

דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית

מאת

מיכאל ד' בירנהק*

א. מבוא. ב. דרישת המקוריות: מקור, השקעה ויצירתיות; 1. מקור הדרישה; 2. מקוריות כמקור; 3. מקוריות כהשקעה; 4. מקוריות כיצירתיות; 5. היחס שבין הרכיבים. ג. מקוריות בדין הישראלי: מקוביות לגו למגילות הגנוזות; 1. ההצדקה המקובלת בישראל לזכויות יוצרים; 2. לוחות לחישוב מס: מדינת ישראל נ' אחימן; 3. שלטי פרסומת לגלידה: סטרוסקי נ' ויטמן; 4. מגילות גנוזות: Eisenman נ' קימרון. ד. סוף דבר: על זכויות ושליטה תרבותית.

א. מבוא

דיני זכויות יוצרים הם המרחב העיקרי שבו מבקש המשפט להסדיר את תהליך היצירה: היצירה האמנותית, המדעית, ואפילו המסחרית, או באופן רחב יותר: יצירת הידע האנושי¹. בטענה זאת חבויה ההנחה כי יצירת ידע היא תופעה חברתית רצויה שיש לקדמה, ומשתמע ממנה כי למשפט ישנה תפיסה מוקדמת כלשהי של תהליך היצירה גם אם היא איננה מוצהרת. למשפט בהכרח יש תשובה לשאלה כיצד באות יצירות לעולם,

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות לניבה אלקין-קורן על שיחות רבות בנושא המאמר, ליובל קרניאל, שארגן את המפגש במכללה האקדמית למשפטים, ולגל עשת על סיועו המצויין במחקר.

1 אינני כולל כאן "יצירה טכנולוגית", שכן ככל שהיא נבדלת מיצירת ידע אנושי לשמו, הרי ראוי לעיין בדיני הפטנטים המגנים על המצאות מועילות ובנות-יישום. ראו סעיף 3 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967 (להלן – חוק הפטנטים).

שהרי בלעדי תפיסה מוקדמת של תהליך היצירה, ההסדר המשפטי אינו אלא ניסיון להסדיר היבטים שונים של תהליך שאיש איננו יודע כיצד הוא מתרחש². במחקר האקדמי של זכויות יוצרים נמצא פרויקט אחד שביקש להסביר את התפתחות הדין תוך פנייה לתפיסה מסוימת של תהליך היצירה (הגם שהפרויקט לא בהכרח נוסח כך) ותוך היעזרות בכלים השאולים מלימודי הספרות וההיסטוריה. מדובר בפרויקט המחברות (authorship)³. הטענה הכללית של הפרויקט היא שהדין אחוז אובססיה כמעט בדימוי היוצר הרומנטי⁴: זהו היוצר היחיד, הפועל לבדו תחת השראה (מוזה), תוך סבל פיזי ורגשי, ומניב בכישרון כמעט על-אנושי יצירות מופת. בדרך כלל הוא מתואר כפועל בסביבה פיזית ירודה ויוצר לשם היצירה ולא לשם עשיית רווח, וינסנט ואן-גוך כמשל. המחקר איתר את שורשי הדימוי בתנועה הרומנטית של המאה התשע-עשרה⁵, הראה את הדרך שבה חדר הדימוי אל הדין, השפיע עליו ועיצב

- 2 ככל שאנחנו סבורים שאין למשפט הנחה מוקדמת בדבר תהליך היצירה, הרי הניסיון להסדיר תהליך זה הוא במקרה הטוב ניסוי, טעייה ותיקון. לעמדה ברוח זאת ראו F.H. Easterbrook "Who Decides the Extent of Rights in Intellectual Property?" in *Expanding the Boundaries of Intellectual Property – Innovation Policy for the Knowledge Society* 405 (Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman, Harry First, eds., Oxford, 2001) במקרה הטוב פחות מדובר באיולת. אני סבור שלמשפט יש תפיסה מוקדמת של תהליך היצירה גם אם היא איננה מבוססת בנתונים אמפיריים, וגם אם היא משתנה כל העת. תפיסה כזאת היא פרי "השכל הישר" והמערכת התרבותית שבמסגרתה פועל המשפט. לעניין זה ראו מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ו (תשנ"ט) 11.
- 3 ראו באופן כללי *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature* (Martha Woodmansee, Peter Jaszi eds., 1993); *Of Authors and Origins* (Brad Sherman, Alain Strowel eds., Oxford, 1994). אפיק המחקר הונע במידה רבה על-ידי הערה קצרה של מישל פוקו: Paul M. Foucault "What Is an Author?" in *The Foucault Reader* 101 (Paul Rabinow, ed., New York, 1984).
- 4 אחד הראשונים, אם לא הראשון, שעמד על כך הוא B. Kaplan *An Unhurried View of Copyright* 22-25 (New York, 1966).
- 5 ראשונה בכיוון זה הייתה M. Woodmansee "The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the Author" 17 *Eighteenth Century Studies* 425 (1984). ראו גם C. Hesse "Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793" 30 *Representations* 109 (1990); M. Rose *Authors and Owners: The Invention of Copyright* (Cambridge, Mass., 1993). דימויו של האמן בתקופת הרנסנס, למשל, נוצר רק בדיעבד, במהלך התקופה הרומנטית. ראו מ' ליבמן **דמותו החברתית של האמן בתקופת הרנסנס** (ירושלים, תשנ"ז) 13.

דוקטרינות כמו ההבחנה בין רעיון לביטוי, כללי בעלות, זכויות מוסריות ועוד.⁶ בהמשך, התמקד המחקר בביקורת על מגבלות הדימוי של היוצר הרומנטי: הוא מתקשה להכיל סוגי יצירה אחרים: יצירות פולקלור עממיות, יצירות שיתופיות, תעשייתיות ואחרות.⁷ לפרויקט זה תובנות חשובות, והוא עשוי לספק הסבר, ולעתים הסבר רב-עוצמה מדוע עוצב הדין כפי שעוצב. אך חשוב להדגיש: אין בו כשלעצמו הצדקה של הדין. כדי שישמש הצדקה אנחנו צריכים להשתכנע תחילה כי דימוי היוצר הרומנטי אכן משקף את תהליך היצירה, וכי דימוי זה ראוי. ברור כי יש ספק בשאלת התיאור, ואין בנמצא טיעון שלפיו רומנטיות היא ערך ראוי המצדיק הטלת מגבלות על חופש הביטוי של אחרים.

אפיק מחקר זה נוגע באפיק אחר, והוא – תאוריות של ספרות ופרשנות. אפשר להמשיג את תהליך היצירה כולו במונחים של יוצר – טקסט – קורא/פרשן.⁸ הציר הזה, או אולי המשולש הזה,⁹ מעלה מתוכו את המשמעות של היצירה. השאלה המתעוררת היא היכן נוצרת המשמעות – באיזו נקודה על פני הציר או המשולש. שאלה חשובה לא פחות היא בידי מי מופקדת השליטה במשמעות, ובעיקר, בידי מי מפקיד המשפט את המשמעות, ומהי עוצמתה¹⁰. מושגים אלה יסייעו לי להסביר את תהליך היצירה כפי שהמשפט תופס אותו.

- 6 P. Jaszi "Toward a Theory of Copyright: The Metamorphosis of 'Authorship'" 1991 *Duke L.J.* 455; P. Jaszi "On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity" in *The Construction of Authorship* (supra, note 3), at p. 29
- 7 James Boyle מצביע על מגבלות הדימוי של היוצר הרומנטי: – *Shamans, Software and Spleens* – *Law and the Construction of the Information Society* (Cambridge, Mass, 1996) אולם הוא אינו מציע לוותר כליל על המושג, ואפילו מוצא בו הסבר מעניין לכמה כללי יסוד המקובלים בדיני זכויות יוצרים, דוגמת ההבחנה בין רעיון לביטוי. ראו 56-57 pp. *ibid.*
- 8 מונחים אלה מוכרים היטב למשפטנים ומקבילים לרצף של מחוקק-חוק-פרשן. ההקבלה בין פרשנות המשפט לפרשנות הספרות שנויה במחלוקת, אולם ההיכרות עם מושגי היסוד המשותפים מסייעת לדיון כאן.
- 9 ראיית הציר כמשולש משמעה שכל קורא הוא גם יוצר, כלומר זאת תפיסה אינטראקטיבית של תהליך היצירה. ראו G.P. Landow *Hypertext 2.0 - The Convergence of Contemporary Critical Theory and Technology* (1997).
- 10 להערות בספרות בדבר היותן של זכויות יוצרים כלי לשליטה תרבותית, ולא רק לשליטה כלכלית, ראו R.V. Bettig *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property* 240 (Boulder, CO. 1996); V. Tadros "A Few Thoughts on Copyright Law and the Subject of Writing" in 4 *Perspectives on Intellectual Property (Intellectual Property and Ethics)* (London, 1998), at p. 127, 134.

ניסיון אחר להסביר את דיני זכויות היוצרים הוא הניתוח הכלכלי¹¹. אחת ההבנות הנפוצות של זכויות יוצרים היא כהמצאה משפטית שנועדה לקדם מטרה חברתית¹². המטרה החברתית היא עידוד היצירה – אלא שהניתוח הכלכלי-תוצאתני מניח בדרך כלל כמובן מאליו כי מדובר במטרה רצויה, בלי להסבירה. הניתוח הזה זקוק להשלמה – וזאת באה מצד תפיסה ערכית המבקשת להסביר מדוע בעצם היצירה היא יעד חברתי רצוי. תפיסה ערכית כזאת נקשרת למשל לתאוריות של חופש הביטוי או לתאוריות שונות של דמוקרטיה, וכמספר גוניהן של תיאוריות אלה כן מספר ההסברים לזכויות יוצרים¹³.

הבנת זכויות היוצרים כניסיונו של המשפט להסדיר את תהליך היצירה, תפיסה שאקרא לה **התפיסה התרבותית**, מקבלת את עקרונות היסוד של הניתוח הכלכלי, בהשלמת הניתוח הערכי. הדגש של תפיסה זאת הוא בתהליך היצירה. היא מנסה לעמוד על היחס שבין תהליך זה לבין דיני זכויות יוצרים והבנתם התאורטית¹⁴. במובן מסוים, מדובר ביישום קונקרטי של שאלה רחבה יותר, והיא היחס שבין המשפט לחברה, כאשר במקרה של זכויות יוצרים נוסף פעמים רבות קדקוד שלישי – זה של הטכנולוגיה – ומעורר משום כך גם את הקשר שבין טכנולוגיה לחברה ובין טכנולוגיה למשפט¹⁵.

11 W.M. Landes & R. Posner "An Economic Analysis of Copyright Law" 18 *J. Legal Stud.* 325 (1989).

12 זאת ההבנה המקובלת בארצות-הברית. ראו להלן טקסט סמוך להערה 60. באנגליה מקובלת גישה זאת גם כן, אלא שמצטרפת אליה תפיסה נוספת, של "זכויות יוצרים כעבודה", המתבססת על תאוריית העבודה של ג'ון לוק. ראו להלן טקסט להערה 123 ואילך. בין שתי הגישות מצוי מתח ניכר, שכן האחת היא גישה דאונטולוגית והשנייה תוצאתנית.

13 ראו N. Elkin-Koren "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace" 14 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 215 (1996); N.W. Netanel "Copyright and a Democratic Civil Society" 106 *Yale L.J.* 283 (1996); Y. Benkler "'Free As the Air to Common Use': First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain" 74 *NYU L. Rev.* 354 (1999), at pp. 360-364.

14 נקודת מבט זאת מציעה מבחר שאלות מחקריות שעד כה לא נהנו מתשומת לב רבה במיוחד: כיצד מתרחש תהליך היצירה בכלל, ומהו התהליך בענפי יצירה ספציפיים: כיצד תופס המשפט את תהליך היצירה; כיצד התפתח תהליך היצירה לאורך ההיסטוריה המודרנית בכלל ואיך בא הדבר לידי ביטוי בהתפתחות דיני זכויות היוצרים; היכן, ואיך, מבקש המשפט לשנות את תהליך היצירה; מה מידת מומחיותם של שופטים לפענח את תהליך היצירה בתחומים שאינם מנוסים בהם, דוגמת אמנות; מה הן ההשלכות של התערבות המשפט בתהליך היצירה ועוד כהנה שאלות. כאן אני מבקש לעשות שימוש במקצת התובנות שיש בה.

15 ביחס שבין משפט לחברה עוסקת הספרות של הריאליזם המשפטי, ובהמשך, הספרות של ה-Critical Legal Studies. הגלגול הנוכחי של הדיון בצלע זה מתמקד בהבניית מערכות של משמעות

במאמר זה אני מבקש להראות כיצד **התפיסה התרבותית** של זכויות היוצרים מסייעת לנו להבין טוב יותר את הדרך שבה מעוצבים עקרונותיהם וכלליהם הפרטניים של דיני זכויות היוצרים. אין זה המקום לפרוס את היריעה כולה, ומשום כך אתמקד ביסוד מרכזי אחד של זכויות יוצרים: דרישת המקוריות. דרישה זאת הוגדרה בפסיקה כ"לב ליבו של חוק זכויות יוצרים"¹⁶, לא בכדי: מקוריות היא אחד המנגנונים המרכזיים שבאמצעותם מבקש המשפט לתרגם את העקרונות הכלליים, את התאוריה שבה הוא מחזיק בקשר למוסד החברתי של זכויות יוצרים, להנחיה מעשית¹⁷.

בחלק השני אצביע על הקשר שבין התאוריה הכללית שבה אנו מחזיקים באשר לזכויות יוצרים לבין עיצובה המשפטי של דרישת המקוריות. אציג את רכיבי הדרישה כפי שהתגבשו באנגליה ובארצות-הברית ואת היחס הפנימי שביניהם. לאחר מכן אנסה, **בחלק השלישי**, לחלץ מתוך עיון בכמה פסקי-דין מרכזיים של בית-המשפט העליון מהי תפיסת הדין הישראלי: הן באשר להצדקה הכללית של זכויות יוצרים והן באשר לדרישת המקוריות. דיון זה יעלה כי הגם שהדין הישראלי נוטה לתפיסה ציבורית-הסדרתית של זכויות יוצרים, השמה דגש על המטרות החברתיות הכוללות ולא רק על היוצר הבודד¹⁸, הרי שלאחרונה חלה תזווה בעייתית, שהיקפה אינו ברור, לכיוון תפיסה רכושית¹⁹, המדגישה את היוצר וממעיטה מאוד (שלא לומר מתעלמת) מהתכלית

בחברה, קרי מערכות תרבותיות. ראו מ' מאוטר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" בתוך רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן צבי ז"ל (מ' מאוטר, א' שגיא, ר' שמיר – עורכים, 1998), 545. ביחס שבין חברה לטכנולוגיה עוסקים בעיקר חוקרי תקשורת. ראו למשל C.J. Hamelink *The Ethics of Cyberspace* (London, 2000). ועל היחס שבין משפט לטכנולוגיה ראו למשל Lawrence Lessig *Code and Other Laws of Cyberspace* (New York, 1999). לניסיון לקשור את שלושת הקדקודים האלה – משפט, חברה וטכנולוגיה בהקשר של חופש הביטוי ראו C.R. Sunstein *Republic.com* (Princeton, 2001).
16 ראו ע"א 513/89 *Interlego A/S v. Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133, בעמ' 167 (להלן – עניין אינטרלגו).

17 מנגנונים מרכזיים נוספים בדיני זכויות יוצרים המגלמים את התפיסה התאורטית באופן כזה הם ההבחנה בין רעיון לביטוי (ראו סעיף 7 לפקודת זכויות יוצרים; להלן – הפקודה) והגנת הטיפול ההוגן (ראו סעיף 12(1) לחוק זכות יוצרים, 1911 (להלן – החוק). באנגליה מכונה ההגנה fair dealing, ואילו בארצות-הברית fair use).

18 בעניין אינטרלגו כינה הנשיא שמגר את התפיסה הזאת "תיאורית היצירתיות" (שם, בעמ' 164). אני אכנה אותה כאן תאוריה הסדרתית, בעקבות L.R. Patterson & S.W. Lindberg *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights* 11 – 12 (Athena, Ga., 1991).

19 בעניין אינטרלגו כינה הנשיא שמגר תפיסה זאת בשם "תפיסת ההשקעה" (שם, בעמ' 164). אני אכנה אותה תפיסה רכושית, שוב, בעקבות Patterson & Lindberg *ibid*.

הציבורית של זכויות יוצרים. הכוונה היא לפסק-הדין בעניין המגילות הגנוזות²⁰. בסיום אקשור את הקצוות ואטען כי מתוך התפיסה התרבותית של דיני זכויות יוצרים ומתוך התאוריה הציבורית-הסדרתית, על מפעילי המשפט להיות ערים להשלכות שיש לעיצוב הפרטני של כללים משפטיים על השליטה המופקדת בידי בעלי הזכויות: זאת אינה רק שליטה כלכלית, אלא (גם) שליטה תרבותית: שליטה במשמעות של חומרי הגלם המרכיבים את עולמנו הרוחני והפוליטי, הן במישור האינדיבידואלי והן במישור הקולקטיבי.

ב. דרישת המקוריות: מקור, השקעה ויצירתיות

1. מקור הדרישה

דיני זכויות יוצרים נולדו מהכלאה של צנזורה מלכותית ואינטרסים מונופוליסטיים מסחריים של מוציאים לאור וסוחרי ספרים באנגליה, הכלאה שראשיתה במאה החמש-עשרה וסיומה בראשית המאה השמונה-עשרה²¹. מתוך שילוב האינטרסים של המלוכה והמסחר, ועל רקע מאבק פוליטי מורכב, חוקק בשנת 1709 חוק המלכה אן (The Statute of Anne). הפרשנות השיפוטית לחוק זה גיבשה את גרעין ההבנה המודרנית של זכויות יוצרים בעולם האנגלו-אמריקני. זכויות יוצרים נתפסו כבר אז כאמצעי להשגת מטרה, כאשר המטרה משויכת לציבור, והאמצעי הוא הזכות שיוצר המשפט ונותן בידי יוצרים אינדיבידואלים²³. כך גם בארצות-הברית, שם זכו דיני זכויות יוצרים לבסיס אידאולוגי מוצק יותר, במיוחד עם כינון החוקה, המעגנת במפורש סמכות לקונגרס

20 ע"א 2790/93, 2811 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד (1) 817 (להלן – עניין קימרון).

21 לסקירת ההיסטוריה המוקדמת של זכויות היוצרים, ראו L.R. Patterson *Copyright in Historical Perspective* (Nashville, 1968); Kaplan (*supra*, note 4), at pp. 2-38.

22 ראו Anne c. 19 (1709) 8. החוק פותח בהצהרת מטרתו: "An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times herein mentioned" ראו

Rose (*supra*, note 5). לטענה מעניינת כי ראיית החוק כדין המודרני הראשון של זכויות יוצרים

באה רק עשורים אחדים לאחר מכן ראו B. Sherman & L. Bently *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911* (Cambridge, UK, 1999)

23 להבנה זאת של התפיסה האנגלית של זכויות יוצרים ראו את הפתיח של חוק המלכה אן, (שם) ואת *Donaldson v. Becket*, 4 Burr. 2408, 98 ER 257 (1774) (פסק-הדין שקבע כי זכויות היוצרים הן יציר החוק ואינן משפט טבעי הקודם לו).

לחוקק חוקים שיקדמו ידע אנושי²⁴. ההנחיה הכללית של התאוריה, של החוקים האנגליים ושל החוקה האמריקנית לא סיפקה מענה לצורכי היום-יום. המסגרת המופשטת לא הורתה מתי יש להעניק זכויות ומתי להימנע מכך, וגם לא הורתה מהו היקף ההגנה הראוי. ההנחיה הכללית נצרכה לפריטה, וזאת באה בפסיקת בתי-המשפט. דרישת המקוריות היא אחת התולדות של פריטת העקרונות הכלליים להנחיות מעשיות²⁵. רק במאה התשע-עשרה אנו מוצאים בפסיקה התייחסות ראשונה למקוריות – originality – כדרישה של הדין. הדרישה התפתחה תוך דיאלוג בין מולדת הענף, אנגליה, לבין ארצות-הברית, כאשר הניסוח הראשוני של הדרישה הופיע דווקא במערכת הצעירה יותר, ומשם חלחל למולדת-האם²⁶.

בפסק-הדין שניתן על-ידי השופט Story בארצות-הברית בשנת 1839 התעוררה שאלת זכות היוצרים במהדורה של ספר דקדוק לטיני, שכללה הערות שונות שנאספו ממקורות אחרים, נערכו ושולבו בטקסט²⁷. הספר הועתק, והנתבע עורר את שאלת היסוד: האם בכלל הספר שאותו העתיק מוגן בזכויות יוצרים. Story עמד על כך שבעריכת הספר הושקעו עמל ומאמץ אינטלקטואלי. התובע, נאמר שם, הוא המחבר של התכנית הכללית של הספר, העריכה וההערות שצורפו, וראוי משום כך להגנת הדין²⁸. שנים ספורות לאחר מכן נזדמן לאותו שופט לדון בשאלת קיומן של זכויות יוצרים בספר אריתמטיקה²⁹. הפעם דובר בעובדות שנאספו ונערכו יחדיו. Story הדגיש כי הספר חדש

24 "The Congress shall have the power... to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries" - U.S. Const., Art I, Cl. 8, s. 8 יש להדגיש כי סעיף זה כורך יחדיו הסמכה לחוקק חוקים שעניינם פטנטים עם חוקים שעניינם זכויות יוצרים, כריכה שעוררה לא מעט בלבול. עוד יש לשים לב כי פירוש המילה Science במאה השמונה-עשרה היה מקביל למונח "ידע", ולא הצטמצם למדע. לעניין זה, ראו E.C. Walterscheid "To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of The Intellectual Property Clause of the United States Constitution" 2 *J. Intell. Prop. L.* 1, 51 (1994).

25 גם הגנת השימוש ההוגן, אחד מיסודותיו החשובים ביותר של ענף משפטי זה, לידתו בפסיקה. ראו גם *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841), ודיון אצל ד' לוינסון "ההגנה על שימוש הוגן בזכויות יוצרים" משפטים ז (תשמ"ו) 430.

26 ראו, בארצות-הברית *Emerson v. Gray*, 10 F. Cas. 1035 (C.C. Mass., 1839); ובאנגליה *Davies*, 8 F. Cas. 615 (C.C. Mass, 1845) וכן *Macmillian & Co. Ltd. v. Cooper*, 40 T.L.R. 186 (1924), המצטט בהסכמה את עניין *Emerson* האמריקני.

27 ראו *Gray, ibid*.

28 *Ibid*, at pp. 1037-1038

29 ראו *Emerson (supra, note 26)*.

ומקורי. בדיקת המקוריות – הגם שלא נקראה כך – השתרעה על המכלול, כלומר על הלקט, ולא על חומרי הגלם המרכיבים אותו³⁰. פסקי-הדין המעטים שנגעו בשאלת המקוריות לא הכתיבו כלל ברור, אבל הבהירו את המרכיבים שיש לבחון: השקעת עמל ומאמץ אינטלקטואלי, הבחנה בין חומרי גלם (רעיונות, עובדות או חומרים אחרים) לבין לקט המורכב מהם, והקביעה כי העורך את חומרי הגלם זכאי להגנת הדין על העריכה (ועליה בלבד).

למרות ההיזון ההדדי חלו ברבות הימים שינויים בין התפיסה האנגלית לזאת האמריקנית: השינויים עשויים להיראות במבט ראשון שוליים, אולם הם משקפים הבדלים חשובים בתפיסה הערכית של זכויות יוצרים, ובמקרים מסוימים הם מכתיבים תוצאה שונה³¹. כנקודת מוצא לדיון שבעמודים הקרובים אני מבקש להציג את המינוחים שישמשו כאן, כאשר הגדרתם והסברם יידונו במפורט בהמשך. יש להבחין בין שלושה רכיבים שצירופים שונים שלהם מתגלים בדרישת המקוריות כפי שעוצבה בדין האמריקני ובדין האנגלי: לראשון אקרא מקור (origination), לשני השקעה (labor), ולשלישי – יצירתיות (creativity)³².

לצד רכיבים אלה אני מבקש להזכיר את שתי התאוריות המרכזיות של דיני זכויות יוצרים³³: האחת היא תפיסה קניינית-רכושית המתבססת על תאוריית העבודה של ג'ון

30 Ibid, at pp. 618-619

31 כפי שאראה בחלק השלישי של המאמר, גורל הזכות בפענוח טקסטים עתיקים (בדומה לפרשת קימרון) הוא מקרה בו ההבדלים בין הגישה האנגלית לזאת האמריקנית מכתיבים תוצאות שונות על-פי כל אחד מהדינים.

32 להסבר נוסף ויישום של מונחים אלה ראו M.D. Birnhack "The Dead Sea Scrolls Case: Who Is an Author?" 23(3) *European Intellectual Property Review* 128 (2001).

33 דיון בתאוריות של זכויות יוצרים מחייב יריעה רחבה מאוד, ועל כן אסתפק בדברים שלהלן בהצגה תמציתית של התאוריות, ככל שהן רלוונטיות לדיון. לבחינה יסודית של ההצדקה לזכויות יוצרים ראו J. Hughes "The Philosophy of Intellectual Property" 77 *Geo. L. Rev.* 287 (1988); או E.C. Hettinger "Justifying Intellectual Property" 18 *Phil. & Pub. Aff's* 31 (1989); ג' פסח מציע סקירה ביקורתית של שלוש מההצדקות העיקריות: ראו מאמרו, "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359. הדיון שם במה שמוגדר כגישה תועלתית – טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק – מדגיש כמטרה את השאת הרווחה החברתית, אך כפי שפסח עצמו מציין (שם, בעמ' 383), ההצדקה האינסטרומנטלית של זכויות היוצרים יכולה להתבסס גם על ערכים חברתיים אחרים: ערכים דמוקרטיים למשל. משום כך יש לקרוא את סקירתו בהשלמת התאוריות הדמוקרטיות. ראו (לעיל, הערה 13). לעומת זאת פסח מבקש לקדם הבנה קניינית-רכושית של זכויות יוצרים (ראו למשל שם, בעמ' 379-380). לתפיסה הרכושית עלולות להיות השלכות מצערות. כך, למשל, היא עשויה להציע הגנה גם במקום שזאת איננה ראויה, למשל בקשר למאגרי מידע ממוחשבים. פסח מעיר בביקורתיות שדווקא טיעון התמריץ הוא שיביא להגנה רחבה מדי, גם על

לוק ומדגישה את זכותו של יוצר לפרי עמל³⁴, והשנייה היא תפיסה ציבורית-הסדרתית, הרואה באינטרס הציבורי את היעד, ובזכות המוענקת ליוצר אמצעי להשגת היעד. היעד איננו רק "יצירה והפעלה של מנגנון שוק לסחר בטובין מופשטים" או "השאת הרווחה הכלל-חברתית"³⁵, אלא מכוון גם לערכים אחרים אשר תשומת לבנו מוסבת אליהם כאשר אנחנו רואים בדיני זכויות היוצרים לא רק מקרה פרטי של קניין, כי אם את המהות העמוקה של הדברים: המשאב המוסדר על-ידי דינים אלה אינו רק בעל ערך כספי. המשאב המוסדר הוא הידע האנושי³⁶. ידע הוא יסוד לכל חברה דמוקרטית, תהא אשר תהא התפיסה שבה אנו מחזיקים באשר למהות הדמוקרטיה. ידע הוא גם היסוד ליכולתנו להתפתח כבני אדם ולעצב את חיינו כרצוננו. ידע הוא לא רק כוח, כדברי הסיסמה הספקנית, אלא גם חירות.

התפיסה האנגלית נוטה לכיוון התאוריה הקניינית-רכושית ומעצבת את דרישת המקוריות בהתבסס על רכיבי המקור וההשקעה, כאשר לעתים הרכיב האחרון עשוי לשמש מדד ואף תחליף לראשון, ולפעמים מזוהים שני הרכיבים זה עם זה. התפיסה האמריקנית מעדיפה בבירור את התאוריה הציבורית-הסדרתית ומעצבת את דרישת המקוריות בראש ובראשונה בהתבסס על רכיב המקור, בתוספת רכיב היצירתיות. התפיסה הישראלית נעה בין שתי הגישות, ואם להעריך על-פי הפסיקה האחרונה, המוטלת נעה כעת מהצד האמריקני לכיוון זה האנגלי. בחלק זה אציג את רכיבי הדרישה. הדיון ינוע בין מערכות הדינים השונות ויבקש לקשור את הפרשנות של דרישת המקוריות להצדקה הכללית של זכויות יוצרים.

