

## חלוקתה של זכות היוצרים בין בני זוג – עיין ערך: "אהבה"\*

טל איטקין\*\*

העידן הנוכחי מספק למערכת המשפט אתגרים רבים הקשורים לפירוקו של התא המשפחתי, בפרט בכל הנוגע בחלוקת נכסיהם של בני זוג שנישואיהם עלו על שרטון. המשטר הרכושי בישראל קובע כי נכסים שנצברו בתקופת הנישואים יהיו ככלל משותפים לשני בני הזוג בעת פירוקם. עם נכסי התא המשפחתי הללו נמנים נכסים מוחשיים ונכסים בלתי מוחשיים. במרוצת השנים חלו תמורות רבות בדין הנוגע בנכסים הבלתי-מוחשיים ובבעלות עליהם, ונטיית הדין היא לראות במשאבים אלה נכסים משותפים. בד בבד, בתחום אחר של המשפט, דיני זכויות היוצרים רואים ביוצר בעלים ראשוניים ובלעדיים של הזכות. גישות תיאורטיות שונות בזירה האקדמית מעניקות צידוקים למתן הגנה ליוצר, ליצירה ולשמירתה של הזכות בידי היוצר. הפסיקה והמחקר בישראל טרם נדרשו להתמודד עם השאלה הערכית של חלוקת זכויות היוצרים ומידת השתייכותן למסת הנכסים הנתונה לחלוקה בין בני זוג בעת פירוקם. העדרו של דיון בחלוקת זכות היוצרים בין בני זוג מצריך בחינה של זכות ייחודית זו, על שלל רבדיה והיבטי חלוקתה במרחב

---

\* שם המאמר הוא מחווה לספרו של דוד גרוסמן **עיין ערך: 'אהבה'** (1986), המעלה שאלות על אודות יצירה וזוגיות. לשם הנוחות נכתב במאמר "יוצר" ו"בן זוג" בלשון זכר, אף שהכוונה כמובן לשני המינים.

\*\* עורכת דין ובעלת תואר שני מחקרי (LL.M.) בהנחייתו של פרופ' ליאור זמר, המרכז הבינתחומי הרצליה; דוקטורנטית למשפטים במרכז הבינתחומי הרצליה בהנחייתם של פרופ' רות זפרן ופרופ' דב גרינבאום.

ברצוני להודות לפרופ' רות זפרן, לפרופ' שלומית יניסקירביד, לפרופ' מרים מרקוביץ-ביטון ולעו"ד שגיא לפיד על ביקורות מצוינות לטיוטות מוקדמות של המאמר, אשר סייעו לי רבות בשיפור הרעיון המובא במאמר; למערכת כתב העת **משפט ועסקים** – לסגן העורך הראשי עו"ד שחר פרידמן ולעורכת רותם תמיר; לרעות דהן; לקוראים האנונימיים על הערות ביקורתיות ויסודיות ששיפרו את העברת המסרים במאמר; ולשופטים ניצן סילמן ובן ציון ברגר על תמיכה והשראה רבות שנים. לבסוף, תודה ענקית לפרופ' ליאור זמר, מורה דרך לחיים, כוכב הצפון ומצפן בחיי האקדמיים, אשר בזכותו ובזכות סבלנותו הרבה קרם מאמר זה עור וגידים.  
מאמר זה מוקדש לילדיי, לבן זוגי ולמשפחתי באהבה.

המשפחתי. המאמר ידון בשאלות הנלוות לחלוקתה של הזכות – מה יהיו היקפי חלקיהם של היוצר ושל בן זוגו? כיצד יוערך שווייה של הזכות? כיצד היא תנוהל לפי הצורך בין הצדדים? כיצד תיעשה חלוקתה בעת סיומה של הדרך המשותפת? לבסוף יציג המאמר שני מודלים דוקטרינריים לחלוקת הזכות, שכל אחד מהם יהלום נסיבות מסוימות הקשורות לטיבה של הזכות, לצדדים ולנסיבות המקרה המיוחדות.

## מבוא

- פרק א: ההצדקות התיאורטיות להכרה בזכות היוצרים כנכס בר חלוקה
1. סביבת היצירה
  2. התא המשפחתי והקשר הזוגי כסביבה תורמת
  3. המרחב התיאורטי ומעמד המשפחה
  4. תפקיד המשפחה בראי תיאוריית העמל, תיאוריית האישיות והגישה התועלתנית
  5. תפקיד המשפחה על פי הגישות החברתיות
- פרק ב: זכות היוצרים כחלק מהרכוש המשותף
- פרק ג: חלוקה מוצעת של זכויות יוצרים בדין הישראלי
- פרק ד: חלוקה מוצעת של אגד הזכויות ביצירה
1. מודל דוקטרינרי ראשון: ייבוא עקרונות מתחום זכויות היוצרים אל תוך דיני המשפחה
  2. מודל דוקטרינרי שני: חלוקת זכות יוצרים בראי בית המשפט לענייני משפחה
- סיכום ומסקנות

## מבוא

בשנת 2017 זכתה יוקו אונו במעמד של שותפה ביצירת השיר Imagine של ג'ון לנון.<sup>1</sup> הבסיס לכך היה ריאיון עם לנון בשנות השמונים, שבו סיפר כי אונו שימשה השראה לשיר, לחלק ממילותיו ולרעיון שבבסיסו. תיאורו של לנון הציג בפשטות ובטבעיות את ההשראה, ההשפעה והתרומה של בת זוגו, ושל התא המשפחתי, לתהליך היצירה של אחד השירים המפורסמים ביותר בעולם. הכתיבה האקדמית רואה בחברה ספקית של חומרי הגלם ליצירה ושותפה בהיווצרותה. תפקידה של הסביבה אינו מוטל אפוא בספק.<sup>2</sup> העמדה

1 Mark Savage, *Yoko Ono Added to Imagine Writing Credits*, BBC (Jun. 15, 2017), [www.bbc.com/news/entertainment-arts-40286790](http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-40286790).

