© משפט ועסקים כד, תשפ״א
(צפוי להתפרסם ב־2021), 165–222

קהילות מקוונות – המרחב ההטרוטופי בדיני זכויות יוצרים

שגיא לפיד*

עלייתן ופריחתן של קהילות מקוונות (רשתות חברתיות ומַסָדוֹת (פלטפורמות) לשיתוף תכנים) שינו היבטים רבים בסביבת חיינו. בעוד שבעבר הייתה יכולתו של אדם להביא את יצירתו האישית לידי ביטוי המוני תלויה בבעלי עניין וכוח, עידן הקהילות המקוונות פרץ את חומות ההגמוניה, ואִפשר כמעט לכל אדם להחדיר את ביטויו העצמי לתוך מרחבי יצירה שיתופיים. תמורות חיוביות אלה הציבו את עולם דיני זכויות היוצרים – התיאורטי והדוקטרינרי – בפני אתגרים רבים. על רקע תמורות אלה ביקש הדיון התיאורטי בעשורים האחרונים להוביל לשינוי תפיסת ההפעלה הדוקטרינרית בדיני זכויות היוצרים, שעודנה מקדמת תפיסות בדבר ״שרירות בעלים״ של היוצר ביצירתו, תוך הפחתה עקבית במעמדם של משתמשים, יוצרים עתידיים והציבור הרחב. מאמר זה מבקש להיבנות מכתיבה תיאורטית מרובת שנים זו על סביבת היוצר, ולתרום לה.

לעיתים קרובות המרחבים שהפעילות היצירתית מתרחשת בהם נתפסים בדין הדוקטרינרי ובספרות התיאורטית כמובנים מאליהם, משל היו בעלי

---

* עורך דין; בוגר תואר ראשון במשפטים (LL.B.) (בהצטיינות יתרה) ותואר ראשון בממשל (B.A.) (בהצטיינות יתרה); מוסמך במשפטים (LL.M.) עם התמחות במשפט עסקי (בהצטיינות יתרה), המרכז הבינתחומי הרצליה. מאמר זה מבוסס בחלקו על עבודת גמר מחקרית לתואר מוסמך במשפטים (תזה), שנכתבה בהנחייתו של פרופ׳ ליאור זמר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות (לפי סדר אלפביתי) לעו״ד טל איטקין, לד״ר אביב גאון, לפרופ׳ גיא זיידמן, לפרופ׳ שלומית יניסקי־רביד ולפרופ׳ מרים מרקוביץ־ביטון על ביקורות מצוינות לטיוטות מוקדמות של המאמר, שסייעו לי רבות בשיפור הרעיון המובא במסגרתו; למערכת כתב העת **משפט ועסקים** – לסגן העורך הראשי עו״ד שחר פרידמן ולעורכות גל אגמון, נעה זקצר, אוריה ניב ורותם תמיר – ולקורא האנונימי על הארות ביקורתיות חשובות ועל עבודת עריכה יסודית; וכן לעורך הלשוני גיא פרמינגר על עבודת עריכה מצוינת ששיפרה רבות את אופן הצגת המסרים המובאים במאמר. תודה מיוחדת ועיקרית מסורה למורי פרופ׳ **ליאור זמר**, שהשפיע רבות על מחשבתי ותפיסתי ביחס לעולם דיני זכויות היוצרים בשיחות רבות ומשמעותיות, בהכוונה טובה ובסובלנות אין־קץ. בלעדי כל אלה – לא היה מאמר זה רואה אור.
מאמר ביכורים זה מוקדש להוריי ולאחותי, באהבה.

מאפיינים תבניתיים וחוזרים אשר יכולים תמיד להילכד ברשתו של החוק החרות. הטענה המובאת במאמר זה היא כי מאפייניהם הייחודיים של מרחבי הקהילות המקוונות מחייבים – לפני חקירה בדבר מיהות היוצר או זהות היצירה – חשיבה עיונית מחודשת בדבר התפיסה המגדירה את מרחבי היצירה המתקיימים בהם. זאת, מתוך ההנחה שלפיה הזירה התיאורטית מחויבת, מכורח המציאות המשתנה, להתאים את תפיסותיה על מנת להישאר רלוונטית כבסיס הצדקתי לקיומה של מערכת דיני זכויות היוצרים. מאמר זה מציע חשיבה מארגנת והזמנה לשיח מחודש על אודות מרחבי היצירה הקיימים בקהילות המקוונות והתפקיד החברתי שהם ממלאים.

ההזמנה לשיח במאמר זה נעשית דרך המושג ״הטרוטופיה״, המופיע בחיבורו של הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו ״על מרחבים אחרים״, שפורסם בשנת 1984 לאחר מותו וללא אישורו. קריאה מעמיקה של הרעיון ההטרוטופי מציגה בסיס תיאורטי חדש ומארגן על אודות מרחבי היצירה הקיימים בקהילות מקוונות ותפקידם החברתי ביחס למרחב הממשי. הכרה באופיים ההטרוטופי של מרחבי היצירה מהווה כלי חדש ב״ארגז הכלים התיאורטי״, שבכוחו לתמוך בשכלולים דוקטרינריים רצויים במערכת דיני זכויות היוצרים, המגשימים את האידיאות והתכליות העומדות בבסיס קיומה. במסגרת זו המאמר דן בביטויים הנורמטיביים האפשריים של המרחב ההטרוטופי בדיני זכויות יוצרים, ומציע רשימה לא ממצה של כלים דוקטרינריים היכולים לזכות בחיזוק תיאורטי מתוך נקודת המוצא המושגית הגלומה בשיח התיאורטי ההטרוטופי, באופן התורם להמשך הרלוונטיות של מערכת דיני זכויות היוצרים.

מבוא
פרק א: דיני זכויות יוצרים – השדה התיאורטי
1. קיצור התמורות ההיסטוריות שחלו בשדה התיאורטי
2. שכלול השדה התיאורטי כבסיס הצדקתי למערכת דיני זכויות היוצרים
פרק ב: על מרחבים אחרים
1. בין מרחב למרחב – האם (ומדוע) המרחב משנה?
2. הטרוטופיה – מרחב של אחרות
פרק ג: מקרה המבחן של הקהילות המקוונות
1. קהילות מקוונות: טקסונומיה ומאפיינים עיקריים
2. קהילות מקוונות כמרחבי יצירה הטרוטופיים
פרק ד: המרחב ההטרוטופי בדיני זכויות יוצרים
1. הטרוטופיה – הזמנה לשיח תיאורטי מארגן
2. הביטוי הנורמטיבי של המרחב ההטרוטופי
סיכום

מבוא

דיני הקניין הרוחני, ובתוכם דיני זכויות היוצרים, ניצבים בעשורים האחרונים, לעמדתם של חלק מחוקרי המשפט, במצב של משבר.[1] הופעתם של מרחבי יצירה והשתכללות האופן שבו מוצרי ידע ותרבות מופצים הציבו קשיים דוקטרינריים למערכת דיני זכויות היוצרים. במקביל, אף לפני פריצתה המוחלטת של המרשתת לחיינו, התרחשו בשדה התיאורטי תמורות עיוניות שונות שביקשו לערער על תפיסת המוצא הקלסית בדבר מעמדו של היוצר או מעמד היצירה, מתוך שאיפה לייצר איזון מחודש בין היוצר לבין סביבתו, קרי, הציבור, הקהל, המשתמשים והאינטרס של הציבור. תמורות תיאורטיות אלה חתרו – ועודן חותרות – לערער על מעמד הבכורה הכמעט־אוטומטי שהיוצר זוכה בו לפי דיני זכויות היוצרים. למרבה הצער, התמורות התיאורטיות טרם קיבלו את ביטוין ההולם בעולם המעשה, וטרם הצליחו להביא לידי ערעור הקונספציה בדבר מעמדו הרם של היוצר והיקף זכותו ביצירה. ההנחה שבבסיס מאמר זה היא כי על מנת להוביל לַפיתוח הדוקטרינרי הרצוי בדיני זכויות יוצרים באופן שישמר את הרלוונטיות של מערכת דינים זו, יש צורך של ממש בהמשך פיתוחו של השדה התיאורטי.

מאמר זה מבקש להיבנות מהתיאוריות המודרניות בדבר זכויות יוצרים, המעלות על נס את מקומה של הסביבה ומקומו של ״האחר״, ״הציבור״ או ״הקהל״ בתהליך היצירה, ולהעניק תשומת לב מיוחדת למאפייניהם של מרחבי היצירה החדשים (יחסית) המתקיימים בחיינו – הלא הן הקהילות המקוונות.[2] המאמר מבקש להניח את ההבנה כי השיח התיאורטי המודרני העומד בבסיסם של דיני זכויות היוצרים אומנם מתייחס לקשר שהיוצר מקיים עם סביבתו, אולם הוא מחמיץ לעיתים את ייחודו של מרחב היצירה המתקיים בקהילות המקוונות, ולפיכך גם את התפקידים השונים שמרחבי היצירה

1 ליאור זמר ועמית אלעזרי בר און ״ועשית הישר והטוב׳ – על מושגי תום הלב וההגינות בדיני הקניין הרוחני״ **ספר אליקים רובינשטיין** 1629 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ־ביטון, אילה פרוקצ׳יה ורינת סופר עורכים, 2020). המחברים מציינים כי המשבר בענפי הקניין הרוחני מצא לו ביטויים שונים, ועניינו הוא הקושי במציאת פתרונות במסגרת הדינים הקיימים. המשבר מתבטא בכך שיישומם הפורמלי של דיני הקניין הרוחני אינו מוביל לתוצאה צודקת המגשימה ומקדמת את תכלית החדשנות והיצירתיות. המחברים מציינים גם כי לעיתים מדובר **בניכוס יתר של המרחב היצירתי**, תוך הגבלת הגישה לידע ולתכנים בזירות דיגיטליות, ולעיתים באכיפת זכויות באופן שרירותי או בשימוש אסטרטגי בזכויות ובסעדים שהדין מתיר. לגישתם, נדמה כי המשבר מחריף ככל שהגבולות של דיני הקניין הרוחני מתרחבים.

2 על אף ההבחנה המושגית הקיימת בין אתרים שונים, דוגמת רשתות חברתיות או מַסָדוֹת (פלטפורמות) לשיתוף תוכן, ולצורך אחידות מושגית, אכנה את האתרים הנבחנים במאמר זה ״**קהילות מקוונות**״. לדיון בטקסונומיה של הקהילות המקוונות במסגרת מאמר זה ראו להלן תת־פרק ג1.

ממלאים. החמצה זו מתרחשת בשל ההנחה הסמויה, בעת חקיקת הדין או הפעלתו, ש״כל מרחבי היצירה זהים״.[3]

הנחת מוצא סמויה זו מוליכה באופן טבעי לדיון דוקטרינרי המתמקד בשאלת הקשר (או העדר הקשר) של היוצר עם סביבתו. לעיתים המרחב שבו מתקיימת פעילות יצירתית נתפס כמובן מאליו, משל היה בעל מאפיינים תבניתיים וחוזרים אשר יכולים תמיד להילכד ברשתו של החוק החרות. אולם מאפייניהם הייחודיים של מרחבי יצירה מודרניים, דוגמת מרחבי הקהילות המקוונות, מחייבים – לפני חקירה בדבר זהות היוצר, מעמדו או מעמד יצירתו – חשיבה מחודשת על התפיסה הקונספטואלית המגדירה את מרחבי היצירה. אכן, הופעתם של מרחבי יצירה חדשים מחייבת התאמה תיאורטית מעודכנת שבכוחה לתמוך בפיתוחים דוקטרינריים רצויים. בעשורים האחרונים התרחשה התפתחות עיונית מרשימה ומבורכת בשדה התיאורטי של דיני זכויות יוצרים בנוגע לקשר שבין היוצר לסביבתו, אך אין משמעות הדבר שהדין הגיע אל ״המנוחה והנחלה״. אדרבה, מאמר זה מבקש לטעון כי על חוקרי התיאוריה העיונית העומדת בבסיס ההצדקות לקיומה של מערכת דיני זכויות היוצרים מוטלת חובה להמשיך לפתח תפיסות בין־תחומיות שונות לשם הבנת המושג והמוסד המשפטי ״זכות היוצר ביצירתו״.

הדיון ייערך באופן הבא: **בפרק הראשון** אדון בשדה התיאורטי של דיני זכויות יוצרים. אעמוד בקצרה על התמורות התיאורטיות ההיסטוריות שהתרחשו במערכת דינים זו, ובפרט בתמורות שחלו במענה לשאלה ״מיהו היוצר״, שהייתה מאז ומתמיד שאלה מרכזית בדיון התיאורטי בדיני זכויות יוצרים. אמחיש כיצד תיאוריות שונות הובילו בעשורים האחרונים לפיחות במעמד היוצר, תוך העלאת מעמדם של הציבור והסביבה היצירתית. בהמשך אעמוד על החשיבות של שכלול השדה התיאורטי כבסיס הצדקתי למערכת דיני זכויות היוצרים, ואת החשיבות של התאמת המושג ״זכות היוצר״ לעידן הופעתם של מרחבי יצירה חדשים. ההבנה היא כי המושג ״זכות היוצר״ אינו קופא על שמריו, ומחייב שכלול ופיתוח מתמידים על מנת לשמור על הרלוונטיות שלו. **בפרק השני** אדון במושג ״המרחב״. אדון בחשיבותו של הדיון על אודות ״המרחב״ בשיח המשפטי, תוך ביסוס הטענה כי הדיון במרחב קיים בתחומי משפט שונים. מנקודת מבט ריאליסטית אבקש לבסס את הטענה כי האופן שבו מרחב מסוים מעוצב משפיע על רציותם, דיותם או התאמתם של כללים משפטיים החלים במרחבים אחרים. חלק זה יבקש להניח את ההבנה ש״לא כל המרחבים זהים״, ובפרט ש״לא כל מרחבי היצירה

---

3 השוו, למשל, Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Reinventing Copyright and Patent*, 113 MICH. L. REV. 231, 255 (2014). המחברים דנים בכך שמערכות קניין רוחני ברחבי העולם, ובכלל זה מערכות דיני זכויות יוצרים, מעוצבות על פי הכלל שלפיו one size fits all, במובן זה שכל הביטויים היצירתיים המוגנים זוכים באותה תקופת הגנה, ומקנים לבעליהם בדין הפוזיטיבי אותן תרופות. לכך, לפי המחברים, יש משמעויות שליליות במישורי העלויות, התועלות החברתיות ותמריצי היצירה. להבדיל מהמחברים, המציעים לַכלל פתרון דוקטרינרי, אני מבקש לדון בעצם הימצאותו של כלל זה בדיון התיאורטי בדיני זכויות יוצרים, הרואה את תהליך היצירה המתרחש במרחבי יצירה שונים כתהליך דומה או אפילו זהה במהותו, מבלי להתייחס למאפייניו הייחודיים של המרחב ולתפקידו החברתי. לגבי נקודת מוצא זו מאמר זה מבקש להציע עיון מחודש.

זהים״. בהמשך אציג את רעיון ה״הטרוטופיה״, כפי שהופיע בחיבורו של הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו ״על מרחבים אחרים״. אציג את ששת עקרונות ההטרוטופיה, ואת האופן שבו פּוֹרַש מושג זה על ידי חוקרים מאוחרים. **הפרק השלישי** יעסוק במקרה המבחן של קהילות מקוונות. תחילה אדון בטקסונומיה ובמאפיינים העיקריים של הקהילות המקוונות הנבחנות במאמר זה. בהמשך איישם את ששת עקרונות ההטרוטופיה של פוקו לקהילות המקוונות, תוך התייחסות נרחבת לשיח התיאורטי הקיים בדיני זכויות יוצרים. פרק זה יבקש לבסס את ההבנה שחלק גדול מהקהילות המקוונות מהוות מרחבי יצירה הטרוטופיים, במובן זה שעל דיני זכויות היוצרים לגלות את דעתם – או לכל הפחות את תשומת ליבם – באשר להיותו של מרחב הקהילות המקוונות מעוצב ככזה. **הפרק הרביעי** יבקש לדון במרחב ההטרוטופי בדיני זכויות יוצרים ובמשמעותו. תחילה אבקש לבסס את הטענה כי הרעיון ההטרוטופי הוא בעיקרו הזמנה לשיח רעיוני־מושגי מחודש על האופן שבו אנחנו תופסים את הפעילות היצירתית – לא רק במרחבי הקהילות המקוונות, אלא גם במרחב הממשי התוחם אותם. ייבוא השיח ההטרוטופי אל תוך השיח התיאורטי בדיני זכויות יוצרים ויישומו במסגרתו תורמים חידוש לספרות התיאורטית שבבסיס ההצדקה לקיומה של מערכת דינים זו. בהמשך אבקש לדון בביטויים הנורמטיביים האפשריים של המרחב ההטרוטופי בדיני זכויות יוצרים. במסגרת זו המאמר מציע רשימה לא ממצה של כלים דוקטרינריים היכולים לזכות בחיזוק תיאורטי מתוך נקודת המוצא המושגית הגלומה בשיח התיאורטי ההטרוטופי, באופן התורם להמשך הרלוונטיות של מערכת דיני זכויות היוצרים.

פרק א: דיני זכויות יוצרים – השדה התיאורטי

1. קיצור התמורות ההיסטוריות שחלו בשדה התיאורטי

השאלה ״מיהו היוצר״ היוותה מאז ומתמיד שאלה מרכזית בדיון התיאורטי בדיני זכויות יוצרים. המענה לשאלה זו השפיע באופן ישיר לא רק על מעמדו של היוצר, אלא גם על מעמדו ומקומו של הציבור ביחס ליצירה; על סביבת היצירה; על נוכחותו או העדרו של הציבור בתהליך היצירה; ועל היקף ההגנה, אם בכלל, שניתן ליוצר בביטויו היצירתי. כמו כן הוא עורר בעשורים האחרונים דיון אשר אתגר את ההצדקות הקלסיות למערכת דיני זכויות היוצרים.[4] מושג היוצר התפתח בשלוש מאות השנים האחרונות, והוא מהווה תמונת ראי לתמורות טכנולוגיות, פילוסופיות, פוליטיות, כלכליות ותרבותיות שהתרחשו בעולם, וכן לשינויים שחלו בתפיסת תהליך היצירה.

---

4 ראו באופן כללי גיא פסח ״הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים״ **משפטים** לא 359 (2000). על חשיבות התיאוריה בדיני הקניין הרוחני ראו, למשל, Lior Zemer, *On the Value of Copyright Theory*, 1 INTELL. PROP. Q. 55, 70 (2006).

דיני זכויות היוצרים המודרניים החלו להתפתח באירופה רבתי במהלך המאה השמונה־עשרה, פחות או יותר על אותו רצף כרונולוגי, על רקע הפעלת מערך של ״זכויות יתר״ (privileges), שפעל באופן דומה הן ביבשת הקונטיננטלית והן באנגליה. מערך זכויות היתר הופעל למן המצאת הדפוס במאה החמש־עשרה. בצרפת, למשל, היוו זכויות היתר ביטוי להתמודדותו של המונרך הצרפתי עם החשש מפני הפצה סיטונית של טקסטים שיביעו עמדות ביקורתיות כלפי השלטון.[5] בהעדר זכות יתר מטעם המונרך, הדפסה של יצירות כלשהן הייתה אסורה. המונרך נחשב נציגו של האל עלי אדמות, והוא העניק מספר מצומצם של זכויות יתר להדפסה ולהפצה לתקופה מצומצמת.[6] בעוד שבעידן שלפני המהפכה הצרפתית מושג ״המחבר״ או ״היוצר״ היה במהותו הבסיסית פיתוח מדינתי שנועד להגביר את השליטה בתוכני היצירות ולהוציא את המוציאים לאור מן התמונה, בעידן שלאחר המהפכה חל שינוי במושג ״היוצר״, כחלק מהרעיונות הרומנטיים שהדגישו את מקומו של האדם בחברה ואת תפקידו במסגרת החברה האזרחית.[7] הזרם הרומנטי שהחל להתפתח באותה תקופה ביכר את מקומו של הפרט בחברה, והיווה קרקע פורייה לתפיסה הרואה ביצירתו של היוצר ביטוי לדמותו, לאישיותו, למכאוביו ולניצוץ גאונותו היצירתית.[8] התמורות ההיסטוריות שהתחוללו בצרפת באותן שנים הן שביססו את מעמדו הנורמטיבי הרם והנשגב של היוצר כגיבור תרבות, עד כדי כך שניתן לומר כי מערכת דיני זכויות היוצרים בצרפת (droit d'auteur) נוצרה בשבילו ולמענו.[9]

תהליך דומה התרחש גם במדינות המשפט המקובל, אם כי קיצה של מערכת זכויות היתר באנגליה הגיע כבר בראשית המאה השמונה־עשרה, עם חקיקתו המהפכנית של

---

5 ELIZABETH ARMSTRONG, BEFORE COPYRIGHT: THE FRENCH BOOK-PRIVILEGE SYSTEM 1498–1526, 1–20 (1990); GILLIAN DAVIES, COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST 20 (2nd ed. 2002).

6 Carla Hesse, *Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777–1793*, 30 REPRESENTATIONS 109, 111 (1990); Calvin D. Peeler, *From the Providence of Kings to Copyrighted Things (and French Moral Rights)*, 9 IND. INT'L & COMP. L. REV. 423, 426–429 (1999).

7 מיכאל בירנהק ״קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה״ **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים** 83, 96 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

8 THE OXFORD COMPANION TO ENGLISH LITERATURE 857 (Dinah Birch ed., 7th ed. 2009). כן ראו ISAIAH BERLIN, THE CROOKED TIMBER OF HUMANITY: CHAPTERS IN THE HISTORY OF IDEAS 60 (2nd ed. 2013) (1959).

9 בשנת 1793 נחקק בצרפת חוק זכות יוצרים המודרני הראשון, שנסמך על המודל האנגלי שהותווה בחוק המלכה אן, להלן ה״ש 10. לעניין זה ראו דיון נרחב ומרתק אצל Benjamin Davidson, *Lost in Translation: Distinguishing Between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters*, 38 CORNELL INT'L L.J. 583, 608–610 (2005).

חוק המלכה אן.[10] החל בסוף המאה החמש־עשרה הונהגה באנגליה מערכת זכויות יתר צנזוריאלית שמטרתה העיקרית הייתה לשלוט בעיתונאות ולמנוע הפצת דעות ביקורתיות על השלטון.[11] החל במחצית המאה השש־עשרה הייתה זו גילדת מוכרי הספרים בלונדון (The Stationers' Company) שנהנתה ממונופול שניתן לה על ידי הממלכה לפרסום ולהפצה של יצירות ספרותיות.[12] מעמדה של גילדה זו נשמר וחוזק בחקיקת המונרך עד סוף המאה השבע־עשרה. המונופולין על פעילותה של הגילדה הופסק, בין היתר, בשל הביקורת הגלויה שהשמיע באותה עת הפילוסוף ג׳ון לוק על מערכת זכויות היתר, בעיקר על כך שהיא מונעת קיום שוק חופשי של רעיונות, מונעת את השכלתו וחינוכו של הציבור הזקוק לידע, ומנציחה מונופול לא הוגן למוציאים לאור.[13] Woodmansee ו־Jaszi עמדו על כך שתורת הזכויות הטבעיות ותיאוריית העמל של ג׳ון לוק, שהתפתחו באותה עת, שימשו כלי בידי המוציאים לאור. לגישתם, תמיכתם של המוציאים לאור בטענה הלוקיאנית בדבר טבעיותה של הזכות הקניינית של היוצר ביצירתו נועדה לְמַרֵב את רווחיהם הכלכליים, שכן בידע אשר מוגן בזכות קניינית יש כדי להגביר את אחיזתם בשוק הרלוונטי.[14] תמורות אלה ביססו את מעמדו של היוצר בתרבות האנגלית כדמות

---

10 Statute of Anne 1710, 8 Ann., c. 19 (Eng.) (לעיל ולהלן: חוק המלכה אן). לסקירה היסטורית ראו RONAN DEAZLEY, ON THE ORIGIN OF THE RIGHT TO COPY: CHARTING THE MOVEMENT OF COPYRIGHT LAW IN EIGHTEENTH-CENTURY BRITAIN (1695–1775) (2004); CHRISTOPHER MAY & SUSAN K. SELL, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A CRITICAL HISTORY 55, 93 (2006).

11 LYMAN RAY PATTERSON, COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE 29 (1968); HARRY RANSOM, THE FIRST COPYRIGHT STATUTE: AN ESSAY ON AN ACT FOR THE ENCOURAGEMENT OF LEARNING, 1710, 17–32 (1956). כן ראו, באופן כללי, אורית פישמן אפורי ״זכויות היוצרים בראי ההיסטוריה: יין ישן בכלי חדש״ **משפט, חברה ותרבות – רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע** 321, 336–342 (ניבה אלקין־קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011); PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY 30 (ANU eText ed. (1996) 2016).

12 לסקירות היסטוריות על גילדה זו ראו, למשל, CYPRIAN BLAGDEN, THE STATIONERS' COMPANY: A HISTORY, 1403–1959 (1960); JOHN FEATHER, A HISTORY OF BRITISH PUBLISHING 58–61 (1988).

13 לעיון בתרומתו של ג׳ון לוק למאבק זה ראו DEAZLEY, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 1–31; MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT 32–33 (1993); Mark Rose, *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 75, 78 (2003).

14 Martha Woodmansee, *On the Author Effect: Recovering Collectivity*, *in* THE CONSTRUCTION OF AUTHORSHIP: TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE 15 (Martha Woodmansee & Peter Jaszi eds., 1994); Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"*, 1991 DUKE L.J. 455, 468–471. דיון זה דומה לטענות שהעלו המוציאים לאור בצרפת. ראו PATTERSON, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 193; פישמן אפורי, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 341.

רומנטית, מתוך אינטרס צר של בעלי העניין שפעלו בשדה הפוליטי־המשפטי והשפיעו עליו.[15] גם בקונפדרציה האמריקנית שהתקיימה למן הכרזת עצמאותה של ארצות הברית ועד כינון החוקה בשנת 1789 הדגישו חוקי המדינות את היוצרים,[16] אולם למן כינון החוקה הוסט הדגש לטובת הציבור ולעידוד היצירה בכללותה.[17]

השאלה ״מיהו היוצר״ אינה זוכה במענה בחוק זכות יוצרים הישראלי, כמו גם בחוק האמריקני ובחוק האנגלי. אולם עובדה זו אינה שוללת כשלעצמה הקניית אגד נרחב של זכויות חומריות (וכן זכויות מוסריות בחלק משיטות המשפט, ביניהן הישראלית) ליוצר ביצירתו.[18] אכן, ניתן לומר כי –

> ״מסקנה אחת מפרויקט המְחַברוּת היא שהדימוי שהדין מניח בקשר למיהות היוצר אינו עניין אמפירי, אלא תרבותי. הקטגוריה של היוצר אינה ׳טבעית׳, אלא הומצאה ופותחה ככלי־שרת על־ידי בעלי־עניין שונים... המסקנה כי הדימוי של היוצר הוא כלי־משחק בידי השחקנים בשדה אין פירושה שאין בעולם יוצרים ׳רומנטיים׳, אלא שקריאת החוק צריכה להיות חשדנית וביקורתית, ולהיות ערה לאי־ההכרחיות של הדימוי הנפוץ של היוצר היחיד, בין שהוא רומנטי יותר או פחות.״[19]

דימויו של היוצר הוא בבואתן של שורת תמורות פילוסופיות, פוליטיות, כלכליות ותרבויות, המשקפות את רמת ההגנה הגבוהה שהיוצר מקבל בביטויו היצירתי במסגרת הדין הפוזיטיבי וההלכה הנוהגת. לתמורות חשובות אלה התקבעו בארבעת העשורים

---

15 ראו את פסק הדין המכונן של בית הלורדים באנגליה שקבע כי אין להכיר בזכויות יוצרים טבעיות לאחר שפקעה תקופת ההגנה שנקבעה בחוק: Donaldson v. Beckett, [1774] 1 Eng. Rep. 837 (H.L.). ברוח זו פסק גם בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין Wheaton v. Peters, 33 U.S. 591 (1834). כן ראו Mark Rose, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, *in* OF AUTHORS AND ORIGINS: ESSAYS ON COPYRIGHT LAW 23, 41–45 (Brad Sherman & Alain Strowel eds., 1994).