2. מקוריות כמקור

(א) מהות הדרישה

עניינים פרוזאים (שם, בעמ' 367). אלא שבהמשך הוא דווקא מבקש לקדם תפיסה רכושית. אני שותף לחשש של פסח, אך חולק על התפיסה הרכושית. קושי נוסף בתפיסה זאת הוא שהיא מעמידה את זכות הקניין בעמדת כוח חזקה לעומת זכויות וחירויות, דוגמת חופש הביטוי, ללא הצדקה ראויה. עמדתי על כך במקום אחר M.D. Birnhack *A Broken Engine: The Denial of the Conflict between Copyright Law and the First Amendment* (JSD Dissertation, submitted to NYU School of Law, 2000).

34 ראו להלן, טקסט להערה 123.

35 ראו פסח (לעיל, הערה 33), בעמ' 379, 383, בהתאמה.

36 הדגש הציבורי בולט בנוסחה של הוראת החוקה האמריקנית המסמיכה את הקונגרס לחוקק חקיקה בנושאי זכויות יוצרים ופטנטים (לעיל, הערה 24). הניתוח הכלכלי של המשפט מציע הסבר מפורט לתפיסה אינסטרומנטלית זאת. ראו Lande & Posner (*supra*, note 11).

סעיף 1(1) לחוק זכות יוצרים האנגלי משנת 1911, התקף עד היום בישראל³⁷, קובע כי: "copyright shall subsist in every original literary dramatic musical and artistic work". גם הדין האמריקני נוקב בדרישה, וכמו החוק האנגלי, אינו מפרט ואינו מגדיר³⁹. המלאכה נותרה, כבימים שלפני העיגון החקיקתי, לבתי-המשפט⁴⁰. פסק-הדין האנגלי המרכזי בשאלת המקוריות נפסק ב 1916 ודן בשאלת קיומן של זכויות יוצרים בטופסי בחינה במתמטיקה. פסק-הדין מורה כי בדיקת המקוריות צריכה לבוא רק באשר לביטוי של רעיון, ולא באשר לרעיון עצמו, ומגדיר מהי מקוריות:

"[But] the Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work – that it should originate from the author"⁴¹.

ובארצות-הברית נאמרו דברים דומים בפסק-דין שהסיר ספקות באשר לבחירת האידאולוגית של הדין האמריקני:

"The sine qua non of copyright is originality. To qualify for copyright protection, a work must be original to the author... Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently

37 ראו דבר המלך על חוק הקופירייט, 1911 (הטלתו על ארץ ישראל), 1924. לצד החוק חוקקה גם פקודת זכויות יוצרים, ומרבית התיקונים לחוק שבאו במהלך השנים נערכו בה. המילה "original" נשמטה בתרגום העברי הרצוף גם שיבושים אחרים. מאחר שלא נערך נוסח חדש, הרי הנוסח המקורי, בשפה האנגלית, הוא המחייב. ראו סעיף 24 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981- וכן ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלית ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, בעמ' 346.

38 החוק האנגלי משנת 1988 מגדיר כך: "Copyright is a property right which subsists... in the following descriptions of work – (a) original literary, dramatic, musical or artistic works" Copyright, Design and Patents Act (1988), § 1(1) – (להלן – CDPA).

39 הדרישה עוגנה בחוק האמריקני רק בשנת 1976. סעיף 102(a) מורה כי זכות יוצרים תוענק ל-"original work of authorship", אך אינו מגדיר את תוכן הדרישה. גם כאן ביקש המחוקק לאמץ את הפרשנות השיפוטית שקדמה לחוק. הדברים נאמרו במפורש בדברי ההסבר לחוק. ראו H.R. Rep. 94-1476, 94th Cong. 2d Sess. 51 (1976).

40 בתיקוני חקיקה שבאו בשנים האחרונות באנגליה מופיעה ראשית הגדרה, אולם זאת מוגבלת ליצירות מסוגים מסוימים. כך, באשר למאגרי מידע נקבע כי מאגר מקורי כאשר "if, and only if, by reason of the selection or arrangement of the contents of the database the database constitutes the author's own intellectual creation" CDPA, § 3A(2).

41 *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.* [1916] 2 Ch. 601, 608-609.

created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity"⁴².

משמעותן הראשונה של הנחיות אלה היא **מקוריות כמקור**. הגדרת הדרישה היא במידה רבה הגדרה על דרך השלילה. תחילה, הבהירו בתי-המשפט ומלומדים שוב ושוב כי אין הכוונה לדרישת חדשנות. הבהרה זאת באה תוך השוואה לדרישות החידוש וההתקדמות ההמצאתית המקובלות בדיני הפטנטים⁴³ ותוך השוואה לשימוש היומיומי המקובל במונח מקורי⁴⁴. כל אלה **אינם** המובן המשפטי של דרישת המקוריות. עיקר הדרישה הוא שהמקור של היצירה הוא באדם הטוען כי הוא היוצר. גם כאן ההגדרה היא על דרך השלילה. אפשר לפרטה לשני מקרים: האחד, הוא סירוב להעניק הגנה ליצירה שמקורה באדם אחר, והשני, סירוב להעניק הגנה ליצירה שמקורה בנחלת הכלל.

המקרה הראשון: כאשר אדם מעתיק יצירה שנוצרה על-ידי אחר, הרי האחר הוא מקור היצירה, ואין להעניק למעתיק הגנה משפטית ביצירתו של אותו אחר. סיווג זה קשור בעקרון היצירה העצמאית המקובל בדיני זכויות יוצרים, וגם כאן, דינים אלה נבדלים מדיני הפטנטים. ממציא הזוכה להכרה הרשמית הדרושה לשם כך מצד הרשות המוסמכת – רשם הפטנטים – נהנה ממונופול מוחלט כל עוד הזכות תקפה ובכפוף לרישיונות כפייה⁴⁵. לעומת זאת ההגנה על יצירה מכוח דיני זכויות יוצרים מוגבלת ליצירה שנוצרה על-ידי היוצר. משום כך, אם יצרו שניים יצירה זהה, בלי שהיה ביניהם קשר, ידיעה או אפשרות גישה, הרי כל אחד מהשניים יזכה להגנת המשפט⁴⁶.

42 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340, 345 (1991) (להלן – עניין *Feist*). כפי שניתן לראות, בית-המשפט כורך את רכיב המקור ברכיב נוסף, הוא זה של היצירתיות, ואדון בו בהמשך.

43 ראו סעיפים 3-5 לחוק הפטנטים. בעניין *Feist* למשל נאמר כי "Originality does not signify novelty: a work may be original even though it closely resembles other works so long as D. Nimmer & the similarity is fortuitous, not the result of copying" *ibid.*, at p. 345. M.B. Nimmer *Nimmer on Copyright* §2.01[A].

44 ראו P. Goldstein *Copyright – Principles, Law and Practice* 64, n. 8 (Vol. I, Boston, 1989).

45 ראו בחוק הפטנטים סעיפים 1 (דרישת רישום הפטנט), 49 (היקף הזכות), 52 (אורך תקופת ההגנה), 121 - (דוגמה לרישיון כפייה בדין הישראלי).

46 ראו למשל את דבריו המפורסמים של השופט Learned Hand: "Borrowed the work must indeed not be, for a plagiarist is not himself pro tanto an 'author'; but if by some magic a man who had never known it were to compose anew Keats's Ode on Grecian Urn, he would be an 'author', and if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might

הקושי המרכזי המתעורר במקרים מעין אלה קשור לשאלת המקוריות ביצירה נגזרת: מדובר ביצירה המבוססת על יצירה קיימת ומוגנת, שנוצרה על-ידי יוצר אחר⁴⁷. משום כך, תרגום, קיצור, עריכה, לקט וכיוצא באלה יזכו להגנת הדין כל עוד תרומת היוצר השני (המתרגם, המקצר, העורך או המלקט) באה ממנו⁴⁸. חשוב להבהיר כי היצירה זוכה להגנה במישור היחסים שבין היוצר השני לבאים אחריו: אלה שיעתיקו את היצירה ממנו יימצאו חייבים אם יתברר כי נטלו את החלק המקורי של אותו יוצר. במישור היחסים שבין היוצר השני לראשון ייתכן שמדובר בהפרת זכויותיו של היוצר הראשון. הדין האנגלי מקבל מצב זה ומוכן להכיר בזכותו של יוצר שני, הגם שיצירתו מפרה את זכותו של יוצר ראשון⁴⁹. מקרה זה מחריף כאשר היצירה הנגזרת היא רפרודוקציה של היצירה הראשונה, ולמרות מהותה כהעתקה היא עשויה ליהנות מהגנת הדין. אשוב לכך בהמשך. לעת עתה די להדגיש כי כאשר "היוצר" איננו מקור היצירה – אין מתקיימת דרישת המקוריות.

of course copy Keats's" – *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F. 2d 49, 54 (2d Cir. 1936), cert. denied, 298 U.S. 669 (1936). בדין האנגלי ראו *Committee 5* (Board of Trade, 1952). מובן שדמיון רב ליצירה ואפשרות גישה של אחד היוצרים ליצירת האחר יעלו את החשד שאין מדובר ביצירה עצמאית כי אם בהעתקה. משום כך נדירים המקרים שבהם הכירו בתי-משפט ביצירה עצמאית. ראו למשל *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music Co.*, 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976). שם קבע בית-המשפט כי ג'ורג' הריסון, חבר החיפושיות, העתיק יצירה מוסיקלית שאליה הייתה לו נגישות, הגם שלא עשה זאת ביוזמתו. בית-המשפט העליון בישראל דווקא יישם את עקרון היצירה העצמאית, הגם שהיה דמיון רב בין היצירות הנדונות – לוחות לחישוב תשלומי מס – ואף שלקבוצת היוצרים השנייה (ועדה של משרד האוצר) הייתה גישה ליצירות התובע. ראו ע"א 136/71 מ"י נ' אחימן, פ"ד כו(2) 259. לדין בפסק-הדין, ראו להלן חלק ג.2.

47 ראו בדין האמריקני 17 USC §§ 101, 103; בדין האנגלי ראו CDPA §§ 16(1)(e), 17(b), 21. הדין הישראלי איננו מגדיר "יצירה נגזרת", אבל מונה כמה מצבים כאלה, כמו תרגום (סעיף 1(א)(2) לחוק), דרמטיזציה (סעיף 1(ג)(2)). כן ראו את הערתו של הנשיא שמגר בעניין **אינטרלגו (לעיל)**, הערה 16, בעמוד 188. ראו עוד את סעיף 12 ל- *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Paris, 1971) (להלן – אמנת ברן) הקובע את הזכות לעיבוד יצירות כזכות בלעדית של היוצר.

48 W.R. Cornish *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights* (4th ed., London, 1999); J.S. Copinger *On Copyright* (London, 14th ed., 1999) § 3-90, at p. 108.

49 ראו *Walter v. Lane* [1900] A.C. 539 וראו גם את עניין *Copinger ibid*, at § 3-103, p. 117, (H.L.).

המקרה השני הוא מצב שבו יוצר נוטל חומרים שאינם מוגנים, כלומר כאלה המצויים בנחלת הכלל (public domain), ואינם שייכים לאיש, למשל עובדות או יצירות שתקופת ההגנה לגביהן פגה⁵⁰. כך למשל פרסום באינטרנט של יצירותיו של וינסנט ואן-גוך שנפטר בשנת 1890⁵¹. היוצר (מפרסם התמונות באינטרנט) אינו מקור היצירה, ומשום כך לא יזכה להגנה⁵². אלא שלעתים היוצר בוחר ומארגן את חומרי הגלם שכשלעצמם אינם מוגנים ועורך אותם בצורה מקורית. ככל שכך הוא הדבר, ויש להראות כי הבחירה והסידור מקורם ביוצר, הרי שהלקט יזכה להגנה⁵³, אולם זאת תשתרע רק על התרומה המקורית של היוצר, קרי העריכה⁵⁴. בית-המשפט העליון

50 ראו סעיף 7 לפקודה (רעיונות, עובדות וכיוצא בזה אינם מוגנים); סעיף 5 לפקודה (יצירות שההגנה עליהן פגה). לדיון במושג של נחלת הכלל ראו J. Litman "The Public Domain" 39 *Emory L.J.* 965 (1990). יוחאי בנקלר כולל בנחלת הכלל גם שימושים מותרים על-פי החריגים וההגנות הכלולים בדיני זכויות היוצרים. ראו 360-364 *Benkler (supra, note 13)*, at pp. בנחלת הכלל בהקשר הישראלי, ראו ג' אלקין-קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" **עיוני משפט** כה (תשס"א) 9. בניסוחים מסוימים יש חפיפה בין קניין שאינו שייך לאיש, לקניין השייך לכול. לטעמי, מבחינה אנליטית, חפיפה כזאת אינה מדויקת. אדם הנוטל מקניין הציבור אינו כאדם הנוטל ממשאב שאיננו שייך לאיש. כך או כך, להבחנה זאת אין משמעות מיידית בדיון שכאן, ואסתפק בהצבעה עליה.

51 גילשו ב-<http://www.vangoghgallery.com> והשוו ל-<http://www.about-van-gogh-art.com/> (ביקור אחרון: 31.5.01) וראו "When the Art's Public, Is the Site Fair Game?" N. Matsumoto *New York Times* (17.5.01).

52 שינוי המדיום – מתמונה דו-ממדית בעלת קיום פיזי לקובץ דיגיטלי – היה עשוי להיחשב יצירה נגזרת, אלא שבהיעדר זכויות ביצירה המקורית אין זכות בלעדית להכין יצירה נגזרת. ייתכנו מצבים שבהם דיגיטיזציה עשויה להיחשב מקורית וליהנות מהגנת זכויות יוצרים. כך למשל מצב שבו נעשה שימוש במצלמה דיגיטלית. הצילום ראוי להגנה ככל צילום. ראו, לאבחנה זאת: Simon Stokes *Art and Copyrights* 87-88 (Oxford, 2001).

53 הדין הישראלי מסווג 'לקט' כיצירה ספרותית. ראו ההגדרה בסעיף 35 לחוק.

54 בחירת יצירות המרכיבות "יצירה קיבוצית" עשויה גם היא להקנות זכות יוצרים לעורך היצירה הקיבוצית, כאשר זכותו תשתרע רק על העריכה. ראו הגדרת "יצירה קיבוצית" בסעיף 35 לחוק; השוו להגדרת "collective work" ב-17 U.S.C. § 101 וראו את היקפה המצומצם של זכות העורך של היצירה הקיבוצית, 17 U.S.C. § 103(b) ואת הסדרת היחסים שבין בעל הזכות ביצירה הנכללת ביצירה הקיבוצית לבין בעל הזכות ביצירה הקיבוצית, 17 U.S.C. § 201(b), פרשנות מערכת היחסים המשפטית (והכלכלית) שבין שני בעלי הזכויות נדונה על-ידי בית-המשפט העליון בארצות-הברית בקשר לזכויות של עיתונאים פרילנסרים כאחוזר כתבותיהם במאגרי מידע אלקטרוניים, ובית-המשפט פסק כי הזכויות הן של העיתונאים. ראו *New York Times Company Inc. v. Tasini*, 121 S.Ct. 2381 (2001). לשאלת המקוריות, שופט המיעוט פול סטיבנס העיר כי פעולת העריכה

בארצות-הברית הבהיר הלכה זאת בעניין Feist שנזכר לעיל. דובר בהעתקת פרטים מתוך ספרי טלפון, ועלתה השאלה אם בכלל ספר הטלפונים הוא יצירה מוגנת. בית-המשפט הדגיש כי ספר הטלפונים מורכב מעובדות המצויות בנחלת הכלל ואינן מוגנות על-ידי המשפט⁵⁵. לקט עובדות עשוי להיות מוגן, אולם רק אם בחירת העובדות וסידורן מקוריים⁵⁶. באותו עניין מצא בית-המשפט שהעריכה – על-פי סידור א"ב – אינה מקורית⁵⁷, אולם העיר כי אף אם היה מוצא שהעריכה מקורית, הרי ההגנה הייתה ניתנת רק עבור התוספת המקורית, ולא עבור העובדות עצמן, ומשום כך יהיה מדובר בהגנה "רזה"⁵⁸.

תפיסה זאת – מקוריות כמקור – מגלמת הבנה מסוימת של תהליך היצירה ושל שאלות הכרוכות בו בדבר מקום היווצרותה של המשמעות. היא מתרכזת בציר שבין היוצר ליצירה, מכוונת את מבטה ליצירה, ומבעדה היא רואה את היוצר. תפיסת המחברות היא הצד האחר של המטבע: זאת מתמקדת באותו ציר שבין היוצר ליצירה, אך כיוון מבטה הפוך. היא שמה דגש על היוצר, ודרכו היא בוחנת את היצירה. הברדלי הגישה דקים, אך חשובים. דרישה של מקוריות כמקור מניחה שהמשמעות מגולמת ביצירה, בטקסט, ומשום כך זהו המקום שבו היא מחפשת משמעות שונה – ורק אם תמצא אותה, תכיר בזכות היוצרים. לעומת זאת דרישה של מחברות מניחה שהמחבר הוא מקור המשמעות, ולכן מתמקדת בפעולתו. רק אם ימצא שהמחבר השקיע מתוך עצמו ביצירה, רק אז תוכר הזכות⁵⁹. במילים אחרות, הדרישה מזהה את מקום היווצרותה של המשמעות, והענקת הזכות מאפשרת לבעל הזכות להרחיק אחרים משימוש ביצירה וכך לשמר את המשמעות ולשלוט בה.

- של הניו-יורק טיימס היא היסוד היצירתי החשוב ביותר ביצירה הקיבוצית, וכי היא מספקת את דרישת המקוריות. ראו *ibid.*, at p. 2399 (Stevens, J. dissenting).
- 55 *Feist (supra, note 42)*, at pp. 344, 347. הוסבר שם שעובדות אינן תוצאה של מעשה מחברות (an act of authorship), וההבחנה היא בין יצירה לגילוי.
- 56 *ibid.*, at p. 348. חשוב לציין כי יישום דרישת המקוריות כלפי הבחירה והארגון מכוונת בעיקר לרכיב השני של הדרישה, שהוא – בהקשר האמריקני – רכיב היצירתיות.
- 57 *ibid.*, at p. 362.
- 58 *ibid.*, at p. 349.
- 59 בירור העוגן החוקתי של דרישת המקוריות בארצות-הברית ממחיש את השוני שבין גישת המקוריות לגישת המחברות: בעניין אחד נאחז בית-המשפט העליון בתיבת ה 'writings' החוקתית (*In re Trade Mark Cases*, 100 U.S. 82, 94 (1879)), ובעניין אחר נאחז בית-המשפט גם בתיבת זאת וגם בתיבת ה 'authors' (ראו *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 (1884)). בית-המשפט התבסס בעניין *Feist* על שני העוגנים גם יחד. ראו *(supra, note 42)*, at p. 346.

(כ) הטעם לדרישה

הפסיקה שכוננה את דרישת המקוריות כמקור והפסיקה שיישמה פיתוח שיפוטי זה דלות בהסברים לטעם לכך. גם הכתיבה המחקרית לא העמיקה בשאלת עיצוב הדרישה, ומשום כך אין מנוס מחילוץ ההבנה מתוך המעט שקיים, ובעיקר תוך עיון בתאוריות שהנחו את בתי המשפט באשר לזכויות יוצרים בכלל.

תפיסה ציבורית-הסדרתית של זכויות יוצרים

רמז אחד לטעם למקוריות כמקור מצוי בתפיסה האמריקנית שקבעה כי הדרישה היא דרישה חוקתית⁶⁰. הוראת סעיף החוקה המסמיך את הקונגרס לחוקק חקיקה בענייני זכויות יוצרים (הסמכה הכרוכה גם בחקיקת פטנטים) מבהירה כי התפיסה השלטת שם רואה בזכויות היוצרים יציר של החוק שנועד להשיג מטרה ציבורית. על-פי תפיסה זאת, היעד הציבורי – קידום הידע האנושי – הוא העיקר. הזכות מוענקה כתמריץ ליוצרים ליצור, שאלמלא כן היה נוצר כשל שוק: מחמת הקלות הרבה שבה ניתן להעתיק יצירות, ובלעדי ההגנה המשפטית היה נפגע התמריץ של יוצרים פוטנציאליים ליצור. על-פי גישה זאת, הזכות היא אמצעי משני ליעד הציבורי⁶¹. אין פלא שתפיסה זאת שימשה כר פורה לניתוח כלכלי של המשפט, שהיא התפיסה הדומיננטית כיום במשפט האמריקני באשר לזכויות יוצרים⁶². הענקת הזכויות הבלעדיות נתפסת כמחיר שהציבור משלם בהווה – בהגבלת אפשרות השימוש החופשי ביצירות – כדי להשיג תוצאות רצויות הן בהווה (העשרת היצירה) והן בעתיד, כאשר תפוג ההגנה והיצירות יצטרפו לנחלת הכלל הזמינה לכול⁶³. מתוך הדגשת היעד הציבורי וראיית הזכות כתמריץ של איך-ברירה נובע כי יש לעצב את התמריץ במידה הקטנה ביותר הנחוצה: כזאת שתהיה מספקת לתמריץ יוצרים, אך גם כזאת שלא תגבה מחיר גבוה מזה שצריך לשם כך. דרישת המקוריות

60 *Feist (supra, note 42)*, at p. 349. לביקורת על העוגן החוקתי של הפסיקה בעניין זה ראו P.J. Heald "The Vices of Originality" 1991 *Sup. Ct. Rev.* 143.

61 ראו למשל את דוח הקונגרס שקדם לתיקון החוק בשנת 1909: H.R. Rep. 2222, 60th Cong. 2d. Sess. וכן ראו *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954), המדבר על "פילוסופיה כלכלית" המונחת ביסוד זכויות יוצרים.

62 מאמרם של חברי אסכולת שיקגו, ויליאם לנדס והשופט ריצ'ארד פוזנר, הפך לקלאסיקה בתחום זה. ראו *Landes & Posner (supra, note 11)*.

63 תקופת ההגנה כיום עומדת על חיי היוצר ושבעים שנה לאחר מותו. ראו 17 U.S.C. § 302 ובארץ סעיף 5 לפקודה. את הבנת זכויות היוצרים כ"תכנית חסכון" הכרחית, או בניסוחו – כמס המוטל על קוראים – היטיב לבטא לורד מקאולי לפני 160 שנה, בדיון בפרלמנט על הצעת חוק להארכת תקופת ההגנה על היצירות. ראו Macaulay, *Speeches in the House of Commons*, Feb. 5, 1841, in *Speeches by Lord Macaulay's* 164 (G.M. Young, ed. London, 1979).

כמקור משקפת את הניסיון להגדיר את התמריץ האופטימלי⁶⁴. הענקת הגנה לכל יצירה, בהתעלם ממהות היוצר, לא הייתה מתמרצת יוצרים ליצור יצירות עצמאיות, אלא דווקא להעתיק יצירות של אחרים: הרי לו היה אדם יכול ליהנות מהגנה משפטית על יצירה שלא הוא יצר, מדוע שיטרח ליצור בעצמו⁶⁵? מובן שפעולה כזאת שקולה להיעדר הגנה כלל, שכן אם ניתן ליטול יצירה של אחר, נפגע התמריץ של אותו אחר. בה בעת הענקת הגנה על יצירות שלא הטוען לזכות יצר הייתה גורעת מאפשרות הציבור להשתמש ביצירה. אילו היה מדובר ביצירה שמקורה בנחלת הכלל, והמשפט היה מעניק לה הגנה מלאה, הרי הגריעה הייתה מיידית: חומרים שקודם לכן היו בנחלת הכלל מוצאים ממנה⁶⁶. ואילו מדובר היה ביצירה שנוצרה קודם לכן על ידי אחר, הרי הייתה מתחילה

64 Goldstein מתאר את הדרישה כאיזון בין תמריץ (ליוצרים) לגישה (של הציבור). ראו Goldstein 64 (supra, note 44), at p. 15.

65 מובן שלטוען זה ישנה תשובה פשוטה: ישנם יוצרים רבים שהתמריץ שלהם ליצור איננו התמריץ הכלכלי כלל. הם יוצרים כדי לבטא את עצמם, כדי להשתתף בשיח הציבורי באמצעי שבו הם בוחרים, כדי לזכות בהכרה חברתית וכן הלאה. תשובה כזאת מחלישה את הבסיס של הגישה האינסטרומנטלית-כלכלית לזכויות יוצרים. לטוען דומה ראו S. Breyer "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs" 84 Harv. L. Rev. 281 (1970). אולם יש לשים לב למציאות הכלכלית הקיימת: במרבית המקרים מי שנושא בסיכון הכלכלי הכרוך ביצירה – שהרי יצירה איננה נטולת עלויות – אינו היוצר עצמו, אלא גופים מסחריים, ובדרך כלל מדובר בתעשייה. תיאודור אדורנו ומקס הורקהיימר, ראשי אסכולת פרנקפורט, היטיבו להשתמש בביטוי זה בביקורתם על תקשורת ההמונים. ראו תיאודור ו. אדורנו, מ' הורקהיימר "תעשיית תרבות: נאורות כהונאת-המונים", בתוך **מבחר אסכולת פרנקפורט** (תרגום: דוד ארן, עורכים: מיכאל מידן, אברהם יסעור, תל-אביב, תשנ"ג) 158.

66 במאמר פרובוקטיבי ומעניין מוסבת תשומת הלב לכך שלא כל המידע – ככל שהדבר נוגע לעובדות – הנמצא בנחלת הכלל, הוא גם נגיש לציבור. על-פי תפיסה זאת, מטרת דיני זכויות היוצרים איננה רק תמריץ ליצור, אלא תמריץ להגברת נגישותן של העובדות. ראו M. Sherwood-Edwards "The Redundancy of Originality" 6(3) Ent. L. Rev. 94, 95-101 (1995). לאור תפיסה זאת, הנסמכת על השוואה שבין קניין מוחשי לקניין רוחני, ולזכויות יוצרים בפרט, מציע המחבר לזנוח את דרישת המקוריות בכל הנוגע לעובדות. הוא מוסיף עוד, כי כל קביעת מגבלה על "מהו קניין" מתערבת בשוק הכלכלי, ומפריעה לו (ibid., at p. 103). השוואה כזאת מחמיצה את התובנה שזכויות יוצרים אינן מסדירות רק משאב בעל ערך כלכלי, אלא משאב בעל משמעות חברתית, פוליטית ודמוקרטית: ידע. עובדות – ומידע – הם הבסיס לידע. במילים אחרות, הטעם לאי-ההגנה על עובדות, איננו מקרי ונובע מטעמים ערכיים. ראו (לעיל, הערה 33). לביקורת דומה ראו גם Gary Lea "In Defense of Originality" 7(1) Ent. L. Rev. 21 (1996). בנוסף Sherwood-Edwards, מחמיץ את התובנה הריאליסטית: קביעת תנאים להכרה בקניין איננו עניין "חיצוני" לקניין, ואין לראותו משום כך כ"התערבות בשוק", שהרי אם הקניין הוא יציר המשפט, עיצובו מראש כך שיקדם ערכים חברתיים איננה התערבות כדיעבד.

מחדש תקופת ההגנה, ועל-ידי כך מוארכת בפרק זמן נוסף – ומרחיקה עוד יותר את נגישות הציבור ליצירה. משום כך ברור הוא כי יש לעמוד על כך שמקורה של היצירה הוא ביוצר.

אם כן, רכיב המקור מנחה אותנו לוודא שהיצירה שונה מקודמתה. אלא שהרכיב – וגם ההצדקה הזאת – אינם מנחים אותנו מה מידת השוני הדרושה. האם יש צורך בתמריץ ניכר; האם די בתמריץ קל ערך. הניתוח הכלכלי מכתוב את עצם הדרישה, אך לא את היקפה. נראה לי כי הנחיה רעיונית אפשר למצוא בהצדקה אחרת לדרישה אשר משתלבת בזאת שנדונה זה עתה. הכוונה היא לרעיון הקדמה.