2 כך, למשל, ליטמן מבקרת את הגדרת המקוריות, וסבורה כי תהליך היצירה תלוי ביצירות קודמות של

שלפיה היצירה אינה עומדת לברדה, אלא נובעת מאינטראקציה חברתית ומחילופי מידע תרבותי, מייצגת את דעתם של רוב החוקרים בשדה האקדמי. במאמר זה אטען כי אף שהשפעתה של סביבת היוצר ותפקידה בהתפתחות היצירה אינם מוטלים בספק, התא המשפחתי ותרומתו הפוטנציאלית להתפתחות היצירה נפקדים מן השיח על סביבה זו. באופן מפתיע, "משפחת היוצר" ו"בן זוגו של היוצר" אינם מוזכרים כלל בכתיבה האקדמית הנוגעת בזכויות יוצרים, וניכר כי הגדרת "סביבת היצירה המשפיעה" לוקה בחסר. החברה המערבית תופסת מערכת יחסים זוגית ככר פורה לשלל רגשות, חוויות, תמיכות והשפעות, לעיתים עד כדי התלכדות בין היוצר לבן זוגו, ולא פעם השתלבותם של בני זוג האחד בחיי האחר מספרת סיפור חיים אחד. עולה אם כן השאלה כיצד ייתכן שסביבתו הקרובה ביותר של היוצר – משפחתו הגרעינית ומערכות יחסיו הזוגיות של היוצר – לא זכתה בכל התייחסות בשדה המחקרי העוסק בזכויות יוצרים,<sup>3</sup> וזאת למרות היותה הסביבה המיידית והקרובה ביותר ליוצר, ואף שהיא מושא ליצירות רבות מספור.<sup>4</sup>

אחרים. היא מסכמת את דבריה בכך שזוהי מהותה של מחברות. Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 967 (1990). קומפ מבקרת את ניכוסם של סמלים חברתיים ותרבותיים משותפים. ROSEMARY J. COOMBE, *THE CULTURAL LIFE OF INTELLECTUAL PROPERTIES: AUTHORSHIP, APPROPRIATION, AND THE LAW* 99 (1998). קרייג טוענת כי יצירות הן בהכרח תוצר של כוח עבודה משותף, ולכן צריכות להיות בבעלות משותפת. CARYS J. CRAIG, *COPYRIGHT, COMMUNICATION AND CULTURE: TOWARDS A RELATIONAL THEORY OF COPYRIGHT LAW* 21 (2011). כהן מזכירה לנו את המרחבים המשותפים בזכויות יוצרים, וגורסת כי החשיבה על זכויות יוצרים מודרניות מחייבת אותנו לחשוב על קשרי הגומלין בינינו לבין הקהילה והתרבות. Julie E. Cohen, *Creativity and Culture in Copyright Theory*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1151 (2007); Julie E. Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 *FORDHAM L. REV.* 347, 372 (2005). סקפידי סבורה שכחברי יחידה תרבותית אנו חולקים את אותה תרבות ואנו בעלים במשותף של מוצריה התרבותיים. Susan Scafidi, *Intellectual Property and Cultural Products*, 81 B.U. L. REV. 793, 810 (2001).

3 ואולי אין זה עיוורון אקדמי. אולי המשפחה וקיומה בחיי היוצר מובנים מאליהם. הקשר האבהי של היוצר ליצירה תואר עוד במאה השבע-עשרה על ידי דניאל דפו. ראו לעניין זה KEMBREW MCLEOD, *OWNING CULTURE: AUTHORSHIP, OWNERSHIP, AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 22 (2nd ed. 2001), המצטט את דבריו של דפו משנת 1710: "A Book is the Author's Property, 'tis the Child of his Inventions, the Brat of his Brain; if he sells his property, it then becomes the Right of the Purchaser; if not, 'tis as much his own as his Wife and Children are his own..." ראו גם את דבריו של השופט טירקל בע"א 2790/93 *Eisenman נ' קימרון*, פ"ד נד(3) 817, 841 (2000): "אדם זכאי ששמו ייקרא על 'ילדי רוחו'. זיקתו הרוחנית לאלה כמוה, כמעט, כזיקתו ליוצאי חלציו."

4 Joanne Morra & Emma Talbot, *Intimacy Unguarded: How the Personal Becomes Material*, 16 J. VISUAL ART PRACTICE 159 (2017); Livia Pohlman, *Creativity, Gender and the Family: A Study of Creative Writers*, 30 J. CREATIVE BEHAV. 1, 1 (1996): "Locating creativity within the context of family relationships will further expand the study of creativity from a psychological phenomenon to a social process"

העדר דיון בתא המשפחתי כחלק מסביבת היצירה מוביל לחסר בתשתית תיאורטית המתייחסת למשפחה כאל שותפה המשפיעה, במישרין או בעקיפין, על היווצרותה של יצירה. החסר התיאורטי והעיוני פוגע בהכרעות האופרטיביות הנדרשות במקרים המתרחשים מחוץ למרחבי האקדמיה – בעולם הממשי. כמו כן, העדרם של סביבה תחיקתית ודין פוזיטיבי בנוגע לחלוקת הזכות מקשה מציאת דרכים להגדרת הבעלות ולחלוקתה בין בני זוג או בין בני המשפחה. בהעדר שיח על אודות תרומתו של התא המשפחתי ליצירה והשפעתו עליה, הנושא של חלוקת זכות היוצרים בתא המשפחתי נפקד מהשיח האקדמי, והתוצאה היא שהשיח מנציח את מעמדו המסורתי הבלעדי של היוצר או לכל היותר מכיר באופן מוגבל בלבד בסביבת היצירה. כך נותרת סגירות מושגית ביחס למושגי הבעלות על זכות היוצרים, ונמנעת הכרה בתרומות האמיתיות הנוספות להיווצרותה של זכות היוצרים.

