

## מבוא

בשנים האחרונות עומדים דיני זכויות היוצרים במוקד ויכוח אקדמי וציבורי אינטנסיבי. נשמעות כלפיהם טענות כי הם תוצר של העולם הישן וכי אינם מתאימים להתמודד עם האתגרים שמציב העידן הטכנולוגי;<sup>1</sup> כי ההגנה שהם מספקים היא רחבה מדי ומעדיפה את אינטרס הבעלים על פני אינטרס הציבור; כי הם גורמים לצמצום נחלת הכלל ובכך מכבידים על ההתפתחות העתידית של עולם היצירות; ואפילו – מפי בעלי עמדות קיצוניות – כי טוב היה לו בוטלו לחלוטין או לפחות צומצמו מאוד.<sup>2</sup> במאמר זה אבקש לעסוק באחת מן הטענות המופנות כלפי זכויות היוצרים, טענה הנוגעת בקשר בינן לבין מגוון תרבותי, או ליתר דיוק בהעדרו של מגוון תרבותי.

ברקע הדברים תופעה מוכרת, שלפיה מספר קטן של להיטים בתחום התרבות (סרטים, ספרים ויצירות מוזיקליות) מושך את עיקר תשומת לב הציבור וזוכה לפופולריות רבה בקרב קוראים, צופים או מאזינים, ואילו כל יתר היצירות זוכות להצלחה קטנה בהרבה.<sup>3</sup> כך, אף שמבחר יצירות התרבות נדמה גדול מאי פעם, ההיצע התרבותי המגוון (בכוח) אינו זוכה לביקוש ממשי ואמתי, ומרביתנו איננו נחשפים אליו כלל. למעשה, יוצרים רבים "משמיעים" אך אינם "נשמעים" בצורה יעילה. יותר מכך, נדמה כי יצירות התרבות

\* דוקטור למשפטים. המאמר מבוסס באופן חלקי על עבודת הדוקטור שלי בהנחיית פרופ' יהושע ויסמן (צפויה להתפרסם בספר פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים, בהוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, בשיתוף עם "נבו" הוצאה לאור בע"מ, 2010). אני מודה לפרופ' ויסמן על הנחייתו וכן לפרופ' איל זמיר, לד"ר גיא פסח ולמערכת "משפט, חברה ותרבות" על הערותיהם החשובות לטיוטות המאמר. הדעות המובעות כאן הן שלי בלבד.

1 נציג בולט של גישה זו הוא ג'ון ברלו (סולנה לשעבר של להקת Grateful Dead); John Perry Barlow, *The Economy of Ideas*, 2.03 WIRED (1994), available at [www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html).

2 למדגם קטן ולא ממצה של הביקורת ראו: Barlow, לעיל ה"ש 1; Mark S. Nadel, *How Current Copyright Law Discourages Creative Output: The Overlooked Impact of Marketing*, 19 BERKLEY TECH. L.J. 785 (2004); L. Ray Patterson, *Copyright in the New Millennium: Resolving the Conflict Between Property Rights and Political Rights*, 62 ROSEMARY J. COOMBE, *Objects of Property and Subject of Politics: Intellectual Property Laws and the Democratic Dialogue*, 69 TEX. L. REV. 1853 (1990–1991).

3 תופעה זו, המכונה בלשון מדעית "התפלגות חזקתית" ("power law distribution") ובלשון פופולרית יותר "המנצח לוקח הכול", מתוארת בפירוט רב בחלקו השני של המאמר.

המצליחות לרכו אליהן את עיקר תשומת לב הציבורית הן ברובן יצירות בעלות אופי מסחרי, מבית היוצר של התאגידים הגדולים של תקשורת ההמונים. יצירות אלה הן במידה רבה תוצרים אחידים ונוסחתיים של התרבות הפופולרית ואינן מציעות מגוון אמתי מבחינה מהותית.<sup>4</sup>

נראה כי העיסוק בנושא המגוון התרבותי הפך בשנים האחרונות לער מאי פעם: התפתחות התקשורת והטכנולוגיה "מקטינה" את עולמנו. הגלובליזציה חושפת אנשים לתרבויות אשר בעבר לא היו זוכים להיחשף להן, ובה בעת חושפת תרבויות להשפעות חיצוניות, מערביות בדרך כלל. הסוגיה מעסיקה חוקרים מדיסציפלינות שונות כמו גם גופים בין-לאומיים,<sup>5</sup> והדיון מתנהל בכמה מסלולים. יש המודאגים מהשפעתם של תהליכי גלובליזציה ומדגישים את הצורך בהכרה בייחוד תרבותי וברכ-תרבותיות;<sup>6</sup> יש העוסקים בנטייה להתרכז דווקא בתרבות הלאומית ולהתעלם מתרבויות של לאומים אחרים;<sup>7</sup> ואילו אחרים מוטרדים מדעיכת ההתעניינות בתרבות "גבוהה".<sup>8</sup>

כאמור, הדיון בנושא זה לא פסח גם על הכתיבה המשפטית בתחום זכויות היוצרים. משפטנים נוטים להצביע על קיומה של זיקה בין העדרו של מגוון תרבותי לבין היקף הגנת זכויות היוצרים על יצירות תרבות, הגנה שהיא לטענתם רחבה מדי.<sup>9</sup> הטענה העיקרית בהקשר זה קושרת בין זכויות היוצרים לבין שתלטנותם של תאגידי תקשורת ההמונים.

- 4 לטענות ברוח זו במסגרת הכתיבה המשפטית ראו: NEIL WEINSTOCK NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX, 109 (2008); C. EDWIN BAKER, MEDIA, MARKETS, AND DEMOCRACY 30–1 (2002); Guy Pessach, *Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities*, 76 S. CAL. L. REV. 1067 (2002–2003); Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 N.Y.U. L. REV. 23, 58, 93–95 (2001); לעיל ה"ש 2.
- 5 אמנת האו"ם בנושא מגוון תרבותי היא דוגמה מובהקת: U.N. Educ., Scientific & Cultural Org. [UNESCO], *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Oct. 20, 2005, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf> (נכנסה לתוקף ב-2007).
- 6 ראו למשל: SEYLA BENHABIB, *THE CLAIMS OF CULTURE: EQUALITY AND DIVERSITY IN THE GLOBAL ERA* (2002).
- 7 ראו למשל: Baker, לעיל ה"ש 4, בעמ' 226–227, 234–235; Ton Bevers, *Cultural Education and the Canon – A Comparative Analysis of the Content of Secondary School Exams for Music and Art in England, France, Germany and the Netherlands, 1990–2004*, 33 POETICS 388 (2005).
- 8 ראו למשל: SARAH M. CORSE, *NATIONALISM AND LITERATURE: THE POLITICS OF CULTURE IN CANADA AND THE UNITED STATES* (1997); MICHELLE LAMONT, *MONEY, MORALS AND MANNERS: THE CULTURE OF THE FRENCH AND AMERICAN UPPER-MIDDLE CLASS* (1992).
- 9 ראו באופן כללי: Pessach, לעיל ה"ש 4; Nadel, לעיל ה"ש 2; NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 38–41, 135–140; Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283, 296 (1996–1997); Niva Elkin-Koren, *It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape*, in *THE COMMERCIALIZATION OF INFORMATION* 79, 102–105 (Niva Elkin-Koren and Neil Weinstock Netanel eds., 2002);

נטען כי זכויות היוצרים "מזינות את המפלצת" של תקשורת ההמונים בכך שהן מאפשרות לתאגידים להשקיע בשיווק ובפרסום של יצירותיהם, דבר המוביל להתעלמות מיצירות אחרות;<sup>10</sup> כי זכויות היוצרים מעודדות את תופעת ה"נעילה" התרבותית בלהיטים מבית היוצר של תקשורת ההמונים;<sup>11</sup> וכי באופן כללי, אם נצמצם את הגנת זכויות היוצרים נפתח את "צוואר הבקבוק" ונגרום להחלשת שליטתן של היצירות הנוסחתיות שכל תכליתן היא לקלוע לטעם ההמון.<sup>12</sup> התוצאה המקנה תהיה כי יצירות אחרות ומגוונות יותר יזכו לתשומת לב רבה יותר.

במאמר אבקש לחלוק על עמדה זו ולהציע כי "המשפט אינו חשוב", או בלשון זהירה ומדויקת יותר – כי "דיני זכויות היוצרים אינם כל כך חשובים" בהקשר זה. אבקש לטעון כי העמדה שאותה נוקטים משפטנים ושלפיה צמצום זכויות היוצרים יכול להוות אמצעי עיקרי להגדלת התעניינות הציבור במגוון של יצירות תרבות, מוטלת בספק הן "מתוך עצמה" הן לאור מחקרים וממצאים חוץ-משפטיים. אלה מטילים ספק בתפקידן של זכויות היוצרים במשוואת המגוון התרבותי ומראים בבירור כי המשפט (בתחום של זכויות יוצרים) אינו חזות הכול בהקשר זה. על רקע זה אטען כי ההתבוננות בנושא המגוון התרבותי ב"משקפיים" המשפטיים של זכויות היוצרים עלולה לצמצם את שדה הראייה ולהקשות על בחינתה של סוגיה מורכבת זו בפרספקטיבה רחבה. ייתכן אפילו כי ההתמקדות בפן המשפטי (של דיני זכויות היוצרים) מסיטה את תשומת הלב משלל סוגיות אמיתיות וקשות הנוגעות בקידומו של מגוון תרבותי, כפי שהן עולות ממחקרים בנושא זה. אולם דברים אלה מקדימים את המאוחר.

סדר הדברים הוא, אפוא, זה: בחלקו הראשון של המאמר אבקש להניח את הבסיס לדיון; חלק זה כולל דיון קצר במהותו של מגוון תרבותי ובחשיבותו, תיאור של הזיקה בינו לבין דיני זכויות היוצרים שאותה אבקש לבחון כאן והצגה של ה"האשמות" המופנות כלפי זכויות היוצרים בהקשר זה. בחלק השני אתח את התופעה של ריכוז תשומת לב הציבור במספר מועט של יצירות תרבות, ואנסה – על רקע ניתוח זה – לבחון את הקשר בינה לבין זכויות היוצרים. הניתוח מתבסס על תורת הרשתות, המשלבת מחקרים בתחום הסוציולוגיה של רשתות חברתיות<sup>13</sup> עם מחקרים כלכליים בתחום של כלכלת רשת

RONALD V. BETTIG, COPYRIGHTING CULTURE: THE POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY 99–106 (1996); Benkler, לעיל ה"ש 4, בעמ' 103–105.

10 Nadel, לעיל ה"ש 2; NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 138–139.

11 Pessach, לעיל ה"ש 4.

12 NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 167–168; Benkler, לעיל ה"ש 4; BETTIG, לעיל ה"ש 9, בעמ' 103. הצגה מפורטת יותר של הטענה מופיעה בפרק 11 להלן, ודיון מפורט בטענה ובהסתעפויותיה מצוי בפרק 12 להלן.

13 לאור השימוש הפופולרי בביטוי "רשתות חברתיות" בשנים האחרונות לתיאור יישומי אינטרנט פרטניים כמו "facebook", "myspace" או "youtube", ראוי להבהיר כי ההתייחסות כאן ל"רשתות חברתיות" היא כללית יותר; התייחסותי מכוונת לתחום מחקר ותיק בסוציולוגיה המתמקד בחקר יחסי הגומלין בין פרטים בסביבה חברתית (רשת חברתית) ובהשפעת יחסים אלה על העדפות ועל פעולות של יחידים ושל הקולקטיב כולו. ראו ביתר פירוט גם את ה"ש 51–53 להלן והטקסט הנלווה להן.

ועם מחקרים מתמטיים-פיזיקליים בתחום של רשתות מורכבות. בהסתמך על אלה אבקש לטעון כי תופעת ה"מנצח לוקח הכול" בתחום התרבות אינה נובעת מדיני זכויות היוצרים וכי אין גם מקום לסברה שצמצום זכויות היוצרים או אפילו ביטולן יגרמו לביטולה של תופעה זו. על רקע ניתוח הרשתות אבחן גם טענות מורכבות שמציגים משפטנים, ואשר לפיהן צמצום זכויות היוצרים עשוי למתן את השתלטותם של תאגידי תקשורת ההמונים על התרבות ולקדם באופן משמעותי את ההתעניינות ביצירות בעלות אופי מגוון יותר ומסחרי פחות. בחלקו השלישי של המאמר אבקש להפנות מבט אל עבר קהל הנמענים של יצירות תרבות באמצעות מחקרים בתחום הסוציולוגיה של התרבות העוסקים בנושאים של העדפות תרבות, של מגוון תרבותי ושל רב-תרבותיות. ההסברים המוצעים במחקרים אלה לדפוסי צריכת תרבות בקרב אוכלוסיות שונות, כמו גם לרמות השונות של מגוון תרבותי הקיימות במדינות שונות, מספקים נקודת מבט נוספת, רחבה יותר, לסוגיית המגוון התרבותי. למרבה הצער לא אוכל להציע מתכון להשגת מגוון תרבותי או רשימה ממצה של הגורמים המשפיעים על נושא זה. טענתי בהקשר זה היא צנועה הרבה יותר: מגוון תרבותי הוא סוגיה מורכבת ורב-סיבות, וספק רב אם דיני זכויות היוצרים צריכים ויכולים להיות כלי עיקרי לקידומו.

#### א. זכויות יוצרים, מגוון תרבותי ומה שביניהם

העיסוק בנושא המגוון התרבותי כולל כמה מוקדים, וניתן להעלות על הדעת כמה סוגי קשרים בינו לבין תחום זכויות היוצרים. מטרתו של חלק זה היא, על כן, לתחום את גבולות הדיון ולחדד את ההקשר נשוא מאמר זה. לשם כך נדרשות כמה הבהרות קצרות: ראשית יש להבהיר את טיבו של "מגוון תרבותי", ושנית – את טיב הזיקה בינו לבין דיני זכויות היוצרים.

#### 1. מהו בעצם מגוון תרבותי והאם הוא חשוב?

במסגרת השיח בתחום זכויות היוצרים נעשה שימוש תדיר בביטוי "מגוון תרבותי" אך מעטים עוסקים בשאלה מהו, בעצם, אותו "מגוון". מסתבר כי דיסציפלינות אחרות אף הן אינן מספקות תשובה אחידה ומוסכמת לשאלה זו.<sup>14</sup> חלק מן הקושי נובע כנראה מכך שהמושג "תרבות" עצמו הוא חמקמק ועל פי חלק מן הדעות אינו ניתן כלל להגדרה.<sup>15</sup>

14 גם בקרב העוסקים בסוציולוגיה של התרבות אין מדד אחיד למדידת מגוון תרבותי – עם המשתנים שנבדקו בהקשר זה נמנים, בין היתר, מידת ההשתתפות של אנשים בצריכה של תרבות גבוהה; סוגי התכנים המשודרים בערוצי שידור ציבוריים; תפיסת המושג "תרבות" והיחס לתרבות בקרב אוכלוסיות שונות; תכנים של ספרות קאנונית במדינות שונות; הסוגים של תוכני התרבות הנלמדים במערכות חינוך ומידת ההתרכזות של מערכות חינוך בתרבות המקומית. לפירוט נוסף ראו את המחקרים הנזכרים בפרק השלישי, בה"ש 126–135.

15 ראו: BENHABIB, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4–5; BAKER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 249; Tomer Broude, *Conflict and Complementarity in Trade, Cultural Diversity and Intellectual Property Rights*, 2 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POL'Y, 345, 354 (2007). לעניין העדרה של טרמינולוגיה אחידה בתחום התרבותי ראו גם: Gianmarco I. P. Ottaviano, Dino Pinelli &

לאור האמור, גם הסקירה בשורות שלהלן אינה מתיימרת לספק הגדרה ממצה למושג "מגוון תרבותי", אלא אך ורק להאיר כמה היבטים שלו.