רעיון הקדמה

ניתן להסביר את הדרישה תוך פנייה לאחת הדרכים המבקשות להסביר את תהליך היצירה בכללותו. מדובר ברעיון הקדמה⁶⁷. בעיני רבים זהו רעיון מיושן או שגוי, וכמעט שאבד עליו הכלח. אלא שההתפתחות של דיני זכויות היוצרים עוצבה בהשפעת הרעיון, והוא עדיין חי ונושם ברקע ההבנה המודרנית (וגם הפוסט-מודרנית) של זכויות היוצרים. רעיון הקדמה מתאר את התפתחות הידע האנושי, ויש בו כמה מרכיבים פשוטים: יצירת הידע נתפסת כפרויקט אנושי אוניברסלי, אשר במסגרתו נצבר הידע האנושי לאורך זמן, וכיוונו הכללי הוא לכיוון הטבה⁶⁸. נוכח המציאות הטכנולוגית של ימינו, נראה שקשה לחלוק על יסודות הרעיון, והדיון מתמקד בשאלת תחולתו על בעיות מוסר⁶⁹. אלא שבמאה השמונה-עשרה נהנה הרעיון מעדנה רבה⁷⁰. את ההתלהבות שעורר הרעיון בשעתו יש להבין על רקע תפיסת ההתפתחות האנושית שקדמה לו. בימי הביניים משלה בכיפה תפיסה דתית שלפיה אלוהים הוא האחראי להתקדמות האנושית,

67 לדיון בהשפעת הרעיון על דיני זכויות היוצרים ראו M.D. Birnhack "The Idea of Progress in Copyright Law" 1 *Buffalo IP L.J.* 3 (2001).

68 לדיון ברעיון ובמקורותיו ראו למשל את הספר הקלאסי בתחום זה: J.B. Bury *The Idea of Progress: An Inquiry into its Growth and Origin* (New York, 1932); R. Nisbet *Progress: An Inquiry into its Growth and Origin* (New Brunswick, NJ, 1998); D. Spadafora *The Idea of Progress in Eighteenth Century Britain* (New Haven, 1990); M. Chon "Postmodern 'Progress': Reconsidering the Copyright and Patent Power" 43 *DePaul L. Rev.* 97 (1993).

69 האם הקדמה הטכנולוגית מקדמת את הרמה המוסרית שלנו או מסיגה אותנו לאחור? זוועות המאה העשרים, הבעיות האקולוגיות החריפות שהן מעשה ידי אדם והפערים העצומים בין מדינות המערב למדינות העולם השלישי ופערים חברתיים בתוך המדינות כל אלה הם דוגמאות מרכזיות בטיעון זה.

70 להבחנה זאת ראו C. Becker *Progress and Power* 3-4 (New York, 1949); D.J. Boorstin *The Seekers: The Story of Man's Continuing Quest to Understand His World* 77 (New York, 1998).

ובני האדם הם רק פיונים בתכניתו. ההתקדמות האנושית נתפסה אז כמעגלית: במושגים של עלייה ונפילה. אחרי השנים הטובות תבואנה שנים רעות, וחוזר חלילה. בהשפעת הרנסנס תחילה, והנאורות מאוחר יותר, הוצב האדם במרכז, וניתנה בידי האחריות לגורלו הוא. מכאן התפיסה שהאדם יכול לקדם את הידע האנושי.

מתוך תפיסה כזאת של הגורל האנושי, של האדם כמונע מכוח תבונתו, ועל רקע הקשר העמוק של הרעיון עם תפיסות פוליטיות רפובליקניות, נולדה התפיסה כי האדם יכול להשפיע על תהליך היצירה. היצירה היא גם אמצעי לקידום האנושות וגם מדד להתקדמות כזאת. מכאן הניסוח של החוקה האמריקנית, המסמיכה את הקונגרס לפעול לקידום הידע⁷¹. רעיון הקדמה בא לידי ביטוי בשתי מטפורות החביבות על העוסקים בזכויות יוצרים. האחת היא מטפורת הבנייה: בני האדם שותפים לפרויקט בנייה גדול ונמשך, ובמסגרתו כל אחד ואחת תורמים את חלקו או חלקה על-ידי הנחת לבנה נוספת על גבי אלה הקיימות⁷². מטפורה שנייה היא זו של הגמדים הניצבים על כתפי ענקים: הענקים – בני הדורות הקודמים – אמנם מרחיקים לראות, אולם בני הדור הנוכחי, שהם כגמדים לעומת הענקים, מסתייעים בכוחם, ניצבים על כתפיהם, ובזכות כך מרחיקים לראות עוד יותר⁷³. לרעיון הקדמה ביטוי גם בפסיקה הישראלית: "בהיבט רחב", כותב השופט שלמה לוין, "אין קיים שום דבר מקורי, אלא כל המצאה או 'רעיון' הם פיתוח של המצאה או 'רעיון' קודמים; השאלה בכל מקרה היא, אם בפועל הוסיף פלוני משהו מקורי משלו ל'רעיון' או ל'יישום' קודם (ואז עבודתו תהיה מוגנת, אף-על-פי שאת

71 (לעיל, הערה 24).

72 ראו למשל "Intellectual (and artistic) progress is possible only if each author builds on the works of others. No one invents even a tiny fraction of the ideas that make up our cultural heritage... Every work uses scraps of thought from thousands of predecessors..." – *Nash Whelan Assocs. v. CBS, Inc.*, 899 F.2d 1537, 1540 (7th Cir. 1990) (Easterbrook, J.) *Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d 1222, 1238 (3d Cir. 1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1031 (1987).73 ראו למשל Z. Chafee "Reflections on the Law of Copyright: I" 45 *Colum. L. Rev.* 503, 511 (1945). מקורו של הביטוי אינו ברור. בדרך כלל מייחסים אותו לאייזיק ניוטון, אולם מתברר כי שורשיו קדומים עוד יותר. הביטוי מופיע למשל בהקשר של הצדקה לסטות מהלכה משפטית במשפט העברי. ראו ישעיה ד'טראני, תשובות הרי"ד, (אברהם ורטהיימר עורך, 1975) 75. אולם רוברט מרטון מצא כי שורשי הביטוי קדומים עוד יותר – הוא מייחס אותם ל-Bernard of Chartres במאה השתים-עשרה. ראו R.K. Merton *On The Shoulders of Giants: A Shandean Postscript* (Chicago, 1965, 1993).

היסודות לעבודתו המקורית הוא שאב ממקור אחר), או שהוא העתיק בדרך מוסווית מה שעשה אחר, בלי שבפועל הוא יצר משהו מקורי משלו...⁷⁴. כעת אפשר לנסח את דרישת המקוריות כמקור במונחי רעיון הקדמה. אם תוענק הגנה ליצירה שאין מקורה בטוען לזכות, הרי אין בכך משום הנחת לבנה נוספת בבניין הנבנה. הדבר שקול להנחת לבנה שכבר מונחת במקומה (או, אם תרצו, אין בכך משום עמידה על כתפו של ענק, אלא תחילתו של טיפוס לגובה). בכך אין קידום של הפרויקט הכלל-אנושי, ויש בכך פגיעה בתמריץ של היוצר הראשון להניח את לבנתו שלו מלכתחילה. יתרה מכך, רעיון הקדמה משקף את הרעיון שהידע האנושי נצבר. הנחת לבנים חדשות על לבנים קיימות אינה רק יתרון של נוחות, אלא הכרח המציאות: כך מבין המשפט את תהליך היצירה. משום כך הכרח הוא שיוצר חדש יתבסס על ידע קיים. בניית מבנים נפרדים אינה מקדמת את הידע האנושי, והיא כרוכה בכבוז משאבים. עוד במאה התשע-עשרה, בתי המשפט שקבעו את דרישת המקוריות בכלל, ואלה שפירטו אותה כמקור בפרט, הונחו על-ידי רעיון הקדמה. כך דבריו של השופט Story:

"In truth, in literature, in science and in art, there are, and can be, few, if any, things, which, in an abstract sense, are strictly new and original throughout. Every book in literature, science, and art, borrows, and must necessarily borrow, and use much which was well known and used before... No man writes exclusively from his own thoughts, unaided and uninstructed by the thoughts of others. The thoughts of every man are, more or less, a combination of what other men have thought and expressed, although they may be modified, exalted, or improved by his own genius or reflection"⁷⁵.

הדברים מלווים בדוגמאות אחדות. המשורר הרומי וירג'יל נטל מהסופר היווני הומר. פרנסיס בייקון נטל מבני זמנו. ויליאם שקספיר וג'ון מילטון האנגלים נטלו מסיפורים עממיים של זמנם⁷⁶. דוגמה נוספת הנזכרת שם קרובה אצל המשפטנים: ספרו

74 ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, בעמ' 759. ראו גם את דברי השופט טירקל בע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577, בעמ' 596.

75 Emerson (*supra*, note 26), at p. 619.

76 האמת על מקורותיו של שקספיר, ולמעשה גם על עצם זהותו, עומדת בניגוד מוחלט – ומעניין – לדימוים הרומנטי של הבמאי ג'ון מאדן והתסריטאים מארק נורמן וטום סטופארד בסרט "שקספיר מאוהב" (1998) (ראו <http://www.miramax.com/shakespeareinlove>). שקספיר ההוליוודי מוצג על-פי מרשם היוצר הרומנטי: הוא יוצר אך ורק מתוך סערת רגשות, ויצירתו היא תוצאה ישירה של

רב ההשפעה של ויליאם בלקסטון, Blackstone's Commentaries, ולמעשה כל ספרי המשפט, הם ארגון ועריכה חדשים של חומרים קיימים⁷⁷. ואכן, ספרי משפט רבים – גם כיום – אינם אלא עריכה של חומרים קיימים: חקיקה, פסיקה וספרות⁷⁸. במקרים אחרים קיימת תוספת מקורית של המחבר. בית-המשפט המחוזי בתל-אביב נדרש לשאלת קיומה של זכות יוצרים בספר משפטי והעיר: "מטבע הדברים כולל הטקסט, ככל טקסט משפטי מובהק, אסופה של הלכות אשר התפתחו בחקיקה ובפסיקה ענפה. חומרים אלה, הם נכסי צאן ברזל העומדים לרשות כלל ציבור המשפטנים. אין זה ראוי לשלול או להגביל השימוש בהם בקונטקסט המתאים. זאת ועוד, פסקי-הדין הבולטים בכל נושא, מקובלים על הקהילה המשפטית, וממילא, נזכרים ומצוטטים בספרות העוסקת בתחום. נחלת הכלל הם"⁷⁹.

למעשה, תובנת הבנייה היא עקרון היסוד של שיטת המשפט המקובל: פסקי-דין נסמכים על קודמיהם. תופעה זאת מוכרת לנו היטב. בשיטת המשפט הישראלית היא איננה רק תאור הפרקטיקה, אלא גם הנחיה חקיקתית⁸⁰. מטפורת רומן השרשרת של רונאלד דוורקין היא ביטוי נוסף לנוכחותו של רעיון הקדמה במשפט⁸¹.

יישומו של רעיון הקדמה בשדה זכויות היוצרים מנחה אותנו להבחין בין חדש לישן, אבל גם מנחה אותנו שלא להקפיד יתר על המידה במידת החידוש הנדרשת. הנחיה אחרונה זאת היא ביטוי להשפעה של הבנת מהות תהליך היצירה (כרעיון הקדמה) על המשפט. מפגש זה בין תפיסת תהליך היצירה לבין המשפט מנחה את הדין במקומות נוספים. כך הדוקטרינה הבסיסית המורה לנו להבחין בין רעיון לביטוי ולאפשר הגנה רק לגבי ביטוי, אך לא לגבי רעיון⁸². אחד הטעמים להבחנה הוא שרעיונות הם הבסיס להתפתחות הידע האנושי. רעיונות נתפסים כאבני בניין הכרחיות.

עולמו הרגשי. הוא גם רעב ללחם, נאלץ לסמוך על שולחנם של אחרים, ואינו מעוניין בהיבטים המסחריים של יצירתו, אלא רק בתוכנה.

77 Emerson (*supra*, note 26), at p. 619. ראו גם בעניין Gray (*supra*, note 26), at p. 1038.

78 מובן שישנם ספרי משפט מסוגים שונים, וככל שהמחקר האקדמי הופך ביקורתי יותר, הסתמכותו על חקיקה ופסיקה אינה רק במובן של עריכת חומרים קיימים.

79 ת"א (ת"א) 1296/99 בן-אוליאל נ' זר, בעמ' 3 (טרם פורסם), ניתן ביום 4.1.01 (השופטת רות שטרנברג-אליעז).

80 ראו סעיף 20(א) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע את עקרון התקדים האנכי – מחויבות בתי-משפט נמוכים לציית לתקדימי בית-משפט מדרגה גבוהה יותר.

81 R. Dworkin *Law's Empire* 228 (Cambridge, Mass., 1985).

82 ראו סעיף 7 בלפקודה שנוסף בתש"ס, ולפני כן ראו ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד (1) 825, 829; עניין הרשקו (לעיל, הערה 74), בעמ' 759.

משום כך הם צריכים להישאר חופשיים כאוויר לנשימה⁸³. כך גם הגנת השימוש ההוגן⁸⁴: היא נובעת מההכרה בכך שלעתים, כדי להתבטא ביטוי משל עצמנו, עלינו להשתמש לא רק ברעיונות קודמים, אלא גם בביטויים קיימים. כך למשל בביקורת⁸⁵, בפארודיה⁸⁶, בסאטירה⁸⁷, באמנות פופ (pop art)⁸⁸ ואמנות פוסט-מודרניסטית⁸⁹, בביטויים קהילתיים⁹⁰, ולטעמי כמעט בכל ביטוי⁹¹.

83 אלה הם כמובן דבריו המפורסמים של השופט לואיס ברנדייס. ראו *International News Service v. Holmes v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 250 (1918) (Brandeis, J., dissenting). *Hurst*, 174 U.S. 82, 86 (1899) ("The right thus secured by the copyright act is not a right to the use of certain words, because they are the common property of the human race, and are as little susceptible of private appropriation as air or sunlight" (supra, note 13).

84 סעיף 2(1) לחוק; סעיפים 29-30 לחוק האנגלי; סעיף 107 לחוק האמריקני. הדין הישראלי עיצב את ההגנה כיצור כלאיים שבין הדין האנגלי – בכך שרשימת השימושים היכולים להיחשב הוגנים היא רשימה סגורה – ובין הדין האמריקני, בכך שיש לשקול ארבעה שיקולים מרכזיים כדי לקבוע את הוגנות השימוש. ראו רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד מח (1) 251, בעמ' 270.

85 כדי לבקר יצירה ספרותית במדור ביקורת ספרות בעיתון כמעט שאין מנוס מלצטט חלק מהיצירה המבוקרת. כך גם בטלוויזיה, ברדיו, באינטרנט ובאמצעי תקשורת אחרים.

86 לעניין פארודיה נקבע בפסיקה האמריקנית מבחן ה-Conjure up: מותר להשתמש ביצירה המושמת ללעג בפארודיה, אולם רק ככל שצריך להזכיר לקורא/צופה את היצירה המבוקרת. ראו *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d 541 (2d Cir. 1964).

87 בתי-המשפט נוהגים להבחין בין פארודיה לסאטירה שכוונתה לבטא ביקורת חברתית כללית (סאטירה) אין הכרח להשתמש ביצירה המוגנת דווקא. ראו עניין **גבע (לעיל)**, הערה 84), בעמ' 274-275. לטעמי, ההבחנה איננה במקומה. בשני המקרים לא סביר להניח שבעל היצירה המושמת ללעג יסכים לשימוש ביצירתו. עמדה זאת מובנת, אולם היא איננה אינטרס המוגן על-ידי זכויות יוצרים, אלא, לכל היותר, על-ידי דיני איסור לשון הרע. בנוסף, הכוונתו של בית-המשפט להשתמש באפיק ביטוי אחר שקול להתערבות בביטוי עצמו. פעמים רבות אמצעי העברת הביטוי הוא חלק בלתי נפרד מהביטוי עצמו (אכן, "המדיום הוא המסר", כדבריו של מרשל מק'לוהן). לביקורת דומה ראו *A. Kozinski & C. Newman "What's So Fair About Fair Use?"* 46 *J. Copr. Soc'y* 513, 518 (1999).

88 ט' רינהרט כותבת כך: "הפופ רואה עצמו כהיסטוריה של תרבות: ציירי הפופ משכפלים, מעתיקים, מתעדים מוצרי תרבות. אחת ההנחות של המיתוזר הזה היא שאין הבדלים בין חומרים 'נמוכים' ו'גבוהים', בין אמנות גבוהה לתרבות פופולארית, כי האמן, כמו העיתונאי, הוא הבונה את ההיסטוריה של תקופתו, ומבחינתו יש מעמד שווה לבקבוק קוקה-קולה, לציור של מאנה או לדמות מפורסמת" – ט' רינהרט **מקובצים למדונה – יצוג וסוביקט באמנות המאה העשרים** (תל אביב, 2000) 100. כן ראו דיון בשאלת הטרנספורמטיביות של אמנות הפופ – שם, בעמ' 118-120 – על רקע זה מעניין לציין שבעניין אינטרלגו נזכרה תובנת הבנייה, וכדוגמה הביא הנשיא שמגר את

"אמנות הפופ". ראו (לעיל, הערה 16), בעמ' 165. נראה כי כחצי שנה לפני כן, כאשר פסק בית- המשפט באשר לשימוש הדומה במהותו לאמנות פופ, לא יישם תובנה זאת. הכוונה היא לעניין גבע, שם ביקש דודו גבע להשתמש בדמותו של דונאלד דק כאייקון תרבותי, אך בית-המשפט ראה בכך שימוש מסחרי. לביקורת פסק-הדין ראו ע' שקולניקוב "מות הברווז – פרודיה וסטירה בדיני זכויות יוצרים" המשפט ה (תשס"א) 235.

89 במקרים רבים של אמנות פוסט-מודרניסטית נוצרות יצירות תוך שימוש מופגן ביצירות קודמות, אך בתוספת מניפולציות קטנות: אנדי וורהול העתיק את ציור העטיפה של מרקי קמפבל, שיש להניח כי היא יצירה מוגנת בדיון. הוא הגדיל אותם, העביר אותם ממקורם התלת-ממדי לצורה דו-ממדית, אבל בעיקר, הוא חתם את שמו על היצירות ותלה אותם בסביבה המבהירה כי מדובר ביצירת אמנות. על-פי הדין היבש, כל אלה אינם מעלים ואינם מורידים: מדובר ביצירה נגזרת, ואם זאת נעשתה ללא רשות, הרי היא הפרה של זכויות יוצרים. אלא שוורהול יצק תוכן חדש ליצירות. על-ידי השינויים האלה הוא יצר משמעות חדשה. כך גם עבודותיו של ג'ף קונס: קונס נוהג לפסל פסלי ענק, המבוססים כמעט באופן מדויק על תצלומים (שאחרים צילמו). כך, למשל, פיסל פסל ענק המבוסס על גלויה פשוטה שהראתה זוג חוואים אוהזים בשרשרת גורי כלבים שזה עתה נולדו. קונס מיקם את היצירה במסגרת תערוכה שקרא לה "תערוכת הבנאליות". בכך יצר משמעות שונה לחלוטין. בחי- המשפט מתקשים להבין את מהות היצירה הפוסט-מודרניסטית. קונס, למשל, נמצא מפר זכויות בעניין שזה עתה נזכר. ראו *Rogers v. Koons*, 751 F. Supp. 474 (S.D.N.Y., 1990), *aff'd* 960 (F.2d 301 (2d Cir., 1992), *cert. denied*, 506 U.S. 934 (1992)).

90 ישנן מספר "פרקטיקות ביטוי" נפוצות בקרב קבוצות מיעוט באוכלוסייה: הן נוטלות אייקונים תרבותיים המזוהים עם תרבות הרוב, "תרבות האמצע", (main stream), משנות בהן דבר קטן, והופכות אותם לאייקון של עצמן. בדרך זאת הן חוגגות את ייחודן, במקום להיכנע לתרבות הרוב. כך למשל מוסיקת הסאמפלינג – נטילת קטעי מוסיקה קצרצרים ועיבודם במסגרת ההיפ-הופ או הראפ. ראו למשל D. Sanjek "Don't Have to DJ No More": Sampling and the משל "Autonomous' Creator" in *The Construction of Authorship*, *supra* note 3, at p. 343 R.J. Coombe *The Cultural Life of Intellectual Property – Authorship, Appropriation, and the Law* 88 (Durham, 1998).

91 המשפט האמריקני מחפש דרכים להתמודד עם אי-הבהירות השוררת בדוקטרינת השימוש ההוגן. כך למשל נולד בשנים האחרונות מבחן "השימוש הטרינספורמטיבי": ראו מאמרו של השופט P.N. Leval "Towards a Fair Use Standard" 103 *Harv. L. Rev.* 1105 (1990), והצעתו שאומצה ב-*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994). אלא שגם מבחן חדש זה עמום משהו. ראו D.L. Zimmerman "The More Things Change, The Less They Seem" 46 *J. Copyr. Soc'y* 251 (1998). נראה לי שאפשר להבהיר את המבחן ולהשתית אותו על אמת המידה של השינוי במשמעות: העתקה המונית של קלטות מוסיקה ומכירתן בקרן הרחוב אינן כרוכות בשינוי המשמעות של היצירה, ועל כן אינן

תפיסת האישיות ופרויקט המחברות

הצדקה מרכזית אחרת לזכויות יוצרים, המקובלת בעיקר במדינות הקונטיננט, מתמקדת בקשר האישי שבין היוצר לבין היצירה. בקשר הזה יש היבטים פסיכולוגיים חשובים אשר מצדיקים את מתן ההגנה ליוצר באשר ליצירתו. כך למשל דובר על כך שהיצירה משקפת את היוצר על-ידי כך שהוא משליך עליה מתוך אישיותו⁹². או שבאמצעות הפעלת כוח הרצון של האדם על משאב חיצוני לו הוא הופך את המשאב הזה לחלק ממהותו⁹³. הדברים אמורים במשאבים מוחשיים⁹⁴, וקל וחומר במשאבים רוחניים שהם פרי האינטלקט של האדם עצמו. גישה זאת גם תואמת את האינטואיציה שיש לנו פעמים רבות: די לנו בכך שאנחנו יצרנו את היצירה כדי שנחוש שהיא חלק חשוב מאתנו, חלק המכונן את זהותנו, ומשום כך ברור לנו שזאת היצירה "שלנו"⁹⁵. מכאן, שרבים התאורים של קשר הורי בין היוצר ליצירה⁹⁶. האינטואיציה הזאת חדרה גם לתחומם של דיני זכויות היוצרים. היא משתקפת בביטוי הקונטיננטלי המקובל גם אצלנו בדבר droit d'auteur – זכות יוצרים, להבדיל מהביטוי האנגלו-אמריקני המקובל copyright⁹⁷. בעיקר היא משתקפת בענף אחד מתוך אגד הזכויות המרכיבות את זכות היוצרים, זאת הזכות המוסרית⁹⁸. הזכויות המוסריות מגנות על ההיבטים הבסיסיים ביותר של הקשר

ראויות להגנת שימוש הוגן. אמנות פוסט-מודרניסטית וביטוי פוליטי מהסוג שנזכר בהערה הקודמת כרוכים בדרך כלל בשינוי משמעות ועל כן ראויים להגנת השימוש ההוגן.

92 הכוונה היא לתאוריה של עמנואל קאנט. לדיון ראו פסח (לעיל, הערה 33), בעמ' 405.

93 הכוונה היא לתאוריה של גיאורג הגל. ראו G.F.W. Hegel *Philosophy of Right* (T. Knox ed. 1967), §44.

94 היישום המוכר של התאוריות האלה באשר למשאבים מוחשיים הוא M.J. Radin "Property and Personhood" 34 *Stan. L. Rev.* 957 (1982).

95 ראו למשל את ספרו של אהרן מגד **עוול** (הוצאת עם עובד, תשנ"ו). מגד מתאר את ייסוריו של מחבר שיצירתו הועתקה על-ידי אחר.

96 "איך שיר נולד?" שואל יהונתן גפן בכבש השישה עשר (1978), והתשובה: "כמו תינוק".

97 כאשר תורגמה הפקודה האנגלית לעברית היא נקראה "פקודת זכות ההעתקה (קופירייט)". בשנת 1952 הוחלפו ביטויים אלה במונח "זכות יוצרים". ראו חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים, תשי"ג – 1952, ודברי הסבר בה"ח תשי"ג 18. בדיון בכנסת הסביר שר המשפטים דאז חיים כהן, כי התרגום שקדם לכך, של המונח "קופירייט" למונח "זכות העתקה", היה משובש. נראה לי כי המונח "זכות יוצרים" קרוב יותר לתפיסה הקונטיננטלית של הזכות (כזכות טבעית) ומתרחק מהתפיסה האנגלו-אמריקנית. מתוך דברי הסבר של החוק ודברי הדוברים בכנסת ברור כי לא הייתה כאן כוונה להסיט את הצדקת הזכות לכיוון תפיסתה כזכות טבעית.

98 אמנת ברן מחייבת את המדינות החברות להגן על הזכויות המוסריות. ראו אמנת ברן (לעיל, הערה 47), סעיף 6bis. מעניין כי המסגרת הבין-לאומית החשובה ביותר כיום של הגנה על זכויות יוצרים,

שבין היוצר ליצירה⁹⁹. בראש ובראשונה מדובר בעצם קיומו של הקשר והצהרת דבר קיומו לעולם. זאת הזכות שיצירה תיקרא על שם יוצרה¹⁰⁰, זכות המכונה לעתים הזכות להורות, או בביטוי הקונטיננטלי המקובל, "זכות אבהות"¹⁰¹. לזכות זאת גם פנים משלימים אחדים – שהיוצר זכאי להשתמש בשם בדוי (פסבדונים) או להישאר אנונימי, וכי אדם זכאי למנוע שיוך אליו של יצירה שלא הוא יצר¹⁰². זכות אחרת היא למנוע סילוף של היצירה שיש בו כדי לפגוע בשמו הטוב של היוצר או בכבודו¹⁰³. אולם הכוח האינטואיטיבי הרב שיש בהצדקה זאת של זכויות יוצרים מכיל גם את מגבלותיה של הזכות. כאשר היוצר איננו אדם יחיד, אלא תאגיד, נתקשה לדבר על הבניית אישיותו של התאגיד ביצירה. כאשר יוצר מוכר את יצירתו – כלומר, כאשר הוא מתייחס אליה כאל מטבע עובר לסוחר – הרי הוא מכריז בזאת כי הוא מנתק את הקשר האישי-רגשי שהיה לו (אם היה) ליצירה¹⁰⁴. וכאשר היוצר מת – הקשר האישי שלו חדל להתקיים¹⁰⁵.

