

## חקיקת זכויות יוצרים בעידן המידע\*

### יובל קרניאל\*\*

לאחר שנים של עבודה פרסם לאחרונה משרד המשפטים את תזכיר חוק זכות יוצרים. מדובר בניסיון לעדכן את חוקי זכויות היוצרים הקיימים, המבוססים על חוקים מנדטוריים מראשית המאה העשרים. המגמה העיקרית בתזכיר היא מציאת איזון נאות בין תמרוץ היצירה, על-ידי מתן זכויות כלכליות בה, לבין הצורך לאפשר לציבור גישה ליצירה ושימוש בה לשם קידום של הידע, התרבות וחופש הביטוי. בהערת חקיקה זו המחבר טוען כי התזכיר אינו מספק מענה של ממש לדילמות העיקריות של עידן המידע הדיגיטלי והגלובלי שבו אנו חיים, ומעלה בהקשר זה שלושה טיעונים מרכזיים: (1) התזכיר הינו טריטוריאלי, אף שאנו חיים בעידן גלובלי; (2) התזכיר הינו אנלוגי, אף שאנו בעידן דיגיטלי; (3) התזכיר הינו מודרני בעידן שהינו כבר פוסט-מודרני.

המחבר טוען כי על בעלי זכויות היוצרים להכיר בכך שאנו נכנסים לעידן חדש המחייב הרחבה של זכויות המשתמשים וצמצום ניכר ביכולתם של בעלי הזכויות למנוע מאחרים את השימוש ביצירתם. המסקנה המתבקשת מכך לגבי

---

\* חלק מהדברים הכלולים במאמר זה נאמרו לראשונה ביום-עיון שנערך במכללה למנהל, ביום 18 במרס 2004, בנושא תזכיר חוק זכות יוצרים. הערת המערכת: לקראת הבאת המאמר לדפוס פורסמה הצעת החוק הממשלתית - הצעת חוק זכויות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 1116 (מיום 20 ביולי 2005). הצעת חוק זו מעגנת את עיקרי תזכיר חוק זכויות יוצרים הנידונה במאמר זה. השינוי המרכזי בהצעת החוק לעומת תזכיר חוק זכויות יוצרים הוא צמצום במערך רשיונות הכפייה בזכויות יוצרים - ראה ה"ש 17-11 למאמר זה.

\*\* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר בבית-הספר לתקשורת ובבית-הספר למשפטים של המסלול האקדמי, המכללה למנהל. קיבל תואר בוגר בהצטיינות מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים (LL.B.), תואר מוסמך במשפט בין-לאומי וזכויות אדם מאמריקן יוניברסיטי (LL.M.), ותואר דוקטור למשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים (LL.D.).

אני מבקש להודות לעו"ד אודי נסימיאן ולחברי מערכת משפט ועסקים על תרומתם ועזרתם לנוסח הסופי של המאמר. האחריות לנאמר כאן הינה שלי, כמובן.

יוצרים ומתווכים של יצירות היא שעליהם לאמץ שיטות חדשות על-מנת להתפרנס מהיצירות מבלי להגביל את יכולתו של הציבור להיחשף אליהן.

מבוא: על תזכיר חוק זכות יוצרים, התשס"ד-2003

פרק א: תזכיר טריטוריאלי בעידן גלובלי

פרק ב: תזכיר אנלוגי בעידן דיגיטלי

פרק ג: תזכיר מודרני בעידן פוסט-מודרני

פרק ד: סיכום

### מבוא: על תזכיר חוק זכות יוצרים, התשס"ד-2003

לאחרונה, לאחר שנים ארוכות של עבודה מאומצת, פרסם משרד המשפטים את תזכיר חוק זכות יוצרים.<sup>1</sup> מדובר בניסיון שאפתני וראוי להחליף את החקיקה האנגלית הישנה מתחילת המאה הקודמת, המסדירה עדיין את דיני זכות היוצרים בישראל,<sup>2</sup> בחקיקה חדשה ומודרנית.

משרד המשפטים מבהיר בדברי ההסבר לתזכיר את המגמות שהוא מוביל ומשקף.<sup>3</sup> המגמה העיקרית, שאני תומך בה, היא הניסיון למצוא, באמצעות דיני זכויות יוצרים, את האיזון הנכון בין אינטרסים רבים ושונים, ובעיקר הניסיון לאזן בין יצירת תמריץ הולם ליצירה, על-ידי הענקת זכויות כלכליות ביצירה, לבין הצורך לאפשר לציבור גישה ליצירות ושימוש בהן לשם קידום של הידע, התרבות וחופש הביטוי במשמעותו הרחבה.<sup>4</sup> גישה זו הינה הגישה הדמוקרטית לדיני זכויות יוצרים, והיא שונה במובנים רבים

1 תזכיר חוק זכות יוצרים התשס"ד-2003 (להלן: התזכיר). תזכיר החוק אושר לאחרונה, ב-31 באוקטובר 2004, בוועדת השרים לענייני חקיקה, וכעת הוא עובר ניסוח סופי לפני הבאתו לקריאות בכנסת. ניתן למצוא את נוסח התזכיר בכתובת: <http://www.bizlaw.co.il/download/statute/copyrights.pdf>

2 חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: החוק) ופקודת זכות יוצרים, 1924 (להלן: הפקודה).

3 התזכיר מבטא בחלקו עבודה של ועדה מטעם משרד המשפטים, שהייתי חבר בה, בראשותו של עו"ד מאיר גבאי. הוועדה סיימה את עבודתה בשנת 1999. התזכיר הופץ ב-16 בנובמבר 2003. נוסח מתוקן אושר כאמור בוועדת שרים לחקיקה ב-31 באוקטובר 2004.

4 על הצורך באיזון זה ראו בדברי ההסבר לתזכיר, לעיל הערה 1, וראו גם: גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359; יובל קרניאל ואהוד נסימיאן "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" עלי משפט ג (תשס"ג) 191.

מהגישה הקניינית הצרה שלפיה המוקד הוא זכותו הקניינית של היוצר או של בעל הזכות ביצירה.<sup>5</sup>

עם זאת, ולמרות המגמה הראויה הנושבת מדפיו של התזכיר, אין לדעתי בתזכיר ובהצעת החוק מענה של ממש לדילמות העיקריות של עידן המידע הדיגיטלי והגלובלי שבו אנו חיים. במאמר קצר זה אני מבקש להתמקד בשלוש בעיות העולות מן התזכיר:

1. התזכיר הינו טריטוריאלי, אף שאנו חיים בעידן גלובלי.
2. התזכיר הינו אנלוגי, אף שאנו בעידן דיגיטלי.
3. התזכיר הינו מודרני בעידן שהינו כבר פוסט-מודרני.

התוצאה היא, לכן, הצעת חוק שיש בה אומנם כדי לשפר את המצב המשפטי הקיים ולתת מענה חלקי לכמה שאלות משפטיות ולכמה בעיות בוערות, אך אין בה התמודדות מרחיקת-ראות עם השינוי הגדול במציאות שבה אנו חיים, שינוי המחייב מחשבה חדשה על דיני זכויות יוצרים ושינוי דרמטי הרבה יותר של הדין הקיים.