כאמור, נקודת המוצא לענייננו היא התופעה שלפיה למרות ההיצע הגדול של יצירות בתחומי התרבות והאמנות, מעדיפים מרביתנו להתרכז במספר קטן של יצירות "כוכבות".<sup>16</sup> הפער בין יצירות אלה לבין שלל היצירות האחרות, שמספרן גדול בהרבה, הוא משמעותי – יצירות אחרות זוכות לתשומת לב מועטה בלבד ובמקרים רבים להתעלמות כמעט מוחלטת. תשומת הלב הרבה שמקבלות היצירות הפופולריות ביותר מאפילה עליהן.<sup>17</sup> המגוון התרבותי הקיים במישור ההיצע הוא, אפוא, מגוון פוטנציאלי שאינו יוצא מן הכוח אל הפועל ואינו בא לידי ביטוי ממשי ואמתי. מרביתנו איננו נחשפים אליו ואיננו מתעניינים בו. תופעה זו של מתן תשומת לב ממשית למספר מוגבל ומצומצם של יצירות כונתה לאחרונה על ידי גיא פסח בכינוי הקולע "נעילה תרבותית" (cultural lock-in).<sup>18</sup> הרקע לכינוי "נעילה תרבותית" היא תופעת ה"נעילה" (lock-in); תופעה זו זכתה בשנים האחרונות לדיון נרחב בכתיבה הכלכלית העוסקת ב"אפקט הרשת" (network effect).<sup>19</sup> הביטוי "אפקט הרשת" מתאר מצבים שבהם הנאתו של משתמש ממוצר וערכו של אותו מוצר עבור המשתמש גדלים עם הגידול במספר המשתמשים האחרים בו (דוגמאות נפוצות בהקשר זה הן מכשיר הטלפון או הפקסימיליה). על פי הניתוח הכלכלי, בשווקים אשר בהם קיים אפקט רשת בולט מתקשים צרכנים לעבור להשתמש במוצרים שאינם ה"סטנדרט" בשוק ושאינו להם מאגר משתמשים גדול מספיק. החשש הוא שמוצרים כאלה לא יאפשרו תקשורת עם צרכנים אחרים שברשותם המוצר הסטנדרטי, או שלא יאפשרו שימוש במגוון מוצרים משלימים התואמים את המוצר הסטנדרטי. כדי לשמר את יתרונות הרשת נאלצים המשתמשים להיצמד למוצר שהוא ה"סטנדרט" אף אם מוצר זה נחות בעיניהם, ואף אם למעשה היו מעוניינים לעבור למוצר אחר. במילים אחרות: הם מוציאים עצמם "נעולים בסטנדרט".

מרבית הכלכלנים המתעניינים בתופעת ה"נעילה" מתארים אותה כתופעה שלילית הפוגעת ברווחה החברתית בשל הצורך של החברה כולה להשלים עם השימוש במוצר

Carole Juliette Maignan, *Economic Growth, Innovation, Cultural Diversity: What are we all Talking About? A Critical Survey of the State-of-the-art* 24–34 (FEEM Working Paper No. 12, 2003), available at <http://ssrn.com/abstract=389042>

16 במקום אחר הצעתי לכנות את אותן יצירות הזוכות לפופולריות רבה לאורך זמן "יצירות סטנדרט" – מיכל שור-עופרי, פופולריות ורשתות ברזני זכויות יוצרים (צפוי להתפרסם ב־2010).

17 ראו: NETANEL, לעיל ה"ש 4; Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1073; Clay Shirky, *Power Laws, Weblogs, and Inequality*, CLAY SHIRKY'S WRITINGS ABOUT THE INTERNET (Version 1.1, Oct. 2 2003) [www.shirky.com/writings/powerlaw\\_weblog.html](http://www.shirky.com/writings/powerlaw_weblog.html). שירקי טוען כי ככל שמגוון היצירות גדול יותר כך גדל גם הפער בין היצירות הפופולריות לכל שאר היצירות. דיון מפורט בתופעה זו על רקע מחקרי רשתות תוכלו למצוא בהמשך.

18 Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1096.

19 Michael Katz & Carl Shapiro, *Technology Adoption in the Presence of Network Externalities*, 94 J. Pol. Econ. 822 (1986)

נחות או, בלשון כלכלית, ככשל שוק המחייב התערבות.<sup>20</sup> בדומה ל"נעילה" כלכלית, גם ה"נעילה" התרבותית כרוכה ב"היצמדות" ליצירות התרבות הסטנדרטיות ובהתייחסות מועטה לכל יתר היצירות. עם זאת, חשוב להבהיר כי להבדיל מ"נעילה" כלכלית, אשר הבעייתיות הכרוכה בה נובעת מחוסר היכולת לעבור למוצר שונה ועדיף, הקושי ב"נעילה" תרבותית נעוץ בעצם ההתרכזות במספר קטן של יצירות תרבות, התרכזות אשר כשלעצמה נתפסת כבעייתית.<sup>21</sup>

אלא שהדיון בסוגיית המגוון התרבותי הוא מורכב יותר, ונסב גם על מהותן של אותן יצירות המצליחות לרכז אליהן את מרבית תשומת הלב. טענה עיקרית בהקשר זה היא כי ה"מנצחות הגדולות" בתחום התרבות הן יצירות בעלות אופי מסחרי, מבית היוצר של תאגידים גדולים (אולפני ענק הוליוודיים, חברות תקליטים או הוצאות ספרים מצליחות) ולא יצירות שנוצרו על ידי יוצרים עצמאיים.<sup>22</sup> הבחנה זו בכתיבה המשפטית בין יצירות שנוצרו על ידי יוצרים עצמאיים לבין יצירות "תאגידיות", מזכירה במידה רבה את ההבחנה המקובלת בקרב סוציולוגים וחוקרי תרבות בין תרבות "גבוהה" לבין תרבות המונים: על פי ההגדרה המסורתית, יצירות התרבות ה"גבוהה" שואבות את מעמדם מהערכה איכותית של קבוצה מצומצמת של יודעי ח"ן – מבקרי תרבות, אנשי אקדמיה ואנשי האליטה התרבותית, ואילו תרבות המונים, התרבות הפופולרית, מצייתת בראש ובראשונה לכוחות השוק ומוכתבת על ידי שיקולים מסחריים.<sup>23</sup> בשל כך, היצירות הנמנות עם תרבות המונים

- CARL SHAPIRO & HAL VARIAN, INFORMATION RULES: A STRATEGIC GUIDE TO THE NETWORK ECONOMY 115, 122–3, 146 (1999); Joseph Farrell, *Standardization and Intellectual Property*, 30 JURISMETRICS J. 35, 37 (1989–1990) לעמדה שונה בסוגיית ה"נעילה" ראו מאמרם הנודע של ליכוביץ' ומרגוליס: S. J. Liebowitz & Stephen E. Margolis, *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, 8 J. ECON. PERSP. 133 (1994)
- 20 לדיון בבעייתיות זו ראו להלן ה"ש" 34–35. לאור הברל משמעותי זה, גם הפתרון המוצע לעתים בהקשר של "נעילה" כלכלית, המבוסס על יצירת תאימות (compatibility) בין טכנולוגיות שונות באופן שיאפשר לצרכנים לעבור ביניהן בקלות יחסית, אינו יכול להיות פתרון לנושא ה"נעילה" התרבותית.
- 21 Benkler, לעיל ה"ש" 4, בעמ' 93–95, Pessach, לעיל ה"ש" 4, בעמ' 1088–1091; NETANEL, לעיל ה"ש" 4, בעמ' 110; Nadel, לעיל ה"ש" 2, בעמ' 800–801.
- 22 לעניין הבחנה זו ראו את מאמרו הקלאסי של בורדייה: Pierre Bourdieu, *The Market of Symbolic Goods*, 14 POETICS 13 (R. Swire trans., 1985); CORSE, לעיל ה"ש" 8, בעמ' 9 ו-17; Bevers, לעיל ה"ש" 7, בעמ' 390. קיימת כמובן טענה כי ההבחנה בין תרבות "גבוהה" לבין תרבות פופולרית הולכת ומטשטשת בשל שינויים חברתיים בעידן המודרני; לעניין זה ראו: Richard A. Peterson & Roger M. Kern, *Changing Highbrow Taste: From Snob to Omnivore*, 61 AM. SOC. REV. 900 (1996); CORSE, לעיל ה"ש" 8, בעמ' 167, וכן Bourdieu, שם, בעמ' 29; בורדייה מודה כי החלוקה בין יצירות משני הסוגים אינה דיכוטומית וכי קיימות גם יצירות המצויות בתווך שבין תרבות "גבוהה" לבין תרבות המונים. ראו בהקשר זה גם את כתיבתם של ההוגים מאסכולת פרנקפורט: תאודור ו. אדורנו ומקס הורקהיימר, "תעשיית תרבות: נאורות כהונאת המונים" אסכולת פרנקפורט (מבחר) 158 (דוד ארן מתרגם, 1993). השוו גם: ולטר בנימין "יצירת האמנות בעידן השעתוק הטכני" ולטר בנימין, מבחר כתבים, כרך ב: הרהורים 156 (דוד זינגר מתרגם, 1996).

מכוונות לרוב לקהל הרחב ביותר האפשרי ומשקפות ניסיון לקלוע לטעם ההמון: ההחלטות בדבר הפקתן ובדבר יצירתן נעשות בידי גופים מסחריים ומתקבלות לפי סיכויי המכירה.<sup>24</sup> להבדיל מיצירות של תרבות "גבוהה" ומיצירות עצמאיות, יצירות התרבות הפופולרית מבקשות להיות "קלות לעיכול" ומובנות לציבור הרחב ביותר האפשרי.<sup>25</sup> התוצאה היא אחידות ו"נוסחתיות": יצירות התרבות הפופולרית דומות זו לזו.<sup>26</sup> חשוב להדגיש כי אין כוונתי להביע עמדה ערכית הממעטה בחשיבותה של התרבות הפופולרית.<sup>27</sup> ההתייחסות בשורות אלה מתמקדת אך ורק בקיומו – או יותר נכון בהעדרו – של מגוון בקרב יצירות התרבות הפופולריות ביותר. הטענה היא, אפוא, כי יצירות התרבות המצליחות ביותר כיום הן תוצרים אחידים של תרבות המונים. יצירות לא מסחריות, יצירות הנוצרות משיקולים אמנותיים ויצירות שהן מורכבות יותר – בעלות הקשרים היסטוריים, אמנותיים וחברתיים רחבים יותר – כל אלו אינן לוכדות את תשומת הלב, אינן הופכות ללהיטים ובפועל נדחקות לשולי השוליים.<sup>28</sup> ביקורת חשובה נוספת בנושא המגוון התרבותי נוגעת כנטייה להתרכז בתרבות ה"עצמית" או הלאומית ולהתעלם מיצירות שנוצרו על ידי יוצרים בני תרבויות אחרות. הדיון בסוגיה זו מתקשר לעתים קרובות לוויכוח הער בנושא השפעת הגלובליזציה:<sup>29</sup> יש המדגישים בהקשר זה את השתלטותה של התרבות המערבית, הדוחקת את רגליהן של

- 24 Bourdieu, לעיל ה"ש 23, בעמ' 28; אדורנו והורקהיימר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 159–160.
- 25 Bourdieu, לעיל ה"ש 23, בעמ' 28–33; CORSE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149.
- 26 השוו Baker, לעיל ה"ש 4; NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 137; אדורנו והורקהיימר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 159–160. מחקרה המשווה של קורס מספק תימוכין לטיעונים אלה: הכותבת ניתחה מאות ספרים קנדיים ואמריקניים, ומצאה דמיון רב מבחינת המבנה והתוכן בין ספרים מצליחים הנמנים עם תרבות ההמונים בארצות הברית ובקנדה. מסקנתה הייתה כי בתחום תרבות ההמונים קיימת בתרבות הקנדית דומיננטיות אמריקנית. לעומת זאת, נמצאו הבדלים משמעותיים בין שתי המדינות בהשוואה בין ספרים קאנוניים השייכים לתרבות ה"גבוהה". נמצא כי ספרים אלה משקפים ערכים שונים, האופייניים לכל אחת משתי המדינות: CORSE, לעיל ה"ש 8, בעיקר בעמ' 152–163.
- 27 ייתכן כי בשל ההקשר הביקורתי המשתמע מן ההבחנה בין תרבות "גבוהה" לתרבות "נמוכה" ממעטים גם משפטנים הדנים בסוגיית המגוון התרבותי להשתמש בה.
- 28 Baker, לעיל ה"ש 4, בעיקר בעמ' 24–31, 226–227; Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1090–1091; NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 110. חיזוק מסוים לכך שתשומת הלב המוקדשת כיום לתרבות גבוהה מועטה מבעבר, לפחות בארצות הברית, ניתן למצוא אצל CORSE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 165; יוצרים אמריקניים מתלוננים על הקושי לפרסם תרבות "גבוהה" ועל היעלמותם של מוציאים לאור שעניינם בספרים אינו רק כלכלי.
- 29 ראו למשל: BENHABIB, לעיל ה"ש 6, בעמ' 181–186; Bevers, לעיל ה"ש 7, בעמ' 389–390; Broude, לעיל ה"ש 15, בעמ' 348–349; Baker, לעיל ה"ש 4, בעמ' 256–257.

יצירות תרבות מקומיות,<sup>30</sup> ויש המפנים זרקור מיוחד אל עבר ארצות הברית, ה"מייצאת" את תרבות ההמונים מתוצרתה לכל העולם.<sup>31</sup> היא אשר היא מוקד הדין בסוגיית המגוון התרבותי – תרבות "גבוהה" לעומת "נמוכה", "תאגידית" לעומת עצמאית, מקומית לעומת זרה – הטענה החשובה לענייננו היא כי לא רק שתשומת לב הציבור מופנית ברובה המכריע למספר מצומצם של יצירות, אלא שהיצירות המצליחות עצמן דומות זו לזו. במילים אחרות: קהל נמעני התרבות "נעול" במספר מצומצם של יצירות פופולריות, אשר בינן לבין עצמן אין מגוון תרבותי אמתי. האם "נעילה" תרבותית כזאת אמורה בכלל להטריד אותנו? בשונה ממקבילתה הכלכלית, את סוגיית ה"נעילה" התרבותית קשה לנתח בכלים כלכליים גרדא;<sup>32</sup> בשל טיבן של יצירות התרבות שהן נושא לזכויות יוצרים ולאור הכבוד שרוחשת הגישה הכלכלית להערפות הפרט, לא ניתן לקבוע כי מבחינת ציבור הקוראים, הצופים או המאזינים הבחירה בספר, בסרט או במוזיקה מסוימים דווקא ולא ביצירות אחרות היא "עדיפה" בראייה כלכלית. נהפוך הוא – ניתוח כלכלי קלאסי יגרוס ודאי כי הצרכנים מעריכים יותר את היצירות הפופולריות ביותר, ויתקשה להצביע על כשל שוק המחייב התערבות. אולם מנקודת מבט רחבה יותר, העדרו של מגוון תרבותי כרוך במחיר משמעותי. היכרות אשר מוגבלת לדומה, לאחיד ולנוסחתי, מצמצמת את האופקים ומובילה לניכור ולהדרה של האחר. כפי שכותב קיפלינג בשירו "We and They":

Father, Mother, and Me,  
Sister and Auntie say  
All the people like us are We,  
And every one else is They.  
And They live over the sea,  
While We live over the way,  
But – would you believe it?  
They look upon We  
As only a sort of They<sup>33</sup>

ההתבוננות המזוקקת שמציע קיפלינג אינה מוגבלת אמנם ליצירות תרבות, אך היא מסייעת להבהיר את המחיר החברתי הכרוך בהעדר מגוון: היצמדות מרבית הנמענים התרבותיים למספר קטן של יצירות הדומות זו לזו מובילה לאבדן הרב-תרבותיות ולצמצום

Rosemary J. Coombe: *Culture: Anthropology's Old Vice or International Law's New Virtue?* 93 AM. SOC'Y INT'L L. PROC 261 30

Anupam Chander & Madhavi Sunder, *Everyone's a Superhero: A Cultural Theory of "Mary Sue" Fan Fiction as Fair Use*, 95 CAL. L. REV. 597, 605–6 (2007); מעניין להזכיר בהקשר זה את מחקרו של בוורס, שממנו עולה כי גם מדינות אירופיות גדולות כמו צרפת וגרמניה נוטות להעדיף את יצירות התרבות של אזרחיהן על פני יצירות שמקורן במדינות אחרות: Bevers, לעיל ה"ש 7, בעמ' 392, 397–399. 31

לניתוח תופעת ה"נעילה" בספרות הכלכלית ראו את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 19. 32

RUDYARD KIPLING, *We and They*, in DEBITS AND CREDITS 263 (1926); השורות המצוטטות הן מתוך הבית הראשון. 33



האופקים. לעומת זאת, חשיפה למגוון של תכנים – גם תוכני תרבות – יוצרת מודעות לקיומם של דעות, של נקודות מבט ושל טעמים שונים. אף אם צרכן התרבות אינו מזדהה עם אותם תכנים, ההיכרות עם מעורדת סובלנות ותורמת לבלימת קיצוניות.<sup>34</sup> על כן, החשיפה למגוון תרבותי היא כשלעצמה גורם בונה ומשכלל, ואילו העדרה עלול להוביל לעקרונות רעיונית וערכית, להתנכרות ל"אחר" שאינו תואם את המקובל והסטנדרטי, להדרתו החברתית ולעתים אף לרדיפתו. ריבוי ומגוון נתפסים אפוא כיסודות חיוניים לסביבה דמוקרטית ולקיומן של סובלנות ושל יציבות חברתית. עמדה זו מוצאת ביטוי במקורות מגוונים, החל מן המסורת היהודית, עבור דרך הפילוסופיה המודרנית וכלה בכתיבה עכשווית בתחום חופש הביטוי והדמוקרטיה המתדיינת.<sup>35</sup> זו האחרונה מדגישה את חשיבותו של הדיאלוג החברתי להליך הדמוקרטי של גיבוש הרצון הפוליטי, ומבהירה כי אותו שיח חברתי מבוסס על אינטרקציה, על החלפת מידע ועל החלפת חוויות, לאו דווקא בנושאים פוליטיים.<sup>36</sup> גיבוש הרצון הפוליטי מושפע, אפוא, מכל תקשורת הדדית הנעשית במסגרת הליך של יצירת משמעות – קריאה, פרשנות, החלפת חוויות, חיפוש מידע ועיבודו. יצירות תרבות – טקסטים, מופעים, סרטים, מוזיקה, ארכיטקטורה וכיוצא באלה – נמצאות פעמים רבות במקוד האינטרקציה החברתית הזאת. יוצא אפוא כי ההיכרות עם יצירות תרבות מגוונות משפיעה על עיצוב ההבנה ותפיסת העולם ועל סולם הערכים של אנשים ומסייעת להם בגיבוש סדרי העדיפויות, ויש לה לכן משמעות דמוקרטית עמוקה.<sup>37</sup>

34 Baker, לעיל ה"ש 4, בעמ' 234–235; YOCHAI BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMERS MARKETS AND FREEDOM, 162–4 (2006) (להלן: בנקלר רשתות).

