' 265.

130 Mattel Inc. v. Walking Mountain Prods., 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003).

131 Shyamkrishna Balganes, *The Obligatory Structure of Copyright Law: Unbundling the Wrong of Copying*, 125 HARV. L. REV. 1664, 1665 (2012). דברים דומים מציין בית המשפט בע"א 4600/08 האולפנים המאוחדים בע"מ נ' ברק פטה המפרים ישראל בע"מ, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.4.2012): "מסתבר שסכסוך הנוגע לבעלות בזכות יוצרים דומה יותר בהקשר המדובר למקרקעין מאשר למיטלטלין. מדובר בנכס ייחודי ויקר ערך שהעברת הבעלות בו נעשית באופן מסודר ורשמי המגובה במסמכים [...] בעבר הרחוק היו שהתקשו בהבנת עצם היתכנותו של קניין ללא החזקה [...] אולם, אנו – ובוודאי בני בנינו – מבינים זאת בקלות ובטבעיות בעידן הקניין הרוחני המפותח, ובפרט בעידן האינטרנט".

132 Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031 (2005).

133 כך למשל באה גישת הבעלות המסורתית לידי ביטוי בדברי בית המשפט העליון בעניין אקו"ם, לעיל ה"ש 41, בעמ' 629: "ליוצר זכות קניין ביצירתו [...] מטיבה של הזכות, בכפיפות למגבלות שבחוק ובהסכמים שבעל הזכות הינו צד להם, שהיא מקנה לבעליה את הכושר לעשות בקניינו כראות עיניו, ובכלל זה להעמידו לשימושו של אחר בתנאים שייראו לבעל הזכות או לשלול שימוש כזה אם נעשה הוא בניגוד לדעתו של בעל הזכות".

להסדרת יחסי הבעלות. לכן, ובדומה לקניין, זכות היוצרים היא אגד של זכויות¹³⁵ – אוסף של יחסים בין היוצר ליוצרים אחרים ובין היוצר לחברה. עם זאת חשוב לציין לאור הדיון ברשימה זו, שהצמדתה של זכות היוצרים למושגי הקניין המסורתי מחייבת ערנות פרשנית הן של המחוקק והן של בתי המשפט על מנת למנוע את חיזוקן של תפיסות נוקשות ורומנטיות לזכות היוצרים, החותרות תחת קיומן של עסקאות חברתיות. הנחה זו מתבססת על כך שבעלות בקניין מסורתי מתקיימת במרחב של בלעדיות אשר אינו יכול להתקיים, באותה צורה, במרחב היצירה הרוחנית – מרחב תרבותי שלו הציבור, *en masse*, תורם, ומזין את חומרי הגלם שמהם נוצרות בו יצירות חדשות. עניין זה מתקשר לביקורת שהפגין חנוך דגן על הגדרת הקניין כריבונות אשר מגבילה את מקומן של הצדקות חברתיות המאזנות את זכות הקניין. החוויה המשפטית הקיימת באשר לזכות יוצרים, כפי שרשימה זו מראה, היא שתפיסת זכות היוצרים היא כשל ריבונות. כלומר, "[...] היא תופסת מושגים משפטיים – בהקשר שלנו, המושג קניין, כמובן – כמושגים בעלי תוכן הכרחי הנובע מטבעם של דברים"¹³⁶ ומשאירה שיקולים ערכיים מחוץ לתחום הפרשני.¹³⁷

4. גישות חברתיות פוסט-מודרניות

ארבע הגישות הנוספות הקיימות בשיח על זכות יוצרים מציגות מהלך פרוגרסיבי אשר נבנה בשנים האחרונות ומבטא את חשיבות גיבושו והתחזקותו של הממד הציבורי בזכות יוצרים. בגישות אלה יש פירוק של היסודות הראשוניים של טענת זכות היוצר ביצירתו אשר ממנו עולות שאלות נורמטיביות באשר לנכונות הזכות והיקפה. ארבע הגישות הן אלה: גישת התכנון המוסדי-חברתי, גישת ההבניה היצירתית (authorial constructionism), גישת ההבניה החברתית (social constructionism) והגישה התקשורתית. ארון בגישות בסדר זה. גישת התכנון המוסדי-חברתי¹³⁸ מחזקת את חשיבות קיומה של חברה עשירה מבחינה תרבותית שאינה מקדשת בעיקר דוגמות תועלתיות. בדרך זו מבטיחה גישה זו כי השיח הדמוקרטי יורחב, ויתאפשרו חשיפה וניוד של נכסים תרבותיים. ביטויים לגישה זו ניתן לראות בכתביהם של Rosemary J. Coombe, המציגה תפיסה פוסט-מודרנית לקניין רוחני,¹³⁹ ושל Neil Weinstock Netanel, המעורר דיון על חשיבותו של דיון דמוקרטי פתוח.¹⁴⁰ ביטויים לחשיבות ההגבלה על זכות היוצרים על מנת להרחיב את השיח

134 A.M. Honoré, *Ownership*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE: A COLLABORATIVE WORK 107 (A.G. Guest ed., 1961), reprinted in TONY HONORÉ, MAKING LAW BIND 161 (1987).

135 ראו למשל את דברי בית המשפט בע"א *Premier League*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 543: "זכויות היוצרים" הן למעשה אגד של זכויות משנה, המעניקות לבעליהן את היכולת הבלעדית להתיר את ביצוען של פעולות מסוימות ביצירה המוגנת [...]."

136 דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 102, בעמ' 25. כן ראו את הדיון לעיל, בטקסט ליד ה"ש 43 שם, בעמ' 26.

137 William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1203 (1998); Fisher *Theories of Intellectual Property*; לעיל ה"ש 88, בעמ' 172–173, 192–194.

138 Coombe, *Objects of Property*, לעיל ה"ש 646; COOMBE, THE CULTURAL LIFE; לעיל ה"ש 56.

140 Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996); NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX (2008).

הדמוקרטי כמובן קיימים בפסיקה ובמינון מגוון. לדוגמה, בעניין יאסין ציינה השופטת מיכל אגמון-גונן שלפי תפיסת התכנון המוסדי-חברתי "יש לעצב זכויות קניין באופן המקדם את ההתפתחות החברתית והתרבותית הראויה".¹⁴¹ במקרה מוקדם יותר, הוא עניין Premier League,¹⁴² עמדה השופטת מיכל אגמון-גונן בבית המשפט המחוזי על חשיבות זכויותיהם של המשתמשים וציינה ש"דיני זכויות יוצרים ממלאים תפקיד חשוב בחברה דמוקרטית".¹⁴³ המקדשת שיח פתוח – וקבעה כי הזכות להשתתף בחיי התרבות כוללת צפייה במשחקי ספורט.¹⁴⁴ שמירה על האוטונומיה הפרטית של יוצרים אינה מאפשרת התפתחות מספקת של דיאלוג רב-חברתי ומגבילה את התרחבותו של שוק הידע והרעיונות.¹⁴⁵ גישת התכנון המוסדי-חברתי ממקמת את העסקה החברתית במרכז ודוגלת בשמירה על מושג האוטונומיה אהדדי – אוטונומיה היא לא רק של היוצר אלא גם של הציבור, וזו נשמרת בנגישותן ובזמינותן של יצירות מוגנות.

שלוש הגישות האחרונות מבקרות את תהליך היצירה ואת תפיסתו כתהליך אישי ופרטי של היוצר ומצהירות, במשתמע, על היות יצירה תוצר של עסקה חברתית שבה לציבור זכות מעצם תרומתו ליצירה. הנחת המוצא המשותפת לכותבים היא, כדברי Boyle, שיצירות רוחניות הן "הבניות חברתיות ותלויות היסטוריה".¹⁴⁶ גישות אלו גורסות שיצירות מוגנות הן תוצאה של דיאלוג, תלות יצירתית בין היוצר ליוצרים אחרים. גישת ההבניה היצירתית וגישת ההבניה החברתית רואות ביוצר כלי קיבול המשתנה בתוך כדי תנועה בחברה ובתוך כדי חשיפה לתכנים תרבותיים שונים. היוצר יכול ליצור משום שהוא נחשף לחברה, מפנים תכנים חברתיים ותרבותיים ומשתתף בדיאלוג הדמוקרטי והתרבותי. היוצר עושה כן בדרך ייחודית, ולכן הוא זכאי לזכות בפרוט יצירתו. חלוצי גישת ההבניה היצירתית בזכות יוצרים הם Peter Jaszi ו-Martha Woodmansee, שטוענים שהיוצר משתף פעולה עם יוצרים אחרים, והתוצאה – יצירה מוגנת – אינה פרי עמלו של היוצר היחיד אלא פרי עמלם של מספר רב של יוצרים שאינם מוכרים בחוק כיוצרים.¹⁴⁷ גישת ההבניה החברתית מצעידה את ההבניה

141 ת"א (מחוזי ת"א) 2177-05 ADIDAS-SALOMON נ' יאסין, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.12.2010).

142 לדיון ראו ע"א Premier League, לעיל ה"ש 12.

143 מחוזי Premier League, לעיל ה"ש 18, פס' 4 לפסק הדין.

144 לדוגמה נוספת ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1395/05 מוזיאון תל אביב לאמנות נ' ספרוקט, פס' 25 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.12.2007).

145 בעניין זה ראו לדוגמה Niva Elkin-Koren, Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 345 (1995); 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).

146 BOYLE, לעיל ה"ש 64, בעמ' 114.

147 Jaszi & Woodmansee, לעיל ה"ש 232, בעמ' 9. ראו גם BENJAMIN KAPLAN, AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT 117 (1967).

היצירתיות כמה צעדים קדימה.¹⁴⁸ לעומת גישת ההבניה היצירתית, המגדירה את תהליך היצירה כשיתוף פעולה עם יוצרים אחרים בלבד, גישת ההבניה החברתית רואה בתהליך היצירה שיתוף פעולה עם החברה ככללותה. היוצר פועל במרחב חברתי ותרבותי המועשר ברצף על ידי החברה כולה;¹⁴⁹ לחברה זכות בתרומתה לתהליך היצירה, ומשום כך זכות גם ביצירה עצמה.¹⁵⁰ בגישת ההבניה החברתית טמונים ערכים רבים שמתנקזים ברובם להכרה שהחברה, כישות קולקטיבית, היא חלק מיצירת המשמעות של יצירות תרבותיות, אם בהספקת חומרי הגלם הדרושים כגון שפה, סמלים ונכסים תרבותיים וחברתיים אחרים, ואם מתוקף היותה הפורום שמאפשר, מזין ומשמר את העסקאות החברתיות בין היוצר לסביבתו. בערכים אלה מושרש תוכן שעל גביו ניתן להצדיק מגבלות על אגד הזכויות של היוצר ביצירתו. ניתן לומר שהעסקה החברתית החזקה ביותר באה לידי ביטוי בגישות המגדירות את היצירה כהבניה חברתית אשר מתייחסת לקולקטיב – לקהילה – כמקור לשיתוף פעולה יצירתי המאפשר ליוצר ולציבור לשתף פעולה כגוף אחד האחראי להוצאתה לפועל של כל יצירה. אף שבתי המשפט מיישמים בדוקנות רבה את הגישה התועלתית ולעתים את גישת העמל, ניתן למצוא ביטויים לגישת ההבניה החברתית בפסיקת בתי המשפט. בית המשפט העליון אזכר גישה זו בשני פסקי דין בתחום הקניין הרוחני, פרשת אלוניאל¹⁵¹ ובמפורש בפרשת שוהם מחרטים ומבלטים, שם ציין בית המשפט העליון כי "זכויות קנייניות, כפי שכבר נפסק, הן כולן פרי של הבנייה חברתית – מבלי שבני החברה ייחסו לנכסים משמעות

148 IAN HACKING, THE SOCIAL CONSTRUCTION OF TA'AVIRIYAT HEBENIA HAKHBRITIT ראו Hacking של גישתו של Zemer, *The Copyright Moment*, לעיל ה"ש OF WHAT? (1999). לבחינה בעמ' 232, 278–257.

149 לעניין זה יפה אמירתו המפורסמת של Chafee : "The world goes ahead because each of us builds : Zechariah Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright*:) on the work of our predecessors" "Authorship, according to this מסביר זאת כך : (I, 45 COLUM. L. REV. 503, 511 (1945) 'un-romantic' point of view, is less a manifestation of the author's personal vision, created ex 'un-romantic' point of view, is less a manifestation of the author's personal vision, created ex Durham) *nihilo*, than it is a synthesis of prior texts and cultural influences". לעיל ה"ש 73, בעמ' 616).

Zemer, *The* ;LIOR ZEMER, THE IDEA OF AUTHORSHIP IN COPYRIGHT (2007) ראו לדוגמה 150
Lior Zemer, *Towards a Conception of Authorial* ;232 לעיל ה"ש, *Copyright Moment*
.Knowledge in Copyright, 3 BUFF. INTELL. PROP. L.J. 83 (2006)

151 שם ציין בית המשפט: "לפרסומו של אדם אחראי גם הציבור, אך הדבר נכון, באותה מידה כמעט, גם כאשר לזכויות קניין אחרות. הללו, כולן, הן פרי ההבניה החברתית. בלי שבני החברה ייחסו לנכסים השונים משמעות יהיו הזכויות בנכסים אלה חסרות כל ערך [...] הצלחתה של יצירה המוגנת בזכות יוצרים היא פרי של מציאות חברתית, של 'אופנות' חולפות בהעדפות הציבור ושל יחסם של אמצעי התקשורת ההמוניים אל היצירה לא פחות משהיא פועל יוצא של כישרונו של היוצר". בית המשפט העליון ממשיך ומדגים: "יצירותיו של שקספיר לא היו 'שקספירות' אלמלא הקנוניזציה שלהן, שלה אחראי הדימוי הציבורי שנוצר סביבן לא פחות מכישרונו יוצא הדופן של מחברן. לא אחת כשל מי שמוכר בדברי ימי האמנות כאמן דגול. טלו את וינסנט ואן גוך כמשל בניסיונותיו למכור את יצירותיו לבני זמנו. תפיסות חברתיות אשר שלטו באותו הזמן לא ייחסו ליצירתו כל חשיבות. רק עם שנים רבות בעמדת הציבוריות ובעקבות פועלם של מעצבי דעת קהל זינק ערכה". ראו עניין אלמוניאל, לעיל הי"ש 3113, בעמ' 353–354.

יהיו הזכויות בנכסים הללו נטולות כל ערך.¹⁵² ואולם, ההתייחסות לגישת ההבניה החברתית לא השפיעה הרבה על תוצאות פסקי הדין.