מטרתה של הערה זו היא להפנות את תשומת-הלב של משפטנים ומחוקקים ואת הדיון המשפטי המתנהל סביב הצעת החוק החדשה אל השינויים מרחיקי-הלכת המתחוללים בתחום, ולהצביע על כך שגם התזכיר החדש אינו נותן מענה הולם לצורכי התקופה. מובן שאין במאמר קצר זה כדי לתת סקירה מלאה של תזכיר הצעת החוק, העוסק מטבע הדברים בכל דיני זכויות היוצרים, ואין כאן התייחסות לרוב סעיפיו והוראותיו.<sup>6</sup>

## פרק א: תזכיר טריטוריאלי בעידן גלובלי

דיני זכויות היוצרים עוברים טלטלה בכל העולם. מקורה של הטלטלה נעוץ כמובן בטכנולוגיה הדיגיטלית ובמציאות החדשה של עידן המידע.<sup>7</sup> התופעה הראשונה והבולטת

5 על הגישות השונות, המופיעות גם בפסיקת בית-המשפט העליון, ראו מיכאל בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב (תשס"ב) 347, 386-390 (להלן: בירנהק "דרישת המקוריות"). ראו גם רע"א 6141/02 אק"ם בע"מ נ' גלי צה"ל, פ"ד נו(2) 925, שבו קובעת השופטת דורנר: "ליוצר זכות קניין ביצירתו, וזכות זו המעוגנת בס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הינה כידוע זכות יסוד במשפטנו." לביקורת על פסיקה זו ראו מיכאל בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית" עיוני משפט כז (תשס"ד) 885, 894 (להלן: בירנהק "העתקה פרטית").

6 לביקורת שונה על התזכיר ראו טוני גרינמן זכויות יוצרים (טובה אולשטיין עורכת, תשס"ד) 747-759.

7 ראו, למשל, את הדו"ח של צוות הממשל האמריקאי לקניין רוחני בעידן המידע: "Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of

ביותר היא, כמובן, קריסתם של הגבולות הגיאוגרפיים של המדינות וההפכות של העולם לכפר גלובלי אמיתי, כפי שצפה מקלוהן לפני ארבעים שנה.<sup>8</sup> היהפכותו של העולם לכפר גלובלי ניכרת במיוחד בכל הנוגע לעולם התקשורת ולמעבר המהיר של מידע ושל יצירות מוגנות בזכויות יוצרים בין מקומות שונים על פני כדור-הארץ, מבלי להתחשב כלל בדינים השונים המסדירים את הטיפול בהם.

דיני זכויות היוצרים נותרו ברובם דינים טריטוריאליים של כל מדינה ומדינה, אולם המציאות החדשה מובילה תהליכים בין-לאומיים שמשמעותם ניסיון ליצור האחדה של דיני הקניין הרוחני בכלל ושל דיני זכויות היוצרים בפרט. האחדה זו נעשית בעיקר על-ידי השלטה של החוק האמריקאי במסגרת הסכמי הטרופס השונים (TRIPs), על-ידי הדיקטיבות האירופיות וכן על-ידי מוסדות בין-לאומיים מרכזיים, ובראשם האיחוד האירופי ו-WIPO – הארגון העולמי לקניין רוחני.<sup>9</sup> בשנים האחרונות מופנית ביקורת נוקבת בקרב כותבים רבים על ההסדרים השונים באמנות הבין-לאומיות, אשר מתברר כי במקרים רבים אינם יעילים דיים ואינם משיגים את קצב ההתפתחות הטכנולוגית.<sup>10</sup>

---

the Working Group on Intellectual Property Rights" (Sept. 1995) 178, available at <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/index.html> (18.4.2005)  
 דו"ח זה פורסם בתקופת ממשלו של הנשיא קלינטון, וכונה "המסמך הלבן" (White Paper). המסמך דן בעיקר בנקודת האיוון בין צורכי הגישה של משתמשי האינטרנט לבין זכותם של בעלי הזכויות לשלוט בגישה ליצירות המוצבות ברשת האינטרנט, תוך התייחסות לאחריותם של ספקי הגישה והתוכן באינטרנט. ההמלצות במסמך לא התקבלו ברובן.

8 ראו: Marshall McLuhan & Quentin Fiore *The Medium is the Massage* (New York, 1967).

9 ראו סקירה מפורטת אצל גיל-עד נועם "מדינות מפותחות, מדינות מתפתחות והגנה על קניין רוחני: היבטים בינלאומיים של הגנה על קניין רוחני" המשפט 17 (2004) 75. ראו גם: Carlos M. Correa "Patent Rights" *Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement* (London, C.M. Correa & A.A. Yusuf eds., 1998) הסכם הטרופס (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) הוא חלק מההסכמים שהקימו את ארגון הסחר העולמי בשנת 1995. בהסכם זה התחייבה מדינת ישראל להתאים עד סוף שנת 1999 את חוקיה לדרישות המוגדרות בהסכם בהיבטים הקשורים לזכויות בקניין הרוחני. מטרת הסכם הטרופס להסיר את הקשיים העשויים להתעורר במסחר הבין לאומי בענין זכויות בקניין רוחני ולהבטיח את אחידות הנורמות בתחום זה ברחבי העולם. הסכם הטרופס מחייב את המדינות שהן צד לו להתאים את החקיקה הפנימית שלהן להוראות אמנת ברן – אמנה להגנת יצירות ספרותיות ואומנותיות – 1971.

10 לדיון נרחב במערכות לניהול זכויות ראו: Mark Stefik "Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing" 12 *Berkeley Tech. L. J.* (1997) 137; Mark Gimbel "Some Thoughts on

מגמתם הרצויה של מנסחי התזכיר היא ליצור איזון הולם בין זכויות היוצר לבין האינטרס הציבורי וזכותו של הציבור להשתמש ביצירה ולקבל מידע. בתזכיר בולט הניסיון לתת ביטוי של ממש לאינטרסים של המשתמשים ביצירות, ולעיתים אף להעדיף את זכויות המשתמשים על זכויותיהם של היוצרים ובעלי הזכויות.<sup>11</sup> אולם המגמה העולמית והבין-לאומית בשלב זה, לנוכח עוצמתן הפוליטית הגדולה של חברות המידע, התקשורת והבידור הגדולות, היא לחזק דווקא את היוצרים ואת הבעלים השונים של זכויות היוצרים. התהליך העולמי, המונע על-ידי תאגידי הבידור האמריקאיים הגדולים, חותר לחיזוק ההגנה על יצירות ומנהל מאבק ללא פשרות בטכנולוגיה החדשה, המאפשרת להעתיק יצירות בקלות רבה, לשכפלן ולהשתמש בהן ללא הסכמה של הבעלים וללא תשלום כספי.<sup>12</sup>