35 ראו למשל ישעיהו ליבוביץ הערות לפרשת השבוע, 15 (1988), שם גם מופיע הביטוי "עקרונות רעיונית וערכית"; אביעזר רביצקי, "שאלת הסובלנות במסורת היהודית: בין פלורליזם לפטרנאליזם" תל"י חינוך לפלורליזם 3 (www.pluralismisrael.com/maagar\_maamarim/3; maagar\_maamarim2.asp ג'ון סטיוארט מיל על החירות 96–132 (אריה סימון מתרגם, התשנ"ח) (1859), המדגיש את חשיבות המגוון והשוני; Robert C. Post, *Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity*, 25 AUSTRALIAN JOURNAL OF LEGAL PHILOSOPHY 185 (2000); Cristina M. Rodriguez, *Language and Participation*, 94 CALIFORNIA LAW REVIEW 687, 726–7 (2006); Elkin-Koren, לעיל ה"ש 9, בעמ' 102; BENHABIB, לעיל ה"ש 6.

36 גישה זו נסמכת במידה רבה על עבודתו של הברמאס; לעניין זה ראו: Jurgen Habermas, *Three Normative Models of Democracy*, in DEMOCRACY AND DIFFERENCE, 21 (Seyla Benhabib ed., 1996); Seyla Benhabib, *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jurgen Habermas*, in HABERMAS AND THE PUBLIC SPHERE 73, 86 (Craig Calhoun ed., 1992); 82–83, 86 (Craig Calhoun ed., 1992) לניתוח מרכזי של דיני זכויות יוצרים מזווית זו ראו: Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996).

37 שם, בעמ' 232–233; Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 34–9 (2004).

נוסף לכך, עצם ההיכרות עם מגוון של תכני תרבות מחזקת את האוטונומיה של הפרט, מעוררת חשיבה עצמאית וביקורתית<sup>38</sup> ויש בה תרומה גם להעצמה במישור האישי.<sup>39</sup> שלא במפתיע, גם למטבע של המגוון התרבותי יש שני צדדים: קיים מתח מובנה בין הצורך בקיומו של מגוון תרבותי לבין הצורך בקיומו של מכנה משותף תרבותי. מכנה משותף כזה מתבטא בין השאר בקיומן של יצירות תרבות פופולריות מאוד, שהן בגדר "מוצרי סולידריות". מוצרי סולידריות, בדומה למוצרים שיש להם "אפקט רשת", מתאפיינים בעלייה של ערך המוצר עבור הפרט ככל שעולה מספר האנשים המשתמשים בו.<sup>40</sup> ואולם, עליית הערך הנובעת מצריכתם של מוצרי הסולידריות על ידי מספר רב של אנשים אינה דווקא כספית, אלא מתבטאת בתחושות של שייכות חברתית, בחוויות משותפות וברגשות הזדהות.<sup>41</sup> יצירות התרבות הפופולריות ביותר הן דוגמה מובהקת למוצרים כאלה: השפה המשותפת שהן יוצרות מאפשרת לאנשים לחלוק ערכים, חוויות ומנהגים. צריכתן מאפשרת לאנשים לקבל חיזוקים להשקפותיהם ולבחירות התרבותיות שהם מבצעים, מקנה להם ביטחון באשר להעדפותיהם ויוצרת אצלם תחושות שייכות והשתתפות. בהשאלה מקיפלינג, ההיכרות עם יצירות התרבות הפופולריות ביותר מאפשרת לפרטים ברשת החברתית לאותת זה לזה כי הם חלק מאותו ה-"We". בדומה לחוויות משותפות אחרות (כמו חגים לאומיים), גם יצירות התרבות הפופולריות ביותר הן חלק מן "הרב" החברתי אשר קיומו מאחד קבוצות שונות וחיוני לתפקודה של חברה אזרחית.<sup>42</sup> נשוב לעניין זה בהמשך, אולם המסקנה החשובה בשלב זה היא כי התמונה אינה חד-ממדית: לשם קיומה של חברה אזרחית דמוקרטית בעלת מרקם חברתי תקין ומתפקד, יש חשיבות לא רק לקיומן של יצירות תרבות שכולם מכירים, אלא גם לפתיחות, לחשיפה ולהיכרות מסוימת עם מגוון של יצירות תרבות. ממד זה הוא שמעסיק אותנו כאן.

- 38 בהקשר זה השוו לכתבתם של אדורנו והורקהיימר, העומדים על כך שתעשיית תרבות אחידה המבוססת על ייצור המוני אינה מאפשרת אינדיבידואליות ומדכאת ביקורתיות: אדורנו והורקהיימר, לעיל ה"ש 23, בפרט בעמ' 160, 174, 178, 187, 192.
- 39 בנקלר, רשתות; Baker, לעיל ה"ש 4, בעמ' 237; השוו גם: Rodriguez, לעיל ה"ש 35.
- 40 Cass R. Sunstein & Edna Ulmann-Margalit, *Solidarity Goods*, 9 J. Pol. Phil. 129 (2001).
- 41 שם, בעמ' 137–138; Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1084–1085.
- 42 השוו: Cass Sunstein, Republic.com 9 (2001); הרברים נאמרו לא אגב דיון בזכויות יוצרים אלא במסגרת דיון בהשפעה ה"מפלגת" של האינטרנט, הנובעת מכך שהמשתמשים יכולים לברור את התכנים שלהם הם נחשפים. ראו גם עוז אלמוג פרידה משרוליק – שינוי ערכים באליטה הישראלית כרך א (2004), בעיקר בעמ' 290–291; המחבר עומד על כך שמיעוט הערוצים בישראל יצר בעבר תשתית לשיח משותף והיה גורם מאחד בחברה הישראלית, ואילו מגוון הערוצים הנוכחי תורם לפיצול רעיוני ותרבותי. לפירוט ולדוגמאות נוספות ראו גם: Michal Shur-Ofry, *Popularity as a Factor in Copyright Law*, 59 U. Toronto L.J. 525 (2010).

## 2. זכויות יוצרים ומגוון תרבותי – גבולות הדיון

זכויות היוצרים ביצירות רבות ומפורסמות מוחזקות בידי תאגידים שעיסוקם בכידור ובתקשורת המונים. כך, למשל, תאגיד "דיסני" (Disney) הוא בעל זכויות היוצרים בדמויותיהם המצוירות של מיקי מאוס, של דונלד דאק ושל גיבורי תרבות נוספים; חברת "מאטל" (Mattel) היא בעלת הזכויות בכובת ה"ברבי"<sup>43</sup> ואילו תאגיד "טיים וורנר" (Time Warner) הוא בעל זכויות היוצרים בהמנון ימי ההולדת "Happy Birthday to You".<sup>44</sup> עובדה זו, בצירוף השליטה על יצירות התרבות שאותה מקנות זכויות היוצרים לבעליהן, מובילה לטענה כי הגנת זכויות היוצרים היא חסם בפני מגוון תרבותי.

הדיון בספרות המשפטית מתמקד בשני מובנים עיקריים שבהם עשויה הגנת זכויות היוצרים לחסום מגוון תרבותי.<sup>45</sup> במובן האחד, זכויות היוצרים מכבידות על יוצרים "מדור שני" המבקשים להשתמש ביצירות קיימות במסגרת יצירות חדשות שלהם. יצירות חדשות כאלה עשויות להיות בעלות תוכן ביקורתי, לטעון יצירה קיימת במשמעויות חדשות, לנסות ולערער על מוסכמות חברתיות או להאיר נושאים ישנים באור חדש.<sup>46</sup> זכויות היוצרים, מעצם קיומן, מטילות מגבלות על פעילויות מעין אלה, דבר שעלולה להיות

43 "דיסני" ו"מאטל" אף אוכפים את זכויותיהם בקפדנות; ראו לעניין זה ה"ש 46 להלן.

44 ראו: KEMBREW MCLEOD, FREEDOM OF EXPRESSION (R): OVERZEALOUS COPYRIGHT BOZOS AND OTHER ENEMIES OF CREATIVITY 15–9 (2005); ראו גם באופן כללי: NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 110; Benkler, לעיל ה"ש 4, בעמ' 58.

45 "עיקריים", שכן קיימים קשרים נוספים בין זכויות יוצרים לבין מגוון תרבותי. כך, למשל, במישור הבין-לאומי זכויות קניין רוחני הן גורם המעודד "שינוע" של יצירות מעבר לגבולות גאוגרפיים; כפועל יוצא, עשויה להיווצר השפעה בין-תרבותית אשר יש לה השלכות על סוגיית המגוון; לעניין זה ראו: Broude, לעיל ה"ש 15, בעמ' 357–355. פרט להערה כללית זו לא אבחנו את הנושא במסגרת מאמר זה.

46 כמה דוגמאות מפורסמות: זכויות היוצרים הן שעמדו ביסוד תביעת בעלי הזכויות ב"חלף עם הרוח"; בעלי הזכויות התנגדו לעיבוד ספרותי שסיפר את סיפור המעשה מנקודת מבטם של העבדים השחורים בארצות הברית והציג את גיבורי הרומן כמעורבים ביחסים הומוסקסואלים: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11<sup>th</sup> Cir. 2001); בית המשפט האמריקני קבע באותו מקרה כי השימוש שעשתה מחברת הרומן "The Wind Gone Done" בדמויות הגיבורים של "Gone With the Wind" הוא בגדר "שימוש הוגן". זכויות היוצרים הן גם אלה שעמדו ביסוד סירובו של תאגיד "דיסני" לאפשר לאמן דודו גבע ז'ל להציג ב"ספר הברווז" פרי עטו את הברווז דונלד דאק עם כובע טמבל על ראשו: רע"א 2687/92 גבע נ' וולט דיסני, פ"ד מ"ח (1) 251 (1993). בדומה, בעלי הזכויות בכובת ה"ברבי" ניסו להשתמש בזכויותיהם כדי למנוע שימושים שקשרו לבובה משמעויות שלא לפי טעמם, כמו למשל הצגת ברבי כסמל לדיכוי נשי, במיצג אמנותי שבו נראתה הבובה עירומה וכלי בית שונים מתקיפים אותה: *Mattel v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9<sup>th</sup> Cir. 2003); באותו פסק דין התיר בית המשפט את השימוש שעשה האמן וקבע כי הוא "שימוש הוגן". בעלת הזכויות בספרי "חסמב"ה" ניסתה להסתמך על זכויותיה כדי למנוע את פרסומו של ספר שהציג את גיבורי החבורה כקבוצת מזדקנים עתירי בעיות נפשיות ואחרות: ת"א (מחוזי תל אביב) 1437/02 מוסיניונון נ' האפרתי (לא פורסם, 29.5.2003). ראו גם שפרה האפרתי

לו השפעה שלילית על מגוון יצירות התרבות הבאות לעולם. בהקשר זה קשה לחלוק על השיבותן של זכויות היוצרים, וניתן להסכים כי יש להן השפעה משמעותית.<sup>47</sup> אולם רשימה זו עוסקת במובן השני, הנוגע בהשפעת זכויות היוצרים על ריכוז התעניינות הציבור במספר קטן של יצירות תרבות פופולריות. בהינתן היצע מסוים של יצירות, השאלה היא האם הגנת זכויות היוצרים היא החוסמת את ציבור הנמענים (או הצרכנים) מלהתעניין במגוון רחב יותר של יצירות תרבות? הדיון במישור הראשון מתמקד במגבלות שמטילות זכויות יוצרים על האפשרות להשתמש ביצירות מוגנות ובשאלה אם שימוש כזה הוא בגדר הפרה של זכויות, ואילו הדיון בענייננו עוסק ביצירות ובשימושים אשר לא נטענת נגדם כל טענה להפרת זכויות יוצרים. הוא מתמקד בהצלחתן של יצירות מגוונות ללכוד את תשומת לב נמעני התרבות, או ליתר דיוק – בחוסר הצלחתן.<sup>48</sup> השאלה הנבדקת היא, אפוא, אם צמצום זכויות היוצרים יתרום לפיזור של התעניינות הציבור על פני מספר רב יותר של יצירות תרבות מסוגים שונים, ויחליש את שליטתם של הלהיטים מבית היוצר של תקשורת ההמונים על המרחב התרבותי.

### 3. תמצית הטענה נגד זכויות היוצרים

משפטנים שעסקו במגוון תרבותי במובן שהוצג כאן נוטים להשיב בחיוב על השאלה האחרונה. הטענות המופנות כלפי זכויות היוצרים בהקשר זה תידונה ביתר הרחבה בהמשך (בחלק 3), אולם בתמצית, הן קושרות בין דיני זכויות היוצרים לבין שתלטנותם של תאגידי תקשורת ההמונים: חברות התקליטים, האולפנים ההוליוודיים, רשתות הטלוויזיה הגדולות וכיוצא באלה. על פי הטענה, פעילותם של גופים אלה מונעת, כידוע, מן הרצון להגביר את רווחיותם. על כן הם "מציפים" אותנו בתכנים רדודים, אחידים ונוסחתיים אשר פונים למכנה המשותף הרחב ביותר, באופן שאינו מותיר מקום ליצירות אחרות ושונות ומשפיע השפעה שלילית על המגוון התרבותי.<sup>49</sup> הבסיס הכלכלי לפעילותם של תאגידי תקשורת ההמונים נשען במידה רבה על זכויות היוצרים, שכן זכויות אלה מאפשרות להם לשלוט שליטה רחבה בתכנים שהם מפיצים ולגרוף רווחי עתק תמורת הפצתם. מכך נובע, לפי הטענה, כי זכויות היוצרים הן הנושאות באחריות להשתעבדות הציבור הרחב ליצירות התרבות הפופולרית ולהתעלמותו מן התרבות האחרת. המסקנה המתבקשת היא כי כדי להגדיל את המגוון התרבותי יש לצמצם את זכויות היוצרים.<sup>50</sup>

"חופש הביטוי בגוף ראשון: חסמב"ה ותעלומת חופש הביטוי", שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 355 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

47 לניתוח השפעתן של זכויות היוצרים במישור זה ראו למשל: Coombe, לעיל ה"ש 2; NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 109–110; Netanel, לעיל ה"ש 9; Elkin-Koren, לעיל ה"ש 9; BETTIG, לעיל ה"ש 9, בעמ' 103–104.

48 Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1081, 1086.

49 ראו: BAKER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8–16; Benkler, לעיל ה"ש 4, בעמ' 93–97; בנקלר רשתות, לעיל ה"ש 34, בעמ' 165, וכן ה"ש 24–26.

50 ראו טיעונים ברוח זו אצל Nadel, לעיל ה"ש 4, בעמ' 797–801; NETANEL, לעיל ה"ש 4; Neil Weinstock Netanel, *Market Hierarchy and Copyright in Our System of Free Expression*, 53 VAND. L. REV. 1879 (2000); Benkler, לעיל ה"ש 4, בעמ' 103–105;

האומנם צמצום זכויות היוצרים הוא אכן אמצעי חשוב לשם הגדלת המגוון התרבותי, או באופן כללי יותר – האם יכול המשפט לעמוד בציפיות שתולים בו המשפטנים? התשובה שאותה אציע כאן מורכבת מכמה נרמכים השלובים זה בזה. תחילה אבקש להראות כי הטענה לפיה צמצום זכויות היוצרים יוביל להגדלת המגוון התרבותי אינה נתמכת בראיות מספקות, ואף נסותרת בכמה אופנים. בהקשר זה אטען כי התופעה של העדר מגוון – קרי ריכוזיות ונהירה אל עבר מספר קטן של יצירות פופולריות – אינה נובעת מזכויות יוצרים וקיימת גם בסביבה נעדרת זכויות יוצרים, וכי בה בעת, תופעות של הגדלת המגוון התרבותי אפשריות ומתרחשות גם במשטר משפטי הנשלט על ידי זכויות יוצרים רחבות. נוסף לכך אטען כי משפטנים הקוראים לצמצום זכויות היוצרים אינם מציגים "תסריט הפוך" משכנע בדבר תרומתו של צמצום זכויות היוצרים המוצע להגדלת המגוון התרבותי. לאור כל האמור, ונוכח הספקות באשר ליכולת של צמצום זכויות היוצרים לעודד באופן משמעותי את המגוון התרבותי, מתבקשת הסתכלות מזווית רחבה על סוגיית המגוון. הסתכלות כזאת, המוצעת בחלקו השלישי של המאמר, מבהירה כי מגוון תרבותי הוא תופעה רבת-סיבות המושפעת משלל גורמים חוץ-משפטיים, וכי ההתרכזות המשפטית בזכויות היוצרים עלולה להסיט את תשומת הלב מגורמים אלה.