- הסכם TRIPS המחייב מדינות החברות בארגון הסחר העולמי (WTO), מפנה לאמנת ברן, אבל למעט סעיף זה. ראו Art. 9(1) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). האמנה המתחרה המבוססת גם היא על אמנת ברן מאמצת גם היא את האמנה, אבל כוללת את הסעיף בדבר זכויות מוסריות. ראו Art. 1(4) WIPO Copyright Treaty (WCT). האמנה צפויה להיכנס לתוקף בקרוב, כאשר 30 מדינות יאשררו אותה.
- 99 לדיון בזכויות המוסריות בדין הישראלי ראו י' ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכות יוצרים" **מחקרי משפט** ז (תשמ"ט) 51.
- 100 ראו בדין הישראלי, סעיף 4א(1) לפקודה.
- 101 הביטוי הזה זועק לניתוח מגדרי של דיני זכויות יוצרים, התפתחותם ויישומם, ניתוח שימתין ליום אחר.
- 102 הפן האחרון איננו מעוגן במפורש בדין הישראלי. בתזכיר הצעת החוק שהפיץ משרד המשפטים הוצע להוסיף את הזכות. ראו תזכיר הצעת חוק זכויות יוצרים (התשנ"ט-1999) סעיף 10(ב).
- 103 ראו סעיף 4א(2) לפקודה. בדין הישראלי התעוררה מחלוקת באשר לפרשנות הסעיף המונה כמה סוגי פגיעה. השאלה הייתה אם התנאי – פגיעה בשם הטוב ובכבוד – חל על כל סוגי הפגיעה או רק על חלקם. לדיון ראו עמדת השופטת שטרסברג-כהן בת"א (ח"י) 977/86 **טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ**, פ"מ תשנ"ב (3) 89, 99.
- 104 Radin מבחינה, בהקשר של משאבים מוחשיים, בין כאלה שהחזקתם מכשירית (fungible) לכאלה שהחזקתם היא אישית (personal). הדוגמה המפורסמת שהיא מביאה היא של טבעת הנישואין: בידי הזוג הנשוי (וכנראה כל עוד הוא נשוי) ערכה של הטבעת גבוהה משווייה המסחרי. זהו "הערך הסנטימנטלי". הטבעת משקפת היבטים אישיים של בני-הזוג. ערכה של אותה טבעת, כאשר היא מצויה בידי הצורך, הוא ערכה המסחרי בלבד. לצורך, הגם שהוא יוצר הטבעת, אין (בדרך כלל) קשר אישי ליצירה, וגם אם יש, הרי כאשר הוא מוכר אותה, הוא מנתק את הקשר הזה.
- 105 הדין איננו משקף בהכרח נקודה אחרונה זאת. במדינות מסוימות תקופת ההגנה על הזכות המוסרית צמודה לתקופת ההגנה על הזכות החומרית, וחורגת אל מעבר לחיי היוצר. במדינות אחרות, הזכות

נוסף על מגבלות פנימיות אלה של ההצדקה ראוי להגבילה בהגבלה חיצונית הנובעת מתפיסתנו הכללית את מושג הקניין. הביקורת הריאליסטית הדגישה כי "קניין" איננו מושג הנוצר באופן טבעי מתוך הקשר שבין אדם למשאב, בין יוצר ליצירתו, אלא מהקשר שבין בני האדם המסכימים ביניהם כי ראוי להכיר בקשר משפטי **ביניהם**, קשר שתוכנו הוא שיוך המשאב לאדם¹⁰⁶. מגבלה נוספת מקורה בתורת הזכויות המקובלת בדין הישראלי, שלפיה זכויות אינן מוחלטות אלא יחסיות, ועל כן יש לאזן אותן עם זכויות אחרות. בהקשר זה, חופש הביטוי של אחרים וזכויות קנייניות של אחרים הם הזכויות האחרות, וגם מכיוון זה ניתן להגיע למסקנה בדבר מוגבלות הזכות המוסרית. בנוסף, הצדקת האישיות מחמיצה פן חשוב של תהליך היצירה, הוא זה שמשתקף ברעיון הקדמה: גם יוצר גאון איננו יוצר יש מאין. הוא נסמך על שפה קיימת, רעיונות ועובדות קודמים, הוא מצטט – בין ציטוט ישיר ובין עקיף – יצירות קודמות¹⁰⁷, ובאופן כללי, יצירתו איננה תלויה בחלל ריק. היא מקבלת את משמעותה – והמשמעות היא בעיני לכו של תהליך היצירה – מתוך ההקשר החברתי-תרבותי שבו היא ממוקמת. האינטואיציה שבהצדקת האישיות באה לידי ביטוי בדימוי היוצר הרומנטי, החביב כל כך על בתי-המשפט¹⁰⁸. אכן, קל ליפול בשבי הדימוי הזה. אלא שדימוי זה, גם אם הוא מספק הסבר מדוע התפתח הדין כפי שהתפתח, איננו מספק הצדקה. בהקשרנו נראה שדרישת המקוריות משקפת במידה רבה את דימוי היוצר הרומנטי: הספרות הרומנטית של המאה התשע-עשרה הדגישה את החדשנות שביצירה¹⁰⁹. היא בזה לחיקוי – דרך יצירה (או, אם תרצו, טכניקת יצירה) שהייתה מקובלת מאוד במאות שקדמו לכך. גם אמני הרנסנס הגדולים קידשו את החיקוי כטכניקת לימוד. הם גם היו הרבה פחות

נצחית. אמנת ברן מתירה למדינות החברות להגביל את תקופת הזכות המוסרית בהתאם לדין שהיה בהן לפני הצטרפותן לאמנה. ראו אמנת ברן (לעיל, הערה 47), סעיף 6bis. מעניין להשוות את יחסו של המשפט לאישיות האדם בהקשר זה לענף משפטי אחר המגן על היבטים מסוימים של האישיות – דיני הפרטיות. האם הזכות לפרטיות משתרעת גם אחרי מות האדם? בארצות-הברית, לפחות, התשובה שלילית. ראו *Cordell v. Detective Publications, Inc.*, 419 F.2d 989, 990 (6th Cir., 1969).

106 M.R. Cohen "Property and Sovereignty" 13 *Cornell L.Q.* 8, 11 (1927).

107 בהקשר זה ראוי לשים לב כי ציטוט איננו מוגבל למדיום הטקסטואלי. גם במוסיקה, ארכיטקטורה ותחומי יצירה אחרים מקובלת פרקטיקה של ציטוט. ראו למשל, Sanjek (*supra*, note 90), at pp. 343-358.

108 ראו (לעיל, הערות 3-7).

109 ראו 30 p. (*supra*, note 6), Jaszzi.

רומנטיים משמקובל לחשוב¹¹⁰. תחת החיקוי קודשה ההשראה, היצירה החדשה, או במילים אחרות – המקוריות. הרוח הרומנטית של דרישת המקוריות באה לידי ביטוי ברטוריקה של פסקי־הדין. אבל זאת רוח מפוכחת, המציבה רק דרישה צנועה מהיוצר. השופט אוליבר ונדל הולמס קבע באחד מפסקי־הדין המרכזיים בזכויות יוצרים כי ליוצר כרות פרסומת לקרקס זכויות ביצירה:

“The copy is the personal reaction of an individual upon nature. Personality always contains something unique. It expresses its singularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man’s alone. That something he may copyright unless there is a restriction in the words of the act”¹¹¹.

זהו שיר הלל לאדם היוצר, אבל כוח היצירה איננו מוגבל ליוצר הגאון. החידוש של פסקי־הדין היה שהכיר בזכויות בפרסומות – אמצעי מסחרי שערכו האמנותי נראה בשעתו נחות. הולמס סירב לבחון את האמנותיות של היצירה הנדונה¹¹². די היה לו בדרישה צנועה של מקוריות, או מה שהפך מאוחר יותר לרכיב היצירתיות. נראה כי הדימוי של היוצר הרומנטי כהסבר לדרישת המקוריות מוגבל. כפי שמציין ג'יימס בויל, הרי דימוי היוצר הרומנטי היה צריך להכתיב הגנה על המקרים הנתפסים בעינינו כגאונים יותר מכול – למשל תורת היחסות של אינשטיין, או באופן כללי, גילויים¹¹³. אלא שהדין דווקא מסרב להגן על אלה. זאת ההבחנה שבין רעיון ועובדה לביטוי. לסיכום, אני סבור שלא ניתן להצדיק ולהסביר את דרישת המקוריות כמקור תוך הפניה להצדקת האישיות¹¹⁴. הצדקת האישיות, כפי שראינו, מוגבלת מתוך עצמה לתחום צר של הדין ולוקה בהתעלמות בעייתית מההקשר החברתי הכולל של המשפט –

110 ראו ליבמן (לעיל, הערה 5). ליבמן מתאר כיצד נהגו אמנים לעבוד במשותף בסדנאות (שם, בעמ' 19), כיצד הקרדיט ניתן לסדנה ולא לאמן (עמ' 22, 73), כיצד לא ניתן משקל למקוריות (עמ' 73), כיצד נהגו האמנים לחקות יצירות אחרות (עמ' 37).

111 ראו *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 250 (1903). כן ראו את הדברים שהובאו מעניין *Feist (supra, note 42)*. פיטר יאזי סבור שהחלטה זאת מגלמת מראשיתה ועד סופה את דימוי היוצר הרומנטי, ומשום כך סירובה להכיר בזכויות של תאגיד ביצירה בנאלית כמו ספר טלפונים רגיל. ראו *Jaszi (supra, note 6)*, at pp. 36-40. הוא מבקר את פסקי־הדין על כך שהוא מחמיץ את התובנה שיאזי מכנה serial collaboration, שהיא למעשה רעיון הקדמה.

ibid., at p. 251 112

Boyle (supra, note 7), at p. 164 113

114 לתשובות חיוביות ראו *Sherwood-Edwards (supra, note 66)*, at p. 94; פסח (לעיל, הערה 33), בעמ' 367.

בקשרים שבין בני האדם. דימוי היוצר הרומנטי עשוי להסביר מדוע התפתחו רבים מכללי המשפט כפי שהתפתחו, אולם הם מספקים תיאור היסטורי/סוציולוגי בלבד, וגם זה הוא תיאור חלקי, ובכל מקרה הוא איננו יכול לשמש גם הצדקה¹¹⁵.

3. מקוריות כהשקעה

(א) מהות הדרישה

כבר מראשית ימיה של דרישת המקוריות היה בה רכיב נוסף, שנספח לדרישת המקור. בעניין Emerson דובר – לצד רכיב המקור – על כישרון, כושר שיפוט ועמל¹¹⁶. השקעת זמן כשלעצמה אינה אמת מידה מספיקה, שכן כפי שציין המשפט האנגלי, יש חשש שמכלל ההן יוסק הלאו: שבהיעדר השקעת זמן לא תוענק הגנה. כלל כזה יחמיץ יצירות של יוצרים מהירי מכחול או עט¹¹⁷. בפסיקה האנגלית דובר על צירופים שונים של עמל (labour), מיומנות (skill), הון (capital), שיפוט (judgment), בחירה (selection) וניסיון (experience), ולעתים באופן כללי דובר על מאמץ (effort)¹¹⁸. נראה שאין עקביות בצירופים שהורכבו מתכונות אלה, אם כי הנפוץ שבהם הוא השקעת עמל ומיומנות¹¹⁹. אקרא לרכיב זה רכיב ההשקעה.

115 ובמונחיו של רונאלד דוורקין – תאוריה פרשנית צריכה לעמוד בשני תנאים מצטברים: האחד, שהיא צריכה לתאר את הפרקטיקה הקיימת (fit). דימוי היוצר הרומנטי עומד בדרישה זאת במידה רבה. התנאי השני הוא שהתאוריה צריכה להיות מוצדקת בפני עצמה (justification), ופרויקט המחברות כושל בכך מהטעמים שצייתי בטקסט. ראו 228 p. (supra, note 81), *Dworkin Law's Empire*.

116 Emerson (supra, note 26), at p. 619.

117 University of London Press (supra, note 41), at p. 609.

118 לסקירה ראו 382-383 pp. (supra, note 48), *Cornish*. מעניין להשוות את עמדות הלורדים השונים בעניין *Ladbroke (Football), Ltd. v. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] All E.R. 465. דובר שם בטפסי הימורים לכדורגל שהוכנו על-ידי התובעת והועתקו על-ידי הנתבעת. טענת ההגנה המרכזית הייתה שהטפסים אינם ראויים להגנה משפטית כלל, בהיעדר מקוריות. הלורד Reid דיבר על כישרון, שיפוט ועמל (ibid., at p. 469); כך גם הלורד Evershed (ibid., at p. 472) אם כי הוא הדגיש כי כך הוא במיוחד כאשר הושקע עמל רב. לעומת זאת הלורד Devlin נקט נוסחה שונה "The requirement of originality means that the product must originate from the author in the sense that it is the result of a substantial degree of skill, industry or experience employed by him" *ibid.*, at p. 478. ההדגשה הוספה.

119 מעניין לשים לב שתכונות אלה אינן עשויות מקשה אחת, שכן בחלקן הן מדידות ואובייקטיביות, למשל עמל והון, ובחלקן הן סובייקטיביות ואינן מדידות. תודתי לדורות מוטעי שהסב את תשומת לבי לנקודה זאת.

(כ) הטעם לדרישה

כמו הטעם לרכיב המקור, גם הטעם לרכיב ההשקעה לא הובהר בפסיקה ובספרות¹²⁰. ייתכן שלידתו בהשפעת אמנת ברן, המדגישה את ההגנה על היוצרים, ולא דווקא את האינטרס הציבורי¹²¹. כפי שראינו, הפסיקה שהביאה לעולם את רכיב המקור כרכה אותו לא אחת ברכיב ההשקעה¹²². כריכה זאת מעלה אפשרות אחת להבנת הטעם לרכיב ההשקעה: הוא משמש מדד לקיומו של רכיב המקור: הרי אדם שהשקיע עמל ומאמץ, אבל גם מתוך ישותו האינטלקטואלית – כישרון, ניסיון, שיקול דעת – בהכרח יצר דבר מה חדש. אך עיון בפסיקה מעלה כי לרכיב ההשקעה הוקצה תפקיד ניכר יותר מאשר להיות סמן לרכיב המקור.

נראה לי כי ההסבר מצוי בתפיסה יסודית אחרת של זכות היוצרים, זאת הנסמכת על "תאוריית העבודה". תפיסה זאת אינה רואה בזכויות היוצרים יציר החוק, המשפט איננו מכונן "יש", אלא מבקש להגן על "יש" שקדם לסדר החברתי. זאת גישת הקניין הטבעי. ההצדקה לקיומו של קניין הקודם לסדר החברתי מצויה אצל הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק¹²³. הטיעון הלוקיאני מתחיל בטענה "שאת הארץ נתן האל לבני-אדם במשותף"¹²⁴, ממשיך בטענה כי "כל אדם הוא בעל קניין ביחס [לאישיותו] לגופו שלו"¹²⁵, "עבודת גופו ועמל כפיו" הם חלק מהקניין האישי הזה¹²⁶, ועובר לקבוע מסקנות מתוך כך: "כל דבר איפוא שהאדם מפקיעו מן המצב שהתקין לו הטבע, הריהו מערב בו את עבודתו ומוסיף עליו משהו משלו, ובאורח זה הופכו לקניינו. בהפקיעו את הדבר ההוא מן המצב הכללי שיעד לו הטבע, הריהו מצרף אליו על-ידי עבודתו זו משהו

120 Cornish מציע שני הסברים הנובעים מטעמים מעשיים, ולא מהצדקות תאורטיות. האחד הוא שרף נמוך לדרישת המקוריות מצמצם את שיקול הדעת הסובייקטיבי של בתי-המשפט, והשני הוא שהגנת ההשקעה, במיוחד זאת התעשייתית, נועד להיות מעין פיצוי להיעדר עיקרון ברור של איסור תחרות לא הוגנת. ראו 385 p. (supra, note 48).

121 ראו אמנת ברן (לעיל, הערה 47): "The countries to which this Convention applies constitute a Union for the protection of the rights of authors in their literary and artistic works". האמנה מפרטת בסעיף 2(1) רשימת יצירות מוגנות אך איננה כוללת דרישה מפורשת למקוריות, ואולם בסעיף 2(3) הנוגע להגנה על תרגומים נקבע שאלה יוגנו "כיצירה מקורית", ובסעיף 2(5) הנוגע ללקטים, נדרש שעריכת הלקט תהיה intellectual creation כדי שהלקט יוגן.

122 ראו למשל Emerson (supra, note 26).

123 ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני (תרגום: יוסף אור, ירושלים, תשנ"ז), בפרק ה. ההפניות שלהלן הן למספרי הסעיפים בחיבורו של לוק.

124 שם, בסעיף 25.

125 שם, בסעיף 27. בנוסח האנגלי מדובר על person ולא על "גוף".

126 שם.

המבטל את זכותם המשותפת של שאר בני-האדם¹²⁷. לוק אמנם דיבר על קניין מוחשי, אבל הטיעון מיושם בדרך כלל על קניין רוחני. כאשר אדם משקיע עמל, כישרון ובאופן כללי מאמץ, ובמיוחד כאשר אלה נובעים מתוך האינטלקט של האדם – ולא דווקא מעבודתו הפיזית, הרי הוא זכאי להגנה על התוצר המתקבל. תפיסה זאת נתונה לביקורת, ובעיניי אין היא עומדת בה¹²⁸. ואפילו עבור אלה הסבורים כי התאוריה שורדת את הביקורת, הרי אצל לוק הופיע מרכיב נוסף אשר אינו זוכה לתשומת הלב הראויה. זהו התנאי להגנה הקניינית: "כאשר כמות מספקת, באיכות לא פחות טובה, נותרה במשותף בשביל אחרים"¹²⁹. הכרה במשמעות התנאי הזה הייתה מקרבת את התפיסה הלוקיאנית עד מאוד לתפיסה הציבורית-הסדרתית של זכויות יוצרים¹³⁰. אולם באופן שבו נתפסת התאוריה בדרך כלל היא לוקה גם בכך שהיא מתמקדת רק בקשר שבין האדם העמל (היוצר) לבין המשאב (היצירה). בדומה לתאוריית האישיות, היא מתעלמת מגורם נוסף: הציבור. כפי שהיטיבו הריאליסטים לומר כאשר לקניין המוחשי, הזכות הקניינית אינה מתמצית בקשר שבין האדם למשאב, אלא נוסדת דווקא במישור היחסים שבין בני אדם¹³¹. בני האדם מסכימים ביניהם, מטעמים כאלה ואחרים, שלאחד מהם יהיה קשר ייחודי אל המשאב, קשר שיזכה להגנה משפטית. בהיעדר ציבור כללי שיכבד את הקשר הזה אין לו קיום עצמאי.

מדברים אלה ברור הקשר שבין רכיב ההשקעה שבדרישת המקוריות לתאוריית העבודה של ג'ון לוק. הדרישה כי תוכח השקעה של עבודה – עמל, מאמץ וכישרון – ביצירה היא ביטוי ישיר לתפיסה הלוקיאנית. אלה הרואים ברכיב ההשקעה רכיב **עצמאי** של דרישת המקוריות מחזיקים בתפיסת העבודה של זכויות יוצרים.

127 ש.ם.

128 לא זה המקום לביקורת מפורטת. בראשי פרקים ניתן לבקר את היסוד הדתי שבהנחת המוצא, את הטענה בדבר אופי הקשר שלנו לגופנו כזכות קניינית (ולא אוטונומיה וחירות, למשל) בדבר ייחוס כוח העבודה באופן בלעדי לאדם העמל (ולא לסביבתו שסיפקה לו כלים ויכולת לעבוד), בדבר מרכיבי המסקנה: מה היחס בין ההשקעה לנחלת הכלל המצדיק הוצאת חומרי גלם מנחלת הכלל? מה היחס בין ההשקעה לבין המוצר המתקבל? ובדבר הנחות סמויות, כמו למשל ההנחה כי נחלת הכלל היא אינסופית במשאביה. היישום לקניין רוחני מקל על הטיעון הלוקיאני בנקודות מסוימות, למשל קל לנו יותר להסכים שתוצר האינטלקט שלנו משקף עבודה שלנו, שהיא חלק מהפרסונה שלנו, אבל מקשה במקומות אחרים. בעיקר, הוא מחמיץ את תובנת רעיון הקדמה, שהידע האנושי נצבר ונוצר תוך שימוש בידע קיים, ולא על-ידי הפקעתו מנחלת הכלל.

129 ש.ם, סעיף 27.

130 W.J. Gordon "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property" 102 *Yale L.J.* 1533 (1993).

131 ראו **לעיל** טקסט להערה 106.

(ג) היקף ההשקעה הנדרשת

עדיין גם לשיטת לוק נדרשת השלמה לתאוריה כדי לנסח מתוכה כלל משפטי. עצם קיומה של דרישה להשקעה אינו מנחה מה היקף ההשקעה הנדרש. בתי-המשפט הבהירו כי ההשקעה הנדרשת מינימלית, ודי בכמות קטנה מאוד של עמל, מאמץ וכישרון כדי לספק את דרישת המקוריות¹³². נדמה לי כי התאוריה הלוקיאנית כשלעצמה אינה מספקת הסבר לדרישה מינימלית כזאת. הרי, כדבריו של רוברט נוזיק, כאשר אני מרוקן פחית מיץ עגבניות ליס, אינני מערבב את עבודתי ביס ורוכש על-ידי כך בעלות ביס. כל שאני עושה הוא להשליך את המיץ¹³³. אם נקבל את הביקורת הזאת, הרי שתאוריית העבודה כשלעצמה איננה מספקת הנחיה באשר להיקף ה"ערכוב" הנדרש. ברור שכדי להכיר בקניין הנובע מעבודה צריך שהיקף העבודה המושקעת דווקא לא יהיה שולי. אחרת תהיה דומה לריקון מיץ העגבניות ליס¹³⁴. כיצד אפוא ניתן להסביר את הדרישה המינימלית להשקעה?

הסבר אפשרי אחד הוא שההסתפקות במינימום של השקעה היא תולדה של המפגש בין ההצדקה הציבורית-הסדרתית לתאוריה הלוקיאנית. אם אנו שבעי רצון שהטוען להיותו היוצר הוא אכן מקור היצירה (רכיב המקור), הרי קל לנו יותר להפחית מעוצמת הדרישה ביחס לרכיב ההשקעה. לפי עמדה זאת, המפגש בין שתי התאוריות יוצר מעין יחס הפוך ביניהן: ככל שרכיב המקור חזק יותר, כך נקל לרכיב ההשקעה, ולהפך. הסבר כזה, גם אם הוא מתאר נכונה את התפתחות הדין כפי שהוא קיים כיום באנגליה, כושל במבחן הביקורת. נקודות המוצא של שתי התאוריות שונות בתכלית ואינן מתיישבות זאת עם זאת: האחת רואה בזכויות היוצרים יציר החוק, והשנייה רואה בזכויות היוצרים עניין הקודם לחוק, אשר נדרש להגן על זכויות שהצדקתן אינה תלויה בו. האחת רואה בזכות תולדה של הסכמה חברתית בין בני האדם. האחרת רואה בזכות תולדה של הקשר שבין היוצר ליצירה, במנותק מבני אדם אחרים. יצירת היחס ההפוך בין רכיבי המקור וההשקעה תובעת מהתאוריה הציבורית-הסדרתית לוותר במקרים מסוימים על רכיב המקור – הדרישה כי הטוען ליצירה הוא המקור. ויתור זה שקול לויתור על ההצדקה כולה.

132 Cornish (*supra*, note 48), at p. 384; Copinger (*supra*, note 48), at pp. 106-107. אבל ראו את עמדת הלורד Devlin שצוטטה (לעיל, בהערה 118), המחייב השקעה משמעותית של עמל.

133 ראו R. Nozick *Anarchy, State and Utopia* 175 (1974). נוזיק מבקר את לוק, אך פורס תורה ליברטריאנית שבמרכזה זכות הקניין.

134 השוו לסעיף 4 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, הדן במצב של "חיבור וערכוב" מיטלטלין כך שאי אפשר לזהותם או להפרידם. החוק שם קובע כי כאשר המיטלטלין שעורכבו הם עיקר וטפל זה ביחס לזה, עוברת הבעלות בטפל לבעל העיקר, כנגד תשלום איוון. ראו סעיף 4(ב) לחוק זה.

ניתן להסביר את היקפה המזערי של הדרישה תוך פנייה לרעיון הקדמה. רעיון הקדמה אינו מצדיק את עצם קיומו של רכיב ההשקעה, אלא דווקא את רכיב המקור, אבל הוא עשוי להסביר מדוע מסתפק רכיב ההשקעה ברף נמוך מאוד. תפיסת התקדמות האנושות כהליך נמשך של צבירת ידע מכתובה כי יש לאפשר ליוצרים חדשים גישה לאבני הבניין הקיימות.

(ד) השקעה בהעתקה?

מהותו ומעמדו של רכיב ההשקעה מתחדדים במצבים שבהם רכיב המקור נותר עמום במקרה הטוב, או שאיננו קיים כלל. האם יכול רכיב ההשקעה לבדו לשאת בנטל דרישת המקוריות? כך, למשל, אין זה פשוט כלל וכלל להעתיק ציור שמן של רמבראנדט. כדי ליצור העתק מושלם, יש צורך בעמל רב ובכישרון ניכר. החרת (engraver) המכין יצירה על בסיס יצירה קיימת, או אפילו צלם המצלם ציור קיים¹³⁵, מלאכתם דורשת מיומנות, כישרון ומאמץ¹³⁶. הצלם נדרש לבחור את זווית הצילום, התאורה, שימוש במכשור וכיוצא בזה¹³⁷. אלא שבמצבים אלה היצירה הנוצרת מבוססת, בהגדרה, על יצירה אחרת. מקור היצירה החדשה – כך נראה במבט ראשון – איננו ביוצר היצירה השנייה. האם די בכישרון ובעמל כדי להעניק למעתיק המוכשר זכות יוצרים בהעתק? מתברר כי לא תמיד ננקטה גישה עקבית בעניין זה. פעמים רבות יושם המבחן בלי כל קשר למהות תהליך היצירה ולתוצאתו, כלומר העמל והכישרון היו דרישה עצמאית ומספיקה. כך בפסק־דין אנגלי בן מאה ויותר שנה, שבו נדרש בית הלורדים להכריע בשאלת זכויותיו של כתב שרשם, בקצרנות, את נאומיו של לורד אחד¹³⁸. הכתב פענח מאוחר יותר את הקצרנות, והדברים פורסמו בטיימס הבריטי. הנתבע פרסם ספר ובו נאומיו של אותו לורד, וכלל בו חמש מהכתבות שפורסמו בטיימס. טענת ההגנה המרכזית הייתה כי הכתב (או העיתון) איננו בעל הזכויות בכתבות, שכן היצירה המופיעה בהן היא של אותו לורד. בית הלורדים דחה את הטענה, תוך שהוא מבחין בין היצירה שבנאום ליצירה

135 או להפך, צייר המצייר על בסיס צילומים. ראו למשל פסק בוררות של הבורר עורך־דין שאול אלוני בבוררות שבין נוח פילברג לגלריה לאמנות ברובע היהודי בע"מ (ניתן ביום 7.11.00). עותק נמצא בידי המחבר). הבורר מצא כי הנתבעים ציירו ציורים של בתי כנסת עתיקים על בסיס צילומים של התובע, וקבע כי מדובר בהעתקה. להתרשמות ישירה, ראו התמונות הנלוות לכתבתו של ב' קרא "אל תקרא לי עותק", מוסף הארץ 62-58 (1.12.00).

136 לדוגמאות אלה ואחרות ראו 112 p. (Copinger (supra, note 48).

137 צילום הוא יצירה המוגנת על־ידי הדין. ראו הגדרת "יצירה אמנותית" בסעיף 35 לחוק, והגדרת "צילום" שם. כן ראו Burrow-Giles Lithographicb (supra, note 59).

138 ראו Walter (supra, note 49).

שבכתבה¹³⁹, ותוך שהוא מדגיש את הכישרון הנדרש מהכתב, שאיננו רק בגדר פקיד הרושם את המוכתב לו. השופטים נקטו פרשנות פורמליסטית וציינו פעמים אחדות כי דרישת המקוריות אינה מופיעה כלל בחוק¹⁴⁰. את פרשנותם מיקדו בשאלה "מיהו המחבר?"¹⁴¹, תוך שהם מנתקים את תפקיד המחבר ממהות היצירה: "But an 'author' may come into existence without producing any original matter of his own"¹⁴¹. במילים אחרות, רכיב ההשקעה אינו תלוי כלל ברכיב המקור, ודי בו כדי לספק את דרישת המקוריות. זהו ביטוי ברור לגישת העבודה הלוקיאנית.

מנגד, ננקטה גישה שונה, ונראה כי היא מייצגת את הדין הנוכחי, אף שהעמדה הקודמת לא נזנחה במפורש. הגישה הזאת משתקפת למשל בפסק-דין של מועצת המלכה (בערעור על פסק-דין של בית-המשפט הגבוה בהונג-קונג) שדן באותן קוביות לגו שגורלן הטריד גם את מנוחת השופטים בירושלים¹⁴². וכך העיר בית-המשפט שם:

"Skill, labour or judgment merely in the process of copying cannot confer originality... [c]opying, per se, however much skill or labour may be devoted to the process, cannot make an original work. A well executed tracing is the result of much labour and skill but remains what it is, a tracing"¹⁴³.