מאמר זה מפנה מבט ביקורתי אל הכשל הקיים בדיון המגדיר מהי סביבת היוצר, ואל ההשפעות הנובעות מאי־ההכרה בחלקה של המשפחה כתוצאה מהעדר דיון במשפחה כחלק מהסביבה התורמת ליוצר ומשפיעה עליו. המאמר מניח בסיס תיאורטי להכרה בתרומת המשפחה ליוצר, ובפרט בתרומת בן זוגו של היוצר, ומציג מודלים לפתרון בעיית החלוקה של זכות היוצרים במקרה של פקיעת הקשר בין בני זוג. במאמר זה לא אוכל לעסוק, למרבה הצער, בהקשריה הרחבים של סביבת היצירה. תרומתי במאמר זה היא צנועה, ותתייחס למערכת היחסים בין היוצר לבין בני משפחתו, ובראשם בן הזוג, כסביבה משמעותית ותורמת המשפיעה על הקצאת הבעלות על זכות היוצרים.

שני דינים חולשים על האופן שבו יחולקו זכויות היוצרים בין בני זוג בעת סיומו של קשר נישואים: חוק זכות יוצרים וחוק יחסי ממון.<sup>5</sup> תכליותיהם מתנגשות זו בזו ויוצרות עימות בין אינטרסים מתחרים, שכן כל אחד מהחוקים נועד להעניק הגנה אחרת: הציודק המסורתי והתיאורטי להענקת הגנה לזכות יוצרים נובע מהצורך להבטיח ליוצר את הזכות להגן על פירות עמלו הרוחני, מתוך הכרה בקשר המיוחד שבין היוצר ליצירה; ואילו מטרתיהם של דיני חלוקת רכוש בין בני זוג הן מנוגדות – תכליתם העיקרית היא ליצור שוויון כלכלי ומוסרי בין בני זוג במנותק מהדרך שבה נוצרו הזכויות.

זכות היוצרים היא הזכות הערטילאית של היוצר לפרי רוחו. היא קורמת עור וגידים ביצירה הסופית, ומתקיימת בנפרד מן החפץ המכיל אותה.<sup>6</sup> הזכות היא דיכוטומית

מילר וג'ררד, שמצאו כי הליך היצירתיות מושפע מהמשפחה. ראו, Brent C. Miller & Diana Gerard, *Family Influences on the Development of Creativity in Children: An Integrative Review*, 28 FAM. COORDINATOR 295 (1979). ראו Pohlman, שם, בעמ' 1: "This literature suggests that creativity may be considered a social process, dramatically affected by social environments and institutions, rather than simply a psychological trait inherent in individuals. One of the most important social environments affecting creativity is the family"

5 חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007; חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).

6 טוני גרינמן *זכויות יוצרים* כרך א 5 (מהדורה שנייה, 2008). ראו גם תמיר אפורי *חוק זכות יוצרים* 143 (2012).

ונחלקת לזכות חומרית ולזכות מוסרית.<sup>7</sup> היא אינה זכות מוחלטת, אך היא מקנה ליוצר בעלות כמעט בלעדית על היצירה.<sup>8</sup> הזכות החומרית מבטאת את האינטרס הכלכלי של היוצר. היא נועדה להבטיח את יכולת הסיחור ביצירה, והיא ניתנת להעברה לצדדים שלישיים שאינם היוצר. לעומתה, הזכות המוסרית מבטאת קשר רגשי עמוק בין היוצר ליצירתו, אשר מוצדק על ידי תיאוריות שונות דוגמת תיאוריית האישיות, הרואה ביצירה ביטוי חיצוני לפנימיותו של היוצר. תיאוריית האישיות מכירה בזכות המוסרית, המייצגת מאפיינים של קשר זה.<sup>9</sup> גם תיאוריית העמל מכירה בגמול המגיע ליוצר בעקבות המאמץ המנטלי שהקדיש ליצירה והתוספת המקורית שהוסיף על יצירות קודמות, לעומת ההכרה בזכות הכלכלית החומרית, המבטאת הכרה בעמל הפיזי.<sup>10</sup> עקב מאפייניה האישיותיים של הזכות המוסרית, קבע הדין הישראלי כי הזכות המוסרית אינה עבירה.<sup>11</sup> זכות היוצרים היא זכותו הבלעדית של יוצר בתוצרי הביטוי של מחשבותיו, מאווייו ורעיונותיו. המוסד הקנייני של זכות היוצרים מבדיל את עצמו מסוגים אחרים של קניין רוחני,<sup>12</sup> שכן הוא מקנה זכויות מוגבלות בנוגע למושא הזכות.<sup>13</sup> אף שמדובר בזכויות

7 ס' 11 ו-45-46 לחוק זכות יוצרים.

8 ס' 37 לחוק זכות יוצרים מאפשר הענקת רישיון לגבי הזכות וכן העברה חלקית או מלאה של זכות היוצרים, עם אפשרות להגביל את ההעברה לפרק זמן מסוים, למקום מסוים או לפעולה מסוימת.

9 להרחבה על הזכות המוסרית ותיאוריית האישיות של הגל ראו JEREMY WALDRON, THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY 352-353 (1988); Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287, 331-339 (1988).

10 ראו לעניין זה Lior Zemer, *The Making of a New Copyright Lockean*, 29 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 891, 906 (2006); Adam Mossoff, *Saving Locke from Marx: The Labor Theory of Value in Intellectual Property Theory*, 29 SOC. PHIL. & POL'Y 283, 284-285 (2012).