החלק הבא יוקדש, אפוא, להתבוננות על התופעה של ריכוז ההתעניינות התרבותית במספר קטן של יצירות תרבות, על מאפייניה ועל ההסברים המוצעים לה. לאחר מכן אשתמש בממצאים כדי לבחון באופן מפורט יותר את הטענות באשר להכשלת המגוון התרבותי המופנות כלפי זכויות היוצרים.

## ב. מגוון תרבותי בראייה רשתית

### 1. "נעילה תרבותית" ורשתות מורכבות

התופעה של נהירת כל הפרטים בחברה (או כמעט כולם) אל עבר מספר מצומצם של יצירות או של מוצרים מתוך המגוון הקיים (ולענייננו: אל יצירות תרבות מסוימות) העסיקה חוקרים בתחומי הסוציולוגיה ובתחומים סמוכים כבר בסוף המאה התשע-עשרה, עשרות שנים לפני עידן תקשורת ההמונים.<sup>51</sup> תופעה זו נוגעת בתחום המחקר הסוציולוגי המכונה "רשתות חברתיות", אשר מתמקד בחקר יחסי הגומלין בין פרטים ברשת החברתית ובהשפעת יחסים אלה על העדפויותיהם של יחידים ועל פעולותיהם.<sup>52</sup> במסגרת זו נבדקת

ובהצגה מתונה הרבה יותר גם אצל Pessach, לעיל ה"ש 4. ראו גם את המקורות הנזכרים בה"ש 104–107 להלן.

51 כבר לפני מאה שנה הציע הסוציולוג ועורך הדין הצרפתי Gabriel de Tarde, הנחשב לאחד מאבות התאוריה החברתית בנושא התפשטות חידושים, לבחון מדוע מתוך מאה "חידושים" הנוצרים ברו-זמנית רק עשרה יתפשטו ואילו תשעים יידונו לשכחה: GABRIEL TARDE, *The Laws of Limitation, in ON COMMUNICATION AND SOCIAL INFLUENCE: SELECTED PAPERS*, 177–84 (Terry N. Clark ed., 1969).

52 ראו למשל: Mark S. Granovetter, *The Strength of Weak Ties*, 78 Am. J. Soc. 1360 (1973); EVERETT ROGERS, *DIFFUSION OF INNOVATIONS* (2003).

ההשפעה ההדדית של התנהגות פרטים על כלל הרשת החברתית ושל התנהגותה של הרשת החברתית על התנהגותם של פרטים.<sup>53</sup> כאמור, חלק מן המחקר בתחום הרשתות מתמקד בתופעה של אימוץ חידושים על ידי כל השחקנים ברשת (או על ידי רוב רובם של השחקנים) ושל מעבר לדפוס התנהגות אחיד, או לענייננו כאן: בתופעת הנהירה אל עבר היצירות הפופולריות.<sup>54</sup> תופעה זו ממש זוכה בשנים האחרונות להתעניינות רבה גם מצד חוקרים בתחום המדעים המדויקים. אלה אינם מתמקדים רק ברשתות החברתיות, כי אם בתחום רחב יותר המכונה רשתות מורכבות או מערכות מורכבות.<sup>55</sup> מסתבר, כי התופעה של מעבר כל מרכיבי המערכת או כמעט כולם להתנהגות דומה היא מאפייץ כללי של רשתות מורכבות, הן רשתות אנושיות הן רשתות אחרות,<sup>56</sup> עד כי אנשי המדעים המדויקים מתייחסים אליה כאל "חוק טבע".<sup>57</sup> בין המודלים הסוציולוגיים של "התפשטות חידושים" לבין המודלים המתמטיים-פיזיקליים של "ארגון עצמי במערכות מורכבות" קיימת הקבלה משמעותית, אשר זכתה לאחרונה להכרה בקרב

- 53 אנשי מדעי החברה יתארו זאת כיחסי הגומלין בין ה"מיקרו" (הפרט) לבין ה"מאקרו" (הקולקטיב). ראו למשל: Peter Hedstrom, *Experimental Macro Sociology: Predicting the Next Best Seller*, 311 Sci. 786 (2006).
- 54 ראו: Everett M. Rogers, Una E. Medina, Mario A. Rivera & Cody J. Wiley, *Complex Adaptive Systems and the Diffusion of Innovations*, 10(3) THE INNOVATION J.: THE PUB. SECTOR INNOVATION J. 4 (2005), available at [www.innovation.cc/volumes-issues/rogers-adaptivesystem7final.pdf](http://www.innovation.cc/volumes-issues/rogers-adaptivesystem7final.pdf). יש להבהיר כי באופן שבו הוא מופיע בכתיבה הסוציולוגית, המונח "חידושים" אינו מוגבל דווקא לחידושים "אובייקטיביים" אשר נוצרו או הומצאו זה לא מכבר, אלא כולל תופעות, רעיונות, אובייקטים ולענייננו – יצירות תרבות, שלא היו מופקדים ברשת חברתית מסוימת קודם להתפשטותם שם; לעניין זה ראו: ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 12–13.
- 55 מערכות מורכבות (Complex Adaptive Systems) מתאפיינות בכך ששינויים קטנים בהן עלולים להוביל לתגובות גדולות ואף לא פרופורציונליות. זאת להבדיל ממערכות ליניאריות, שבהן שינוי קטן גורר תגובה קטנה ולהפך. רשת המולקולות בתא, רשת האינטרנט, רשת קווי החשמל והחשובה לענייננו – הרשת החברתית, הן כולן דוגמאות למערכות מורכבות כאלה; לעניין זה ראו אלברט לסלו ברבאשי, קישורים – המדע החדש של רשתות 72, 89–90, 103 (דרורה בלישה מתרגמת, 2004); Rogers, Medina, Rivera & Wiley, לעיל ה"ש 54.
- 56 Rogers, Medina, Rivera & Wiley, לעיל ה"ש 54, בעמ' 3–4; ברבאשי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 183.
- 57 שם, בעמ' 14–15.

חוקרים מהדיסציפלינות השונות.<sup>58</sup> בין לבין מעורר תחום זה עניין רב גם בקרב כותבים פופולריים.<sup>59</sup>

כל המחקרים בתחום הרשתות אינם מגבילים עצמם ליצירות המוגנות בזכויות יוצרים. נהפוך הוא, הם עוסקים במגוון תחומים: החל מהתפשטות חידושים טכנולוגיים, כמו השימוש במכשיר הפקסימיליה, באינטרנט או בטלפונים ניידים,<sup>60</sup> עבור דרך התפשטות אופנות ו"טרנדים",<sup>61</sup> או להברדיל נגיפים ומחלות,<sup>62</sup> וכלה בהתפשטות רעיונות והרגלים.<sup>63</sup> עם זאת, כבר כיום קיימת במחקרי הרשתות התייחסות משמעותית גם ליצירות תרבות המוגנות בזכויות יוצרים; עם היצירות שנחקרו נמנים, למשל, ז'אנרים מוזיקליים,<sup>64</sup> ספרי הוראה,<sup>65</sup> יצירות מוזיקליות,<sup>66</sup> ספרי קריאה,<sup>67</sup> משחקים אלקטרוניים,<sup>68</sup> סרטים הוליוודיים<sup>69</sup>

- 58 ראו למשל: Rogers, Medina, Rivera & Wiley, לעיל ה"ש 54; בעמ' 5 מציינים המחברים: "While CAS [Complex Adaptive Systems] models originated principally in the physical and biological sciences and DIM [Diffusion of Innovations Model] in the behavioral and social sciences, they **have converged to include or apply to a wide range of human (social) and nonhuman systems**" [ההרגשה שלי – מ' ש"ע].
- 59 ספרו של העיתונאי מלקולם גלאדוול הוא דוגמה טובה ומרתקת: MALCOLM GLADWELL, THE TIPPING POINT, HOW LITTLE THINGS CAN MAKE A BIG DIFFERENCE (2002).
- 60 ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 259–265 (טלפונים ניידים), 345 (פקסימיליה) ו-346 (אינטרנט).
- 61 למשל חזרתן לאופנה של נעלי "Hush Puppies" בשנת 1995. לתיאור תחייתה והתפשטותה של אופנת "האש פאפיס" בארצות הברית ראו: GLADWELL, לעיל ה"ש 59, בעמ' 3–5, 7–8.
- 62 לתיאור התפשטות נגיף האיידס במונחים של תאוריית הרשתות ראו ברבאשי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 167–169; GLADWELL, שם, בעמ' 21–24.
- 63 ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 31–35 (שימוש בזנים מסוימים בקרב חקלאים), 106 (הרתחת מים) ו-202–204 (שימוש בתרופות מסוימת בקרב רופאים). ראו גם: Duncan Watts, *The* Kerry Cascade, SLATE MAGAZINE, Feb. 24 2004, www.slate.com/id/2095993/ (שימוש במודל רשתות כדי להסביר את ניצחונן של ג'ון קרי במפלגה הדמוקרטית בארצות הברית).
- 64 ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 220–221.
- 65 שם, בעמ' 300–303.
- 66 Matthew J. Salganik, Peter Sheridan Dodds & Duncan J. Watts, *Experimental Study of Inequality and Unpredictability in an Artificial Cultural Market*, 311 Sci. 854 (2006); CHRIS ANDERSON, THE LONG TAIL: WHY THE FUTURE OF BUSINESS IS SELLING LESS OF MORE 19 (2006).
- 67 GLADWELL, לעיל ה"ש 59, בעמ' 169–175; ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 354–355. נתונים נוספים בעניין ספרים המשווקים באמצעות האינטרנט ניתן למצוא אצל ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעמ' 121.
- 68 ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 313–314.
- 69 שם, בעמ' 127.

ואף מאמרים אקדמיים.<sup>70</sup> מכל אלה עולה כי הממצאים של מחקר הרשתות בנושא הנהייה אחר פופולריות תקפים גם באשר ליצירות תרבות המוגנות בזכויות יוצרים. אחד הממצאים הבולטים העולה מן המחקרים הללו הוא כי רשתות מורכבות פועלות לפי עקרון של "התקשרות מועדפת", או במילים אחרות – פופולריות היא פופולרית: צמתים פופולריים ברשת ימשכו אליהם עוד ועוד קישורים לעומת צמתים פופולריים פחות.<sup>71</sup> עקרון זה תקף גם בהקשר של יצירות התרבות המעסיקות אותנו כאן. לשם כך ניתן לתאר את היצע היצירות מסוג מסוים העומד לרשות החברה בזמן נתון, כגון ספרים, כרשת. הצמתים המרכיבים את הרשת הם הספרים, הקשורים ביניהם לא באופן ישיר כי אם באמצעות הרשת החברתית – ציבור הנמענים המחליט באילו ספרים לבחור, או בלשון "רשתית": אל אילו צמתים ליצור קישורים.<sup>72</sup> הסיכוי שאנשים הבאים לבחור ספר יעדיפו ליצור קישור לספר פופולרי, בעל מספר רב של קישורים, או בשפה פשוטה יותר – לקרוא ספר שיש לו כבר מספר גדול של קוראים, רב מהסיכוי שהם יבחרו דווקא בספר חסר קישורים שאינו זוכה לפופולריות. כאמור, התופעה אופיינית לרשתות מורכבות באופן כללי: כך, לאתר אינטרנט פופולרי יש סיכוי רב יותר לקבל קישורים נוספים;<sup>73</sup> לשחקנים פופולריים יש סיכוי רב יותר לקבל תפקידים חדשים;<sup>74</sup> מסעדות פופולריות מאוד מושכות קהל נוסף;<sup>75</sup> ולענייננו – ליצירות תרבות פופולריות מאוד יש סיכוי רב יותר לזכות לצופים, למאזינים, או לקוראים נוספים.

לפיכך, חלוקת הקישורים ברשתות מורכבות רבות מתאפיינת ב"התפלגות חזקתית" (power law distribution). משמעותה של התפלגות כזאת היא כי מספר קטן של צמתים, שהם, לענייננו, יצירות התרבות הפופולריות ביותר, מושך אליו את רוב הקישורים, שהם, לענייננו, צרכני התרבות.<sup>76</sup> כל יתר היצירות, שאינן נמנות עם אותם "מנצחים", נאלצות

- 
- 70 Thomas A. Smith, *The Web of Law* (SAN DIEGO LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER No. 06- 70  
120, available at [ssrn.com/abstract=642863](http://ssrn.com/abstract=642863), 2005), 1; ברבאשי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 120.
- 71 שם, בעמ' 120–121.
- 72 מתמטיקאים יתארו רשת כזאת כ"גרף דו צדדי" – שם, בעמ' 130, 144 ובעמ' 325 (בהערת השוליים המתייחסת לעמ' 144).
- 73 כיוון שקריטריון עיקרי לדירוג אתרים במנוע החיפוש של "Google" הוא מספר הקישורים הנכנסים, האתרים הללו זוכים במקומות הראשונים בתוצאות החיפוש. לפיכך יותר אנשים נחשפים אליהם, הם הופכים מרכזיים יותר ועוד ועוד אתרים מבקשים להיקשר אליהם. הגידול במספר הקישורים מעלה עוד יותר את הדירוג שלהם במנוע החיפוש. כך נוצר מעגל משוב המקדם עוד יותר את האתרים הפופולריים. לתיאור תהליך זה ראו: Eric Goldman, *Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism*, 8 YALE J. L. & TECH. 188, 193–4 (2005–2006).
- 74 למחקרים המוכיחים זאת באשר לרשת השחקנים בהוליווד ראו ברבאשי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 84–88, 116–112, 119.
- 75 Mark Granovetter, *Threshold Models of Collective Behavior*, 83 AM. J. SOC. 1420, 1438–9 (1978).
- 76 ברבאשי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 95–103; ANDERSON; לעיל ה"ש 66, בעמ' 19, 121; NETANEL; לעיל ה"ש 4, בעמ' 132–133. ראו גם: Albert-Laszlo Barabasi & Reka Albert, *Emergence*



להתחלק בתשומת לב מועטה יחסית. תיאור גרפי של ההתפלגות החזקתית יתבטא, לפיכך, בעקומה אשר חלקה השמאלי גבוה (ומייצג את אותן יצירות מועטות הזוכות להיות "המנצחות הלוקחות הכול"), היורדת בשיפוע תלול ומסתיימת ב"זנב ארוך" ומישורי כמעט, המייצג את "הרוב הדומם" של היצירות הזוכות לתשומת לב מעטה.<sup>77</sup>

מדוע מעדיפים אנשים לבחור ביצירות פופולריות שנבחרו כבר על ידי אחרים? החוקרים מציעים הסברים אחדים.<sup>78</sup> סוג אחד של הסברים מתאר את הבחירה ביצירות הפופולריות כדרך להתגבר על חוסר ודאות ועל פערי מידע, שהם חלק בלתי נפרד מכל החלטה אם לבחור או לדחות חידוש כלשהו.<sup>79</sup> קל להמחיש עניין זה ביחס ליצירות המוגנות בזכויות יוצרים; מבחר היצירות המוצע לנו הוא עצום, ואילו המשאבים העומדים לרשותנו הם מוגבלים – הן המשאבים החומריים (תקציב הצריכה של ספרים, סרטים או מוזיקה) הן המשאבים הפסיכולוגיים (יכולת הקליטה, העיבוד ומתן תשומת הלב ליצירות השונות).<sup>80</sup> הבחירה ביצירות שנבחרו כבר על ידי אחרים נתפסת אצל מרביתנו כבחירה "בטוחה": הסרט שבו צופים הכול אינו יכול להיות כה גרוע; הספר הנמצא בראש רשימת רבי המכר אולי אינו האיכותי ביותר, אבל הוא כנראה גם לא איום, הרי אחרת לא היה מגיע לראש הרשימה.<sup>81</sup> הצטרפות לבחירותיהם של אחרים מחזקת את ביטחוננו באשר ליצירה שבה בחרנו. במילים אחרות, הפופולריות נתפסת כערוכה מסוימת לערך העצמי (האינהרנטי) של היצירה.<sup>82</sup> אחרים מדגישים כי ההצטרפות ליצירה ה"מנצחת" עשויה להיתפס כמכשיר

.of Scaling in Random Networks 286 SCIENCE 509 (1999)

77 דוגמה גרפית של עקומת התפלגות חזקתית תראה כך (מתוך "ויקיפדיה" בערך "Power Law": [www.en.wikipedia.org/wiki/Power\\_law](http://www.en.wikipedia.org/wiki/Power_law))



78 נראה כי לפחות בתחום הרשתות מתמקד המחקר בתופעה עצמה ומקדיש תשומת לב פחותה בהרבה לשאלת ה"למה". הסבר אפשרי הוא הקושי לחקור סוגיה זו, הכרוכה ב"בחינת כליות ולב" אצל הנחקרים; לעניין זה ראו: ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 115–116. חשוב להבהיר כי ההסברים שאליהם אתייחס כאן נוגעים בתופעת הנהירה אל עבר הפופולרי באופן כללי ואינם מוגבלים דווקא ליצירות פופולריות המוגנות בזכויות יוצרים; לעניין זה ראו ה"ש 60–70 לעיל והטקסט הנלווה להן.