16 בירנהק, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 96. לסקירת חוקי זכויות היוצרים בעידן שלפני כינון החוקה בארצות הברית ראו Francine Crawford, *Pre-Constitutional Copyrights Statutes*, 23 BULL. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 11 (1975).

17 בירנהק, שם; Marvin Ammori, *The Uneasy Case for Copyright Extension*, 16 HARV. J.L. & TECH. 287, 306–307 (2002); Alfred C. Yen, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 OHIO ST. L.J. 517, 528 (1990). השוו Oren Bracha, *The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright*, 118 YALE L.J. 186 (2008).

18 ניתן למנות סוגי יוצרים שונים, ביניהם יוצר יחיד (בין שהוא רומנטי ובין שהוא מונע משאיפות מסחריות), יוצרים במשותף, יצירה רבת משתתפים ויוצר תאגידי. להרחבה על השפעת הדימוי של יוצר רומנטי על הכללים המשפטיים הנוהגים בדין הישראלי ראו בירנהק, שם, בעמ׳ 98–111.

19 שם, בעמ׳ 97. רעיון המְחַברוּת הוא המצאה חברתית, וככזה הוא תלוי בהקשר ההיסטורי – המחבר הוא קטגוריה תרבותית. לדיון זה ראו שם, בעמ׳ 96–97; פישמן אפורי, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 350.

האחרונים גם ביטויים תיאורטיים המבקשים לערער את נקודת המוצא המסורתית העומדת בבסיס השדה התיאורטי של דיני זכויות היוצרים בדבר מעמדו ודמותו המיתית של ״היוצר״.

ראשיתו של תהליך זה מצויה בחיבורים של הפילוסופים הצרפתים רולאן בארת[20] ומישל פוקו.[21] חיבורו המהפכני של פוקו בדבר מיהותו של המחבר הוליד חשיבה מחודשת על מקומו ומעמדו של היוצר גם בדיני זכויות יוצרים. פוקו טען כי מושג ״היוצר״ הומצא במהלך המאה השמונה־עשרה, וכי הוא תוצר של הבניה חברתית.[22] תפיסתו של מישל פוקו הקשתה גם מתן מענה לשאלה מהי ״יצירה״, שכן מושג ״היצירה״ משמר ומנציח את השיח המבכר את מקומו, קולו ומעמדו של היוצר בטקסט.[23] התפתחויות פילוסופיות אלה הובילו ללידתן של גישות תיאורטיות חדשות בשיח על אודות זכויות יוצרים, המאירות באור שונה את מקומו של היוצר. גישות אלה מבקשות לדון בסוגיות אלה תוך הדגשת מקומו של הציבור והסביבה היצירתית. אסקור אותן בקצרה.

הגישה הראשונה היא גישת התכנון החברתי־המוסדי (social and institutional planning). המלומדים המצדדים בגישה זו טוענים כי גיוון תרבותי הוא מאפיין חשוב בשיח התיאורטי על אודות זכויות יוצרים. לגישתם, חברה אזרחית עשירה מבחינה תרבותית יכולה להתקיים רק מקום שקיים איזון הולם בין האינטרס של הציבור בהרחבת השיח הדמוקרטי וחשיפתם של נכסי תרבות לבין אינטרסים פרטיים או תועלתיים.[24] כמו

---

20 רולאן בארת **מות המחבר** 17–18 (דרור משעני מתרגם, 2005): ״טקסט נעשה מכתיבות מרובות, הבאות מתרבויות שונות והנכנסות בתוכו לדיאלוג זו עם זו, לפרודיה, לוויכוח; אך יש מקום אחד שבו ריבוי זה נאסף, והמקום הזה איננו המחבר, כפי שטענו עד כה, אלא הקורא... אנו יודעים שכדי להחזיר לכתיבה את עתידה, צריך להפוך את המיתוס: הולדתו של הקורא דורשת את מותו של המחבר.״

21 מישל פוקו **מהו מחבר?** (דרור משעני מתרגם, 2005).

22 לעמדה זו ראו, למשל, JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, & SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 114 (1996); Jane C. Ginsburg, *Exceptional Authorship: The Role of Copyright Exceptions in Promoting Creativity*, *in* THE EVOLUTION AND EQUILIBRIUM OF COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE 15, 23 (Susy Frankel & Daniel Gervais eds., 2014).

23 פוקו, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 25–30.

24 LIOR ZEMER, THE IDEA OF AUTHORSHIP IN COPYRIGHT 17–18 (2007); William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1203, 1217 (1998). גישה זו באה לידי ביטוי בעניין ת״א (מחוזי ת״א) 2177/05 **ADIDAS-SALOMON נ׳ יאסין**, פס׳ 4(ד) לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.12.2010). אומנם, בעניין זה נדונה הגישה בהקשר של סימני מסחר, אך היא שימשה, בין היתר, בסיס הצדקתי לדחיית התביעה. הצדקה זו נדחתה בערעור: ע״א 563/11 **ADIDAS SALOMON A.G. נ׳ יאסין**, פ״ד סה(3) 774, פס׳ 6 לפסק דינה של השופטת חיות (2012). כן ראו ת״א (מחוזי ת״א) 1395/05 **מוזיאון תל אביב לאמנות נ׳ ספרוקט**, פס׳ 25 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.12.2007): ״הזכות לחופש הביטוי היא זכות שנהנה ממנה לא רק מי שמבקש לבטא את עצמו. זוהי זכות שנועדה הן לדובר – והן לקהל השומעים שלו. כאשר נשללת זכותו של

כן, דיני זכויות יוצרים המגבילים יתר על המידה את השיח היצירתי באמצעות הגנה רחבה מדי פוגעים למעשה באחת התכליות של דיני זכויות יוצרים, והיא התרחבות שוק הידע והרעיונות.[25] הכותבים הבולטים בשיח זה הם Coombe[26] ו־Weinstock Netanel.[27]

גישה שנייה היא גישת ההבניה היצירתית (authorial constructionism). גישה זו פותחה על ידי Woodmansee[28] ו־Jaszi,[29] בעיקר לאור ההתפתחות הפילוסופית שהציג מישל פוקו. גישה זו מבקשת לבקר את הדימוי הרומנטי של היוצר ושל תהליך היצירה, ומצדדיה מחזיקים בגישה שלפיה יצירה המוגנת בזכויות יוצרים אינה פרי עמלו של יוצר יחיד, אלא פרי עמלם של כמה יוצרים שאינם מוכרים בחוק כיוצרים.[30] תפיסתם של Woodmansee ו־Jaszi מבוססת על האינטראקציה של היוצר עם יוצרים אחרים יותר מאשר על אינטראקציה חברתית במובנה הרחב יותר.[31] במובן זה, הגישה השלישית –

דובר לדבר – נשללת גם זכותו של קהל השומעים הפוטנציאלי לשמוע, לדעת, להתרשם ולקיים דו שיח על הדברים. דו שיח זה הוא אחד היסודות הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי. כאשר חופש הביטוי מתייחס ליצירת אומנות, הרי החופש של האומן להציג אותה, משליך על האפשרות של קהל הצופים הפוטנציאלי לראות את היצירה. חשיפה ליצירת אומנות, מהווה אף היא נדבך חשוב של המשטר הדמורקרטי [השגיאה במקור], ושל התפתחות התרבות והאומנות.״

25 ליאור זמר ״החופש ליצור״ **קניין רוחני: עיונים בינתחומיים** 99, 112 (מרים מרקוביץ־ביטון וליאור זמר עורכים, 2015); 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); Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215, 272–273 (1996); 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).

26 Rosemary J. Coombe, *Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue*, 69 TEX. L. REV. 1853 (1991); ROSEMARY J. COOMBE, THE CULTURAL LIFE OF INTELLECTUAL PROPERTIES: AUTHORSHIP, APPROPRIATION, AND THE LAW 7 (1998).

27 Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996); Neil Weinstock Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena*, 51 VAND. L. REV. 217 (1998); Neil Weinstock Netanel, *Market Hierarchy and Copyright in Our System of Free Expression*, 53 VAND. L. REV. 1879 (2000) (להלן: Weinstock Netanel, *Market Hierarchy*).

28 Woodmansee, לעיל ה״ש 14; Martha Woodmansee, *The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'*, 17 EIGHTEENTH-CENTURY STUD. 425 (1984).

29 Peter Jaszi, *On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity*, *in* THE CONSTRUCTION OF AUTHORSHIP: TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE 29 (Martha Woodmansee & Peter Jaszi eds., 1994).

30 זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 113.

31 ZEMER, לעיל ה״ש 24, בעמ׳ 19–21.

גישת ההבניה החברתית (social constructionism) – לוקחת את גישת ההבניה היצירתית ״כמה צעדים קדימה: היא אינה מגדירה את תהליך היצירה כשיתוף פעולה רק עם יוצרים אחרים אלא עם החברה כולה. היוצר פועל במרחב חברתי ותרבותי המועשר באופן רציף על ידי החברה כולה; תרומת החברה לתהליך היצירה מקנה לה זכות ביצירה״.[32]

גישה רביעית היא הגישה התקשורתית. גם גישה זו, בדומה לקודמותיה, מבקרת את התפיסה שרואה את היוצר כדמות רומנטית ואשר גורסת כי הביטויים החיצוניים של היוצר ביצירתו מהווים ביטוי לאישיותו הפנימית.[33] הכותבים הבולטים בגישה זו הם Craig[34] ו־Drassinower.[35] הגישה מבקשת לראות את היוצר כשווה בין שווים המשתתף בתהליך דיאלוגי עם בני החברה – הוא משתמש בחומרי הגלם ובסמלים המצויים בנחלת הכלל כבסיס ליצירתו, ומוסיף עליהם את קווי אישיותו הפנימית, ובכך הוא מממש את התכלית של העשרת הידע הציבורי והחברתי. היוצר אינו יוצר יחיד בתהליך היצירה, אלא נוטל חלק בדיאלוג מתמשך עם הציבור ועם דמותו של ״האחר״ (the other), כמו גם במפגשים אקראיים ושאינם אקראיים, ולפיכך כל יצירה אינה אלא ביטוי יצירתי של דיאלוגים בין היוצר לבין החברה.[36]

ביטוי עכשווי לדיון בגישה התקשורתית דרך מושג הדיאלוג ניתן למצוא אצל זמר. לגישתו, החברה – הציבור – היא חלק בלתי נפרד מתהליך היצירה המתקיים במרחב החברתי.[37] כך, בחינה נכונה של דיני זכויות היוצרים רואה את הביטוי היצירתי כתוצר

---

32 זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 113.

33 שם.

34 CARYS J. CRAIG, COPYRIGHT, COMMUNICATION AND CULTURE: TOWARDS A RELATIONAL THEORY OF COPYRIGHT LAW 11–30 (2011). Craig מבקשת לבקר את נקודת המוצא הרואה את מרכזיותו של דמות היוצר כמצדיקה את קיומה של מערכת דיני זכויות יוצרים. ראו שם, בעמ׳ 67: "[I]t is a mistake to look to the relation between the author and her work as the basis on which to justify the copyright system. In so doing, we necessarily neglect the social and cultural goals of copyright, and so wrongly augment the scope of the rights conferred under copyright while failing to identify and draw the appropriate limits thereto".

35 ABRAHAM DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH COPYING? 54–84, 218–226 (2015); Abraham Drassinower, *Authorship as Public Address: On the Specificity of Copyright Vis-à-Vis Patent and Trade-Mark*, 2008 MICH. ST. L. REV. 199, 222.

36 ראו גם Coombe, לעיל ה״ש 26, בעמ׳ 1855: "[I]ntellectual property laws stifle dialogic practices – preventing us from using the most powerful, prevalent, and accessible cultural forms to express identity, community, and difference"; Jeanne C. Fromer, *An Information Theory of Copyright Law*, 64 EMORY L.J. 71, 116 (2014).

37 Lior Zemer, *Dialogical Transactions*, 95 OR. L. REV. 141, 154 (2016); Lior Zemer, *Multivoiced Authors*, 35 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 383, 413–414 (2017): "[W]e lose the ability to communicate because the laws regulating cultural production limit the spectrum of enjoyment and use necessary for *genuine interhuman/dialogical spaces*. A dialogical approach to copyright attempts to provide theoretical tools to challenge and overcome this

של תהליך שיתופי, המבטא את שימושו של היוצר והסתמכותו על חומרי הגלם והסמלים הקיימים במרחב החברתי.[38] למעשה, זכויות היוצרים נובעות על פי רוב מרשת מורכבת של עסקאות חברתיות המייצגות את מערכת יחסי הגומלין בין היוצרים לבין הציבור – עסקאות שבהן מתקיימת החלפה הדדית של מידע או השפעה, אשר כורכת את הצדדים לעסקה זה לזה.[39] לפי זמר, האופן הנכון לבחינת תהליך היצירה הוא דרך מודל של יצירה משותפת של היוצר והחברה שבה הוא מתקיים.[40] לגישתו, לפחות בכל הקשור לדין הישראלי ניכר כי בעלי הזכויות זוכים במעמד אשר פוגע ביכולתו של קהל המשתמשים לגשת ליצירת מוגנות, להמשיך בתחזוקתן של עסקאות חברתיות, לשמר את הדיאלוג הציבורי המזין את תהליכי היצירה ולהשתתף בתהליכים אלה, ו״מצב זה מביא לכך שהעסקה החברתית וחירויות היצירה הפכו יותר ויותר לשדה של נחלות פרטיות״.[41]

ניתן להבחין כי דמותו של היוצר היחיד, הגאון והרומנטי, עברה בעשורים האחרונים פיחות מעמדי בספרות התיאורטית. להבדיל מנקודת המוצא בדין הנוהג, תיאוריות עכשוויות מבקשות להניח מידה של קשר או תלות סימביוטית מסוימת בין היוצר לבין החברה שבה הוא מתקיים – יוצרים אחרים, הקהל והציבור הרחב. אין משמעות הדבר שהתיאוריות הקלסיות העומדות בבסיס ההצדקה לקיומן של זכויות יוצרים בנכסים רוחניים מדירות את הציבור או מניחות כי היוצר פועל בריק סביבתי או חברתי מוחלט. הראיה המיידית לכך היא שכל התיאוריות מכירות בקיומה ובחשיבותה של נחלת הכלל.[42] אולם ההבדל בין הגישות הוא מידת האיזון שהן מציעות בין היוצר, יצירתו וסביבת היצירה – זהו מרחב היצירה. הגישות המודרניות מניחות תשתית עיונית המבססת שאיפה למצוא איזון ראוי יותר בין זכותו של היוצר ביצירה לבין האינטרסים החברתיים השונים המתחרים בה. מתוך תשתית עיונית זו מבקש מאמר זה להיבנות.

Lior Zemer, *Copyright, Otherness, Dialogue*, 29 INTELL. PROP. J. 155, 160 (2016): "The multiplicity and interconnectedness of the creative act means that every work is dependent on the author's exposure to dialogical experiences"; Lior Zemer, *The Copyright Moment*, 43 SAN DIEGO L. REV. 247 (2006); "loss (ההדגשה הוספה).

38 זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 114–122.

39 ליאור זמר ״העסקה החברתית בזכות יוצרים״ **משפטים** מו 297, 306–312 (2017) (להלן: זמר ״העסקה החברתית״).

40 מודל ה־Public Authorship מוצע על ידי זמר בספרו THE IDEA OF AUTHORSHIP IN COPYRIGHT, לעיל ה״ש 24, כחלק מגישת ההבניה החברתית. ראו גם Lior Zemer, *Towards a Conception of Authorial Knowledge in Copyright*, 3 BUFF. INTELL. PROP. L.J. 83 (2006).

41 זמר ״העסקה החברתית״, לעיל ה״ש 39, בעמ׳ 348.

42 Zemer, *Dialogical Transactions*, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 163: "Once the work is released to the public, the social transaction thrives through continued communication and exchange with the audience about the meaning of the work and its cultural future". ראו גם Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 967 (1990).

2. שכלול השדה התיאורטי כבסיס הצדקתי למערכת דיני זכויות היוצרים

עיקר האתגר בהתאמת המושג ״זכות היוצר״ במובנו העיוני לעידן הנוכחי נובע מהצורך בחוליה תיאורטית נוספת שתהא מסוגלת לקשר בין הדיון העיוני הקיים על אודות סביבת היוצר לבין מאפייניו של מרחב היצירה המתקיים בזירות חדשות. הדיון על אודות סביבת היוצר אינו יכול להיעשות מתוך נקודת מוצא אחידה או מונולית על אודות מרחב היצירה. עליו להיות מותאם למרחבי היצירה המשתנים. טענתי יוצאת מתוך ההבנה כי בעידן שבו מוצרי תרבות רבים נוצרים ומשותפים במרחבי היצירה של הקהילות המקוונות, תוך קיום פרקטיקות היצירה הנתפסות כ״מקובלות״, הדיון התיאורטי מחייב את התאמת השיח העיוני אל מאפייניו המעשיים של מרחב היצירה,[43] תוך קיום תכלול (integration) בין־תחומי עם תחומי דעת נוספים.

אכן, רקמתו הפתוחה של המושג ״זכות היוצר״ אינה קופאת על שמריה, והיא מחייבת שכלול ופיתוח מתמידים. אין התפיסות כיום ביחס למושג ״זכות היוצר״ זהות לאלה שהיו בשנת 1709, כאשר חוקַק חוק המלכה אן, כשם שאין התפיסות כיום ביחס למושג ״היוצר״ זהות לאלה שהיו בשעת כינונה ופיתוחה של מערכת דיני זכויות היוצרים בצרפת (droit d'auteur) בעידן שלאחר המהפכה, קרי, בסוף המאה השמונה־עשרה ובמהלך המאה התשע־עשרה. לפי Gallie, אחד ממאפייני מורכבותו האינהרנטית של מושג הוא היותו בעל אופי פתוח,[44] המזמין שינויים שאי־אפשר לִצפות מראש. נדמה כי המושג ״זכות היוצר״ ממחיש מאפיין זה יותר מכל, שכן הוא עצמו נולד אל תוך שינוייו המתמידים של העולם המודרני בזירה הפוליטית־הגלובלית, התעשייתית, האומנותית, הטכנולוגית והתרבותית.

עליית העידן הדיגיטלי בעשורים האחרונים יצרה אתגרים חדשים שנוספו על מורכבותו האינהרנטית ממילא של המושג ״זכות היוצר״, והגבירה את השיח על אודות הצורך לאזן בין זכות זו לבין האינטרס של הציבור.[45] הזירה התיאורטית מחויבת, מכורח המציאות המשתנה, להתאים את תפיסותיה על מנת להישאר רלוונטית כבסיס הצדקתי לקיומה של מערכת דיני זכויות היוצרים.[46]

---

43 Miriam Bitton, *Modernizing Copyright Law*, 20 TEX. INTELL. PROP. L.J. 65, 101 (2011).

44 לפי Gallie, שבעה מבחנים משמשים לבחינה אם במושג קיימת מורכבות טבועה: (1) המושג חייב להיות בעל ערך אינהרנטי – להציג סוג של הישג בעל ערך; (2) ההישג האמור חייב להיות מורכב מהבחינה האינהרנטית; (3) כל הסבר של ערכו של המושג צריך להתייחס לתרומה של מכלול ההיבטים והיסודות המרכיבים אותו; (4) המושג חייב להיות בעל אופי פתוח, כך שהוא יוכל להזמין שינויים שאי־אפשר לצפותם מראש; (5) ההגנה על המושג תהיה תקיפה, כלומר, כל אדם יגן על תפיסתו ביחס למושג בצורה חזקה וברורה, כך שייווצר קונפליקט סביב תפיסת המושג; (6) למושג קיימת דוגמת מבחן מובילה – רגע היסטורי שאנחנו יכולים לומר כי בו התקיים המושג לראשונה; (7) למושג יש יכולת התאמה של דוגמת המבחן למצבים חדשים ומשתנים. ראו W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, 56 PROC. ARISTOTELIAN SOC'Y 167 (1956).

45 ראו, למשל, את הדיון בהקשר של זכויות משתמשים במקורות המובאים להלן בה״ש 209.

46 ראו JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 93 (3rd ed. 2017), המציינת כי "[t]he threat and

כנקודת מוצא אניח כי המושג ״זכות היוצר״ מורכב משלושה אדנים מרכזיים שיש ביניהם זיקה וקשר בל יינתק: היוצר; היצירה; הסביבה. סדר זה של הצגת האדנים עשוי להיתפס כמוקשה, ולו משום שהוא עשוי לשקף באופן סמוי תפיסות מסורתיות שלפיהן היוצר הוא ״התחנה הראשונה״ בתהליך היצירה; הסביבה, בהיותה נמען היצירה, היא אך ״התחנה השלישית״; ואילו היצירה מתפקדת כ״תחנת ביניים״ המקשרת בין היוצר לסביבתו. אולם מובן שסדר הצגת האדנים יכול ואף ראוי שיהא גם ברוח הגישות התיאורטיות המאוחרות לדיני זכויות היוצרים – למשל: הסביבה; היוצר; היצירה. זו אינה אך התפלפלות אנליטית; זהו לוז ההתפתחות ההיסטורית של התיאוריה שבבסיס ההצדקה לדיני זכויות יוצרים, שהוצגה בתת־פרק הקודם.

ההתפתחויות התיאורטיות בדיני זכויות יוצרים במרוצת השנים התמקדו בעיקרן בדיון סביב דמותו וזהותו של היוצר, וכן סביב זהות היצירה ומיהות בעליה החוקיים – שאלות אשר פעמים רבות נקשרות זו לזו באופן טבעי. נדמה שלעיתים נמנע הדיון מלעסוק במהותו ובמאפייניו המושגיים של מרחב היצירה. ודוק, דיון ער בסביבת היצירה, בתפקידו של הציבור בסביבת היצירה, בתפקידו של הקהל ובתפקידו של ״האחר״ בתוך סביבת היצירה אומנם מתקיים בשיח התיאורטי הקלסי והמודרני על דיני זכויות יוצרים. אולם שיח זה נסב בעיקרו סביב הפונקציה התרבותית והחברתית שהם ממלאים בתהליך הבניית היצירה. לשון אחר: שיח חשוב והכרחי זה מונע מתוך הנחה מובלעת ש״כל מרחבי היצירה זהים״, ובכך הוא מתעלם – אולי אף באופן לא מודע – ממאפייניו של המרחב היצירתי ומהפונקציה שהוא ממלא בהגשמת התכליות העומדות בבסיסה של מערכת דיני זכויות היוצרים. נקודת מוצא זו עשויה להחמיץ לא רק את מורכבותם הגלויה והסמויה של מרחבי יצירה שונים, אלא גם את תכלית קיומם של מרחבים אלה בתוך החברה – תכלית המתלכדת לא אחת עם מטרותיהם של דיני זכויות היוצרים.

מאמר זה מציע תרומה תיאורטית הקושרת בין הדיון העיוני הקיים לבין מאפייניהם הייחודיים של מרחבי היצירה של ימינו, וחשיבה מארגנת על אודות הפונקציה שמרחבים אלה ממלאים ביחס למערכת דיני זכויות היוצרים. הפרק הבא יבקש להציג בקצרה את מקומו של המרחב במשפט וכן את המושג ״הטרוטופיה״, כפי שהוא מובא בהגותו של הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו. דיון זה מוצע כבסיס הצדקתי לשינוי בתפיסת ההפעלה של דיני זכויות היוצרים במרחבי היצירה החדשים (יחסית) המתקיימים בעולמנו.

---

promise of networked digital technology is that every individual with access to a computer will be able to perform the twenty-first-century equivalent of printing, reprinting, publishing, and vending. If the vast majority of them do not comply with the copyright law, *then the copyright law is in danger of becoming irrelevant*" (ההדגשה הוספה).

פרק ב: על מרחבים אחרים[47]

1. בין מרחב למרחב – האם (ומדוע) המרחב משנה?

הדיון בחשיבותו של המרחב בשיח המשפטי אינו ייחודי למרחבים מקוונים, והוא מתקיים בתחומים שונים של המשפט המבקשים לתור אחר יחסי הגומלין בין המשפט לבין המרחב החברתי שבו הוא מתקיים.[48] דיון זה מתקיים גם בהקשרים שונים של דיני זכויות יוצרים, בניסיון לעמוד על השפעתו של המרחב על עיצובם ועל תהליך היצירה.[49] כשם שמושגים (concepts) כגון ״היוצר״ או ״היצירה״ נתונים לתפיסות (conceptions) שונות ומתחרות, כך גם המושג ״מרחב״ (space) אינו חף מתחרות בין תפיסות שונות בנוגע למשמעותו ולחשיבותו. כפי שמציין בלנק:

> ״המושג ׳מרחב׳ אף הוא אינו אחיד אלא מקבץ ריבוי של מובנים; השימוש במושג ׳מרחב׳ הוא מגוון ועשיר – הוא כולל עובדות ותופעות פיזיות, חוויות נפשיות סובייקטיביות (וקבוצתיות), ומשמעויות מטפוריות וסימבוליות... יתר על כן, המונח מרחב מסמן גם חוויות מנטליות־פנימיות של אנשים. פרטים (וקבוצות) חווים סביבות גאוגרפיות וטופוגרפיות זהות באופנים שונים בתכלית, וגם סביבות וירטואליות זוכות לכינוי ׳מרחב׳ אף שהן לא מתקיימות באתרים ׳פיזיים׳ בעולם.״[50]

---

47 זוהי כותרת חיבורו של מישל פוקו שבו הוצג בהרחבה רעיון ההטרוטופיה – ראו להלן ה״ש 56. כן ראו בהרחבה את הדיון להלן בתת־פרק ב2.

48 ישי בלנק ״קהילה, מרחב, סובייקט – תזות על משפט ומרחב – בעקבות ספרו של יששכר (איסי) רוזן־צבי״ **דין ודברים ב** 19, 24–25 (2005): ״׳משפט׳ אינו עצם אחיד מבחינה מושגית ומשמעותו אינה קבועה בזמן. בראש ובראשונה המשפט הוא מערך של נורמות: חוקים, תקנות, צווים, הוראות והנחיות מנהליות. אך המשפט הוא גם המוסדות והפרטים היוצרים את הכללים המשפטיים והמפעילים אותם... מכאן, שכדי להבין את האופן שבו המשפט משפיע על המרחב, עלינו להתייחס לאותו ריבוי נורמות וריבוי מוסדות ולברר באילו נורמות מדובר; מי יצר אותן... מי מיישם אותן; מי מפרש אותן; אילו קבוצות (או גופים) מנסים להפעיל אותן ולנצלן לטובתם (ואולי אף לשנות אותן).״

49 דיון זה מתמקד אפוא, בעיקרו, בחשיבותה של הסביבה בתהליך החברתי של הבניית היצירה. ראו את הדיון לעיל בתת־פרק א2.

50 בלנק, לעיל ה״ש 48, בעמ׳ 25. ובהמשך הוא כותב: ״המשפט לא רק מכונן ומעצב את המרחב באמצעות השפעתו המעשית (הטלת חובות, איסורים והענקת תמריצים כלכליים) על פעולותיהם של פרטים, של ארגונים ושל קהילות אלא גם באמצעות תפקודו כשדה תרבותי **המייצג** את המרחב והמכונן את תודעתם של פרטים ושל קבוצות בנוגע למרחב... ייצוגים משפטיים אלה משפיעים במידה רבה על האופן שבו אנשים וקבוצות חווים את סביבות חייהם השונות, בייחוד בנוגע להיבט המנטלי והחברתי־פוליטי של המרחב.״ שם, בעמ׳ 25–26 (ההדגשה במקור).