מנסחי התזכיר מהלכים על חבל דק בין המדיניות הרצויה לטעמם – וגם הראויה לדעתי – של הרחבת השימושים המותרים<sup>13</sup> ביצירות והרחבת ההגנה על המשתמשים לבין המגמות באירופה והדין הבין-לאומי, המחייב גם את ישראל,<sup>14</sup> העומדים בסתירה למדיניות זו. התוצאה היא שנוצר פער בין דיני זכויות היוצרים המוצעים בתזכיר לבין הדינים במקומות אחרים בעולם המערבי, ובמיוחד במשפט האנגלו-סקסי.<sup>15</sup> מנסחי התזכיר הולכים למעשה צעד אחד קדימה ומציבים את רגלם במקום שאותו סימנה הפסיקה הישראלית, קרי, הפיכת סל השימושים ההוגנים לרשימה פתוחה.<sup>16</sup> למעשה, יש בכך מהפכה של ממש, ובשל

the Implications of Trusted Systems for Intellectual Property Law" 50 *Stan. L. Rev.* 1671 (1998). לדיון במערכות לניהול זכויות במרחב הממוחשב, ובטענה כי הן מייטרות את הצורך בהגנת זכויות יוצרים, ראו: Tom W. Bell "Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine" 76 *N. Carolina L. Rev.* (1998) 557, 564-567; Eric Schlacter "The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could Be Unimportant to the Internet" 12 *Berkeley Tech. L. J.* (1997) 15, 15-38.

11 בין היתר ניתן לאתר את המגמה בפרק הרביעי של התזכיר, היוצר שלושה רשיונות כפייה הגורעים מזכויותיהם של בעלי זכויות היוצרים. מגמה זו סופגת ביקורת חריפה אצל גרינמן, לעיל הערה 6, בעמ' 750.

12 ראו: Lawrence Lessig *The Future of Ideas* (New York, 2002); Pamela Samuelson "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised" 14 *Berkeley Tech. L. J.* (1999) 519.

13 ראו את השימושים המפורטים בפרק הרביעי של התזכיר, לעיל הערה 1, ובמיוחד את סעיף 19 שם.

14 דביר אורן ואח' חקיקת זכויות יוצרים חדשה לישראל (המרכז למשפט וטכנולוגיה, ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2004) 5-12.

15 על כך עומד בקצרה גרינמן, לעיל הערה 6. כמו-כן ראו סקירה קצרה של הדין הבין-לאומי שם, בעמ' 15-25.

16 ראו לעניין זה סעיף 19(ב) לתזכיר, לעיל הערה 1: "19(ב) שימוש ביצירה ייחשב כהוגן

כך התזכיר צפוי לעורר התנגדות חריפה מצד בעלי הזכויות והיוצרים, בין היתר בטענה כי יש בו סטייה מהמצב הקיים כיום בדין הישראלי וכן מהדין הקיים כיום באיחוד האירופי, שם קיימת מגמה חזקה של הגנה על היוצרים ובעלי הזכויות ועל זכויותיהם, גם במחיר של העדפת האינטרסים שלהם על האינטרסים של המשתמשים.

ברור לכל שבעידן הגלובלי שבו אנו חיים, ובתקופה שבה ההגנה על דיני הקניין הרוחני בישראל הינה בעיקרה תולדה של לחץ אמריקאי, קשה לנהל מדיניות עצמאית בתחום זה. הניסיון של משרד המשפטים לתמרן בשוליים מעורר אצלי אהדה אך גם ספק רב בנוגע ליכולת לממש מדיניות זו, בעיקר ככל שהדבר נוגע ביצירות שמקורן מעבר לים אך גם בכל הנוגע ליצירות מקומיות, שהרי אי-אפשר לקיים מערכות מקבילות ושונות של הגנה בישראל על יצירות זרות ועל יצירות מקומיות.

דומה כי מנסחי התזכיר היו מודעים היטב לאמנות ולהסכמים שהמדינה חתומה עליהם, ולכן אימוץ התזכיר אינו צפוי להוביל את המדינה להפרת הסכם. עם זאת, ניתן לצפות לביקורת ואולי אף ללחצים מצד מדינות או גורמים בין-לאומיים שעלולים לראות בחשש את מגמת התזכיר להרחיב את השימושים המותרים ביצירות.

לדעתי, יש מקום לדיון גלוי, פתוח ומפורש הרבה יותר בשאלה אם אנו יכולים ומסוגלים, כמדינה אחת קטנה, לנהל מדיניות ביחס לקניין רוחני בכלל וביחס לזכויות יוצרים בפרט אשר שונה מהמגמות בעולם ומן הדין הבין-לאומי המתגבש באמנות בין-לאומיות, או שזו עלינו להיצמד למגמות העולמיות, לטוב ולרע, כדי להמשיך להיות חלק בלתי-נפרד מהעולם הגלובלי בתחום היוני זה לעתידה של המדינה.

דומה כי הבחירה של משרד המשפטים בתחום זה היא לעשות מאמץ לא להפר את הדין הבין-לאומי ואת האמנות שישראל מחויבת בהן, אך לנסות בכל-זאת למתוח את החבל ככל שניתן, ולאפשר למשתמשי-הקצה שימוש מרבי ביצירות המוגנות, גם במחיר של פגיעה או שחיקה בזכויותיהם של בעלי זכויות היוצרים. פתרון אפשרי לבעיה זו – של דיני זכויות טריטוריאליים בעידן גלובלי – ניתן למצוא באמצעות קביעתם של רשיונות כפייה ומנגנוני פיצוי של בעלי הזכויות על השימוש המותר ביצירות. מנגנונים אלה שומרים על העיקרון של הגנה על זכות היוצר מבלי לפגוע באינטרס הדמוקרטי לשרת את זכויותיהם של המשתמשים ולהפיץ את המידע והיצירות ברבים.<sup>17</sup>

בשים לב, בין היתר, לאלה: (1) מטרת השימוש ואופיו; (2) אופי היצירה בה נעשה השימוש; (3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה; (4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה או על השוק הפוטנציאלי שלה.

17 התזכיר עצמו עושה שימוש במכשיר זה של רשיונות כפייה בפרק הרביעי. ראו, למשל, סעיף 18 לתזכיר, לעיל הערה 1, המציע מנגנון חדש של מעין רשיון כפייה לצורך התרה של שידור-משנה של יצירה שנעשה בעת ובעונה אחת עם השידור המקורי על-ידי מי שאינו המשרד המקורי. זהו פתרון סביר לבעיה שנידונה בדנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd., פ"ד נח(6) 6.