79 ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 6, 168, 204; Watts, לעיל ה"ש 63; LEON SCHIFFMAN & LESLIE KANUK, CONSUMER BEHAVIOR, 381–3 (2007).

80 פרנק וקוק משתמשים לעניין זה בדימוי הציורי של "מדרג מנטלי" בעל יכולת אחסון מוגבלת; ראו: ROBERT H. FRANK & PHILIP J. COOK, THE WINNER TAKE ALL SOCIETY: WHY THE FEW AT THE TOP GET SO MUCH MORE THAN THE REST OF US 38–9 (1995).

81 סיוע מסוים להלך המחשבה הזה מספק מחקרם של Salganik, Dodds & Watts, לעיל ה"ש 66.

82 מובן שמדובר בהכללה; קיימים אנשים אשר הפופולריות של יצירה מסמנת עבורם דווקא ערך עצמי נמוך או ליתר דיוק כזה שאינו גבוה מספיק.

להשגת פופולריות חברתית ולהאדרת המוניטין.<sup>83</sup> נוסף לאלה, הבחירה ביצירה הפופולרית יוצרת הזדמנויות לתקשורת בין-אישית, כמו החלפת דעות על הלהיט התורן של תכניות ה־רֵאליטי או "שיחות מסדרון" במשרד על שובר הקופות האחרון;<sup>84</sup> היא עשויה גם ליצור תחושות של סולידריות, של שייכות ושל הנאה הנובעות מעצם הידיעה של הפרט כי פעולותיו או בחירותיו הן חלק ממכלול גדול יותר.<sup>85</sup>

איני מתיימרת להכריע בין הסברים אלה של המניעים להתנהגות קולקטיבית. למעשה, הם אינם סותרים זה את זה וסביר להניח שרובם מתקיימים בקשר לסוגים שונים של יצירות המוגנות בזכויות יוצרים (אם כי במידה שונה). ייתכן שדווקא ההסבר שמציעים אנשי המדעים המדויקים החוקרים רשתות מורכבות הוא הסבר קולע, הכולל את כל ההסברים האחרים; לפי הסבר זה "ארגון עצמי", דהיינו מעבר של כל רכיבי המערכת להתנהגות אחידה, הוא סוג של תגובה של המערכת (ובענייננו – של הרשת החברתית) ושל רכיביה, המסייעת להם להתמודד עם מורכבות.<sup>86</sup>

מכל מקום, המסקנה החשובה לענייננו היא כי התופעה של כמה יצירות הזוכות להצלחה רבה מאוד לעומת כל יתר היצירות (שהן הרוב) היא תופעה מובנית המאפיינת מערכות מורכבות. למעשה, תופעות של התנהגות קולקטיבית זוהו על ידי חוקרים כבר לפני יותר ממאה שנים, והן עומדות ביסודם של כמה מושגים נפוצים במדעי החברה.<sup>87</sup> הן לא נולדו בעידן תקשורת ההמונים, והחשוב ביותר לענייננו – הן אינן נובעות מדיני זכויות היוצרים. כך, "התפלגות חזקתית" אותרה גם ביצירות תרבות אשר אינן מבקשות לחסות בצל הגנת זכויות היוצרים ואפילו ביצירות שכלל אינן מוגנות בזכויות יוצרים. היא

83 Schiffman & Kanuk, לעיל ה"ש 79, בעמ' 381–383; Sunstein & Ulmann-Margalit, לעיל ה"ש 40, בעמ' 138. תובנות ברוח זו הציע גם הכלכלן ובלן בסוף המאה התשע עשרה: Thorstein Veblen, *The Theory of the Leisure Class: An Economic Study of Institutions* 167–187 (1899).

84 Sunstein & Ulmann-Margalit, לעיל ה"ש 83, בעמ' 138.

85 לטיעון דומה ראו: Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 *Yale L.J.* 535, 578–80 (2004–2005); ראו גם את הבחנתו של גלדוול ברבר הנטייה ליהנות יותר מסרטים כאשר הקולנוע הומה אדם (בלשונו: "comedies are never funnier and thrillers never more thrilling than in a packed movie house"; Gladwell, לעיל ה"ש 59, בעמ' 171).

86 Rogers, Medina, Rivera & Wiley, לעיל ה"ש 54, בעמ' 8; השוּו גם: Clay Shirky, *Here Comes Everybody – The Power of Organizing without Organizations* 28 (2008). מעניין כי הסבר דומה מופיע גם בספרות מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית העוסקת בסטראוטיפים ובקטגוריזציה. גם זו טוענת כי השימוש בקטגוריות, בסכמות ובסטראוטיפים יוצר מסגרות מנטליות המאפשרות לנו להבין, לתייג ולתרגם את שפע המידע והחויות שסביבנו; לעניין זה ראו: David J. Schneider, *The Psychology of Stereotyping* 125, (2004) 170.

87 ראו למשל: Tarde, לעיל ה"ש 51; ובלן, לעיל ה"ש 83; השוּו גם למושג הרווח בפסיכולוגיה חברתית – "התנהגות עדר" (התנהגות זהה של פרטים בחברה ללא תיאום מוקדם ביניהם): Wilfred Trotter, *Instincts of the Herd in Peace and War* (2005).

קיימת, למשל, בקרב יומני רשת (בלוגים) באינטרנט.<sup>88</sup> אמנם באופן רשמי יומנים כאלה הם "יצירות ספרותיות" הנהנות מזכויות יוצרים, אולם במקרים רבים מדובר ביצירות בעלות אופי אנטי-מסחרי שיוצריהן מופיעים בשמות עט שונים ואינם מבקשים לגבות תשלום תמורת הקריאה וההפצה שלהן. בדומה, "התפלגות חזקתית" נמצאה גם ביצירות מוזיקליות פרי עטם של מלחינים קלאסיים אשר זכויות היוצרים בהן פקעו זה מכבר.<sup>89</sup> זאת ועוד; הנהירה אל עבר הפופולרי אותרה גם בניסוי רכי-משתתפים שנערך בתנאי מעבדה חופשיים מאילווצים של זכויות יוצרים. במסגרת הניסוי התבקשו המשתתפים לדרג יצירות מוזיקליות לא מוכרות לאחר שנמסר להם מידע מסוים על בחירותיהם של המשתתפים הקודמים. גם באותו מקרה הצביעו הממצאים על כך שבתנאים של רשת חברתית זכות יצירות מסוימות להצלחה רבה במיוחד, ונוצר פער משמעותי בינן לבין כל יתר היצירות.<sup>90</sup>

ממצאים אלה מטילים ספק רב בסברה כי צמצום או ביטול של זכויות היוצרים יבטלו את הנהירה אל עבר ה"מנצחים הגדולים" בתחום התרבות.<sup>91</sup> ההתרכזות בפופולרי אינה "אשמתן" של זכויות היוצרים, אלא היא חלק בלתי נפרד מעולמנו המורכב.

## 2. מגוון תרבותי ו"זנב ארוך" בעולם החדש

האם התמונה שציינו שייכת לעולם הישן? האם בעולם החדש, הדיגיטלי והמקוון משתפר מצבו של המגוון התרבותי?

אמנם נטען כי האינטרנט אינו משנה את תמונת המגוון באופן מהותי,<sup>92</sup> אך נדמה כי התפתחות הרשת מוסיפה להפתיע. תאוריית ה"זנב הארוך" (Long Tail Theory), המתפתחת בד בבד עם כתיבת דברים אלה, מציעה דווקא תשובה חיובית וגורסת כי

88 ראו: Shirky, לעיל ה"ש 17, גרף מס' 1 בעמ' 2.

89 Bevers, לעיל ה"ש 7, בעמ' 403–404. תופעת "המנצח לוקח הכול" אותרה בבדיקת תשומת הלב שמוקדשת למלחינים קלאסיים במערכות החינוך של גרמניה, צרפת, אנגליה והולנד. ככל אותם מקומות נמצאה התרכזות במספר מצומצם של מלחינים פופולריים (בעיקר בבאך, בהידן, במוצרט, בשוברט ובבטהובן) אשר זכו לתשומת לב גדולה הרבה יותר מכל האחרים.

90 Salganik, Dodds & Watts, לעיל ה"ש 66. הניסוי כלל כ-14,000 משתתפים.

91 לטענה דומה בהקשר הכלכלי ראו: Mark A. Lemley & David McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, 86 CAL. L. REV. 479, 593 (1998); המחברים מציינים כי אפקט רשת אינו תולדה של זכויות יוצרים. לעמדה שונה ראו: Nadel, לעיל ה"ש 2, בעמ' 797–801, הטוען כי דיני זכויות היוצרים הם הגורם ליצירת סביבה של "המנצח לוקח הכול" בתחום היצירות המוגנות.

92 ראו: Elkin-Koren, לעיל ה"ש 9; המחברת מדגימה כיצד התרבות התאגידית צוברת השפעה על רשת האינטרנט ושליטה בה, ובאמצעותן היא מגדילה את השפעתה על תשומת הלב של הציבור; Netanel, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1884–1893; Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1087, ה"ש Baker, לעיל ה"ש 4, בעמ' 284–289.

השילוב של טכנולוגיית האינטרנט עם הדיגיטיזציה תורם משמעותית להגדלת המגוון:<sup>93</sup> בשל הנגישות, קלות החיפוש והשחרור ממגבלות פיזיות מאפשר האינטרנט לצרכני התרבות לחרוג מתוואי הלהיטים ולפתח "טעמי נישה" מגוונים יותר. נוסף לכך, לאור העדרן של מגבלות גאוגרפיות ועלויות אחסון, הפצה ואיתור, יכולים יצרני יצירות התרבות ו"מתווכיהן" (מוציאים לאור, חברות הפקה וכולי) לפתח מודלים עסקיים בני-קיימה שאינם מתבססים על פנייה למכנה המשותף הרחב ביותר, אלא דווקא על פנייה לטעמים ייחודיים יותר. התוצאה היא שינוי מסוים בעקומת הביקוש המאפיינת צריכת יצירות תרבות באמצעות האינטרנט: עדיין מדובר ב"התפלגות חזקתית" אולם הלהיטים הנמצאים בקצה העליון של הסולם מקבלים פחות תשומת לב, ואילו "הזנב", המבטא את תשומת הלב הניתנת ליתר היצירות, הולך ומתארך.<sup>94</sup>

אלו הן כמובן חדשות טובות עבור המגוון התרבותי. עם זאת, מחקרי ה"זנב הארוך" נמצאים בשלבים ראשוניים בלבד. אמנם קיימות כבר עדויות אמפיריות לצמיחתו של "זנב ארוך" בשווקים מסוימים, כמו שוקי המאמרים המשפטיים, המוזיקה והספרים המופצים באופן מקוון.<sup>95</sup> אך יש הטוענים כי נתונים אלה אינם חד-משמעיים וכי גם באינטרנט קיימת עדיין הטיה לטובת היצירות הפופולריות, הטייה המתבטאת בעלויות החיפוש ובנוחות הגישה.<sup>96</sup> ראוי לזכור עוד כי גם בשוקי ה"זנב הארוך" קיימת "התפלגות חזקתית", ו"צמיחתו של זנב ארוך" אינה מסמנת את סוף עידן הלהיטים; אף אם יצירות אחרות וזכות

93 ראשיתה של התאוריה במאמרו של כריס אנדרסן במגזין המקוון *The WIRED*, Chris Anderson, *The Long Tail*, 12.10 WIRED (2004), available at [www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html](http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html) (להלן: Anderson, WIRED); המשכה נמצא בספרו (לעיל ה"ש 66) הנושא שם זהה.

94 Anderson, WIRED, לעיל ה"ש 93; ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעיקר בעמ' 18–28.  
95 Paul L. Caron, *The Long Tail of Legal Scholarship*, 116 YALE L.J. POCKET PART 38 (2006), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=944233](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944233).

המחבר מנתח את נתוני רשת ה-SSRN (רשת מבוססת אינטרנט להפצת מאמרים משפטיים) ומראה כי המאמרים הפופולריים ביותר מקבלים קצת פחות תשומת לב מבעבר, ואילו תשומת הלב לה זוכים כל יתר המאמרים גדלה. ראו גם: ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעמ' 19–25; בספר מוצגים נתוני התפלגות של שווקים מקוונים של מוזיקה וספרים לעומת נתונים על אודות אותם שווקים בעולם הפיזי, ועולה מהם כי יצירות ה"נישה" מקבלות תשומת לב רבה יותר בשווקים המקוונים.

96 ראו: Anita Elberse, *Should You Invest in the Long Tail?* 86 (7–8) HARV. BUS. REV. 88 (2008); המחברת טוענת, בהסתמך על נתוני מכירות מקוונות, כי האינטרנט מגדיל דווקא את כוחם היחסי של הלהיטים. כן ראו את תגובתו של כריס אנדרסן; Chris Andersen, *Excellent HBR Piece Challenging the Long Tail*, THE LONG TAIL: CHRIS ANDERSEN'S BLOG, June 27, 2008, [www.longtail.com/the\\_long\\_tail/2008/06/excellent-hbr-p.html](http://www.longtail.com/the_long_tail/2008/06/excellent-hbr-p.html)  
ראו גם: Anindya Ghose & Bin Gu, *Search Costs, Demand Structure and Long Tail in Electronic Markets: Theory and Evidence* (NET Institute Working Paper No. 06-19, 2006), available at <http://ssrn.com/abstract=941200>.

בחלק מהמקרים לתשומת לב רבה יותר מבעבר, ממשיכים להיטים לקבל את מרבית תשומת הלב.<sup>97</sup>

מוקדם לקבוע כי הישועה בנושא המגוון התרבותי עתידה להגיע מכיוון האינטרנט, אולם ממחקרי ה"זנב הארוך" עולות שתי תובנות החשובות לענייננו: ראשית, תאורית ה"זנב הארוך" מחזקת את הרושם כי לזכויות היוצרים אין השפעה מכרעת על התפלגות תשומת הלב בצריכת התרבות. על פי תאוריה זו, הגדלת הביקוש ליצירות תרבות מגוונות היא פועל יוצא של התפתחות הטכנולוגיה, ואינה נובעת כלל מצמצום במשטר זכויות היוצרים או משינוי כלשהו בו. לעניין זה חשוב להבהיר כי מחקרי ה"זנב הארוך" שאותם הזכרנו מתייחסים ליצירות ששיווקן באינטרנט נעשה בתוך שמירה על זכויות היוצרים,<sup>98</sup> ולכן לא ניתן לייחס את הגדלת המגוון המשתקפת במחקרים אלה למצבים שבהם מפיצי היצירות והמשתמשים בהן מתעלמים מזכויות היוצרים בהן.

שנית, צמיחתו של "זנב ארוך" בשוקי תרבות מסוימים מצביעה על כך שענייניו של המגוון התרבותי אינו אבוד. גם אם הנהירה אל עבר הפופולרי היא במידה רבה "חוק טבע", מסתבר כי עצמת ההתרכזות סביב היצירות הפופולריות אינה קבועה, וכמוה גם מידת תשומת הלב הניתנת ליתר היצירות. אפשר שגם תמהיל היצירות המצליחות עשוי להשתנות. לאור האמור, ראוי להוסיף ולבחון אם לזכויות היוצרים (וביתר דיוק לצמצום זכויות היוצרים) עשויה להיות השפעה משמעותית בהקשרים אלה. סעיף 3 לחלק זה יוקדש למבט קרוב יותר על הטענות שאותן מפנים משפטנים כלפי זכויות היוצרים בנושא זה, ולבחינתן על רקע המציאות שתוארה כאן.