אכן, עלינו ״להתייחס למרחב ברצינות״ בבואנו להסדיר מבחינה משפטית את הפעילות החברתית המתקיימת בתוכו.[51] הופעתם של מרחבי יצירה חדשים בעולמנו מעלה את שאלת התאמתם של דיני זכויות היוצרים כפי שהם קיימים ״בספרים״ אל המציאות המשתנה, וכן את שאלת התאמתם של דיני זכויות היוצרים כפי שהם מתקיימים במרחב המציאותי אל מרחבים אחרים שבהם נוכחים יוצרים, קהלים שונים וגם שחקנים בעלי עניין וכוח. זוהי נקודת מוצא תורת־משפטית ריאליסטית לדיון, שלפיה לאופן שבו מרחב נתון מעוצב יש השפעה על רציותם, דיותם או עצם התאמתם של כללים משפטיים החלים במרחבים אחרים.[52] הבנה של מרחבי היצירה בכלל, ושל התפקיד שמרחבי יצירה חדשים המתקיימים בעולמנו ממלאים ביחס למרחב הממשי בפרט, יכולה לתרום לפיתוחה ולשימורה של הרלוונטיות הדוקטרינרית של דיני זכויות יוצרים.[53]

אני מבקש להציג תפקיד נוסף למרחבים אלה, ולהציע נקודת מוצא שאינה מאמצת חשיבה שלפיה כל מרחבי היצירה זהים. מרחבים שונים לא רק משפיעים על האופן שבו הדין נתפס, מוחל או מיושם, ולא רק מושפעים ומעוצבים מכוחו הכופה של הדין; לטעמי, מרחבים שונים הם גם בעלי כוח רפלקטיבי – משקף – כלפי מרחבים אחרים. כך, גם לקהילות מקוונות, המתקיימות במרחב מיוחד המאתגר את התפיסות השונות על אודות המושג ״זכות היוצר״, יש כוח רפלקטיבי כלפי המרחב הממשי, שבו עוצבו במקור דיני זכויות היוצרים והתפיסות המתחרות העומדות בבסיס הצדקתם. כוח

---

51 ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL (2004). בספר זה עוסק המחבר בדרכים השונות שבהן המדינה נוקטת פרקטיקות של הפרדה (segregation) בישראל, וזאת באמצעות ניתוח של שלושה מקרי מבחן: הבדווים, החרדים ויהודים ממוצא ספרדי. פרקטיקות מבניות שונות משמרות את המרחבים הקיימים, וגורמות לפיכך לבידוד ולהדרה של קבוצות חברתיות שונות.

52 בענפי הקניין הרוחני ניתן למצוא דיון במרחבים אחרים דרך המושג negative spaces. אלה מרחבים שבהם פעילות יצירתית מתקיימת גם בהעדר הגנה משמעותית של דיני הקניין הרוחני. ראו Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA. L. REV. 1687, 1764 (2006); Elizabeth L. Rosenblatt, *A Theory of IP's Negative Space*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 317 (2011); Elizabeth L. Rosenblatt, *Intellectual Property's Negative Space: Beyond the Utilitarian*, 40 FLA. ST. U. L. REV. 441, 485 (2013): "Negative spaces are incubators for intellectual property theory: they invite inquiry and provide a medium for theoretical testing".

53 בלנק, לעיל ה״ש 48, בעמ׳ 26. נדמה שהפסיקה הישראלית תופסת את המרחב היצירתי כאחת מתכליותיהם של דיני זכויות היוצרים. לפי ראייה זו, דיני זכויות היוצרים נועדו להעשיר את המרחב הציבורי במגוון של יצירות. המרחב הציבורי בדיני זכויות יוצרים הוא ״נחלת כלל״. ראו, למשל, ע״א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ׳ בית שוקן להוצאת ספרים בע״מ**, פ״ד סד(3) 740, 756 (2011): ״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. הדגש בהקשר זה... הוא על אפשרויות הגישה והשימוש ביצירות.״

רפלקטיבי זה הוא דו־כיווני, שכן מרחבי הקהילות המקוונות והמרחב הממשי אינם מנותקים לחלוטין, ויש ביניהם זיקה ויחסי גומלין. דיון זה יוצג בהרחבה להלן, בהתבסס על החשיבה המארגנת שמאמר זה מבקש להציע להבנת מרחבי היצירה המקוונים וכוחם הרפלקטיבי, דרך המושג ״הטרוטופיה״ השאוב מהגותו של הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו.

2. הטרוטופיה – מרחב של אחרות

הגותו של הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו אינה זרה להתפתחות התיאורטית של דיני זכויות יוצרים. בהשפעת הגותו התפתחו זרמים רבים בחשיבה על אודות דיני זכויות יוצרים ומטרותיהם, המבקשים לפתוח דיון מחודש באיזון הדוקטרינרי הרצוי בין היוצר לסביבתו. חיבורו המהפכני ״מהו מחבר?״ הוליד חשיבה מחודשת על מקומו ומעמדו של היוצר גם בדיני זכויות יוצרים, המושתתת על קביעתו הבסיסית של פוקו כי מושג ״היוצר״ הומצא במהלך המאה השמונה־עשרה וכי הוא מהווה תוצר של הבניה חברתית.[54] הגותו של פוקו מספקת לנו לא רק בסיס להבנה תיאורטית פוסט־סטרוקטורליסטית של דיני זכויות יוצרים,[55] אלא גם בסיס רלוונטי נוסף להבנת מרחב היצירה.

את המונח ״הטרוטופיה״, במובנו המאוחר, פיתח פוקו בטקסט שכתב בעת שהייתו בתוניס. טקסט זה הוצג על ידיו בהרצאה בכנס של החוג למחקרים בארכיטקטורה בשנת 1967, אולם פורסם רק לאחר מותו, וללא אישורו, בשנת 1984.[56] הטקסט הקצר יחסית של פוקו ״על מרחבים אחרים״ הוא שולי בהגותו, בוודאי ביחס לטקסטים ולרעיונות

---

54 פוקו **מהו מחבר?**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 37–46.

55 ״פוסט־סטרוקטורליזם״ **אנציקלופדיה של הרעיונות – תרבות, מחשבה, תקשורת** 906, 906–908 (דוד גורביץ׳ ודן ערב עורכים, 2012): ״זרם בתרבות ובמדעי האדם החל משנות השישים של המאה ה־20... מבקר את הנחות היסוד של המחשבה המערבית: קיומה של סטרוקטורה לשונית אוניברסלית המכוננת תמונה משמעותית של העולם. הפוסט־סטרוקטורליזם מביא לידי גילוי אופני חשיבה וייצוג הטרוגניים, המעניקים קול לשוליים הלשוניים, החברתיים והפוליטיים; הוא מגלה את העולם כטקסט הזורם מעבר למשמעויותיו הגלויות. כך מתבצע פירוק חתרני של הסימן כמקור ליציבות ולידיעת האמת... הזרם מערער על החשיבה הבינארית שהציע הסטרוקטורליזם. הסובייקט הרציונלי שוב אינו מקור ליציבות או לסמכות; עצם כינונו הוא אקט פוליטי שמעורבים בו תהליכים של כוח ודיכוי.״

56 המילה ״הטרוטופיה״ היא הֶלחם של המילים ״הטרו״ (אחר) ו״טופוס״ (מקום). מישל פוקו ״על מרחבים אחרים״ **הטרוטופיה – על מרחבים אחרים** 7 (אריאלה אזולאי מתרגמת, 2010). גלגולו הקודם של המושג ״הטרוטופיה״ בהגותו של פוקו מופיע בחיבור מוקדם יותר שלו, משנת 1966. ראו מישל פוקו **המילים והדברים – ארכיאולוגיה של מדעי האדם** (אבנר להב מתרגם, 2011). האופן שבו הוצג המרחב ההטרוטופי בחיבור מוקדם זה היה שונה. לעניין זה ראו אריאלה אזולאי ״אחרית דבר – מרחבים ממשמעים ומרחבים לא ממושמעים״ **הטרוטופיה – על מרחבים אחרים** 107, 111–115 (אריאלה אזולאי מתרגמת, 2010). מאמר זה מבקש לאמץ את המושג ״הטרוטופיה״ במובנו המאוחר והמקובל. ראו להלן.

מורכבים יותר שהוצגו בעבודותיו. עובדה זו, לצד עובדת עמימותו המסוימת של הרעיון ההטרוטופי (ואולי בשל כך), קסמה לחוקרים בתחומי ידע שונים, אשר פירשו ופיתחו רעיון זה אל תוך שדות ידע רבים.[57] בבואנו לחקור מרחב יצירה חדש באספקלריה של דיני זכויות יוצרים, קריאה מעמיקה של טקסט זה תוך עריכת התאמה פרשנית תוכל לשמש בסיס ראוי להבנת מרחבי היצירה החדשים בעולמנו. על מנת לייצר הזמנה לשיח מושגי־עיוני המבוסס על שפה משותפת, אעמוד תחילה על עיקרי המושג ״הטרוטופיה״ כפי שהוא מוצג בהגותו של פוקו, וכפי שפּוּתח ופורַש על ידי חוקרים מאוחרים. ההגדרה הכללית של הטרוטופיה לפי פוקו היא זו:

> ״מקום או מרחב אחר, המובדל מן המרחב הרגיל ומערער על עצם קיומו. המרחב ההטרוטופי הוא בעת ובעונה אחת ממשי ומיתי, פיזי ומדומיין. מצד אחד, הוא יוצר זיקה אל המרחב הממשי המקיף אותו; מצד אחר, הוא מהפך את תכונותיו וחותר תחת הקודים הטופוגרפיים, הסמליים או הלשוניים שלו. המרחב ההטרוטופי מציין את החריג והסוטה ביחס למרחב הממשי והתקני שעמו הוא מתכתב. חריגות זו לובשת צורה מרחבית ומייצגת את התשוקה ואת הפנטזיה האנושית. ההטרוטופיה מכוננת אפוא מרחב הטרוגני חדש, המורכב משני מרחבים שונים: המרחב של הדמיון (מרחב הלשון) והמרחב הממשי, שהדמיון מושקע בתוכו ומורד בו.״[58]

פוקו מבאר את מהותה של ההטרוטופיה דרך המונח ״אוטופיה״. בראייתו, האוטופיות הן מיקומים שאין להם מקום ממשי ואשר מקיימים יחס כללי של אנלוגיה ישירה או מהופכת עם המרחב הממשי והאמיתי של החברה. להלכה האוטופיה היא החברה עצמה בצורתה המושלמת או היפוכה של החברה, אך בעיקרה ובמהותה האוטופיה היא לא ממשית.[59] על דרך ההנגדה לאוטופיה, פוקו אומר כי בכל תרבות, בכל ציוויליזציה, יש גם מקומות שהם ממשיים, אפקטיביים; מקומות שרישומם ניכר בייסודה של החברה עצמה ואשר מהווים סוג של מיקומי נגד – סוג של אוטופיות שמומשו הלכה למעשה, ואשר בהן המיקומים הממשיים ״מיוצרים, מעורערים ומהופכים״.[60] אלה הן ההטרוטופיות – מקומות ממשיים אשר נוצרו על פי דגמים אוטופיים.[61] כך, לפי פוקו, החברה מורכבת משלושה מרחבים (spaces): המרחב

---

57 דף המרשתת של החוקר Peter Johnson מספק מידע בין־תחומי מקיף על אודות ההתפתחות הפרשנית של רעיון ההטרוטופיה בתחומי ידע שונים, ביניהם אומנות, ארכיטקטורה, חינוך, מגדר, דת ועוד. עיינו HETEROTOPIAN STUDIES, www.heterotopiastudies.com.

58 ״הטרוטופיה״ **אנציקלופדיה של הרעיונות – תרבות, מחשבה, תקשורת** 335 (דוד גורביץ׳ ודן ערב עורכים, 2012) (להלן: הערך האנציקלופדי ״הטרוטופיה״).

59 פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 13–14.

60 שם: ״[ההטרוטופיות הן] סוג מקומות שהם מחוץ לכל מקום, אף שלמעשה קביעת המקום שלהם אפשרית״.

61 ראו, למשל, גליה שנברג ״מ׳הנזל וגרטל׳ ל׳משחקי הרעב׳: בין דיסטופיה להטרוטופיה״ **ספרות**

הממשי, המרחב האוטופי והמרחב ההטרוטופי.[62] תפקידו של האחרון הוא להתחרות ביתר המרחבים הקיימים בחברה ולאתגר אותם.[63]

ההטרוטופיות שפוקו מדבר עליהן מתייחסות לאותם מיקומים ״אחרים״ שהן מבקשות לשקף, לערער ולהפוך על פיהם – מיקומים ממשיים שניתן לפגוש בלב התרבות.[64] על מנת לחקור מרחבים הטרוטופיים ולתארם במובנם המדויק, הציע פוקו שישה עקרונות שיוכלו לשמש בסיס ל״הטרוטופולוגיה״ של מרחבים אלה.[65] מאפייני המרחב ההטרוטופי אינם משרטטים את מהותו, אלא נועדו לתאר את מערך היחסים שקיים בינו לבין המרחב החברתי – המרחב הממשי התוחם אותו.[66] עלינו לזכור כי פוקו מעולם לא התכוון לפרסם חיבור זה, ולכן עלינו לנקוט משנה זהירות בהחלת עקרונות ההטרוטופיה על מרחבים שונים.[67]

ילדים ונוער 138, 63, 68 (2015) המדגימה את כוונתו זו של פוקו דרך רעיון ה״קיבוץ״. ניתן לומר כי המושג ״קיבוץ״ נוצר על פי דגם של אוטופיה מרקסיסטית, אך המפגש בין הדגם המושגי לבין הממשות של המציאות הפיזית הוביל ליצירתה של הטרוטופיה.

62 Lolita Buckner Inniss, *"Other Spaces" in Legal Pedagogy*, 28 HARV. J. RACIAL & ETHNIC JUST. 67, 78 (2012): "These spaces exist in a particularized relation to each other and to the social structures of power".

63 שם: "[H]eterotopias are, first and foremost, sources of alternate interpretations and visions of real life. This means that they sometimes provide permanent refuge for outsiders". ראו גם Robert J. Topinka, *Foucault, Borges, Heterotopia: Producing Knowledge in Other Spaces*, 9 FOUCAULT STUD. 54, 60 (2010), הגורס כי "heterotopias can be understood as a temporary passage away from power". השוו לפרשנות הדוחה את הגישה שלפיה המרחב ההטרוטופי קשור מבחינה רעיונית להבטחה להתנגדות או לשחרור: Peter Johnson, *Unravelling Foucault's 'Different Spaces'*, 19 HIST. HUM. SCI. 75, 84 (2006).

64 פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 14.

65 שם, בעמ׳ 15–16.

66 אזולאי, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 122; Buckner Inniss, לעיל ה״ש 62, בעמ׳ 78; השוו לקריאה שונה של הרעיון ההטרוטופי אצל Julie E. Cohen, *Cyberspace as/and Space*, 107 COLUM. L. REV. 210, 210–217 (2007): "'Heterotopia are spaces in which an alternative social ordering is performed.' This definition preserves the relational function of heterotopia, but encompasses a broader range of orderings... [I]n the modern, Western world, the alternative orderings performed within heterotopian spaces 'derive... from a utopian view of modernity as an exercise in both freedom and control in all its ambivalence.'" (ibid., at 215, citing KEVIN HETHERINGTON, THE BADLANDS OF MODERNITY: HETEROTOPIA AND SOCIAL ORDERING 20–38 (1997)).

67 Johnson, לעיל ה״ש 63, בעמ׳ 81: "Foucault never returned to this spatial framework in any explicit or sustained manner. This open-ended and ambiguous analysis has in turn provoked many conflicting interpretations and applications across a range of disciplines"; Topinka, לעיל ה״ש 63, בעמ׳ 56: "Although we must be careful in our usage of the essay because Foucault never intended it for publication, the six principles remain valuable".

העיקרון הראשון הוא ההנחה כי אין תרבות בעולם שאינה מייסדת הטרוטופיות.[68] הטרוטופיות לובשות צורות מגוונות מאוד, ״ואולי אי־אפשר להצביע על צורה אחת של הטרוטופיה שתהיה אוניברסלית לגמרי״, אך פוקו מציע כי ניתן לסווגן לשני סוגים כלליים: הטרוטופיות של משבר, שכבר הולכות ונעלמות מן העולם, והטרוטופיות של סטייה.[69] זהו המאפיין הבסיסי ביותר של הטרוטופיות, ואם מבקשים לעורר את השיח בדבר תפקידם של מרחבים הטרוטופיים ביחס למרחב החברתי, אזי לפי פוקו אי־אפשר לדבר על חברה אלא עם היווצרותן של הטרוטופיות.[70] האתר ההטרוטופי מובחן באופן ברור מסביבתו, ויש בו יציאות וכניסות קבועות הנמצאות תחת פיקוח.[71] **העיקרון השני** המתאר את ההטרוטופיה הוא שבמהלך ההיסטוריה חברה יכולה להפעיל הטרוטופיה קיימת באופן שונה לגמרי, כך שלמעשה לכל הטרוטופיה יש תפקיד מוגדר, מדויק וקבוע במסגרת החברה רק ברגע היסטורי נתון; ברגע היסטורי אחר אותה הטרוטופיה יכולה לשמש בתפקיד אחר, תוך התאמה לתרבות שבה היא מצויה.[72] לפי **העיקרון השלישי**, להטרוטופיה יש כוח להציב במקום אחד, זה כנגד זה, ״כמה מרחבים ממשיים, כמה מיקומים שהם עצמם מנוגדים זה לזה״.[73] **העיקרון הרביעי** הוא עיקרון מרתק באופן מיוחד — הן במובנו הרחב והן במובן הייחודי של מאמר זה. עיקרון זה עוסק באופן שבו מושג הזמן משתכלל בהטרוטופיה נתונה. לפיו:

> ״לעתים קרובות, ההטרוטופיות קשורות בפלחי זמנים, כלומר הן נותנות פתח למה שמתוך סימטריה טהורה ניתן לכנות הטרוכרוניות (של זמן אחר);

---

68 פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 16–17.

69 שם. הטרוטופיות של משבר, שפוקו מכנה אותן ״פרימיטיביות״, הן מקומות בעלי זכויות יתר, מקודשים או אסורים, השמורים ל״יחידים המצויים במצב משבר ביחס לחברה ולסביבה האנושית שבה הם חיים: מתבגרים, נשים בזמן מחזור, יולדות, זקנים וכדומה״. הטרוטופיות אלה נעלמות בהדרגה, אך ממלאות עדיין תפקידים שונים. Buckner Inniss, לעיל ה״ש 62, בעמ׳ 78, עמדה בהקשר זה על כך ש־ "heterotopias help their outsider or insider inhabitants to refresh their spirits or to reconcile differences so that they may rejoin the real world and properly value utopian ideals". הסוג האחר הוא כאמור הטרוטופיות של סטייה, הממלאות את מקומן של הטרוטופיות משבריות. החשוב, לפי אזולאי, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 118, הוא ש״בשני המקרים מדובר ביחס בין המרחב ההטרוטופי למרחב שמחוצה לו... באופי הגבול המבחין את המרחב ההטרוטופי מהמרחב החברתי הסובב אותו״.

70 שם, בעמ׳ 122.

71 עדי אופיר ״עיון מחודש בפוקו: המיפוי של ידע וכוח״ **עיון** מא 187, 194 (1992): ״הפעילויות באתר [ההטרוטופי] מתואמות על־פי ׳פלחי זמן׳ מיוחדים, נבדלים לכל מערך מרחבי; למרות שארגון הזמן עשוי להשתנות במשך הזמן, אין בשינוי זה כדי להשפיע על המיכניזם ש׳מכפיל׳ את המרחב באתר. השפעות ה׳הכפלה׳ של המרחב מביאות פועלים [באתר ההטרוטופי] להתייחס זה לזה באופנים שבדרך כלל הם בלתי־אפשריים במרחב החברתי שבחוץ, וכך יוצרים פער בין האתר לבין הסובב אותו.״

72 פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 17–19.

73 שם, בעמ׳ 20. פוקו מציג את התיאטרון כדוגמה לעיקרון זה. Topinka, לעיל ה״ש 63, בעמ׳ 57.

ההטרוטופיה מתחילה לפעול במלואה כשבני האדם נמצאים בסוג של נתק מוחלט מן הזמן המסורתי שלהם.״[74]

פוקו אומר שיש הטרוטופיות של זמן שנצבר לאין־סוף, כגון מוזיאונים וספריות, שבהן מנסים לצבור (במובן to accumulate) ולארגן את הזמן במקום נייח – לכלוא במקום מוגדר את כל הזמנים, התקופות, הצורות והטעמים.[75] לעומתן קיימות הטרוטופיות הקשורות דווקא לזמניות, לארעיות, להרף העין החולף של הזמן – למשל, פסטיבל.[76]

פוקו אינו מרחיב על אודות עיקרון זה או הדוגמאות שהוא מציג, ולטעמי יש בכך הזמנה לקורא ליצוק תוכן פרשני לשאלת בחירתו המעניינת בדוגמת הפסטיבל. מהו אפוא ייחודו של הזמן בהטרוטופיה הפסטיבלית, ואיזה כוח רפלקטיבי מרחב הטרוטופי פסטיבלי זמני אוצר בתוכו ביחס למרחבים ממשיים וקבועים? בפרק הבא אבקש להציע תשובה לשאלות אלה דרך מקרה המבחן של פסטיבל מסוג קרנבל (carnival), וזאת במסגרת יישום עקרונות ההטרוטופיה למרחבי הקהילות המקוונות.

העיקרון החמישי הוא שהטרוטופיות מניחות תמיד מערכת של פתיחה וסגירה, אשר מבודדת אותן ובעת ובעונה אחת הופכת אותן לחדירות.[77] סוג מיוחד של הטרוטופיות הן כאלה שנראה כי שערי הכניסה אליהן פתוחים לגמרי אך למעשה הן מסוות הדרות מסוימות – זוהי אשליה של כניסה חופשית, אבל בפועל היא מדירה.[78] **העיקרון השישי** והאחרון הוא התפקיד שהטרוטופיות ממלאות ביחס למרחב שנותר, והוא נפרש בין שני קטבים: בקוטב האחד תפקידה הוא לייצר מרחב אשלייתי המכריז על יתר המרחבים של החיים האנושיים כאשלייתיים, ואילו בקוטב האחר תפקידה הוא לייצר מרחב ממשי אחר שיהיה ״מושלם, מוקפד ומאורגן באותה מידה שהמרחב שלנו הוא חסר סדר, בנוי בצורה גרועה ומבולגן. הטרוטופיה זו לא תהיה של אשליה, כי אם של פיצוי״.[79]

פוקו מסיים את דבריו בדוגמה מהדהדת לסוג של הטרוטופיה, המרמזת לתפקיד שהטרוטופיות ממלאות ביחס לחברה על פי ראייתו:

---

74 פוקו ״על מרחבים אחרים״, שם, בעמ׳ 21.

75 שם.

76 שם.

77 שם, בעמ׳ 23. לפי פוקו, אנשים מגיעים למיקום ההטרוטופי מתוך כפייה (למשל, לבית כלא) או מתוך קבלה עצמית של טקסים והיטהרויות.

78 שם.

79 שם, בעמ׳ 24. כדוגמה להטרוטופיה של פיצוי פוקו מביא את המושבות האנגליות באמריקה: ״אני חושב למשל על הרגע של גל הקולוניזציה הראשון במאה ה־17, על החברות הפוריטניות שהאנגלים ייסדו באמריקה, אשר היו בבחינת מרחבים אחרים, מושלמים לחלוטין.״ ראו גם אזולאי, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 122: ״חלוקות מרחביות, ניהול גבולות ומעברים וריבוד של המרחב והזמן... הכרחיים כדי שניתן יהיה לדבר על חברה ולא על המון או על התקבצות אקראית של יחידים.״

״[האונייה]... אותה פיסת מרחב צפה, מקום־ללא־מקום החי מעצמו, סגור בתוך עצמו ומופקר לאינסופיותו של הים, מפליגה מנמל לנמל, מחוף לחוף... **כלי השיט הוא ההטרוטופיה המובהקת. בציוויליזציות ללא אניות, החלומות מתייבשים, הריגול תופס את מקום ההרפתקה והמשטרה את מקום שודדי הים.**״[80]

מה פוקו מנסה לרמוז לקורא על אודות חשיבותם החברתית של מרחבים הטרוטופיים? נדמה שהמשפט המסיים את החיבור מלמד אותנו – ואולי מזהיר אותנו – אילו השלכות חמורות על מאגר הדמיון האנושי נלוות להעדרן של הטרוטופיות בחברות אשר מעלות על נס את פיתוחן הכלכלי והחברתי. הפרק הבא יבקש להציג את יישום עקרונות ההטרוטופיה, בראי דיני זכויות היוצרים, למקרה המבחן של מרחבי היצירה המתקיימים בקהילות המקוונות.

פרק ג: מקרה המבחן של הקהילות המקוונות

1. קהילות מקוונות: טקסונומיה ומאפיינים עיקריים

באופן כללי ניתן להגדיר את המדיה החברתית כקבוצה של יישומים מבוססי מרשתת אשר נבנו מהבחינה הטכנולוגית והאידיאולוגית על יסודות ה־Web 2.0, ואשר מאפשרים יצירה ותחלופה של תוכן משתמש מקורי.[81] קהילות מקוונות מסוגים שונים קיימות ומופיעות חדשות לבקרים. על מנת למקד את הדיון בקהילות המקוונות הרלוונטיות למאמר זה, אציע להשתמש במיפוי הטקסונומי שעורכים Kaplan & Haenlein במאמרם, המבוסס על כמה תיאוריות מתחומי חקר התקשורת וחקר התהליכים החברתיים.[82]

התיאוריה הראשונה היא תיאוריית הנוכחות החברתית (Social Presence Theory).[83] על פי גישה זו, המדיה נבדלת לפי מידת הנוכחות החברתית הקיימת בה, כלומר, לפי

---

80 פוקו ״על מרחבים אחרים״, שם, בעמ׳ 26 (ההדגשה הוספה).

81 Andreas M. Kaplan & Michael Haenlein, *Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media*, 53 BUS. HORIZONS 59, 61 (2010).

82 שם.