11 הדבר בא לידי ביטוי הן בס' 45(ב) לחוק זכות יוצרים, הקובע כי "הזכות המוסרית היא אישית ואינה ניתנת להעברה, והיא תעמוד ליוצר אף אם אין לו ביצירה זכות יוצרים או אם העביר את זכות היוצרים ביצירה, כולה או חלקה, לאחר"; הן בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 1116, שבהם נקבע כי "בצד זכות היוצרים, שהיא כאמור זכות כלכלית, קובע החוק המוצע גם את הזכות המוסרית שיש ליוצר ביחס ליצירתו. הזכות האמורה היא **זכות אישית של היוצר הנובעת מהקשר האישי המיוחד שבין היוצר ליצירתו**" (ההדגשה הוספה).

12 השימוש במונח העברי "קניין רוחני", שתורגם מן המונח intellectual property, עשוי להיות מטעה, שכן דיני הקניין הרוחני אינם עוסקים ברוחניות (spirituality), אלא בפרי רוחו של אדם. ויסמן מתאר את הקניין הרוחני כך: "קניינים", להשמיענו כי נבדלים הם מזכויות שהן חיוביות גרידא; 'רוחניים', להעמידנו על כך שאין הם נכסים מוחשיים, ואף לא זכויות בנכסים מוחשיים, אלא קנייני הרוח – intellectual property... אמנם, הקניינים הרוחניים באים לידי ביטוי באמצעים מוחשיים... ואולם, אין לזהות את הביטוי המוחשי של הקניין הרוחני עם הקניין הרוחני עצמו, שהוא ישות ערטילאית." ראו יהושע ויסמן **דיני קניין – חלק כללי** 354-355 (1993). ראו גם חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 87 (2005), המציין כי פטנטים "מייצגים בעיקרם חידושים מועילים... מספקי צרכים חסרי צבע אישי מיוחד (ומיוחד)".

13 דיני זכויות יוצרים קובעים אגד של זכויות בלעדיות הנוגעות ביכולת להשתמש בנכס הבלתי-מוחשי נושא ההגנה. כך, לדוגמה, לבעל זכות היוצרים נתונה הזכות הבלעדית להעתיק יצירה, להפיצה ברבים ולקבוע את אופני פרסומה של היצירה. לעניין זה ראו, למשל, ס' 11 לחוק זכות יוצרים.

המוקנות לבעלים כלפי כולי עלמא (*in rem*), הן ניתנות להעברה באמצעות הענקת רישיון לשימוש ביצירה, ובלבד שהזכות המוסרית – שאינה ניתנת להעברה – לא תיפגע.<sup>14</sup> מאפיין נוסף המייחד את דיני הקניין הרוחני קשור להיותו טובין ציבוריים, כלומר, משאב שהשימוש בו על ידי אחר אינו גורע מיכולתם של אחרים להשתמש בו.<sup>15</sup> ייחודה של זכות היוצרים בהקשר של המרחב המשפחתי מתבטא באפיונה כזכות קניינית בעלת גוון אישי הנוצרת מתוך כישרון אישי ויכולות אישיות של היוצר, והיא נתפסת כזכות המבטאת באופן ייחודי את נימי נפשו של היוצר. לעומת זאת, מטרתם של חוק יחסי ממון והלכת השיתוף היא להכיר בתרומה רעיונית משותפת ושווה של שני בני הזוג לתא המשפחתי, באמצעות קביעת הבעלות על הרכוש שהצטבר במהלך הנישואים במנותק מהשאלה מי מבני הזוג "הרוויח" את הנכסים.<sup>16</sup> בישראל, למרות הוראותיו הברורות של חוק יחסי ממון, המגדירות אימתי ייחשבו סוגי קניין מסוימים לנכסים שאינם בני חלוקה,<sup>17</sup> מגמת הפסיקה היא להרחיב את גדר השיתוף ולכלול במסגרתו נכסים הנתפסים כנכסים חיצוניים לחלוקה. זאת, משיקולים של צדק, הגינות, שוויון בין המינים והגנה על בן הזוג החלש.<sup>18</sup> הנחת המוצא של מאמר זה היא כי יצירות המוגנות בזכויות יוצרים הן תוצר של יחסי גומלין בין היוצר לסביבתו, בכל שלבי היצירה, באופן שאינו ניתן להפרדה. אין ספק שהמסקנה בדבר השפעת הסביבה כספקית חומרי הגלם שהיוצר משתמש בהם טומנת בחובה את המסקנה המשתמעת כי גם סביבתו הקרובה של היוצר מזמנת מקורות השפעה וחומרי גלם ליצירה, שכן התא המשפחתי שהיוצר משתייך אליו, ובתוכו חיי הזוגיות, הינם מעגל קרוב בעל השפעה ניכרת המהווה חלק ממרחב היצירה החברתי המספק חומר גלם ליצירה.<sup>19</sup>

במהלך מאות שנות מחקר התפתחו גישות תיאורטיות רבות העוסקות בשאלת היחיד, המשפחה והחברה,<sup>20</sup> אולם למרות הדיון האינטגרטיבי הרחב במסגרת דיני זכויות יוצרים

14 יודגש כי בעלותו של בעלים שאינו היוצר שונה מזו של בעלים שהוא היוצר, שכן בעלות על הזכות המוסרית שייכת ליוצר היצירה בלבד.

15 William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 336 (1989). הגישה המצדדת במתן זכויות קניין רוחני רחבות ככל האפשר מדגישה את היתרונות שבהקניית זכות קניין רוחני לצד הסכנות שבהעדר בעלות. הטענה בהקשר זה היא שמתן זכויות קניין יבטיח שימוש יעיל במידע. השימוש במידע אינו מכלה אותו, ולכן אין בעיה של שימוש יתר. לעניין זה ראו, למשל, Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207, 212–213; Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 360–364 (1999).