### 3. זכויות יוצרים, שתלטנות תרבותית וחולשתו של "התסריט ההפוך"

בסוף שנות השבעים של המאה העשרים החל להתפשט בארצות הברית ז'אנר מוזיקלי חדש. הוא צמח בקרב אוכלוסיית שוליים עירונית שחורה וענייה והתאפיין במקצב אפריקאי לא מלודי ובטקסטים מחאתיים ובוטים. תחנות הרדיו האמריקניות סברו כי שידור מוזיקה השייכת לז'אנר זה ירתיע מפרסמים, ועל כן חזרימו אותו. חברות התקליטים המבוססות התעלמו ממנו במשך כעשור. בהעדר תקציבים, בוצעו ההקלטות הראשונות בבתיים של האמנים. למרות כל אלה, זכה ז'אנר ה"ראפ" לפופולריות עצומה בעולם כולו ונחשב כיום לז'אנר המוזיקלי העכשווי, בה"א הידיעה.<sup>99</sup>

97 ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעמ' 136, 147, 182. המחקרים שאליהם התייחסנו לעיל מחזקים את הסברה ש"עידן הלהיטים" לא חלף מן העולם וכנראה גם לא יחלוף: אנשי המדעים המדויקים מצביעים על כך שהבחירה בפופולרי היא התנהגות צפויה (ולעתים הכרחית) בסביבה מורכבת, ואילו אנשי מדעי החברה מדגישים את חשיבותן של היצירות הפופולריות ביותר למרקם החברתי; לעניין זה ראו ה"ש 79–86 לעיל והטקסט הנלווה להן.

98 כמו ספרים המשווקים באמצעות "Amazon", מוזיקה המשווקת באמצעות "Rhapsody.com" או מאמרים משפטיים המופצים ברשת ה"SSRN"; ראו: ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעמ' 19, 23, ו-121; Caron, לעיל ה"ש 95.

99 ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 220–221.

דוגמה זו נועדה להשיב (תשובה ראשונית ומוגבלת, יש להודות) לטענות העיקריות שמשמיעים משפטנים נגד זכויות היוצרים בהקשר של מגוון תרבותי. לטענות אלה כמה היבטים, אולם ההיבט העיקרי קושר בין דיני זכויות היוצרים לבין שתלטנותם של תאגידי תקשורת ההמונים, ומורכב משני נדבכים: ראשית, כזכור, תאגידי תקשורת ההמונים מונעים משיקולי רווח ולכן עליהם לפנות למכנה המשותף הרחב ביותר. לפיכך, הם מציעים לציבור מוצרי תוכן המתאפיינים ברדידות ובאחידות (או במילים אחרות, מגלמים את היפוכו של המגוון התרבותי). ריבוי ערוצי טלוויזיה ומסעות פרסום אגרסיביים מקלים על תכנים אלה להציף את המרחב הציבורי באופן הלוכד את תשומת לב הציבור ואינו מותיר מקום ליצירות אחרות ומגוונות. שנית, פעילותם של אותם תאגידי ורווחיותם נשענות במידה רבה על זכויות היוצרים שלהם בתכנים המשוקים על ידם; הגנת זכויות היוצרים שממנה נהנים תאגידי תקשורת ההמונים מקנה להם זכויות בלעדיות, המאפשרות לשלוט כמעט ללא הגבלה במוצרים המיוצרים והמשוקים על ידם, להדיר גורמים אחרים ולגרוף רווחים ניכרים. בכך תורמות זכויות היוצרים תרומה משמעותית לכוחה הכלכלי של תקשורת ההמונים. המסקנה המתבקשת היא, אפוא, כי זכויות היוצרים מסייעות לפעילות הנוגדת מגוון תרבותי ולפיכך הן אשמות בהעדרו של מגוון כזה; מכאן נובע גם כי צמצומן עתיד להוביל להרחבת המגוון.<sup>100</sup>

האומנם? בטווח הראשוני והמדי התשובה ודאי שלילית: קחו למשל את מיקי מאוס, תוצר של התרבות הפופולרית הנמצא במוקד של דיונים רבים בעולם זכויות היוצרים.<sup>101</sup> קשה להניח כי פגיעת זכויות היוצרים על דמותו המצוירת תגרום למעריציו של עכבר זה (רובם, יש לשער, בני שלוש עד שלוש-עשרה שנים) להקדיש תשומת לב רבה יותר לקריקטורות של אמני שוליים אירופאיים או ליצירות אמנות מערב-אפריקניות. סביר יותר להניח כי הדבר יוביל למסחור מוגבר של מוצרי מיקי מאוס, לא רק על ידי בעלי הזכויות המקוריים אלא גם על ידי גורמים נוספים. בטווח הקצר צפויה ירידת מחירים והגברת תפוצתה של הדמות. כתוצאה מכך ערך הרשת (או ערך הסולידריות) של מיקי מאוס עשוי לגדול עוד יותר, דבר שיתרום דווקא להגדלת חוג מעריציו.<sup>102</sup> גם אם בעלי הזכויות המקוריים יאבדו עניין בהמשך קידומו של מיקי מאוס, ספק אם תהיה לדבר משמעות: מחקרי הרשתות מצביעים על כך שלאחר שיצירה צברה מסה קריטית של משתמשים, המשך התפשטותה ברשת החברתית נעשה מאליו כמעט. הוא מונע מהשפעה חברתית

100 ראו ה"ש 50 לעיל והטקסט הנלווה לה, וכן ה"ש 104–107 להלן. הצגה מפורטת יותר של הטענה ושל הסתעפויותיה מופיעה בהמשך.

101 למדגם לא מייצג ראו למשל: Jonathan Schwartz, *Will Mickey Be Property of Disney Forever? Divergent Attitudes Toward Patent and Copyright Extensions in Light of Eldres v. Ashcroft*, 2004 J. L. TECH. & POL'Y 105 (2004); Michael Hahn, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, 9 J. INT'L ECON. L. 515 (2006); Dennis S. Karjala, *Congestion Externalities and Extended Copyright Protection*, 94 Geo. L.J. 1065, 1072, 1078–85 (2006).

102 לטענה דומה בהקשר אחר ראו: Martin Peitz & Patrick Waelbroeck, *Piracy of Digital Products: A Critical Review of the Economics Literature* 10–13 (CESifo Working Paper No. 1071, 2003), available at <http://ssrn.com/abstract=466063>

ואינו תלוי (ודאי לא באופן מכריע) בשיווק ובקידום מכירות באמצעי תקשורת ההמונים.<sup>103</sup> במילים אחרות, בטווח המְּיָדִי המשך הצלחתן של יצירות התרבות הפופולריות מבית היוצר של תקשורת ההמונים הוא כמעט מובטח. אין סיבה להניח שצמצום בזכויות היוצרים יוביל להחלשת ההגמוניה התרבותית שלהן ויפנה את תשומת לבם של ההמונים אל עבר יצירות לא המוניות.

ואולם, המצדדים בצמצום זכויות היוצרים מטעמים של מגוון תרבותי סבורים כי לצמצום כזה עשויה להיות השפעה בטווח הארוך יותר ובאופנים מורכבים ומתחכמים יותר. טענה אחת הנשמעת בהקשר זה היא כי "נתיב ההצלחה" של יצירות תרבות – היכולת שלהן לזכות בתשומת לב משמעותית – עובר דרך חשיפה בתקשורת, שיווק ופרסום. אמצעים אלה פתוחים בפני גופי תקשורת ההמונים אך לא בפני יוצרים עצמאיים.<sup>104</sup> פעילות השיווק האינטנסיבית של תאגידי תקשורת ההמונים מתאפשרת תודות לרווחים המופקים כתוצאה מהגנת זכויות יוצרים רחבה על התכנים שב"מלאי" שלהם. הטענה הנשמעת היא כי אם נצמצם את זכויות היוצרים נגרם להקטנת רווחיותם של אותם תאגידים, אלה יפסיקו להשקיע סכומי עתק בשיווק ופרסום של יצירותיהם, והשתלטותן של היצירות הללו על המרחב התרבותי תתמתן.<sup>105</sup>

טענה חשובה נוספת היא כי ההצלחה הגורפת של יצירות מסחריות-תאגידיות וההשתלטות שלהן על המרחב הציבורי גוררת השפעה של אותן יצירות על עיצוב טעמים של ההמונים – ההיצע הגדול של יצירות פופולריות ונוסחתיות מגביר גם את הביקוש ליצירות מסוגים כאלה.<sup>106</sup> צמצום זכויות היוצרים, כך נטען, עשוי לגרור הצלחה מתונה יותר של יצירות מסחריות-תאגידיות; הרבר יוביל להשפעה פחותה יותר של אותן יצירות על עיצוב טעם ההמונים ויתיר מרחב גדול יותר ליצירות אחרות, מסחריות פחות. עוד נטען כי צמצום זכויות היוצרים, אם ייעשה באופן מושכל, יכול להוביל לשינוי אסטרטגי במערך קבלת ההחלטות ובסדר העדיפויות של תאגידי תקשורת ההמונים, ואולי אף ביצירות שיבחרו אותם גופים לקדם.<sup>107</sup>

103 Rogers, Medina, Rivera & Wiley, לעיל ה"ש 54, בעמ' 13; עם ההגעה למסה קריטית תהליך המשך ההתפשטות מזין את עצמו וקשה מאוד לעצירה; ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 175–198, 205.

104 Nadel, לעיל ה"ש 2, בעמ' 797–801; NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 138–139; Benkler, לעיל ה"ש 4, בעמ' 93; השוו גם: Chander & Sunder, לעיל ה"ש 31, בעמ' 620. טענה דומה וקשורה היא כי הריכוזיות הרבה בקרב תאגידי התקשורת הנשענים על זכויות היוצרים יוצרת חסמי כניסה עבור תכנים אחרים, עצמאיים; לעניין זה ראו Netanel, לעיל ה"ש 50; Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1089.

105 Nadel, לעיל ה"ש 2, בעמ' 800–801.

106 ראו: BAKER, לעיל ה"ש 4, בפרט בעמ' 87–92. ראו גם: Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1086 ואילך; Elkin-Koren, לעיל ה"ש 36, בעמ' 102–103. השוו אדורנו והורקהיימר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 172, 174, 178 (שם הם עומדים על תרומתה של תעשיית התרבות לעיצוב טעם צרכני אחר).  
107 Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1099. עם זאת, המחבר מדגיש כי איש אינו יודע מה תהיה ההשפעה המדויקת של הצמצום, כי הניסיון להעריך זאת הוא "ספקולטיבי במידה קיצונית"

גם נוכח טענות אלה קשה להשתכנע ב"אשמתן" של זכויות היוצרים. הסתייגויותי מתייחסות הן למישור הפרטני הן למישור העקרוני יותר. במישור הפרטני אסתפק בכמה הערות קצרות (שכן ברור מקיף של הטיעונים שהוצגו כאן מחייב ודאי יריעה רחבה יותר): ככלל, נראה כי חלק מן ההנחות שביסוד הטיעונים הללו טעון אימות עובדתי נוסף. כך למשל, שיווק, פרסום וקידום מכירות הם ודאי בעלי חשיבות בהסתת תשומת הלב אל עבר יצירות תרבות, אולם דומה שהחשיבות המכרעת המיוחסת להם היא מעט מופרזת; תליית הצלחתן של יצירות תרבות אך ורק בפרסום ובשיווק אינה יכולה להסביר מקרים של יצירות שזכו להצלחה בלתי רגילה למרות העדרם של תקציבי שיווק כלשהם.<sup>108</sup> היא גם אינה מסבירה כיצד קורה שיצירות בעלות תקציבי פרסום ושיווק זהים אינן זוכות להצלחה דומה, או כיצד יצירות בעלות תקציב פרסום נמוך מצליחות לפעמים הרבה יותר מיצירות הגנהות מתקציבים גבוהים בהרבה.<sup>109</sup> דווקא מחקרי הרשתות העוסקים בתהליך התהוותה של פופולריות מסייעים להבהיר תופעות אלה.<sup>110</sup> הם מלמדים כי מדובר בתהליך הקשור בטבורו לרשת החברתית, למבנה שלה, לקשרים בין הפרטים המרכיבים אותה, לסף (threshold) הקיים אצל כל אחד מהם בקשר לאימוץ חידושים ולהשפעה החברתית של הפרטים ברשת זה על זה.<sup>111</sup> המסקנה העולה ממחקרים אלה אינה שוללת באופן מוחלט השפעה של תקשורת ההמונים על הסתת תשומת הלב אל עבר יצירות מסוימות. עם זאת,

וכי נדרשת עוד עבודת מחקר בנושא זה.

108 ז'אנר ה"ראפ" הוא רק אחת הדוגמאות. קיימים לא מעט יוצרים עצמאיים שיצירותיהם זכו להצלחה רבה ללא פרסום ושיווק משמעותיים מטעם תקשורת ההמונים, כפי שמעידות הדוגמאות של "הארי פוטר" (בתחילת הדרך), מוזיקת ה"האוס" או האייקון הגרפי "סמילי" (☺). יצירתו של הסמילי מיוחסת למעצב בשם הארווי בולס, אשר עיצב אותו בשנות השישים של המאה העשרים לבקשת חברת ביטוח; לעניין זה ראו: Worcester Historical Museum, Exhibitions: Smiley Face, [www.worcesterhistory.org/ex\\_smiley.html](http://www.worcesterhistory.org/ex_smiley.html). להתפתחות ז'אנר ה"האוס" ראו: ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעמ' 177–178. ראו גם את הדוגמאות הקיימות בספרות לספרים שהתפשטו מפה לאוזן באמצעות "מועדוני קריאה" עד אשר הפכו לרבי מכר, ללא פעילות פרסום ושיווק: GLADWELL, לעיל ה"ש 59, בעמ' 169–175; ANDERSON, ה"ש 66, בעמ' 15. ראו גם את האתר הרשמי של J. K. Rowling (יוצרת סדרת ספרי "הארי פוטר"): [www.jkrowling.com/textonly/en/biography.cfm](http://www.jkrowling.com/textonly/en/biography.cfm); באתר היא מתארת את התנאים הקשים שבהם נכתב הספר הראשון ואת דחייתו על ידי כמה מוציאים לאור.

109 Duncan J. Watts, *a Simple Model of Fads and Cascading Failures 1* (Santa Fe Institute Working Paper, 00-12-062, 2000), available at [www.santafe.edu/sfi/publications/Working-Papers/00-12-062.pdf](http://www.santafe.edu/sfi/publications/Working-Papers/00-12-062.pdf).

110 התיאור המפורט שאותו מספקים מחקרים אלה לתהליך התפשטותן של יצירות מסוימות חורג ממסגרת זו. המתעניינים מוזמנים לפנות למקורות האלה: ROGERS, לעיל ה"ש 52; ברבאשי, לעיל ה"ש 55; GLADWELL, לעיל ה"ש 59. לסקירת המחקר בנושא זה ראו גם שור-עופרי, לעיל ה"ש 42.

111 ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 110, וכן: Granovetter, *Threshold Models of Collective Behavior*, לעיל ה"ש 75; Granovetter, *The Strength of Weak Ties*, לעיל ה"ש 52; Salganik, Dodds & Watts, לעיל ה"ש 66; Rogers, Medina, Rivera & Wiley, לעיל ה"ש 54.



תקשורת ההמונים ודאי אינה הגורם הבלעדי להצלחתן הכוללת של יצירות מסוימות ולהתעלמות היחסית מכל היתר.<sup>112</sup>

חשוב לזכור גם כי בזכות האינטרנט פתוחים כיום בפני יוצרים עצמאיים נתיבים חדשים, המאפשרים להם לנסות ולזכות בתשומת לב הציבור מבלי ליטול חלק ישיר ב"תרבות התאגידים". יישומי האינטרנט המכונים "אתרי רשתות חברתיות", הזוכים בשנים האחרונות להצלחה רבה, הם דוגמה בולטת: הם מאפשרים למשתתפים בהם להציג יצירות פרי עטם (סרטונים, שירים, טקסטים ועוד) לפני המשתתפים האחרים החברים באותה רשת. חלקם (כמו "myspace" ו-"youtube") מושכים מאות מיליוני משתתפים; יצירותיהם של מקצתם זוכות להצלחה רבה ונחשפות בפני מיליוני חברים אחרים ברשת.<sup>113</sup> אמנם נטען כי כדי למשוך תשומת לב משמעותית ליישום חברתי באינטרנט יש צורך להציע במסגרתו גם תכנים פופולריים ומוכרים, המוגנים בזכויות יוצרים.<sup>114</sup> אולם טענות אלה טענות אישיות עובדתיות, ואינן עולות בקנה אחד עם הצלחתם של אתרי אינטרנט שאינם מבוססים כלל על תכנים פופולריים המוגנים בזכויות יוצרים. הדוגמה המובהקת היא הצלחתו המסחררת של אתר ה-"facebook".<sup>115</sup> הצלחתו מתיישבת היטב עם מחקרי הרשתות שנזכרו קודם לכן. ממחקרים אלה עולה כי תופעת ההתכנסות החברתית היא תופעה מובנית ברשת חברתית,

112 המחקרים מראים, אמנם, כי עיקר חשיבותה של תקשורת ההמונים היא בשלב של יצירת מודעות לחידוש – ליצירה, אולם ערוצים בין-אישיים וקשרים חברתיים הם בעלי השפעה רבה יותר על החלטתם של אנשים האם לאמץ אותה: ROGERS, לעיל ה"ש 52, בעמ' 175–176, 198, 205; ראו גם את מחקרים של Salganik, Dodds & Watts, לעיל ה"ש 66, ממנו עולה כי גם בתנאי מעבדה נעדרי פעילות פרסום ושיווק מתרחשת נהירה אל עבר יצירות פופולריות.