83 המושג ״נוכחות חברתית״ מופיע לראשונה אצל JOHN SHORT, EDERYN WILLIAMS & BRUCE CHRISTIE, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF TELECOMMUNICATIONS 65 (1976), המגדירים אותו כך: "the degree of salience of the other person in the interaction and the consequent salience of the interpersonal relationships". הגדרת המושג ״נוכחות חברתית״ אינה מוסכמת או אחידה; השוו להגדרה ביקורתית מאוחרת אצל D. Randy Garrison, Terry Anderson & Walter Archer, *Critical Inquiry in a Text-Based Environment: Computer Conferencing in Higher Education*, 2 INTERNET & HIGHER EDUC. 87, 94–95 (1999). המחברים מציינים כי בניגוד

מידת הקשר שיכול להיות מושג בה בין שני משתתפים, אשר קשורה למידת הקשר החזותי, האידיאולוגי והפיזי שיכול להיות מושג בה. הנוכחות ברשת החברתית מושפעת ממידת האינטימיות בין המשתמשים (בין־אישית או מתווכת) וממידת המיידיות (מסונכרנת או שאינה מסונכרנת). התיאוריה השנייה היא תיאוריית עושר המדיה (Media Richness Theory).[84] תיאוריה זו מניחה כי תפקידה של התקשורת הוא פתרון והפחתה של אי־הוודאות הקיימת בין הצדדים. לפיה, המדיה נבדלת לפי עושר המידע שהיא מאפשרת לצדדים להחליף ביניהם בזמן נתון. כך, יש מדיומים תקשורתיים אשר יעילים יותר בפתרון אי־הוודאות הקיימת בין הצדדים. התיאוריה השלישית היא תיאוריית הצגת העצמי (Self-Presentation Theory).[85] גישה זו גורסת כי בכל אינטראקציה חברתית יש לבני האדם רצון לשלוט ברושם שהם מותירים על אנשים אחרים. כך, למשל, הסיבה המרכזית שבעטייה אנשים מחליטים להקים לעצמם דף מרשתת אישי (personal web page) היא רצונם להציג את ״העצמי״ שלהם במרחב הסייבר.[86] התיאוריה הרביעית היא תיאוריית חשיפת העצמי (Self-Disclosure Theory).[87] חשיפת העצמי היא גילוי מידע על עצמי, דוגמת מחשבות, רגשות, דברים אהובים או לא אהובים ודברים שמתרחשים באופן מודע או לא מודע, והיא עקבית ביחס לאופן שבו האדם היה רוצה שתדמיתו האישית תעוצב. החשיפה העצמית היא שלב קריטי בהתפתחותן של מערכות יחסים קרובות, אבל היא יכולה להתרחש גם בין זרים גמורים.[88]

לתיאוריות מוקדמות, לגישתם האפקט של המדיה אינו הגורם הבולט ביותר כשלעצמו המשפיע על מידת הנוכחות החברתית. לדידם, "the communication context created through familiarity, skills, motivation, organizational commitment, activities, and length of time in using the media directly influence the social presence that develops".

84 Richard L. Daft & Robert H. Lengel, *Organizational Information Requirements, Media Richness and Structural Design*, 32 MGMT. SCI. 554, 559–560 (1986).

85 ERVING GOFFMAN, THE PRESENTATION OF SELF IN EVERYDAY LIFE 22 (1959). ראו גם Kaplan & Haenlein, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 62.

86 Kaplan & Haenlein, שם; Hope Jensen Schau & Mary C. Gilly, *We Are What We Post? Self-Presentation in Personal Web Space*, 30 J. CONSUMER RES. 385, 387 (2003).

87 Kaplan & Haenlein, שם.

88 רשתות חברתיות, שבהן חשיפת העצמי גבוהה, כרוכות בוויתור מסוים – מודע או לא מודע – על הפרטיות. ראו את דבריו משנת 2010 של מייסד Facebook, מרק צוקרברג, שלפיהם הפרטיות בעידן הרשתות החברתיות אינה מהווה עוד נורמה חברתית: Emma Barnett, *Facebook's Mark Zuckerberg Says Privacy is No Longer a 'Social Norm'*, THE TELEGRAPH (Jan. 11, 2010), www.telegraph.co.uk/technology/facebook/6966628/Facebooks-Mark-Zuckerberg-says-privacy-is-no-longer-a-social-norm.html. אולם השוו למטרה המוצהרת של רשת Facebook, כפי שנוסחה מחדש לאחרונה על ידי המייסד, המעלה על נס את הפרטיות: Marc Zuckerberg, *A Privacy-Focused Vision for Social Networking*, FACEBOOK (Mar. 6, 2019), www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-privacy-focused-vision-for-social-networking/10156700570096634/: "[O]ur vision [is to build] a privacy-focused messaging and social networking platform". הדיון במושג הפרטיות ברשת התחדד לאחרונה על רקע עדותו של צוקרברג בקונגרס

לפי הטקסונומיה המוצעת במאמרם של Kaplan & Haenlein, מאמרי מבקש להתמודד עם קהילות מקוונות שבהן הנוכחות החברתית ועושר המדיה הם ברמה הבינונית, והצגת העצמי וחשיפת העצמי הן בכל רמה שהיא (מנמוך ועד גבוה), קרי: עם אתרי רשתות חברתיות (social networks sites), דוגמת Facebook ו־Instagram, וכן עם קהילות תוכן (content communities), דוגמת YouTube ו־TikTok. ההנכחה העצמית במַסָדוֹת (פלטפורמות) של רשתות חברתיות גבוהה יותר, באופן טבעי, מאשר בקהילות תוכן, בעיקר בשל קיומו של פרופיל משתמש. לעומת זאת, שיתוף תכנים מקוריים של משתמשים מתרחש באופן תדיר יותר בקהילות תוכן מאשר באתרי רשתות חברתיות, ולפיכך גם מעלה בצורה שכיחה יותר סוגיות הנוגעות בזכויות יוצרים.[89] הבחירה להתמקד בקהילות מקוונות אלה אינה מקרית. היא נובעת מכך שאלה המסדות ששיעור השימוש בהן בקרב האוכלוסייה הוא הגבוה ביותר.[90]

לקהילות המקוונות הנבחנות במאמר זה יש מאפיינים מבחינים ומאפיינים דומים, אך המשותף לכולן הוא היותן מקום המאפשר קיום פעילויות חברתיות שונות, לרבות פעילות יצירתית. **מאפיין אחד** הוא קיומן של ישויות ״משתמשים״. דור Web 2.0 העניק למשתמשים ברשת את האפשרות ליצור תכנים, ולא רק לצרוך אותם.[91] האפשרות ליצור ולשתף תכנים בקהילות המקוונות נולדה בד בבד עם הדרכים השונות לזיהוי התוכן עם דמות ״היוצר״ – בעליו החוקיים של התוכן. גם בקהילות מקוונות המשתייכות לרשתות חברתיות המרכיב העיקרי המשותף להן הוא פרופיל המשתמש (user profile).[92] פרופיל המשתמש ניתן להתאמה אישית על ידי המשתמש היחיד, בכפוף לאופייה של הרשת

---

87 האמריקני בעקבות התפוצצות פרשת ״קיימברידג׳ אנליטיקה״, שבמסגרתה הודלף מידע על מיליון מבין משתמשי Facebook. ראו את רשימתה האקדמית של טל רונן ״הרהורים בזכות לפרטיות – בעקבות עדותו של מארק צוקרברג בקונגרס האמריקני״ **אתר משפט ועסקים** (2018) idclawreview.org/2018/08/21/ronen.

89 Kaplan & Haenlein, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 63.

90 לפי מדד Alexa, נכון למועד כתיבתן של שורות אלה שלושת האתרים הנצפים ביותר בישראל הם Google, Facebook ו־YouTube. ראו *Top Sites in Israel*, ALEXA, www.alexa.com/topsites/countries/IL (last visited June 24, 2020). ממחקר מקיף שערכה חברת בזק על אודות החיים בעידן הדיגיטלי בקרב מדגם ארצי ומייצג של 1,300 ישראלים, בשיתוף מכון המחקר TNS, נמצא כי היישומונים העיקריים שאנשים אינם מוכנים לוותר על השימוש בהם הם היישומונים החברתיים WhatsApp, Facebook, Instagram ו־YouTube. ראו **החיים בעידן הדיגיטלי – דוח האינטרנט של בזק 2017** www.bezeq.co.il/media/PDF/internetreport_2017.pdf.

91 Edward Lee, *Warming Up to User-Generated Content*, 2008 U. ILL. L. REV. 1459, 1460.

92 danah boyd, *Social Network Sites as Networked Publics: Affordances, Dynamics, and Implications*, *in* A NETWORKED SELF: IDENTITY, COMMUNITY, AND CULTURE ON SOCIAL NETWORK SITES 39, 43 (Zizi Papacharissi ed., 2010); danah m. boyd & Nicole B. Ellison, *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, 13 J. COMPUTER-MEDIATED COMM. 210, 211 (2008).

החברתית הנתונה. בדרך זו הפרט יכול לעצב את ״העצמי״ המקוון שלו שישוקף כלפי המרחב הקהילתי המקוון.[93]

מאפיין שני של הקהילות המקוונות הוא המעגלים החברתיים, המהווים את הסביבה החברתית המיידית של המשתמש, שעימה הוא מקיים אינטראקציה חברתית, שיח ודיאלוג יצירתי. כל קהילה מקוונת מאפשרת למשתמש לקיים אינטראקציה עם משתמשים מקבילים באופן התואם את מדיניותה ואת מטרותיה של הקהילה.[94] ברי כי לא כל אחד מהמשתמשים הפעילים ב־Facebook (שמספרם כיום כבר עולה על 2.7 מיליארד(!)) יוצר ומשתף תוכן מקורי.[95] אולם מעצם טבעה של הקהילה המקוונת כחברתית, רוב רובם של המשתמשים ברשת החברתית צורכים תכנים מקוריים, ובכך משמשים קהל המעניק במה וירטואלית ליוצרים שונים. דבר זה מקדם את אותם משתמשים־יוצרים המעוניינים להתקבל כשווים בין שווים בשיח היצירתי המקומי או העולמי.

סוגי המעגלים החברתיים שמשתמש־יוצר מקיים בקהילה המקוונת בשעה שהוא מפרסם תכנים מקוריים אינו אלא ״קהל״, וזהו **מאפיין שלישי** של הקהילות המקוונות. הקהל הוא הנמען של המידע, התכנים והמסרים שהמשתמש־היוצר מבקש להעביר באמצעות קהילה מקוונת נתונה.[96] מעצם טבען של הקהילות המקוונות החברתיות, ברי כי שיתוף התכנים עם קהלי היעד נעשה מתוך רצון – בין מודע ובין לא מודע – לקבל התייחסות כלשהי, משוב (feedback), ממשתמשים וממשתמשים־יוצרים אחרים באותו מרחב יצירתי.

גם בעולם הלא־מקוון יש לקהל תפקיד חשוב בתהליך היצירה וכן בשיח על אודות היצירתיות והחדשנות היצירתית המתקיימות במרחבי יצירה שונים. תיאוריות מאוחרות בדיני זכויות יוצרים, דוגמת גישת ההבניה החברתית, מעלות על נס את מעמדו של הקהל בתהליך היצירה, ואת תרומתו וחשיבותו לתהליך זה, ומשכך יש אף הרואים בציבור ובקהל יוצרים שותפים, אף שהם אינם מוכרים בחוק ככאלה.[97] אכן, לקהל יש תפקיד חשוב בעיצוב משמעותה הנוכחית של היצירה ובעיצוב משמעותה העתידית.[98] הקהל הוא הנמען – בכל מרחב יצירתי שבו הוא נמצא – ותגובותיו משפיעות לא רק על

---

93 Liam Bullingham & Ana C. Vasconcelos, *'The Presentation of Self in the Online World': Goffman and the Study of Online Identities*, 39 J. INFO. SCI. 101, 102–103 (2013).

94 boyd, לעיל ה״ש 92, בעמ׳ 43–44.

95 *Number of Monthly Active Facebook Users Worldwide as of 2nd Quarter 2020 (in Millions)*, WWW.STATISTA.COM/STATISTICS/264810/NUMBER-OF-MONTHLY-ACTIVE-FACEBOOK-USERS-worldwide/ (last visited June 24, 2020).

96 boyd, לעיל ה״ש 92, בעמ׳ 45–46.

97 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 32; CRAIG, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 2.

98 Zemer, *Dialogical Transactions*, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 163. כן ראו 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): "[I]t is on the audience that the art work depends for its continued existence, and not on the artist".

היצירה הקיימת ועל פרשנותה, אלא גם על יצירתו העתידית של היוצר, בעקבות הדיאלוג המתמשך שלו עם הקהל.[99] הבחנה מעניינת בין העולם הלא־מקוון לעולם המקוון בכלל ולעולם הקהילות המקוונות בפרט היא שהקהל הקיים באחרונות אינו סביל, אלא השתתפותי. אומנם גם בחלק ממרחבי היצירה בעולם הלא־מקוון יכול שיהא לקהל תפקיד השתתפותי פעיל לא מבוטל, אולם במסגרת הדיון בקהילות המקוונות השיח על אודות התפקיד ההשתתפותי של הקהל מגיע לשיאו,[100] ולוּ משום מגוון הכלים העומדים לרשות כל משתמש להשתתף ביצירה באופן עצמאי, להגיב על תכנים, לשתף תכנים משל עצמו ולהשפיע על מהלכו ועיצובו של השיח היצירתי בקרב ״קבוצת השווים״ שלו – המשתתפים המרכיבים יחד את הקהל ההשתתפותי (participatory audience).[101]

המאפיין הרביעי של הקהילות המקוונות הוא תוכן מבוסס משתמשים (user-generated content – UGC),[102] שהוא במידה רבה ה״דלק״ שמניע את הפעילות היצירתית בהן. פעולת השיתוף אינהרנטית לפעילות במרחב הקהילות המקוונות בכלל, ובאלה המתמקדות בפעילות יצירתית בפרט. היא המובילה לשיעור שיתוף גבוה של תכנים מקוריים. תכנים אלה מהווים מטבעם אתגר לאכיפת דיני זכויות היוצרים במרחבים אלה, משום שככל שהתכנים מבקשים להתכתב עם חומרי גלם יצירתיים נוספים שאינם נמצאים בנחלת הכלל (בין אם במרחב המקוון ובין אם לאו), עליהם לעמוד בתנאי השימוש ההוגן, כפי שהם מוסדרים בחוזה האחיד שכל משתמש נדרש לאשר לפני הצטרפותו לקהילה המקוונת.[103] על רקע ההכרה הגוברת בהיהפכותה של המרשתת להשתתפותית (participatory web), פרסם בשנת 2007 ארגון המדינות המפותחות (OECD) הצעה למאפיינים העיקריים המגדירים מהו תוכן מבוסס

---

99 תפיסה זו השתרשה בפסיקת בית המשפט העליון. ראו את דבריו של השופט ריבלין בע״א 8483/02 **אלוניאל בע״מ נ׳ מקדונלד**, פ״ד נח(4) 314, 354 (2004): ״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״. ראו גם ע״א 2287/00 **שוהם מכונות ומבלטים בע״מ נ׳ הרר**, פס׳ 18 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם באר״ש, 5.12.2005): ״זכויות קנייניות... הן כולן פרי של הבנייה חברתית – מבלי שבני החברה ייחסו לנכסים משמעות יהיו הזכויות בנכסים הללו נטולות כל ערך...״.

100 ראו Sonia Livingstone, *The Changing Nature of Audiences: From the Mass Audience to the Interactive Media User*, *in* A COMPANION TO MEDIA STUDIES 337, 338 (Angharad N. Valdivia ed., 2003), המדברת על ה־ "satisfying shift from passive observer to active participant in a virtual world".

101 boyd, לעיל ה״ש 92, בעמ׳ 45.

102 Steven Hetcher, *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One – Investiture of Ownership*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 863, 863, 870–874 (2008).

103 לדיון ביקורתי בחוזים אחידים אלה בהקשר של תוכן מבוסס משתמשים ראו, למשל, Steven Hetcher, *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part Two – Agreements Between Users and Mega-Sites*, 24 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 829, 867 (2008) (להלן: Hetcher, *Agreements Between Users and Mega-Sites*).

משתמשים, ובעיקר – בשל עמימותו וחדשנותו של המושג – הגדרה של מה שאינו יכול להיחשב תוכן מבוסס משתמשים.[104] באופן מעניין, מנסחי ההגדרה מודעים לכך שהיא אינה חפה מקשיים, הדומים לאלה הנלווים לדרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים, שכן "the minimum amount of creative effort is hard to define and depends on the context".[105]

הנה כי כן, מאפייני הקהילות המקוונות מציבים אתגרים עיוניים ודוקטרינריים רבים למערכת דיני זכויות היוצרים. הם מציבים אתגר קונספטואלי לתפיסות המוכרות לנו מהמרחב הממשי בשאלות על אודות זהותם של היוצר, היצירה ומרחב היצירה שהדין מוחל עליהם. בהיות מרחבי הקהילות המקוונות מרחבי יצירה ״אחרים״, אבקש עתה להציע עיון תיאורטי מחודש במרחבי הקהילות המקוונות בהתבסס על רעיון ההטרוטופיה, כבסיס לעיון מחודש בשאלת האופן שבו יש להחיל את דיני זכויות היוצרים במרחבים אלה, וכן לדיון בתפקיד שמרחבים אלה ממלאים ביחס למרחב הממשי – המרחב הלא־מקוון.

2. קהילות מקוונות כמרחבי יצירה הטרוטופיים

חלק גדול מהקהילות המקוונות מהוות מרחבי יצירה הטרוטופיים, ויש להן תפקיד רפלקטיבי ביחס לתפיסות החברה כפי שהן מעוצבות במרחב הממשי. מובן, כפי שאציג להלן, שלא כל קהילה מקוונת מהווה מרחב יצירה הטרוטופי, בוודאי לא בכל רגע נתון בהיסטוריה של התקיימותה. אולם בהינתן תנאים מרחביים מסוימים של קהילה מקוונת נתונה, ובהינתן אופן שימוש ייחודי של משתמשים־יוצרים במטרה להגשים ולבטא בה יצירתיות ומקוריות, המרחב של אותה קהילה מקוונת משמש מרחב יצירה הטרוטופי, במובן זה שעל דיני זכויות היוצרים לגלות את דעתם – או לכל הפחות את תשומת ליבם – להיותו של המרחב מעוצב ככזה. העובדה שאין צורה אחת אוניוורסלית לקונספט ההטרוטופי שיש בה ליצור מעין ״כללי אצבע״ באשר לשאלה מתי מרחב מסוים יוגדר כהטרוטופיה, ולצד זאת גמישותו של המושג ההטרוטופי וההזמנה לשיח פרשני שהוא מייצר, מביאות לידי כך שהעקרונות והמאפיינים השונים שפוקו מציג מתקיימים בעוצמות שונות ביחס לקהילות המקוונות כאשר אנו בוחנים אותן כמרחבי יצירה.

לפי **העיקרון הראשון**, אין זה אפשרי לדבר על החברה אלא עם היווצרותן של הטרוטופיות, שכן אין תרבות בעולם שאינה מייסדת מרחבים הטרוטופיים.[106] אומנם, דיני זכויות היוצרים המודרניים, שנועדו להכווין ולאסדר את ההתנהגות החברתית והיצירתית ביחס למוצרי ידע ותרבות, החלו להתפתח רק במאה השמונה־עשרה, אך ניתן למצוא בהיסטוריה האנושית של הידע והתרבות מרחבים הטרוטופיים שהקים האדם,

---

104 OECD, PARTICIPATIVE WEB: USER-CREATED CONTENT 8 (2007), www.oecd.org/sti/38393115.pdf.

105 שם.

106 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 68–71.

שבהם הוא יצר מוצרי ידע ומוצרי תרבות במרחב המובחן מיתר החברה.[107] נקודת מוצא זו מציידת אותנו בהבנה כי אין לראות בהופעתן של הקהילות המקוונות תופעה זרה או חדשנית, לפחות בכל הקשור להתפתחות האנושית הנוגעת במרחבי היצירה ובטכנולוגיות ההפצה של מוצרי ידע ותרבות. זאת, מכיוון שביחס לצורתם ולתפקידם של המרחבים ההטרוטופיים הנדונים במאמר זה, כל מרחב הטרוטופי ״משתנה בזמנים ובמקומות שונים, וכך גם יחסיו עם המרחבים האחרים שהוא מתבחן מהם״.[108]

אלה הם יחסי האחרות (otherness) שפוקו מדבר עליהם, במובן של היחס שהמרחב ההטרוטופי, ״האחר״, משקף כלפי יתר המרחבים. המאפיין המובהק המעיד על תפקידם של מרחבי הקהילות המקוונות כמרחב יצירה פורה הוא השיעור העצום של תוכן מבוסס משתמשים הנוצר ומשותף במרחבים אלה.[109] מובן שאין משמעות הדבר שאלה מרחבי היצירה היחידים המתקיימים בחברה המודרנית. מחד גיסא, יש בכך אולי כדי לעמעם מעט את התפיסה ההטרוטופית של מרחבי הקהילות המקוונות, אך מאידך גיסא, קשה להתעלם מכך שאלה מרחבי יצירה ייחודיים, חדשניים, המובחנים במידה רבה מיתר החברה, ולו בשל פרקטיקות היצירה ונורמות ההתנהגות המתקיימות בהם. בשל כך יש אפוא חשיבות לייחוד ההכרה בקהילות המקוונות כמרחבי יצירה הטרוטופיים.

העיקרון השני הוא שאפשר שברגע נתון אחד בהיסטוריה יהיה להטרוטופיה תפקיד מוגדר אחד ואילו ברגע היסטורי אחר יהיה לה תפקיד אחר, תוך התאמה לתרבות שבה היא מצויה.[110] השאלה שעולה בהקשר של הקהילות המקוונות כהטרוטופיות היא כמובן מי קובע את מטרתן ותפקידן ברגע נתון.[111] אני סבור כי אל לנו להתעלם

---

107 ראו, למשל, אופיר, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 194–195: ״אתר הטרוטופי שהופיע במערב בראשית העת החדשה והפך מאז לאחד מן המאפיינים המובהקים של המודרניות [הוא] מקום הידע הנסיוני. אמנם, מאז ייסד אפלטון את האקדמיה שלו היה לתהליך הייצור הממוסד של הידע מקום מוגדר ומובחן באופן יחסי, מובדל הן מבחינה תרבותית והן מבחינה פיסית.״

108 אזולאי, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 122. השוו Mark A. Lemley, *Is the Sky Falling on the Content Industries?*, 9 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 125 (2011). לְמלי דן בכמה דוגמאות מהמאה התשע־עשרה שבהן שינוי טכנולוגי שהוביל לכך שאנשים החלו לייצר תוכן רב יותר הוביל לשינוי באופן צריכת התוכן, ובעקבות זאת לאזהרות על כך שתעשיות הידע והתרבות השונות ניצבות בפני משבר שיוביל לסופן המוחלט – אזהרות אשר פעמים רבות לא התממשו. ניתן לומר כי שינויים אלה התרחשו במרחבים הטרוטופיים שאתגרו את המוכר והידוע. עד הופעתה של אותה טכנולוגיה חדשה קיימו בתוכם פיתוחים טכנולוגיים אלה (ובמידה מסוימת הם עודם מקיימים, כתלות בשימוש שנעשה בהם) מרחב הטרוטופי המאתגר את כל המוכר מסביבו בנוגע לתהליך היצירה המתקיים במרחבים הממשיים. דיני זכויות היוצרים מתפתחים ומשתנים לאורם של שינויים ותמורות אלה. בהקשר זה ראו את דבריו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 430 (1984): "From its beginning, the law of copyright has developed in response to significant changes in technology".

109 ראו לעיל ליד ה״ש 102–105 את הדיון בתוכן מבוסס משתמשים כמאפיין את הפעילות בקהילות המקוונות.

110 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 72.

111 ראו, למשל, את המטרה המוצהרת של הרשת החברתית ליצירות אומנותיות DeviantArt, אשר

מהפונקציה הכלכלית־המסחרית שקהילות מקוונות המופעלות על ידי תאגידי־ענק – Facebook, Instagram (שבבעלות Facebook), Google (המחזיקה במַסֶדֶת YouTube) וכיוצא באלה – משרתות. פונקציה זו אינה משנית, ולעיתים היא אף מטרה עיקרית בפעילותה של הקהילה המקוונת. אמת, בכל הנוגע בקהילות המקוונות מדובר בהיסטוריה קצרה, וקשה להצביע על השתנות הפונקציה שההטרוטופיה של הקהילה המקוונת המסוימת ממלאת, להבדיל מהטרוטופיות היסטוריות, שפוקו עומד עליהן בעיקר בהגותו המאוחרת.[112] רשת Facebook, למשל, שינתה לאורך השנים באופן מוצהר את הפונקציה שהיא ממלאת, עד כדי כך שהיא השכיחה – לפחות במישור הגלוי – את הפונקציה היצירתית.[113] גם מסדת YouTube, אשר מתקיימת בסופו של יום

פעילה משנת 2000: *About*, DEVIANTART, about.deviantart.com/ (last visited June 24, 2020): "We are the movement for the liberation of creative expression. We believe that art is for everyone, and we're creating the cultural context for how it is created, discovered, and shared... We provide the tools, resources, and exposure to enable them to become better, more successful artists. We inspire people to create art by feeding their creativity". כן ראו את מטרת הקהילה המקוונת הפופולרית טיקטוק: *Our Mission*, TIKTOK, www.tiktok.com/about?lang=en (last visited June 24, 2020): "Our mission is to inspire creativity and bring joy".

112 בהגותו המאוחרת החליף פוקו את המונח "הטרוטופיה" במונח "אתר משמעת" – אתר שבו הכוח השלטוני מנהל את החיים באמצעות התערבות ישירה בגוף המצוי בהטרוטופיה. המונח שפוקו פיתח לשם כך הוא Bio Power. אזולאי, לעיל ה"ש 56, בעמ' 124. המונח Bio Power מתאר פרקטיקות רציונליות המשמשות את השלטון כדי לפקח על האוכלוסייה ולנהל את צורכי החיים שלה. ראו בכתבים הבולטים העוסקים בנושאים אלה – למשל, מישל פוקו **לפקח ולהעניש – הולדת בית הסוהר** (דניאלה יואל מתרגמת, 2015); מישל פוקו **תולדות המיניות – הרצון לדעת** (גבריאל אש מתרגם, 1996).

113 הצהרת המשימה (mission statement) של Facebook עד מחצית שנת 2017 הייתה "[t]o give people the power to share and make the world more open and connected"; עד חודש מרץ 2019 הייתה משימתה "[t]o give people the power to build community and bring the world closer together"; וזו הוחלפה כאמור, באופן מפתיע (כפי שכבר צוין לעיל בה"ש 88), במשימה "[to build] a privacy-focused messaging and social networking platform". השוו לדבריו של מייסד Facebook מרק צוקרברג, שנאמרו כמעט עשור לפני כן, על כך שהפרטיות אינה מהווה עוד נורמה חברתית (ראו לעיל ה"ש 88). הכנסותיה של רשת Facebook מגיעות ברובן המכריע מפרסום: יותר מ־55 מיליארד דולר בשנת 2018. ראו *Facebook Reports Fourth Quarter and Full Year 2018 Results*, FACEBOOK (Jan. 30, 2019), investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2019/Facebook-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2018-Results/default.aspx.
עם זאת, ראוי לציין כי כדי לקדם את הצלחתה המסחרית של הרשת, היא משקיעה ככל הנראה משאבים לא מבוטלים בעידוד היצירה בקרב משתמשיה – למשל, בפיתוח יישומון לשימושם של משתמשים־יוצרים ברשת (Facebook Creator App), שמטרתו לאפשר לכל משתמש־יוצר ליטול חלק פעיל במרחבים היצירתיים ברשת. ראו *Facebook for Creators Is Here*, FACEBOOK FOR CREATORS, www.facebook.com/creators/facebook-for-creators-is-here (last visited June 24, 2020): "The Facebook for Creators website is built to help strengthen the global creator

מרווחי פרסום, אינה נחשדת על ידיי כמיזם חברתי שעיקר תכליתו ומטרתו היא חיזוק והעשרה של השיח התרבותי והיצירתי הגלובלי באופן שיהיה בו כדי להגשים את האינטרס הציבורי, כחלק מתכליותיהם של דיני זכויות היוצרים.[114]

אך על אף כל האמור נדמה כי שאלת המטרה שהקהילה המקוונת נועדה להגשים בזמן היסטורי נתון (לפחות זו המוצהרת על ידי מפעיליה) **אינה משנה כלל** לשאלת ההגדרה של המרחב היצירתי המתקיים בה כמרחב הטרוטופי, לפחות לא באספקלריה התיאורטית של דיני זכויות יוצרים. אסביר. באחד מראיונותיו עמד פוקו על הרעיון ההטרוטופי וציין כך:

> ״[הארכיטקטורה] יכולה לייצר – ומייצרת – אפקטים חיובים כשהכוונות המשחררות של הארכיטקט פוגשות בפרקטיקה הממשית של בני האדם המפעילים את החירות שלהם.״[115]

פוקו עמד על כך בקשר לארכיטקטים של העולם הממשי, אולם דבריו יפים גם למתכנתי המרחב של הקהילות המקוונות, אשר בכוחם לעשות פעולת ״שחרור״, כך שהארכיטקטורה של הקהילה המקוונת תפגוש את הפרקטיקה הממשית של המשתמשים־היוצרים המפעילים את חירותם היצירתית במרחב זה. המילה ״שחרור״ עשויה להיות מקושרת באורח אסוציאטיבי לקיומו של ״חופש״ (במובן של freedom). יש בכך מן האמת, אולם אין משמעות הדבר שמדובר בחופש שבו הכל פרוץ או שאין במרחב היצירה משמעות לכיבוד דיני זכויות היוצרים או שכל החומרים והסמלים המצויים במרחב הם "free for the taking";[116] אלא שהחופש במרחב ההטרוטופי של הקהילות המקוונות, ביחס לתפקיד שהוא ממלא בזמן נתון, הוא במובן של הגשמת החופש ליצור.[117]

החופש ליצור מתאפשר באמצעות קיומו של מרחב המאפשר דיאלוג אותנטי, שהוא

---

community and fuel your growth through inspiration, education, and support... At Facebook, we want to empower you to create, connect and grow".