## פרק ב: תזכיר אנלוגי בעידן דיגיטלי

העידן הדיגיטלי מספק לנו כמעט מדי יום פסקי־דין חדשים העוסקים בהגנה על זכויות היוצרים בסביבת המידע החדשה,<sup>18</sup> רבים מבין פסקי־הדין הללו מלמדים אותנו כי משהו יסודי ובסיסי חייב להשתנות בדיני זכויות היוצרים שלנו.<sup>19</sup> לאחרונה הכתיר עיתון הארץ בכותרת בוטה מאמר שעסק באחד מפסקי־הדין שפורסמו לאחרונה בסן־פרנסיסקו. כותרת המאמר הייתה "האמריקאים שוב ירדו מהפסים". קצפו של כותב המאמר יצא על פסיקה של בית־משפט שניסחה ליישם את דיני זכויות היוצרים על־ידי מניעת הפצתה של תוכנת העתקה. בית־המשפט אסר על חברת "Studios 321" למכור ולהפיץ תוכנה המאפשרת העתקת תקליטורי DVD משום שהתוכנה כוללת רכיב המפצה את ההגנה שבנו יצרני התקליטורים נגד העתקה.<sup>20</sup> אולם חשוב להבחין בפסיקתו האחרונה של בית־המשפט הפדרלי בסן־פרנסיסקו, שהורה להפסיק את מכירתה של תוכנת DVD-X COPY אף שהכיר בזכות להכין עותקים אישיים. הכותב, יובל דרור, מציין בלעג כי "נראה שהם באמת חושבים שבאמצעות בתי המשפט הם יצליחו למנוע מהמשתמשים להעתיק סרטים".

זה נראה לו מצחיק, האומנם?

העידן הדיגיטלי משנה באופן מהותי את חיינו, וגורר באופן בלתי־נמנע שינוי דרמטי ביחס למידע, ליצירות דיגיטליות ולזכויות יוצרים. אולם דיני זכויות היוצרים לא עברו כל שינוי כמעט למן תחילת המאה הקודמת.

העמדה האנלוגית של התזכיר באה לידי ביטוי במגמה לא להתמודד באופן ישיר ומלא עם העידן הדיגיטלי. לכאורה, זהו תזכיר מודרני (ועל כך אני מרחיב בהמשך בטענה שהוא אכן מודרני, אך העידן שלנו הינו כבר פוסט־מודרני) המודע היטב לעידן הדיגיטלי שבו אנו חיים. אין ספק שיש בו מידה רבה יותר של בהירות, ושהוא מעודכן ומכיר במושגים החדשים של העידן, לרבות בנושאים של תוכנות מחשב, אחסון יצירות באמצעים אלקטרוניים, העמדה של יצירה לרשות הציבור באינטרנט וכו'.<sup>21</sup> אולם כל ההתייחסות אל עידן המידע הדיגיטלי מתמקדת בתחום הטכני הצר. דוגמה טובה לכך הוא סעיף 31 לתזכיר, הקובע כי העתקה ארעית של יצירה, הנעשית כחלק בלתי־נפרד מהליך טכנולוגי שכל מטרתו תיווך בהעברת היצירה ברשת תקשורת או שימוש כדין ביצירה מותרת, הינה

18 על גבולותיהם של דיני זכויות היוצרים מול התופעה של החלפת קבצים ראו לאחרונה:

*Metro Goldwyn Mayer Studios Inc. v. Grokster*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004)

19 להרחבה על דיני זכויות היוצרים בעידן הממוחשב ראו קרניאל ונסימיאן, לעיל הערה 4, בעמ' 191–245.

20 ראו: *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios Inc.*, 307 F. Supp.2d 1085 (U.S. Dist. 2004).

21 ראו, לדוגמה, סעיפים 14, 29 ו־36 לנוסח התזכיר, לעיל הערה 1. ראו גם את ההתייחסות לכך בדברי ההסבר הנלווים לתזכיר בעמ' 25, 29 ו־31, בהתאמה.

מותרת ואינה מהווה הפרה של זכויות יוצרים. הסעיף מוסיף, למען הזהירות, כי פעולה זו מותרת רק אם אין לה ערך כלכלי משלה. זהו הסדר טכני צר שצריך להיות מובן מאליו. התזכיר מסתפק בצדדים הטכניים האלה ומפנה את גבו אל הטלטלה הקשה העוברת על דיני זכויות היוצרים. כך, הוא אינו נוקט עמדה במחלוקת הגדולה שבין אלה הדורשים שינוי רדיקלי של הדינים לבין אלה המנסים לשמר את הקיים, בין היתר על-ידי פיתוח הגנות חדשות על היצירות ועל זכותם ויכולתם של בעלי הזכויות להגן עליהן ולמנוע שימוש בלתי-מורשה בהן,<sup>22</sup> כגון אמצעים אשר מאפשרים למפיצים לתמחר כל סוג של

22 התפתחותם של אמצעים טכנולוגיים מאפשרת שליטה בשימוש ביצירות. למשל, מערכות אוטומטיות לניהול זכויות (Copyright Management Systems) מאפשרות הצמדת קובץ דיגיטלי ליצירה אשר יגדיר מה הם השימושים המותרים ביצירה ובאילו תנאים מותר להשתמש בה. מערכות אלה יאפשרו למפיצים תמחור וגבייה בגין כל סוג של שימוש ביצירה בנפרד, בהתאם לסוג היצירה, לזהות המשתמש, לסוג השימוש, למשך השימוש וכדומה. מערכות אחרות מאפשרות הפצת עותק של היצירה לזמן מוגבל או כפוף להרשאה להכין מספר עותקים מוגבל. עם תום התקופה או עם השלמת המכסה המותרת של העותקים, העותק המקורי מושמד באופן אוטומטי. השליטה הפיזית ביצירה, הרחבת אפשרויות הגבייה וצמצום עלויות האכיפה מבטיחים את הגדלת פוטנציאל הרווח של בעלי הזכויות. אלה, מצידם, מצביעים גם על היתרון הטמון בכך לצרכנים, אשר יוכלו לרכוש זכויות שונות לשימושים שונים ביצירה במחיר נמוך. אולם נראה כי מערכות ניהול הזכויות יאפשרו לבעלי הזכויות לשלוט בשימוש ביצירותיהם באופן חסר תקדים. בעבר היה הצרכן שרכש עותק של היצירה רשאי להשתמש בו פעמים אינספור, להשאילו לחבר או למכור אותו משומש. ראו, למשל, את הדיון במאמרו של יוחאי בינקלר: Yochai Benkler "Free as the Air to common Use: First Amendment Constrains on Enclosure of the Public Domain" 74 *N.Y.U. L. Rev.* (1999) 354, 386-387, 393-401, 412-414. בעולם של מערכות הגבייה הדיגיטליות יישאר המפיץ בעל העותק, והמשתמש יוכל רק לרכוש כל פעם מחדש את הזכות לקרוא את היצירה, להאזין לה או לצפות בה. שליטה כזו עלולה לסכן את חופש המידע ולצמצם לחלוטין את חופש השימוש ביצירה. שימוש במערכות אלה יאפשר לבעלי הזכויות למנוע ממשתמשים כל שימוש ביצירה (למעט שימוש שנעשה בהרשאתם), ובכלל זה שימוש שעל-פי הדין הקיים נחשב שימוש הוגן או שימוש בחלקים של היצירה אשר אינם מוגנים בזכות יוצרים ואשר החוק מגדירם כנחלת הכלל. נוסף על כך, מערכות לניהול זכויות היוצרים מעוררות שורה של שאלות מהותיות בנוגע להגנת הפרטיות ולזכותו של הציבור לקרוא מידע ולצפות בו באופן אנונימי. ראו, למשל, את הדיון במאמרה של ג'ולי כהן: Julie E. Cohen "A Right to Read Anonymously - A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace" 28 *Conn. L. Rev.* (1996) 981, 983-1003. כמו כן ראו, למשל, את הדיון במחקרו של פרופסור ברייר, אשר מצביע על כך שהצבה של יצירות במרחב הממוחשב מחזירה את העלות הכלכלית של יצירתן והפצתן גם ללא הגנה על זכויות היוצרים: Stephen G. Breyer "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs" 84 *Harv. L. Rev.* (1970) 281.