113 עם זאת, רבים מאתרים אלה (לרבות השניים הנזכרים כאן) נרכשו או עתידים להירכש על ידי תאגידים מסחריים גדולים, דבר המעורר שאלות בקשר להשפעה אפשרית על התכנים המופיעים בהם. עוד יש לומר כי הצלחה רבה מאוד של יצירות באתרי רשתות חברתיות מסתיימת לעתים בהתקשרות בין היוצר המצליח לבין חברת תקליטים או תאגיד תקשורת המונים "מסורתי" אחר, אך הדבר נעשה רק לאחר שחלק מיצירותיו זכו להצלחה רבה מחוץ למסגרת התאגיד. לעניין זה ראו: Shirky, לעיל ה"ש 17, בעמ' 5–6. לדיון בהזדמנויות נוספות שמעניק האינטרנט ליוצרים עצמאיים ראו בנקלר רשתות, לעיל ה"ש 34, בעמ' 99–106; ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעמ' 77; הדיון בחלק ב2 של המאמר, לעיל.

114 NETANEL, לעיל ה"ש 4, בעמ' 152–153. טענה דומה בהקשר זה היא כי יוצרים עצמאיים זקוקים לשימוש ביצירות תרבות פופולריות המוגנות בזכויות יוצרים כדי ללכוד את תשומת לבו של קהל רחב, העשוי להתעניין ביצירתם תודות להיכרותו עם היצירה המקורית; השוו Chander & Sunder, לעיל ה"ש 31, בעמ' 618–619. טענות אלה קושרות במידה מסוימת בין שני המובנים המקשרים בין זכויות יוצרים לבין מגוון תרבותי אשר תוארו בחלק א3, שכן עולה מהן כי כדי להשיג התעניינות משמעותית מצד הציבור נדרש שימוש ביצירות פופולריות המוגנות בזכויות יוצרים.

115 על פי נתונים המובאים בבלוג של אחד ממהנדסי ה-"facebook", בכל שבוע מתווספים לאתר כשני מיליון משתמשים חדשים: Jason Sobel, *Keeping Up*, 21 Dec. 2007, <http://blog.facebook.com/blog.php?post=7899307130>.

הנובעת מהשפעה חברתית ואינה תלויה – ודאי שלא באופן מוחלט – ביצירה המסוימת שסביבה מתרחשת אותה התכנסות.<sup>116</sup>

על פי פיתוח נוסף של הטענות התולות את האשמה בזכויות היוצרים, זכויות אלה מיטיבות במיוחד עם יוצרים מסחריים; יוצרים עצמאיים, על פי הטענה, אינם זקוקים לתמריץ בדמות זכויות היוצרים שכן הם פועלים פעמים רבות מתוך דחף ליצור או ממניעים אחרים. אם כן, יוצא שזכויות היוצרים מעודדות בעיקר את יצירתם של מוצרי תרבות המוניים וגורמות בכך לצמצום המגוון התרבותי.<sup>117</sup> דומה כי גם כאן התמונה העובדתית אינה חד-ממדית: ראשית, גם אם יוצרים עצמאיים אינם יוצרים מתוך מניע כלכלי גרדא, עדיין יש לרבים מהם ציפייה לגיטימית להתקיים מיצירתם, ולשם כך הם זקוקים לזכויות יוצרים בה.<sup>118</sup> יש לזכור גם כי ההבחנה בין יוצרים עצמאיים לבין גורמים מסחריים אינה תמיד ברורה: כך, יוצרת עצמאית וענייה הכותבת ספר מתוך דחף ליצור (למשל ספר על אודות עולם הקוסמים) עשויה בהמשך הדרך לזכות בהצלחה עצומה, להתקשר עם אולפנים הוליוודיים בהסכם לעיבוד הספר לסרט ולגרוף רווחי עתק, והכול תודות לזכויות היוצרים שלה. נוסף לכך נראה כי בעיית המגוון התרבותי אינה נעוצה בהעדרו של היצע מספיק של יצירות שנוצרו על ידי יוצרים עצמאיים או אחרים, כי אם בכך שהיצע זה אינו מקבל תשומת לב מספקת מצד ציבור נמעני התרבות.

בהקשר אחרון זה ראוי לבחון את הטענה לפיה ההיצע האחיד והנוסחתי של יצירות מבית היוצר של תקשורת ההמונים ממלא תפקיד בעיצוב טעם הקהל ובקביעת הביקוש ליצירות תרבות. טענה זו ודאי נכונה במידה מסוימת, אולם גם כאן מתבקש מבט קרוב יותר על חשיבותן של זכויות היוצרים. כפי שאדגים בחלק השלישי, העדפות ודפוסי צריכה של תרבות, כמו גם הנכונות לצרוך יצירות שאינן חלק מהתרבות הפופולרית, מושפעים משלל גורמים ואינם מוכתבים רק על ידי תקשורת ההמונים.<sup>119</sup> יותר מכך, תופעה של "ביקוש העוקב אחר ההיצע" אותרה גם במחקרי ה"זנב הארוך", אלא שבשוקי התרבות נשוא מחקרים אלה התרחש תהליך הפוך: קיומו של היצע מגוון של יצירות (כמו ספרים, מאמרים או מוזיקה) השפיע לטובה על הביקוש ליצירות מגוונות וליצירות נישא, והגדיל אותו

116 הוכחה אמפירית משמעותית לכך ניתן למצוא במחקרם של Salganik, Dodds & Watts, לעיל ה"ש 66 – הניסוי שערכו הראה כי קבוצות שונות בוחרות להתכנס סביב יצירות שונות, גם כאשר היצע היצירות שהונח בפניהם היה זהה. גם Chander & Sunder מציינים שה"רכיבה" על גבה של יצירה מוגנת אינה מבטיחה פופולריות ליצירה החדשה והעצמאית; ראו לעיל ה"ש 31, בעמ' 618–619.

117 ראו: Benkler, לעיל ה"ש 4, בעמ' 103–105; Bettig, לעיל ה"ש 9, בעמ' 103; Baker, לעיל ה"ש 4, בעמ' 16–17.

118 השוו אורית פישמן אפורי, היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים 34 (2005).

119 עוד בעניין זה ראו להלן בחלקו השלישי של המאמר. למען ההגינות יש לומר כי Pessach, המעלה את הטיעון, מציינ גם הוא כי התקשורת אינה גורם בלעדי בעיצוב העדפות (לעיל ה"ש 4, בעמ' 1086). מעניין לציין בהקשר זה כי ישנם חוקרים שהטילו ספק בסברה לפיה מודרניזציה ואמצעי תקשורת ההמונים הופכים את העדפות הצרכנים לאחידות: Richard A. Peterson & Paul Di Maggio, *From Region to Class, the Changing Locus of Country Music: A Test of the Massification Hypothesis* 53 Soc. Forces 497 (1974–1975).

באופן שהצמיח "זנב ארוך" לעקומת הביקוש.<sup>120</sup> החשוב לענייננו הוא כי אותם שווקים מבוססים גם על יצירות המוגנות בזכויות יוצרים.<sup>121</sup> עובדה זו מעוררת (שוב) ספק בעניין הקשר הסיבתי בין היקף הגנת זכויות היוצרים לבין רמת המגוון התרבותי שמציעים גורמים המשווקים תכני תרבות; כשם שאיננו זוקפים לזכותן של זכויות היוצרים את מצבו המשופר יחסית של המגוון התרבותי בשוקי "הזנב הארוך", ספק רב אם נכון לזקוף לחובתן את מצבו הבעייתי יותר בשוקי המדיה המסורתיים.

נקודה אחרונה זו מדגישה עניין כללי ועקרוני יותר, הנוגע בכל הטענות שנסקרו עד כה. אמנם זכויות היוצרים הן בסיס כלכלי חשוב לפעילותם של תאגידי תקשורת ההמונים, אולם פנייתה של תרבות ההמונים למכנה המשותף הרחב ביותר אינה "אשמתן" של זכויות היוצרים. היא חלק מעצם הווייתה של התרבות הפופולרית, התופסת את יצירות התרבות כ"מוצר".<sup>122</sup> למעשה, איש מן הכותבים אינו מטיל ספק בזכות הקיום של תאגידי תקשורת ההמונים. איש אינו מציע באופן מציאותי לחזור לעידן שקדם לתקשורת ההמונים ולבטל את זכויות היוצרים כליל.<sup>123</sup> בהנחה שקיומם של תקשורת המונים ושל זכויות יוצרים בהיקף כלשהו הם נתונים בלתי הפיכים, בולטת חולשתו של "התסריט ההפוך": המצדדים בצמצום היקף זכויות היוצרים מתקשים להבהיר איזו השפעה תהיה לצמצום כזה, ואינם מתווים מהלך עניינים פרטני באשר לאופן שבו יקדם צמצום כזה את המגוון התרבותי. הסברה ששינויים כלשהם בהיקף הגנת זכויות היוצרים הם שיובילו את תאגידי תקשורת ההמונים לשינוי העדפות או להפצת תוכני תרבות מגוונים יותר אינה נתמכת בראיות מספקות.<sup>124</sup> כל עוד תקשורת ההמונים היא עובדה קיימת, אין זה מציאותי לצפות מיצרני תרבות ההמונים לותר על הניסיון לקלוע לטעם ההמונים, יאה היקף הגנת זכויות היוצרים אשר יהא.

האמור כאן קורא להרחיב את ההתבוננות על סוגיית המגוון התרבותי מעבר לניתוח כלכלי המתמקד בזכויות היוצרים. אם אין ראיות משכנעות לכך שניתן לווסת את המגוון התרבותי באמצעות ויסות היקף זכויות היוצרים שעליהן נשענים תאגידי תקשורת ההמונים,

120 ראו: ANDERSON, לעיל ה"ש 66, בעיקר בעמ' 24.

121 ראו לעיל ה"ש 98.

122 ראו: Bourdieu, לעיל ה"ש 23; השוו לאדורנו והורקהיימר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 170–171, 189–190 (המייחסים תפיסה זו במידה רבה להתפתחות טכנולוגיות של שעתוק).

123 ראו: BAKER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 94; יש להניח כי שוק תקשורת המבוסס על תאגידי תקשורת המונים הוא עובדה קיימת. השוו Nadel, לעיל ה"ש 2, בעיקר בפרק IV למאמר; המחבר מציע לבטל את זכות ההעתקה, שהיא הזכות העיקרית במסגרת זכויות היוצרים, אך טוען באותה נשימה כי תאגידי תקשורת ההמונים ימשיכו ליהנות מהגנות טכנולוגיות ואחרות על התכנים המשווקים על ידם.

124 ראו גם: Christopher S. Yoo, *Copyright and Democracy: A Cautionary Note*, 53 VAND. L. REV. 1933, 1951 (2000); המחבר טוען כי הטענה לפיה שינויים במשטר זכויות היוצרים ירכבו את הריכוזיות בתקשורת ההמונים ויאפשרו גישה למדיה לגורמים אשר גישה כזאת חסומה בפניהם כיום אינה מוכחת ואינה מסתברת. השוו גם: Pessach, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1099, והתייחסותו המפורשת לנושא "התסריט ההפוך" (ראו גם את ההתייחסות המוזכרת לעיל בה"ש 107).

מוטב לבחון גורמים נוספים העשויים להשפיע על הביקוש ליצירות תרבות מגוונות ובפרט את נמעני התרבות אשר, בסופו של דבר, קובעים את הביקוש ליצירות תרבות. מודעות לקיומם של גורמים כאלה עשויה לספק זווית נוספת באשר למידת חשיבותן של זכויות היוצרים במשוואת המגוון התרבותי.

### ג. מגוון תרבותי כתופעה רבת-סיבות

הגורמים המשפיעים על העדפות של תרבות, על טעמים בתרבות ועל צריכת תרבות מעסיקים בשנים האחרונות חוקרים רבים בתחום הסוציולוגיה של התרבות. נקודת המוצא של מחקרים אלה היא במידה רבה עבודתו של פייר בורדייה, אשר קשר בין טעמים בתרבות ובין העדפות של תרבות לבין מעמד חברתי (class), ואשר טען כי צריכתה של תרבות "גבוהה" מאפיינת את המעמד הסוציו-אקונומי הגבוה, ומשמשת עבורו כ"אמצעי מבחין".<sup>125</sup> כתיבה מאוחרת יותר גורסת כי בעידן המודרני מתאפיינים המעמדות הסוציו-אקונומיים הגבוהים דווקא בטעם "אומניבורי" בתרבות (כלומר, בצריכה של תרבות "גבוהה" ו"נמוכה" כאחת), ואילו המעמד הסוציו-אקונומי הנמוך מתאפיין בהעדפות תרבות מגוונות פחות וצורך בעיקר תרבות פופולרית.<sup>126</sup>

הדיון הסוציולוגי בשאלת הקשר בין ריבוד חברתי לבין צריכת תרבות מצוי בעיצומו, ולא זה המקום למצותו או לסכמו. החשוב לענייננו הוא כי קיימות עדויות רבות לכך שמידת ההתעניינות בתרבות "גבוהה" ומידת הפתיחות התרבותית של אנשים קשורות לשלל מאפיינים חברתיים. כך, למשל, הוכח קשר חיובי בין רמת ההשכלה לבין טעמים מגוונים בתרבות ופתיחות תרבותית.<sup>127</sup> עם המאפיינים הנוספים שנבדקו נמנים, בין השאר,

125 "[O]f all the objects offered for consumers' choice, there are none more classifying than legitimate works of art", PIERRE BOURDIEU, *DISTINCTION: A SOCIAL CRITIQUE OF THE JUDGEMENT OF TASTE* 16 (Richard Nice trans., 1984)

126 Richard A. Peterson & Albert Simkus. *How Musical Tastes Mark Occupational Status Group*, in *CULTIVATING DIFFERENCES: SYMBOLIC BOUNDARIES AND THE MAKING OF INEQUALITY* 152 (Michele Lamont and Marcel Fournier eds. 1992) לעיל ה"ש 23.

127 Peterson & Simkus, לעיל ה"ש 126; טלי כץ-גרו ויוסי שביט "סגנון חיים ומעמדות בישראל" *סוציולוגיה ישראלית* א (1), 91 (1998); Tak Wing Chan & John H. Goldthorpe, *Social Stratification and Cultural Consumption: Music in England* 23 *EUR. SOC. REV.* 1 (Feb. 2007); Jordi Lopez-Sintas & Tally Katz-Gerro, *From Exclusive to Inclusive Elitists and Further: Twenty Years of Omnivorousness and Cultural Diversity in Arts Participation in the USA*, 33 *POETICS* 299 (2005)

סטטוס (קבוצת מיצב)<sup>128</sup> ומוצא אתני.<sup>129</sup> בישראל נמצא גם קשר בין העדפות בתחום התרבות לבין הרקע החברתי של ההורים, ממצא המצביע על כך שטעם בתרבות הוא במידה מסוימת נושא להעברה בין-דורית.<sup>130</sup>

עניין מיוחד בהקשר של דיוננו מעוררים מחקרים המשווים את מידת המגוון התרבותי במדינות שונות. גם אלה אינם מספקים ראיות לטענה כי דיני זכויות היוצרים הם האשמים הבלעדיים – או העיקריים – בהעדרו של מגוון תרבותי. במקום זאת הם מציעים הסברים מורכבים ורבי-סיבות לקיומו או להעדרו של מגוון כזה. מישל לאמונט, למשל, מצביעה על קיומם של שלל גורמים סביבתיים והיסטוריים המשפיעים על יחס הציבור לתרבות שאינה תרבות המונים.<sup>131</sup> עם אלה ניתן למנות את המסורת האינטלקטואלית וההיסטורית,<sup>132</sup> את מבנה מערכת החינוך<sup>133</sup> ואת קיומם או העדרם של גופי שידור ציבוריים חזקים.<sup>134</sup> משתנים נוספים ב"משוואת המגוון התרבותי" הם חוזקו של המגזר הציבורי ומידת המימון, המעורבות וההשקעה של המדינה במוסדות תרבות ובפרויקטים של תרבות "גבוהה". מסקנתה המעניינת של לאמונט בהקשר זה, הנתמכת במחקרים נוספים, היא כי ככל שהקצאת המשאבים לתרבות תלויה יותר בכוחות השוק החופשי פוחת משקלה של התרבות ה"גבוהה", ולהפך.<sup>135</sup>

128 Peterson & Simkus, לעיל ה"ש 126 – המחקרים מצביעים על קשר חיובי בין צריכת סוגי מוזיקה מגוונים, "גבוהים" ו"נמוכים", לבין סטטוס תעסוקתי בארצות הברית; Chan & Goldthorpe, לעיל ה"ש 127 – המחקרים מצביעים על זיקה דומה באנגליה; Tally Katz-Gerro, Sharon Raz, Meir Yaish, *Class, Status and the Intergenerational Transmission of Musical Tastes in Israel*, 35 POETICS 152 (2007) – המחקרים מצביעים על מתאם חיובי בישראל בין סטטוס לבין העדפת ז'אנרים מוזיקליים של "תרבות גבוהה".