העמדה הנוכחית אינה רואה בהשקעה או בכישרון תנאי מספיק, וקובעת כי אין די בהשקעת עמל גרידא בעת תהליך ההעתקה. כל שנותר לרכיב ההשקעה הוא תפקיד של סמן לקיומו של רכיב המקור. השקעת עמל עשויה לשכנע אותנו שאכן היוצר השני יצר דבר מה משל עצמו. יש כאן הנחה סמויה למחצה. ההנחה היא שבשל טיבו של תהליך היצירה המדובר – והכוונה היא ליצירה השנייה – בהכרח אין מדובר בהעתקה מדויקת. כך כאשר מדובר ביצירת תחרית על סמך ציור. ההנחה היא כי בהכרח נפלו אי-דיוקים, אפילו תזוזת אזמל קלה, ואפילו בלתי רצוניים¹⁴⁴. במילים אחרות, אם אנו עומדים על

139 *ibid.*, at p. 557 (Lord Brampton) כי הלורד המצוטט בכתבות לא טען

לזכויות יוצרים בנאומיו. ראו 547 *ibid.*,

140 (Lord Halsbury) 546, 547, 548 *ibid.*, at p.

141 (Lord Hereford) 554 *ibid.*, at p.

142 *Interlego A.G. v. Tyco Industries Inc.* [1989] A.C. 217 (P.C.)

143 *ibid.*, at pp. 262-263

144 ראו דברים ברורים אצל Copinger (*supra* note 48), § 3-91, at p. 109, ובא-רצות-הברית את דבריו

הקולעים של השופט ג'רום פרנק בעניין *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts Inc.*, 191 F.2d 99, 105 (2d Cir., 1945): "A copyist's bad eyesight or defective musculature, or a shock caused by a clap of thunder, may yield sufficiently distinguishable variations. Having hit upon such a variation unintentionally, the 'author' may adopt it as his and copyright it"

רכיב ההשקעה, ופרשנותנו היא צרה, הרי עלינו להקפיד שהעמל המושקע מופנה כלפי דבר מה שונה מהיצירה המקורית: כדי שיוכרו זכויות בהעתק יש הכרח בשינוי קל כלשהו, הנמדד לא בכמותו אלא בהשפעתו האיכותית. פרשנות צרה זאת עומדת על כך שההשקעה תניב דבר מה (מצומצם ככל שיהיה) שונה מהיצירה הראשונה. ההגנה ניתנת (או מדויק יותר: אמורה להינתן) רק עבור התוספת המקורית הזאת.

4. מקוריות כיצירתיות

בתי־משפט אחדים בארצות־הברית אימצו במשך שנים מספר את רכיב ההשקעה המקובל באנגליה ומצאו שבמצבים שבהם הושקע עמל, או כפי שהדבר כונה שם זיעת אפיים (sweat of the brow), מתמלאת דרישת המקוריות¹⁴⁵. בתי־משפט אלה הסתפקו בקיומה של דרישה זאת ולא טרחו לבדוק לעומק את רכיב המקור. כך למשל לגבי ספרי הטלפון, דוגמת אלה שדובר בהם בעניין Feist. לשיטת בתי־משפט אחדים בעידן המשפטי שלפני Feist, די היה בעמל הרב שהושקע בהכנת היצירה כדי לקבוע שנתקיימה דרישת המקוריות וכי היצירה ראויה להגנת הדין. בעניין Feist קטע בית־המשפט העליון שם הלך רוח זה בדברים ברורים¹⁴⁶. רכיב המקור הוא המרכזי בפסיקה האמריקנית. רכיב ההשקעה אינו מתקיים שם.

אולם בצד קידוש רכיב המקור ותחת מחיקת רכיב ההשקעה כונן בית־המשפט העליון רכיב חדש, שכינה אותו יצירתיות (creativity). יש לציין כי רכיב זה לא נקלט, לפחות לפי שעה, במפורש בדין הישראלי. עם זאת אני רואה חשיבות בדיון הקצר שלהלן, להשלמת התמונה. כך הוגדר הרכיב:

“To be sure, the requisite of creativity is extremely low: even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite

145 ראו למשל את פסק־הדין שנחשב למייצג הגישה הזאת: *Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co.*, 281 F. 83, 88 (2d Cir. 1922) (די בהשקעת עמל בהכנת מדריך סימני מסחר כדי ליהנות מזכויות יוצרים במדריך, הגם שחומרי הגלם אינם מוגנים בזכויות יוצרים). לדיון ביקורתי מהתקופה שלפני Feist, ראו E.M. Saunders, Note “Copyright Protection for Compilations of Fact: Does the Originality Standard Allow Protection on the Basis of Industrious Collection?” 62 *Notre Dame L. Rev.* 763, 770-775 (1987). הכותבת סבורה שבת־המשפט שנקטו גישה זאת שגו בפרשנות דרישת המקוריות. עם זאת, לטעמה, הדרישה היא של מה שכונה כאן “מקוריות כאישיות”, ולא מקוריות כמקור. לביקורת נוספת ראו M.J. Haungs “Copyright of Factual Compilations: Public Policy and the First Amendment” 23 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 347 (1990).

146 ראו *Feist (supra, note 42)*.

easily as they possess some creative spark, 'no matter how crude, humble or obvious' it might be"¹⁴⁷.

שוב, בית-המשפט לא הסביר את מקור הדרישה¹⁴⁸. ייתכן שהיא נעוצה בתחושה, כפי שהיטיב לבטא בנג'מין קפלן: "[t]o make the copyright turnstile revolve, the author should have to deposit more than a penny in the box..."¹⁴⁹. נוכח הסלידה המוצהרת של המשפט האמריקני מתאוריית העבודה, לפחות בהקשר הזה¹⁵⁰, והעדפתו המוצהרת והברורה את תאוריית התמריץ, נראה לי כי אין לזהות את רכיב היצירתיות עם רכיב ההשקעה. את ההסבר לרכיב זה יש לאתר במקום אחר. הסבר אחד ראינו לעיל. זאת הטענה שדימוי היוצר הרומנטי מחלחל לתוך תפיסתנו המשפטית את תהליך היצירה. משום כך אנו רואים ביצירה תהליך שכוון בו ניצוץ, הברקה. נהוג לייחס לתומאס אלווה אדיסון את האמירה ש"גאונות היא אחוז אחד של השראה ותשעים ותשעה אחוזים של זיעה"¹⁵¹. אולי רכיב היצירתיות משקף את אותו אחוז בודד של השראה. תיאור זה עשוי להסביר מדוע לא מצא בית-המשפט בעניין Feist את היצירתיות הדרושה: דובר שם בהשקעה תעשייתית, ולא בהשקעה של אדם בעל תבונה, מחשבה וחזון¹⁵². דובר שם בעריכת עובדות נעדרת כל שאר רוח. סידור אלף-

- 147 *Feist (ibid, at p. 345)* (internal quotes omitted) היישום באותו עניין קבע כי ספר הטלפונים שנערך על-פי סדר הא"ב הוא טריוויאלי ואין בו היצירתיות (או המקוריות במובן מקור) הדרושה. בהגדרה הזאת אין הנחיה ברורה, ופסק-הדין בוקר על שום כך. ראו T.L. Meade, Note "Ex-post Applications of a Landmark Copyright Decision" *2 J. of IP L.* 245, 262 (1994).
- 148 לניסיון לברר את מהות רכיב היצירתיות (אך ללא מסקנות של ממש) ראו H.B. Abrams "Originality and Creativity in Copyright Law" *55 L. & Contemp. Prob's* 3 (1992).
- 149 Kaplan (*supra*, note 4), at p. 46.
- 150 השפעתו של לוק על האבות המייסדים של ארצות-הברית רבה וידועה, אולם היא אינה משתרעת על הצדקת זכויות היוצרים. לסלידה האמריקנית מתאוריית ההשקעה ראו עניין Feist.
- 151 "Genius is 1 percent inspiration and 99 percent perspiration". ראו למשל <http://www.energy.ca.gov/education/scientists/edison.html> (visited May 14, 2001).
- 152 ובמונחי הניתוח הספרותי: בהיעדר יוצר, אין יצירה. אפשר גם לומר שבית-המשפט ראה לפניו טקסט, אך לא מצא בו כל משמעות. ספר טלפונים סטנדרטי הוא פונקציונלי, ואכן קשה לראות בו יצירה הטומנת בחובה משמעות. האם אפשר לקרוא ספר טלפונים? מוסף הספרים של עיתון "הארץ" הציע לפני שנים אחדות, ללא כל הסבר, ביקורת של מדריך הטלפון. ראו ע' זיידמן "ספר המספרים החזק", **הארץ** (9.4.97), מוסף ספרים, עמ' 16. זיידמן כותבת: "הספר הזה הוא מסמך אנושי אותנטי ודמוקרטי, הספר השני הנפוץ ביותר בעולם אחרי התנ"ך, ויותר מעורכן ממנו. בכל זאת אי אפשר להתעלם מהעובדה שהפופולריות הרבה שלו נובעת במידה רבה מכך שהוא פונה אל המכנה המשותף הנמוך ביותר. סגנון הכתיבה לא יצירתי במיוחד, ועם זאת כל שורה מחדשת משהו.

ביתי הוא אכן טריוויאלי לספרי טלפונים¹⁵³. אלא שראינו שדימוי היוצר הרומנטי אינו נקי מקשיים, ויותר מכך, הוא ניסיון לתיאור של המצוי (המשפטי) ואינו תאוריה שיש בה הנחיה נורמטיבית לפעולה.

לטעמי, ניתן למצוא את ההסבר לרכיב היצירתיות ביסוד אחר של דיני זכויות יוצרים, שנזכר קודם לכן בקצרה. מדובר בהבחנה היסודית בין רעיון לביטוי, ובציווי המשפטי שרק ביטויים של רעיונות מוגן, ואילו רעיונות צריכים להישאר חפים מבעלות¹⁵⁴. ההבחנה אינה תמיד פשוטה. לעתים קו הגבול שבין רעיון לביטוי של הרעיון מטושטש. מהו למשל הרעיון של לחץ מוסיקלי ומהו ביטוי הספציפי? מהו הרעיון בתוכנת מחשב, להבדיל מביטוי? לעתים מתמזגים הרעיון והביטוי, כך שיש רק דרך אחת לבטא רעיון מסוים. במקרים כאלה, של מיזוג (merger), אין בתי-המשפט מגנים על היצירה, וזאת כדי לוודא שהרעיונות נותרים חופשיים לשימוש הכלל¹⁵⁵. כאשר אנו דורשים שיוצר יפגין יצירתיות, ולו גם מועטה, אנו מוודאים כי היצירה איננה רעיון בלבד, וכי יש בה ביטוי כלשהו. כלומר, רכיב היצירתיות מספק אמצעי נוסף להבטיח כי לא תינתן הגנה על רעיונות, אלא רק על ביטויים. זהו תפקיד מצומצם, שהרי ההפרדה בין רעיון לביטוי היא דוקטרינה עצמאית, אולם מדובר בהבחנה כה יסודית, ולעתים קשה ליישום, שאין פגם בכך שהדין מספק אמצעי בקרה נוספים להשגתה¹⁵⁶. ניבה אלקין-קורן סבורה שסדרו הראוי של הדיון האנליטי בשאלת קיומה של זכות יוצרים במקרים הקשים מעין אלה הוא להתחיל ביישום הדיכוטומיה רעיון/ביטוי ולהפריד בין היסודות המוגנים לאלה שאינם ראויים להגנה¹⁵⁷. רק לאחר מכן יש לפנות

מתאים לקריאה לפני השינה". השעשוע האינטלקטואלי הזה עשוי לגלם לקח חשוב לפענוח תהליך היצירה במסגרת התפיסה התרבותית שאותה אני מציע כאן.

153 אם כי כמובן יעיל: ספר טלפונים שיסודר לפי גובהם של האנשים המוזכרים בו, הגם שאין ספק שרכיב היצירתיות יתקיים בו, לא יהיה נוח במיוחד לשימוש, ואני מתקשה לראות תמריץ כלכלי לייצורו.

154 ראו (לעיל, הערות 82-83) וטקסט להערות.

155 לדוקטרינת המיזוג ראו §13.03[B][3] *Nimmer on Copyright (supra, note 43)*.

156 אפשר למצוא בדיני זכויות יוצרים אמצעי נוסף שתפקידו לוודא את יישומה הנכון של ההבחנה. אחד השיקולים שעל בתי-משפט לשקול במסגרת הגנת השימוש ההוגן – בארצות-הברית מכוח סעיף 107 לחוק זכויות היוצרים, ובישראל מכוח קליטת הדוקטרינה האמריקנית בעניין גבע – הוא טיב היצירה המוגנת ("the nature of the copyrighted work" – 17 U.S.C. § 107(2)). משמעות השיקול היא שככל שיצירות נוטות לכיוון של יצירות עשירות, דוגמת ספרות יפה, הרי השיקול פועל לטובת בעלי הזכויות ביצירה המקורית וכנגד המשתמש. שיקול זה, בניסוחו הזה, משכתב את ההפרדה בין רעיון לביטוי.

157 ראו N. Elkin-Koren "Of Scientific Claims and Proprietary Rights: Lessons from the Dead" *Sea Scrolls Case* 38 *Houston L. Rev.* 101 (2001), at pp. 104-108.

ולחיל את דרישת המקוריות (כאשר פרשנותה שמה דגש על רכיב המקור)¹⁵⁸. מכאן ביקורתה על פסק־הדין בעניין המגילות הגנוזות (עניין קימרון): אלקין־קורן טוענת שבית־המשפט טעה בכך שהחיל את דרישת המקוריות על רעיונות, ולא רק על ביטויים¹⁵⁹. לטעמי, אם אנו מתעקשים על הכללתו של רכיב היצירתיות במסגרת שאלת המקוריות ומבינים רכיב זה בדרך שהצעתי זה עתה, אין משמעות לסדר הדיון: ניתן להתחיל בבדיקת דרישת המקוריות, כאשר רכיב היצירתיות מפנה אותנו לדיכוטומיה¹⁶⁰. בדומה לרכיב ההשקעה, גם רכיב היצירתיות הוא רף נמוך שקל לעבורו. ההסבר להיותו של הרף נמוך דומה להסבר שצוין באשר לרף הנמוך של רכיב ההשקעה: הרצון להבטיח גישה ליוצרים שלעתיד לבוא ולהבטיח שיוכלו להשתמש באבני הבניין כדי להעצים עוד את הידע האנושי.

5. היחס שבין הרכיבים

הדיון ברכיבים השונים של דרישת המקוריות מעלה שייתכנו צירופים שונים שלהם (מקור והשקעה, או מקור ויצירתיות)¹⁶¹ המשקפים הן את ההבנה של דרישת המקוריות והן את ההצדקה הכללית של זכויות היוצרים. הניסיון לאתר את הבסיס העיוני של דרישת המקוריות על רכיביה מעלה שלא כל צירוף עומד במבחן הביקורת. ניתן לסכם את הצירופים השונים האפשריים בין שלושת הרכיבים על רקע ההצדקה הכללית לדיני זכויות יוצרים בטבלה להלן. הספרה 1 מציינת את קיומו של הרכיב, את התאמתו להצדקה הנזכרת, ואת התוצאה: האם תוענק הגנה. הספרה 0 מציינת את אי־ההתאמה לכל אחד מאלה. בנוסף, בעמודה הימנית הגדרתי דמות אופיינית למצב המתואר בשורות המתאימות.

ibid, at 105-106 158

ibid, at 105-108 159

160 לטעמי, הפגם המרכזי שנפל בפסק־הדין הוא בכך שנבדק שם רכיב ההשקעה, בניגוד להצדקה הרווחת בישראל לזכויות יוצרים, ושנית, בהתעלמות בפועל מרכיב המקור. נראה שהסיבה לטעויות מצטברות אלה היא שבית־המשפט נפל בשבי דימוי היוצר הרומנטי. אשוב לכך בחלק הבא.

161 לסקירת הצירופים השונים האפשריים ראו עניין אינטרלגו (לעיל, הערה 16), בעמ' 168-170 תיאורו של הנשיא שמגר את פסק־הדין בעניין Feist (שם, בעמ' 169) מדגיש את רכיב היצירתיות, אך משום מה מתעלם מרכיב המקור. חוששני שזאת הצגה חלקית של פסק־הדין האמריקני. אין בסיס בפסיקה או בהיגיון לצרף את רכיבי ההשקעה והיצירתיות ולהתעלם לחלוטין מרכיב המקור.

הצדקת זכויות יוצרים		מקוריות		
התאוריה הציבורית-הסדרתית	תאוריית ההשקעה	השקעה	מקור	
1	1	1	1	א. עמוס עוז
0	0	0	0	ב. משתמש נאפסטר
1	1	0	1	ג. הקריקטוריסט זאב
ד1. אם מתברר רכיב המקור: מצב (א) או (ה)		1	לא ברור	ד. סטודנטית לציור
ד3. ניתן לראות ברכיב ההשקעה אינדיקציה רק לאחר שנשלל מצב (ה)	ד2. ניתן לראות ברכיב ההשקעה אינדיקציה, בכל מקרה, לרכיב המקור, ולכן: 1			
ה3. 0	ה1. אם הרכיבים חלופיים: 1 ה2. אם הרכיבים מצטברים: 0	1	0	ה. חברת טלפונים

א. המצב הראשון קל: כאשר אין ספק שמקור היצירה ביוצר ואין ספק שהושקעו עמל, כישרון ושיקול דעת, הרי שגם הגישה האנגלית וגם האמריקנית (וגם הישראלית) יקבעו ללא היסוס שהיצירה ראויה להגנה. יצירתו של הסופר עמוס עוז משמשת פרדיגמה למצב זה. אין זה משנה מה היחס שבין רכיב המקור לרכיב ההשקעה.

ב. גם המצב השני קל. כאשר ברור כי היצירה מועתקת וכי לא הושקעו ביצירתה עמל, כישרון, שיקול דעת וכיוצא באלה, אין מקום להגנה. כך למשל העתקה דיגיטלית: היצירה הנוצרת אין מקורה במעתיק, ואין ביצירתה (כלומר, בהעתקה) עמל, כישרון או שיקול דעת. כך למשל משתמשי נאפסטר, המורידים שיר מ"חבר": ברור כי הם אינם יוצרי הקובץ הדיגיטלי¹⁶². גם כאן אין זה משנה מה היחס שבין שני הרכיבים.

162 מובן ששאלה אחרת היא אם הם ראויים להגנה מכוח הגנת השימוש ההוגן או השימוש הביתי. בשלב זה תשובת בתי-המשפט בארצות-הברית היא בשלילה. ראו *A&M Records, Inc. v. Napster*, *Inc.* 239 F. 3d 1004 (9th Cir., 2001).

ג. במקרה שבו ברור כי היוצר (או ביתר דיוק, הטוען להיותו היוצר) הוא מקור היצירה, אך לא הושקע עמל נראה לעין, הרי שתשובת הדין האמריקני הנסמך על ההצדקה הציבורית-הסדרתית של זכויות יוצרים היא בחיוב, ותוענק הגנה ליוצר. הקריקטוריסט זאב משמש כפרדיגמה למצב זה: הוא מצייר בכישרון רב, ובמהירות רבה. תשובת הדין האנגלי תתפצל לשני מצבים אפשריים: (1) אם המקור הוא ביוצר, הדבר מהווה אינדיקציה ברורה לכך שהושקע עמל, ולו גם מינימלי. לכן מצב ג איננו מתקיים, והוא למעשה מצב (א) (עמוס עוז). (2) אם נראה ברכיב ההשקעה רכיב נפרד, ונדרוש את קיומם של שני הרכיבים במצטבר, אנו עשויים להגיע למצבים אבסורדיים, שבהם יוצרים גאונים המשרבטים יצירת מופת בשניות (זאב) וללא השקעת עמל נראית לעין לא ייהנו מהגנה¹⁶³. לכן נראה שמצב כזה הוא כמעט תאורטי, ותוענק הגנה לפי שתי התאוריות.

ד. במקרה הרביעי מדובר במי שהשקיעו עמל וכישרון בהעתקה של יצירה של אחר (או ביצירה על סמך יצירה קיימת). לכן רכיב המקור עמום, אולם ברור שהושקעו עמל וכישרון. למשל, סטודנטית לציור המבקשת לתרגל את מיומנותיה ומעתיקה ציור מורכב של רמבראנדט. מצב זה מחדד את היחס שבין ההצדקות השונות של זכויות יוצרים. ככל שנצליח לברר אם הסטודנטית היא אכן מקור היצירה במובן רכיב המקור (מצב ד1), נגיע למצב (א) (עמוס עוז), שבו אין מחלוקת בין הגישות, או למצב (ה) (חברת טלפונים), שיידון בסמוך.

הקושי מתעורר כאשר אין לנו כלים לבחון זאת. הגישה האמריקנית שונה מזאת האנגלית, ובזאת האחרונה ישנם גוונים שונים. השוני בין תאוריית ההשקעה לתאוריה הציבורית-הסדרתית בעניין זה מגולם בשאלה אם רכיב ההשקעה יכול להיות חלופי לרכיב המקור, כלומר: האם הוא תנאי מספיק לקיומה של מקוריות. לטעמי, התשובה שלילית. חלופיות מעין זאת משקפת הצדקות תאורטיות שאינן מתיישבות זו עם זו. אמנם ייתכן שהתאוריות השונות עשויות להגיע במקרים רבים לתוצאה דומה, אולם מיזוג זה בתוצאה אינו פוטר מבחירה מושכלת ומנומקת בתאוריה המנחה כדי שנדע לפעול גם במקרים הקשים. רכיב המקור משקף תפיסה אינסטרומנטלית של זכויות יוצרים ורואה בהן יציר הדין שנועד להשגת מטרה כלל-חברתית, כאשר תוכנה של זאת ניזון מתפיסתנו את מרכזיות הידע האנושי בחברה הדמוקרטית¹⁶⁴. רכיב ההשקעה משקף תפיסה לוקיאנית של זכויות יוצרים ורואה בהן זכות הקודמת לחברה ולמשפט,

163 בעניין *University of London Press* הועלתה אפשרות כזאת במפורש, ונדחתה על הסף. ראו *(supra, note 41)*, at p. 609.

164 כאמור, גם אם ניתן להסביר את ההתפתחות ההיסטורית של הדרישה כהשפעה של תאוריית אישיות או נראטיב היוצר הרומנטי, הרי אין זה אלא הסבר ותיאור, ולא הצדקה.

כאשר תפקידן של אלה הוא להגן על הזכות הקיימת מכבר. משום כך מסקנה (ד) המשקפת את התפיסה האנגלית הישנה¹⁶⁵, שגויה.

אין פירוש הדבר כי רכיב ההשקעה איננו יכול לשמש סמן לקיומו של רכיב המקור. הגישה האנגלית העכשווית מקבלת שהשקעה עשויה להעיד על קיומו של יסוד מקורי כלשהו. לפי גישה זאת, הרכיבים שלובים זה בזה, ורכיב ההשקעה אינו אלא מבחן עזר לברור רכיב המקור. זאת הפרשנות הצרה של רכיב ההשקעה שנתקבלה בעניין *Interlego* האנגלי¹⁶⁶. אלא שראיית ההשקעה כאינדיקציה לרכיב המקור אינה פיקציה משפטית המופעלת בכל מקרה. היא נועדה לסייע להבחין בתרומה המקורית של היוצר השני, ותו לא.

הגישה האמריקנית נוקשה עוד יותר (מצב ד)3). היא תיארת להפעיל את הלך הרוח הזה, שלפיו השקעה מעידה על התממשותו של רכיב המקור רק לאחר שתוודא כי אין מדובר במצב (ה), שבו ברור כי לא התקיים רכיב המקור כלל. כל גמישות בנקודה זאת משמעותה הוא ויתור על ההצדקה הציבורית-הסדרתית¹⁶⁷.

ה. כאשר ברור כי הטוען לזכויות איננו מקור היצירה, אולם עם זאת הושקע עמל (ובדרך כלל כסף) רב בהכנת היצירה, הרי שהדין האמריקני יסרב להעניק הגנה (מצב ה)3). זהו המצב של ספרי הטלפונים הערוכים בצורה טריוויאלית, דוגמת זה שנדון בעניין Feist. (האנגלי) רואה ברכיב ההשקעה רכיב נפרד מרכיב המקור, וחלופי לו, ייאות להגן על היצירה (מצב ה)1), ואם הדרישות נתפסות כמצטברות, תפיסה שהיא שגויה בעיניי מחמת היעדר קוהרנטיות תאורטית, יסרב הדין האנגלי העכשווי להגן על היצירה (מצב ה)2).

ומה כאשר לצירוף של רכיבי המקור והיצירתיות? זהו הצירוף המקובל בדין האמריקני¹⁶⁸. בדומה ליחס שבין רכיב ההשקעה לרכיב המקור, גם כאן אין הצדקה לראות ברכיב היצירתיות תחליף לרכיב המקור. זהו גם איננו הניסוח בדין האמריקני. גם כאן עשוי רכיב היצירתיות להיות אינדיקציה לקיומו של רכיב המקור, בדומה לאפשרות (האנגלית בעיקרה) שרכיב ההשקעה ישמש סמן לרכיב המקור. אולם גם כאן יש להיזהר שהרכיב הראשון לא ייהפך תחליף לראשון. ובדומה, הסברו של רכיב המקור כתוצר של השפעת תאוריית האישיות ונארטיב היוצר הרומנטי הוא הסבר בלבד, ולא הצדקה. ככל

165 ראו (Walter (supra, note 49).

166 ראו (לעיל, הערה 142).

167 אקדים ואומר כי זהו הפגם בעניין **קימרון**: בית-המשפט לא טרח כלל להתעמק בשאלת רכיב המקור, וככל הנראה ראה ברכיב ההשקעה אינדיקציה לקיומו של רכיב המקור. מסקנה כזאת שגויה, שכן ברור עומק בדבר טיב תהליך הפענוח היה מעלה שהמפענח איננו יכול להיות מקור היצירה. כלומר, בית-המשפט לא התעכב על אפשרות ד1 ועבר ישר למצב ד2 תוך שהוא מתעלם ממצב ד3.

168 ראו (Feist (supra, note 42).

שהצדקת רכיב היצירתיות מצויה בדוקטרינת הרעיון/ביטוי, אין כל סתירה בין רכיב זה לרכיב המקור. שניהם מהווים יישום של הצדקה ציבורית-הסדרתית של דיני זכויות היוצרים, כאשר נוצק לתוכן גם תוכן ערכי¹⁶⁹.

ההבדלים בפרשנות דרישת המקוריות מתנקזים אפוא למצבים (1ד) מול (2ד) ו-(ה). כעת, משהצטיידנו בהבחנות אלה לגבי רכיבי הדרישה, הטעמים להם, היחס שביניהם, והקשר של כל אלה להצדקה הבסיסית של זכויות היוצרים, ניתן לפנות לבדיקת הדין הישראלי: הן במישור הרטוריקה השיפוטית והן במישור הפרקטיקה השיפוטית, ככל שזאת נפרדה מהרטוריקה.

ג. מקוריות בדין הישראלי: מקוביות לגו למגילות הגנוזות

דרישת המקוריות היא אחד האמצעים המרכזיים שדרכם משתקפת ההצדקה שאותה אנו מחזיקים באשר לזכויות היוצרים. זה היה הציר המרכזי של הדיון עד כה. פירוט הדרישה לרכיביה תוך עמידה על הקשר שבינם לבין התאוריות השונות הביא למסקנה כי ההצדקה הציבורית-הסדרתית מנחה אותנו להדגיש את רכיב המקור ולהוציא אל מחוץ לשיקולים את רכיב ההשקעה. את רכיב המקור ניתן, אך אין בכך משום ציווי תאורטי, לעבות ברכיב היצירתיות. ההצדקה המבוססת על תאוריית העבודה מנחה אותנו להדגיש את רכיב ההשקעה ורואה בו רכיב עצמאי – בין נצבר ובין חלופי – לרכיב המקור. כעת מן הראוי לפנות לדין הישראלי. הבדיקה שלהלן נועדה לברר כיצד (ועד כמה) פורטה דרישת המקוריות בדין הישראלי, ועד כמה פירוט זה תואם את ההצדקה העקרונית. אלא, שבדיקה כזאת אינה פשוטה בנסיבות שבהן התפתחו דיני זכויות היוצרים בישראל. מקור הדין – והחקיקה המרכזית – היה ועודנו החוק האנגלי משנת 1911. במולדת החוק נערכו במהלך תשעים השנים שחלפו מאז עדכונים ושינויים מהותיים. הדין הישראלי הסתפק בתיקונים אד-הוק¹⁷⁰. בינתיים, התגברה השפעת הדין האמריקני על הדין הישראלי. את הסיבות להשפעה זאת ניתן למצוא בשינויים כלליים במשפט

169 נימר סבור שרכיב היצירתיות כלול ממילא בתוך רכיב המקור, ומשום כך השאלה כיצד אנחנו מתייחסים לרכיב היא סמנטית בלבד. היצירתיות, בעיניו היא בסך הכול אינדיקציה למקוריות במובן רכיב המקור. ראו §2.01[B] (supra, note 43), *Nimmer on Copyright*.