שימוש ביצירה ולהרחיב את אפשרויות הגבייה של בעלי הזכויות גם על שימושים שנחשבים לגיטימיים כיום.

לא כאן המקום, בהערה קצרה זו, להרחיב על מהותה של הטלטלה העוברת על דיני זכויות היוצרים.<sup>23</sup> עם זאת, חשוב להזכיר שיש סיבות טובות לשינויים מרחיקי-לכת בתחום, בעיקר בגלל השינוי הדרמטי בכל הנוגע לתהליך המימון, היצירה וההפצה של יצירות, ובכל הנוגע לתמריצים הכלכליים המשפיעים על התחום.<sup>24</sup> הקלות שבה ניתן ליצור, להעתיק ולהפיץ יצירות במרחב הממוחשב מחייבת התייחסות לא רק לקלות הבלתי-נסבלת של הפרת זכויות היוצרים, אלא גם לעצם ההצדקה של זכויות היוצרים.

בעידן הדיגיטלי שבו אנו חיים התפתחו אם כן שתי גישות במקביל, הנאבקות כיום על הבכורה. גישה אחת, שמספר הולך וגדל של משתמשים ומשפטנים מחזיקים בה, קוראת לשינוי דרמטי בדיני זכויות היוצרים לטובת המשתמשים והציבור הרחב, כך שאלה העושים שימוש פרטי ביצירות דיגיטליות המופצות באינטרנט לא ייחשבו עבריינים.<sup>25</sup> על-פי גישה זו, מטרתם של דיני זכויות היוצרים היא להרבות יצירה ולאפשר את נגישותה לכל אדם. תנועה זו עוסקת, בין היתר, בקידום עקרונות התוכנה החופשית, בהרחבה ניכרת של השימושים המותרים ביצירות, וכן במציאת שיטות חדשות ושונות לגביית תשלום בגין הורדה והעתקה של יצירות דיגיטליות מהאינטרנט. הגישה כולה נשענת על תפיסה של דיני זכויות יוצרים כחלק מאיזון רחב יותר שעניינו זכויות האדם בחברה דמוקרטית, ובעיקר הזכות לדעת ולעשות שימוש במידע ובידע מצטברים.<sup>26</sup>

כנגד זה קיימת גישה הפוכה שמסקנתה מעידן המידע היא שלנוכח הקלות הבלתי-נסבלת של ההעתקה יש צורך לפתח כלים חדשים, משפטיים וטכנולוגיים, על-מנת להגן על היצירה מפני שימוש בלתי-מורשה. גישה זו נשענת על תפיסה קניינית של זכויות היוצרים, הרואה ביצירה את הקניין הפרטי של היוצר או של הבעלים. גישה זו באה לידי ביטוי בחקיקה ובטכנולוגיה המונעים גישה ליצירות ואוסרים פיצוח של אמצעי הגנה טכנולוגיים. גישה זו מובילה להרחבה של היקף תחולתם של דיני הקניין הרוחני ולהצרת תחומם של המשתמשים, תוך ביטול, למעשה, של ההיתר לעשות שימוש הוגן ביצירה.

אמנת WIPO, הדיקטיבה האירופית בעניין זכויות יוצרים בחברת המידע וכן חוק ה-DMCA האמריקאי הולכים כולם בכיוונה של הגישה השנייה, התומכת בבעלי זכויות

23 ראו, למשל, ניבה אלקין-קורן "זכויות יוצרים בעידן המידע - יעדים ותיקים בעידן חדש" שערי משפט א (תשנ"ח) 155. כן ראו: Michael A. Einhorn *Media, Technology and Copyright* (Cheltenham, 2004).

24 ראו: Niva Alkin-Koren & Eli M. Zalberger *Law, Economics and Cyberspace* (Cheltenham, 2004).

25 ראו גרינמן, לעיל הערה 6.

26 ראו: Niva Alkin-Koren "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace" 14 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1996) 215.

היוצרים, ומטילים איסור על עקיפה של אמצעים טכנולוגיים המגינים על היצירות השונות ומסדירים את השימוש בהן.<sup>27</sup>

כיום קיימת גישה נוספת, גישה הסדרתית כלכלית בעיקרה, הנסמכת על העובדה שהטלטה שדיני זכויות היוצרים עוברים מקורה בכך שרשת האינטרנט וההתפתחות הטכנולוגית צמחו למעשה מכיוון המשתמשים, ולא בצורה מוסדרת ומכוונת. כדוגמה הפוכה, מצדדי גישה זו מפנים לשירותי הרדיו והטלוויזיה הדיגיטליים, ההולכים ותופסים מקום של כבוד במדינות רבות באירופה ובארצות הברית, וכן לתקשורת האינטרנט הסלולרית. טכנולוגיות דיגיטליות אלה נוצרו והופצו על-ידי בעלי השליטה; גבולותיהן של טכנולוגיות אלה ברורים וכך גם אפשרויותיהם של המשתמשים; וצריכת היצירות ידועה ומוסדרת. גישה הסדרתית זו צופה כי למרות הכאוס הקיים ברשת האינטרנט המוכרת לנו כיום, יצליחו אט-אט בעלי הכוח לשלוט בגישה ליצירה על-ידי בנייה מחדש של טכנולוגיית התעבורה הדיגיטלית ברשת האינטרנט, ולא בדרך של קביעת מנגנוני ניהול זכויות פרטניים והגנה עליהם. בסופו של דבר, טוענים אנשי גישה זו, יתכנסו זכויות היוצרים בחזרה אל העולם המוכר והישן ששרר לפני המהפכה הדיגיטלית.<sup>28</sup>

התזכיר שלנו נמנע, ובצדק רב לדעתי, מללכת בנתיב האמריקאי אשר אוסר באופן גורף כל עקיפה של הגנה טכנולוגית, מגביל את זכות הגישה ליצירות ופוגע בחופש המידע פגיעה אנושה.<sup>29</sup> אולם התזכיר אינו הולך כל הדרך ואינו מנסה להתמודד עם השאלות הקשות שהעידן הדיגיטלי מעורר. בראש ובראשונה לא ניתן בו מענה לשאלה המרכזית שמעסיקה כיום מיליוני משתמשים בארץ ואלפי יוצרים: האם מותר כיום בישראל להחליף קבצים, כלומר, להוריד ולהעתיק אל המחשב הפרטי קבצים של יצירות מוגנות הנמצאות אצל משתמשים פרטיים אחרים,<sup>30</sup> ואיך ניתן לפצות את היוצרים ואת בעלי זכויות היוצרים על ההעסקה הפרטית ההמונית של יצירותיהם.