129 כץ-גרור ושיבטי, לעיל ה"ש 127; Katz-Gerro, Raz & Yaish, לעיל ה"ש 128; Peterson & Simkus, לעיל ה"ש 126.

130 כץ-גרור ושיבטי, לעיל ה"ש 127, בעמ' 108; Katz-Gerro, Raz & Yaish, לעיל ה"ש 128, בעיקר בעמ' 163; החוקרים מייחסים ממצא זה לחשיבות המשפחה בחברה הישראלית.

131 LAMONT, לעיל ה"ש 8, בעיקר בעמ' 106–107, 146–149. מדובר במחקר אמפירי שעסק בהשוואת היחס לתרבות "גבוהה" בקרב המעמד הבינוני בין צרפת לארצות הברית, והגיע למסקנה כי הצרפתים מייחסים חשיבות רבה יותר לתרבות ההומניסטית ואילו האמריקנים הולכים ומאבדים עניין בתרבות שאינה תרבות המונים.

132 שם, בעמ' 129–149; בצרפת רוממה האצולה את התרבות ה"גבוהה" ואילו בארצות הברית הושם דגש דווקא בשוויון הזדמנויות וניידות חברתית גדולה יותר.

133 שם. בצרפת נקבעים מערכת החינוך ותכניה על ידי המדינה, ואילו בארצות הברית נשלטים המערכת ותכניה על ידי הרשויות המקומיות. הטענה היא שהרשויות המקומיות מצדן תלויות במימון של האליטות המקומיות כאמצעות ארנונה, והדבר גורם להתרכזות מערכת החינוך בתרבות מקומית ולהתעלמות מתרבות אחרת.

134 שם, בעמ' 140–141; מערכת שידור ציבורי חזקה היא גורם המחזק תרבות "גבוהה".

135 שם, בעמ' 144–145; ראו גם: CORSE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 58–61. המחקרת מתארת כיצד השקעת סכומי עתק מצד המדינה בפיתוח פרויקטים של תרבות בקנדה, לעומת העדרן של השקעות כאלה בארצות הברית, תרמה לחיזוק הקאנון הספרותי הקנדי, ומציינת כי לפי

גם ההתעניינות בתרבותו של האחר מושפעת מגורמים שהם חיצוניים לזכויות היוצרים: כך, מצביע טון בוורס במחקרו על קשר בין גודלן ובין מרכזיותן של מדינות לבין מידת ההתעניינות שלהן בתרבויות אחרות. מדינות חזקות ומרכזיות נוטות להתרכז בתרבותן הן, מגלות פחות פתיחות כלפי תרבויות אחרות ונוטות להעריך הערכת יתר את תרומתן שלהן לתרבות.<sup>136</sup>

הממצאים שלפיהם הבעיה של העדר מגוון תרבותי אינה קיימת בהיקף זהה בכל המדינות המערביות עשויים לספק תמיכה נוספת בעמדה כי זכויות היוצרים אינן ה"אשמות" העיקריות בתופעת ה"נעילה" התרבותית. כך, למשל, לאמונט מצביעה על כך שמצבו של המגוון התרבותי בצרפת טוב יותר מזה שבארצות הברית.<sup>137</sup> לו היו זכויות היוצרים חסם ממשי בפני התעניינות תרבותית מגוונת ניתן היה לצפות כי היקף הגנת זכויות היוצרים בצרפת יהיה מצומצם יותר מאשר בארצות הברית, ואולם דומה כי אין זה כך.<sup>138</sup> למעשה, נראה כי ההבדל המשמעותי ביותר בין שתי השיטות אינו עוסק בהיקף ההגנה המוענק בפועל ליצירות תרבות, אלא דווקא בגישה הבסיסית שלהן כלפי זכויות היוצרים; בארצות הברית נתפסות זכויות היוצרים ככלי לעידוד יצירתם של תוצרים רוחניים לשם קידום הרווחה החברתית ולתיקון כשלי שוק,<sup>139</sup> ואילו התפיסה הצרפתית מדגישה את חשיבות

התפיסה הקנדית (להבדיל מזו האמריקנית) אין זה מתקבל על הדעת להשאיר את התרבות ל"שוק החופשי".

136 Bevers, לעיל ה"ש 7, בעמ' 395–397; המחבר מבסס את מסקנתו על ניסוי שבמהלכו בדק את מידת ההתייחסות ליצירות מקומיות לעומת ההתייחסות ליצירות זרות, בתחומי המוזיקה והאמנות החזותית במערכות החינוך של ארבע מדינות אירופיות: אנגליה, צרפת, גרמניה והולנד.

137 LAMONT, לעיל ה"ש 131.

138 התקופה שבמהלכה יוגנו היצירות בזכויות יוצרים זהה בשתי השיטות וכך גם הזכויות הכלכליות העיקריות, אולם הזכות המוסרית מוגנת בצרפת בצורה רחבה הרבה יותר מאשר בארצות הברית. נוסף לכך קיימת בצרפת הגנה על השקעה במאגרי מידע בזכות ייחודית בארצות הברית. (Sui Generis), שאינה קיימת בארצות הברית. לעניין היקף הגנת זכויות היוצרים בצרפת ובארצות הברית ראו באופן כללי: Andre Lucas, Pascal Kamina & Robert Plaisant, *France in INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE FRA-1* (Melville B. Nimmer Eric J. Schwartz & David Nimmer, eds., updated 2002); Paul Edward Geller, *US-1*. השו"ש גם: Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: United States Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991 (1989–1990) — המחברת משווה בין הגנת זכויות היוצרים בצרפת לבין זו שבארצות הברית ומגיעה למסקנה כי ההבדלים בין שתי השיטות אינם מרחיקי לכת.

139 ראו באופן כללי: William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEG. STUD. 325 (1989); Alfred C. Yen, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*, 51 OHIO ST. L.J. 517, 517–19 (1990); Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 281 (1970–1971); William Fisher, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659, 1700 (1987–1988). כשל השוק נובע מכך שהיצירות שהן נשוא זכויות היוצרים הן בעלות מאפיינים של

היצירה הרוחנית-תרבותית ואת היותה ביטוי חיצוני לאישיות היוצר המשתקפת בה ורואה באלה את ההצדקה העיקרית לזכויות היוצרים.<sup>140</sup> הפער בין הגישות מעורר מחשבה דווקא לאור המחקר הסוציולוגי המשווה שהוצג כאן. הוא עשוי להצביע על כך שדיני זכויות היוצרים אינם "בולמי מגוון" או "מקדמי מגוון", אלא אולי דווקא "משקפי מגוון". במילים אחרות, אפשר שמסורת של כבוד לתרבות ההומניסטית תתבטא במגוון תרבותי גדול יותר כמו גם ביחס אוהד יותר לזכויות היוצרים, שיבליט את הפן התרבותי של דינים אלה. מעניין יהיה לבחון עניין זה באופן מפורט יותר באמצעות השוואה בין היקף הגנת זכויות היוצרים במדינות שונות והבסיס העיוני להן לבין מידת המגוון התרבותי הקיים בהן, אולם בדיקה כזאת חורגת ממסגרת מאמר זה. לענייננו די לציין, כי במבט משווה שטחי לא בולטת זיקה בין היקף הגנת זכויות היוצרים לבין היקף ה"נעילה" התרבותית.

כאמור, איני מתיימרת להציג כאן סקירה ממצה של הממצאים הסוציולוגיים בהקשר של צריכת תרבות, של העדפות בתחום התרבות ושל מידת המגוון התרבותי. ודאי שלא אוכל לספק מתכון להשגת מגוון תרבותי אמתי, כזה המאפשר הפניה של תשומת הלב גם לתרבות "גבוהה" וגם לתרבות פופולרית, גם לתרבות מקומית וגם לתרבותו של האחר, גם לתרבות ההווה וגם לתרבות העבר. אולם האמור כאן מחזק את המסקנה כי מגוון תרבותי הוא סוגיה רבת-פנים ורבת-סיבות,<sup>141</sup> אשר לא ניתן לסכמה במילים "זכויות יוצרים".

## סיכום

ברשימה זו ביקשתי להטיל ספק בחשיבות הרבה אשר נוטים לייחס לזכויות היוצרים במסגרת הניסיון לקדם מגוון תרבותי. נטייה זו נובעת בעיקר מכך שזכויות היוצרים הן כיום בסיס עיקרי לפעילות תאגידי תקשורת ההמונים, אשר מוצרי התרבות שלהם זוכים פעמים רבות לפופולריות עצומה. מצב דברים זה יוצר תחושה לפיה לו רק נצמצם את זכויות היוצרים, נוכל לגרום להפחתת השתלטנות התרבותית של אותם מוצרים המוניים; או אז תגבר התעניינותם של נמעני התרבות במגוון רחב יותר של יצירות אחרות. אולם הניתוח המוצע ברשימה זו אינו מספק תימוכין לתחושה האמורה. באמצעות הסתמכות על מחקר רשתות העוסקים בהתהוותה של פופולריות ובהתנהגותן של מערכות

"טובין ציבוריים". צריכתן על ידי אדם אחד אינה מונעת את צריכתן על ידי אחרים, ולכן אנשים רבים יכולים להנות מהם באותו זמן. נוסף לכך, הכנת עותקים מאותן יצירות לאחר שבאו לעולם היא קלה וזולה לעומת המאמץ המושקע ביצירתן. בעניינן של יצירות אלה קיימת, אפוא, סכנה של תת-ייצור, ובלשון כלכלית – של כשל שוק, אשר הגנת זכויות היוצרים נדרשת כדי לתקנו: ROBERT COOTER AND THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 40, Landes & Posner; 102–3 (2<sup>nd</sup> ed. 1996), שם, בעמ' 328.

140 תפיסה זו נשענת במידה רבה על משנתו של הגל; לעניין זה ראו: HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT (T.M. Knox trans., 1973) (1821) פילוסוף נוסף המקושר לתאוריה זו הוא קאנט: IMMANUEL KANT, THE PHILOSOPHY OF LAW: AN EXPOSITION OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF JURISPRUDENCE AS THE SCIENCE OF RIGHT (William Hastie trans., Augustus M. Kelly Publishers 1974)(1887).

141 השוו גם: Bevers, לעיל ה"ש 7, בעמ' 390.

מורכבות ביקשתי להראות כי הנהירה אל עבר יצירות תרבות פופולריות היא תופעה מובנית ברשת החברתית. תופעה זו זוהתה עוד לפני עידן תקשורת ההמונים, היא איננה תולדה של זכויות היוצרים ואיננה תלויה בהן.

נוסף לכך, ממחקרים מן העת האחרונה בנושא ה"זנב הארוך" עולה כי גם במשטר של זכויות יוצרים רחבות אפשריים שינויים לטובה במידת המגוון התרבותי. ממצאים אלה מטילים ספק משמעותי בכך שלזכויות היוצרים השפעה משמעותית על מניעתו של מגוון תרבותי או על קידומו. ספק זה מתחזק לאור בחינת הטענות העיקריות המועלות מצד אלה הקוראים לצמצום זכויות היוצרים; טענות אלה אינן מציגות מתווה משכנע באשר לאופן שבו יקדם הצמצום המוצע את התעניינות נמעני התרבות במגוון רחב יותר של יצירות. בד בבד, מן הניתוח כאן עולה כי מגוון תרבותי אינו נתון מקובע והעדרו המוחלט אינו גזירת גורל. לאור ממצא זה ונוכח הספק בעניין ההשפעה שיש לדיני זכויות היוצרים על הסוגיה, מתבקשת בחינת נושא המגוון התרבותי במבט רחב יותר, חוץ-משפטי. הרחבת זווית ההתבוננות, המוצעת בעיקר בחלקו האחרון של המאמר, מעלה כי מגוון תרבותי הוא סוגיה מורכבת המושפעת משלל גורמים: חברתיים, הסטוריים, סביבתיים, חינוכיים, כלכליים, טכנולוגיים ואחרים.

אינני טוענת כי אין לזכויות היוצרים כל תפקיד, ולו עקיף, בנושא המגוון התרבותי, אולם הסֶבֶךָ כי המפתח ל"נעילה" התרבותית מצוי בידי זכויות היוצרים אינה נתמכת בראיות מספקות. על רקע ממצאים אלה, לא רק שיעילותו של דיון משפטי המתרכז בזכויות היוצרים מוטלת בספק, אלא שעצם ההתמקדות בנושא המשפטי (של זכויות היוצרים) עשויה לערפל ולטשטש את הדיון במשתנים האחרים שאינם משפטיים. כלומר, באופן פרדוקסלי עלול הדיון בנושא המגוון התרבותי ללקות באותה בעיה שעמה הוא מבקש להתמודד: המסה הקריטית של תשומת הלב תופנה אל עבר זכויות היוצרים, גורם שחשיבותו המכרעת לא הוכחה, ואילו גורמים אחרים, אשר חשיבותם והשפעתם על המגוון התרבותי הוכחו במחקרים ובניסויים, יזכו לתשומת לב מועטה בלבד.

בראייה מפוכחת ניתן אולי להבין את הנטייה לתלות את העדרו של מגוון תרבותי בדיני זכויות היוצרים. קריאה לצמצום זכויות היוצרים קלה לאין ערוך מאשר התמודדות עם שאלות יסוד כמו מבנה מערכת החינוך ותכניה והצורך בבחינה מחודשת של תפיסת השוק החופשי או של מידת מעורבות המדינה בקידום ובהפצת תרבות. במובן מסוים, הטלת האחריות על המשפט מסירה אחריות מעצמנו כנמעני תרבות: היא פוטר אתנו מלבחון את היחס שלנו לתרבות, את מידת הנכונות שלנו לסטות מן התוואי המוכר של ה-"We" ואת מידת הפתיחות שלנו כלפי תרבות אחרת; היא חוסכת מאיתנו התבוננות עצמית בבחירות התרבותיות שאנו מבצעים עבורנו ועבור ילדינו. מן האמור ברשימה זו עולה כי הניסיון לקדם מגוון תרבותי מחייב דווקא עיסוק בשאלות הקשות האלה, וכי אין מקום להסתפק בחיפוש המטבע (בנושא המגוון התרבותי) דווקא מתחת לפנס המשפטי (של זכויות היוצרים).

כל זה אינו אומר, כמובן, כי המשפט אינו חשוב, כי דיני זכויות היוצרים אינם חשובים או כי אין טעמים טובים שבגינם נחוץ לבצע שינויים בהגנת זכויות היוצרים או אפילו



לצמצמה.<sup>142</sup> הניתוח המוצע כאן מוגבל אמנם למסגרת שהוגדרה בתחילת הדברים, אולם יש לו השלכות הן מזווית המשפט (בנושא זכויות היוצרים) הן מזווית המגוון התרבותי. מבחינת זכויות היוצרים, המשמעות היא כי ההתייחסות אליהן כאל "אויב המגוון התרבותי" אינה מוצדקת בהכרח. על רקע הוויכוח הניטש על מקומן של זכויות היוצרים בעולם החדש, הניתוח שהוצג כאן מצביע על כך שצמצום זכויות היוצרים אינו פתרון קסם, וכי הדינים החלים על יצירות תרבות אינם יכולים לפתור את כל הקשיים הקיימים בסביבה התרבותית שלנו. מבחינת המגוון התרבותי, המשמעות היא כי במאמץ לקדם מגוון תרבותי אין זה נכון להתמקד דווקא בצמצום זכויות יוצרים. קידום המגוון מחייב התבוננות רחבה יותר ובחינה רצינית של שורת סוגיות, אשר רק למקצתן התייחסנו לעיל. מהאמור ברשימה זו עולה, כי ההתמודדות עם שאלות אלה היא בלתי נמנעת. המשפט (בעניין זכויות יוצרים) אינו (תמיד) (כל כך) חשוב.

142 ראו את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 47. אני עצמי טוענת במקום אחר כי ראוי לצמצם את הגנת זכויות היוצרים הניתנת ליצירות שהן בגדר סטנדרט תרבותי או שימושי (שור-עופרי, לעיל ה"ש 16). נוסף לכך, ייתכן כמובן כי ענפים אחרים של המשפט, ולא זכויות היוצרים, הם בעלי חשיבות בהקשר של קידום מגוון תרבותי, כמו למשל התערבות ממשלתית שנועדה להתמודד עם ריכוזיות בתחום התקשורת או לעודד יצירת תכנים שאינם מוטי שוק; השוו להצעותיו של Baker, לעיל ה"ש 4, בעמ' 114–121.