16 ראו להלן ליד ה"ש 86 וכן להלן ה"ש 98.

17 ס' 5 לחוק יחסי ממון.

18 ס' 8 לחוק יחסי ממון. כן ראו להלן ליד ה"ש 85–87.

19 ראו דיון מן העת האחרונה בפסיקה הישראלית בע"א 1248/15 *Fisher Price Inc נ' דוורון* – **יבוא ויצוא בע"מ** (פורסם באר"ש, 31.8.2017).

20 מתת אדר-בוניס **משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית** 19 (2007). אדר-בוניס מתארת שם את גישתו של אמיל דורקהיים, שראה במשפחה יחידה סולידרית מכנית ואורגנית האחראית לגידולו של

בנושא של השפעת הסכיבה על היצירה, הדיון העכשווי אינו מתכתב עם המחקר העוסק בקשרי משפחה והשפעתם על היצירה ועל הקצאת הזכויות בה. יתרה מזו, חרף השימוש במסגרת דיני זכויות יוצרים במושגים הלקוחים מעולם המשפחה, לא נעשה ההיקש המתבקש – ראיית התא המשפחתי גם מבעד לעדשה רחבה יותר, דהיינו, כמשפיע על היצירה. השאלות שבבסיס המאמר הן אלה: מהי השפעת בן זוגו של היוצר על היצירה? האם השפעה זו מקנה לבן הזוג של היוצר חלק בזכות היוצרים או שמא זכות היוצרים אינה זכות בת איזון? אם השפעתו של בן הזוג מקנה לו חלק בזכות היוצרים, אזי כיצד תחולק זכות היוצרים בין בני הזוג, וכיצד חלוקתה עולה בקנה אחד עם החקיקה המגינה על היוצר? כמו כן, בבואנו לחלק את זכות היוצרים (ככל שהיא בת איזון בין בני הזוג), אילו דינים יחולו? האם בית המשפט יחיל את חזקת השיתוף או שמא את חוק יחסי ממון, תוך שימוש בסעיף 8 לחוק?<sup>21</sup>

**בפרק א** אסקור את התפתחות מעמדו של היוצר, ואדון בתיאוריות המצדיקות את זכויות היוצרים. אתמקד בארבע תיאוריות בולטות – התיאוריה התועלתנית-הכלכלית, תיאוריית העמל, תיאוריית האישיות והגישה התקשורתית – ואבחן כיצד התא המשפחתי נתפס על ידי כל אחת מהן. **בפרק ב** אדון באגד הזכויות המהוות את זכות היוצרים, ואראה כיצד הדיכוטומיה הגלומה באגד זה – של זכות חומרית וזכות מוסרית – משתקפת בחלוקת זכויות יוצרים בין בני זוג. **בפרק ג** אסקור את התשתית המשפטית לחלוקת רכוש בין בני זוג, תוך הצצה לפרקטיקות במשפט המשווה וסקירת הדין בישראל בראי פסיקת בתי המשפט. בתוך כך אנסה להשיב על השאלה אם זכות היוצרים יכולה להיחשב נכס בר חלוקה, ואם התשובה חיובית – איזה חלק מתוכה ניתן לחלק בין בני הזוג. **בפרק ד** אציג שני מודלים דוקטרינריים לחלוקת זכות היוצרים החומרית בין בני זוג. המודל הראשון, מודל "היצירה המשותפת", לקוח מתחום דיני זכויות יוצרים, ואנסה "לייבא" עקרונות מתחום זה אל תחום דיני המשפחה. או אז אבחן את מידת התאמתו של מודל זה לתא המשפחתי. בחלקו השני יציע המודל שימוש בדינים כלליים, כגון דיני המקרקעין ודיני הנאמנות, לצורך ניהול משותף של הבעלות על הזכות וחלוקתה המאוחרת. המודל השני יבחן את חלוקת זכות היוצרים מבעד לפריזמה של דיני המשפחה על פי עקרון "הפרדה

יחיד חברתי, ולפיכך בסיס לחברה כולה. כמו כן היא מפנה שם לספרו המרקסיסטי הקלסי החשוב של פרידריך אנגלס על המשפחה – **מוצא המשפחה, הרכוש הפרטי והמדינה** (1884) – שבו הוא הציב את המשפחה כקודמת ליחיד. בהמשך (שם, בעמ' 20) היא מפנה למשנתו של פרויד בנוגע ליחסי היחיד והמשפחה, אשר יש המפרשים אותה כגורסת כי ליחיד אין קיום ללא משפחתו. לאחר מכן (שם, בעמ' 37–59) היא סוקרת גישות נוספות שראו את המשפחה כקודמת ליחיד, לצד גישות הגורסות כי כל משפחה מגבשת עולם משמעויות משל עצמה תוך אינטראקציה בין חבריה, וכך משפיעה על תפקודם בחברה.

21 ס' 8 לחוק יחסי ממון מקנה לבית המשפט סמכויות מיוחדות במסגרת איזון המשאבים: להחריג נכסים מן השיתוף אף שהם אינם מנויים בס' 5 לחוק, להתחשב בהכנסות בני הזוג ובנכסים עתידיים כדי לקבוע איזון לא שוויוני, לקבוע כי איזון המשאבים ייעשה לפי שווים במועד מוקדם לאיזון, ולקבוע כי איזון המשאבים יתייחס למכלול הנכסים שהיה קיים במועד הקודם לאיזון. מדובר בסעיף מיוחד המקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב ומכניס שיקולי צדק והגינות אל תוך משטר איזון המשאבים.

הנקייה" – קביעת שווי הזכות וחלוקתה (במקרים שבהם ניתן לעשות זאת) לפי הוראות סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון. לבסוף יובאו דברי סיכום ומסקנות.