ההתייחסות המועטה בתזכיר למישור הדיגיטלי באה לידי ביטוי בהימנעותם המכוונת של מנסחי התזכיר מלפתור את סוגיית גמול הקלטות, שאותה אנו מכירים מתיקון תשנ"ו

27 לתיאור בעברית של התהליך ראו אסף יעקב "משפט אנלוגי בעידן דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית" עיוני משפט כז (תשס"ג) 367, 383.

28 ראו על כך בהרחבה בדו"ח של מכון IVIR: Bernt Hugenholtz, Lucie Guibault & Sjoerd van Geffen "The Future of Levies in a Digital Environment - Final Report" (Amsterdam, Institute for Information Law, 2003), available at <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf> (18.4.2005).

29 ראו: Pamela Samuelson "The Copyright Grab" *Wired* 4.01 (January 1996), available at [http://wired-vig.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper\\_pr.html](http://wired-vig.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html) (18.4.2005); Jessica Litman *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet* (New York, 2001).

30 לתשובה חיובית לשאלה זו ראו בירנהק "העתקה פרטית", לעיל הערה 5, בעמ' 895. גם בירנהק מציין כי התזכיר החדש משאיר הסדר זה ללא שינוי. ראו שם, בהערות השוליים 41.

לפקודת זכות יוצרים.<sup>31</sup> הפקודה נוקטת כיום לשון שלפיה, לכאורה, רק עותקים אנלוגיים הינם מושא להעתקה פרטית. נראה לי כי לא אטעה אם אציין כי לא רבים הקליטו לאחרונה קלטת אנלוגית לצרכים ביתיים. אם נעשתה המרה או העתקה כזו, היא נעשתה מן הסתם על-גבי תקליטור באמצעות צורב או פורמט דיגיטלי זה או אחר. הסדרת נושא זה הינה חשובה במיוחד, גם לנוכח העובדה שקיימת למעשה אות מתה בספר החוקים שלנו המדברת על פורמט אנלוגי שחלף זה לא כבר מן העולם, אך בעיקר משום שהסדר גמול קלטות דיגיטלי הינו המפתח להסדרת השימושים הביתיים ומתן הגמול הראוי ליוצרים. הסדרה כזו יכולה לשמש צעד חשוב מאוד בדרך הפתלתלה שדיני זכויות היוצרים הולכים בה כיום.<sup>32</sup> אני מחזיק בדעה כי יש מקום לפטור בחוק באופן מפורש<sup>33</sup> העתקות ביתיות שאינן מסחריות, ולהכשיר בכך את החלפת הקבצים באינטרנט. במקביל יש לחזק ולשפר את המנגנון של פיצוי היוצרים או בעלי הזכויות על הפגיעה הגלומה בכך, ככל שהיא מסכנת את המשך היצירה ועידודה. כולי תקווה כי המחוקקים ישכילו להבין כי תזכיר חוק זכות יוצרים (העתקה פרטית), התשס"ה-2004, הינו חלק בלתי-נפרד מחוק זכות יוצרים מתקדם למדינת-ישראל, אשר מכיל בתוכו הסדרת נושא חשוב ליוצרים ולמשתמשים כאחד.

31 ראו לעניין זה סעיפים ג3-ג3 לפקודה, לעיל הערה 2. סנונית מברשת טובות הוא תזכיר חוק זכות יוצרים (העתקה פרטית), התשס"ה-2004, נגיש ב- <http://www.justice.gov.il/>

NR/rdonlyres/E5A991C3-FEE8-4D03-B9DA-638FEC57A8BB/0/zchoyotyotzrimhataka.pdf (18.4.2005). בתזכיר החוק מוצע תיקון מקיף לסעיפי גמול קלטות בפקודת זכות יוצרים. בין היתר מוצע להקים ועדה מייעצת לשר המשפטים וכן להסמיך את שר המשפטים, בהתייעצות עם הוועדה שתוקם לפי סעיף 17ד, לקבוע רשימה של הֶתְקָנִים חייבים שחוק זה יחול עליהם. שר המשפטים יקבע ביחס לאותם הֶתְקָנִים את שיעור התשלום שיחול בגינם מתוך מחירם לצרכן, בהתחשב בשימושים הנוספים של אותם הֶתְקָנִים. כלל זה נועד לאפשר, בעת קביעת הגמול, להתחשב בהיקף השימושים הנוספים בהתקנים אשר אינם במסגרת תחולתו של הֶסְדֵר העתקה פרטית, כגון שימוש בהתקן לצורך גיבוי או תחזוקה של מערכות מחשב וכיוצא בזה. כך, למעשה, יכול שהוועדה תחליט להרחיב את סוג המדיה גם למדיה דיגיטלית.

32 ראו על כך בהרחבה קרניאל ונסימיאן, לעיל הערה 4, בעמ' 246-247.

33 על העמידות הקיימת במצב המשפטי הנוכחי ראו בחלופת המאמרים בין בירנהק "העתקה פרטית", לעיל הערה 5, לבין יעקב, לעיל הערה 27.

## פרק ג: תזכיר מודרני בעידן פוסט-מודרני

התזכיר החדש הינו אכן מודרני ורהוט. הוא גם מנסה להגן על הגישה הדמוקרטית לזכויות יוצרים המעניקה לציבור זכות שימוש ביצירות, ואפילו להרחיבה במעט מהדין הנוהג כיום. כך, למשל, הוספה לחוק, כאמור לעיל, רשימה מסודרת של שימושים מותרים ביצירה, ונקבעו נושאים אחדים שבהם חל רשיון כפייה. אין ספק שניתן לאתר בתזכיר כמה חידושים ראויים לציון.

סעיף 29 לתזכיר,<sup>34</sup> למשל, מסדיר סוגיה חשובה במיוחד – דה־קומפילציה של תוכנות מחשב וסוגיות הקשורות להנדסה חוזרת. סעיף זה נועד למעשה לצמצם את שליטתם של בעלי הזכויות החזקים ובתי־התוכנה הגדולים בתוכנות שלהם, ומאפשר למעשה למפתחי תוכנות להתאים את התוכנות החדשות שלהם לעבודה עם התוכנות השולטות הקיימות בשוק, על־ידי פעולות ההידור – דה־קומפילציה או הנדסה חוזרת. פעולת ההידור בחוק הישראלי אף מרחיבה ומתייחסת למעבר ממהדורות ברמות שפה שונות, ולא רק למעבר מרמת שפה נמוכה לרמה גבוהה, כפי שנקבע בדירקטיבה האירופית לעניין זה ובחוק האנגלי.<sup>35</sup> (שפות גבוהות הן, לדוגמה, Cobol ו־Fortran). התזכיר מתיר גם הכנת עותק תוכנה לגיבוי. הגיבוי חשוב מאין כמוהו בעבודה של מתכנתים ואנשי מחשב, ודומה כי קיים צורך אמיתי להתיר פעולה הכרחית זו.