הגישה התקשורתית רואה בזכות היוצרים ביטוי פרוגרסיבי הבנוי רבדים שונים של תקשורת חברתית. העסקה החברתית בגישה זו מדגישה את אופיין של היצירות כמוצרים של ביטוי, ומכאן חשיבותו של האחר לתהליך יצירת הביטוי. מקורה של גישה זו בכותבים קנדים אשר הגדירו יצירות כמוצרים דיאלוגיים ותקשורתיים ולא כביטויים מידיים של הבנייתו האישית והבלעדית של היוצר. ¹⁵³Craig, ¹⁵⁴Coombe ו-¹⁵⁵Drassinower הם הכותבים המרכזיים בגישה זו. לגישתם, יצירות הן אמצעי לגישור בין היחיד לחברה; היחיד מבטא מוצר שהוא בבסיסו מארג של התקשוריות דיאלוגיות שבהן מקומו של האחר והשפעתו על התוצר היצירתי היא גדולה. כותבים אלה דוחים את קיומן של יצירות מונולוגיות ומקדמים את אופיין של כלל היצירות כדיאלוגיות.¹⁵⁶ לאחרונה כתב Abraham Drassinower שלפי הגישה התקשורתית, כל הפרה של זכות יוצרים היא הפרה של זכות הביטוי של יוצר היצירה והבעלים. כאשר הזכות מופרת נוצר מצב של ביטוי בכוח – ההפרה נותנת ביטוי לדברי היוצר ללא אישורו. אולם היות יצירה מוצר של תקשורת מחייב הבנה של תפקיד המשתמשים בתהליך יצירתה וזכותם בו, ולכן במצבים מסוימים ניתן לכפות ביטוי גם ללא הרשאה מצד היוצר.¹⁵⁷ פרשנויות מוטעות ממשיכות לקבע את מעמדו של היוצר כקובע את עתידה של היצירה, ובכך הן נותנות ביטוי להבנה מונולוגית של מהי זכות היוצרים.¹⁵⁸ הגישה התקשורתית מדגישה את חשיבות עקרונות העסקה החברתית בייחוד בחברה המקדשת ערכים של חופש ביטוי והכלת האחר.

הפרק הנוכחי הראה שגישות שונות לזכות היוצר ביצירה מנסות למנוע את המחיר החברתי של הגנת יתר על בעלות של נכסים רוחניים, אשר מצמצמת את החופש ליצור ואתו את המגוון התרבותי הזמין. במילים אחרות, כל גישה אשר נדונה לעיל חגה סביב מוטיב העסקה החברתית ומטמיעה אותו במינון ובאופן שונה – חלקן במפורש וחלקן במשתמע. בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים נראה כי המחוקק לא חשב שיש מקום לשילוב בין הגישות וראה ב"צורך ביצירת תמריץ הולם ליצירה, בדרך של הענקת זכויות כלכליות

152 ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר, פס' 18 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 5.12.2005).

153 ראו לדוגמה Coombe, *Objects of Property*, לעיל ה"ש 646; Coombe, *The Cultural Life*, לעיל ה"ש 56.

154 ראו לדוגמה CRAIG, לעיל ה"ש 51.

155 ראו לדוגמה DRASSINOWER, *WHAT'S WRONG WITH COPYING?*, לעיל ה"ש 128.

156 CRAIG, לעיל ה"ש 51, בעמ' 55.

157 DRASSINOWER, *WHAT'S WRONG WITH COPYING?*, לעיל ה"ש 128, בעמ' 62.

158 CRAIG, לעיל ה"ש 51, בעמ' 86; Drassinower, *Authorship as Public Address*, לעיל ה"ש 787. כדברי Coombe: "Many interpretations of intellectual property laws quash dialogue by affirming the power of corporate actors to monologically control meaning by appealing to an abstract concept of property. Laws of intellectual property privilege monologic forms against dialogic practice and create significant power differentials between social actors engaged in hegemonic struggle" (Coombe, *The Cultural Life*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 86).

ביצירות [...]” את מהות ההגדרה של זכות יוצרים.¹⁵⁹ הביקורת על חוק זכות יוצרים שלפיה הוא מבטא אג'נדה תועלתית אשר מנציחה את דמותו של היוצר הרומנטי, נראית לי נכונה.¹⁶⁰ למרות זאת ראוי לציין שלשון חוק זכות יוצרים מאפשרת פרשנות רחבה ויישום גישות שונות לזכות היוצר ביצירתו.¹⁶¹ על בתי המשפט לפרוץ את התרבות הדלה של שימוש במקורות העיוניים והתאורטיים לדיני זכויות יוצרים; גם כאשר נעשה שימוש במקורות אלה, על בתי המשפט להתייחס למבנה הכולל של התאוריה ולא רק להיבט מסוים שלה שיטה שוב את הפרשנות לטובת היוצר.¹⁶² בייחוד אציין שהעדפה של שתי גישות בלבד – העמל והתועלתנות – כפי שהובעו בפסקי דין מכוננים לצד דבר המחוקק בדברי ההסבר להצעת החוק היא בחירה צרה מאוד, המתעלמת משיקולים ערכיים אחרים שבהם טמונה יכולת לשנות את דפוס ההגדרה העכשווי לזכות היוצר ביצירה ולהשאיר את העסקה החברתית בזכויות יוצרים כמובנת מאליה ולא כמקור לחידוש דפוסי ההגדרה.¹⁶³

ג. הגישה המוצעת: דיאלוג, האחר והעסקה החברתית

מודל העסקה החברתית בדוקטרינת זכות היוצרים מניח שיש תקשורת ואינטראקציה בין היוצר לחברה, שבלעדיהן, למעט מקרים חריגים, יצירות לא תיכתנה. מרבית מהתאוריות בזכויות יוצרים נשענות, כפי שהראה הפרק הקודם, על ההנחה כי תהליך היצירה קורה במרחב חברתי שבמסגרתו יש תקשורת בין יוצרים ובינם לבין הציבור, וכי היוצר ניזון ממגע חברתי ומהשפעה סביבתית החיצונית לו.¹⁶⁴ היתכנותה של תקשורת אמיתית היא תנאי הכרחי – התקשורת היא אשר מנכיחה את האחר בתהליך היצירה ובתוצר האמנותי. על מנת לאמוד את חשיבותה של תקשורת לתהליך היצירה נדרש מענה לשאלה מה סוג התקשורת ומידת האינטראקציה הנדרשים לתהליך. מטרת פרק זה היא לדון באופיים של יחסי התקשורת בין היוצר לציבור ולהגדיר את זכות היוצרים כעסקה חברתית המצריכה, על פי רוב, דרגה גבוהה של תקשורת – דיאלוג, כזו המנכיח את האחר ביצירה. הכרה בנוכחותו

¹⁵⁹ דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1116.

¹⁶⁰ לעובדה כי חוק זכות יוצרים מעניק בכורה לגישה התועלתית, ראו למשל גרינמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 11–12. לביקורת על הנצחתו של דימוי היוצר הרומנטי במוקדים שונים בחוק זכות יוצרים ראו בירנהק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 132–133.

¹⁶¹ כך למשל ניתן לראות בפתיחת רשימת השימושים המותרים כאפשרות מעין זו. ראו להלן ה"ש 299.

¹⁶² Menell כתב בעניין זה שהחשיבות בהבאת שיקולים תאורטיים רבים לקניין רוחני היא “for the evolution of new privately and socially constructed institutions to develop effective governance structures” (Menell, *Intellectual Property: General Theories*), לעיל ה"ש 88, בעמ' 163.

¹⁶³ לאור מחקרו של Madison, שבו הוא מצביע על היעדר אוריינטציה חברתית בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית, ספק אם בתי המשפט שלנו ייענו לצורך לבחון את המשמעות החברתית של מתן זכות קניינית ליצירות דרך שימוש בתאוריות. וכפי שהדיון בפרקים הקודמים הראה, והמשך הדיון יראה, הספק אכן מוצדק. ראו Michael J. Madison, *A Pattern-Oriented Approach to Fair Use*, 45 WM. & MARY L. REV. 1525 (2004).

¹⁶⁴ ראו למשל את הדיון לעיל בתת-פרק ב.4: העסקה החברתית בזירה העיונית (“גישות חברתיות פוסט-מודרניות”).

של האחר – בין שהוא האחר הכללי (הציבור) ובין שהוא היחיד (יוצרים אחרים) – כתנאי לקיומן של עסקאות חברתיות מחייבת הכרה גם בזכויותיו של האחר ובתמורה את הגבלת זכותו של היוצר. בהיעדר רמת תקשורת גבוהה בדמות דיאלוג אותנטי ומרחב התומך בקיומו של דיאלוג זה, נפגעת האפשרות לקיומה של עסקה חברתית.

מהפרקים הקודמים עולה כי הדיון בזכות יוצרים, גם בקרב תפיסות חברתיות לזכות היוצרים, עודנו עוקב אחר הגדרה מונוליתית של תקשורת ואיננו מבחין בין הדיאלוג לצורות תקשורת אחרות. אמנם קיימים מלומדים אשר הגדילו לתאר את היצירה כמבנה חברתי המגלם חוויות וקשרים תקשורתיים מורכבים, וחלקם אף פיתחו גישות חברתיות-תרבותיות המתבססות על תאוריות תקשורתיות, אך גם הם נמנעים מלהבחין בין שלבי התקשורת הנחוצים ליצירתיות.¹⁶⁵ השימוש בהגדרה מונוליתית של תקשורת בזכויות יוצרים הוא בעייתי מאחר שהוא עלול להוביל לקידום של נורמות וערכים התומכים באינדיווידואליזם וברומנטיזציה של היוצר הבודד והספונטני. כאמור, תיתכנה יצירות ספונטניות או יצירות שאינן בהכרח תולדה של עסקה חברתית ודיאלוג מורכב, אך במרבית המקרים האחרים היצירה היא ביטוי להיסטוריה מורכבת של אינטראקציות חברתיות שונות ומגוונות. בחלק זה אציע הבחנה בין שני סוגי תקשורת: שיחה ודיאלוג. הדיכוטומיה בין שני סוגים אלה מאפשרת לעמוד על עצמת האינטראקציה הנחוצה להבטחת קיומו של התהליך היצירתי.

קיימות אפוא דרגות שונות של תקשורת. דיבור פשוט ויום-יומי משקף הנאה שיחתית הנובעת למשל מחילופי השקפות, ממילים וביטויים מילוליים.¹⁶⁶ שיחה פשוטה מוגדרת מודל תקשורתי ברמה נמוכה, ועניינה בחילופי רעיונות בין שניים או יותר דרך דיבור. במאה השמונה-עשרה למשל הוצגה השיחה כאקט הדיון עם אחרים לשם הנאתם של השותפים לשיחה.¹⁶⁷ מנגד, בעיני המסאי האנגלי מהמאה התשע-עשרה תומאס דה קווינסי, הנאה הייתה סף כניסה נמוך מדי להגדרת שיחה.¹⁶⁸ דה קווינסי מבחין בין שיחה לבין דיבור. לשיטתו, השיחה, לעומת דיבור פשוט, מגלמת תהליך משמעותי שעניינו לידתן של תובנות חדשות.¹⁶⁹ כאשר מחברים ואמנים משוחחים, הם יוצאים מגדרי הדיבור הפשוט וצורכים אלמנטים נוספים מהסביבה החברתית. בתהליך זה השיחה מגיעה לרמה תקשורתית גבוהה.

165 ראו למשל את השימוש שעורך Drassinower במונח האקט התקשורתי, אשר איננו מבחין בין הרמות השונות של אינטראקציות תקשורתיות ותופס את מונח ה"דיאלוג" כמובן מאליו. כך למשל כתיבתו נעדרת התייחסות לרבדים השונים של הדיאלוג אשר מכוננים את היצירה, והוא איננו מבחין בין שיחה לדיאלוג בהיבט זה (DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH COPYING?, לעיל ה"ש 128, בעמ' 119, 182, 221). כן ראו את הדיון לעיל ליד ה"ש 65, לעניין הגותה של Craig.

166 Jacob Rowbottom, *To Rant, Vent and Converse: Protecting Low Level Digital Speech*, 71 CAMBRIDGE L.J. 355, 371 (2012).

167 כך בעיני Henry Fielding, הנאה או עשיית טוב לאחר מגדירה את אמנות השיח (HENRY FIELDING, AN ESSAY ON CONVERSATION 2 (Kessinger Publ'g, 2004) (1743)). בעיני David Hume שיחה ("transcript of the mind") – משמעותה הנאה שהיא מעבירה למשתתפים בה (DAVID HUME, A TREATISE ON HUMAN NATURE 611 (London, John Noon 1739)).

168 לגישתו, "Amongst the arts connected with the elegances of social life, in a degree which nobody denies, is the art of Conversation" (THOMAS DE QUINCEY, LETTERS TO A YOUNG MAN AND OTHER PAPERS 127 (Boston, Ticknor & Fields 1854)).

169 שם, בעמ' 132.