170 הפקודה משמשת הנשא העיקרי לתיקונים כאלה. לפני שנים ספורות הפיץ משרד המשפטים תזכיר הצעת חוק זכויות יוצרים, תשנ"ט 1999-, אלא שההצעה לא הובאה עד כה לכנסת. תחת זאת נראה שמגמת החקיקה בטלאים נמשכת. לאחרונה הופצו כמה תזכירי חוק על-ידי משרד המשפטים. ראו למשל תזכיר חוק לתיקון דיני זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים) (תשס"א 2000-); תזכיר חוק זכויות יוצרים (תיקוני חקיקה) (אחריות פלילית), תשס"א 2001-.

הישראל¹⁷¹, אך גם בכך שדיני זכויות היוצרים האמריקניים נוטים לכיוון של סטנדרטים, ופחות לכיוון של כללים¹⁷².

בין מסיבות אלה ובין משום שדיני זכויות יוצרים לא נהנו מתשומת לב שיפוטית רבה במיוחד¹⁷³, ובין משום אי־בהירות תאורטית, לא הכריז הדין הישראלי על ההצדקה שבה הוא מחזיק באשר לזכויות יוצרים. ניתן למצוא בפסיקה הערות לכאן ולשם, ולעתים נזכרות הצדקות אחדות במרומז כאשר הן כרוכות אלה באלה. משום כך הניסיון לברר את מהות דרישת המקוריות בדין הישראלי נע הלוך ושוב בין חילוץ ההצדקה הכללית המקובלת כאן לבין חילוץ רכיבי הדרישה.

למרות קשיים אלה נראה לי כי ניתן לומר שבשנים האחרונות התגבשה מגמה ברורה, ולפיה ההצדקה המקובלת לזכויות היוצרים בישראל היא הציבורית־הסדרתית, ברוח האמריקנית. עם זאת דרישת המקוריות לא תמיד נותרה נאמנה לציווי הנובע מהצדקה כזאת. הדבר בולט במיוחד בפסק־הדין בעניין המגילות הגנוזות.

הדיון בפרק זה יפתח באיתור ההצדקה הכללית לזכויות יוצרים. אין מדובר בניסיון לסקירה היסטורית או לעימות תאורטי עם ההצדקות השונות, אלא בניסיון להציג את תמונת המצב התאורטית נכון לרגע זה. לאחר מכן אנסה לאתר את פרשנותה של דרישת המקוריות. הדיון יתמקד בכמה פסקי־דין בולטים של בית־המשפט העליון שנגעו בשאלת המקוריות לאורך השנים: פסיקה שנגעה בקוביות לגו, לוחות לחישוב מס, שלטי פרסומת גלגלדה – ועד למגילות הגנוזות. חלקו האחרון של פרק זה יוקדש לפסק־הדין בעניין המגילות הגנוזות, שכן הוא מעלה שאלות מרתקות, ולמצער, הוא עשוי לבשר על שינוי שאיננו מוסבר ואיננו ראוי הן בהצדקה הכללית והן בפרשנות דרישת המקוריות.

1. ההצדקה המקובלת בישראל לזכויות יוצרים

המקור ההיסטורי של דיני זכויות היוצרים בישראל הוא הדין האנגלי, ואך טבעי שהתפיסה האנגלית באשר לדין זה חלחלה לתפיסה הישראלית. ביסודה, זאת תפיסה אינסטרומנטלית של זכויות היוצרים, הרואה בהן אמצעי להשגת מטרה, קרי ההצדקה הציבורית־הסדרתית. הצדקה זאת זכתה לחיזוק מן הצד האמריקני, אשר נמצא בדיאלוג

171 למשל, התופעה של האקטיביזם השיפוטי והתגברות התפיסה הליברלית. ראו מ' מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תשנ"ג), או בהצטמצמות הזיקה בין הדין הישראלי לאנגלי בכלל. ראו י' שחר, ר' חריס, מ' גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית־המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז (תשנ"ו) 119, 152, 159-157.

172 הדבר בולט במיוחד בדוקטרינת השימוש ההוגן. ראו **(לעיל, הערה 25)**.

173 הדבר נובע בין היתר מכך שמרבית ההתדיינות בנושא זכויות יוצרים מסתיימות לאחר שלב ההחלטה בסעד הזמני, בערכאה הראשונה. במקרים רבים הצדדים מתפשרים באותו שלב.

מתמיד וממושך עם הדין האנגלי¹⁷⁴. אבל בדין האנגלי עצמו נשמעו קולות שונים לצד ההצדקה העיקרית. הכוונה היא להשפעה של תאוריית העבודה הלוקיאנית, אשר באה לידי ביטוי בין היתר בהבנת דרישת המקוריות לא רק כמקור, אלא גם כהשקעה. עמדתי קודם לכן על אי-ההתאמה שבין התפיסה הזאת לבין התפיסה הציבורית-הסדרתית, אולם נראה שבת-המשפט האנגליים מתייחסים להצדקה זאת כאל הסבר נספח להסבר העיקרי. פסק-דינה של מועצת המלכה בעניין *Interlego* מבהיר כי תפיסת ההשקעה היא אינדיקציה, לכל היותר, לתפיסה הסדרתית¹⁷⁵.

אלא שהדין הישראלי היה נתון גם להשפעות אחרות, המשקפות תפיסה קונטיננטלית. מקור אחד להשפעה זאת הוא באמנת ברן, שרוחה מדגיש את היוצר יותר מאשר את הציבור, ומצויה בה דרישה לזכויות מוסריות¹⁷⁶. ישראל קדמה לאנגליה בהוספת זכויות מוסריות לדין המקומי¹⁷⁷. התוצאה היא כי הדין הישראלי נעדר בחירה מפורשת בהצדקה, ומצויות בו אמירות לכאן ולכאן. השטטנז התאורטי הזה הוא תוצר של החקיקה האקלקטית יותר מאשר תוצר של פסיקה שאיננה עקבית, אולם אין בכך להכשיר את הפגם התאורטי שיש בו.

בשנת 1994 התווה בית-המשפט העליון בבהירות את בחירתו העקרונית. בפסק-דין מקיף, בעניין **אינטרלגו**, בחר הנשיא דאז שמגר בהצדקה הציבורית-הסדרתית. דובר שם בקוביות דופלו, שהן קוביות לגו מוגדלות. השאלה המשפטית שהתעוררה שם היא האם הקוביות ראויות להגנה של דיני זכויות יוצרים נוכח העובדה שסיווגן הטבעי נראה דווקא כמדגם. הקוביות אכן נהנו מהגנת מדגם באנגליה, אולם בחלוף תקופת ההגנה (הקצרה יחסית) ביקשה חברת אינטרלגו ליהנות מהגנת זכויות היוצרים (הממושכת יותר). החוק קובע כי ההגנות של מדגם וזכויות יוצרים חלופיות ומוציאות האחת את רעותה¹⁷⁸. שאלה זאת מעוררת את היקף ההגנה הראוי ליצירות פונקציונליות, ולשם כך נדרש שמגר ליסודותיהם של דיני זכויות יוצרים. בפתח הדיון סיכם את מטרתו של ענף זה:

174 ראו B. Ringer "Two Hundred Years of American Copyright Law" in *200 Years of English* (Chicago, 1977) & *American Patent, Trademark & Copyright Law* 117, 125 (השפעת חוק

אן על התפתחות דיני זכויות היוצרים בארצות הברית), והערה 26, **לעיל**.

175 ראו **(לעיל, הערה 142)**.

176 ראו **(לעיל, הערה 98)**.

177 החוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (תיקון מס' 4), תשמ"א 1981-.

178 ראו סעיף 22 לחוק. השופט דורנר סברה כי אינטרלגו מנועה מלטעון בישראל טענות הפוכות מאלה שטענה להן באנגליה באשר לדין הראוי להגן על זכויותיה – שם, בעמ' 193-201.

- (1) דיני זכויות יוצרים הם דינים שנועדו ליצור תמריץ לייצורם של טובין ציבוריים, קרי: טובין אשר כוחות השוק כשלעצמם אינם נותנים תמריץ מספיק ליצירתם.
- (2) הטובין הציבוריים שאת יצירתם שואפים דיני זכויות יוצרים לקדם הם גיוון עולם הביטויים (expressions) והעשרתו.
- (3) בנוסף לכך שואפים דיני זכויות יוצרים ליצור איזון בין העידוד שמקנה מתן זכות היוצרים ליוצר העכשווי לבין המגבלה שזו תטיל על יצירת ביטויים מקוריים בעתיד¹⁷⁹.

זהו ניסוח מובהק של ההצדקה הציבורית-הסדרתית המשלבת את הנחות היסוד של הניתוח הכלכלי עם תפיסה ערכית. הניתוח הכלכלי (1) יוצא מתוך נקודת המוצא כי יצירות רוחניות הן טובין ציבוריים, כלומר כאלה שאי אפשר למנוע את השימוש בהם (nonexcludable), וכי הנאת האחד אינה מפחיתה את הנאת האחר (nonrivalrous)¹⁸⁰. משום כך צפוי כשל שוק בייצורם של מוצרים כאלה: כל משתמש פוטנציאלי ימתין שאחר ייצר את המוצר כדי "לתפוס טרמפ". וכאשר יהיה מי שיסתכן בכל זאת, תועתק יצירתו במהרה, והתמריץ שלו ליצור עוד יפגע. הפתרון הוא למנוע את כשל השוק, וזכויות היוצרים משיגות מטרה זאת בדיוק. הן מקימות "גדר משפטית" סביב הזכות ובכך מאפשרות להרחיק מהיצירה את מי שאיננו מתקשר עם בעל הזכות ולמנוע את התופעה של תפיסת טרמפ. ברוזמנית, הזכויות מהוות תמריץ ליוצרים ליצור את היצירות האלה על אף מאפייניהן כטובין ציבוריים. שמגר אינו מסתפק בניתוח הכלכלי ומצרף אליו את היסוד הערכי – זה המניע את הניתוח הכלכלי מלכתחילה (2). למעשה, הוא משיב על השאלה מדוע בכלל אנו מעוניינים לעודד יצירת ביטויים, ותשובתו – הגם שאיננה נוקבת במפורש בערך של חופש הביטוי – מכוונת אליו: העשרת עולם הביטויים וגיוונו. הוא אף מפרט: "התמריץ נועד לשפר את כמות המידע והביטויים ואת האיכות שלהם", וכן "שואף החוק גם לעודד את הפצתם [של הביטויים] ולהבטיח את הגעתם לציבור רחב ככל האפשר"¹⁸¹. דגשים אלה: העשרת כמות הביטויים, איכותם וגיוונם והפצתם – הם יסודותיהן של כל ההצדקות המקובלות לחופש הביטוי, המבוססות על הציבור¹⁸². ליסוד ערכי זה מצטרפת תובנת הקדמה (3) המשקפת את המתח הפנימי של

179 עניין אינטרלוגו, שם, בעמ' 154. המספור במקור, ואיעזר בו כאן. הדברים פורטו בהמשך. ראו שם, בעמ' 161-163.

180 ראו שם, בעמ' 161-162 – וכן ראו (supra, note 11) Landes & Posner.

181 שם, בעמ' 163.

182 אין זה המקום להידרש להצדקות אלה. לדיון ראו א' דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377.

זכויות היוצרים: יש ליצור תמריץ כאמור, אבל בו זמנית יש להיזהר מהערמת מכשולים גבוהים מדי, שכן יש לאפשר את המשך היצירה.
 בכל אלה אין זכר לתאוריית העבודה או כל רמז לעמדה שלפיה זכות היוצרים היא פרי הקשר שבין היוצר ליצירתו. בהמשך פסק־הדין מזכיר שמגר את ההצדקות הנפוצות של זכויות יוצרים. הוא מסיר את הצדקת האישיות מעל סדר היום, שכן זאת מוגבלת לזכויות המוסריות שלא עלו בפסק־הדין. הוא סוקר את ההצדקה הציבורית (שאותה הוא מכנה גישת היצירתיות) ומאבחן אותה מגישת ההשקעה. בחירתו בראשונה ודחייתו את השנייה חד־משמעית:

"התפקיד המאזן של החוק נובע מכך שמתן זכויות יוצרים על ביטוי מסוים מגביל ביטויים עתידיים אפשריים. גישה הרואה את הזכות כנובעת מעצם ההשקעה אינה רגישה דיה לאיזון חשוב זה העומד בבסיסם של דיני זכויות יוצרים. אמנם, גישת 'ההשקעה' היא גישה מקובלת להצדקתם של דיני הקנין הגשמי, ועל־כן יש הרואים אותה כמתאימה גם לדיני הקנין הרוחני..., אך דומה שההבדל בין התחומים אינו מאפשר את אימוצה בתחום הקנין הרוחני. הרחבת עולם הביטויים אינה חשובה רק לביטוי העצמי של יוצר הביטוי אלא גם לעולם הביטויים של כלל הציבור והחברה... קניין רוחני עוסק במאטריה שהיא כר למימוש שאיפות האדם, אך היא גם תחום שבו מפתחים את שאיפותיו ואופקיו העתידיים. על כן יש חשיבות רבה לא רק למתן תגמול על ההשקעה אלא גם למידת ההגבלה על התפתחות עתידית שמתן הזכות עשוי לגרור בעקבותיו"¹⁸³.

הוויכוח העקרוני בין ההצדקות מגולם, כפי שמעיר שמגר, בדרישת המקוריות¹⁸⁴. את הפתרון הוא מוצא בהתרכזות בשלב הכנת היצירה, ולא בבחינת היצירה המוגמרת¹⁸⁵. מטרתה של החלת המבחן בשלב זה משמעה בדיקת מקור היצירה, כלומר זאת דרישת מקוריות כמקור. דבריו ברורים: יש להתעלם מההשקעה ביצירה¹⁸⁶. בסופו של דבר,

183 עניין אינטרלגו, שם, בעמ' 165.

184 שם, בעמ' 165.

185 שם, בעמ' 170.

186 הדבר עולה בבירור כמה פעמים לאורך הדיון. ראו שם, בעמ' 170-173 ובמיוחד בעמ' 171 ו-173. שמגר אף מצטט את פסק־הדין בעניין Feist. פסח טוען כי גישה תועלתית (היא הגישה הרואה בזכויות היוצרים מכשיר להשגת מטרה כלל חברתית) מקושרת לרכיב ההשקעה דווקא (לעיל, הערה 33), בעמ' 367-368 – לטעמו, כל עוד מדובר בטובין ציבוריים ומתקיים לגביהם כשל שוק, אבל ייצורם חשוב שכן מדובר במוצרים בעלי "ערך חברתי", הרי יש להגן עליהם גם אם הם נעדרי

הקוביות עמדו בדרישת המקוריות¹⁸⁷, אך כשלו בדרישת האמנותיות שהתווה שמגר, דרישה הנובעת מסיווגן כ"יצירה אמנותית" מהסוג של "מעשה אמנות"¹⁸⁸.
 הבחירה המוצהרת של הדין הישראלי היא אפוא בהצדקה הציבורית-הסדרתית, וממנה נגזרת ההנחיה באשר לעיצוב דרישת המקוריות: יש לראותה במובן של מקור, ואין לראותה במובן של השקעה. במונחי הטבלה שהובאה קודם לכן, במצבים שבהם רכיב המקור איננו ברור, מצב (ד) (סטודנטית לציור) אך ברור כי הייתה השקעה, צריך הדין הישראלי לסרב להעניק הגנה, אלא אם כן משתכנע בית-המשפט כי השקעת העמל מהווה אינדיקציה לקיום רכיב המקור (מצב ב). מסקנה כזאת יכולה לבוא רק לאחר שלילה מוחלטת של מצב (ה) (חברת טלפונים), מצב שבו ברור כי רכיב המקור איננו מתקיים. ובהמשך לכך, כאשר ברור כי רכיב המקור איננו מתקיים, אך הושקע עמל (מצב ה), אין מקום לראות ברכיבי המקור וההשקעה משום רכיבים חלופיים, ואין מקום להגנה.

בחירה זאת מתאימה הן להיסטוריה של דיני זכויות היוצרים בישראל והן לשורשיהם האנגליים ולהשפעה האמריקנית. הבחירה תואמת את ההבנה הערכית של דיני זכויות יוצרים, ופריטתה להנחיה באשר לדרישת המקוריות קוהרנטית. עד כמה נשמרה קוהרנטיות ראויה זאת לאורך הפסיקה? דרישת המקוריות התעוררה בשלושה פסקי-דין של בית-המשפט העליון, נוסף על זה שבעניין אינטרלגו. פסק-דין אחד עסק בלוחות לחישוב מס, השני בשלטי פרסומת לגלידה, והשלישי עניינו בפענוח המגילות הגנוזות.

2. לוחות לחישוב מס: מדינת ישראל נ' אחימן¹⁸⁹

חישוב חבות המס כיום הוא משימה פשוטה למדי, וזאת בזכות תוכנות מחשב המקלות על עיבוד הנתונים. לפני שבאו תוכנות אלה לעולם, היה חישוב המס משימה שדרישה תשומת לב קפדנית, ולעתים הייתה סבוכה. היא חייבה התמצאות בסבך החוקים

יצירתיות. מתוך טענתו זאת הוא מבקר את פסק-הדין בעניין אינטרלגו, שקישרה בין גישה תועלתית לזכויות היוצרים לתפיסה של יצירתיות באשר לדרישת המקוריות. לטעמו, מדובר בתוצאה שאיננה קוהרנטית. ראו שם, בהערה 21 בעמ' 368. אינני מסכים לביקורת זאת. הגישה הראויה לזכויות יוצרים, וזאת הגישה שאומצה במפורש בעניין אינטרלגו, אינה רק גישה תועלתית גרידא. היא מלווה ביסוד ערכי. משום כך היא ערה להשלכות של הענקת הגנה ליצירות ומסרבת להעניק הגנה ליצירות עובדתיות או כאלה הצריכות מטעם אחר להישאר בנחלת הכלל. משום כך הגישה התועלתית-ערכית (זו שכונתה כאן ציבורית-הסדרתית) איננה מבקשת להעניק הגנה באופן עיוור לכל מוצר ציבורי שייצורו יגדיל את הערך החברתי הכלכלי.

187 שם, בעמ' 186.

188 ראו סעיפים 1, 35 לחוק, וההכרעה שם, בעמ' 187.

189 ע"א 136/71 מ"י נ' אחימן, פ"ד כו (2) 259.

והתקנות ועיבוד דקדקני של נתונים. רואה החשבון יצחק אחימן מצא דרך להקל על חישוב חבות המס, וערך לוחות חישוב. אלה הנחו את המשתמשים לצרף את השיקולים הרלוונטיים, דוגמת השכר, תוספת יוקר, שיעורי המס, ניכוי יציב, גודל משפחתו של הנישום וכן הלאה. הלוחות נכרכו לחוברת שנמכרה בשוק. זמן מה לאחר שהחל אחימן למכור את החוברת שערך, נתקל בתחרות שלא היה יכול להיאבק בה: אגף מס הכנסה החל להפיץ חוברות לחישוב חבות המס, אלא שהחברות הממשלתיות חולקו חנם לכל דורש. אחימן מצא דמיון רב בין חוברתו שלו לחוברת הממשלתית ותבע את המדינה בגין הפרת זכות יוצרים. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה, והמדינה ערעה. השאלה הראשונה שהתעוררה בערעור היא בדבר עצם קיומן של זכויות יוצרים בלוחות המס. טענת המדינה הייתה כי אין מדובר ב"יצירה", וכטענה נפרדת, כי גם אם מדובר ביצירה, אין היא מקורית¹⁹⁰. הטענה הראשונה נדחתה בקצרה, שכן החוק כולל במפורש "לוחות וליקוטים" בגדר יצירה ספרותית¹⁹¹. הדיון בשאלת המקוריות היה קצר:

"אם כי כידוע אין זכות יוצרים ברעיון גרידא, יכולה זכות יוצרים לחול על צורת עריכה או עיצוב מיוחדת שבה בחר מרכיב הלוחות כדי להקל את השימוש בהם, אם הושקעו מאמץ מחשבתי, עמל או מיומנות מיוחדים במציאת שיטתו של התובע; ואין נפקא מינה ש'החומר הגולמי' להרכבת הלוחות הוא נחלת הכלל, כמו הנתונים האריתמטיים בלוחות אלה המבוססים על הוראות התקנות הנ"ל. השאלה אם יש בלוחות המשיב יצירה מקורית מפאת המחשבה, העמל או המיומנות שהושקעו בהם, צריכה להיחתך על-פי עיון בעבודת המחבר בשלמותה..."¹⁹².

על-פי הנחיה זאת עיין השופט בלוחות והשווה אותם ללוחות ממשלתיים קודמים, כלומר ביצירה בשלמותה, וקבע כי "אין ספק שיש בהם שיפורים ניכרים המקנים להם 'מקוריות' במובן זה, לעומת הלוחות שפורסמו קודם לכן"¹⁹³. מהי תפיסת המקוריות העולה מההנחיה העקרונית ומיישומה? רכיב המקור אינו נזכר בהנחיה העקרונית. פסק-הדין אינו מזכיר ואינו מחייב שהיוצר הוא מקור היצירה. שאלת המקוריות אינה נחתכת, על-פי ההנחיה העקרונית, לפי מקור היצירה או תהליך היצירה, אלא לפי היצירה

190 שם, בעמ' 260-261.

191 ראו סעיפים 1, 35 לחוק וקביעת השופט לנדוי שם, בעמ' 261 א.

192 שם, בעמ' 261 ב-ג.

193 שם, בעמ' 261 ד.

המוגמרת¹⁹⁴. לעומת זאת ההנחיה העקרונית מפרטת את גישת ההשקעה האנגלית. מניסוח זה עולה כי דרישת המקוריות נתפסת כהשקעה, וכי די בקיומו של רכיב זה כדי להכיר במקוריות. ניתן לתאר את הנוסחה שיש בהנחיה העקרונית כך:

מקור: 0 השקעה: 1 זכות יוצרים.

ובמונחי הטבלה שבחלק הקודם, זהו מצב (ה) (**חברת הטלפונים**), כאשר השופט בוחר במצב (ה1), שלפיו הרכיבים חלופיים. אולם היישום של ההנחיה העקרונית שונה לחלוטין. בית-המשפט לא התעניין כלל בהשקעה, אלא בהשוואת היצירה ליצירות אחרות שקדמו לה. ההשוואה יכולה להעיד על החידוש שביצירה. חידוש כזה, אם ישנו, מעיד כי מקורו הוא ביוצר, שהרי מישהו היה מוכרח ליצור את החידוש. דרך חישוב חבות במס איננה תורה מסיני, אלא תורה הבאה מרואי חשבון ואנשי מס. אם כן הבדיקה מכוונת לרכיב המקור, ולא לרכיב ההשקעה. בעצם קיומו של חידוש בלוחות המס אין כשלעצמו כדי להעיד על קיומה של השקעה. לפיכך ההנחיה העקרונית של לנדוי איננה משיגה את מטרתה שלה. המטרה המוצהרת הייתה לבחון את ההשקעה, אבל השוואת יצירות מכוונת לבדיקת רכיב המקור דווקא.

יותר מכך, כאשר ניגש השופט לבחון את יצירת הנתבעים, הלוחות הממשלתיים, מול לוחותיו של אחימן, העיר פעמים מספר כי ההשקעה היא טריוויאלית לחלוטין: "אין לשכוח שכל השיפורים הללו 'לא בשמים הם'. כשם שעלו על דעת המשיב [אחימן] אך טבעי הוא שהם יעלו על דעתו של כל מי שבקיא בנושא והוא התעמק בו כדי להגיע לשיפורים ולפישוט השיטה"¹⁹⁵, ולאחר מכן: "הוספת טורים חדשים למצבים משפחתיים מיוחדים היא ענין של נוחיות בלבד, ואין בה שום חידוש אשר דרש מאמץ מחשבתי מיוחד"¹⁹⁶. במילים אחרות, בית-המשפט מצא שלא נתקיים רכיב ההשקעה. אילו היה נותר להנחיה העקרונית שפירט היה צריך לקבוע כי אין מקום להכיר בזכויות יוצרים, אך היישום היה הפוך. ניתן לתאר את הבדיקה בפועל, קרי את היישום ההנחיה העקרונית, כך:

מקור: 1 השקעה: 0 זכות יוצרים.

ובמונחים שננקטו כאן: זהו מצב (ג) (**זאב**). הסתירה שבין ההנחיה העקרונית העולה מפסק-הדין לבין יישומה בפועל מותירה אותנו מבולבלים משהו. בפסק-הדין גם אין דיון כללי במהותן של זכויות יוצרים, כך שאין אנו יודעים כיצד תופס השופט את

194 והשוו לאינטרלגו (לעיל, הערה 16), בעמ' 171ז170-א, שם קובע הנשיא שמגר כי יש לבחון את שלב היצירה דווקא, ולא את היצירה המוגמרת.

195 שם, בעמ' 264ב.

196 שם, בעמ' 265ו.

ההצדקה לדין זה, ומה תפיסת המקוריות של בית-המשפט – מקוריות כמקור או מקוריות כהשקעה, ומדוע מצא בית-המשפט שהיצירה מוגנת. הרי החידושים שמצא היו טריוויאליים לחלוטין, והשקעה של מאמץ לא הייתה בכך. שורשו של הקושי שבפסיקה מצוי בהענקת הגנה תוך הסתכלות על היצירה כולה, בלי שנופו המרכיבים שאינם מוגנים. מרכיבים אלה הם עיקר היצירה: אלה הם הנתונים, שמקורם בתקנות המס, קרי בחיקוק של המדינה¹⁹⁷, והרעיונות: כיצד לחשב את המס. האלגוריתם המנחה את דרך החישוב אמור לעלות מתוך חיקוקי המס. עובדות ורעיונות אינם מוגנים על-ידי דיני זכויות יוצרים, וכפי שהעיר השופט, רק עריכה יכולה להיות מוגנת. במקרה כזה, ההגנה צריכה להשתרע רק על העריכה, ורק אם זאת מקורית¹⁹⁸. בתי משפט אכן הגנו על לוחות וטפסים ריקים, אולם רק ככל שביטויים נפרד מהרעיון שגילמו, ורק ככל שעריכתם הייתה מקורית¹⁹⁹. יישום ההנחיות העקרוניות של לנדוי לפרטי המקרה החמיץ את בדיקת מקוריות העריכה. אילו היה בית-המשפט בוחן מה מקורה של העריכה, היה מוצא כי היא תרגום צורני של רעיונות הנמצאים בתקנות המס, וכי זאת הדרך היחידה לבטא את הרעיונות בצורה מדויקת. מקורה של העריכה לא היה באחימן. משום כך היה מקום לקבוע כי העריכה איננה מקורית, ומתוך כך, שהיצירה אינה ראויה להגנת הדין. תחת זאת מצא השופט כי הלוחות מקוריים, אולם הוא מצא שהמדינה לא הפרה את הזכויות בהן, שכן עובדי האוצר חיברו את לוחותיהם באופן עצמאי²⁰⁰.

3. שלטי פרסומת לגלידה: סטרוסקי נ' ויטמן²⁰¹

197 ראו את התקנות שנדונו באותו עניין: תקנות מס הכנסה והיטל בטחון בדבר ניכוי ממשכורת, תשכ"ז-1967, ק"ת תשכ"ח 1200.

198 כך נהג בית-המשפט בעניין *Feist*. ראו לעיל טקסט להערה 55.