דומה שסעיף זה פותח פתח לפעולה חשובה וחיונית של מפתחי הקוד החופשי, בתי־התוכנה הקטנים ושוק התוכנה בכלל. כאן ניתן לראות חריג לחוסר ההתייחסות של התזכיר לעולם הטכנולוגי, כפי שציינתי בפתיחת דבריי, דווקא בהרחבה חשובה של השימושים המותרים. סעיפים אלה הינם טכניים אומנם בעיקרם, אך יש בהם כדי לרמוז על גישה חדשה המוצעת למחוקק, שלפיה יש להעדיף במקרים מסוימים את האינטרס הציבורי בפיתוח ויצירה חדשים על האינטרס הקודם של בעל הזכויות ביצירה קיימת.

אולם אין לדעת די בהסדרים אלה, ואין בהם מענה של ממש לעידן הפוסט-מודרני שבו אנו חיים. העידן הפוסט-מודרני הינו עידן של ציטוט, העתקה ושימוש ביצירה ישנה לצורך יצירתה של חדשה. בין השימושים המותרים בסעיף 19(א) לתזכיר ניתן למצוא את השימוש בדרך של "הבאת מובאות". זהו שימוש שיכול אולי להגן על מחקרים אקדמיים הכוללים ציטוט של מחקרים קודמים, וכן על שיח ציבורי הכולל ציטוטים והפניות, אך בוודאי אין בו מענה לעידן הפוסט-מודרני שבו אנו חיים. בעידן הנוכחי, כל יצירה נסמכת

34 הסעיף מאמץ את ההסדר הקבוע בדירקטיבה האירופית לעניין זה.

35 ראו: Copyright, Designs and Patents Act (C 48) §50B (1998): "(1) It is not an infringement of copyright for a lawful user of a copy of a computer program expressed in a low level language – (a) to convert it into a version expressed in a higher level language..."

על יצירות קודמות,<sup>36</sup> ואף תשמש בתורה (אם יתמזל מזלה) רקע או יסוד ליצירות חדשות. אומנם גם בעבר נסמכו יצירות חדשות על יצירה קודמת, אולם בעידן הפוסט-מודרני הציטוט הינו מפורש וגלוי, והיצירה כוללת ביודעין שימוש בהיקף רחב ביצירה קודמת. אני מבקש לקדם את הדיון באמצעות שתי הדוגמות הבאות:

1. כבר בשנת 1961, שיש הרואים בה את תחילת העידן הפוסט-מודרני,<sup>37</sup> פרסם רוי ליכטנשטיין את יצירתו המפורסמת "Look, Mickey!". הציור המפורסם הוא, כזכור, העתק מדויק של מיקי מאוס ודונלד דק, עומדים על רציף ועסוקים בדיג, כאשר מפיו של דונלד דק יוצאת בועה שבה הוא אומר: "ראה מיקי, תפסתי אחד גדול".

יצירה זו, המבוססת כולה על יצירה (דמויות) של אחרים, נחשבת כיום אחת היצירות החשובות (והיקרות) של המאה, אשר הגדירה את דור הפופ והשפיעה על דורות של אומנים. מובן שיצירתו של ליכטנשטיין מופצת כיום באינספור פוסטרים, קלפים ופרסומים, שרובם פירטיים ומפירים את זכויות היוצרים. על בסיס יצירה זו של ליכטנשטיין, המהווה כשלעצמה העתקה של דמויות קיימות, יוצרים כיום יצירות חדשות, העושות שימוש ("מפר") ביצירה ומוסיפות עליה כהנה וכהנה.<sup>38</sup> למעשה, זרם אומנותי שלם, פוסט-מודרני, מבוסס כיום על העתקה, ציטוט ושימוש ביצירות של אחרים כבסיס לאמירה או יצירה חדשות. יצירות אלה מהוות לכאורה הפרה של דיני זכויות יוצרים, אך ברור לרבים כי מדובר ביצירות חדשות, מקוריות במהותן ובדרכי ההבעה הגלומות בהן. יצירות אלה נופלות בגדר חופש הביטוי האומנותי של היוצר, ולעיתים הן אף חשובות ותורמות לאינטרס הציבורי, ולא ראוי לאסור את יצירתן והפצתן.

2. בחודש פברואר 2004 החלה הפצתו באינטרנט של "האלבום האפור". זהו אלבום שאי-אפשר לרכוש בחנויות, אך הוא נהפך בתקופה קצרה לפופולרי ומבוקש בקנה-מידה עולמי. במהלך החודשים אפריל ומאי נמנו מיליון הורדות ליום. היצירה הנידונה היא שילוב שערך הדי ג'יי דיינג'ר מאוס (Danger Mouse) בין האלבום הלבן של הביטלס לבין האלבום השחור של הראפר ג'יי זי (האלבום השחור פורסם לראשונה בשנת 2003, ונחשב אלבום היפ-הופ חשוב ומצליח). אלבום זה שייך לזרם מוזיקלי שלם שמכונה "Mash Up". זהו שילוב בין שני שירים בעלי מקצבים שונים

36 בכך הכיר גם בית-המשפט העליון בע"א 23/81 הרשקו נ' אורבוך, פ"ד מב(3) 749, 759.

37 פוסט מודרניזם בהקשרו האמנותי הוא שימוש בישן תוך הוצאתו מהקשרו המקורי, כלומר הצגת משמעות חדשה המביאה לידי ביטוי רעיונות חדשים, בניגוד להעתקה פשוטה. על פוסט מודרניזם באומנות ראו את הערך "פוסט מודרניזם" באנציקלופדיה המקוונת ויקיפדיה: <http://he.wikipedia.org>; וראו גם אצל: דוד גורביץ פוסטמודרניזם – תרבות וספרות סוף המאה ה-20 (דביר, 1997).

38 לדיון בשאלת הערך המוסף של ביטוי והשקעה מצד המעתיק ראו בירנהק "דרישת המקוריות", לעיל הערה 5, בעמ' 366-367.

אך בעלי מכנה משותף המאפשר למוזג אותם ליצירה אחת. את שירי הביטלס, כך ידוע בעולם המוזיקה, אסור לדגום כלל בשל התנגדות גורפת של בעלי הזכויות. חברת EMI רצה לבית-המשפט והוציאה צו מניעה, אולם הצו אינו מונע את האתרים, ובראשם את אתר downhillbattle.org, מלהמשיך להציע את האלבום בחינם לגולשים.

המעשה של EMI תואר ונתפס, אפילו בעיתונות האמריקאית המסורתית, כצנזורה על מעשה אומנות מצד גופים כלכליים, ולא כהגנה לגיטימית על זכות היוצרים.<sup>39</sup> האלבום האפור נהפך ליצירה חשובה, לא רק מוזיקלית, אלא גם כמאפיין של עידן פוסט-מודרני. היצירה מופצת כאמור רק באינטרנט, ומצליחה לרגש ולעניין רבים. לגבי רבים זו הוכחה נוספת לכך שדיני זכויות היוצרים הקיימים פשוט אינם מתאימים לעידן הפוסט-מודרני, ובמקום לעודד את היצירה החדשה, הם מונעים ומעכבים אותה.<sup>40</sup>

דומה כי תופעות אלה ורבות אחרות מאפיינות את עולם היצירה אשר פועל במדיום הדיגיטלי או משועתק אליו. מנסחי התזכיר במשרד המשפטים לא ניסו לפתור בעיות אלה ודומות להן באמצעות סעיף 19 לתזכיר או באמצעות סעיפים אחרים, וחבל.