בדומה לזה, בעיני ויליאם הזליט, שיחה היא צורה מתקדמת של תקשורת. הזליט האמין שהמחבר זקוק למרחבי שיח החורגים מדיבור פשוט על מנת ליצור ידע חדש. אם כן, שיח בעיני הזליט ודה-קווינסי נתפס כפעולה של חקר ויצירת ידע אשר ניזונים גם מתרומתו של הציבור.¹⁷⁰ לעומת הכתיבה מהמאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, הכתיבה העכשווית עוקבת בין היתר אחר ההשפעות של שיחות והצורות שבהן הן נעשות, חוקרת את מבני השיחה ואף מציעה ניתוח מגדרי או חברתי-בלשני בעניין השפעתן של הנורמות החברתיות והתרבותיות על השיחה.¹⁷¹ אך בין שעסקינן בהנאה, בחילופי רעיונות או בתגמולים רגשיים, שיח הוא פעולה רגילה של דיבור (speech). כאינטראקציה ברמה נמוכה, שיחה, בניגוד לדיאלוג, איננה דורשת המשכיות או את הכללתו של האחר. עם זאת אף ששיחות בדרך כלל אינן מספקות מקור השראה ליצירות מורכבות, הן אכן תורמות חלק מהחומרים הראשוניים לתהליך היצירה – שפה משותפת, מידע ורעיונות כלליים ולא מפותחים. תחילתה של יצירה היא בין היתר, בחשיפת המחבר לשיחות ולרעיונות. אולם כדי לגבש את אלה וליצור ביטוי הראוי להגנה ניתן לטעון כי למחבר נדרשת על פי רוב אינטראקציה חברתית אינטנסיבית – התערבות עמוקה יותר של ה"אחר".¹⁷² כאשר סטפן מילר סיווג "שיחה" כ-"declining art", הוא התייחס לשיחה כאל תקשורת מפותחת ולמעשה ביקר תהליכים חברתיים אשר הפכו את השיח החברתי לשטחי, מיותר וריק.¹⁷³ ברשימה זו אני טוען כפרפרזה לטענתו של מילר, כי אם דוקטרינת זכות היוצרים לא תגן על מרחבים דיאלוגיים המשפרים את איכות היצירה, סוגי היצירות שעליהן דיני זכויות יוצרים תוכננו להגן תדמינה לצורות תקשורת ברמה נמוכה. ואכן, הספרות דיני זכויות יוצרים עמדה לא אחת על כך שהרחבת אגד הזכויות של היוצר וביצור מוסד הבעלות, תוך נגיסה בנחלת הכלל ומזעור זכויות המשתמשים, פוגעת הלכה למעשה באיכות היצירות העתידיות. בדומה לזה, שימוש בהגדרות מונוליתיות לזכות היוצרים עלול להוביל לכך שיצירות המגלמות דיאלוג אותנטי ייתפסו כמפרות ותודרנה ממרחב זה.¹⁷⁴

לעומת שיחה, שאי אפשר להגדירה פורמט שבו מתקיימת תקשורת מעמיקה, דיאלוג הוא שיח של שינוי, אקט שחורג מעבר למפגש מוחות פשטני. השיחה היא מידית, וחשיבותו של האחר פחותה בה, ואילו הדיאלוג הוא עסקה חברתית מורכבת וממוקדת,

WILLIAM HAZLITT, *On the Conversation of Authors*, in *SELECTED ESSAYS OF WILLIAM HAZLITT 1778 TO 1830* 446, 449 (Geoffrey Keynes ed., 1948).

171 ראו לדוגמה GENDER AND CONVERSATIONAL INTERACTION (Deborah Tannen ed., 1993). כן ראו DEBORHA TANNEN, *CONVERSATIONAL STYLE: ANALYZING TALK AMONG FRIENDS* (2005).

172 יוצרים עוסקים על פי רוב בתהליכים יצירתיים של "sorting through, copying, recontextualizing, and sharing preexisting images and text". תהליכים אלה חורגים מליקוט חומרי גלם גרידא, "there is more to the creative process than the processing of raw material" ראו Andrew Gilden, *Raw Materials and the Creative Process*, 104 GEO. L.J. 355, 358 (2016). לגישתו של המחבר, הפסיקה האמריקאית לעתים מתעלמת מכך שבין היוצר למקורותיו יש יחסים מורכבים של "empathy, respect, inspiration, or appreciation" (שם, בעמ' 390).

173 STEPHEN MILLER, *CONVERSATION: A HISTORY OF A DECLINING ART* ch. viii (2006).

174 ראו לדוגמה *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir.), cert. denied, 113 S. Ct. 365 (1992).

"תהליך בין-שיחי"¹⁷⁵ אקט קומוניקטיבי שבו האחר נוכח כל הזמן.¹⁷⁶ הדיאלוג האוטנטי מתאפיין בהכרה בנוכחותו של האחר בתהליך.¹⁷⁷ דייוויד בום מגדיר את הדיאלוג כצורת תקשורת מורכבת¹⁷⁸ שבמסגרתה זרם של משמעות בין המשתתפים מנביע תובנות חדשות.¹⁷⁹ הוא מדגיש את ה"שלם" אשר נוצר כאשר החלקים שתורמים המשתתפים מתחברים יחדיו באקט הדיאלוגי.¹⁸⁰ לגישתו, בדיאלוג המשתתפים חוברים יחדיו ליצירת משהו חדש שהוא "in common"; במובן זה היצירה היא לעולם תולדה של תהליך משותף, ולעולם איננה ביטוי שמקורו במשתתף יחיד אלא בריבוי מקורות.¹⁸¹ הדיאלוג בעיניו הוא זירה שבמסגרתה נולדים רעיונות וידע חדש נוצר, זירה שמעודדת משא ומתן ופשרה בהחלפת פרטי מידע בחיפוש אחר יצירת תובנות חדשות.¹⁸²

בעיני מרטין בובר דיאלוג אוטנטי הוא ביטוי מובהק לעסקה חברתית – הוא גוזר את המקוריות שבו מהמודעות לאלמנט ההכללה.¹⁸³ האחר הוא חלק אינטגרלי בדיאלוג. בובר הסביר כי דיאלוג אמיתי – אשר יכול להיות הן בעל פה והן ללא מילים – מתחולל במצב שבו במחשבות של כל אחד מהמשתתפים מצויות הישויות של האחרים המשתתפים בדיאלוג.¹⁸⁴ לפיכך האקט הדיאלוגי משנה את האינדיווידואל ואת יחסו כלפי העולם. זהו

C. Jan Swearingen, *Dialogue and Dialectic: The Logic of Conversation and the Interpretation of Logic*, in THE INTERPRETATION OF DIALOGUE 47, 68 (Tullio Maranhão ed., 1990)

176 עם המקורות הבולטים הרואים בדיאלוג אקט שיחתי ייחודי ושיח חברתי, ניתן למנות את MARTIN BUBER, I AND THOU (Ronald Gregor Smith trans., 2nd ed. 1958); NICHOLAS C. BURBULES, DIALOGUE IN TEACHING: THEORY AND PRACTICE 19 (1993); Maurice Friedman, "Dialogue of Touchstones": An Approach to Communication and Identity, 2 COMM. 143 (1976); PAULO FREIRE, PEDAGOGY OF THE OPPRESSED (1972); PATRICK DE MARÉ ET AL., KOINONIA: FROM HATE, THROUGH DIALOGUE, TO CULTURE IN THE LARGE GROUP (1991); HANS-GEORGE GADAMER, PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS 66 (David E. Linge ed. & trans., 1976)

177 המילה דיאלוג מקורה מהמילה היוונית Dialogos. משמעות המילה Logos היא "המילה" ומשמעות המילה Dia היא "דרך".

178 Peter M. Senge, *Preface*, in DAVID BOHM, ON DIALOGUE vii (Lee Nichol ed., 1996)

179 BOHM, שם, בעמ' 6. בלשונו של Bohm: "a stream of meaning flowing among and through us [...] out of which may emerge some new understanding" and –between us [...]

180 שם.

181 Bohm עמד על כך מפורשות, שם בעמ' 3. בכתביו הוא שואל "Can it properly be said that the artist is expressing himself, i.e., literally 'pushing outward' something that is already formed inside of him? [...] what usually happens is that the first thing the artist does is only *similar* in certain ways to what he may have in mind. As in a conversation between two people, he sees the similarity and the difference, and from this perception something further emerges in his next action. Thus, something new is continually created that is common to the artist and the material on which he is working" (ההדגשות במקור, להוציא המשפט המתחיל במילה Thus ומסתיים במילה working, שם ההדגשות הוספו – ל"ז).

182 שם, בעמ' 29. כן ראו DAVID BOHM & F. DAVID PEAT, SCIENCE, ORDER, AND CREATIVITY 55–69 (1987).

183 MARTIN BUBER, BETWEEN MAN AND MAN 197 (Ronald Gregor-Smith trans. 1965)

184 Martin Friedman, מציין שלפי Buber דיאלוג אמיתי מתקיים כאשר הייחודיות של האדם נשמרת: "Only in genuine dialogue do I relate and respond to the other for himself and for the"

אקט של השתתפות בזרם חופשי של החלפת רעיונות ומידע – ביטוי לקיומו של communion.¹⁸⁵ המסר הסוציולוגי החבוי באקט הדיאלוגי הוא הקשר והפעולה ההדדית בחברה. בדיאלוג צדדים לשיחה משהים דעות אישיות ושיפוטיות¹⁸⁶ כדי להקשיב הקשבה מלאה¹⁸⁷ ולהבין זה את זה וליצור קהילה באמצעות שיח מוחצן ושקט.¹⁸⁸ צדדים לדיאלוג יוצרים התחייבויות הדדיות.¹⁸⁹ מבחינה קולקטיבית, לדיאלוג יכולת חיבור בין המחשבות והידע של יחידים ובכך להביא לשינוי באמונות קיימות ובדעות קדומות.¹⁹⁰ לפיכך דיאלוג הוא קשר שנוצר מדוגמות, מהסכמים חברתיים ומעקרונות משותפים ונתמך בהם,¹⁹¹ ובכך הוא מאפשר יצירת מכניזם לחיבור המודעות הסובייקטיבית של האינדיווידואל למבנה המוסדי של החברה, העצמת תקשורת בין-תרבותית ולמידה משותפת. דיאלוג, כמעשה המבוסס על קשר, משנה את הישות המבודדת מאוטונומית לתקשורתית.¹⁹² הוא מחדש את האדם בחשפו אותו לסביבה ובשייכו אותו לקבוצה.

אחד הפילוסופים המרכזיים שעסקו בהבנת הדיאלוג הוא הפילוסוף ומבקר הספרות הסובייטי מיכאל בחטין. לפי בחטין מקומו של ה"אחר" מוסבר בהסבר הטובה ביותר באמצעות קיומם של קולות רבים ב־זמנית (פוליפוניה) ביצירות תרבותיות.¹⁹³ לגישתו, בלתי אפשרי להבין את הטקסט הספרותי מנקודת מבטו של המחבר בלבד. הבנה אותנטית

sake of our relationship and not as a function of knowledge and use, comparison and contrast, reflection and analysis, seduction and exploitation... The proper understanding of dialogue includes uniqueness; for it is only in uniqueness that there is real mutuality, presentness, and presence. Dialogue means a mutual sharing in reciprocal presentness of the unique" (Maurice Friedman & Althea J. Homer, *Visions of the Self*, 55 THE AMERICAN JOURNAL OF PSYCHOANALYSIS JUNE 1969, 173 (1995))

185 BOHM, לעיל ה"ש 178, בעמ' 47, 54.

186 Patrick M. Jenlink & Bela H. Banathy, *Dialogue and Designing Our Future*, in DIALOGUE AS A COLLECTIVE MEANS OF DESIGN CONVERSATION 159, 161 (Patrick M. Jenlink & Bela H. Banathy eds., 2008)

187 Ronit Zamir, *Can Mediation Enable the Empowerment of Disadvantaged Groups?* ראו לדוגמה *A Narrative Analysis of Consensus-Building in Israel*, 16 HARV. NEGOT. L. REV. 193, 245 (2011).

188 Patrick M. Jenlink & Bela H. Banathy, *Dialogue: Conversation as Culture Creating and Consciousness Evolving*, in DIALOGUE AS A MEANS OF COLLECTIVE COMMUNICATION 3, 4 (Jenlink & Banathy, *Dialogue: (להלן:)* (Bela H. Banathy & Patrick M. Jenlink eds., 2005) *(Conversation)*

189 Douglas Walton, *Commitment, Types of Dialogue, and Fallacies*, 14 INFORMAL LOGIC 93 (1993).

190 Jenlink & Banathy, *Dialogue: Conversation*, לעיל ה"ש 188, בעמ' 5.

191 שם, בעמ' 5–6. כפי ש־Buber מסביר: דיאלוג אמתי יתקיים "where each of the participants really has in mind the other or others in their present and particular being and turns to them with the intention of establishing a living mutual relation between himself and them" (BUBER, *BETWEEN MAN AND MAN*, לעיל ה"ש 183, בעמ' 22).

192 DMITRI NIKULIN, *ON DIALOGUE* 141 (2006)

193 שם.

דורשת תשומת לב כלפי האחר – וכלפי הדיאלוג עצמו.¹⁹⁴ ה"אחר" יכול להיות אינדיבידואל נוכח אשר הדובר מגיב לתגובותיו, או האחר ה"כללי"¹⁹⁵ – דמות הקהל הדמיוני.¹⁹⁶ לפי בחטין, הרעיון שלפיו קיים ביטוי אמנותי פרטי ומסוגר אינו מציאות. לשיטתו, תפיסה הפוכה מנציחה את חוסר ההבנה באשר לאופייה האמיתי של עבודה יצירתית ומבססת הנחות שגויות על האגו הטרנסצנדנטלי וההכניה הפנימית של האדם.¹⁹⁷ כלומר, על פי בחטין, משמעות אינה מגיעה לחברה מכוח סמכות רשמית, אלא היא נוצרת בדיאלוג מתמשך בין הדובר לאחר. הדיאלוג נתון תמיד בתהליך של יצירה ולעולם אינו מגיע לסיום.¹⁹⁸ כל ביטוי או מבע מתקיימים ביחס לביטויים אחרים¹⁹⁹ ומשקפים מספר גדול ולא מוגדר של קולות מגוונים ומנוגדים – הטרוגלוסיה (heteroglossia).²⁰⁰ אלה הם מבנים הרוויים בקולות של אחרים.²⁰¹ יצירות ספרותיות ואמנותיות הן חותם היסטורי של קשרים חברתיים והשפעות תרבותיות – הן אינן בעלות מבנה של מונולוג. כל ביטוי תמיד ממוען לאחר וממתין לתגובתו.²⁰² ומכאן שביטויים קיימים רק אם יש להם משמעות, ומכאן הדחף ליצירתם.²⁰³ המשמעות היא תוצאה של מארג תגובות ופניות, היא מרמזת על קיומה של קהילה,²⁰⁴ ולפיכך מוסברת כפעילות הממוענת לאחר. כך היוצר צורך ומפנים סימנים

194 במילותיו של בחטין: "our real exterior can be seen and understood only by other people, because they are located outside us in space and because they are others" (M.M. BAKHTIN, SPEECH GENRES AND OTHER LATE ESSAYS 7 (Caryl Emerson & Michael Holquist eds., Vern W. McGee trans., 1986))

195 על פי מונח זה, שטבע Mead: "[T]he attitude of the 'generalized other' is the attitude of the whole community". כל קבוצה המאורגנת מבחינה סוציאלית מכילה משמעויות משותפות אשר מאפשרות לחברי הקבוצה לתקשר וליצור קשרים חברתיים. ראו George H. Mead, *Play, the Game, and the Generalized Other*, in MIND, SELF AND SOCIETY: FROM THE STANDPOINT OF A SOCIAL BEHAVIORIST 152, 154 (Charles W. Morris ed., 1934)

196 TZVETAN TODOROV, MIKHAIL BAKHTIN: THE DIALOGICAL PRINCIPLE 43 (Wlad Godzich trans., 1984)

197 THE DIALOGIC IMAGINATION : FOUR ESSAYS BY M. M. BAKHTIN 269 (Michael Holquist ed., 1971) (THE DIALOGIC IMAGINATION : (להלן) Caryl Emerson & Michael Holquist trans., 1981)

198 COOMBE, THE CULTURAL LIFE, לעיל ה"ש 56, בעמ' 83.
199 THE DIALOGIC IMAGINATION, לעיל ה"ש 197, בעמ' 354: "the makeup of almost every utterance spoken by a social person – from a brief response in a causal dialogue to major verbal-ideological works (literary, scholarly and others) – a significant number of words can be [...] explicitly admitted as someone else's [...]"