## פרק א: ההצדקות התיאורטיות להכרה בזכות היוצרים כנכס בר חלוקה

### 1. סביבת היצירה

שני המושגים המרכזיים במאמר זה הם "זכות יוצרים" ו"משפחה". החיבור וההתאמה בין מושגים אלה טרם הוצגו, כאמור, במחקר המשפטי או בדיון המשפטי. בדיקת ההשפעה של החיבור בין שני מושגים אלה מחייבת עיון ממוקד בכל אחד מהם ומציאת ההקשרים שבהם עלינו לגלות ערנות לקשרי הגומלין ביניהם. דיני זכויות יוצרים מסדירים את המרחב המקשר בין היוצר לסביבה. תפקידם, בין היתר, הוא לאפשר ולשמר שתי תכליות מרכזיות – עידוד היצירה והפצת הידע. הגשמת כל אחת משתי תכליות אלה מותנית באחרת, חרף הקונפליקט הטבעי השורר ביניהן מעצם העובדה שהראשונה מתמרצת יוצרים ומגינה על מרחב היצירה הפרטי, ואילו השנייה ממוקדת בקידום האינטרס הציבורי.<sup>22</sup> השדה האקדמי מכיר בכך שיצירות המוגנות בזכויות יוצרים אינן נוצרות ברק חברתי: היוצר מתקשר עם אחרים וניזון מרעיונות ומסמלים שהם נחלת הכלל.<sup>23</sup> מרחב היצירה החברתי מזין את היוצר, חושף אותו למגוון תרבותי עשיר, ומאפשר לו לממש את יכולותיו תוך שהוא מספק לו חומר גלם ליצירתו.<sup>24</sup> הנחת המוצא של מאמר זה היא כי יצירות המוגנות בזכויות יוצרים הן תוצר של קשרי גומלין בין היוצר לסביבתו, המתרחשים בכל שלבי היצירה, באופן שאינו ניתן להפרדה.

### 2. התא המשפחתי והקשר הזוגי כסביבה תורמת

אומנם, אין עוררין באשר להשפעת הסביבה על היצירה ולתפקידה בהתפתחות היצירה, אולם הדיון המגדיר את מרכיבי ה"סביבה" נראה חסר, שכן התא המשפחתי נפקד מן השיח על הסביבה. חסר זה תמוה, כאמור, מאחר שהדיון התיאורטי בזכויות יוצרים עוסק בהשפעות השונות ובקשר ההדדי בין היוצר לסביבתו. חרף ההכרה המשתמעת בכך

22 דגן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 40–42.

23 ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9, 20–36 (2001); Pamela Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domains*, 55 DUKE ; (2001) 36–20 L.J. 783 (2006) כן ראו Miriam Bitton, *Modernizing Copyright Law*, 20 TEX. INTELL. PROP. (2011) L.J. 65, 101 (2011).

24 עניין *Fisher Price Inc*, לעיל ה"ש 19.



שסביבת היצירה כוללת את משפחת היוצר, שהיא אחד ממעגלי ההשפעה הבולטים בחייו, עד היום לא נחקר הקשר בין היות המשפחה חלק מסביבת היצירה לבין תרומתה להיווצרותה. בשלב זה נשאלת השאלה אם יש משמעות לזהות התורמים ליצירה, ואם יש מקום להבחין בין הסביבה הכללית לבין סביבת המשפחה, ובפרט קשרי הזוגיות. הנחת המוצא של המאמר היא כי הקשר בין היוצר לבין התא המשפחתי לא נוסד למטרות יצירתיות. מלידתו של אדם, המשפחה היא הקבוצה הראשונה שאליה הוא משתייך – תחילה מבלי שבחר בה, ולאחר מכן כתוצאה של בחירות. החברה והסביבה הכללית עשויות להיות דומות מאוד בעיני כלל היוצרים: המדינה שבה הם חיים והאקלים הפוליטי והחברתי בה. אולם אין תא משפחתי אחד דומה לאחר. שונות זו מייצרת השפעות מגוונות של התא המשפחתי על היצירה. זאת ועוד, המשפחה היא מוסד בעל חשיבות בתחום הפרטי ובתחום הציבורי – הממסד התעניין במשפחה מאז ומעולם, וחיוזוקו של המוסד המשפחתי שירת לא פעם אינטרסים דתיים, פוליטיים ואחרים. המשפחה היא מושא לדיונים ציבוריים, לחוקים ולמחקר בין-תחומי נרחב. המשפחה היא אפוא מוסד מאתגר המעסיק במישורין ובעקיפין מוסדות ציבוריים ופרטיים בחייו של הפרט.<sup>25</sup> לא בכדי מצא המחוקק לנכון להסדיר מבחינה משפטית היבטים שונים הנוגעים בתא המשפחתי. הדברים מוסדרים אפוא כאשר מדובר בקשרים משפחתיים המוגנים בדין,<sup>26</sup> ונקבע כי בתא המשפחתי נולדות זכויות וחובות מעת היווסדו, אולם הסדרה זו נעדרת בכל הנוגע בזכויות יוצרים.