העידן הפוסט-מודרני מציב אתגר קשה לדיני זכויות היוצרים המוכרים לנו. סעיף 19, העוסק במובאות, היה יכול לשמש פלטפורמה של ממש להרחבה של השימוש המותר ביצירה על-מנת ליצור יצירה חדשה. אם המטרה של דיני זכויות יוצרים היא לעודד את היצירה ולאפשר יצירה חדשה, כי-אז הגיעה השעה להכיר בכך שהיצירות החדשות נשענות במידה רבה על היצירות הקודמות להן. יש לאפשר לזרם חדש זה בתרבות וביצירה למצות את עצמו באופן מלא, ולא להפוך את היוצרים לעבריינים. שימוש מקורי וחדש ביצירה של אחר צריך ליפול למסגרתו של חופש הביטוי, ממש כמו מובאה של יצירה חדשותית.<sup>41</sup>

העידן הפוסט-מודרני שבו אנו חיים מחייב אם כן שינוי של דיני זכויות יוצרים גם בנושא זה. הפתרון האפשרי הוא הרחבתו של הפטור המוצע בסעיף 19 או לחלופין קביעתו של רשיון כפייה לעניין שימוש ביצירה קיימת, שיאפשר את היצירה החדשה ויחייב תשלום של תמלוגים, בהיקף מוגבל, לבעלים של היצירה המקורית.

39 ראו יוסי בבליקי "לנון היה מת על זה" גלובס מוסף "כסף" 11.3.2004, נגיש ב-<http://www.globes.co.il/serve/> (19.4.2005).

40 ראו, למשל: Alkin-Koren, *supra* note 26, at pp. 180; Litman, *supra* note 29, at p. 271-283; Breyer, *supra* note 22, at p. 321; Glynn S. Lunney, Jr. "Reexamining Copyright's Incentive Access Paradigm" 49 *Vand. L. Rev.* (1996) 483, 487-488.

41 ראו סעיף 26 בתזכיר, לעיל הערה 1, המציע להכיר בשימוש מותר ביצירות חדשותיות בתנאים מסוימים.

## פרק ד: סיכום

יש לברך את משרד המשפטים על שנטל על עצמו את המשימה הבלתי־אפשרית לעדכן את חוקי זכויות היוצרים המיושנים שלנו, הנסמכים על חקיקה מנדטורית מתחילת המאה. התזכיר, כפי שנאמר בו, נשען על עבודה של שנים רבות של ועדת מומחים, שסיימה את עבודתה לפני כחמש שנים. יש בתזכיר ניסיון מעורר כבוד והערכה לעדכן את הדינים, להתייחס לעידן המידע ולהרחיב את ההגנה על המשתמשים ביצירות למטרות ראויות שאינן מסחריות. על כך אני רוצה לברך.

עם זאת, בהערה זו מיקדתי את דבריי ואת הערותיי בכך שאין כיום יכולת של ממש לגבש חוק זכויות יוצרים לישראל שיתאים למאה העשרים ואחת. נראה כי קשה בעולם גלובלי לחוקק חקיקה מקומית מקורית החורגת מהאמנות הבינ־לאומיות ומן המקובל בעולם המערבי. מחד גיסא, ספק אם ניתן לחרוג אפילו בנושאים שוליים מן המגמות השולטות כיום בעולם כולו. אך מאידך גיסא, ייתכן שחריגה כזו רצויה לתקופת־ביניים, לצורך "שיבה על הגדר" בהמתנה ליום שבו נדע, בארץ ובעולם, כיצד להתמודד עם המעבר מהעולם האנלוגי לעולם הדיגיטלי שבו אנו חיים. ישיבה זו על הגדר צריך שתוביל בסופו של תהליך לבחירה בדרך הנכונה, בין בדרך של אי־התערבות והסתמכות על כוחות השוק שיסדירו את העניינים, בין בדרך של התכנסות פנימה בחזרה לדיני זכויות היוצרים הישנים ובין בדרך של אימוץ הסדר חדש אשר יעמוד בפרץ הטכנולוגי טוב יותר מן ההסדר הנוכחי.

לדעתי, חקיקה חדשה בעידן המידע אינה יכולה להתעלם ולהתחמק מן האתגר שמציבות הטכנולוגיה והתרבות של האינטרנט, המאפשרות ואף מעודדות העתקה של יצירות. עלינו להחליט אם לנהל מאבק הרואי נגד העולם החדש או לבחור בדרך חדשה ומקורית. התזכיר, כאמור, מעדיף להימנע מהבחירה הקשה.

לגישתי, העידן הדיגיטלי הפוסט־מודרני מחייב עריכתם של שינויים מרחיקי־לכת בתחום של דיני זכויות היוצרים. החקיקה החדשה בתחום צריכה לתת ביטוי לשינויים התרבותיים, החברתיים והטכנולוגיים של השנים האחרונות, לציפיות השונות שיש כיום ליוצרים ולבעלי הזכויות, ולדרכים החדשות הקיימות כיום לתמרץ חידושים ויצירות מקוריות לא בדרך של הטלת איסורים והגבלות לא־מעשיים על הגישה והשימוש בהם.

ההצעות המעשיות הגלומות בהערה זו הן שתיים, והן מהוות דוגמה בלבד לכיוון המתבקש: הראשונה, להתיר במפורש בחוק העתקה פרטית והחלפת קבצים באינטרנט, תוך עיצוב מנגנון ראוי לפיצוי בעלי הזכויות; והשנייה, להתיר שימוש נרחב ביצירה ישנה לצורך יצירתה של חדשה בדרך של הרחבת השימוש המותר המוצע בסעיף 19 או על־ידי קביעה של רשיון כפייה מתאים.

יש חשיבות בעצם קיומו של תזכיר חדש בנושא זכויות יוצרים ובנכונותו של משרד המשפטים לא לשקוט על השמרים, אלא לשפר ולהתאים את דיני זכויות היוצרים לעידן

החדש. אין אומנם בתזכיר פתרונות של ממש לעידן הגלובלי, הדיגיטלי והפוסט־מודרני שבו אנו חיים, אך יש בו כדי לשפר את הדין הקיים, ולתת קריאת־כיוון לבעלי הזכויות. הכתובת רשומה על הקיר, ועל בעלי הזכויות להכיר בכך שאנו נכנסים לעידן חדש המחייב שינוי של ממש בדיני זכויות היוצרים. העידן החדש מחייב הרחבה של זכויות המשתמשים וצמצום ניכר ביכולתם של בעלי הזכויות למנוע מאחרים את השימוש ביצירותיהם. המסקנה המתבקשת מכך ליוצרים ולמתווכים של יצירות היא שעליהם לאמץ שיטות חדשות על־מנת להתפרנס מהיצירות מבלי להגביל את יכולתו של הציבור להיחשף אליהן.

לפי שעה, דיני זכויות היוצרים הישנים מתו, אך אין לנו עדיין דינים חדשים, גם לא בתזכיר חוק זכות יוצרים החדש.