200 שם, בעמ' 354.
201 BAKHTIN AND CULTURAL THEORY 156 (Ken Hirschkop & David Shepherd eds., 2nd ed. 2001) ראו

202 THE DIALOGIC IMAGINATION, לעיל ה"ש 197, בעמ' 355. מכיוון שהנחת היסוד של בחטין היא שהקול הוא "פתוח", הוא מייצג: "a whole plurality of interlocutors: speakers and listeners" ו-"a single, separate and isolated voice is impossible, because the voice needs to be directed toward, and heard, by the other." לפיכך על פי בחטין ניתן לתאר את משמעותה של היצירה כתולדה של ריבוי קולות. ראו Nikulin, לעיל ה"ש 192, בעמ' 40.

203 COOMBE, THE CULTURAL LIFE, לעיל ה"ש 56, בעמ' 83.

204 TODOROV, לעיל ה"ש 196, בעמ' 30.

אשר מגיעים מחוץ לזהות העצמית שלו ומגיב לסימנים אלו באמצעות סימנים משלו. כפי שמסביר זאת מיכאל הולקוויסט:

"Meaning comes about in both the individual psyche and in shared social experience through the medium of the sign, for in both spheres understanding comes about as a response to a sign with a sign".²⁰⁵

לפיכך כפי שניסח זאת Sidorkin, המשמעות היא תוצר של כמה מחברים, וכל מילה שמבטא האחד – בהכרח שייכת בחלקה גם לשני.²⁰⁶

הגישות לדיאלוגיות אשר הוצגו בפרק זה מאפשרות לעמוד על מקומו המרכזי של האחר בלידתה של היצירה ובתרומתו למשמעותה, ומכאן להיותה תוצר דיאלוגי של עסקה חברתית. גישות אלה מעשירות את השיח הביקורתי על מוסד המחברות בזכויות יוצרים. הן חיוניות לשיח הנוכחי בייחוד מכיוון שהן מאפשרות לנו לנתח את היצירה כתולדה של מוסד חברתי פרוגרסיבי שלעולם אינו קופא על שמריו.²⁰⁷ כך, נרטיב הדיאלוג של בחטין תומך בפלורליזם של צורות (שפות) של יצירה וביטוי במסגרתה של קהילה בודדת²⁰⁸ ומונע את עליונותה של צורת ביטוי אחת כאמצעי הבלבדי לכינון אינטראקציות.²⁰⁹

עיון בעקרון הקרניבליות המרכזי לתאוריה של בחטין (carnavalesque) מחדד את חיוניותה של תפיסה זו. הדינים המסדירים את מרחב היצירה נוטים להציב במוקד את מוטיב הבעלות ובכך מפקידים בידי מוקדי כוח דומיננטיים את מלאכת עיצוב השיח התרבותי.²¹⁰ הם לעתים מציבים מגבלות המשתיקות את קולותיהם של אלו המבקשים להגיב ולתקשר עם יצירות. בכך הם מסכלים עסקאות חברתיות שיש בהן לתרום לריבוי משמעויות. דינים אלה מכתיבים את היוצר כמנצח בקונפליקט בינו לבין הציבור²¹¹ ומחזקים את כוחו של הרשמי והדומיננטי בקונפליקט. לפיכך הם מהווים כר נרחב לביקורת מהפרספקטיבה הקרניבלית

205 MICHAEL HOLQUIST, DIALOGISM: BAKHTIN AND HIS WORLD 49 (2nd ed. 2002).

206 כלשונו "Bakhtin writes that every meaning is co-authored" (ALEXANDER M. SIDORKIN,) (BEYOND DISCOURSE: EDUCATION, THE SELF, AND DIALOGUE 13 (1999)).

207 אכן, מלומדים בידי זכויות היוצרים, בעיקר מתומכי הגישות הפוסט-מודרניות, שאבו השראה מבחטין לבחינת המאבק בין בעלות לבין תרבות. ראו למשל COOMBE, THE CULTURAL LIFE, לעיל ה"ש 56, בעמ' 83-84.

208 ראו THE DIALOGIC IMAGINATION, לעיל ה"ש 197, בעמ' 303: "the speech of another is introduced into the author's discourse (the story) [...] this is not just another's speech in the same 'language' – it is another's utterance in a language that is itself 'other' to the author as well [...]"

209 JOHANNA GIBSON, CREATING SELVES: INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NARRATION OF CULTURE 130 (2006).

210 כך לא אחת נטען כי דיני זכויות היוצרים מחזקים את שליטתם של גופים תאגידיים מסחריים על עיצוב הנוף התרבותי. ראו למשל CRAIG, לעיל ה"ש 51, בעמ' 29, 212; COOMBE, THE CULTURAL LIFE, לעיל ה"ש 56, בעמ' 74; MARCUS BOON, IN PRAISE OF COPYING 4-5 (2010).

211 Peter Johnson, Can You Quote Donald Duck?: Intellectual Property in Cyberculture, 13 YALE J.L. & HUMAN. 451, 467 (2001) (reviewing ROSEMARY J. COOMBE, THE CULTURAL LIFE OF INTELLECTUAL PROPERTIES: AUTHORSHIP, APPROPRIATION, AND THE LAW (1998)).

שבה המרכז והפריפריה אחד הם.²¹² אחד היתרונות של הקרנבל הוא ב"ניעור" מוסכמות רשמיות וערעור הסמכותיות והערכים של מוקדי השלטון באופן שמאפשר מקום למגוון קולות ומשמעויות. ה"רשמי" בתרבות מפנה את מקומו לביקורת ולרב-גווניות. בקרנבל צחוק וריטואלים קומיים דוחקים הצדה את הרצינות ואת ההיררכיה המאפיינות חיים רשמיים, דוגמטיים ודתיים.²¹³ בקרנבל הכול הוא במצב של התהוות (becoming).²¹⁴ הקרנבל הוא שדה חברתי השייך לכול, הוא אוניברסלי,²¹⁵ ובכך ניתן להקבילו למרחב היצירתי שבו הכול חופשי להגיב, להשתמש ובעיקר – לשנות.²¹⁶ באמצעות חוויה נעדרת גבולות, המשוחררת מהגדרות רשמיות, הקרנבל מאפשר לפרטים לחיות חיים אחרים, "outside officialdom".²¹⁷ מהקרנבל בחטין גזור את הגמישות של ערך ההתהוות, את חשיבותו של השינוי ואת יתרונותיו של חוסר השלמות.²¹⁸ באמצעותם הוא מדגים כיצד דיאלוגיזם קוטע פרקטיקות הגמוניות ומחשבה אחידה ומגלם, בדומה לקרנבל,²¹⁹ שיח שתמיד נשאר פתוח, לא שלם, המזמין משמעויות חדשות ומזין אותן.²²⁰ ככזה, הקרנבל הוא אירוע שמגלם חופש מפורמליזם וממוסכמות, פתוח ומשתנה כל זמן שהוא ממשיך.²²¹

- 212 ראו ככלל (1995) 39 SIMON DENTITH, BAKHTINIAN THOUGHT: AN INTRODUCTORY READER
- 213 בחטין מסביר כי נרטיב הצחוק אשר מלווה את הטקסים והריטואלים בקרנבל משחרר את המשתתפים מתבניות דוגמטיות ומהמסד הדתי. בלשונו של בחטין: "The basis of laughter which gives form to carnival rituals frees them completely from all religious and ecclesiastic dogmatism, from all mysticism and piety" (MIKHAIL BAKHTIN, RABELAIS AND HIS WORLD 7, 66, 90) (Helen Iswolsky trans., 1984) (להלן: BAKHTIN, RABELAIS).
- 214 Shanti Elliott, *Carnival and Dialogue in Bakhtin's Poetics of Folklore*, 30 FOLKLORE F. 129, 214 (1999) 130. הקרנבל דוחה מעליו עקרונות של סגירות ומאדיר את הפתיחות. בקרנבל הכול אפשרי. זהו אירוע של שינוי "from principles of stability and closure to constant possibility" (שם).
- 215 MIKHAIL BAKHTIN, PROBLEMS OF DOSTOEVSKY'S POETICS 128 (Caryl Emerson ed. & trans., 1984).
- 216 הכוונה היא לנחלת הכלל במלוא הדרה, כמוסד חופשי ממגבלות השליטה. ראו למשל Lawrence Lessig, *The Architecture of Innovation*, 51 DUKE L.J. 1783, 1788 (2002) (המתאר את נחלת הכלל כאזור שהוא "within the reach of members of the relevant community without the permission of anyone else").
- 217 BAKHTIN, RABELAIS, לעיל ה"ש 213, בעמ' 8–6.
- 218 קרנבל הוא "true feast of time, the feast of becoming, change, and renewal. It was hostile to all that was immortalized and completed" (שם, בעמ' 10).
- 219 החגים והטקסים המסורתיים בימי הביניים נראו לבחטין אירועים מונולוגיים אשר הצחוק נעדר מהם, ואילו הקרנבל גילם בעיניו ביטוי של קהילתיות, חופש, שוויון ושפע. ראו BAKHTIN, RABELAIS, לעיל ה"ש 213, בעמ' 9.
- 220 Elliott, לעיל ה"ש 214, בעמ' 133.
- 221 Roberto DaMatta, *A Concise Reflection on the Brazilian Carnival*, in AESTHETICS IN PERFORMANCE: FORMATIONS OF SYMBOLIC CONSTRUCTION AND EXPERIENCE 183, 186 (Angela Hobart & Bruce Kapferer eds., 2005) (השווה Richard Schechner, *Carnival (Theory)* (Milla Cozart Riggio ed., 2004) ("Trinidad Carnival actually both critiques official culture and supports it. It is an event both 'of the people' and 'of the nation'").

במושג ה"קרנבל" יש כדי להסביר כיצד דיני זכויות יוצרים חורגים ממטרותיהם המוגדרות.²²² דינים אלה מסייעים לכיתור ולקיבוע של משמעויות ומקבלים את הרשמי כמתווה את גבולות תרומתו של האחר, הציבור, לעסקאות חברתיות. מחברים ואמנים, שחקנים ובעלי זכויות אחרים החליפו את הכנסייה ואת המערכת הפאודלית שנגדה התקומם ההמון בקרנבל. אלה הפכו למרכז הכוח התרבותי השולט בהתפתחות המשמעות, לקובעי דרגות החשיפה המותרות לחומרי הגלם ולאבני הבניין במרחב היצירתי. כך, משך הזמן הארוך שבו יצירה מוגנת, הקושי בהגדרת שימושים הוגנים והיעדר הבנה של מתחם המותר והאסור ביצירה מוגנת מעניקים לבעלי הזכויות אפשרות למנוע מהציבור שימוש גם אם במקרים רבים הוא לגיטימי. התוצאה היא התפתחותה של תרבות המבוססת על שליטה ותשלום, Permission Culture, גם במקרים שבהם הדין מאפשר לכאורה שימוש הוגן או גישה ליצירה.²²³ נכון שדיני זכויות היוצרים מכילים במסגרתם מנגנונים שתכליתם לאפשר קרניבליות מסוימת. לדוגמה, היעדר הגנה על רעיונות או על עובדות והגנת שימוש הוגן לפרודיה²²⁴ מייצרים זירה שבה חווית הקרניבליות נשמרת: הציבור חופשי להשתמש ברעיונות ללא הגבלה, והפרודיה מאפשרת פריצת מחסומים רשמיים באמצעות משמעויות חדשות. אולם בפועל הקושי בהפרדה בין ביטוי לרעיון,²²⁵ דחיית דוקטרינת זכויות

222 COOMBE, THE CULTURAL LIFE, לעיל ה"ש 656, בעמ' 85–86.

223 LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY, AT XIV (2004). כמו כן ראו WILLIAM W. FISHER & WILLIAM MCGEVERAN, THE DIGITAL LEARNING CHALLENGE: OBSTACLES TO EDUCATIONAL USES OF COPYRIGHTED MATERIAL IN THE DIGITAL AGE: A FOUNDATIONAL WHITE PAPER (2006).

224 ראו פרקים ד' וס' (1) לחוק זכות יוצרים.

225 שוק הרעיונות הוא מוקד חיוני לכינונה של קרניבליות יצירתית אותנטית – אזור נעדר מחסומים ומגבלות שבמסגרתו כל אחד יכול לעשות כרצונו. אולם ככל שההבחנה בין ביטוי לרעיון היא שרירותית יותר, כך רעיונות רבים יותר זוכים להגנה ונדחקים מזירה זו, ולפיכך חווית הקרניבליות נפגמת. ואכן, שרירותיות ההבחנה נתפסה לא אחת כחיונית לכינונם של התהליכים התקשורתיים שהבסיס היצירה (ראו למשל DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH COPYING?, לעיל ה"ש 128, בעמ' 86). בדין הישראלי בתי המשפט מנעו לעתים הבחנה שרירותית בין ביטוי לרעיון. ראו לדוגמה עניין *The FA Premier League Limited*, לעיל ה"ש 113, ובע"א 10242/08 מוצפי נ' קבלי, פס' 29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.10.2012).