199 מקרה אחד כזה הוא פסק-הדין בעניין, *Ladbroke (supra, note 118)* שנוכר בעניין **אחימן**, בעמ' 1261. דובר שם בטופסי הימורים למשחקי כדורגל. ההפניה הייתה לאמירות בדבר עיון ביצירה כמכלול (*ibid*, at 468-469). למצער, ההפניה הישראלית לפסק-הדין האנגלי נעצרה לפני שפורטה והוסברה בפסק-הדין האנגלי דרישת המקוריות כמקור, בהסתמך על עניין *University of London Press*. שאלת ההכרה בזכויות בטפסים ריקים התעוררה גם בארצות-הברית. בעניין *Baker v. Selden* 101 U.S. 99 (1879) סירב בית-המשפט העליון האמריקני להעניק הגנה לטופס ריק לניהול חשבון עסק, שכן הטופס מגלם את שיטת החישוב, ושיטה איננה מוגנת בזכויות יוצרים, שכן היא למעשה רעיון. במילים אחרות, ההגנה סורבה משום שהטופס היה דרך הביטוי היחידה של הרעיון, ובמונחים מודרניים, דובר שם במיזוג בין רעיון לביטוי. ראו גם *Morrissey v. Procter & Gamble Co.* 379 F.2d 675 (1st Cir., 1967), שם סירב בית-המשפט להכיר בזכויות בהנחיות להגדרה מחמת המיזוג בין הרעיון לדרך ביטוי.

200 עניין **אחימן**, שם, בעמ' 263-267.

201 עניין **סטרוסקי (לעיל)**, הערה 37.

יצרנית הגלידות הזמינה אצל סטרוסקי, חברת שירותי גרפיקה, עיצוב שלט פרסומת, ובהמשך הזמינה פרסומות על-פי העיצוב הראשוני בגדלים שונים. לאחר זמן נותק הקשר העסקי, אבל ויטמן הזמינה את אותם שלטים אצל חברה אחרת. סטרוסקי טענו כי שלט הפרסומת שהכינו עבור ויטמן הוא יצירה מוגנת שהבעלות בו נתונה להם, ובמעשיה הפרה ויטמן את זכויותיהם. גם כאן החל בית-המשפט את הדיון בשאלת ראיות השלט להיחשב כיצירה מוגנת לפי החוק²⁰². תאור דרישת המקוריות בפסק-הדין מקיף את כל רכיבי הדרישה: הן את רכיב המקור, הן את ההשקעה ואפילו את רכיב היצירתיות שלידתו הרשמית באה רק שש שנים אחר כך בארצות-הברית²⁰³. זו הפעם הראשונה שרכיב המקור נזכר במפורש בפסיקת בית-המשפט העליון, ונראה כי הוא הרכיב המועדף, הגם שאין אמירה מפורשת ברוח זאת. הדבר עולה גם מתאור רכיב ההשקעה: הוא מתואר כשלוש ברכיב המקור, ולא נפרד ממנו. כך גם רכיב היצירתיות. יישום ההנחיה העקרונית של פסק-הדין היה פשוט למדי. הקושי היחיד שהתעורר נגע לחומרי הגלם שמהם הורכב השלט: ציור של פרח שוויטמן עשו בו שימוש קודם, השם 'ויטמן' בגופן שוויטמן השתמשו בו קודם לכן, ופסים²⁰⁴. אולם בית-המשפט לא התקשה לקבוע כי השלט הוא מקורי בכל המובנים שלעיל. החיבור והעיצוב של כל המרכיבים לכלל שלט אחד הם שמכוננים את היצירה המוגנת²⁰⁵. אכן, ברור כי סטרוסקי הם המקור של השלט המוגמר, ואין ספק שהשקיעו עמל וכישרון בשלט, שהרי לו לא היה צורך בכישרון, היו ויטמן מכינים את השלט בעצמם. במילים אחרות, מדובר כאן במצב (א) בטבלה שלעיל: הן רכיב המקור והן רכיב ההשקעה מתקיימים, ומשום כך אין צורך לעמוד על היחס שביניהם. שלט פרסומת אינו דומה ליצירתו של עמוס עוז, אולם המשפט איננו עוסק – לפחות כך הוא מצהיר – בהערכה אמנותית²⁰⁶.

202 בהמשך, לאחר שענה על השאלה הראשונה בחיוב, נפנה לשאלת סיווג היצירה – כספרותית או אומנותית (והכריע כי היא אומנותית), לשאלת הבעלות (והכריע כי היא נתונה לסטרוסקי), לשאלת ראיות השלט להירשם כמדגם (וקבע כי השלט מוגן על-ידי דיני זכויות יוצרים), ולשאלת ההפרה (ומצא כי הזכויות אכן הופרו).

203 שם, בעמ' 346-א (רכיב המקור); 346ד (רכיב ההשקעה) ו-347ב-ג (רכיב היצירתיות, תוך ציטוט מעניין (Bleistein (*supra*, note 111)).

204 שם, בעמ' 344-345.

205 שם, בעמ' 348.

206 ראו שם, בעמ' 348. אולם השורר לע"א (ת"א) 178/79 הלינגר נ' אסתרון, פ"מ תש"ם (ב) 45, 51, שם התקשה השופט דבורין להכיר בזכויות בהודעת פרסומת "שאיין לה שום אופי מיוחד", ושהיא "מודעה פשוטה".

תוצאת פסק-הדין בנקודה זאת ראויה, אולם הוא אינו מסייע לנו להבהיר כיצד עיצב הדין הישראלי את דרישת המקוריות, ומה בחירתו הערכית בהצדקת זכויות יוצרים²⁰⁷. שנים אחדות לאחר פסיקה זאת שם בית-המשפט העליון קץ לאי-הבהירות בבחירתו הערכית, וקבע בעניין **אינטרלגו** באופן ברור כי ההצדקה המקובלת בדין הישראלי היא זאת הציבורית-הסדרתית. הבחירה הזאת הייתה נחוצה כדי להנחות אותנו בפתרון מצבים גבוליים וקשים. פענוח המגילות הגנוזות הוא מצב כזה, אלא שבית-המשפט סטה, בלי הסבר ראוי, מהנחיית עניין **אינטרלגו**.

4. מגילות גנוזות: Eisenman נ' קימרון²⁰⁸

מהי היצירה שבפענוח טקסט עתיק? מיהו היוצר של היצירה הזאת? האם הוא זכאי להגנת זכות יוצרים? אלה השאלות שביסוד פרשת המגילות הגנוזות, שבה פסק בית-המשפט העליון (ואישר את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי) כי חוקר שעמל במשך אחת-עשרה שנה על פענוח אחת מן המגילות זכאי להגנת זכות יוצרים בטקסט המפוענח. נסיבותיו יוצאות הדופן של פסק-הדין מעמידות במבחן את הבנתנו את המוסד המשפטי של זכויות היוצרים. השאלות שמתעוררות אינן מאפשרות להתחמק מהכרעה בדבר ההצדקה המועדפת על הדין הישראלי, והן מחייבות עיון יסודי בהיבטים הרחבים והעמוקים ביותר של ענף משפטי זה. למרות ניסיונו של בית-המשפט להגביל את פסק-הדין לנסיבות המיוחדות, נראה כי לא צלחה בידו המשימה²⁰⁹.

(א) הרקע

207 השופטת נתניהו מעירה כי "חוקי זכויות היוצרים למיניהם נועדו להגן על מי שיצר יצירה מקורית מפני מעתיקים מתחרים... שאם יורשו אחרים לעשות כן [לשעתק את היצירה – מ' ב'], יגזלו את פרי כשרונותיו ומאמציו" – שם, בעמ' 353. תיאור זה רומז לניתוח הכלכלי אך משתמש גם ברטוריקה של תאוריית העבודה.

208 הדין שלהלן נע בין פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי, ת"א (י-ם) 41/92 **קימרון נ' שנקס**, פ"מ תשנ"ג (ג) 10 (השופטת דורנר) (להלן – **קימרון מחוזי**) ובין פסק-הדין של בית-המשפט העליון (**לעיל**, הערה 20) (להלן – **ערעור קימרון**).

209 "הכרעה של המחלוקת שלפנינו, יותר משהיא מעוגנת בכללים היא מעוגנת בנסיבותיה המסוימות של הפרשה ובעקרונות עליהם עמדנו" – **ערעור קימרון**, שם, בעמ' 832. הערעור הוגש לבית-המשפט העליון בשנת 1993, ופסק-הדין, המשתרע על עשרים ושבעה עמודים בלבד, ניתן לאחר לא פחות משבע שנים, באוגוסט 2000. את פסק-הדין כתב השופט טירקל, בהסכמת הנשיא ברק והשופטת ביניש.

אין לבודד את השאלה המשפטית מהרקע המרתק והסוער של מחקר המגילות²¹⁰. המגילות נתגלו באקראי על ידי רועה צאן בדואי באזור קומראן שבצפון מערב ים המלח, אזור שנתגלגל משליטת הבריטים לירדנים ולישראל. במשך כתשע שנים של חפירות נתגלו, תוך תחרות בין הבדואים לארכאולוגים, אחת-עשרה מערות ובהן בסך הכול כשמונה מאות מגילות, או ליתר דיוק, כעשרים וחמישה אלף קרעים של מגילות, חמישה-עשר אלף מהן באחת המערות, הידועה כמערה מס' 4. הטקסטים כתובים רובם בעברית קדומה ומיעוטם ביוונית, והם נחלקים לשלושה סוגים: כל ספרי התנ"ך למעט מגילת אסתר, ספרים חיצוניים דוגמת ספר אנוך, ומגילות "קהילתיות". המגילות מתוארכות לתקופה של כמאתיים וחמישים שנה בשלהי תקופת בית שני, קרי תקופת התגבשותה של היהדות וערש הנצרות. הטקסטים התנ"כיים הם הקדומים ביותר שנמצאו. משום כך נחשבות המגילות לממצא הארכאולוגי החשוב ביותר במאה העשרים²¹¹. הן מעוררות שאלות רבות הנוגעות לקשת רחבה מאוד של תחומים. המגילות הן מושא למחקר ומחלוקת ארכאולוגיים, היסטוריים, דתיים, בלשניים, פוליטיים ותרבותיים.

לכל אלה נוסף מאבק נוקב על השליטה במגילות – ובעיקר הגישה אליהן. ממשלת ירדן הקימה בשעתה צוות חוקרים בין-לאומי שחבריו היו ברובם אנשי דת נוצרים, ושנאסר על יהודים (וקל וחומר שעל ישראלים) להיות חלק ממנו²¹². קרעי המגילות מוינו במשך שנים אחדות ותועדו בצילומים ממוספרים. קרעי המגילות עצמם הוחזקו במוזאון PAM במזרח ירושלים, לימים מוזאון רוקפלר. משעבר האזור – והמגילות – לשליטה ישראלית ב-1967 המשכיח ישראל במדיניות המחקר הירדנית, תוך שהיא מבטלת, כמובן, את האיסור על חברות יהודים וישראלים בצוות המחקר. המחקר כולו הוכפף לרשות העתיקות הישראלית, אולם עד לשנות התשעים של המאה הקודמת נמנעה הגישה לקרעי המגילות – או לצילומיהן – מחוקרים שלא היו חברים בצוות המצומצם. רק לחברי הצוות ניתנה הגישה, רק להם הותר לפענח את המגילות, וכתוצאה מכך – הם היו אלה שפרסמו ראשונים את המגילות ואת פרשנותם להן. עד לשנות התשעים של המאה העשרים פורסמה פחות ממחצית מהמגילות. ככל שחלפו השנים, ובקרב חוקרים ברחבי העולם גברה ההכרה בדבר חשיבותן של המגילות, התגברה

210 A.W. Branscomb *Who Owns Information? From Privacy to Public Access* 119 (New York, 1994); J.L. Sax *Playing Darts with a Rembrandt - Public and Private Rights in Cultural Treasures* 153 (Ann Arbor, 1999).

211 L.H. Schiffman *Reclaiming the Dead Sea Scrolls - The History of Judaism, The Background of Christianity, The Lost Library of Qumran* xiv (1994).

212 Sax (*supra*, note 210), at p. 15.

המחאה כנגד פרקטיקת מחקר מונופוליסטית זאת. חוקרים שביקשו גישה לצילומי הקרעים (ולא רק לקרעים המתפוררים עצמם) סורבו. זהו הרקע הסוער לסכסוך המשפטי שבפסק־הדין. הוא נזכר על־ידי השופט טירקל בקצרה, תוך שהוא מציין כי צדקת המאבק הזה "אינה מענייננו, כל שעניין זה חורג ממסגרת הדיון בזכויות היוצרים בטקסט המפוענח"²¹³. הסיפור שבחר בית־המשפט לספר מתרכז במגילה המסוימת שנדונה ומנתק את הסכסוך הספציפי מהסיפור הרחב של מחקר המגילות. הבחירה הנארטיבית אינה מקרית. היא תורמת ליצירת רושם של שכנוע לתוצאה המעניקה את הזכויות הבלעדיות לפרופסור קימרון. למעלה מכך, הֶסְסֵר שבסיפור השיפוטי ניפה מתוך מערך השחקנים הרלוונטיים את השחקן החשוב ביותר בשדה היצירה²¹⁴: את הציבור הרחב. אין מדובר כאן בשלט פרסומת או בלוחות לחישוב מס. אפילו בעניין קוביות לגו הונחה בית־המשפט העליון על־ידי האינטרס של "גיוון עולם הביטויים והעשרתו"²¹⁵. המגילות הגנוזות ומחקרן חשובים לאין ערוך מקוביות המשחק, אבל בית־המשפט התמקד רק בשני הצדדים הישירים לסכסוך – התובע והנתבעים – ובכך חטא ליסודן של זכויות יוצרים. אלה, כפי שנאמר כאן פעמים מספר, מכוונות להשיג אינטרס של הציבור: קידום הידע האנושי.

(ב) הפענוח והתביעה

פרופסור אלישע קימרון מאוניברסיטת בן־גוריון, מחברי צוות החוקרים המצומצם, קיבל לידי את המשימה לפענח את אחת המגילות, שכונתה בפיו "מקצת מעשה תורה" (MMT), או כפי שחוקרי המגילות מכנים אותה, על שום המערה שבה נמצאה: 4QMMT. למעשה נמצאו קרעים של שש מגילות אלה, בעברית קדומה²¹⁶. המגילה נמנית על קבוצת הטקסטים הקהילתיים, וכיום, משפורסמה, נחשבת לאחת המגילות החשובות ביותר, שכן היא עדות ישירה לנהגיה של הקהילה שחיה באזור. מלאכת המיון הראשונית של הקרעים נערכה על־ידי פרופסור ג'ון סטרנגל (Strugnell), שצירף אליו את תלמידו דאז קימרון. במשך כאחת־עשרה שנה עמל קימרון על פענוח המגילה. מדובר במיון הקרעים, סידורם (הפיזי) הראשוני, פענוח (פיזי ופרשני) של טקסט שעליהם, ובסופו של דבר השלמת החסרים שבין הקרעים. אין להקל ראש במלאכה הזאת. רבים

213 **ערעור קימרון**, עמ' 828. בפסק־הדין המחוזי נזכר הרקע בשורה קצרה בלבד. ראו עניין **קימרון מחוזי**, בעמ' 115 ("הגישה למגילות ניתנה רק לחוקרים שהשתתפו בצוות זה").

214 "שדה" במוכח של פייר בורדייה: ראו – P. Bourdieu *The Field of Cultural Production Essays on Art and Literature* (edited & translated by Randal Johnson, 1993), esp. at pp. 40, 42, 44, 76, 79-80, 106-107.

215 עניין **אינטרלגו (לעיל)**, הערה 16).

216 **קימרון מחוזי**, בעמ' 16א.

מהקרעים מזעריים בגודלם. לאחר למעלה מאלפיים שנה במערה המדברית חלק ניכר מהקרעים התפורר או אבד או שהכתב עליהם טושטש²¹⁷. גם לאחר המיון, הארגון הפיזי והפענוח הפיזי של הטקסט חסרו בין שליש לארבעים אחוזים ממנו²¹⁸. הפענוח דומה אפוא להרכבת פאזל, אלא שמספר החלקים אינו ידוע מראש; ידוע שחסרים חלקים רבים – אך לא היכן הם חסרים; ייתכן כי נשתרכבו חלקים מפאזלים אחרים; רבים מהחלקים הקיימים חלקיים בלבד, ונוסף על כל אלה, מלאכת ההרכבה אינה מלווה ב"הוראות היצרן": אין בהן תמונה שלמה של המגילה שניתן לפעול לפיה.

אחת עשרה שנה עמל קימרון על הפענוח. הוא נעזר בידע הלכתי ובלשני מרשימים שצבר, ושסייעו בידו לקבל שורה של הכרעות – כיצד לסדר את הטקסט, כיצד להשלימו והחלטות דומות. דבר קיומה של המגילה היה ידוע כבר משנות החמישים, שעה שנשלמה מלאכת המיון הראשונית של הממצאים ממדבר יהודה, אולם רק בשנת 1984 התבררה לקהילייה האקדמית חשיבותה, מפיו של קימרון²¹⁹. אלא שהוא לא פרסם את הטקסט עצמו, ובמשך כשבע שנים נוספות נותרה הגישה לצילומי הקרעים חסומה. סמוך לשנת 1990 הפיץ קימרון טיוטה של הטקסט המפוענח בין כמה עמיתים בעולם. נראה שהטיוטה דלפה והגיעה לידי חוקר פולני, זדיסלאב קאפרה (Zdzislaw Kapera). הוא פרסם את הטקסט – בלי שידע את מקורו או את מהימנותו – בכתב-עת שערך, תוך שהוא מציין כי ייתכן שמדובר במתיחה. לאחר תכתובת תקיפה מרשות העתיקות, משך קאפרה את הפרסום והתנצל על הפרסום הבלתי מורשה²²⁰. אלא שהטיוטה כבר דלפה לחוגים נוספים. בינתיים, בשנת 1991, נפרץ המונופול כתוצאה מהשתלשלות עניינים סבוכה הנוגעת למאבקים פנימיים באחד המוסדות שהחזיקו בכספת את צילומי הקרעים כגיבוי לאוצר ההיסטורי. הרשל שנקס, מראשי המאבק נגד המונופול המחקרי, הוציא לאור בסמוך לכך ספר ובו צילומים של קרעי המגילות. הספר נערך על-ידי שני חוקרים, רוברט אייזמן וג'יימס רובינסון. שנקס כתב הקדמה לספר, ובה מחאה חריפה, נוספת,

217 כדי להתרשם ממידת החסר ראו את צילומי הקרעים
<http://www.ibiblio.org/expo/deadsea.scrolls.exhibit/full-images/torah-b.gif> (ביקור אחרון:
 30.5.01).

218 השוו את קביעת בית המשפט, **קימרון מחוזי**, עמ' 16 (חסר של ארבעים אחוז) הנסמכת על עדותו של קימרון בבית המשפט לעמדתם של סטרגנל וקימרון כפי שכתבו בספרם (חסר של כשליש):
 E. Qimron & J. Strugnell "Qumran Cave 4, Miqsat Ma'ase Ha-Torah" in *X Discoveries in the Judaean Desert* 1 (Qimron and Strugnell eds., London, 1994)

219 שיפמן מספר על הכנס שבו דיווח קימרון על המגילה ועל חשיבותה וכן על התדהמה והכעס שאחזו בקהל. ראו Schiffman (*supra*, note 211), at pp. xvii-xviii.

220 לתיאור האירועים על-ידי קאפרה ראו Z.J. Kapera *The Qumran Chronicles* 3-4 (1991).

על המונופול המחקרי שבא לקצו. הוא צירף נספח להקדמה שכתב – את טיוטת המגילה המפוענחת MMT. בהקדמה ציין שהפענוח נערך על-ידי סטרגל "ועמית". פרופסור קימרון תבע את שנקס ואת שני העורכים בבית-המשפט המחוזי בירושלים. עילת התביעה – הפרת זכות הפרסום, שהיא אחת הזכויות החומריות הכלולות באגד הזכויות המרכיב את זכות היוצרים, והפרה של הזכות המוסרית למתן קרדיט. השופט דליה דורנר נענתה לתביעה, כאשר כיהנה בבית-המשפט המחוזי, ובית-המשפט העליון אישר את פסק-דינה: שנקס נצטווה להפסיק את פרסום הספר, לשלם פיצוי ולהעביר לידי קימרון עותקים מפרים שהיו בידי. מובן שפסק-הדין מעורר שאלות רבות שעניינן החלת הדין הישראלי²²¹, מהותו של "פרסום" בדיני זכויות יוצרים²²², שאלת עצם ההפרה, שאלת קיומן של הגנות שונות, ובעיקר הגנת השימוש ההוגן ועוד. מכל אלה, אני מבקש להתמקד בשאלה היסודית: האם ראוי קימרון לזכות יוצרים בטקסט, ומה המשמעות של קביעה כזאת. לבו המשפטי של הדיון מגולם בשאלת המקוריות. מחקרם של קימרון וסטרגל – הטקסט המפוענח ודברי פרשנות מפורטים – פורסם, דרך אגב, רק בשנת 1994, ארבעים ושתיים שנה לאחר שהמגילה נמצאה, עשר שנים לאחר שהקהילייה האקדמית למדה על חשיבותה אך לא ניתן לה לראות את הטקסט²²³.

(ג) פסק-הדין המחוזי

השאלה המשפטית המהותית הראשונה שהעסיקה את בית-המשפט המחוזי הייתה שאלת המקוריות. השופט דורנר סיכמה בקצרה את הדין, תוך שהיא נסמכת על עניין **סטרוסקי**, אלא שמתוך שלושת הרכיבים שנזכרו שם – רכיבי המקור, ההשקעה והיצירתיות – אזכרה דורנר רק את הראשון²²⁴. מהעיקרון הכללי הזה פנתה לשאלת קיומן של זכויות ב"איסוף ועריכה של חומר מועתק", וקבעה: "העתקה בלבד, אפילו הושקעה בה עבודה רבה, אינה מוגנת", תוך שהיא מפנה לעניין Feist²²⁵. במונחים שהוצגו לעיל, דרישת המקוריות פורטה בפסק-הדין המחוזי לפי הוראת העמדה הציבורית-הסדרתית של זכויות יוצרים: רכיב המקור הוא העיקר, והוא רכיב שאין להתפשר עליו. השקעה אינה תנאי הכרחי ואיננה תנאי מספיק להכרה בזכויות יוצרים,

221 ראו J.M. Dine "Author's Moral Rights in Non-European Nations: International Agreements, Economics, Mannu Bhandari and the Dead Sea Scrolls" 16 *Mich. J. Int'l L.* 545 (1995). *supra*, note 32), at p. 130; Birnhack

222 N. Wilkof "Copyright, Moral Rights and the Choice of Law: Where did the Dead Sea Scrolls Court Go Wrong?" 38 *Houston L. Rev.* 463 (2001).

223 Qimron & Strugnell (*supra*, note 218).

224 קימרון מחוזי, בעמ' 23א.

225 קימרון מחוזי, בעמ' 23ג, 23ז.

כלומר הרכיבים אינם חלופיים ואינם מצטברים²²⁶. אימוץ משתמע זה של התפיסה הציבורית-הסדרתית מכתיב כי יש לפעול על-פיו גם במקרים אחרים כדי לשמור על קוהרנטיות נורמטיבית ובהירות משפטית. לפיכך כאשר רכיב המקור איננו ברור, יש לפעול על-פי תפיסה זאת: רכיב ההשקעה עשוי לשמש סמן לקיומו של רכיב המקור, אולם הנחה זאת ניתנת להפעלה רק לאחר שנשללת האפשרות כי רכיב המקור אינו מתקיים²²⁷. מצב אחרון זה הוא המקרה המיוחד של פענוח המגילות: מקור היצירה המקורית הוא באדם שחיבר את המגילה לפני למעלה מאלפיים שנה. השאלה מיהו אותו אדם שנויה במחלוקת בין החוקרים, אולם דבר אחד ודאי: זכויות היוצרים שהיו לו, לו היה הדין חל עליו, פקעו זה מכבר. עם זאת ברור גם כי קימרון השקיע עמל רב בפענוח. זהו מצב (ד) בטבלה שלעיל, מצב שכונה כאן "סטודנטית לציור": היצירה הנדונה היא הטקסט המפוענח. היא נסמכת על יצירה אחרת: הטקסט המקורי בן אלפיים השנה ויותר. משום כך רכיב המקור טעון ברור.

השופט דורנר פנתה לברור טיב עבודתו של קימרון. במושגים שהצעתי כאן, בדיקה כזאת הייתה במקומה. מטרתה הייתה לשלול או לאשר את זהותו של קימרון כמקורה של היצירה. מסקנה כי איננו המקור הייתה מובילה לקביעה כי למרות ההשקעה שהושקעה אין מקום להגנת הדין, ומסקנה כי קימרון הוא מקור הטקסט המפוענח מובילה לקביעה כי הוא זכאי להגנה. דורנר עומדת על כך שמדובר בניסיון לשחזור של המגילה המקורית. אולם ביישום העקרונות לנסיבות הספציפיות היא מניחה הנחה נוספת, בדבר מידת ההיתכנות של שחזור כזה:

"מטרת המפענח הייתה לשחזר את המגילה המקורית. אולם, המגילה לא נמצאה במלואה. עשרות הקרעים שנתגלו התייחסו לעותקים שונים. לא הייתה התאמה פיסית בין חלק ניכר מהקרעים וגם אחרי הרכבתם נשאר חסר המתקרב למחצית הכתוב. כאמור, לא ניתן היה לצרף את הקרעים זה לזה ולמלא את החסר ללא מחקר בלשון ובהלכה. ממילא, לא הייתה אפשרות להגיע לשחזור אחיד, שכן דרך השחזור ומילוי החסר תלויים בתוצאות המחקר. אלה לרוב אינן אחידות, שכן קיימות מחלוקות בין חכמים"²²⁸.

226 במונחי הטבלה לעיל, במצב (ה), שבו רכיב המקור: 0 ורכיב ההשקעה: 1, בוחרת השופטת דורנר באפשרות (3ה) הקובע כי אין להעניק זכויות.

227 במונחי הטבלה לעיל, לאחר שנבחרה התפיסה הציבורית-הסדרתית, הרי שבמצב (ד) שבו רכיב המקור אינו ברור אך הייתה השקעה ניכרת (מקרה הסטודנטית לציור) יש לבחור במצב (3ד).

228 קימרון מחוזי, בעמ' 24א.

ההנחה המגולמת בדברים אלה היא הנחה בדבר תהליך היצירה המדעי והיא משליכה על הכלל המשפטי. דבריה של דורנר – כך אני מבין אותם – מביעים ספקנות באשר ליכולת לשחזר במדויק את המקור. המחקר, לפי תפיסה ספקנית פוסט-מודרנית זאת, שואף להגיע לגילוי ולחשיפה של אמת עובדתית-אובייקטיבית, אבל שאיפה זאת אינה ניתנת להשגה. למעשה, עמדה זאת כופרת בקיומה של אמת אובייקטיבית אחת. ההנחה בדבר קיומה של אמת עובדתית היא גרעין התפיסה המודרנית של המדע²²⁹. המדע המודרני פיתח את ה"שיטה", את המתודה, שתכליתה לחתור לגילוי האמת²³⁰. אחד מציווייה של השיטה המדעית הוא להרחיק את החוקר ממושא המחקר, ולאייץ את דעותיו הקדומות.

העמדה הפוסט-מודרנית כופרת באפשרות הזאת. החוקר הוא בהכרח תבנית נוף השכלתו. המחקר לעולם איננו אובייקטיבי-טהור, הוא תמיד ובהכרח מושפע מהרקע שממנו בא החוקר, אף אם ינסה לאייץ השפעות אלה²³¹. בקביעה כזאת יש יסוד טראגי משהו. היא משנה את מעמדו של החוקר: הוא אינו ניצב בראש ההר, אלא רק במעלה ההר. אולם כסיזיפוס, לעולם לא יוכל להגיע לפסגה, שכן איש איננו יודע היכן אותה פסגה. ביישום למחקר המגילות, גם אם ישנה אמת עובדתית, שהרי הכותב שהתגורר בקומראן חיבר דבר מה, אין לנו כיום כל אפשרות לגלות מהי האמת הזאת, ולעולם לא נדע לאשורה את אותה אמת. מתפיסה פוסט-מודרנית זאת של תהליך המחקר המדעי נובע שהמפענח בהכרח איננו מצליח במשימתו. הגם שהוא מתבסס על המקור, הרי הוא מוסיף משל עצמו.