114 ניבה אלקין־קורן ״המתווכים החדשים ׳בכיכר השוק׳ הווירטואלית״ **משפט וממשל** ו 381, 383 (2003).

115 זו תשובתו של פוקו לשאלה אם הארכיטקטורה כשלעצמה ״אינה יכולה לפתור את הבעיות החברתיות״. ראו ״מרחב, ידע וכוח – פול רבינוב מראיין את מישל פוקו״ **הטרוטופיה – על מרחבים אחרים** 53, 66 (אריאלה אזולאי מתרגמת, 2010).

116 Lauren Levinson, *Adapting Fair Use to Reflect Social Media Norms: A Joint Proposal*, 64 U.C.L.A. L. REV. 1038, 1040 (2017).

117 זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 114–122. זמר דן במרחב היצירה, ביוצר ובאחר, ומציין כי כל תיאוריה של זכויות יוצרים מניחה במידה מסוימת כי תהליך היצירה מחייב קיום של חירות ליצור שבעלי הזכות אינם יכולים לפגוע בה. לפיו, ״מרחב זה חיוני ובסיסי מאחר שמתקיימת בו תקשורת בין יוצרים ובינם לבין הציבור״ (שם, בעמ׳ 114). לפיכך הוא מגדיר את מערכת התקשורת בין היוצר לבין הציבור כדיאלוגית. זמר ״העסקה החברתית״, לעיל ה״ש 39, בעמ׳ 327.

״חיוני לפיתוח יצירה ולשימור החופש ליצור״.[118] קהילות מקוונות מקיימות סוגים שונים של שיח. לעיתים זהו שיח שאינו נלכד ברשת ההגנה של דיני זכויות יוצרים, משום שהוא עוסק ברעיונות או בביטויים יומיומיים, חדשותיים, שאינם מקיימים את דרישת היצירתיות כדי לזכות בהגנה. באספקלריה של זכויות יוצרים, נדמה כי כאשר עולה בידינו לזהות את השלב שבו השיח חוצה את הגבול מ״שיחה״ ל״דיאלוג״, זהו השלב שבו אנו מזהים ומכירים בפונקציית האחרות (the otherness function) שקהילות מקוונות ממלאות. חציית גבול מרתקת זו ממחישה יותר מכל עד כמה שימורו של הדיאלוג היצירתי המתרחש במרחבים אלה חשוב להגשמת תכליתם של דיני זכויות היוצרים, שכן לפי זמר:

> ״כדי... ליצור ביטוי הראוי להגנה נדרשת למחבר **אינטראקציה חברתית אינטנסיבית** – התערבות עמוקה יותר של ׳האחר׳ שאפשר לזהות את טביעות אצבעותיו ותרומתו הפרטית בזמן המפגש עם יצירה, עם טקסט או עם פרשנותם... דיאלוג הוא ׳תהליך בין־שיחי׳, אקט קומוניקטיבי שבו האחר נוכח כל הזמן – לעומת שיחה שהיא, כאמור, מידית ובדרגה נמוכה מבחינת המיקום והחשיבות של האחר. התוצרים של שיחה אינם משמעותיים לתהליך היצירה; אך האקט השיחתי שיוצא מגדר השיחה ומתקדם לעבר דיאלוג אותנטי, נמדד על ידי ההכרה בנוכחות של האחר בתהליך.״[119]

במרחבי הקהילות המקוונות ניתן לזהות את הפונקציה של הענקת ההזדמנות למשתמש־יוצר לקיים מפגש דיאלוגי עם ״האחר״ – מפגש שהוא קריטי להגשמה אמיתית וכנה של תכליותיהם של דיני זכויות היוצרים ולהגשמת החופש ליצור.[120] זמר גורס כי אם הדוקטרינה של זכויות יוצרים לא תגן על מרחבים דיאלוגיים ולא תאפשר את פיתוחו של המרחב השיחתי, סוגי היצירות שדיני זכויות היוצרים תוכננו להגן עליהם יהיו צורות של תקשורת ברמה נמוכה.[121] מה שחשוב לנו אם כן ליטול מהעיקרון השני הוא לא האופן שבו מתכנתי מרחב היצירה של קהילה מקוונת נתונה תופסים את מטרתם ומצהירים עליה (או מסווים אותה), אלא האופן שבו עיצוב המרחב ההטרוטופי של הקהילה המקוונת נחווה על ידי דייריה – המשתמשים־היוצרים – כמאפשר להם להגשים דיאלוג יצירתי ממשי.[122] רק אגב כך יש לבחון אם חוויה יצירתית זו מתיישבת

---

118 זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 114.

119 שם, בעמ׳ 116–117 (ההדגשה הוספה). ראו גם Zemer, *Copyright, Otherness, Dialogue*, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 169–170.

120 כחלק מהגישה התקשורתית בתיאוריה של דיני זכויות יוצרים, המרחב ההטרוטופי מגשים את האידיאה של המפגש עם ״האחר״ בתהליך היצירה. ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 33–41; CRAIG, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 50; DRASSINOWER, לעיל ה״ש 35, בעמ׳ 55–56.

121 זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 116–117.

122 שם, בעמ׳ 119: ״החופש ליצור מחייב זירה דיאלוגית מפותחת וזמינה; תיחום יתר של זירה זו ימנע את הגיוון השפתי והיצירתי ואת התרומה של הציבור לשכלולו.״

עם התכליות שדיני זכויות היוצרים מבקשים להגשים.

העיקרון השלישי, שלפיו בכוחה של ההטרוטופיה להציב במקום אחד בו־זמנית כמה מרחבים ממשיים המנוגדים זה לזה,[123] יכול לתרום לחשיבה מארגנת על אודות מרחבי הקהילות המקוונות (או קהילה מקוונת נתונה) כמרחבים יצירתיים. פוקו ציין כי במרחב ההטרוטופי יכול שיתקיימו זה לצד זה מרחבים מקודשים (sacred spaces) ברמות קדושה שונות. אם נבחר בהילוך פרשני דווקני, מובן כי אין לקבל את רעיון ה״קדושה״ ביישום לתיאוריה של דיני זכויות יוצרים, שכן יהיה בכך בסיס לטענה כי יש מרחבי יצירה ״קדושים יותר״ מאחרים, אשר הפֻּלֶט היצירתי הנוצר בהם ראוי לפיכך להגנה ״חזקה יותר״. דחיית הרעיון של סיווג המרחבים על פי ״רמת קדושה״ היא הכרחית, משום שסיווג זה עלול לשמש בסיס לאשרור תיאורטי חדש־ישן של תפיסות ארכאיות בדבר קדושתו של היוצר או קדושתה של היצירה.[124] בהינתן התקדמות אל עבר עולם של post-scarcity, השתנותם של המרחבים והופעתם של מרחבים חדשים מובילות גם להשתנותן של הנורמות הקיימות ולהופעתן של נורמות יצירה חדשות.[125]

אך מה משמעותו של יחס זה בין המרחבים הללו בעת הנוכחית לגבי שאלת מקומם של דיני זכויות היוצרים? מובן כי אין משמעות הדבר שדיני זכויות היוצרים אינם רלוונטיים עוד, אלא שהם צריכים להיות מותאמים להשתנות החברתית, הטכנולוגית והמרחבית. מהבחינה התיאורטית־הקונספטואלית, מקרה המבחן של הקהילות המקוונות והמפגש הבין־מרחבי המתקיים בהן מעניינים במיוחד, משום שהם משרתים לא רק את היוצר־המשתמש ״מן היישוב״, אלא גם את תעשיות הבידור השונות, אשר נהנות מהתועלות הכלכליות והיצירתיות שמרחבים אלה מספקים להן לשם הפצת תכנים. לפיכך יש בכך כדי לקיים תכלוּל בין־מרחבי – כפי שפוקו מתאר זאת – בתוך המרחב ההטרוטופי של הקהילות המקוונות עצמן.

דומה שהמרחב של קהילות מקוונות מסוימות עשוי לקיים בתוכו כמה סוגים של נחלות כלל, אשר יכולות להיות מנוגדות זו לזו או שונות במהותן אך גם להתקיים בו־זמנית. כך, למשל, בקהילה מקוונת מסוימת עשוי להתקיים מרחב של יצירות מוגנות המשותפות על ידי תעשיות הבידור, הכולל בתוכו גם תוכן מבוסס משתמשים, לצד מרחב של יצירות שאינן מוגנות משום שהן יצאו לנחלת הכלל או הוקדשו לציבור על ידי

---

123 ראו לעיל ליד ה״ש 73.

124 ראו את דבריו של פוקו בחיבור **מהו מחבר?**, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 37–46: ״במהותו... [המחבר] היה פעולה שמוקמה על הציר הקוטבי של הקדוש והכופר, המותר והאסור, הדתי ומחלל הקודש. מבחינה היסטורית הוא היה מחווה טעונת סיכונים לפני שנהפך לטובין בתוך הסירקולציה של הנכסים. כאשר הונהג משטר של בעלויות עבור טקסטים, כאשר הותקנו כללים חמורים בעניין זכויות היוצרים, בעניין היחסים בין מחברים ועורכים, בעניין זכויות ההפצה... באותו רגע קיבלה יותר ויותר האפשרות להפר חוק, שהייתה מוטבעת בפעולת הכתיבה, אופי של ציווי מיוחד לספרות.״

125 Mark A. Lemley, *IP in a World Without Scarcity*, 90 N.Y.U. L. REV. 460, 506 (2015): "[I]n a post-scarcity world, high-cost products will increasingly become the exception, not the norm. They will be islands of IP-driven content in a sea of content created without the need for IP".

היוצר. לפיכך דיון בעיקרון השלישי של מרחב היצירה ההטרוטופי המתקיים בקהילות המקוונות, אשר ממזג או מפגיש בין מרחבי יצירה שונים, אינו יכול להיעשות מבלי להידרש לחשיבותו של המושג ״נחלת הכלל״ בדיני זכויות יוצרים.[126] מכיוון שדיני זכויות יוצרים מעניקים זכות קניינית לאדם ביחס לנכס לא מוחשי פרי רוחו, הנכס הרוחני הזוכה בהגנה הוא תוצר של הבניה חברתית ושיח תרבותי, ולפיכך אתגר רב טמון בצורך ובאפשרות לאזן את הזכות בנכס הרוחני, שהוא על פי רוב נכס תרבותי, אל מול מעמדו של הציבור, זכותו של הציבור ביצירה, אפשרות הגישה שלו אליה וחופש הביטוי שלו ביחס אליה.[127] כל ההצדקות העיוניות לזכויות היוצר ביצירתו – ובפרט גישות עכשוויות – מעניקות משקל רב לדיון בנקודת האיזון הראויה שבין הציבור לבין היוצר,[128] אולם המושג ״נחלת הכלל״ הופיע כמנגנון איזון עוד בחוק זכות יוצרים המודרני הראשון.[129]

דיני זכויות היוצרים מגינים על ביטויים ונכסי תרבות רוחניים המבוססים על חומרי גלם שהיוצר לקח מנחלת הכלל והוסיף עליהם את גוני עולמו הפנימי, את כשרונו ואת חוויותיו. אולם ניכוס הביטוי היצירתי אינו מוגבל. בהינתן ש״הניסיון מלמד שבעלי הזכויות פועלים להרחבת זכויותיהם תוך כרסום בנחלת הכלל״,[130] אותו מאמץ מתמיד לבטל או לצמצם את הגישה לנכסים תרבותיים אלה ולהותירם בידיים פרטיות יוביל לפגיעה באיזון העדין שבין היוצר לבין הציבור, ויפגע בהתקדמות החברתית שדיני

---

126 ניבה אלקין־קורן ״על כלל ועל ׳נחלת הכלל׳: מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט״ **עיוני משפט** כה 9, 21 (2001). ראו דיון נוסף אצל Litman, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 995–999; Bitton, לעיל ה״ש 43, בעמ׳ 94–114.

127 אלקין־קורן, שם, בעמ׳ 14–15; טוני גרינמן **זכויות יוצרים** 44–46 (מהדורה שנייה, 2008). לדיון בשימושים המותרים במסגרת האיזונים ראו שם, פרק 6; זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 112. כן ראו את דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, התשס״ה־2005, ה״ח הממשלה 1116: ״דיני זכות יוצרים נועדו לקבוע הסדר שמטרתו הגנה על יצירות, תוך איזון בין אינטרסים שונים, לטובת הציבור. האיזון נדרש בעיקר בין הצורך ביצירת תמריץ הולם ליצירה, בדרך של הענקת זכויות כלכליות ביצירות, לבין הצורך לאפשר לציבור להשתמש ביצירות לשם קידום התרבות והידע, כל זאת תוך שמירה על חופש הביטוי וחופש היצירה, והבטחת תחרות חופשית והוגנת.״ ראו לאחרונה ע״א 1248/15 **Fisher Price Inc נ׳ דוורון – יבוא ויצוא בע״מ**, פס׳ כט לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ׳) רובינשטיין (פורסם באר״ש, 31.8.2017). בארצות הברית ראו את תיקון הקונגרס משנת 1998 לחוק זכות יוצרים, אשר האריך את משך התקופה שבה היצירות מוגנות ואי־אפשר להוציאן אל נחלת הכלל: Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998). התיקון אושר כחוקתי, וככזה שאינו סותר את סעיף ההסמכה בחוקה לחקיקת חוק זכות יוצרים, בעניין Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

128 ראו, למשל, את הדיון בגישת התכנון החברתי־המוסדי לעיל ליד ה״ש 24–27; Coombe, לעיל ה״ש 26, בעמ׳ 1855; Weinstock Netanel, *Market Hierarchy*, לעיל ה״ש 27, בעמ׳ 1928. כן ראו את הדיון בגישת ההבניה היצירתית לעיל ליד ה״ש 28–32, וכן את הדיון בגישה התקשורתית לעיל ליד ה״ש 33–41.

129 חוק המלכה אן, לעיל ה״ש 10.

130 ניבה אלקין־קורן ״הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע״ **עלי משפט ב** 319, 341 (2002).

זכויות יוצרים מנסים לקדם, כאחת ההצדקות לקיומם.[131] חוקרי המשפט מעלים על נס את חשיבות שימורה ושכלולה של נחלת הכלל ככזאת שיש בה כדי להגשים את תכליותיהם של דיני זכויות היוצרים, ועל רקע התמורות המתחוללות בעשורים האחרונים בעולם זכויות היוצרים, מתקיים דיון ער בתפיסות מחודשות ביחס למושג ״נחלת הכלל״.

Litman סבורה כי עלינו להבין את נחלת הכלל לא כמתחם שבו מצויים חומרים שאינם ראויים להגנה, אלא כמכשיר שמאפשר לשאר מערכת דיני זכויות היוצרים לפעול באופן שמותיר חומרי גלם הניתנים לשימוש על ידי אחרים.[132] בנקלר סבור כי החולשה בהגדרה המסורתית של המושג ״נחלת הכלל״ היא שהדיכוטומיה הנוצרת בין חומרים מוגנים לבין חומרים הנמצאים ב״נחלת הכלל״ עשויה להוציא מתוך נחלת הכלל שימושים שעשויים להיחשב מותרים. לפיכך הוא מציע להבין ולתחום את נחלת הכלל באספקלריה פונקציונלית, קרי, באמצעות שאלת השימושים המותרים והשימושים שאינם מותרים במידע ובביטויים המצויים בה.[133] Boyle מציע להכיר בקיומן של כמה נחלות כלל, אשר כל אחת מהן מציגה ומשקפת משמעויות שונות לסמלים שונים המתקיימים בחברה.[134] ברוח זו טוענת Samuelson כי אפשר למנות לא פחות משלושה־עשר סוגים של נחלות כלל, שניתן למיינם לשלוש קטגוריות שונות, ואף מציגה אותם בהרחבה.[135] לשיטתה, להכרה בכמה נחלות כלל יש יתרונות רבים לצד חסרונות בלתי נמנעים.[136] זמר גורס כי נחלת הכלל היא ״אנחנו״.[137] לפיו, נחלת הכלל נוטלת חלק בהיווצרותו של כל חומר המוגן בזכויות יוצרים, ולמעשה היווצרות זו אינה אפשרית

---

131 שגיא לפיד ״על יום החג של (נחלת) הכלל״ **אתר משפט ועסקים** (2019) idclawreview.org/2019/01/01/Lapid/.

132 Litman, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 968 ו־1023.

133 Benkler, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 361–362.

134 James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33, 58–62, 73–74 (2003).

135 ראו Pamela Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 DUKE L.J. 783, 785 (2006): "(1) the legal status of information resources; (2) freedoms to use information resources, even if protected by intellectual property (IP) rights; and (3) accessibility of information resources"; Pamela Samuelson, *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 147 (2003).

136 Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domains*, שם, בעמ׳ 823–833. אחד היתרונות שהיא מונה הוא שההכרה בכמה נחלות כלל מייתרת את הדיון הלא־יעיל באשר להגדרה ה״נכונה״ של נחלת הכלל; יתרון נוסף הוא שאותה הכרה בנחלות כלל רבות מאפשרת להכיר בערכים שונים של נחלות כלל שונות; ויתרון שלישי הוא שההכרה האמורה מאפשרת את קיומן של נחלות כלל אשר ערות לסוגי שימושים שונים שיכולים להתפתח בהן. במישור הסיכונים הגלומים בהכרה בכמה נחלות כלל ניצב החשש המרכזי שאותה הכרה תוליך לעיתים לבלבול באשר למשמעותו ולמהותו של המושג ״נחלת הכלל״ בהקשר של שימוש ספציפי.

137 Zemer, *The Copyright Moment*, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 308.

אלא אם כן נחלת הכלל תורמת להיווצרותה.[138] לפיכך לא יכולה להתקיים נחלת כלל ליצירות מוגנות בלבד, ולכל היותר ניתן להגדיר את נחלת הכלל כתת־קטגוריה בתוך המרחב החברתי הרחב.[139] Cohen מבקשת למקם מחדש את הדיון בנחלת הכלל בהקשר של הדיון ב״נוף התרבותי״ (cultural landscape), להבדיל מהדיון המקובל, שעיקרו הוא שאלת הבעלות בתוכן.[140] על רקע השינוי בנורמות השיתוף והיצירה בעידן המקוון, ביטון מבקשת להציע את מודל ה־GDM (Gradual Dedication Model) כפתרון מבוסס חקיקה המבטא התייחסות ראויה, בין היתר, לפרקטיקות השיתוף והיצירה הנוהגות במרחבי קהילות היצירה המקוונות המפיקות תכנים מבוססי משתמשים.[141]

אם מאמצים את הרעיון שקיימות כמה נחלות כלל, אזי על פי העיקרון השלישי של פוקו, המרחב היצירתי ההטרוטופי של הקהילות המקוונות מצליח לקיימן בו־זמנית על אף הניגודיות האינהרנטית שעשויה להימצא ביניהן. אך זהו המקום להדגיש כי איני מבקש להציע נחלת כלל נוספת, מעין ״נחלת כלל הטרוטופית״, משום שמאמר זה אינו עוסק בהמשגה של נחלות הכלל ואינו מציע טקסונומיה מחודשת שלהן. מה שמאמר זה מציע הוא להמחיש באמצעות המושג המארגן ״הטרוטופיה״ כיצד קהילות מקוונות מצליחות לעיתים להציב בתוכן כמה נחלות כלל בו־זמנית, אף שהן עשויות להיות מנוגדות זו לזו מבחינת התכליות העומדות בבסיסן ומבחינת תפיסותיהם של השחקנים־היוצרים הפועלים במרחבים אלה.

אכן, מרחב הקהילות המקוונות, ככל ההטרוטופיות שבהן דן פוקו, הוא מקום ״אחר״ המתקיים במקביל לחברה ה״ממשית״, ה״רגילה״. כך, מרחב היצירה ההטרוטופי שמתקיים בקהילות המקוונות בשל מאפייניהן המיוחדים (שנוצרו על ידי הקוד, הפרקטיקות היצירתיות של המשתמשים־היוצרים או שילוב של שניהם) יכול להיחשב אף הוא מרחב יצירתי ״אחר״, שמציב בתוכו כמה נחלות כלל המקיימות ביניהן אינטראקציה דיאלוגית ויחסי גומלין יצירתיים. בהיותן מרחבי יצירה הטרוטופיים, הקהילות המקוונות מאפשרות להגשים מפגש בין־מרחבי אידיאי בין חומרים שמקורם במרחבים ״אחרים״. כפועל יוצא מכך, ״השפעות ה׳הכפלה׳ של המרחב מביאות [את השחקנים במרחב ההטרוטופי] להתייחס זה לזה באופנים שבדרך כלל הם בלתי־אפשריים במרחב החברתי שבחוץ, וכך יוצרים פער בין האתר [ההטרוטופי] לבין הסובב אותו״.[142] ההבנה כי האתר ההטרוטופי של הקהילות המקוונות מייצר פער התנהגותי

---

138 שם.

139 שם: "It is a fiction to devise a domain in which only unusable or unprotectable copyrighted entities reside. The public domain in copyright cannot exist independent of the larger social domain".

140 Julie E. Cohen, *Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain*, in THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN: IDENTIFYING THE COMMONS IN INFORMATION LAW 121, 158 (Lucie Guibault & P. Bernt Hugenholtz eds., 2006).

141 Bitton, לעיל ה״ש 43, בעמ׳ 101–107. כן ראו את הדיון להלן בה״ש 198.

142 אופיר, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 194.

בינו לבין הסובב אותו – בשל המפגש הבין־מרחבי שהוא מאפשר לייצר בתוכו – מחייבת הפנמה דוקטרינרית אל תוך הדין הפוזיטיבי המאסדר מרחבים אלה.

העיקרון הרביעי – העוסק באופן שבו הזמן משתכלל בתוך המרחב ההטרוטופי[143] – מנוסח באופן קצר יחסית בחיבורו של פוקו, אשר אינו מרחיב על אודותיו, ואולי יש בכך הזמנה לקורא ליצוק תוכן פרשני לשאלת בחירתו המעניינת של פוקו בדוגמת הפסטיבל. מהו אפוא ייחודו של הזמן בהטרוטופיה הפסטיבלית, ואיזה כוח רפלקטיבי מרחב הטרוטופי פסטיבלי אוצר בתוכו ביחס למרחבים ממשיים וקבועים? אבקש להציע תשובה לשאלות אלה באמצעות קריאה פרשנית של חלק זה בחיבורו של פוקו דרך מקרה המבחן של פסטיבל מסוג קרנבל (carnival). שורשיו של אירוע הקרנבל נטועים באמונה הנוצרית, והם הגיעו לשיאם בארצות אירופה בימי הביניים.[144]

על בסיס מסורת הקרנבל פיתח הפילוסוף מיכאיל בכטין (Mikhail Bakhtin) את המושג ״קרנבליות״ (carnivalesque), תוך שהוא מרחיב בנוגע להשפעתו של מצב זה על תהליך היצירה, כמצב המאתגר את המוסכמות הרשמיות ואת המִדרגים החברתיים הדוגמטיים, ומערער על סמכויות הכוח של השלטון.[145] דרך המושג ״קרנבליות״ ביקש בכטין להמחיש כיצד בהשתנותם של מאפייני השדה החברתי בתקופת אירועי הקרנבל היה גם כדי לשנות ולעצב מחדש את השדה היצירתי, כל עוד נמשכו אירועי הקרנבל.[146] בשעה שפוקו מדבר על ה״אחרות״ שההטרוטופיה מעמידה לדייריה, ואשר מאפשרת להם להתייחס זה לזה בתוך המרחב ההטרוטופי באופן שמרחבים אחרים אינם מאפשרים להם,[147] בכטין מדבר על הקרנבל באופן דומה להפליא, באומרו כי הוא

---

143 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 74–76.

144 ״קרנבל, קרנבלסקיות״ **אנציקלופדיה של הרעיונות – תרבות, מחשבה, תקשורת** 1091, 1091–1093 (דוד גורביץ׳ ודן ערב עורכים, 2012): ״אירוע חברתי ופומבי המלווה בתחפושות, במוזיקה, בתחרויות ובריקודים, שהתפתח בתרבות העממית של ימי הביניים והגיע לשיא פריחתו ברנסנס. האירוע הקרנבלי מבליט יסודות של חופש ופמיליאריות, פנטזיה ודמיון, דיאלוג בין־תרבותי ומחאה פוליטית.״ ראו בהרחבה *Carnivalesque*, *in* IAN BUCHANAN, OXFORD DICTIONARY OF CRITICAL THEORY (2010); BARBARA EHRENREICH, DANCING IN THE STREETS: A HISTORY OF COLLECTIVE JOY 77–95 (2007).

145 MIKHAIL BAKHTIN, RABELAIS AND HIS WORLD 10 (Hélène Iswolsky trans., 1984): "[C]arnival celebrated temporary liberation from the prevailing truth and from the established order; it marked the suspension of all hierarchical rank, privileges, norms, and prohibitions"; Renate Lachmann, *Bakhtin and Carnival: Culture as Counter-Culture*, 11 CULT. CRITIQUE 115, 125 (Raoul Eshelman & Marc Davis trans., 1989).

146 BAKHTIN, שם, בעמ׳ 11: "All the symbols of the carnival idiom are filled with this pathos of change and renewal, with the sense of the gay relativity of prevailing truths and authorities".

147 אופיר, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 194. ראו גם HETHERINGTON, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ viii, המראה כיצד האתרים ההטרוטופיים המתוארים בחיבורו של פוקו – שכותרתו המפורשת היא ״על מרחבים אחרים״ (On Other Spaces) – הם מרחבים של אחרות (spaces of Otherness) הנוצרים "in relation to other sites by their difference... [Heterotopia are] spaces of alternate ordering".