אך לעתים בתי המשפט מעניקים הגדרה עמומה למונחים כגון "רעיון", "השראה" או "חומר גלם" באופן הפועל נגד קרניבליות יצירתית ומסכל עסקאות חברתיות. כך למשל היה בעניין רגן, לעיל ה"ש 11, אשר עסק בספרותן של שרה שפירו ונעמי רגן. שפירו טענה כי חלקים משני פרקים מספרה *GROWING WITH MY CHILDREN: A JEWISH MOTHER'S DIARY* הועתקו בין בהעתקה מילולית ישירה ובין בשינוי שפה ולשון ומופיעים בספרה של רגן *Sotah* (אשר פורסם בעברית בשם "אָל-אִישׁךָ תְּשׁוּקָתְךָ"). עוד טענה שפירו כי קיים דמיון בין הספרים, בין היתר בתבנית הסיפורית, במוטיבים ובשימושי לשון ומינוח. בית המשפט מצא שיש בטענותיה של שפירו ממש ופסק שאכן רגן הפרה את זכות היוצרים של שפירו. אף שרגן לא הכחישה כי הייתה ערה לקיומו של הספר, היא טענה בין היתר שקיימות תבניות מסוימות שסופרים משתמשות בהן שימוש שאינו מפר את הביטוי המקורי. כן טענה רגן כי הקטעים מושא התביעה עברו טרנספורמציה, ומשום כך עומדת לה טענת השימוש ההוגן. אכן אם היה מדובר בביטוי טרנספורמטיבי (מה שלכאורה אינו רלוונטי לחלקים שהועתקו במלואם), הרי שרגן דיברה במילותיה שלה, והיא הביאה ליצירת "ביטוי חדש ושונה מהביטוי המקורי" שראוי להגנה (ראו

המשתמשים²²⁶ והצבת מגבלות על משתמשים²²⁷ וכן אימוצם של כללים עמומים לאכיפת זכויות²²⁸ – אלה צמצמו את חוויית הקרניבליות בזכויות היוצרים. במערכת הפאודלית התבצרה הכנסייה בחיים הרוחניים ובפרקטיקות הקבועות; במערכת של דיני זכויות היוצרים הבעלים מגובים בידי מעצבי מדיניות, קובעים את גבולות המרחבים הדיאלוגיים שבהם יצירות נוצרות ומגבילים את הציבור מלהשתמש ביצירות.²²⁹ בעקבות זאת ובהמשך לקרנבל על פי בחטין, ביצור מוסד הבעלות בזכות היוצרים והצרת המרחב הציבורי הובילו לכינונו של קרנבל רשמי – מצעד סגור שבסופו שיא – אשר אופיו נקבע, בדומה למארדי גרא (Mardi Gras) בניו אורלינס, במוסדות רשמיים, בניגוד לקרנבל פתוח, שבו התפתחות האירוע והמשמעות שהוא יוצר במהלכו נקבעות על ידי המון המשתתפים.²³⁰

דיני זכויות יוצרים מגדירים את גבולות הבעלות הבלעדית על ביטויים יצירתיים ובכך מתפקדים כמנגנון המוסט מתן הזדמנויות לדיאלוג ולקרנבליות מותרת. ברשימה זו אני למעשה מבקר את הצרת מגוון ההזדמנויות הללו וטוען כי תרומתו של האחר, אף שלעתים היא שקטה וקשה לזיהוי, לתהליך היצירה²³¹ מחייבת הכרה ראויה גם בזכויותיו. על מנת לשמר המשך זרימה חופשית ופיתוחן של משמעותיות²³² המרחב היצירתי זקוק לאתרים דיאלוגיים, המעודדים השתתפות ואינטראקציה תקשורתית קרובה בין יחידים, קבוצות ורשתות, כזו המשוחררת מכבלי הרשמי. הענקת זכויות מונופוליסטיות לסמלים, למילים ולביטויים תרבותיים, לאבני הבניין של הסביבה הדיאלוגית, משליכה על זרם המשמעות.

טרייגר-ברעם, לעיל ה"ש 126, בעמ' 262). אך גם אם הייתה כאן העתקה, בתי המשפט עודם נדרשים במסגרת הניתוח לעמוד על ההבחנה בין ביטוי לרעיון בכל הנוגע ל"השראה", ל"חומר גלם" ולשימוש בתבניות יצירתיות. כך למשל ניתן לטעון כי שימוש בתבניות ספרותיות או גרפיות שהפכו שגורות ומתארות, כמו ברווז או מערכת יחסים שנוצרה בעקבות שידוך, הוא שימוש לגיטימי בסמל תרבותי שראוי לו שיוותר בנחלת הכלל (כן ראו את הדיון בקשר למובי דאק, להלן ליד ה"ש 287).

226 ראו את הדיון בע"א Premier League, לעיל ה"ש 12 וה"ש 29.

227 מגבלות אלה נובעות לעתים מכשלים בפרשנות וביישום של דוקטרינות פנימיות לדיני זכויות היוצרים, כגון הגנת שימוש הוגן (ראו למשל Rebecca Tushnet, *Judges as Bad Reviewers: Fair Use and Epistemological Humility*, 25 LAW & LITERATURE 20, 22 (2013)), ולעתים מהכרה ביכולתם של אמצעים חיצוניים או הסדרה פרטית להגביל ולנכס את נחלת הכלל, כגון שימוש בדיני חוזים להגבלת זכויותיהם של משתמשים. ראו למשל Niva Elkin-Koren, *A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights*, in EXPANDING THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY 191 (Rochelle Dreyfuss et al. eds., 2001).

228 ראו בהרחבה John Blevins, *Uncertainty as Enforcement Mechanism: The New Expansion of Secondary Copyright Liability to Internet Platforms*, 34 CARDOZO L. REV. 1821 (2013); ; Gideon Parchomovsky & Kevin A. Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483 (2007) ניבה אלקין-קורן "הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה" המשפט 65, 104 (2005).

229 ראו את הדיון להלן בפרק ד: בחינת הגישה המוצעת בראי זירות נבחרות בזכות יוצרים.

230 ROBERTO DAMATTA, *CARNIVALS, ROGUES, AND HEROES: AN INTERPRETATION OF THE BRAZILIAN DILEMMA* 129 (John Drury trans., 1991).

231 THE DIALOGIC IMAGINATION, לעיל ה"ש 197, בעמ' 303: "the speech of another is introduced into the author's discourse (the story) in a concealed form [...]"

232 BOHM & PEAT, לעיל ה"ש 182, בעמ' 247.

לכן דיני זכויות היוצרים אינם יכולים להציב במוקד רק את שאלת הקצאתן של זכויות הבעלות בטובין רוחניים, ונדרשים באותה מידה לעמוד גם על זכות הגישה והתגובה של האחר הציבורי והיחיד.²³³ הדינים נדרשים להסיר מגבלות פורמליסטיות על מנת למנוע מצב שבו שפה דומיננטית אחת שולטת בשיח התרבותי. כך כאשר בתי המשפט נדרשים להכריע בקונפליקט בין הצדדים לעסקה החברתית – יוצר וציבור – עליהם לשקלל את השלכות ההכרעה השיפוטית על המרחב הדיאלוגי. מטרתו של הפרק הבא להדגים כיצד ראוי אפוא לפעול לשם הגשמתה של תפיסת העסקה החברתית בדיני זכויות היוצרים. ההדגמה תעסוק בשני מוקדים של זירות יצירה המוגנות ומגבלות בדיני זכויות יוצרים: הזירה הווירטואלית ופרודיה. הדיון יראה כיצד החסמים שהמשפט יוצר מצרים את גבולות הדיאלוג וממשיכים להכתיר את הרשמי כהגמון – הוא היוצר – כמקור הבלעדי לקביעת המשמעות של יצירות.

ד. בחינת הגישה המוצעת בראי זירות נבחרות בזכות יוצרים

מטרתו של פרק זה היא להדגים כיצד ניתן להגשים את מודל העסקה החברתית הלכה למעשה בפתרון מחלוקות בזכויות יוצרים. אקדים את המאוחר ואציין כי החלטה של גישה זו במקרים הנדונים אכן מובילה למסקנה כי הציבור ראוי לגישה נרחבת ליצירה, וודאי נרחבת מזו שבתי המשפט נכוננו לספק לו. כאמור, מודל העסקה החברתית מבקש לחתור תחת התדמית הנוכחית של היוצר האינדיווידואל בהצגתו כישות דיאלוגית. מהלך הטיעון ימחיש כיצד תפיסה פרשנית דווקנית של היקף זכות היוצרים, זו שבתי המשפט נוטים לאמץ, חוטאת לנרטיב החברתי-דיאלוגי שביסוד הזכות, וכיצד ניתן להפיק מהמודל המוצע מסקנות מעשיות שתובלנה למניעת הצבתן של מגבלות פורמליסטיות על השימוש ביצירות מוגנות ועל הגישה אליהן ותאפשרנה המשך הדיאלוג ויחסי הגומלין עם היצירות.

1. הזירה הווירטואלית

בעידן התרבות הדיגיטלית²³⁴ יש פוטנציאל העצמה בלתי פוסק לגישת הציבור למוצרי מידע וליצירת הזדמנויות לציבור לתרום לשיח התרבותי,²³⁵ להגיב, להשתמש, לשנות

²³³ Abraham Drassinower, *Copyright Is Not About Copying*, 125 HARV. L. REV. F. 108 (2012).

²³⁴ על משמעות המושג "תרבות דיגיטלית" (digital culture) ראו למשל Lauren Rabinovitz & Abraham Geil, *Introduction*, MEMORY BYTES: HISTORY, TECHNOLOGY, AND DIGITAL CULTURE 1 (Lauren Rabinovitz & Abraham Geil eds., 2004). כן ראו Jenlink & Banathy, *Dialogue and Designing Our Future*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 161.

²³⁵ כפי שציינה Shaffer Van Houweling, האינטרנט מאפשר לאנשים ליצור, להגיב ולתקשר באמצעים שבעבר היו שמורים רק לגופים עתירי ממון. ראו Molly Shaffer Van Houweling, *Author Autonomy* and *Atomism in Copyright Law*, 96 VA. L. REV. 549, 551 (2010). עוד ראו Pamela Samuelson, *Freedom to Tinker*, 17 THEORETICAL INQUIRIES L. 563, 564 (2016) ("Never before in human history has it been more possible for tens of millions of people around the world to express themselves in creative ways [...] and sharing the fruits of their creativity with others") (Samuelson, *Freedom to Tinker*). מנגד יש כותבים שטענו שפלטפורמות וירטואליות מאיימות על

וליצור עסקאות חברתיות מגוונות. אחד הכותבים התייחס לתהליכים אלה כמקום שבו כאוס המידע והקרנבל האינטרנטי (Cybercarnival) מגשימים, הגשמה אופטימלית, את תכליות זכות היוצרים – הפצת הידע ועידוד היצירה.²³⁶ בית המשפט הפדרלי בארצות הברית היטיב לתאר את כוחו של האינטרנט כנובע דווקא מהכאוס שמתחולל במסגרתו.²³⁷ ואכן בשדה חברתי שנתפס כחסר מעצורים היה ניתן להניח שהעסקאות החברתיות תשגשגנה – שהיצירות תפרח והשיח הווירטואלי יתמוך בריבוי משמעויות. בשדה זה היה ניתן לצפות שהקרנבל על פי בחטין ותפיסת ההתהוות תגענה לשיאן. אכן קל להישבות בקסמי תיאורים המגדירים את האינטרנט כספרה אינדיווידואליסטית, לא רשמית, מבוזרת ועמידה בפני סמכות ושליטה;²³⁸ כמדיה פוסט-מודרנית מושלמת, מנותקת ולא לינארית, אשר מעודדת את אידאל היצירה הקולקטיבית ובדרך זו להפוך את האנושות כולה לאורגניזם אחד גדול שיוצר מידע.²³⁹ אולם ניכר כי דינים מודרניים בזירה המקומית ובזירה הבין-לאומית בתחום הקניין הרוחני,²⁴⁰ הבאים לתגמל את היוצר והממציא, לצד עלייתם של מנגנוני הסדרה פרטית²⁴¹ שוזרים מאפיינים פאודליים, שנגדם כתב בחטין, אף בעידן הנוכחי. אמצעי אכיפה טכנולוגיים וחוזים אחידים דרקוניים ומגבילים²⁴² מתפקדים כאמצעים רגולטוריים

האינטראקטיבי הבין-אישית במובנה האוטנטי של מפגש בין אנשים, ראו למשל MILLER, לעיל ה"ש 173.

236 Johnson, לעיל ה"ש 211, בעמ' 484. פלטפורמות שיתוף וירטואליות והנגישות חסרת התקדים בעידן ה-Web 2.0 תרמו רבות לעלייתה של תרבות ה-remix וה-mashup, אשר משמשת מוקד עצמאי לדיון ולכתיבה בשיח דיני זכויות היוצרים. ראו למשל LAWRENCE LESSIG, REMIX: MAKING ART AND COMMERCE THRIVE IN THE HYBRID ECONOMY (2008) (להלן: LESSIG, REMIX). כן ראו Peter S. Menell, *Adapting Copyright for the Mashup Generation* 164 U. PA. L. REV. 441 (2016); Samuelson, *Freedom to Tinker*, לעיל ה"ש 235.

237 Am. Civil Liberties Union v. Reno, 929 F. Supp. 824, 883 (E.D. Pa. 1996), *aff'd*, 521 U.S. 844 (1997) "the strength of the Internet is chaos [and] the strength of our liberty depends upon the : [...]" chaos and cacophony of the unfettered speech (ההדרגה הוספה – ל"ז).

238 Johnson, לעיל ה"ש 211, בעמ' 474.
239 ראו למשל JEFF HOWE, CROWDSOURCING: WHY THE POWER OF THE CROWD IS DRIVING THE FUTURE OF BUSINESS (2008). הכותב טוען כי לאינטרנט ישנו פוטנציאל להפוך את האנושות ל-"a thriving, infinitely powerful organism" (שם, בעמ' 11).

240 ראו לדוגמה McManis, לעיל ה"ש 4; Michael A. Carrier, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, 11 Nw. J. TECH. & INTELL. PROP. 21 (2013).

241 ראו ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" **עלי משפט** ב 319 (2002).
242 ראו לדוגמה את רישיונות משתמש הקצה שהחלו דרכם כחוזי הצלופן (shrink-wrap). רישיונות אלה מאפשרים לבעלים להגביל משתמשים משימושים המותרים להם על פי דין. ראו למשל בדין האמריקאי עניין Bowers v. Baystate Techs, Inc., 320 F.3d 1317 (Fed. Cir. 2003). כן ראו עניין ProCD, לעיל ה"ש 78, ואת הדיון ליד ה"ש 0260 להלן בנוגע לשימוש לרעה במנגנוני הודעה והסרה (לפי ה-Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (1998) (להלן: D.M.C.A.)), שימוש אשר הוביל להסרתם של תכנים לגיטימיים החוסים בהגנת השימוש ההוגן. כאן המקום לציין שהשילוב בין חוזים אחידים המקנים שיקול דעת נרחב להסרה (ראו להלן ה"ש 257) למערכות אכיפה טכנולוגיות כגון Content ID הוביל להסרה נרחבת, אבסורדית ושרירותית של תוכן לגיטימי שהוא שימוש הוגן. להרחבה ראו Taylor B. Bartholomew, *The Death of Fair Use in Cyberspace: Youtube and the Problem*

אשר מנציחים את שליטת הבעלים ומעניקים אפשרות נרחבת וכמעט שרירותית לבעלי הזכויות להגביל את יכולתם של משתמשים לצרוך, להגיב וליצור משמעות חדשות ליצירות קיימות.