לתפיסה פוסט-מודרנית זאת של תהליך המחקר המדעי השלכה ישירה על הכלל המשפטי: מאחר שהתפיסה הזאת כופרת באפשרות שהחוקר ישחזר במדויק את הטקסט המקורי, הרי ביצירתו יש בהכרח יסודות שהם משל עצמו. יסודות אלה שמקורם בחוקר מספקים את דרישת המקור²³². הדבר שקול לאותה תזוזה-יד של הסטודנטית לציור,

- 229 קרל ג. המפל **פילוסופיה של מדע הטבע** (תרגום: ג' פרוידנטל, 1979), 19, 56.
- 230 השיטה המדעית כרוכה בתפיסות פילוסופיות רחבות יותר של עידן ההשכלה. אחד המאניפסטים הברורים והמוכרים ביותר של רעיונות אלה הוא חיבורו של רנה דיקרט, מאמר על המיתודה (יוסף אורי, מתרגם, ירושלים, תשמ"ז). לא מקרה הוא שהפילוסופים הגדולים של התקופה היו גם מדענים חשובים.
- 231 ראו Hans-Georg Gadamar *Truth and Method* 270-271 (2d ed., 1993). לדיון ראו ד' לוי **הרמנויטיקה** (תשמ"ז) 116.
- 232 מקווין מעלה טענה דומה, ברוח פסק-הדין האנגלי בעניין *Interlego*. הוא סבור שפענוח של טקסט עתיק בהכרח כרוך בכישרון ובפרשנות, וכל עורך יגיע לתוצאה שונה. משום כך הוא בהכרח מוצא שמתמלא רכיב המקור. ראו H.L. MacQueen "Copyright Law and the Dead Sea Scrolls: A British Perspective" in *On Scrolls, Artefacts and Intellectual Property* 99 (Timothy H. Lim, Hector L. MacQueen, Calum M. Carmichael eds., Sheffield 2001).

אפילו אם התזווה מקרית²³³. אולם בין מחקר המגילות לתזווה היד של הסטודנטית לציור יש הבדל עצום. במקרה של ההעתק הסטודנטיאלי של יצירת המופת, ניתן להשוות את היצירה המקורית להעתק, כלומר ניתן לזהות את השינויים. במקרה של מחקר המגילות – אין בידינו, ולא תהיה בידינו, היצירה המקורית. לעולם לא נוכל להשוות את המקור לשחזור, לעולם לא נוכל לדעת בוודאות מה הם השינויים שמקורם בחוקר בלבד. לשוני זה השלכה ישירה על היקף ההגנה הניתנת למעתיק/משחזר. הגנת זכות היוצרים אמורה להינתן רק בגין אותם שינויים שמקורם ביוצר השני. במקרה הסטודנטית לציור ניתן לפעול כך, אולם במקרה מחקר המגילות אי אפשר לדעת מה מתוך היצירה מקורו ביוצר המקורי ומה במשחזר. אין בידינו המגילה המקורית, ואיננו יודעים – איש איננו יודע, גם לא קימרון עצמו – היכן דייק והיכן, אולי, שגה. השופטת דורנר הפרידה בין שלבי המחקר והשחזור השונים של המגילות. המיון וההרכבה הפיזית אינם ראויים לטעמה להגנה (אף כי לא הסבירה מדוע). רק החסרים שמילא קימרון – "עריכת הטקסט המורכב" – רק בעבור אלה הוא זכאי להגנה²³⁴. גישה כזאת ראויה, אלא שגם היא רחבה מדי. הרי גם בתוך מילוי החסרים איננו יודעים מהי "האמת האובייקטיבית", קרי מה נכתב לפני למעלה מאלפיים שנה, ומהי תוספתו המקורית של קימרון. בהיעדר יכולת להשוות את היצירה הנוכחית למקור, אי אפשר לדעת מה מתוך המגילה המשוחזרת מקורו בקימרון. כיצד יש לנהוג? נדמה לי שכאן ראוי לשקול את "מחיר הטעות" של שתי האפשרויות המשפטיות. אפשרות אחת היא להעניק הגנה לקימרון, כפי שנהג בית-המשפט. האפשרות השנייה היא לקבוע כי לא הוכחה המקוריות הראויה²³⁵.

ההכרעה מצויה לטעמי בהבנה הבסיסית של זכות היוצרים, ובחירתו הברורה של בית-המשפט בהצדקה הציבורית-הסדרתית הייתה צריכה להקל על ההכרעה: קימרון אינו זקוק לתמריץ כלכלי כדי לשחזר את המגילה. התמריץ שלו נעוץ בתשוקתו המדעית, ויש להניח ברצונו לזכות בהכרה מצד הקהילייה הרלוונטית החשובה לו. קימרון אכן נהנה מיוקרה רבה בקרב חוקרי המגילות הגנוזות. משכורת קיבל מהאוניברסיטה שאליה הוא משתייך, בדיוק כדי שיעסוק במחקר. בנוסף, יש לשקול את ההשלכות על הציבור: הענקת זכות היוצרים לקימרון שקולה לחסימת הגישה להר, כך שאיש לא יוכל להגיע לפסגה, או ליתר דיוק, איש לא יוכל אפילו לנסות להגיע לפסגה. הצורך לאפשר לאחרים לנסות את כוחם נובע מהתפיסה הציבורית-הסדרתית של זכויות

233 ראו (לעיל, הערה 144).

234 קימרון מחוזי, בעמ' 24.

235 כללים ראייתיים בדבר נטל ההוכחה עשויים לסייע כאן, אולם אני מבקש להתמקד בשאלה המהותית.

יוצרים ומרעיון הקדמה²³⁶. הוא נובע גם מתוך הגיונה של דרישת המקוריות²³⁷. בית- המשפט המחוזי טעה בבחירת מחיר הטעות כאשר קבע כי לקימרון עומדת הגנת הדין. ערעור הנתבעים לבית-המשפט העליון נדחה, ופסק-הדין המחוזי אושר. אלא שהבסיס לפסק-הדין בערעור שונה מזה של בית-המשפט המחוזי, ולטעמי, רעוע עד מאוד.

(ד) פסק-הדין בערעור

כיצד תופס השופט טירקל את מטרת דיני זכויות היוצרים? כיצד הוא מעצב את דרישת המקוריות? אין בפסק-הדין דיון ישיר במטרות הדין. במקום אחד מעיר השופט כי "אכן, מדובר במאבק בין אינטרסים, העומדים לפעמים זה מול זה – זכותו של היחיד להגנה על פרי יצירתו מול זכותה של החברה להוסיף ולשגשג על הקרקע הפוריה של העבר – שביניהם יש לאזן"²³⁸. הוא ממשיך ומסביר כי המחוקק כבר איזן בין אלה בקבעו חריגים והגנות לזכות²³⁹. מעניין לעקוב אחרי הדפוס של טיעון זה. הוא מתאר מצב

236 אלקין-קורן סבורה כי מסקנה זאת נובעת מתוך תפיסת המחקר המדעי: היא מדגישה שקימרון נסמך על תזות מדעיות, קרי רעיונות, שפותחו במהלך השנים על-ידי הקהילות האקדמיות הרלוונטיות. משום כך גם המחקר שלו הוא תזה מדעית, וזאת שקולה לרעיון שאינו ראוי להגנת הדין. ראו-Elkin Koren (*supra*, note 157), at p. 109. אלקין-קורן מדגימה את ההבחנה הזאת בצורה שבה אנחנו נוהגים להתייחס לתרגום, לעומת פענוח, דוגמת זה של קימרון: באשר לתרגום, נשאל אם הוא טוב או לא. באשר לפענוח, נשאל אם הוא נכון או שגוי – *ibid*, at p. 110.

237 האם כוונתו של קימרון משנה? הרי כמדען, יש להניח שהוא מעוניין להציג את עבודתו כשחזור מדויק של הטקסט המקורי, כחשיפת ה"יש", ולא כיצירת יש מאין. אם כך, הרי הוא שואף שלא להוסיף דבר משל עצמו. אילו תורגמה השאיפה המדעית למסגרת המשפטית, לא היה זכאי קימרון, לשיטתו, להגנה, שכן לא הוסיף דבר חדש. עיון בהבנה המקובלת של דיני זכויות יוצרים מעלה כי שאלת הכוונה של היוצר בעת חיבור היצירה אינה רלוונטית. משום כך גם צילום פשוט ללא כל הכנה מוקדמת, ללא תכנון זווית הצילום, התאורה וכיוצא באלה, יזכה להגנת הדין. דייורד נימר, מחבר החיבור המרכזי ורב ההשפעה בארצות-הברית בנושא זכויות יוצרים, טוען כי הכוונה משנה. ראו D. Nimmer "Copyright in the Dead Sea Scrolls" 38 *Houston L. Rev.* 1 (2001) וצפו <http://video.haifa.ac.il/DeadSeaScrolls.htm> הטיעון המורכב מעניין, אך אני סבור כי הוא מוקשה. עיקר הקושי הוא בהשלכות של עמדה כזאת: היא מייחסת את מקור המשמעות של היצירה ליוצר, ומחמיצה את התובנה כי משמעות היצירה אינה מוגבלת למקום אחד, אלא נוצרת במרחב שבין היוצר, הטקסט והקוראים. ביקורת נוספת על עמדתו של נימר היא, שגם הוא נופל בשבי דימוי היוצר הרומנטי.

238 ערעור קימרון, בעמ' 1834-ז.

239 שם, בעמ' 835, בהסתמך על עניין גבע, ובהפניה להגנת השימוש בהוגן שבסעיף 2(1) לחוק.

ראשוני שבו יש שני אינטרסים נוגדים, וליתר דיוק ישנה זכות של היחיד ומולה אינטרס של החברה (המתואר, אגב, במונחי רעיון הקדמה). האינטרקציה היא במישור חיצוני: כל אחת מכפות המאזניים עצמאית. מלאכת האיזון – הנעשית על-ידי המחוקק – מפנימה את האיזון החיצוני לתוך מסגרת הדין. תפיסה כזאת משקפת את הגישה האקלקטית של הדין הישראלי, אך היא איננה קוהרנטית. גישה זאת מניחה שזכותו של היוצר לפרי עמלו קודמת לסדר החברתי, קיומה אינו מותנה בהכרה המשפטית אלא מאחר שקיים אינטרס ציבורי נוגד, יש לאזן ביניהם איזון שמגולם בדין. תפיסה זאת מושתתת אפוא על עמדת המשפט הטבעי, אך מגבילה אותה – הגבלה חיצונית – מחמת שיקולים יריבים המשויכים לציבור. תפיסה כזאת איננה עולה בקנה אחד עם התפיסה הציבורית-הסדרתית הרואה בזכות היוצרים יציר המשפט, ומתוך כך רואה בזכות המוענקת ליוצר אמצעי בלבד להשגת המטרה הציבורית. גישה כזאת איננה עולה בקנה אחד עם הציווי הבהיר של עניין אינטרלגו.

וכיצד מעצב השופט את דרישת המקוריות? בית-המשפט מרכיב אסופת כללים מתוך הפסיקה שהייתה לפניו, ובעיקר הוא מדגיש את רכיב המקור מתוך עניין סטרוסקי ואת אי-מספיקותו של רכיב ההשקעה, מתוך עניין אינטרלגו²⁴⁰, וסיכומו:

"ראינו שליקוט ועריכה עשויים לבוא בגדרה של 'יצירה ספרותית', כמשמעה בחוק, וכי השאלה אם קמה זכות יוצרים ביצירה נבחנת לפי מידת המקוריות שבה. עוד ראינו, שלא די בכך שהיוצר השקיע ממשאביו האנושיים, אלא שנדרשת גם מידה של מקוריות – לא רק ביצירה גופה אלא גם בתהליך של יצירתה – על מנת שהיצירה תזכה בהגנה"²⁴¹.

לאחר פירוט העקרונות עובר השופט ליישומם במקרה הנדון. הוא פותח בציטוט עמדת השופט דורנר, היא העמדה שהובאה לעיל ושמצאתי בה רמזים לתפיסה פוסט-מודרנית של המחקר המדעי²⁴². הקושי המרכזי לא נעדר מעיני השופט. הוא מסכם את טענות המערערים, שתמציתם בנקודה זאת היא כי עבודתו של קימרון היא גילוי וחשיפה בלבד של עובדות²⁴³. טענה זאת משקפת תפיסה מודרנית של המחקר המדעי: שמטרתו לחשוף את האמת האובייקטיבית, וכי יש ביכולתו לעשות כן. טירקל דחה את טענות המערערים וקבע שיש בפענוח משום מקוריות במידה המספקת²⁴⁴.

240 שם, בעמ' 829-830.

241 שם, בעמ' 831.

242 שם, בעמ' 831-ה, וראו לעיל הערה 228 (ציטוט מקימרון מחוזי, בעמ' 24א).

243 שם, בעמ' 832-831ב.

244 שם, בעמ' 834א.

בשונה מהשופט דורנר, סבור טירקל שאין להפריד את שלבי הפענוח, וכי יש לבחון את המלאכה "על כל רבדיה כיצירה שלמה אחת"²⁴⁵. ההרכבה הפיזית של הקרעים, סידור "איי" הקרעים, פענוח הכתב המטושטש ואופן השלמת החסר – כל אלה "ארוגים ואחוזים זה בזה, תלויים זה בזה ומשפיעים זה על זה"²⁴⁶. במבט ראשון נראה כי זאת עמדה ספקנית ורלטיביסטית של המחקר המדעי ושל המדע בכלל אף יותר מזאת של השופט דורנר. אולם נראה לי שאין להבין את עמדת השופט טירקל כעמדה הפוסט-מודרנית. בעוד שתפיסתה של דורנר מתמקדת בתהליך היצירה, ובעיקר בקשר שבין היוצר לבין הטקסט, מתמקד השופט טירקל כמעט רק ביוצר עצמו. במונחים שהצגתי בראש הדברים פה²⁴⁷, דורנר מתמקדת **בצלע** אחת של משולש היצירה (יוצר-טקסט), ואילו טירקל מתמקד רק **בקדקוד** אחד שלו (ביוצר). הדברים בולטים מתוך תאוריו את עבודתו של קימרון. התאור רומנטי עד מאוד. קימרון מוצג כיוצר הרומנטי הקלאסי, וכפי שהעיר פרופסור פיטר יאזי, פסק-הדין כולו נקרא כיצירה ספרותית מהמאה התשע-עשרה²⁴⁸. תחילתו של התיאור הרומנטי באה בצמצום הסיפור השיפוטי, וזאת על-ידי ניתוקו מהרקע הקודם של המחקר האקדמי, קרי המונופול המחקרי שהגביל עד מאוד את הגישה למגילות, מונופול שקימרון נהנה ממנו בהיותו חבר בצוות החוקרים המצומצם. הבנייתו של קימרון כיוצר רומנטי באה עוד בשלב תאור השאלה המשפטית שעל הפרק. השופט מנסח את השאלה "אם יש לקימרון זכות יוצרים בטקסט המפוענח מכוח אחד או יותר מן הדברים שעשה" ומפרט את פעולותיו של קימרון: צירוף פיזי של הקרעים, סידורם, פענוח הכתב והשלמת החסר²⁴⁹. ומיד הוא מנסח את השאלה שנית, במילים אחרות:

"האם אותה 'רוח', אותה 'נשמה' שהפיח בקרעי המגילה, בכוח הידע והכישרון שלו – שאני מציע לכנות 'שֵׁאָר הרוח' שלו... עושים את הטקסט המפוענח בשלמותו ליצירה המוגנת על-ידי החוק?"²⁵⁰

בהמשך מתאר טירקל את תהליך היצירה של קימרון: "תהליך זה שבסופו הייתה אסופת הקרעים לטקסט שלם, שיש לו תוכן ומשמעות..."²⁵¹. הליך היצירה בעיני

245 שם, בעמ' 833ב.

246 שם, בעמ' 833א.

247 **לעיל**, טקסט סמוך להערה 8.248 צפו בהרצאתו ב-[http:// video.haifa.ac.il/DeadSeaScrolls.htm](http://video.haifa.ac.il/DeadSeaScrolls.htm).249 **ערעור קימרון**, בעמ' 1828.250 **ערעור קימרון**, בעמ' 8291828-א.251 **ערעור קימרון**, בעמ' 1832.

השופט הוא תהליך חד-ממדי, שבו המשמעות נוצרת רק על-ידי ה"יוצר". המשמעות אינה מגולמת בחומרי הגלם – הקרעים – ואינה מצויה בטקסט הסופי עצמו. השופט חוזר על דימויי הרוח והנשמה:

"עבודתו של קימרון לא הייתה איפוא מלאכה טכנית, 'מכנית', כמו עבודת כפיים פשוטה שתוצאותיה ידועות מראש. 'שאר הרוח' שלו, 'הנשמה היתרה' שנתן בקרעי המגילה, שהפכו את הקרעים לטקסט חי, לא היו בגדר השקעה של משאבים אנושיים גרידא, בבחינת 'יזע', במשמעות של 'The sweat of man's brow'. היו אלה פירותיו של תהליך שבו השתמש קימרון בבקיאיותו, במומחיותו ובדמיונו, הפעיל שיקול דעת ובחר בין חלופות שונות"²⁵².

גישתו הרומנטית של טירקל עולה גם מהבנתו את הזכות המוסרית. הוא מתאר את הקשר שבין יוצר ליצירתו כקשר הורי: "אדם זכאי ששמו ייקרא על 'ילדי רוחו'. זיקתו הרוחנית לאלה כמזה, כמעט, כזיקתו ליוצאי חלציו"²⁵³. אכן, קימרון מוצג בפסק-הדין בתיאורים דתיים כמעט: הוא בורא יצירה יש מאין. משמעות היצירה – מקורה בו. היצירה היא ממנו, מרוחו, ואינה פרי עמל פיזי. אין מדובר בתשעים ותשעה אחוזי זיעה ואחוז אחד של הברקה וניצוץ יצירתי, אלא להפך, ועל כן, מסיק בית-המשפט, הטקסט המפוענח הוא יצירה של קימרון, ושלו בלבד.

תפיסה רומנטית זאת אינה חריגה, וכפי שהראו חוקרים אחדים, היא נפוצה בשיטות משפט אחדות. אולם התפיסה לוקה בשלושה דברים לפחות. ראשית, התיאור שהיא מתארת את תהליך היצירה חלקי בלבד. שנית, מדובר בתיאור בלבד – ולא בהצדקה. התיאור נעדר את היסוד הנורמטיבי. ושלישית, אפילו אם היינו מוצאים בתיאור יסוד נורמטיבי, הרי חסרונותיו עולים על יתרונותיו, שכן הוא מדיר תהליכי יצירה שאינם מתאימים לתיאור²⁵⁴. ובהקשר למגילות: מלאכתו של קימרון לא הייתה מלאכת יחיד. הוא נסמך על עבודתם של חוקרים אחרים בצוות המצומצם אשר אספו את קרעי המגילה, מיינו אותם וסידרו אותם סידור ראשוני. הוא נסמך על כלים שסיפקה לו רשות העתיקות ועל שכר שקיבל מהאוניברסיטה, ובעיקר הוא נסמך על ידע קודם, שנצבר במהלך שנים רבות: ידע בלשני וידע הלכתי²⁵⁵. תיאורו כיוצר 'יש מאין' מאיין את כל אלה. בנוסף, התיאור הרומנטי מתעלם ממשמעות המונפול המחקרי. ייתכן שגם אחרים

252 ערעור קימרון, בעמ' 833.

253 ערעור קימרון, בעמ' 841.

254 לביקורת על דימוי היוצר הרומנטי ראו (לעיל, הערה 7).

255 ראו Elkin-Koren (*supra*, note 157).

היו יכולים לנסות את כישרונם במחקר. כישרונו של קימרון – כישרון שאין עליו עוררין – התבלט בעקבות ההזדמנות שניתנה לו, מתוך היותו חבר בצוות המצומצם, הזדמנות שלא ניתנה לכל המעוניינים.

תיאור זה מחמיץ את תובנת הבנייה ואת רעיון הקדמה. יצירתו של קימרון מוצגת כיסוד הראשון של הבניין, כאילו אין היא מונחת על אבני בניין שקדמו לה. אין ספק שקימרון הניח לבנה חשובה מאוד בבניין הידע האנושי. גם אין ספק כי הוא ראוי להערכה ולהוקרה על מחקרו. אולם התיאור של עבודתו כמעשה בראשית חוטא למציאות, והחטא מוגבר כאשר התיאור הופך לציווי נורמטיבי.

בחנית פסק-הדין, ובעיקר יישום ההנחיה העקרונית המוצגת בו לכלל עובדות המקרה, מעלה כי הגם שנדרשה בדיקה של רכיב המקור, נבדק כמעט אך ורק רכיב ההשקעה²⁵⁶. ההשקעה הרבה של קימרון – אחת-עשרה שנות עבודה מאומצת – טשטשה את בדיקת רכיב המקור, אף שרכיב זה הוצג כרכיב המרכזי של דרישת המקוריות. ככל שקימרון הוצג כמקור הטקסט המפוענח, הרי זהו תיאור חובק עולם, שניזון מהתפיסה הרומנטית יותר מאשר מבחינת עובדות המקרה. העבודה הרבה שהושקעה נתפסה כתחליף או כסמן לרכיב המקור²⁵⁷, בניגוד להנחיה העקרונית של הפסיקה הקודמת, ובניגוד להנחיה העקרונית שפורטה בפסק-הדין עצמו. במילים אחרות, במונחים ששימשו אותנו עד כה, הרי שפסק-הדין מבכר, בפועל, את תפיסת ההשקעה של דיני זכויות יוצרים, על פני התפיסה הציבורית-הסדרתית²⁵⁸. העדפה זאת איננה תואמת את הפסיקה, איננה תואמת את פסק-הדין עצמו, איננה נתמכת בהצדקות משכנעות די הצורך ואיננה רצויה מחמת השלכותיה. ואף אם יש בפסק-הדין משום שינוי בכיוון הרוח באשר לזכויות יוצרים ראוי ששינוי כזה לא ייעשה בהיסח הדעת, אלא במפורש. עד אז ראוי להגביל את משמעות פסק-הדין לנסיבותיו יוצאות הדופן.

256 למעשה, הדיון בפסק-הדין תמציתי מאוד בנקודה זאת. לאחר פירוט העקרונות ולאחר תיאור תהליך רומנטי של יצירה קובע השופט כי "מכל אלה עולה בבירור תמונת תרומתו המקורית של קימרון, ומכאן המסקנה כי 'שאר הרוח', ה'נשמה היתרה' שנתן בקרעי המילה בכוח עבודתו עושים אותו בעל זכות היוצרים בטקסט המפוענח" – **ערעור קימרון**, שם, בעמ' 834.

257 יצוין כי פסק-הדין מאזכר את האפשרות שרכיב ההשקעה ישמש אינדיקציה לרכיב המקור, אך אינו מבהיר את עמדתו בעניין. ראו **ערעור קימרון**, שם, בעמ' 830.

258 כלומר במצב (ד) (סטודנטית לציור) מבכר השופט את פתרון (ד) על פני (ד): הוא אינו שולל את היעדרו של רכיב המקור ורואה בהשקעה משום תחליף לרכיב המקור, או אם השופט סבור שמדובר במצב (ה), שבו בהגדרה אין מתמלא רכיב המקור, הרי הוא בוחר בחלופה (ה) הרואה ברכיבים חלופיים.

ד. סוף דבר : על זכויות ושליטה תרבותית

במאמר זה ביקשתי להראות כיצד דיני זכויות היוצרים מנסים להסדיר היבטים שונים של תהליך היצירה. ביקשתי לחשוף כיצד תופס המשפט את תהליך היצירה ולהמחיש זאת באמצעות דיון בכלל מרכזי של הדין: דרישת המקוריות. ראינו כי הצדקות תאורטיות שונות מדגישות נקודות שונות על פני הציר שבין היוצר, היצירה והפרשן. התפיסה הרכושית מתמקדת בקשר שבין היוצר ליצירה ומתעלמת מהפרשן, שהוא במקרה של יצירה הציבור כולו. התפיסה הציבורית-הסדרתית מתמקדת באותו ציבור ומעלה גם את האפשרות שהפרשן הוא יוצר בזכות עצמו. הציר הופך אפוא למעגל. ההצדקות השונות נפרטות לכללים שונים של דרישת המקוריות. בעוד שהתפיסה הרכושית מוכנה להסתפק בהשקעת עמל רב, הרי התפיסה היריבה עומדת על כך שמקור היצירה הוא ביוצר, ושהשקעת עמל אינה מעלה ואינה מורידה. תפיסה נוספת של תהליך היצירה מצטרפת כאן לדיון. זאת התפיסה הנשענת על רעיון הקדמה. לפיו הידע האנושי נצבר בתהליך בין-דורי ממושך ואיטי שכיוונו הכללי הוא של שיפור. תפיסה כמעט טריוויאלית זאת מסייעת לנו בעיצוב הכללים המשפטיים.

הדיון הכללי בדרישת המקוריות הוביל לבחינת הדרישה בדין הישראלי והקשר שלה להצדקה המוצהרת המקובלת בישראל, היא ההצדקה הציבורית-הסדרתית, הגם שנשתרבו לתוכה יסודות מהתפיסה הרכושית. דרישת המקוריות עוצבה בדרך כלל בהתאם להצדקה הכללית הזאת, והיא שמה את הדגש על רכיב המקור: ההתעקשות שמקורה של יצירה הוא ביוצרה. עיצוב זה עמד לאחרונה במבחן, כאשר בית-המשפט נדרש לשאלת מהותו של פענוח טקסט עתיק רב חשיבות. מקרה זה ממחיש בבהירות כיצד הדין מבקש לעצב את תהליך היצירה, וכיצד הבנות שונות של תהליך היצירה מכתיבות – או עשויות להכתיב – תוצאות משפטיות שונות. השאלה המרכזית שהתעוררה בהקשר זה היא תפיסת תהליך היצירה המדעי: האם מטרתו לחשוף אמת אובייקטיבית, והאם ביכולתו לעשות כן. או שמא מטרתו היא להציג תזה בלבד, ובהכרח אין הוא יכול לחשוף את אותה אמת, אם בכלל היא קיימת. לתוך שאלות אלה חדרה הרוח הרומנטית, המדגישה את היוצר כמקור המשמעות של הטקסט. חדירה זאת עיצבה במידה רבה את תוצאת הדיון תוך סטייה מההצדקה התאורטית המקובלת, תוך זריית אי-בהירות בשאלת דרישת המקוריות ותוך הצגתה של תפיסה שונה לתהליך היצירה.

לכללים המשפטיים שאנו מעצבים ומפעילים ישנן השלכות חלוקתיות. כאשר המשפט מכיר בזכויות ומעמיד לרשות בעלי הזכויות את כוחה הכופה והאוכף של המדינה, אנו מונעים מאחרים את השימוש במשאבים שהופקדו בידי הפרט בעל הזכויות. דיני זכויות יוצרים אינם יוצאים מן הכלל. המשאב המוסדר על-ידי דיני זכויות יוצרים הוא יצירות רוחניות. הענקת זכות ליוצר ביצירה משמעה הפקדת שליטה בלעדית

בידי היוצר במשאב, הן בחומרי הגלם והן ביצירה המוגמרת. זאת בעיקרה שליטה כלכלית. אבל לא רק כלכלית. כאשר בעל זכויות יכול לעשות ביצירתו ככל העולה על רוחו ולהגביל את השימוש של אחרים ביצירה, כלומר כאשר הוא נוהג "שרירות בעלים", הוא שולט גם במשמעות של היצירה. משמעות של יצירה אחת ומכלול המשמעויות כולן – המערכת התרבותית שבה אנו חיים – היא הידע האנושי. הידע הוא בסיס לקיום החברתי שלנו: זהו הגרעין של השלטון העצמי ושל אפשרות ההשתתפות בדמוקרטיה, זהו הגרעין של חופש הביטוי. הידע האנושי הוא גם הבסיס לקיומנו הרוחני האישי. בלעדיו אין מותר האדם מהבהמה. משום כך, כאשר אנו מעצבים את כלליו של ענף זכויות היוצרים, יש להיות ערים להשלכות חלוקתיות אפשריות, ולהישמר מפניהן.