מהווה "[a] temporary suspension, both ideal and real, of hierarchical rank... [which creates] a special type of communication impossible in everyday life".[148] החוויה הקרנבלית של דיירי המרחב ההטרוטופי מובילה לליקוי המטשטש את הגבולות בין העולם ה״אמיתי״, הממשי, לבין המרחב הקרנבלי, הארעי, הנסיוני, שאותו אנו חווים כחלק בלתי נפרד מהחיים.[149] לפי בכטין, החוויה הקרנבלית הארעית היא זמן אלטרנטיבי ההופך את העולם שהקרנבל מתקיים בו ל״עולם אחר״ המתקיים לצד ״העולם האמיתי״,[150] ממש כשם שההטרוטופיה לפי פוקו היא ״מקום או מרחב אחר, המובדל מן המרחב הרגיל ומערער על עצם קיומו״.[151] יוצא כי הקרנבל אינו רק חוויה של ״זמן אלטרנטיבי״, אלא מרחב הטרוטופי אשר ״מציין את החריג והסוטה ביחס למרחב הממשי והתקני שעמו הוא מתכתב״.[152]

קווי דמיון ממשיים ניתנים לשרטוט בין העיקרון הרביעי של פוקו לבין מושג הקרנבליות שפותח בהגותו של בכטין. ייתכן, כפי שחוקרים אחדים טוענים, שיש השפעה מסוימת (אם כי לא ישירה) של בכטין על פוקו, וייתכן אולי שאין מושג הקרנבליות מתיישב עם מלוא הפירוש הנכון של מושג ההטרוטופיה בהגותו של פוקו.[153] אך כאמור, בכל הנוגע במושג ההטרוטופיה אין מהלך הסקתי־פרשני אחד עדיף או נכון. נדמה לי שדווקא הסקה פרשנית הרואה את הקרנבל כמרחב הטרוטופי תָחום בזמן נראית לי נכונה, משום החשיבות שפוקו מעניק למושגים דוגמת ״האחר״ או ״אחרות״ בהגותו הכללית או בהגות הפרטיקולרית העוסקת בחוויית המרחב ההטרוטופי, באופן שמתכתב עם חווית הקרנבל לפי בכטין. בקרנבל על פי בכטין ״האחר״ עומד במרכז הבמה, השוליים נהפכים למרכז, העני נהפך לעשיר, הבדלים בין־מעמדיים נמחקים, מוקדי הכוח מועמדים ללעג ולפרודיה, הקווים נחצים, המחסומים

משכך, מרחבים הטרוטופיים והאלטרנטיביות שהם מייצגים ביחס למרחבים אחרים מציגים דרך אלטרנטיבית לפעולות שונות. ראו בהרחבה שם.

148 BAKHTIN, לעיל ה״ש 145, בעמ׳ 10: "This led to the creation of special forms of marketplace speech and gesture, frank and free, permitting no distance between those who came in contact with each other and liberating from norms of etiquette and decency imposed at other times". ראו גם Zemer, *Dialogical Transactions*, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 176: "Carnival, for Bakhtin, *is a means to display otherness by dismantling the hegemonic role of official voices*" (ההדגשה הוספה).

149 ראו בהרחבה אצל TIMOTHY L. CARSON, LIMINAL REALITY AND TRANSFORMATIONAL POWER 3–4 (1997).

150 ראו את הדיון לעיל בה״ש 144.

151 ראו לעיל ה״ש 58 והטקסט שלידה; פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 13.

152 הערך האנציקלופדי ״הטרוטופיה״, לעיל ה״ש 58.

153 Daniel Defert, *Foucault, Space, and the Architects*, *in* POLITICS/POETICS: DOCUMENTA X: THE BOOK 274, 275–276 (Catherine David & Jean-François Chevrier eds., 1997). השוו Johnson, לעיל ה״ש 63, בעמ׳ 84.

החברתיים מוסרים. כך גם הקהילות המקוונות מציעות למשתמשים־היוצרים עושר של תכנים, חומרי גלם, שיחות, מרחבים דיאלוגיים והזדמנות מרחבית ליצירה.[154]

גם פוקו וגם בכטין ראו את אירועי הקרנבל או הפסטיבל כזמניים וחולפים. אולם כאשר אנו בוחנים את הקהילות המקוונות כמרחב יצירה הטרוטופי, נדמה כי ניתן לתפוס אותן ואת הפונקציה שהן ממלאות כמרחב יצירה ״אחר״,[155] ולפיכך ניתן לראותן כמקיימות מעין קרנבל יצירתי בעל זמניות קבועה. יש גם מקום לטענה כי הקרנבל היצירתי המתרחש בהן אינו זמני, אלא נמשך כל עוד המשתמש־היוצר נוכח בהן או בוחר להיות נוכח בהן.[156]

לקרנבל היצירתי המתקיים בהטרוטופיות של הקהילות המקוונות יש תפקיד מרכזי ברפלקטיביות כלפי המרחבים הממשיים. פוקו עמד על כך שהיחס בין ההטרוטופיה לבין המיקומים שסביבה הוא יחס של השהיה, נטרול או היפוך של ״מכלול היחסים שבאמצעותם ניתן להצביע עליהם, לשקף או לחשוב אותם״.[157] פוקו אינו יוצר משלושת שמות הפעולה הללו משמעות אופרטיבית נוספת, ועל כן ניתן ליצוק לתוכם פרשנות, כפי שמציעה אזולאי.[158] האם ההטרוטופיה במרחב הקהילות המקוונות היא הטרוטופיה של היפוך? אזולאי מציינת כי הטרוטופיות של היפוך הן, בין היתר, הטרוטופיות שבהן במהלך שעות מספר הסדרים מתהפכים, והן מתאפיינות בכך שהן משמשות חלק מן הסדר החברתי, מחזקות אותו ומהפכות אותו בעת ובעונה אחת. בהמשך לדיון במושג הקרנבל, אף שניתן לראות את הקרנבל כמתקיים באופן זמני־קבוע בקהילות המקוונות, נדמה שהתפקיד הרפלקטיבי של הקהילות המקוונות כהטרוטופיה אינו יכול להתמצות בתפקיד של היפוך. זאת, משום שההיפוך אינו מבקש בהכרח לכונן שינוי חברתי; תפקידו של ההיפוך מתמצה בחיזוק הסדרים הקיימים בחברה או למצער יכול להיות מפורש ככזה.[159]

---

154 Zemer, *Dialogical Transactions*, לעיל ה״ש 37, בעמ׳ 215–216.

155 זאת, בהתאם לפונקציה שהטרוטופיות אלה ממלאות, כפי שראינו בהתאם לעיקרון השני שפוקו מציג: פונקציה שתפקידה להגשים את החופש ליצור של המשתמשים במרחבים אלה. ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 110 ואילך.

156 הכניסה והיציאה מהמרחבים תיבחן דרך העיקרון החמישי של פוקו. ראו להלן.

157 פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 13.

158 אזולאי, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 119–120. בדיון זה אתמקד אך ורק במשמעות האופרטיבית של הטרוטופיות מסוג היפוך ומסוג נטרול. הטרוטופיות מסוג השהיה הן הטרוטופיות הנוצרות אד הוק, באופן לא מתוכנן, כתוצאה משינוי פתאומי הכופה את היווצרותה של יחידה מרחבית־זמנית חדשה – למשל, באזורי אסון. הטרוטופיה זו נעלמת עם שיקומם של הכללים הקודמים, ואינה רלוונטית לדיון בקהילות המקוונות. להרחבה ראו שם.

159 אזולאי, שם, מציגה את אירועי ״יום התלמיד״ כהטרוטופיות של היפוך שבמהלכן הסדרים מתהפכים לגמרי אך חוזרים למקומם לאחר שעות אחדות. יש בכך כדי לחזק ולהפך את הסדר החברתי בו־זמנית, ולטעמי יש בכך גם כדי לתת צידוק למהותם ולעצם קיומם של הכללים המוכרים. ההיפוך הזמני מאשרר את המצב הקיים כמצב ״נכון״ ונותן לו תוקף, אל מול המצב ה״חריג״, השונה, האחר, הלא־מוכר והזמני. ראו HETHERINGTON, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 51: "[H]eterotopia... [can be both

לפיכך נדמה כי בהקשר של העיקרון הרביעי יהיה נכון לראות במרחב ההטרוטופי הקרנבלי המתקיים בקהילות המקוונות מרחב הטרוטופי מסוג נטרול. לפי אזולאי, המושג ״נטרול״ אצל פוקו מבקש להצביע על סוג מסוים של מרחבים הפועלים מתוך הסכמה עם המרחב שהם מבקשים לנטרלו בקביעות, מתוך התנגדות לכלליו וחיפוש אחר פִּרצה. דוגמה יפה שהיא מציגה לכך הן ספינות ההפלות (abortions) הפועלות במים הבין־לאומיים. ספינות אלה קוראות תיגר על מערך הכללים והחוקים של המרחב המדינתי אשר בזיקה אליו הן פועלות, אך ״לא מדובר בפעילות גרילה, כי אם בפעילות המבקשת להתחכם למערך הכללים הקיים ולייצר מרחב שבו ניתן יהיה לעוקפם״.[160] אפשר לראות את מרחבי היצירה של הקהילות המקוונות כמרחבים המעוניינים, בעצם קיומם, לנטרל את מערך הכללים המקובל במרחב הממשי, תוך ניסיון לקרוא תיגר עליהם באופן קבוע.[161] התבחנותם של המשתמשים־היוצרים במרחבים אלה משקפת לחברה תפיסות חדשות, אחרות, המבקשות לעצב מחדש את כללי המותר והאסור ביצירה. אין משמעות הדבר שהמושג ״זכות היוצר ביצירתו״ אינו רלוונטי עוד, אלא שמרחב היצירה ההטרוטופי של קהילה מקוונת נתונה משקף לחברה תפיסות חדשות כלפי מושג זה.

העיקרון החמישי של פוקו עוסק במערכת הפתיחה והסגירה של ההטרוטופיה, אשר מבודדת אותה ובעת ובעונה אחת הופכת אותה לחדירה.[162] פוקו אומר כי יש הטרוטופיות שנראה כי שערי הכניסה אליהן פתוחים לגמרי אבל למעשה הן מסוות הדרות משונות. אלה הן, לפי פוקו, הטרוטופיות של אשליה – הטרוטופיות שנדמה לנו כי נכנסנו אליהן אבל בעצם כניסתנו אליהן הודרנו מתוכן. נדמה שבהקשר של הקהילות המקוונות האשליה באשר לכניסה לתוכן היא רבה, והדוגמה המיידית לכך היא החוזים האחידים המקפחים בכל הנוגע בתוכן מבוסס משתמשים אשר המשתמש־היוצר נאלץ לאשר לפני שהוא נכנס להטרוטופיה היצירתית של הקהילה המקוונת.[163]

העיקרון השישי, שהוא בראייתי גם העיקרון שמבקש לְסכוֹם את התוצאה האופרטיבית של חמשת העקרונות הקודמים, הוא השאלה מהו בסופו של דבר התפקיד שההטרוטופיה ממלאת ביחס למרחב הממשי שנותר. פוקו אומר שהתפקיד נפרש בין שני קטבים מנוגדים: בקוטב האחד תפקידה הוא לייצר מרחב אשלייתי המכריז על יתר המיקומים של החיים האנושיים כאשלייתיים, ואילו בקוטב האחר תפקידה הוא לייצר מרחב ממשי אחר – מושלם, מוקפד ומאורגן באותה מידה שבה המרחב הממשי שלנו

---

about resistance and order] because both involve the establishment of alternative modes of ordering".

160 אזולאי, שם, בעמ׳ 121.

161 תפיסה זו מתיישבת עם נקודת המוצא המוצגת במאמרה של Bitton, לעיל ה״ש 43, בעמ׳ 96, על אודות פרקטיקות היצירה והשיתוף בעידן הנוכחי: "Since the introduction of information technologies and the development of the Internet, we have seen an ever-growing resistance to protection provided for copyrightable works".

162 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 77–78.

163 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 103.

הוא חסר סדר, בנוי בצורה גרועה ומבולגן.[164] הסוג האחרון – שמבקש לייצר מרחב ממשי, ״אחר״ ומושלם – אינו מהווה הטרוטופיה של אשליה, אלא הטרוטופיה של פיצוי.[165] בראייתי, מרחבי היצירה ההטרוטופיים המתקיימים בקהילות המקוונות נתפסים על ידי המשתמשים־היוצרים הפועלים בתוכן כהטרוטופיות של פיצוי.

כמרחבי יצירה, קהילות מקוונות מעמידות בתוכן ביטויים וחומרי גלם הלקוחים מכמה נחלות כלל מנוגדות, ומאפשרות, לפחות במישור האידיאי, להגשים ולכונן מרחב יצירה קרנבלי, שהוא הכרחי לקיום דיאלוג יצירתי שהוא מעבר ל״שיחה״ גרידא. כמרחבי יצירה הן מאפשרות לדייריהן להחליף סמלים, משמעויות, דעות ורעיונות, לערבב חדש בקיים, לקרוא תיגר, להמליך מלכים ולנתץ הגמוניות שליטות בצורה שאינה מתאפשרת להם בהכרח במרחבים הממשיים. על רקע ההתנגדות החתרנית שמרחב היצירה ההטרוטופי מאפשר לכאורה, העיקרון השישי של פוקו מעיד כי לפחות מנקודת מבטם של המשתמשים־היוצרים, הם רואים במרחבי הקהילות המקוונות מרחבים של פיצוי על האופן שבו מרחבי היצירה מאורגנים ומאוסדרים על ידי דיני זכויות היוצרים במרחב הממשי. להפנמה כי המרחב של הקהילות המקוונות הוא מרחב ״אחר״, מרחב הטרוטופי של פיצוי המאיר באור שונה את המרחב הממשי התוחם אותו, אמורות להיות השלכות לא רק על אופן עיצובו של המרחב ברמה התיאורטית, אלא גם על אופן עיצובם של דיני זכויות היוצרים. בכך אבקש לעסוק בפרק הבא.

פרק ד: המרחב ההטרוטופי בדיני זכויות יוצרים

1. הטרוטופיה – הזמנה לשיח תיאורטי מארגן

יישום רעיון ההטרוטופיה של פוקו למרחב הקהילות המקוונות הוא בעיקרו הזמנה לשיח רעיוני־מושגי מחודש על האופן שבו אנו תופסים ומעצבים את מרחב הקהילות המקוונות. אך יותר מכך, ההכרה בקהילות המקוונות כמרחבי יצירה הטרוטופיים היא גם הזמנה לשיח מחודש על המרחב הממשי התוחם ומקיף אותן ועל האופן שבו הוא מאורגן. ייבוא ויישום של רעיון ההטרוטופיה אל תוך השיח התיאורטי בדיני זכויות יוצרים מבקש לתרום חידוש לספרות התיאורטית הקיימת העומדת בבסיס ההצדקה לקיומה של מערכת דינים זו.

ההכרה במרחבי היצירה של הקהילות המקוונות כמרחבים הטרוטופיים מייצרת כוח רפלקטיבי־משקף דו־כיווני: בין מרחבי היצירה של הקהילות המקוונות אל תוך המרחב הממשי, ולהפך. זאת, מכיוון שמרחבים הטרוטופיים ומרחבים ממשיים אינם מנותקים לחלוטין, לפי פוקו, ומקיימים ביניהם זיקה הדדית ויחסי גומלין. מרחבי היצירה של

164 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 79.

165 שם.

הקהילות המקוונות מאפשרים למשתמשים־יוצרים הפועלים בהם לחתור להתבדל מהתפיסות המוכרות להם המתקיימות במרחב הממשי, ופעילותם היצירתית מאתגרת אותו, באופן מודע ובאופן לא מודע. בכיוון רפלקטיבי אחד, המרחב הממשי משתקף פנימה אל תוך המרחב ההטרוטופי, ומאיר את הפעילות היצירתית שם כהתנהגות הסוטה מן הממוצע או מן הנורמה הנדרשת בחברה.[166] בכיוון הרפלקטיבי ההפוך, השתקפותם של מרחבי הקהילות המקוונות כלפי חוץ, אל תוך המרחב הממשי המקיף אותם, מבליטה את עושר ההזדמנויות ומגוון הכלים היצירתיים ואפשרויות השיתוף הקיימים בהם, ובמקביל את העדרם (היחסי) של כל אלה במרחב הממשי. זאת, בין היתר, בשל האופן שבו הדין מאסדר פעילות יצירתית במרחב זה.

הכוח הרפלקטיבי, העוצמתי והחתרני של מרחב הקהילות המקוונות כלפי חוץ מאתגר את התפיסות התיאורטיות המצדיקות את הדין הדוקטרינרי הקיים, ומעמיד דין זה במבוכה ואף במצב של משבר.[167] חנה ארנדט כתבה בהקשר אחר על משמעותו של משבר ועל ההזדמנות שהוא מספק לנו.[168] המשבר, לפיה, הוא אירוע אשר מעצם טיבו מסיר מסכות ומוחק דעות קדומות. הוא מאפשר לנו הזדמנות לחקור ולבחון את מהותו של העניין הניצב גלוי וחשוף מולנו, לאחר שדבר מה נשבר.[169] דבריה של ארנדט יפים לענייננו, שכן היא דוחקת בנו לא להסתמך על התשובות שהתרגלנו להסתמך עליהן אף מבלי לתפוס שהן מתפקדות כתשובות לשאלות שאנו ניצבים בפניהן:

> ״משברים כופים עלינו לחזור לשאלות עצמן, ותובעים מאתנו תשובות חדשות או ישנות, ומכל מקום הכרעות מפורשות. **משבר הופך לאסון רק כאשר מגיבים אליו בהכרעות מן־המוכן, כלומר בדעות קדומות. גישה כזאת לא רק מחריפה את המשבר אלא גם גורמת לנו להתעלם מן המציאות ולהחמיץ את ההזדמנות לבחינה עצמית שהיא מספקת לנו.**״[170]

איני מבקש לאמץ את השיח המשברי במלואו אל תוך השיח התיאורטי בדיני זכויות יוצרים. כל שאני מבקש הוא להניח את נקודת המוצא שככל שקיים משבר כזה בדין הדוקטרינרי הנוהג, הוא מהווה גם הזדמנות להבין ״מה נשבר״ מהבחינה התיאורטית; להסיר את המסכות, למחוק דעות קדומות ולהפסיק המענה ה״אוטומטי״ על שאלות שהתרגלנו להשיב עליהן מן המוכן. בכך תהא משום התרחקות מבורכת מגישה

---

166 ראו במיוחד את הדיון לעיל בה״ש 69 ואת המקורות המובאים שם.

167 זמר ואלעזרי בר און, לעיל ה״ש 1; Paul Edward Geller, *Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change*, 55 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 165, 166–179 (2008). ראו גם Lemley, *IP in a World Without Scarcity*, לעיל ה״ש 125, בעמ׳ 463–464. כן ראו מיכל שור־עופרי ״זכויות יוצרים ומגוון תרבותי – האם המטבע מתחת לפנס?״ **משפט, חברה ותרבות – האם המשפט חשוב?** 569 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010) והמקורות המובאים שם בה״ש 2.

168 חנה ארנדט ״המשבר בחינוך״ **תכלת** 30, 94 (יניב פרקש וגדי גולדברג מתרגמים, 2008).

169 שם, בעמ׳ 96.

170 שם (ההדגשה הוספה).

המתעלמת מן המציאות ומחמיצה הזדמנויות לשינוי קונספטואלי בדיני זכויות יוצרים. לא כל מרחבי היצירה ״זהים״ זה לזה. מרחבים שונים מהווים מרחבי יצירה שונים. מרחבי יצירה שונים מאתגרים לא רק את השאלות המיידיות, האינטואיטיביות, כגון ״מיהו היוצר״ או ״מהי יצירה״, אלא יש להם גם תפקיד אחר, סמוי מן העין ורפלקטיבי, והוא לאתגר את תפיסות העומק הנטועות בחברה על אודות המותר והאסור בפעילות יצירתית, כפי שהדין מעצבם במרחב הממשי.[171] רק אגב התמודדות עם תפיסות העומק יתקבלו תשובות לשאלות בדבר מיהות היוצר או זהות היצירה, ככל ששאלות אלה ייוותרו פתוחות. הבנת מרחבי היצירה החדשים תוכל לשמש בסיס לשינויים בהפעלת הדין אשר יְשַמרו את הרלוונטיות של דיני זכויות יוצרים. מושג ההטרוטופיה יכול לשמש בסיס לשיח מחודש על אודות האופן שבו הדין מעוצב במרחב הממשי ומותאם למרחבי היצירה של הקהילות המקוונות, שכן –

> "Heterotopia are spaces in which an alternative social ordering is performed. These are spaces in which a new way of ordering emerges that stands in contrast to the taken-for-granted mundane idea of social order that exists within society."[172]

מרחב היצירה של קהילה מקוונת נתונה, ככל מרחב הטרוטופי, אינו מתקיים כשלעצמו כמרחב רעיוני בלבד, אלא מתקיים באופן יחסי למרחב הממשי המקיף אותו.[173] בבקשו לייצר סדר חברתי חדש אשר מנוגד למרחב הממשי, חותר תחתיו ואף מבקש לנטרלו,[174] המרחב ההטרוטופי המתקיים בקהילות המקוונות ממלא תפקיד רפלקטיבי כלפי חוץ וכלפי התפיסות המושגיות הקיימות במרחב הממשי ונטועות בדין על אודות נורמות מותרות ואסורות בתהליכי היצירה.[175] לפי פוקו, השיקוף הרפלקטיבי של הטרוטופיות כלפי חוץ – אל תוך המרחב הממשי – אומר לנו משהו על עצמנו יותר

---

171 בירנהק, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 87–91.

172 HETHERINGTON, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 40.

173 שם, בעמ׳ 48: "[H]eterotopia are more than just ideas about space. Certainly they are not sites that exist in themselves, they are relational".

174 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 160–161 בתפקיד המנטרל של מרחב היצירה ההטרוטופי המתקיים בקהילות המקוונות.

175 בכך מרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות ממלא את פונקציית האחרות שפוקו מדבר עליה. ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 108–109. לגישת HETHERINGTON, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 51, שאלת האחרות של המרחב ההטרוטופי היא שאלה של מִשמוע המרחב: "It is clear in Foucault that heterotopia are about the association of difference with Otherness. It is how being, acting, thinking or writing differently comes to be seen as Other, and the use *to which that Otherness is put as a mode of (dis)ordering that is the most significant aspect of heterotopia*" (ההדגשה הוספה).

מאשר על המרחב עצמו.[176] השיקוף אומר לנו משהו על האופן שבו אנו מארגנים את חיינו החברתיים ובוחרים את נורמות היצירה המתקיימות במרחב הממשי, כחלק מרעיון של כינון סדר חברתי אלטרנטיבי המבוסס על שיפור הסדר הקיים.[177] אכן, אין מקום להתעלמות מהרפלקטיביות המשתקפת ממרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות אל תוך המרחב הממשי. רפלקטיביות זו צריכה לזכות בהפנמה קונספטואלית בדין המבקש לארגן את הפעילות היצירתית המתרחשת במרחבים אלה.

נדמה כי נקודת המוצא של מחוקקים להתמודדות עם האתגרים שהמרחב המקוון מציב בפני דיני זכויות יוצרים נטועה בתפיסה החוטאת בהבנת האופן שבו המרחב מעוצב, ובכך הם מחמיצים הזדמנות להכרה בעומקה של ההזדמנות שהמרחב מעניק לאלה הפועלים בתוכו.[178] לעיתים הם מאמצים פתרונות אסדרתיים מתוך רצון לארגן את המרחב כולו, על בסיס ראייה הרואה את המרחב היצירתי המקוון כמרחב אחד. בכך הם מבקשים לייבא באופן כמעט מוחלט את דיני זכויות היוצרים של המרחב הממשי אל תוך המרחב ההטרוטופי, תוך מגמה ניכרת של הפרטת מנגנוני האכיפה.[179]

מקרה מבחן בולט מהעת האחרונה המחמיץ את אופיו של מרחב היצירה ההטרוטופי

---

176 Cohen, *Cyberspace as/and Space*, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 222.

177 שם: "When confronted with the malleability and the (relatively) unbounded possibilities of cyberspace, what kinds of alternate social orderings do we imagine and seek to enable? Which attributes of real space do we seek to perfect and harness in the service of utopian ambitions?". תשובה חד־משמעית לשאלה זו מציע HETHERINGTON, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 52: "The alternative mode of ordering expressed in a heterotopic site *is a mode of ordering based upon some idea of social improvement*" (ההדגשה הוספה).

178 Cohen, *Cyberspace as/and Space*, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 225, עומדת על הכשל הקונספטואלי הקיים בהקשר זה ביחס לתפיסת המרחב המקוון כולו: "Theories of cyberspace as space fail not because they lack the proper understanding of whether 'cyberspace' is different from 'real space,' and *indeed that debate simply muddies the issue. Rather, they fail because they lack appreciation of the many and varied ways in which cyberspace is connected to real space and alters the experience of people and communities whose lives and concerns are inextricably rooted in real space*" (ההדגשה הוספה).

179 האכיפה נעשית באמצעות אסדרת הכלי הטכנולוגי, ולא באמצעות הכוונת התנהגותם של המשתמשים. בארצות הברית ראו Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (להלן: DMCA). כן ראו אלקין־קורן ״הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע״, לעיל ה״ש 130, בעמ׳ 322–323. לביקורת ראו Bitton, לעיל ה״ש 43, בעמ׳ 73: "[The DMCA] harms fair use doctrines inasmuch as it does not require that the aforementioned technical measures be designed to enable fair uses. This makes the DMCA a significant threat to the public domain". האכיפה האלגוריתמית, שאינה מגובה בשיקול דעת אנושי, מובילה לאכיפה שרירותית של מנגנון ההודעה וההסרה בקהילות מקוונות: JENNIFER M. URBAN, JOE KARAGANIS & BRIANNA L. SCHOFIELD, NOTICE AND TAKEDOWN IN EVERYDAY PRACTICE 3–5 (2016); Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 19 STAN. TECH. L. REV. 473 (2016).

בקהילות המקוונות, ובכך מונע את שימורם של דיני זכויות היוצרים כמערכת דינים רלוונטית, הוא הדירקטיבה שאימץ האיחוד האירופי בחודש אפריל 2019.[180] מטרת הדירקטיבה היא "[to] adjust[] copyright rules to the digital age", וכן "[to] ensure adequate protection for authors and artists, while opening up new possibilities for accessing and sharing copyright-protected content online throughout the European Union".[181] מהלך החקיקה הקיצוני, ובפרט סעיף 17 לדירקטיבה (המוכר כסעיף 13 בטיוטת הדירקטיבה), המכוון בעיקר כלפי קהילות מקוונות מהסוג הנדון במאמר זה,[182] עורר – ועודנו מעורר – מחלוקת ציבורית עזה ברחבי האיחוד האירופי ומחוץ לו.[183] במכתב פתוח של ממציאי המרשתת ואדריכליה אל נשיא הפרלמנט של האיחוד

---

180 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 Apr. 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. מרגע אישור הדירקטיבה נקבע פרק זמן של עשרים וארבעה חודשים שבו המדינות נדרשות להטמיע את הוראות הדירקטיבה בחקיקתן הפנימית.

181 European Council Press Release, EU Adjusts Copyright Rules to the Digital Age (Apr. 15, 2019), www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/04/15/eu-adjusts-copyright-rules-to-the-digital-age/.

182 שם. הסעיף מטיל חבות על מסדות לשיתוף תכנים וקהילות מקוונות לקבל רישיון לשימוש בתכנים המועלים אליהן לפני שהן מאפשרות את שיתופם. למעשה, בהעדר רישיון מבעלי הזכויות, הסעיף מחייב את המסדות לערוך סינון אוטומטי של תכנים מפֵרים לכאורה. מנגנונים אלה, המבוססים על אכיפה אלגוריתמית שאינה מדויקת ממילא, עלולים להוביל לפגיעה בחופש הביטוי ובחופש ליצור של המשתמשים במרחב המקוון. ראו דיון בעניין זה לעיל בה״ש 179. אומנם, ס׳ 17(6) לדירקטיבה מחריג מסדות וקהילות מקוונות שפעילות פחות משלוש שנים, שרווחיהן השנתיים אינם עולים על 10 מיליון אירו בשנה ואשר מספר המבקרים השונים שלהן קטן מ־5 מיליון בחודש, ובכך הוא עורך הבחנה מסוימת בין המרחבים. אולם בפועל החרגה זו אינה מביאה בחשבון מרחבי יצירה מקוונים, דוגמת רשת DeviantArt, אשר אינה נופלת לגדרי החרגה זו ולפיכך הסעיף מסכן את המשך פעילותה החיובי והרצוי.