אכן, כנגד המבקשים לבצר את מוסד הבעלות ולנכס את נחלת הכלל כמה אופוזיציה מתחרה המבקשת להעצים את מרחב היצירה בדמות רישיונות הקוד הפתוח ו־ Creative Commons.²⁴³ אולם גם כוחה של אופוזיציה זו מוגבל, ויש הטוענים שמנגנונים פורמליים חוזיים המאפשרים ליוצרים לוותר על חלק מזכויותיהם לעתים רק מנציחים את מוסד הבעלות ואת התרבות המתנה שימוש בהרשאה ועלולים להעניק ליוצרים כוח מונופוליסטי גדול.²⁴⁴ במונחים של בוס, בובר ובחטין, על דיני זכויות היוצרים להעצים את שיתוף הפעולה, קולות מודחקים, ליצור מרחבים של החופש ליצור ולהסיר מחסומים רשמיים כדי למנוע רמיסה של מרחב היצירות הבלתי מופרעת על ידי קולות רשמיים. הנה כי כן, בעידן המידע הציבו המחוקקים ותאגידי הענק מנגנונים פורמליים חדשים אשר הובילו להנצחתה של "second enclosure movement" ולהגדרה מחדש של גבולות הגישה למשאבי ביטוי.²⁴⁵ החשש אפוא הוא מכינונו של פאודליזם חדש, דיגיטלי, שדרכו תיבנה חברה בשליטה,²⁴⁶ ושבמסגרתו אינדיווידואלים ומוסדות פרטיים ישתמשו חד־צדדית בכללים פורמליים להצרת המרחב היצירתי ולהגבלת עסקאות חברתיות באמצעות שיח הייררכי.²⁴⁷ כאשר Jürgen Habermas טבע את המונח ideal speech situations²⁴⁸ הוא עמד על התחלואים האפשריים של מרחבי התקשורת המעצימים נרטיבים של סמכות ושליטה לעומת שיח, הכלה ודיאלוג. על פי חזונו, שיח אידאלי אפשרי כאשר "nobody can force his opinions upon anyone else, and cannot exclude somebody from the discussion, or prevent them raising problems or challenges".²⁴⁹ בעידן המידע שבו רבבות משתמשים נתבעים²⁵⁰ –

- with Content ID, 13 DUKE L. & TECH. REV. 66 (2015); Diane Leenheer Zimmerman, Copyright and Social Media: A Tale of Legislative Abdication, 35 PACE L. REV. 260 (2014).
- 243 תנועה זו, בהובלתו של Lawrence Lessig, כונתה בפי פישמן אפורי "התנועה לחופש התכנים". להרחבה ראו אורית פישמן אפורי "זכויות היוצרים בראי ההיסטוריה: יין ישן בכלי חדש" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 321 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). רישיונות Creative Commons מקנים ליוצר את הבחירה אם לוותר על זכויות היוצרים ולהעבירן במלואן לציבור, למשל באמצעות רישיון מסוג CC0 (ראו, CREATIVE COMMONS, CC0 1.0 Universal, <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>) או להותיר בידו היקף מסוים מאגד הזכויות למשל באמצעות רישיון המגביל את ציבור המשתמשים ליצור יצירה נגזרת או לשימוש מסחרי ביצירה. ראו LESSIG, REMIX, לעיל ה"ש 236, בעמ' 277–279.
- 244 ראו Molly Shaffer Van Houweling, *The New Servitudes*, 96 GEO. L.J. 885, 944 (2008).
- 245 Boyle, לעיל ה"ש 64, בעמ' 42–53.
- 246 Gilles Deleuze, *Postscript on the Societies of Control*, 59 OCTOBER 3, 4 (1992).
- 247 LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD* 267–268 (2002).
- 248 JÜRGEN HABERMAS, *Truth and Society: The Discursive Redemption of Factual Claims to Validity*, in ON THE PRAGMATICS OF SOCIAL INTERACTION: PRELIMINARY STUDIES IN THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION 85, 97–103 (Barbara Fultner trans., 2001).
- 249 ANDREW EDGAR, HABERMAS: THE KEY CONCEPTS 65 (2006).
- 250 Mark A. Lemley, *IP in a World Without Scarcity*, 90 N.Y.U.L. REV. 460, 483 (2015).

עידן שבו קהילת המשתמשים מוגדרת "אומה של מפרים",²⁵¹ ארכיטקטורות של שליטה מגבילות את האפשרות של הציבור ושל יחידים ליצור יצירות חדשות ולהשתתף בעיצוב משמעויות לביטויי יצירה קיימים.²⁵²

המשגתה של זכות היוצרים כעסקה חברתית מבקרת את מוטיב הבעלות הבלעדית בזכות יוצרים ומחייבת להכיר בתפקידו ובחשיבותו של המשתמש – האחר – בזירת היצירה הווירטואלית, אשר תורם באופן אקטיבי לתהליך היצירה. האחר איננו צופה פסיבי מבעד למרקע אלא משתתף פעיל אשר מניע יוצרים ליצור, מספק להם את חומרי הגלם ליצירה ומעניק לה משמעות.²⁵³ תהליך זה הוא במהותו שיתופי, ובכך הוא קורא תיגר על מושג הבעלות האינדיבידואלית.²⁵⁴ לפיכך משטרי זכויות היוצרים בעידן הווירטואלי נדרשים לעסוק לא רק בשאלת אכיפת הזכויות והנצחת האינטרסים של הבעלים, אלא ראשית כול בשאלה כיצד דינים אלה משפיעים על יכולתו של הציבור לגשת למשאבי הביטוי, להשתתף בעסקאות חברתיות ולאפשר ליחידים, ליוצר עצמו וליוצרים אחרים, ליצור יצירות חדשות ואף להטמיע באישיותם רכיבים חדשים שמקורם במידע הזמין.²⁵⁵

לגורמי ביניים בקהילות וירטואליות תפקיד גם בהנגשת מידע ובהגבלתו. קהילות וירטואליות משמשות זירות דיאלוגיות החיוניות לעיצוב השיח התרבותי. עם זאת כללי הדיאלוג והשיח במסגרת קהילות אלה אינם בהכרח נקבעים רק בדין אלא גם במוסדות פורמליים כגון פלטפורמות השיתוף ומפעילי האתרים. "גורמי ביניים"²⁵⁶ אלה אינם שחקנים פסיביים בשדה היצירה, אלא ביכולתם להגביל את המרחב הדיאלוגי של

251 JOHN TEHRANIAN, INFRINGEMENT NATION: COPYRIGHT 2.0 AND YOU (2011)

252 COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF, לעיל ה"ש 89, בעמ' 187, 217.

253 Vincent W. Hevern, *Dialogicality and the Internet*, in HANDBOOK OF DIALOGICAL SELF THEORY 185, 190 (Hubert J. M. Hermans & Thorsten Gieser eds., 2012) ("[Users] actively contribute to self-definition by posting messages, uploading visual and sound productions (to YouTube, Flickr, etc.), and engaging others in extended conversations in chat rooms or comment threads, and similarly active processes")

254 ראו למשל Jeremy Phillips, הטוען כי בסביבה הדיגיטלית לא ייתכן כי למוצרי מידע יהיה בעלים אחד שניתן לזיהוי. Jeremy Phillips, *Authorship, Ownership, Wikiship: Copyright in the 21st Century*, שניתן לזיהוי in RESEARCH HANDBOOK ON THE FUTURE OF EU COPYRIGHT 193, 203–204 (Estelle Derclaye ed., 2009)

255 החשיפה למידע וההשתתפות בדיאלוג בסביבה הווירטואלית הובילו לכך שמשתמשים נמצאים בתהליך מתמיד של בחינת אישיותם ושינוי מאפייניה. ראו Vincent W. Hevern, *Threaded Identity in Cyberspace: Weblogs and Positioning in the Dialogical Self*, 4 IDENTITY: INT'L J. THEORY & RES. 321 (2004). כן ראו Hevern, *Dialogicality and the Internet*, לעיל ה"ש 253, בעמ' 189. הפרט זקוק לחשיפה לתכנים אשר מסייעים לדיאלוג הפנימי ולדיאלוג החיצוני בינו לבין החברה, אשר במסגרתם הוא מפתח את עמדותיו ואת מבנה אישיותו. עמדו על כך Herman & Gieser: Hubert J.M. Hermans & Thorsten Gieser, *Introductory Chapter: History, Main Tenets and Core Concepts of Dialogical Self Theory*, in HANDBOOK OF DIALOGICAL SELF THEORY 1, 18 (Hubert J.M. Hermans & Thorsten Gieser eds., 2012)

256 ת"א (מחוזי מר') 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בעמ' נ' רוטר.נט בע"מ, פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.8.2011).

המשתמשים.²⁵⁷ על פסיקה הנדרשת לקביעת גבולות האחריות התורמת של גורמים אלה להפרות זכויות יוצרים שנעשות במסגרת אתרים בבעלותם להימנע ממתן שיקול דעת נרחב מדי ומהפקדת עיצוב מדיניות ההודעה וההסרה בידי מוסדות פורמליים, קרי מפעילי האתרים.²⁵⁸ אכן גורמי הביניים הם לעתים "מונע נזק טוב ויעיל" של הפרות,²⁵⁹ אך לעתים בדרכם אל נמל המבטחים הם עלולים לפגוע לא רק במפרים אלא גם במשתמשים תמימים אשר ביקשו להעשיר את השיח התרבותי ולהעניק ליצירות משמעותיות חדשות.²⁶⁰ כך למשל בעניין א.ל.י.ס. בית המשפט עמד על חשיבותן של קהילות וירטואליות "פתוחות" שאינן כפופות לצנזורה,²⁶¹ אך נמנע מלהניח כללים ברורים באשר לחובה לבחון אם היצירה המפרה לכאורה היא שימוש הוגן – וסנקצייה הולמת אם תוכן לגיטימי מוסר.²⁶² לפיכך הוא צייד את גורמי הביניים בהגנה המאפשרת צנזורה אינטרנטית וכונן רובד נוסף בארכיטקטורת השליטה על מוצרי מידע. חשש נוסף העולה ממגמה זו הוא העובדה שמעטים המשתמשים אשר בוחרים להתעמת עם הודעת ההסרה גם אם התוכן שהעלו הוא

257 אתרי שיתוף של תוכן דיגיטלי מעניקים לעתים לעצמם שיקול דעת נרחב, החורג מהמותר בדין, להסיר ולהגביל תוכן של יוצרים הנעזרים בשירותיהם לשתף את יצירותיהם. בדרך זו הם יוצרים הגבלות על המרחב הדיאלוגי ועל השיח היצירתי. ראו למשל את תנאי השימוש של YouTube, בס' 7.7 ו-7.8. <http://www.YouTube.com/static?template=terms> (June 9, 2010). *Terms of Service*, YOUTUBE. ראו גם עניין *Lenz*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1139. במסגרת הדיון בערכאה הדיונית בית המשפט קמא עמד על הנזק העצום שנגרם לנחלת הכלל כאשר תוכן בלתי מפר מוסר: "[T]he unnecessary removal of non-infringing material causes significant injury to the public where time-sensitive or controversial subjects are involved and the counter-notification remedy does not sufficiently address these harms". *Lenz v. Universal Music Corp.*, 572 F.Supp. 2d 1150, 1155 (N.D. Cal. 2008).

258 סוגיה זו נדונה בדין הישראלי בין היתר בעניין א.ל.י.ס., לעיל ה"ש 256, פס' 44–58 לפסק הדין.

259 שם, פס' 18 לפסק הדין.

260 ראו למשל את הסיפורים המובאים ב-"Takedown Hall of Shame" של ארגון ה-E.F.F. (The Electronic Frontier Foundation), ובהם סיפורו של ערוץ ה-"LiberalViewer" YouTube, העוסק בביקורת פוליטית על גופי תקשורת שונים ומבקר כבשגרה את חדשות Fox. במסגרת הביקורת על האופן שבו ערוץ החדשות ערך את נאומו של המתמודד לנשיאות דאז ברק אובמה הובא גם קטע של 34 שניות משירו של Stevie Wonder "Signed, Sealed, Delivered I'm Yours", אשר הקמפיין של אובמה נהג להשתמש בו. בעקבות שימוש במערכת Content ID (ראו את הדיון לעיל ליד ה"ש 242), Universal Music Group הגישו בקשה להסיר את התוכן שהפר לכאורה זכויות יוצרים והסרטון הלגיטימי הוסר על ידי YouTube. ראו *Takedown Hall of Shame*, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, <https://www.eff.org/takedowns>. תופעת השימוש לרעה במנגנונים האלה החמירה עד כדי כך שלאחרונה ארגון ה-E.F.F. החל לגבש את הערותיו עבור משרד זכויות היוצרים האמריקאי בדבר תופעת ה-"Takedown Abuse", ראו *Call For Stories: User Uploads and Takedown Abuse*, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, <https://www.eff.org/deeplinks/2016/02/call-stories-user-uploads-and-takedown-abuse>.

261 עניין א.ל.י.ס., לעיל ה"ש 256, פס' 46 לפסק הדין. כן ראו את הדיון בפס' 51 לפסק הדין.

262 במובן זה ייבא בית המשפט חלקית בלבד את הוראות ה-D.M.C.A., ראו שם, פס' 53 לפסק הדין. ראו הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע"א–2011, פ/3418/18, כן ראו את הגרסה הקודמת של הצעה זו, הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008, ה"ח הממשלה 322.