המשפחה כמוסד חברתי קיימת מראשית התרבות האנושית, אך במרוצת השנים חלו תמורות ושינויים במערך הכוחות במשפחה ובמבנה התא המשפחתי, המעוררים דילמות אוניוורסליות ימיומיות. כדי לבדוק את מידת תרומתה של המשפחה לתהליך היצירה, יעסוק פרק זה, כשאלה עיונית מקדמית, בשרטוט גבולותיו העכשוויים של התא המשפחתי ולאחר מכן באפיון ייחודיותו של הקשר הזוגי כגורם המשפיע על היצירה.<sup>27</sup> בפתח הדברים חשוב להדגיש כי מהותה של המשפחה, חשיבותה כמוסד חברתי וערכה המוסרי-החברתי בימינו מעסיקים רבות את החברה המערבית. בכל הנוגע במשפחה המודרנית, האתגר בהגדרתה במאה העשרים ואחת מתעצם לנוכח ספרות ענפה המראה כי המשפחה בחברות תעשייתיות איבדה את מרכזיותה מבחינה נורמטיבית, ובעידן המודרני גבולותיו של מוסד המשפחה אינם ברורים תמיד. אומנם, הרבוגניות של המשפחה המודרנית משפיעה על "גבולות הגזרה" של המשפחה החדשה ועל מעמדה כיחידה חברתית,<sup>28</sup> אך היא נותרה מרכיב מרכזי המשפיע על האדם בשלבים מהותיים בחייו, ולא בכדי השפעת המשפחה ניכרת ביצירותיהם של אומנים רבים.

25 איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" **דין ודברים** ד 131 (2008).

26 ראו, למשל, חוק יחסי ממון בין בני זוג; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; חוק הירושה, התשכ"ה-1965.

27 בעבודת המחקר איעזר בסקירה ספרותית שנעשתה בעבודת התזה שהגשתי במסגרת לימודי LL.M. להרחבה על מושג המשפחה החדשה ולדיון בו ראו פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח 643 (2005).

במהלך מאות שנות מחקר התפתחו גישות תיאורטיות רבות העוסקות בשאלת היחיד, המשפחה והחברה.<sup>29</sup> כך, למשל, אדר-בונים טוענת כי החשיבה הסוציולוגית המודרנית רואה במשפחה תת-מערכת של החברה הרחבה. לטענתה, רוב החיבורים שעסקו ביחסים של יחידים, משפחה וקולקטיבים רחבים יותר העמידו במרכזם משפחות ולא יחידים.<sup>30</sup>

ריבוי הפרספקטיבות וההקשרים של מוסד המשפחה מקשה את הגדרתו. לצורכי מאמר זה ניתן לומר כי משפחה היא "מושג מטרייה"<sup>31</sup> הכולל צורות רבות, ביניהן בתי אב פטריארכליים, קומונות, משפחות חד-מיניות ומשפחות חד-הוריות. יסוד המשפחה מתגבש על פי רוב בעקבות קשר מיני או רומנטי בין שני בני זוג, ולעיתים יותר, המעוגן לרוב בנישואים.<sup>32</sup> יש גם קשרים משפחתיים משניים המוגדרים על בסיס יחסים חברתיים, ולא ביולוגיים, ובהם עשויים להימנות חברי משפחה, שכנים ועוד.<sup>33</sup> עם זאת, מגוון ההגדרות וההשקפות שהכתיבה המחקרית מציעה מלמד על הצורך הגובר בהבנת המוסד המשפחתי ובאתור מיקומו בתנאים חברתיים ופוליטיים נתונים, כמו גם על המבוכה השוררת בחברה הליברלית באשר למהותה של המשפחה.<sup>34</sup>

למשפחה מיוחסים תפקידים שונים, ביניהם תפקיד כלכלי<sup>35</sup> או מסגרת יעילה למילוי פונקציית הרבייה, קרי, הולדה וגידול ילדים. התא המשפחתי מציין בעינינו לעיתים קרובות את הבית, את מרחב הפרטיות,<sup>36</sup> הוא מקור לביטחון פיזי ורגשי,<sup>37</sup> מקור זהותנו

29 ראו אדר-בונים, לעיל ה"ש 20.

30 שם, בעמ' 19, היא מתארת את גישתו של אמיל דורקהיים, שראה במשפחה יחידה סולידרית מכנית ואורגנית האחראית לגידולו של יחיד חברתי, ולפיכך בסיס לחברה כולה.

31 יוסף א' דוד **המשפחה והפוליטי – על השתייכות ואחריות בחברה ליברלית** 17 (2012).

32 אורית גודקאר "משפחות חדשות" בפרספקטיבה פסיכולוגית – חלק א' "פסיכולוגיה עברית 28.4.2009 www.hebpsy.net/articles.asp?id=2101; אורית גודקאר "משפחות חדשות בפרספקטיבה פסיכולוגית – חלק ב' "פסיכולוגיה עברית 5.10.2009 www.hebpsy.net/articles.asp?id=2380.

33 ערית נייר "בגרות צומחת במערכת המשפחתית: משימות התפתחותיות ודינאמיקה משפחתית" **פסיכולוגיה עברית** 5.9.2007 www.hebpsy.net/articles.asp?id=1431.

34 על הבנת המיתולוגיה היוונית כשיקוף של התנאים המשפחתיים ביוון העתיקה ראו PHILIP E. SLATER, *THE GLORY OF HERA: GREEK MYTHOLOGY AND THE GREEK FAMILY* (1992).

35 הצבת המשפחה על סדר יומה של התיאוריה הכלכלית נזקפת לזכותו של ג'קרי. ראו GARY S. BECKER, *A TREATISE ON THE FAMILY* (1981). ראו גם Amartya K. Sen, *Gender and Cooperative Conflicts*, in *PERSISTENT INEQUALITIES: WOMEN AND WORLD DEVELOPMENT* 123 (Irene Tinker ed., 1990); Bina Agarwal, "Bargaining" and Gender Relations: *Within and Beyond the Household*, 3 *FEMINIST ECON.* 1 (1997).

36 LORNA FOX, *CONCEPTUALISING HOME: THEORIES, LAWS AND POLICIES* 131–180 (2007).

37 Mary Douglas, *The Idea of a Home: A Kind of Space*, in *HOME: A PLACE IN THE WORLD* 261, 288–290 (Arien Mack ed., 1993).