183 כ־5.5 מיליון (!) כבר חתמו על עצומה נגד הסעיף: *Stop the Censorship-Machinery! Save the Internet!*, CHANG.ORG (June 24, 2020), www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet. בהצהרה משותפת של הולנד, לוקסמבורג, פולין, איטליה ופינלנד נגד הדירקטיבה הובעה הדעה כי "[d]igital technologies have radically changed the way content is produced, distributed and accessed. The legislative framework needs to reflect and guide these changes. However, in our view, the final text of the Directive fails to deliver adequately on the above-mentioned aims. We believe that the Directive in its current form is a step back for the Digital Single Market rather than a step forward". ראו בהרחבה Council of the European Union, *Draft Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC – Joint Statement by the Netherlands, Luxembourg, Poland, Italy and Finland* (Apr. 11, 2019), eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7986_2019_ADD_1_REV_1&qid=1555582605966&from=EN.

האירופי, מחודש יוני 2018, הובע חשש שאינו משתמע לשני פנים שלפיו "Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet".[184] מפעילי הקהילות המקוונות הודיעו כי לא יהיה ביכולתם לשאת בעול האכיפה שהחקיקה האירופית מטילה עליהם.[185] לעומתם, אומנים ידועים, כמו גם מוציאים לאור וגורמים בתעשיות הבידור, הביעו תמיכה במחוקק האירופי.[186]

הקרב המתעורר במחלוקת על אודות סעיף 17 הוא קרב בין ענקיות הטכנולוגיה (מפעילות הקהילות המקוונות) לבין המוציאים לאור של המרחב הממשי. שום צד מבין אלה אינו נחשד כחף מאינטרסים כלכליים צרים שאינם מתיישבים תמיד עם תכליותיהם של דיני זכויות היוצרים. תפיסת עולם המכירה במרחב היצירה כהטרוטופי היא גם תפיסת עולם ראויה אשר מיטיבה לייצר נקודת איזון שתפגע במידה פחותה באינטרס הציבורי בכל הנוגע בפעילותם של המשתמשים, דיירי המרחב ההטרוטופי של הקהילות המקוונות, שהם יצרני התוכן העיקריים. מרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות נתפס על ידי המשתמשים בו כמרחב של פיצוי על האופן שבו מרחבי היצירה הממשיים מאורגנים ומאוסדרים.[187] אולם המחוקק האירופי, במה שנראה כתשובה מן המוכן, ביקש להתמודד עם העוצמה הרפלקטיבית הנשקפת מהמרחב המקוון באמצעות אסדרתו כמרחב הטרוטופי של אחרות, שבו נורמות היצירה סוטות מהמקובל במרחב הממשי.[188] בכך הדירקטיבה מתעלמת ממאפייני המרחב ההטרוטופי, ומייצרת בכוחה הכופה הטרוטופיות מקוונות אשר מסוות את ההדרות שקיימות בתוכן.[189] הדירקטיבה חוטאת לאידיאות של דיני זכויות היוצרים. למשתמשים נדמה שהם נכנסו למרחב יצירתי הטרוטופי של פיצוי, המאפשר את קיומו של קרנבל מקוון, אשר חיוני לקיום דיאלוג יצירתי ומשותף, אך בפועל הם מודרים פעם נוספת באמצעות הוראות הדירקטיבה,[190]

---

184 על המכתב חתומים, בין היתר, Tim Berners-Lee, ממציא ה־WWW, Tim O'Reilly, הוגה רעיון ה־Web 2.0, וכן שורה של מייסדות ומייסדים של המרשתת. מחברי המכתב הפצירו בנשיא הפרלמנט למחוק את הצעת הסעיף "[f]or the sake of the Internet's future". המכתב זמין בכתובת www.eff.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf.

185 ראו את מכתבה הפתוח של מנכ״לית YouTube המכוון ליוצרי הקהילה המקוונת: Susan Wojcicki, *A Final Update on Our Priorities for 2018*, YOUTUBE OFFICIAL BLOG (Oct. 22, 2018), blog.youtube/inside-youtube/a-final-update-on-our-priorities-for.

186 Bethany Minelle, *Sir Paul McCartney Calls on MEPs to Back Music Copyright Change*, SKY NEWS (July 4, 2018), news.sky.com/story/sir-paul-mccartney-calls-on-meps-to-back-music-copyright-change-11426177.

187 ראו במיוחד את הדיון לעיל ליד ה״ש 165 ואילך.

188 ראו במיוחד את הדיון לעיל ליד ה״ש 69 ואת המקורות המובאים בהערה שם.

189 זהו העיקרון החמישי של פוקו לאפיון המרחב ההטרוטופי. ראו פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 23–24, וכן את הדיון לעיל ליד ה״ש 77–78.

190 ראו, למשל, ס׳ 17(7) לדירקטיבה, שמבקש להחריג תכנים המהווים ציטוט, מובאה, ביקורת או תוכן שנועד למטרת קריקטורה, פרודיה או חיקוי (pastiche). סעיף זה נועד לכאורה לאפשר את השיח הביקורתי והקרנבלי המתקיים במרחב הקהילות המקוונות, אולם הוא אינו מספק את מתנגדי החוק, המכנים אותו, בצדק מסוים, The Meme Ban. Meme (מֶם) הינו חלק מתרבות המרשתת בכלל

נוסף על ההדרות הקיימות במרחב זה ממילא.[191]

הגדרת מרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות על ידי הממסד כמרחב של סטייה מהמקובל מאשררת לממסד את תפיסותיו הקיימות באשר לנורמות השיח היצירתי: הנכונות והלא־נכונות, המותרות והאסורות. הגדרת מרחב היצירה ההטרוטופי כמרחב של סטייה מונעת את שכלול התפיסות הרצוי ביחס למושג ״זכות היוצר ביצירתו״, באופן שפוגע באפשרות שימורה של מערכת דיני זכויות היוצרים כמערכת רלוונטית.[192] המשך קיומו של מרחב הקהילות המקוונות כמרחב של סטייה הוא המאפשר לבעלי הכוח או לממסד להצדיק את הדין הקיים, ההיסטורי. הרעיון ההטרוטופי מלמד על הקשר בין משמוע המרחב וארגונו לבין מושגים של הפעלת הכוח בתוך המרחב ההטרוטופי והמרחב בכלל.[193] נדמה שמשמוע מרחב היצירה של הקהילות המקוונות והפעלת הכוח הסמוי בתוכו דרך מנגנוני שליטה – הפעלת כוח ההופכת אותו ממרחב של פיצוי למרחב של הדרה – הוא ביטוי מובהק ל־second

---

וממרחב הקהילות המקוונות בפרט, ופירושו "[a]ny content which spreads quickly through a network... [or a] picture with a humorous caption which is very widely shared online". ראו *Meme*, *in* DANIEL CHANDLER & ROD MUNDAY, A DICTIONARY OF SOCIAL MEDIA (Oxford Reference Online, 2016). ממים עשויים לעורר סוגיות הנוגעות בזכויות יוצרים. הם עשויים להיחשב פעולת יצירה נגזרת, המותרת רק לבעל הזכויות, אך נדמה שהגנת השימוש ההוגן פורשת את הגנתה על המפרסם או היוצר, בפרט כאשר המם מהווה ביקורת או פרודיה על היצירה המקורית: Ronak Patel, *First World Problems: A Fair Use Analysis of Internet Memes*, 20 U.C.L.A. ENT. L. REV. 235, 256 (2013). על חשיבות הפרודיה בדיני זכויות יוצרים ועל עצם התכתבותה האינהרנטית עם חומרים קיימים, כפי שהוכרה בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני, ראו עניין Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 580 (1994). כן ראו רע״א 2687/92 **גבע נ׳ חברת וולט דיסני**, פ״ד מח(1) 251, 275 (1993).

191 ההדרות הקיימות כבר עתה הן, למשל, החוזים האחידים המקפחים שכל משתמש נדרש לאשר בעת הצטרפותו לקהילה המקוונת. ראו את הדיון אצל Hetcher, *Agreements Between Users and Mega-Sites*, לעיל ה״ש 103, וכן את הדיון בהקשר של קהילות מקוונות לעיל ליד ה״ש 162–163. לדיון נרחב בטענה כי מערכת Content ID המופעלת ברשת YouTube כבר הובילה ממילא למותה של הגנת השימוש ההוגן במרחב המקוון, בשל ההסרה השרירותית האינהרנטית הקיימת בהפעלתה, ראו Taylor B. Bartholomew, *The Death of Fair Use in Cyberspace: YouTube and the Problem with Content ID*, 13 DUKE L. & TECH. REV. 66, 87 (2015).

192 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 44 במשנתו של הפילוסוף Gallie על אודות חשיבות השכלול המתמיד של מושגים.

193 Michel Foucault, *The Eye of Power*, *in* POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS 1972–1977, 146, 149 (Colin Gordon ed., Leo Marshall et al. trans., 1980): "A Whole history remains to be written of *spaces* – which would at the same time be the history of *powers*" (ההדגשות במקור). לדיון במונח המאוחר בהגותו של פוקו Bio Power, שנדון על ידיו בהקשרים דומים, ראו את המקורות המובאים לעיל בה״ש 112. כן ראו הצעה להגדרת המושג ״כוח״ וניתוח הקשר שלו לידע בהגותו של פוקו: ״כוח, כוח־ידע״ **אנציקלופדיה של הרעיונות – תרבות, מחשבה, תקשורת** 497, 497–498 (דוד גורביץ׳ ודן ערב עורכים, 2012).

enclosure movement, שביחס אליה הובע לא אחת חשש בספרות התיאורטית בדיני זכויות יוצרים.[194]

אין משמעות הדבר שיש לשעתק נורמות של מרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות אל המרחב הממשי. אדרבה, כהצעה לשיח מארגן, דווקא מכיוון שהמרחב ההטרוטופי הוא מרחב ״אחר״ מהמרחב הממשי המקיף אותו, הוא מהווה הזדמנות לבחינה רעיונית מחודשת של המרחב הממשי ושל תפיסותינו על אודותיו. מרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות מאתגר כבר יותר מעשור את מרחב היצירה הממשי, ולוּ משום שהוא מאפשר לדייריו ״לנטרל״ את מצב הדברים ה״רגיל״ המוכר להם, ומציב בפניהם מצב דברים אלטרנטיבי, ״אחר״.[195] דומה כי פוקו מזהיר אותנו מעצמנו, שכן ללא הטרוטופיות ״החלומות מתייבשים, [ו]הריגול תופס את מקום ההרפתקה״.[196] כמקרה מבחן מאלף, סעיף 17 לדירקטיבה האירופית מאיים להפוך את מרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות ממרחב של פיצוי למרחב של הדרה: מרחב אשר מייבש את השיח היצירתי והופך אותו מדיאלוג לשיחה; מרחב אשר מחליף את ההרפתקה שבחשיפה, ביצירה ובשיתוף במרחב, במנגנונים של ״ריגול״, פיקוח ואכיפה.[197] ההטרוטופיה של מרחב היצירה המקוון, כמרחב מנטרל, היא הזדמנות לשינוי התפיסות ביחס לשאלות שהתרגלנו להשיב עליהן מן המוכן.

בפרק השלישי עמדתי על כך שאיני מבקש להציע את כינונה של נחלת כלל חדשה, מעין ״נחלת כלל הטרוטופית״, או את ההכרה בנחלת כלל כזו. זה המקום לחדד נקודה זו: דווקא מכיוון שמרחב היצירה ההטרוטופי המתקיים בקהילות המקוונות מצליח להציב בתוכו מרחבים שונים – נחלות כלל שונות שעשויות להיות מנוגדות זו לזו – התרומה המארגנת הגלומה במושג ההטרוטופי, אשר מבחין, ממזג ומפגיש בין מרחב למרחב, מחייבת אותנו בחשיבה מחודשת על האופן שבו אנו מגדירים ותופסים מלכתחילה גם את המושג ״נחלת הכלל״ במרחב הממשי.[198] בראייתי, נקודת המוצא

---

194 Boyle, לעיל ה״ש 134. מִשמוּע השיח במרחב הקהילות המקוונות מוביל באמצעות מנגנוני הדיכוי בו להטרוטופיות של הדרה, שכן ״בעידן המידע הציבו המחוקקים ותאגידי הענק מנגנונים פורמליים אשר הובילו להנצחתה של 'second enclosure movement' ולהגדרה מחדש של גבולות הגישה למשאבי ביטוי. החשש אפוא הוא מכינונו של פאודליזם חדש, דיגיטלי, שדרכו תיבנה חברה בשליטה... ארכיטקטורות של שליטה מגבילות את האפשרות של הציבור ושל יחידים ליצור יצירות חדשות ולהשתתף בעיצוב משמעויות לביטויי יצירה קיימים״. זמר ״העסקה החברתית״, לעיל ה״ש 39, בעמ׳ 339–340.

195 אופיר, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 194. כן ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 142.

196 פוקו ״על מרחבים אחרים״, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 26.

197 ראו את מכתבם של מייסדי המרשתת לנשיא הפרלמנט של האיחוד האירופי, לעיל ה״ש 184, שבו הם מציינים: "By requiring Internet platforms to perform automatic filtering all of the content that their users upload, *Article 13 takes an unprecedented step towards the transformation of the Internet from an open platform for sharing and innovation, into a tool for the automated surveillance and control of its users*" (ההדגשה הוספה).

198 זהו העיקרון השלישי של פוקו. ראו את הדיון הכללי לעיל ליד ה״ש 73. כן ראו את הדיון ביישום

העיונית בדיון התיאורטי צריכה להיות ההבנה כי בעוד ״נחלת הכלל״ היא רעיון מופשט שגבולותיו עמומים, עיצוב מרחב נתון נעשה תמיד ביחס למרחב ממשי. המרחב (space) קודם מבחינה רעיונית לנחלה (domain), ולפיכך עיצוב מרחב היצירה הוא המנוע לשכלולה הרצוי והתמידי של נחלת הכלל בדיני זכויות יוצרים. אגב הפנמתה של תפיסה זו נוכל להשיב על שאלות נורמטיביות המתעוררות במרחבים אלה בדבר תהליך היצירה, ככל ששאלות אלה ייוותרו פתוחות.

2. הביטוי הנורמטיבי של המרחב ההטרוטופי

התייחסות לרפלקטיביות הנשקפת ממרחבי יצירה הטרוטופיים מזמנת גם דיון מחודש במושגי היסוד הנוגעים בהפעלתם של דיני זכויות היוצרים. החלת הדין הקיים על הקהילות המקוונות אמורה להביא בחשבון את עצם היותן מרחבי יצירה ״אחרים״. הכרה מושגית באופיים ההטרוטופי של מרחבי היצירה המתקיימים בקהילות מקוונות משמשת כלי ליישום פוזיטיבי והלכתי של התיאוריה המעלה על נס את הצורך בקיום מרחבי יצירה דיאלוגיים בעלי מאפיינים ״קרנבליים״. היא משמשת בסיס תיאורטי נוסף לפרשנות דינמית של דיני זכויות יוצרים[199] — פרשנות אשר מגשימה את תכליותיהם של דינים אלה באופן שמביא בחשבון את מאפייני המרחב ככאלה שבכוחם לייצר תנאים רצויים כגון אלה (דיאלוגיות וקרנבליות) במרחב היצירתי.[200] ההכרה הנורמטיבית במרחבי היצירה ההטרוטופיים של הקהילות המקוונות, באופיים השיתופי ובנורמות ההשתתפותיות של דייריהן עשויה לשמש בסיס ראוי ורצוי לפרשנות הרואה ביצירה פרי הבניה חברתית ותוצר של עסקאות חברתיות.[201] מובן שהכלים שיוצגו להלן אינם בגדר רשימה ממצה של הכלים הדוקטרינריים שיכולים לזכות בחיזוק תיאורטי מתוך נקודת המוצא המושגית הגלומה בשיח ההטרוטופי.

העיקרון לקהילות המקוונות לעיל ליד ה״ש 123–142. מודל ה־GDM המוצע על ידי Bitton, לעיל ה״ש 43 (ראו התייחסות למודל זה לעיל ליד ה״ש 141), הוא דוגמה מאלפת להצעה אופרטיבית להתמודדות עם אתגרי הקהילות המקוונות והמרחב המקוון בכלל. הצעה זו מבקשת להתמודד עם הכוח הרפלקטיבי של המרחב ההטרוטופי לא באמצעות תפיסות מן המוכן, אלא דרך חשיבה מחודשת על מושגי היסוד של המרחב הממשי. באופן מעניין, העובדה שהמודל החקיקתי בהצעתה מבקש להכיר בשלוש נחלות כלל המתקיימות זו לצד זו ממחישה — בהינתן ההבנה שהמרחב ההטרוטופי של הקהילות המקוונות מציב בתוכו מרחבי נחלת כלל שעשויים להיות מנוגדים זה לזה או שונים בתכלית זה מזה — עד כמה הצעתה מתאימה אף ביתר שאת להתמודדות עם אתגרי המרחב ההטרוטופי של הקהילות המקוונות, אגב עדכון מבורך של תפיסות ההפעלה במרחב הממשי. הרעיון ההטרוטופי במקרה זה הוא חיזוק עיוני למודל החקיקתי המוצע על ידי ביטון.

199 זמר ״העסקה החברתית״, לעיל ה״ש 39, בעמ׳ 348: ״נדרשת אפוא בחינה חדשה של מרחב הזכויות של היוצר תוך הזמנת שיקולים ערכיים מגישות שונות לזכות.״

200 שם: ״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.״

201 שם; עניין **גבע**, לעיל ה״ש 190, בעמ׳ 270; בירנהק, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 90–91.

אי־אפשר לא לתהות מה היה עולה בגורלו של ״מובי־דאק״, הברווז מסיפורו של דודו גבע המנוח, אילו התפרסם, למשל, במרחב היצירה ההטרוטופי של מסדת היצירה הוותיקה DeviantArt. המאייר דודו גבע צייר את מובי־דאק כדמות הדומה לדונלד דאק בפרטיה הגרפיים, שאליה הוסיף את התלתל וכובע הטמבל, שמקורם בדמות מצוירת אחרת המהווה קריקטורה ישראלית.[202] להגנתו טען גבע, בין היתר, כי הוא משתמש בשפה של ציורים וסימנים גרפיים המשמשים אותו להעברת תכנים שהוא מעוניין בהם, וכי ציור דמותו של דונלד דאק בליווי התלתל וכובע הטמבל מהווה ביטוי לשפתו האומנותית.[203] עובדות פסק דין זה אינן רחוקות כלל מן המציאות היצירתית המתקיימת במרחב ההטרוטופי־היצירתי של הקהילות המקוונות.[204] חיפוש אקראי בקהילה המקוונת הוותיקה DeviantArt של צמד המילים Donald Duck מגלה שורה של ביטויים יצירתיים העושים שימוש הוגן בדמותו של דונלד דאק, לצד ביטויים פרודיים וסטיריים ברורים ביחס לדמותו. כולם נמצאים במרחק לחיצת כפתור בַמרחב ההטרוטופי. אלה יצירות המבקשות להתכתב עם דמותו של הברווז ההוליוודי, ולהעניק לה משמעויות שונות, אחרות, כפי שמשתמשים־יוצרים רבים בוחרים ליצור ולשתף במרחב זה.

המרחב ההטרוטופי מאפשר למשתמשים־היוצרים הפועלים בו מפגש עם ״האחר״, אשר ספק אם קיים במלוא הגשמתו הרעיונית במרחב הממשי. את שימורו של המרחב וביצורו ככזה יש להביא בחשבון בכל מקרה של החלה או אכיפה של דיני זכויות יוצרים במרחב היצירה ההטרוטופי, מתוך שאיפה לשימורו ולשכלולו של המושג ״זכות היוצר״ כרלוונטי גם בעידן של קהילות מקוונות, אשר בכוחן להגשים את תכליותיהם של דיני זכויות היוצרים. הפעילות היצירתית המתקיימת במרחב זה מאפשרת למשתמשים־היוצרים לסכל, גם אם באופן לא מודע, את רצונם של בעלי הזכויות לשלוט באופן בלעדי במשמעותם של הסמלים והיצירות.[205] אילו נתבע כיום דודו גבע המנוח על ידי תאגיד וולט דיסני על פרסומו של מובי דאק במרחב הטרוטופי מקוון, בטענה כי עשה שימוש לא מותר או מפר בדמותו של דונלד דאק, ואילו התקבלה תביעה זו, היה הדבר מעיד כי הלכה למעשה הותיר בית המשפט את הזכות ליצוק משמעות ליצירה בידי בעל הזכות בלבד.[206] יתרה מזו, נוסף על הצגת תהליך היצירה האישי שלו כתהליך שבו הוא מביא לידי ביטוי את עולמו הפנימי, כמתואר בפסק הדין בערעור, היה גבע יכול לתמוך את טענותיו אלה בטיעון פוקויאני על אודות המרחב ההטרוטופי ובדבר עצם החשיבות

---

202 עניין **גבע**, שם, בעמ׳ 256.

203 שם, בעמ׳ 260.

204 יצוין כי פסק הדין בעניין **גבע** ניתן לפני חקיקת חוק זכות יוצרים, התשס״ח־2007, ועל כן נדונה במסגרתו הגנת הטיפול ההוגן, ולא הגנת השימוש ההוגן הנהוגה כיום בדין הישראלי. אומנם שתי הדוקטרינות הכירו בשימוש למטרת ביקורת (ובכלל זה סָטירה או פרודיה) כמותר, אך החשוב לענייננו הוא התפיסה החברתית של היוצרים ביחס לחומרי הגלם במרחב היצירה ההטרוטופי שבו הם פועלים. נדמה כי תפיסה זו לא השתנתה, ובהינתן מאפייני היצירה במרחבי הקהילות המקוונות, היא אף זוכה כעת בביטוי שיא לעצם נכונותה.

205 בירנהק, לעיל ה״ש 7.

206 זמר ״העסקה החברתית״, לעיל ה״ש 39, בעמ׳ 346–347.

של עיצוב מרחב היצירה כמרחב ״אחר״ – מרחב המאפשר לדייריו, היוצרים־המשתמשים, להתייחס לסמלים, לביטויים וליוצרים מהמרחבים השונים ״באופנים שבדרך כלל הם בלתי־אפשריים במרחב החברתי שבחוץ״.[207]

דחייה רעיונית של טענה זו על ידי בית המשפט כמוה כצעד נוסף בשינוי אופיו של מרחב היצירה ממרחב רצוי של פיצוי למרחב מצוי של הדרה. אומנם הקביעות בפסק הדין בעניין **גבע** אינן בלתי שנויות במחלוקת, אולם נדמה כי הטענה על אודות הצורך בהכרה נורמטיבית בחשיבותו ובתפקידו של המרחב היצירתי ״האחר״ עשויה ללכוד ברשתה ביטויים שונים הקיימים במרחב הקהילות המקוונות אשר משתמשים־יוצרים משתפים במסגרת פעילותם, ובפרט כאלה שבהם מתקיים שימוש טרנספורמטיבי. לפיכך רצוי להכיר גם במקומן של טענות ביחס לאופי עיצובו של מרחב היצירה כהטרוטופי, מעבר לטענות בדבר מיהות היוצר או זהות היצירה.

עסקאות חברתיות, שהן לב ליבו של תהליך היצירה, מתקיימות כל העת במרחב ההטרוטופי של הקהילות המקוונות, אולם אין משמעות הדבר שאין צורך לשים גבול לשימוש שנעשה ביצירות מוגנות. עם זאת, הצבת עובדות עניין **גבע** מהמרחב הממשי אל תוך מרחב היצירה ההטרוטופי של ימינו משקפת בצורה ברורה כיצד רצונם (ובמידה מסוימת גם יכולתם) של תאגידי־ענק לשלוט במשמעותה של היצירה הולך וקטֵן.[208] עובדה זו כשלעצמה מסבירה מדוע דווקא בעידן הנוכחי חשוב שבתי המשפט יגלו את דעתם בנוגע לאופן עיצובו של מרחב היצירה כהטרוטופי. הכרה באופיו ההטרוטופי של המרחב היצירתי תבטיח את המשך קיום המפגש של המשתמשים־היוצרים עם ״האחר״, ובכך גם את הגשמת תכליותיה של מערכת דיני זכויות היוצרים.

אחת הדרכים להכרה באופיו ההטרוטופי של המרחב היא פנייה לדוקטרינת זכויות המשתמשים הקנדית, אשר נדחתה בעיקרה בפסיקה הישראלית.[209] במידה רבה החמיץ

---

207 אופיר, לעיל ה״ש 71, בעמ׳ 194.

208 בכך יש כדי לחזק את ההימנעות הרצויה מ־permission culture, כפי שהיא מוגדרת אצל LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY xiv (2004): "'permission culture' – a culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of creators from the past".

209 CCH v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339 (Can.); Abraham Drassinower, *Taking User Rights Seriously*, *in* IN THE PUBLIC INTEREST: THE FUTURE OF CANADIAN COPYRIGHT LAW 462 (Michael Geist ed., 2005); זמר ״החופש ליצור״, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 106–107. בית המשפט העליון דחה בעיקרה את דוקטרינת זכויות המשתמשים שמקורה בדין הקנדי. ראו ע״א 9183/09 **The Football Association Premier League Limited נ׳ פלוני**, פ״ד סה(3) 521 (2012) (להלן: עניין **פרמייר ליג**). אולם השוו לדיון בע״א 5097/11 **טלראן תקשורת (1986) בע״מ נ׳ צ׳רלטון בע״מ**, פס׳ 28–29 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם באר״ש, 2.9.2013) (להלן: עניין **טלראן**): ״כשלעצמי, איני סבור, כי בהכרח מדובר בטענת הגנה ולא בזכות (חיובית) של המשתמשים, כפי שיש המציעים... הקביעה לפיה ישנם שימושים מותרים היא, לדידי, קביעה **מהותית** ולא טענת הגנה טכנית...״ (ההדגשה במקור). ראו גם ע״א 7996/11 **סייפקום בע״מ נ׳ רביב**, פס׳ 35 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם באר״ש, 18.11.2013), שם הובעה הסכמה לדברי

הדין הישראלי הזדמנות לשכלל את המושג ״זכות היוצר ביצירתו״ מתפיסות מסורתיות לתפיסות שיהיה בהן כדי ליצור מושג טוב יותר – תפיסות התואמות צרכים שלא באו לידי ביטוי בזמן חקיקתו של חוק זכות יוצרים. זהו אפוא ביטוי מובהק לכרסום המתמשך במעמדם של הציבור בכללותו ושל ציבור המשתמשים ביצירה.[210] העובדה שזכויות המשתמשים טרם הושוו במעמדם הנורמטיבי לזכויות היוצרים[211] מחייבת בחינה של כלים אחרים העומדים לרשות בתי המשפט. לנוכח חשיבות ההכרה באופיו ההטרוטופי של מרחב היצירה והצורך בשימורו ככזה, נדמה שאם תביעה מהסוג שהגישה חברת וולט דיסני נגד דודו גבע תוגש כיום בנסיבות פרסום של מרחבי הקהילות המקוונות, אזי פרשנות תכליתית נדיבה של הגנת השימוש ההוגן בהתאם לעקרון הרשימה הפתוחה,[212] והתאמתו של העיקרון לרפלקטיביות הנשקפת ממרחב היצירה של הקהילות המקוונות, יוליכו בוודאי את בית המשפט לתוצאה שונה גם ביחס לדוקטרינת זכויות המשתמשים. אכן, בכוחו של בית המשפט ליצוק אל תוך הגנת השימוש ההוגן תוכן פרשני שיביא בחשבון את חשיבות המפגש של משתמשים־יוצרים עם ״האחר״ ואת חשיבות שימורו של הדיאלוג היצירתי במרחב ההטרוטופי.[213]

דרך נוספת לקידום האיזון המיוחל בין בעל הזכות לבין הציבור בכללותו וציבור המשתמשים־היוצרים בכל הנוגע בקהילות מקוונות היא פנייה להטלת חובות וסנקציות בגין שימוש לרעה בזכות היוצרים, ככלי שיורי המצוי בידי בית המשפט, אשר אמון על הגשמת תכלית החקיקה.[214] בכך יהא לא רק כדי לקדם בצורה טובה יותר את תכליותיה

השופט זילברטל בעניין **טלראן** ״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. אני מודע לכך שעמדה זו עומדת בסתירה לקביעתו של המשנה לנשיא א׳ ריבלין [בעניין **פרמייר ליג**]... וייתכן כי הגיעה העת, לאור המחלוקת הקיימת, לדון בשאלה זו בהרכב מורחב.״ ראו גם את הרטוריקה הננקטת בע״א 10717/05 **פלוריסט דה קוואקל ב.וו נ׳ חג׳ג**, פס׳ 50 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר״ש, 3.9.2013): ״בשנים האחרונות מתפתחת אצלנו גם מגמה אחרת – כזו המבקשת לסייג את זכות הקניין, לרבות זכות הקניין הרוחני, במקרים של ׳שרירות בעלים׳, או משיקולים ׳ציבוריים׳.״

210 זמר ״העסקה החברתית״, לעיל ה״ש 39, בעמ׳ 335–336.