לגיטימי.²⁶³ יישומו של מודל העסקה החברתית מחייב שמירה על המרחב הדיאלוגי ומקומו של האחר בזירה הווירטואלית בעמידה על זכויותיו באופן המרתיע מפני הסרה שרירותית של תוכן ומונע אותה. ייתכן שהדבר מחייב את המחוקק ואת בתי המשפט דווקא לקבוע הסדרים ברורים ובהירים לבעלי האתרים על מנת להימנע משרירותיות בהסרת המידע. כפי שהטכנולוגיה אינה עוצרת, כך גם אתגרי הזירה הווירטואלית ממשיכים להזמין אתגרים חדשים. האם המשפט אמור להמשיך וליצור חסמי גישה בשל הקדמה הטכנולוגית? אחד הדברים המשותפים לאתגרים אלה הוא הצורך לווסת בעלות ביצירות שהן מטבען נכסים ציבוריים. דיני הקניין הרוחני נועדו ליצור מחסור מלאכותי בנכסים לא מוחשיים מאחר שבהיעדרו של מחסור תיפגענה תכליות היצירה: כל אחד יוכל להשתמש ביצירה הרוחנית בכל עת, ולא יהיו תמריצים לעידוד היצירה. דיני זכויות יוצרים מגבילים את השימוש וההפצה של יצירות על מנת לשמר את תכליות הדוקטרינה. מגבלות אלה יוצרות מחסור מלאכותי.²⁶⁴ האינטרנט המשיך ושינה את מצב הדברים באמצעות דמוקרטיזציה של מערכות הפצת תוכן שבזכותן מוצרי תרבות ומידע כבר אינם נדירים כפי שהם היו בעידן האנלוגי.²⁶⁵ עם זאת, אתגרי האינטרנט, ואומר זאת בזהירות הראויה, כבר מוכרים למשפט, בניגוד לאתגר המחסור המלאכותי בעידן ה־"post-scarcity". בעידן הנוכחי המידע הופך זמין, נגיש ושמיש עוד יותר ובאמצעים טכנולוגיים חדשים אשר המשפט עדיין לא יודע כיצד לווסת, כגון הדפסת תלת־ממד.²⁶⁶ ניכר כי כפי שהיה עד כה, גם בעידן המתפתח יידרשו דיני קניין הרוחני ליצור מנגנוני הרתעה וחסימה שימנעו את קלות הגישה של הציבור למידע. הפיכת המידע לנגיש עוד יותר כמובן מחייבת את המשפט במציאת פתרונות, אולם אל לה לזו ליצור חסמים לא מוגבלים על המרחב הדיאלוגי שבו נרקמות עסקאות חברתיות שנחוצות להתפתחותן של אותן יצירות שהדינים מבקשים להגן עליהן. בנימה זו Lemley ציין לאחרונה כי עלינו להימנע מהנטייה להרחיב את דיני הקניין הרוחני על מנת להתמודד במסגרתם עם כל אתגר אשר הטכנולוגיה מציבה בפתחנו.²⁶⁷ אחד החששות המרכזיים שהובעו בספרות הוא שהציבור יהפוך מורגל למערכות של שליטה, ויתרונות הנגישות למידע יוחלפו במנגנוני בקרה נוקשים.²⁶⁸ מגמה זה עלולה להעמיק את הפער בין יוצרים למשתמשים בדיני זכויות היוצרים, להגביל את אתרי הדיאלוג אשר מאפשרים את שיתוף הפעולה בין יוצרים לציבור ובכך לפגום בתהליכי היצירה של יצירות חדשות ובאיכותן.

263 עמדה על כך השופטת אגמון-גונן בעניין מחוזי Premier League, לעיל ה"ש 18, פס' 4 לפסק הדין, בהתייחסה לעניין Lenz: "מרבית האנשים, לו היו מקבלים הודעת הסרה היו חוששים, כמו סטפני לנו, ולא עושים דבר. זוהי דוגמה מוחשית של האפקט המצנן".

264 כפי שציין HARRIS, לעיל ה"ש 20, בעמ' 46: "society's laws have been extended to include those trespassory rules which create artificial scarcity in unpublished and published ideas".
265 Lemley, *IP in a World Without Scarcity*, לעיל ה"ש 250, בעמ' 470, כן ראו את שם, הדיון בעמ' 471–469.

266 James Grimmelman, *Indistinguishable from Magic: A Wizard's Guide to Copyright 3D Printing*, 71 WASH. & LEE L. REV. 683, 696 (2014).

267 Lemley, *IP in a World Without Scarcity*, לעיל ה"ש 250, בעמ' 507.

268 COHEN, *CONFIGURING THE NETWORKED SELF*, לעיל ה"ש 89, בעמ' 202.

2. הזירה הפרודית

הפרודיה מגלמת את מודל העסקה החברתית במלוא תפארתו. היא נוצרת בעקבות עסקה חברתית, היא מייצרת עסקאות חברתיות נוספות בעקבותיה, והיא מגבילה את יכולתם של בעלי הזכות לשלוט באינטראקציות התקשורתיות ולהתוות את הגבולות הפורמליים לשימוש ביצירה. הפרודיה מגלמת מבנה דיאלוגי ייחודי, מוקד של קרניבליות שבחטין הגדרין: "festive liberation of laughter".²⁶⁹ הפרודיה היא תקשורת המבטאת ביקורת ומשקפת היבטים מדמותה של החברה, את הצורך בהומור ובביטוי החופשי ממוסרות הפורמליות והרשמיות – תקשורת החותרת תחת שליטת המחבר ותחת כוחם ההגמוני של הבעלים כדי להעשיר את המגוון התרבותי ולבסס בחברה קהילות שהשיח בתוכן מזמין משמעויות ופרשנויות חדשות.²⁷⁰ ייחודה של הפרודיה נובע מכך שהיא בהכרח נסמכת על יצירתו של אחר ותלויה בה, היא משנה ומעצבת מחדש את תפיסתו של היוצר המקורי בדבר היצירה,²⁷¹ אך בה בעת היא משמרת דיאלוג מתמיד עם תפיסתו. היא מגלמת חזרתיות, אך גם כוללת שונות וביקורת.²⁷² מאפיינים אלה משקפים את מקומו של האחר בתהליך יצירתה של הפרודיה, הנשען על יחסים דיאלוגיים אינטנסיביים בין היוצר המקורי ליוצר הפרודיה ולנמעני היצירה – הקהל. יוצר הפרודיה נסמך על האחר האידיווידואלי, הוא יוצר היצירה המקורית, כדי ליצור יצירה המקדמת את האינטרס הציבורי, ועל היכרותו של האחר הקולקטיבי, הוא הקהל, עם היצירה המקורית, וכך ביכולתו להבין את היצירה הפרודית, להכיר בערכה, להגיב לה ולתקשר עם מסריה. מכיוון שהיכרות ודיאלוג עם היצירה המקורית הם חיוניים, הפרודיה בהגדרתה נדרשת להשתמש בלב-לבה של היצירה.²⁷³ כך יוצרת הפרודיה מרחב אשר במסגרתו קיים חופש יצירתי שאיננו תלוי בנגישותם של ביטויים לא מוגנים (כמו רעיונות ועובדות) ואף מתירה שימוש בחלקים מוגנים ביצירות. במובן זה

269 BAKHTIN, RABELAIS, לעיל ה"ש 213, בעמ' 89.

270 David Tan, *The Transformative Potential of Countercultural Recoding in Copyright Law: A Study of Superheroes and Fair Use*, in DIVERSITY IN INTELLECTUAL PROPERTY: IDENTITIES, INTERESTS, AND INTERSECTIONS 403 (Irene Calboli & Srividhya Ragavan eds., 2015).

271 Jeanne C. Fromer, *An Information Theory of Copyright Law*, 64 EMORY L.J. 71, 116 (2014) ראו כי "parody borrows expression that is valuable in and of itself and confers on that expression new meanings, frequently and deliberately muddying the original author's viewpoint". מעמדה החברתי החשוב של הפרודיה בדין האמריקאי הוכר בבית המשפט העליון בעניין *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994). במקרה זה ציין בית המשפט את חשיבות הפרודיה כצורת תקשורת חברתית אשר ניצבת בלב-לבה של הגנת השימוש ההוגן. בית המשפט חזר על חשיבות הפרודיה בעניין *SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1270 (11th Cir. 2001).

272 LINDA HUTCHEON, *A THEORY OF PARODY: THE TEACHINGS OF TWENTIETH-CENTURY ART FORMS* 6 (1985).

273 כפי שבית המשפט ציין בעניין *Campbell*, לעיל ה"ש 271, בעמ' 588: "What makes for this recognition is quotation of the original's most distinctive or memorable features, which the parodist can be sure the audience will know".

היוצר הפרודי הוא משתמש פרזיטי מחד ויוצר מקורי מאידך²⁷⁴ – הוא עורך שימוש בחלק הארי של הביטוי המקורי,²⁷⁵ אך הוא מספק לקהל משמעות אשר היצירה המקורית לא התכוונה או יכלה להעניק לו.

אף שפרודיה נתפסת כביטוי חופשי, ביקורתי והומוריסטי, היא איננה קרנבל ללא גבולות.²⁷⁶ במסגרת עיצוב גבולותיה של הזכות ליצור פרודיה בתי המשפט נדרשים לשים לב למהותה של הפרודיה כצורת ביטוי שמטרתה לתמוך בדיאלוג חופשי – כמוקד של ביקורת, צחוק וכאוס יצירתי. כשבחטין דן בפרודיה של ימי הביניים, הוא רתם את מושג הקרנבל על מנת להדגים כיצד נרטיב של לעג פוליטי יכול לשרוד בעידן שהתאפיין בהגמוניית דת ומדינה, מוקד שבו הליצן והכסיל יכולים ללעוג למדינה ולכנסייה וליצור מרחב הנפרד מהמרחב הרשמי.²⁷⁷ אז מתן הלגיטימציה החוקית ללעג היה במשורה, במוקדי זמן ובמקום מוגבלים, במסגרתם של משתים וסעודות רשמיות שבהם המגבלות הוסרו, הצחוק שלט, והמשתתפים לא נדרשו לחשוש מאיומים ומהגבלות.²⁷⁸ לפי בחטין הפרודיה חורגת מאמצעי להבעת ביקורת – היא מגלמת את הממד הדיאלוגי של האמנות והיצירה החופשית. הפרודיה והצחוק אינם דוחים מעליהם את הרשמי והרציני אלא משלימים אותם – הם מחלצים אותם מדוגמטיות, פנטיות ונאיביות, מהמשמעות היחידה.²⁷⁹ הפרודיה מאפשרת לתרבות להתפתח ולהפוך לקרקע פורייה לתהליכים דינמיים של טרנספורמציה ויצירת משמעות.²⁸⁰

אף שבתי המשפט היום נכונים יותר מבעבר להכיר בפרודיה כצורת ביטוי אשר חוסה בהגנת השימוש ההוגן,²⁸¹ הרחבת זכויותיהם של בעלי קניין רוחני עודנה ניצבת כנגד מגמה

Abraham Drassinower, *A Note on Incentives, Rights, and the Public Domain in Copyright* 274 *Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 1869, 1884 (2011). על פי Drassinower, לגיטימיות השימוש בהגנת השימוש ההוגן למטרות הביקורת נובעת מכך שהיוצר אינו רק חוזר על היצירה המקורית באופן פרזיטי, אלא בעשותו כן הוא מגיב ליצירה המקורית.

Michael Spence, *Intellectual Property and the Problem of Parody*, 114 L.Q. REV. 594, 607 (1998).

276 חשוב לציין שקיים צורך לתחום את גבולות ההגדרה של מושג הפרודיה, שאם לא כן התוצאה תהא תרבות של חקיינות חסרת שליטה שדרכה עלולה הפרת זכות היוצרים לקבל מעמד של שימוש הוגן. ראו Anqui Hu, *Copycatting Culture Study: A Perspective of Bakhtin's Carnival Theory*, 7 J. CAMBRIDGE STUD. 120 (2012); Barton Beebe, *Shanzhai, Sumptuary Law, and Intellectual Property Law in Contemporary China*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 849, 873 (2014).

בית המשפט האירופי עסק לאחרונה בשאלת גבולותיה של הגדרת הפרודיה בעניין Case C-201/13, *Deckmyn v. Vandersteene*, 2014 EUR-Lex CELEX WESTLAW 613CJ0201 (Sept. 3, 2014). במקרה זה ציין בית המשפט שפרודיה אינה הגדרה חסרת גבולות, וניתן להגבילה במקום שבו למשל יש מסר שעלול להיתפס כמפלה קבוצה מסוימת באוכלוסייה, שלבעלי היצירה המקורית אינטרס לגיטימי למנוע שיוך למסר זה (שם, פס' 29 לפסק הדין).

277 BAKHTIN, RABELAIS, לעיל ה"ש 213, בעמ' 120, 123.

278 שם, בעמ' 90.

279 שם, בעמ' 123.

280 Coombe, *Objects of Property*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1877.

281 ראו למשל בדין האמריקאי, בעידן שלאחר *Campbell*, לעיל ה"ש 271, Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *Parody as Brand*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 473 (2013).

282. ביצור מוסד הבעלות והרחבת זכות היוצרים מרפה את ידיהם של המבקשים להסתמך על יצירות קודמות ומתכחש לנטייה האנושית להגיב לסיפורים דווקא בהכנסת שינויים בהם והצגתם מחדש.²⁸³ הוא גורם שהרשמי מונצח כל העת מחדש באמצעות דינים המצרים את הגנת השימוש ההוגן ואת הגישה החופשית לתכנים יצירתיים. מכיוון שדיני זכויות היוצרים כוללים במסגרתם מושגים עמומים כגון הוגנות בשימושים או ההבחנה בין ביטוי לרעיון, בהיעדר הנחיות ברורות באשר להיקף הגנת הפרודיה נוצרת תרבות של משתמשים החוששים מתביעה ומסנקצייה, ולכן מעדיפים שלא ליצור פרודיה או להשתמש ביצירות קיימות. זוהי תרבות אשר פועלת לריצוי בעלי הזכויות המבקשים למגר שימושים מותרים המכוונים כלפי קניינים הרוחני. פסיקה אשר אינה פורצת ומגמישה את גבולות המותר ליצירות של ביקורת מגבילה את התפתחות המשמעות והחוויית התקשורתיות מסרבת לראות בפרודיה חלק טבעי ורצוי מהשיח החברתי. הפרודיות הן ביטויים שערכם חשוב לחברה המודרנית. בחטין הדגיש את חשיבותם של אלמנטים קומיים אשר נזנחו או נעלמו מעיניהן של ביקורות פורמליסטיות.²⁸⁴ הפרודיה משקפת את הממד אשר במסגרתו החוויה הקרנבלית האותנטית מתקיימת, ולפיכך השפעתה התרבותית והחברתית היא נרחבת.²⁸⁵ כאשר הפרודיות הופכות להיות קולו של הרשמי באמצעות המגבלות הנכפות עליהן ועל המשתמשים המבקשים להגיב ולתקשר באמצעותן – מסגרות רשמיות קובעות את אופן ההתפתחות של המשמעות. במילים אחרות, אי אפשר להפקיד את המשמעות בידיהם של מוקדי כוח תאגידי או פוליטי, מכיוון ששליטה מעין זו תוביל לחנק תרבותי.²⁸⁶

פרשת גבע תומכת בטענה זו²⁸⁷ ומדגימה כיצד ביכולתו של מודל העסקה החברתית להשפיע על התוצר הפרשני.²⁸⁸ פרשת גבע עוסקת באיור של דונלד דאק שבו ביקש המאיר להשתמש בספרו "ספר הברווז". "וולט דיסני" טענה כי יש בכך הפרה של זכות היוצרים בדמותו של דונלד דאק, ולשם כך ביקשה ואף קיבלה צו האוסר על הוצאתו לאור של ספרו של גבע. "וולט דיסני" ביקשה בלשונו של בירנהק "לשמר את המשמעות הקיימת של הברווז", ואילו גבע ביקש "ליצוק משמעות חדשה בברווז ההוליוודי".²⁸⁹ באחת מטענותיו

William McGeeveran, *The Imaginary Trademark Parody Crisis (and the Real One)*, 90 WASH. L. REV. 713, 714 (2015).

283 עמדה על כך Tushnet: "Expansive rights conflict with the human propensity to respond to stories by altering and retelling them" Rebecca Tushnet, *The Romantic Author and the Romance Writer: Resisting Gendered Concepts of Creativity*, in DIVERSITY IN INTELLECTUAL PROPERTY: IDENTITIES, INTERESTS, AND INTERSECTIONS 294, 302 (Irene Calboli & Srividhya Ragavan eds., 2015).

284 MARGARET A. ROSE, PARODY: ANCIENT, MODERN AND POST-MODERN 169 (1993).

285 Denisov ציין כי הפרודיות פורצות תבניות חשיבה מסורתיות ומעודדות תהליכים יצירתיים נוספים. ראו Andrey V. Denisov, *The Parody Principle in Musical Art*, 46 INT'L REV. AESTHETICS & SOC. OF MUSIC 55, 69 (2015). ראו גם עניין Campbell, לעיל ה"ש 271, בעמ' 579.

286 Johnson, לעיל ה"ש 211, בעמ' 457.

287 עניין גבע, לעיל ה"ש 141.

288 בעניין זה היה בית המשפט נכון להכיר בטענות ערכיים וחברתיים בדבר חשיבות החשיפה לתרבות, אך נמנע מליתן לטענות אלה ביטוי מעשי בהכרעתו. ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 296.

289 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 100.

טען גבע שדמותו של דונלד דאק "הפכה במשך הזמן לסמל תרבותי מוכר וידוע ולחלק מן המציאות המקיפה אותנו, כך שבמובן זה היא נחלת הכלל. מדובר אם כן בסימן מוסכם, הנושא משמעות מוגדרת בלשון התרבותית המשותפת לכלל בני האדם המשכילים, החיים בתרבות המערבית, ועל-כן הוא חלק מהשפה התרבותית המשמשת בני אדם בתקשורת שביניהם".²⁹⁰ לפיכך לטענתו יהא זה שימוש הוגן לאפשר לציבור המאירים להשתמש ביצירה המדוברת. ברגע שדמות נמצאת במרחב ציבורי זמן רב ומקבלת משמעות ציבורית בסיסית, היא הופכת לחלק מהשפה התרבותית – כמעין סימן מסחר שאיבד את הגנתו מאחר שהפך להיות גנרי.²⁹¹ דמות הברווז של גבע, מובי דאק, דמתה בפרטיה הגרפיים לדונלד דאק, ונוספו לה כובע טמבל ותלתל;²⁹² היא ביקשה להשתמש בדונלד דאק שימוש פרודי ולהאירו "באופן מפתיע ובלתי צפוי [ה]חושף בה רבדים סמויים", "להציג דמות או דימוי תרבותי הקשור בה באורח פארודי, החושף את צדיה הנסתרים והמגוחכים".²⁹³

מובי דאק הוא תוצר של עסקאות חברתיות, הוא מוקד של קרניבליזם המנער את המשמעות הרשמית מהברווז של "וולט דיסני" ומתכחש לאפשרות שסמכות דומיננטית (תאגידית) אחת תשלוט בשיח התרבותי על היצירה; הוא מגלם, בדומה למקרה בארבי,²⁹⁴ דיאלוג אותנטי אשר במסגרתו משמעותו של דונלד דאק מושפעת מנוכחותו הדינמית של האחר. גבע ביקש, באמצעות "שפתו האמנותית",²⁹⁵ לחלץ את היצירה מדוגמטיות באמצעות חשיפת המסרים החבויים שבה. על אף האמור נמנע בית המשפט מלהעריך את החיוניות התרבותית ביצירתו של גבע, הוא פסל טיעונים אלו בשל היותם חלשים והעדיף לקבע את מעמדו של התאגיד היוצר ואת זכותו הבלעדית לקבוע את עתידה של היצירה.²⁹⁶ יישומו של מודל העסקה החברתית היה מאפשר לעמוד על ערכה הדיאלוגי של יצירתו של גבע, ובכך להכיר באופייה הפרודי. יישום המודל מאפשר לעמוד על תרומתו של הציבור ושל האחר לעיצוב משמעות הסמל התרבותי בסוגיה זו – דמות הברווז דונלד דאק – ובכך להצדיק את הגנת השימוש ההוגן. על פי מודל זה, היצירה מגלמת תוצר של עסקאות חברתיות מורכבות שאלמלא הן ואלמלא הדיאלוג בין יוצר הדמות המקורית לציבור לא הייתה היצירה מגיעה לכדי ממשות או למעמדה הנוכחי. תפיסה זו איננה מאפשרת להכתיר את היוצר כהגמון אשר ביכולתו לשלוט במשמעות מכיוון שמלכתחילה ריבוי משמעויות

290 עניין גבע, לעיל ה"ש 41, בעמ' 260.

291 בנימה דומה התייחס Jeremy Waldron לדמותו של מיקי מאוס, בטענתו כי מרגע שזו פורסמה ויצאה למרחב הציבורי היא הפכה להיות חלק מחיינו ומאישיותנו. ראו Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI-KENT L. REV. 841, 883 (1993).

292 עניין גבע, לעיל ה"ש 141, בעמ' 256.

293 שם, בעמ' 272.

294 עניין Mattel, לעיל ה"ש 130.

295 בלשונו של גבע, באמצעות התלתל וכובע הטמבל הוא "דבר בשפתו האמנותית; דבר המובן ומוכר מיד לצרכן תרבות מן השורה, שאיננו נזקק להסברים נוספים בדבר המסר המועבר בצירוף זה" (עניין גבע, לעיל ה"ש 141, בעמ' 261).

296 שם, בעמ' 283.

שמקורן ציבורי הוא שאפשר את הולדתה של היצירה,²⁹⁷ והיצירה בהגדרתה מופנית לאחר שהוא שותף פעיל בקביעת עתידה.²⁹⁸ כלומר, הבעלים אינו יכול לשלוט על המשמעות מכיוון שהוא מעולם לא היה היוצר הבלעדי שלה. שותפים לו הציבור בכללותו ויוצרים אחרים, ומכאן מקומם בקביעת עתידה התרבותי של היצירה. כך דמותו של דונלד דאק לא נוצרה משיחה פשוטה ואף לא מתקדמת כהגדרתם של דה קווינסי והזליט, אלא מעצם קיומו של מרחב דיאלוגי אותנטי המאפשר השראה, התבוננות ודיאלוג עם ציבור השומע ומזין את התפתחות הדמות ואת מעמדה התרבותי. אותו מרחב, ועמו ריבוי המשמעויות שהוא מאפשר, כפי שמתאר אותו בחטין, הוא המקור לעצם היתכנותה של היצירה.

עם זאת כאמור, בית המשפט הפקיד את מלאכת עיצוב המשמעות בידיה הבלעדיות של "וולט דיסני"; במשטר זכויות יוצרים מעין זה, שבו הרשמי קובע את משמעותה ואת היקפה של הביקורת המותרת, האפשרות לכוון עסקאות חברתיות החיוניות ליצירה האמנותית פוחתת. לפיכך יצירות תתקשינה להניב את הערך החברתי הצפוי מהן ותיכשנה במשימת קידום האינטרס הציבורי. משטר זכויות יוצרים מעין זה יקדם יצירות אשר דומות במהותן לצורות תקשורת ברמה נמוכה, המתאפיינות בסגירות ובסופיות. הגבלת היכולת להגיב ליצירות תגרום שבמקום דיאלוג פתוח עם האחר, יהפוך המרחב היצירתי הקולקטיבי לאזור שאת כלליו קובעת סמכות רשמית ובלבדית השולטת במשמעות.

ה. סיכום

עסקאות חברתיות ודיאלוגיות הן אבני הבניין של תהליך היצירה. הן מקדמות את התהליך בשלב החשיבה הבסיסי וממשיכות אותו דרך חשיפתו וקבלת משמעותו במרחב הציבורי. נוסחו של חוק זכות יוצרים מאפשר לבתי המשפט קריאה תכליתית מגוונת יותר של זכות היוצר ושל איזונה עם האינטרס הציבורי. לדוגמה, פתיחת הרשימה הסגורה של השימושים המותרים²⁹⁹ רואה בציבור חלק אינטגרלי מדוקטרינת זכות היוצרים ומכירה בכך שתכלית עידוד היצירה היא לגרום לגישה רחבה יותר לידע. במעבר מרשימה סגורה לרשימה פתוחה

297 לדוגמה נוספת ראו עניין חסמב"ה, לעיל ה"ש 129. ראו גם שפרה האפרתי "חופש הביטוי בגוף ראשון – חסמב"ה ותעלומת חופש הביטוי" שקט מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 355, 359 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

298 ראו את הדיון לעיל בפרק ג: הגישה המוצעת: הדיאלוג, האחר והעסקה החברתית.

299 ס' 19(א) לחוק. אכן, דברי ההסבר להצעת החוק מציינים כי פתיחת רשימת השימושים המותרים באה לאפשר גמישות בפירוש הזכות, שמטרתה לפתור את ה"קושי [ה]מעשי" שנוצר על ידי הפסיקה אשר התקשתה להכיל כהלכה את ה"רבגוניות" המאפיינת את "השימושים הרצויים שניתן לעשות ביצירות" (דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1125). יהושע ויסמן מציג את פתיחת הרשימה, המזוהה כשינוי החשוב ביותר בחוק, כביטוי מובהק להדגשת האינטרס הציבורי (יהושע ויסמן "קריאה השוואתית: מאפיינים של חוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007" יוצרים זכויות, לעיל ה"ש 18, 69, בעמ' 80). מהלך דומה של מעבר מרשימה סגורה לפתוחה נעשה גם באוסטרליה. לדיון בסוגיה זו ראו Emily Hudson, *Implementing Fair Use in Copyright Law: Lessons from Australia*, 25 INTEL. PROP. J. 201 (2013). השוו סעיף 5 ל- Directive 2001/29/EC, of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, 2001 O.J. (L 167) 10, 16–17.

חבוי ביטוי להבנת מערכת היחסים בין היוצר לציבור כעסקה חברתית בעלת שני קצוות מנוגדים אולם בעלי מעמד כמעט זהה. עם זאת מעיון בהתפתחויות בתחום זכות היוצרים בישראל, ניכר שבעלי הזכויות זוכים למעמד אשר פוגע ביכולת קהל המשתמשים לגשת ליצירות מוגנות, לשמר את תחזוקתן של עסקאות חברתיות ואת הדיאלוג הציבורי המזין את תהליכי היצירה ולהשתתף באלה. מצב זה מביא לכך שהעסקה החברתית וחירויות היצירה הפכו יותר ויותר לשדה של נחלות פרטיות. דוקטרינת זכות היוצרים נועדה להגשמת אינטרס רחב מזה, "הוא עניינו של הציבור בקיומה של יצירה אשר תעשיר – כמו במקרה של יצירה מוסיקלית – את תרבותו".³⁰⁰ נדרשת אפוא בחינה חדשה של מרחב הזכויות של היוצר תוך הזמנת שיקולים ערכיים מגישות שונות לזכות. במילים אחרות, נדרש חיפוש מתמיד אחר המענה לשאלה שהציב מישל פוקו: "how the author became individualized in a culture like ours".³⁰¹ בהבנת זכות היוצרים כעסקה חברתית יש כדי לענות על שאלה זו מענה שמשאיר את הציבור מרכזי בהבניית עתידה של דוקטרינת זכות היוצרים ומניעת מצב שבחגיגות העשור לחוק נחזור ונטען ש"המעטפת הערכית אשר חובקת את דיני זכויות יוצרים נותרה כפי שהייתה".³⁰²

התפתחות המושג "זכות יוצרים" תלויה בשימוש של בית המשפט במקורות העיוניים המצדיקים את זכות היוצרים ומגבלותיה. מנחם מאוטנר כתב לאחרונה כי "אין בנמצא הגדרה או תפיסה מקובלת אחת של המושג [תרבות]".³⁰³ כך גם נכון באשר למושג "זכות יוצרים". ציבור היוצרים וציבור המשתמשים יגדירו את הזכות אחרת. אולם אם חנוך דגן, שאתו אני מסכים, צודק בכך שהחוק החדש מאפשר לשנות את כיוון השאלה מ"האם זכות יוצרים היא זכות קניינית?" לשאלה אם זכות יוצרים, כקניינית, מקדמת ערכים שונים "כגון רווחה מצרפית, אחריות קהילתית וצדק חלוקתי",³⁰⁴ עדיין ניתן לצפות מבית המשפט, או להזמינו, ליישם כראוי את מרחב התמרון הפרשני שהחוק החדש מאפשר לו. ציפייה זו, כך ניכר מפסיקה עכשווית, לא העלתה את התוצאות הרצויות עד כה.

300 עניין אקור"ם, לעיל ה"ש 141, בעמ' 630.

301 Michel Foucault, *What is an Author?*, in THE FOUCAULT READER 101, 101 (Paul Rabinow ed., Josué V. Harari trans., 1984) SEÁN BURKE, THE DEATH AND RETURN OF THE AUTHOR: CRITICISM AND SUBJECTIVITY IN BARTHES, FOUCAULT AND DERRIDA 93 (2nd ed. Zemer, *The Copyright Moment*; 1998); לעיל ה"ש 232; בירנהק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 124–125.

302 גיא פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית-המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר 'עידן המידע'" **עלי משפט** ב 297, 298 (2002).

303 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 11 (מסדרת פרשנות ותרבות, אבי שגיא עורך, התשס"ח).

304 דגן "המוסד הקנייני המתחדש", לעיל ה"ש 39, בעמ' 41.