211 דיון זה מתחדד על רקע הדיון בזכויות משתמשים – ראו לעיל ההפניות המובאות בה״ש 209 – בפרט לנוכח מעמדם ההולך וגובר של המשתמשים בקהילות המקוונות ותרומתם לקידום מטרותיהם של דיני זכויות היוצרים. לעניין זה ראו לאחרונה, בהרחבה, Niva Elkin-Koren, *Copyright in a Digital Ecosystem: A User Rights Approach*, *in* COPYRIGHT LAW IN AN AGE OF LIMITATIONS AND EXCEPTIONS 132 (Ruth L. Okediji ed., 2017).

212 ראו ס׳ 19(א) לחוק זכות יוצרים, התשס״ח־2007, וכן את דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה״ש 127, בעמ׳ 1125.

213 Levinson, לעיל ה״ש 116, בעמ׳ 1070–1076; Michael J. Madison, *Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform*, 23 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 391, 403 (2005): "The point is that fair use is fair because the fair 'users' are doing *things that society wants done, even if – and possibly because – everyone does them*" (ההדגשה במקור).

214 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 143, 148–150 (1993).

של מערכת דיני זכויות היוצרים ולהבטיח את קיומו של המרחב היצירתי, אלא גם כדי למנוע פגיעה בערכים נוספים שדיני זכויות יוצרים מבקשים לקדם, כגון צינון מעמדו העדיף של בעל זכות היוצרים בסכסוך. בעניין *Lenz* נקבע כי היה על התאגיד התובע (Universal Music) לבחון בתום לב אם הסרטון שהעלתה Lenz למסדת YouTube, שבו מתועדים ילדיה רוקדים כאשר ברקע נשמע שיר של הזמר Prince, מהווה שימוש הוגן, בטרם פנה להשתמש במנגנון ההודעה וההסרה אשר הוביל להסרת הסרטון מהרשת במשך שישה שבועות.[215] הילוך האימים, פשוטו כמשמעו, של תאגידי־ענק כלפי משתמשים־יוצרים ״רגילים״ יצר אצל הנתבעת בעניין *Lenz* חשש מפני שיתוף תכנים נוסף בעתיד, והדבר ממחיש בצורה הטובה ביותר את האפקט המצנן על פעילות יצירתית, המצטרף להדרות הגלויות והסמויות הקיימות ממילא במרחב היצירה ההטרוטופי של הקהילות המקוונות.[216] בית המשפט שם עמד על חובתו של בעל הזכות לשקול בתום לב, לפני שליחת הודעת הסרה, אם השימוש האמור מהווה שימוש הוגן או מותר לפי ה־Digital Millennium Copyright Act (DMCA).[217] אף שהיא אינה מחייבת, הֲחֵלה הלכה זו לקנות לה שביתה בבתי המשפט בארצות הברית.[218] זהו ביטוי להכרה שיפוטית, אף אם לא מודעת, בתפקידו של בית המשפט בהבטחת ממשיותו של מרחב היצירה ההטרוטופי שבקהילה המקוונת, ובצינון מעמדו העדיף והכמעט־אוטומטי של בעל זכות היוצרים ביצירה.

העיקרון שלפיו על בעל זכות מוטלת החובה לא להשתמש לרעה בהפעלת זכותו מושרש היטב בדין הישראלי.[219] משמעות הדבר, במובן העיקרון החמישי של פוקו

---

215 Lenz v. Universal Music Corp., 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008) (להלן: עניין *Lenz*); Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015) (להלן: ערעור *Lenz*). כן ראו את פסק הדין המשלים Lenz v. Universal Music Corp., 815 F.3d 1145 (9th Cir. 2016) (להלן: פסק הדין המשלים בעניין *Lenz*). בקשת ערעור לבית המשפט העליון האמריקני נדחתה.

216 לדיון בסכנת האפקט המצנן כתוצאה מהסדרת הפעילות ברשת, הן בהקשר הרחב והן בהקשר של פסק הדין בעניין *Lenz*, ראו את המקורות המובאים לעיל בה״ש 179, וכן מיכל אגמון־גונן ״האינטרנט כעיר מקלט?! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת״ **משפט, חברה ותרבות – רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע** 207, 221–224 (ניבה אלקין־קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011); Niva Elkin-Koren, *Tailoring Copyright to Social Production*, 12 THEORETICAL INQ. L. 309, 337 (2011).

217 ראו פסק הדין המשלים בעניין *Lenz*, לעיל ה״ש 215, בעמ׳ 1158: "Copyright holders cannot shirk their duty to consider – in good faith and prior to sending a takedown notification – whether allegedly infringing material constitutes fair use, a use which the DMCA plainly contemplates as authorized by the law".

218 ראו Johnson v. New Destiny Christian Center Church, 2019 U.S. Dist. LEXIS 33513 (M.D. Fla.); Stern v. Lavender, 319 F. Supp. 3d 650, 683 (S.D.N.Y. 2018); Hosseinzadeh v. Klein, 276 F. Supp. 3d 34, 44 (S.D.N.Y. 2017): "[A] copyright holder is not liable for misrepresentation under the DMCA if they subjectively believe the identified material infringes their copyright, even if that belief is ultimately mistaken".

219 עיקרון זה יונק את עיקר כוחו מעקרון תום הלב וממעמדו של האחרון כעקרון־על בדין הישראלי.

למרחב ההטרוטופי, היא כי מקום שהודרה, באופן גלוי או סמוי, עצם זכותו של המשתמש להגשים את חירותו היצירתית במרחב הקהילות המקוונות – למשל, עקב שימוש לרעה של בעל הזכות במנגנון ההודעה וההסרה – ראוי שבית המשפט לא יסתפק אך בהפעלת שיקול דעת קנייני באופן שישיב את האיזון ויגן על האינטרס של הציבור הרחב או המשתמש המסוים,[220] אלא ינקוט סנקציה חריפה כלפי הצד שהשתמש בזכותו לרעה.[221] רק צעד כזה ירתיע את בעלי הזכויות מפרקטיקות אלה, מחד גיסא, ויעביר מסר למשתמשים כי אל להם לקבל את השימוש לרעה כלפיהם, באמצעות מנגנון ההודעה וההסרה, כגזרת גורל בלתי הפיכה, מאידך גיסא. ברי כי לא כל דיון משפטי ראוי שיסתיים בסנקציה.[222] כוונתי היא להטלת סנקציה רק במקרים שבהם ברי כי השימוש לרעה בזכות טומן בחובו השלכות רוחב שבכוחן לשנות את מרחב היצירה

בהצעת הקודיפיקציה אף מוצע להכיר בעיקרון זה עצמו כעקרון־על. ראו ס׳ 2 להצעת חוק דיני ממונות, התשע״א־2011, ה״ח הממשלה 712. בחקיקה הישראלית הנוכחית ראו ס׳ 12, 39 ו־61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג־1973. בפסיקה הישראלית ראו ע״א 391/80 **לסרסון נ׳ שכון עובדים בע״מ**, פ״ד לח(2) 237, 262 (1984): ״[עקרון תום הלב חל] לאו דווקא לעניין חיובים וזכויות חוזיים אלא כעקרון התנהגות לעניין פעולות משפטיות וחיובים שבכלל המערכת המשפטית, כגון לעניין חיובים וזכויות המוענקים על־פי דין״; ע״א 9245/99 **ויינברג נ׳ אריאן**, פ״ד נח(4) 769, 797–798 (2004): ״עקרון תום־הלב, כמושג כללי החולש על כל תחומי המשפט, פועל גם בדיני הקניין, והוא משפיע על האופן שבו מופעלות הזכויות בתחום הקניין... על בעל זכות במישור הקניין להפעיל זכותו בתום־לב. מוטלת עליו חובה, בבחינת אמת מידה אובייקטיבית, לנהוג בהגינות בהפעלת זכותו תוך התחשבות באינטרס של הזולת. בכך מתגשם סדר חברתי כללי הולם, הנותן ביטוי לזכויות הפרט תוך התחשבות בצורכיהם של אחרים אגב איזון הולם ביניהם.״

220 עופר גרוסקופף ״על שיקול־דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת״ **משפט ועסקים** י 317, 337 (2009).

221 אין הכוונה בהכרח לייבוא דוקטרינת copyright misuse המשלבת שיקולים אנטי־תחרותיים, כפי שהשתרשה בדין האמריקני. ראו לעניין זה אורית פישמן אפורי ״שיקול־דעת שיפוטי במתן סעד המניעה: המהפכה השקטה״ **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים** 529, 552 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). הכוונה היא להטלת סנקציה בדמות פיצויים עונשיים, למשל. ס׳ 461 להצעת חוק דיני ממונות קובע כי בית המשפט יהא רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק אם מצא שההפרה נעשתה בזדון. דברי ההסבר קובעים כי עם השיקולים שבית המשפט יוכל להביא בחשבון בעת הטלת פיצויים לדוגמה וקביעת גובהם נמנים מידת ניצול חולשתו של הנפגע, הרווח שצמח למפר בשל ההפרה, טיבו וחשיבותו של האינטרס המוגן וכדומה. עם זאת, הדין הישראלי הנוכחי מכיר בפיצויים עונשיים רק במקרים חריגים ביותר. ראו, למשל, רע״א 9670/07 **פלונית נ׳ פלוני** (פורסם באר״ש, 6.7.2009); ע״א 140/00 **עיזבון אטינגר נ׳ החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע״מ**, פ״ד נח(4) 486 (2004).

222 ראו ת״א (מחוזי מר׳) 567-08-09 **א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע״מ נ׳ רוטר.נט בע״מ**, פס׳ 46 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.8.2011), שם דן בית המשפט בצורך להימנע משלילת האפשרות לקיומם של פורומים מקוונים פתוחים שאינם כפופים לכל סוג של צנזורה, אך כפי שמציין זמר במאמרו ״העסקה החברתית״, לעיל ה״ש 39, בעמ׳ 341, בית המשפט נמנע בעניין זה מלהניח כללים ברורים באשר לחובה לבחון אם היצירה המפֻרה לכאורה היא שימוש הוגן, כמו גם באשר לסנקציה ההולמת במקרה של הסרת תוכן לגיטימי.

ההטרוטופי ממרחב של אחרות למרחב של הדרה. מדובר באותם מקרים ברורים, דוגמת עניין *Lenz*, שעלולים לגרום לפגיעה אנושה בהגשמת תכליותיהם של דיני זכויות היוצרים, ובפרט בהגשמת החופש ליצור, או להצרת מרחב נחלת הכלל.

שימור המרחב כהטרוטופיה של פיצוי אין משמעו שהפירוש הרצוי לשימושים המותרים יהא נדיב עד כדי כך שנתקרב לפריצת כל המחסומים הקיימים בנורמות היצירה, כך שכל שימוש טרנספורמטיבי *de minimis* בחומרי הגלם הקיימים במרחב יחסה תמיד תחת הגנת השימוש ההוגן. סיפורו של היוצר הפרובוקטיבי ריצ׳רד פרינס (Richard Prince), הוא דוגמה מצוינת להמחשת העניין.[223] היוצר, המשתייך לזרם ה־Appropriation Art, מאתגר פעם אחר פעם את גבולות חופש היצירה והגנת השימוש ההוגן.[224] כך, למשל, באחד המקרים לקח פרינס סדרה של תמונות מספרו של Cariou, שבהן מופיעים חברי קהילת הרסטפרי בג׳מייקה, ערך בהן שינויים מסוימים והציגן לאחר מכן בתערוכה. בפסק הדין בעניין *Cariou* הפך בית המשפט לערעורים של הסבב השני את קביעת הערכאה הדיונית, וקבע לגבי רוב התמונות כי השימוש בהן חוסה תחת הגנת השימוש ההוגן, בין היתר בשל הקביעה כי "looking at the artworks and the photographs side-by-side... Prince's images... have a different character, give Cariou's photographs a new expression, and employ new aesthetics with creative and communicative results distinct from Cariou's".[225]

תערוכה אחרת של פרינס, שהוצגה בניו יורק, התבססה על צילומי מסך שנלקחו מדפי החשבון של משתמשים שונים ברשת Instagram, שבתחתיתם הוא הוסיף כיתוב שהוצג כאילו היו תגובותיו שלו עצמו על התצלומים, אף שרק אחת מהן הייתה תגובה אמיתית שהוא פרסם. אחת התמונות, שהציגה אף היא אדם המשתייך לקהילת הרסטפרי, הייתה שייכת ליוצר Donald Graham. פרינס השתמש בצילום, הוסיף תגובה משל עצמו, וכעבור שבועות מספר הציג את התצלום החדש ״שלו״ בתערוכה שכותרתה הייתה "Untitled". לאחר חודשים אחדים, בדרך מקרה, נודע ליוצר המקורי על השימוש שנעשה

---

223 Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2nd Cir. 2013) (להלן: עניין *Cariou*).

224 *Appropriation Art*, *in* THE GROVE ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN ART 108 (Joan Marter ed., 2011): "Term that refers to a tendency in contemporary art in which artists adopt imagery, ideas or materials from pre-existing works of art or culture. The act of appropriation is usually an acknowledged component within the works, and it is typically deployed to call attention either to the source material or to the act of borrowing itself".

225 עניין *Cariou*, לעיל ה״ש 223, בעמ׳ 708–709. בית המשפט לערעורים של הסבב השני הבהיר כי "[o]ur conclusion should not be taken to suggest, however, that any cosmetic changes to the photographs would necessarily constitute fair use. A secondary work may modify the original without being transformative. For instance, a derivative work that merely presents the same material but in a new form, such as a book of synopses of televisions shows, is not transformative" (שם).

ביצירתו המקורית, ומשסירב פרינס לחדול מהשימוש בה, הגיש נגדו היוצר המקורי תביעה בגין הפרת זכותו בתמונה.[226]

בהסתמך, בין היתר, על הפרשנות של דרישת הטרנספורמטיביות שביצירה המשנית אשר סייעה לפרינס לא להפסיד בתביעה בעניין *Cariou*, בחן בית המשפט בעניין *Graham* את טענתו של פרינס כי עבודתו מהווה "'a commentary on the power of social media to broadly disseminate others' work,' an endorsement of social media's ability to 'generate[] discussion of art,' or a 'condemnation of the vanity of social media'"[227] וקבע כי היצירה "Untitled" של פרינס "simply reproduces the entirety of Graham's photograph – with some *de minimis* cropping – in the frame of an Instagram post, along with a cryptic comment written by Prince".[228] בית המשפט קבע לפיכך כי היצירה אינה יכולה לחסות תחת השימוש ההוגן, באשר היא אינה מקימה שינוי אסתטי טרנספורמטיבי.[229]

המרווח הפרשני באשר למידת הטרנספורמטיביות הנדרשת ביצירות משניות הנפרש בין הפסיקות בעניין *Cariou* ובעניין *Graham*, שהן פרשות דומות לכאורה בכל הנוגע בסוגה היצירתית הנדונה, לוכד בתוכו בצורה טובה את ההגנה שיש להעניק לביטויים הנוצרים ומתקיימים במרחב ההטרוטופי, ככל שאנו מעוניינים לשמר את המרחב ככזה שבו חומרי הגלם אינם all for the taking. הדיון בשני המקרים שבהם היה היוצר פרינס מעורב הוא דיון שבכוחו לחשוף דקויות עדינות, אשר לא תמיד ניתן להבחין בהן ללא פעולות מאתגרות של יוצרים כמותו. המרווח הפרשני הוא רחב, אך גבולותיו ברורים, ומובן שרצוי שתיחומו יימשך בהילוך עקב בצד אגודל. מפרשות אלה ניתן ללמוד כי לקיחת חומרי גלם ממרחב היצירה ההטרוטופי שאינה מבקשת לערוך שינוי אסתטי ממשי – כזו המנצלת לרעה את המפגש עם ״האחר״ – תובא בחשבון כשיקול נגד הכרה בתחולתה של הגנת השימוש ההוגן. נדמה ששימוש נכון בכלי הפרשני המכיר במרחב כהטרוטופי מסייע בשימור המרחב כמרחב רצוי של פיצוי, תוך התרחקות מהפיכתו של המרחב למדיר. בכך יש תרומה להגדלת ההיצע היצירתי במרחבים אלה ולצמצום האפקט המצנן שעלול להתרחש בשל פעילות חתרנית מדי של משתמשים־יוצרים אחרים במרחב.

---

226 Graham v. Prince, 265 F. Supp. 3d 366 (S.D.N.Y. 2017) (להלן: עניין *Graham*). לשם הדיוק העובדתי יש לציין כי צילום המסך לא נלקח מחשבונו של Graham, אלא מפרופיל משתמש אחר, אשר בלא הרשאתו של Graham שיתף את תמונתו בחשבון. התמונה נלקחה ככל הנראה מאתרו של היוצר המקורי.

227 שם, בעמ׳ 381. טענתו של Graham בנוגע לשאלת הטרנספורמטיביות הייתה כי "because *Untitled*'s 'predominant aesthetic feature' is still Graham's black-and-white portrait of his Rastafarian subject, Prince's piece simply 'exploit[s] the creative virtues of [Graham's] original work'".

228 שם, בעמ׳ 382.

229 שם, בעמ׳ 391. עם זאת, תביעתו של Graham להטלת פיצויים עונשיים על פרינס נדחתה.

סיכום

המפגש בין עולמן המרתק של התיאוריות הפילוסופיות השונות העומדות בבסיס ההצדקה העיונית למערכת דיני זכויות היוצרים לבין עולם הקהילות המקוונות מייצר לא אחת פרדוקסים בין האופן שבו משתמשים־יוצרים במרחבי הקהילות המקוונות תופסים את פעילותם היצירתית לבין האופן שבו הדין הקיים מאסדר פעילות חברתית מבורכת (ברובה) זו. פרדוקסים אלה עלולים למצֵב את מערכת דיני זכויות היוצרים כלא רלוונטית, ואף להציבה במצב של משבר.[230] מאמר זה ביקש להציע דיון מושגי חדש ביחס לסביבה היצירתית. ביתר דיוק, הדיון המושגי במאמר זה ביקש לייצר הזמנה לשיח עיוני חדש ביחס למרחבי היצירה של הקהילות המקוונות, ולתרום לשיח התיאורטי העומד בבסיסה של מערכת דיני זכויות היוצרים. הכרה באופיים ההטרוטופי של מרחבי היצירה הינה כלי חדש ב״ארגז הכלים התיאורטי״, שבכוחו לתמוך בשכלולים דוקטרינריים רצויים במערכת דיני זכויות היוצרים, שיוכלו להגשים את האידיאות והתכליות העומדות בבסיס קיומה.

מאמר זה ביקש להציע חשיבה מושגית חדשה ומארגנת על אודות מרחבי היצירה של הקהילות המקוונות ותפקידם החברתי. הוא מציג תפיסה שיש בה כדי לתרום לשכלול המושג ״זכות היוצר״ והאופן שבו הוא נתפס במסגרת החלתם של דיני זכויות היוצרים. אין כוונתי להציע דין שונה בין המרחב המקוון למרחב הממשי. מאמר זה ביקש להציג את רעיון המרחב ההטרוטופי כפי שהוצג בהגותו של מישל פוקו וכפי שפורַש על ידי מלומדים מאוחרים, וליישמו אל תוך מרחב הקהילות המקוונות, על רקע מאפייניהן הייחודיים, באספקלריה של דיני זכויות יוצרים. יישום פרשני של עקרונות ההטרוטופיה של פוקו אל תוך מרחב הקהילות המקוונות מלמד כי זהו מרחב יצירה הטרוטופי המייצר פער התנהגותי של דיירי המרחב – בינו לבין המרחב הממשי הסובב אותו – בשל נורמות היצירה האחרות המתאפשרות בתחומיו.

על רקע זה ביקש המאמר להציג ביטויים נורמטיביים אפשריים של הרעיון ההטרוטופי, ובפרט לדון בתרומה המוצעת של ההכרה במרחב ההטרוטופי כבסיס לשיח מארגן חדש בתיאוריה של דיני זכויות יוצרים. המאמר ביקש לדון בכלים העומדים כיום לרשות בתי המשפט להכרה במרחב ההטרוטופי, ״האחר״, ולשימורו. הכלים שהוצגו בוודאי אינם מהווים רשימה ממצה של הכלים הדוקטרינריים היכולים לצמוח מתוך נקודת המוצא המושגית הגלומה בשיח ההטרוטופי. רעיון ההטרוטופיה של פוקו הוא בראש ובראשונה הזמנה פתוחה לשיח מחודש על האופן שבו אנו תופסים ומעצבים את מרחבי היצירה בחיינו, ואת מרחב היצירה בקהילות המקוונות בפרט. אך יותר מכך, ההכרה בקהילות המקוונות כמרחבי יצירה הטרוטופיים היא גם הזמנה לשיח מחודש על אודות המרחב הממשי התוחם ומקיף מרחבים אלה. הכרה בפונקציה שמרחבי היצירה של הקהילות המקוונות ממלאים ברגעים נתונים של התקיימותן – פונקציה שיש בכוחה

---

230 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 167.

להגשים את החופש של המשתמשים־היוצרים, דיירי ההטרוטופיה המקוונת, ליצור[231] – מחייבת שדיני זכויות היוצרים יגלו את דעתם, או לכל הפחות יסבו את תשומת ליבם, לכך שהמרחב נתפס על ידי דייריו ככזה שבכוחו להגשים את האידיאות והתכליות שבבסיס קיומה של מערכת דיני זכויות היוצרים.[232]

אני סבור כי עצם ההכרה ברעיון ההטרוטופי כבסיס מושגי לשיח תיאורטי מחודש ומארגן בדיני זכויות יוצרים נושאת עימה מטרות ראויות. ראשית, קבלת ההזמנה לשיח המבוסס על הרעיון ההטרוטופי משמעותה גם הכרה בנקודת המוצא הבסיסית שלפיה לא כל מרחבי היצירה זהים. שנית, ההצטרפות לשיח ההטרוטופי כמוה כהכרה בכך שלמרחב ״האחר״ יש תפקיד רפלקטיבי ביחס למרחב הממשי, שעלינו להביאו בחשבון בעת עיצובו של הדין. שלישית, הכניסה אל השיח ההטרוטופי מקפלת בתוכה הסכמה בדבר כוחו של מרחב היצירה המתבחן מסביבתו המיידית – מרחב המספר לנו סיפור על האופן שבו אנו תופסים את פעילותנו היצירתית בתוכו ומחוץ לו, במרחב הממשי; בדבר ההזדמנויות שהוא מעמיד לרשותנו; וגם בדבר החשש המוצדק מפני הכוח שעשוי להיות מופעל בתוכו על ידי גורמים שונים, באופן שעלול לחטוא למטרותיה של מערכת דיני זכויות היוצרים.[233]

לפני סיום אבקש להאיר את עיני הקוראים בתובנה כי מרחבים הטרוטופיים של ידע או יצירה אינם חדשים כלל בהיסטוריה של החברה האנושית. כמו מרחב הידע הנסיוני של אפלטון, שהיווה במובנו הפוקויאני הטרוטופיה של ידע המובחנת ומתבדלת מיתר החברה,[234] אני חושב על מרחב הידע הנסיוני המודרני בן זמננו של חברת X Development LLC (לשעבר Google X), שם מפותחת מכונית העתיד האוטונומית.[235] מכונית זו מהווה מרחב הטרוטופי נע על ארבעה גלגלים, המהפֵך את הסדר המוכר במרחב הכביש הממשי המקיף אותה. המכונית האוטונומית, ״האחרת״, קוראת תיגר על המרחב שמסביבה, מתוך רצון קבוע לנטרלו. היא מהפכת את היחס בינה לבין המפעיל־הנהג שבתוכה. גם היא מספרת לנו סיפור על האופן שבו אנו תופסים את פעילותנו במרחב, לצד סיפור על הזדמנויות וחששות לא מבוטלים. ניתן לזהות מרחבים הטרוטופיים מסוגים שונים המתקיימים במרחב החברתי שלנו כל העת בממדים, בצורות

---

231 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 110 ואילך.

232 בהשאלה ממילותיה של Cohen, *Cyberspace as/and Space*, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 235, ביחס למרחב המקוון כולו: "We do not need to decide what kind of (separate) space cyberspace is, but rather to inquire how cyberspace changes experienced space". הדבר נכון גם ביחס למרחבי היצירה של הקהילות המקוונות. השאלה אינה צריכה להתמקד בהגדרת מרחבים אלה, אלא באופן שבו הם משנים את המרחבים הממשיים של חיינו.

233 שם, בעמ׳ 222. כן ראו את דבריו המהדהדים של Foucault, *The Eye of Power*, לעיל ה״ש 193, בעמ׳ 149: "A whole history remains to be written of *spaces* – which would at the same time be the history of *powers*" (ההדגשות במקור).

234 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 107–108.

235 ראו באתר החברה: *Waymo*, X DEVELOPMENT LLC, www.x.company/projects/waymo.

ובעוצמות שונים. כוחם הרפלקטיבי של מרחבים אלה כלפי הסדר החברתי הקיים במרחב הממשי התוחם אותן – שאותו אנו תופסים כמובן מאליו – הוא עצום.

במושג ההטרוטופיה כרעיון מארגן גלומה תרומה לא רק לדיני זכויות יוצרים, אלא גם לענפי הקניין הרוחני השונים ולתחומי משפט נוספים. ההטרוטופיה כמושג רעיוני מאפשרת לנו לראות דברים שלא ראינו קודם לכן; היא מאפשרת לנו לראות ״מה נשבר״ מהבחינה התיאורטית.[236] פוקו מציין בסוף חיבורו כי הציוויליזציה האנושית זקוקה להטרוטופיות. התרומה שבהכרה במרחב ההטרוטופי, ״האחר״, המתקיים לצד המרחב הממשי המוכר לנו, צריכה להוליך אותנו להתמודדות עם האתגרים שהמרחב ההטרוטופי מציב בפנינו שלא תהא מן המוכן, אלא תיעשה תוך עיון מעמיק ומחודש בשאלות היסוד הבסיסיות ביותר הנוגעות – קודם כל – במרחב הממשי.

236 ראו את הדיון לעיל ליד ה״ש 168–171.