העצמית, 38 זירת מימושן של האינטימיות והחירות, 39 ומסגרת למימושם של ערכי צדק, 40 הוגנות ושוויון. 41 בהתפתחותם של דתות ומוסדות דתיים, 42 כמו גם בהתפתחותם של דפוסים פוליטיים, הושאלו מושגים רבים מתחומי המשפחה, והיא משמשת להם מקור הראה. גם המבנה הלוגי של שימושי השפה 43 וכן ההתפתחות הקוגניטיבית, הרגשית והמוסרית של האדם מובנים כיום באמצעות מושג המשפחה. מוסד המשפחה מהווה אם כן סביבה משמעותית ומרכזית בחייו של אדם, ומכאן ניתן להקיש כי גם במישור היצירה המשפחה מהווה גורם משמעותי ומרכזי בסביבתו של היוצר. 44

הרבגוניות של המשפחה המודרנית משפיעה על גבולות המשפחה החדשה, אך זו נותרה מרכיב מרכזי המשפיע על האדם בכל גיל. אין פלא, אם כן, שהשפעת המשפחה ניכרת ביצירותיהם של אומנים רבים. התא המשפחתי – המצומצם והמורחב – מספק לאומן כר פורה ליצירה, והופך את סביבתו האינטימית למאגר בלתי נדלה של חומרי גלם המכיל מגוון עצום של רגשות, חוויות, טקסים, קשיים ועוד. משפחתו של האומן מהווה את הסביבה הקרובה והזמינה ביותר ליצירת דיאלוג מכונן. 45 חיי הנישואים מזמנים לאדם הקשר חברתי-רגשי עמוס, ופעמים רבות גם עימותים. האינטימיות בין בני הזוג יכולה להוביל למגוון של רגשות משתנים, החל בתקווה, המשך בהנאה ובאושר, וכלה בכעס, בעצב ובעלבון. 46 על מנת ליצור, היוצר זקוק לאינטראקציה חברתית אינטנסיבית, להתערבות עמוקה יותר של "האחר", והמשפחה מספקת ליוצר מקורות בלתי מוגבלים

J.E. MALPAS, PLACE AND EXPERIENCE: A PHILOSOPHICAL TOPOGRAPHY 175–193 (1999) 38

.Hagar Kotef, *Ba'it (Home / Household)*, 1 MAFTE'AKH 1 (2010) 39

אוקין ניסחה בהרחבה את התזה הרואה במשפחה מוסד חברתי על רצף אחד עם מוסדות חברתיים ציבוריים ולפיכך מושא לדרישת צדק. ראו SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER, AND THE FAMILY (1989)

יש המדגישים כי דווקא מרכזיותם של חיי המין בתא המשפחתי היא מקור אי-השוויון בתודעה החברתית בכללותה. ראו CHARLES FRIED, MODERN LIBERTY AND THE LIMITS OF GOVERNMENT 129 (2007)

ראו את דברי המבוא של אלינור בֶּרְק ליקוק לספרו המונומנטלי של פרידריך אנגלס: FREDERICK ENGELS, THE ORIGIN OF THE FAMILY, PRIVATE PROPERTY AND THE STATE, IN THE LIGHT OF THE RESEARCHES OF LEWIS H. MORGAN 66–67 (Eleanor Burke Leacock ed., Alec West trans., 1972)

המפנה בהבנה הקלסית של קשרי שפה-מציאות בפילוסופיה הוויטגנשטיינית המאוחרת מודרך על ידי המטפורה של דמיון משפחתי, ובאמצעותו מובנים טוב יותר הלשון, משחקי השפה והצורה הכללית של המשפט. ראו לודוויג ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות** 66–67, 91–101 (עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת, 1995).

ראו Savage, לעיל ה"ש 1.

המילה "דיאלוג" מקורה במילה היוונית dialogos. משמעות המילה היא "דרך", ומשמעות המילה logos היא "המילה".

ראו, למשל, Val-Jean Belton, *Racism, Gender, Ethnicity, and Aesthetics in the Art of Graffiti*, 4 YALE-NEW HAVEN TEACHERS INSTITUTE 1 (2001), teachersinstitute.yale.edu/curriculum/units/2001/4/01.04.01.x.html

בהקשרים אלה. לעיתים הקשר הזוגי הופך "נפרדות" ל"התמזגות". מחקרים רבים מראים כי הזהות הנפשית של בני הזוג משתנה עם הזמן – מישויות נפרדות הם מתמזגים לתא משפחתי אחד.

כאמור, מאמר זה מתייחס למערכת היחסים הזוגית כאל התא המשפחתי הבסיסי המשפיע על היוצר. ממצאים מחקריים מלמדים כי לנישואים יש תרומה מרכזית לפיתוח הרגלים בריאים, לאריכות חיים, ליציבות כלכלית ולהצלחת הילדים.<sup>47</sup> אחד ההסברים לכך הוא שנישואים קושרים את היחיד לתא המשפחתי, כולל למשפחה המורחבת של בן הזוג, וכך מועצמת תחושת המחויבות לאחר, המעניקה לחיים משמעות חיובית מעבר לקיומו של היחיד.<sup>48</sup> מחקר אחר מצא כי מערכת יחסים זוגית משפיעה באופן חיובי על בריאותו הפיזית והמנטלית של האדם: נמצא כי נישואים הם הגורם המרכזי במדד האושר של האדם, ונמצאו ירידה ברמת הדיכאון של נשים נשואות, ירידה בצריכת האלכוהול של גברים נשואים ועלייה בתוחלת החיים של אנשים נשואים.<sup>49</sup> הממצאים מן השדה המחקרי מאשרים כי ניתן לראות בקשר הזוגי את היחידה הקרובה ביותר של האדם ולפיכך בעלת ההשפעה החזקה ביותר עליו. מחקר נוסף מצא כי איכות מערכת היחסים של אדם עם בן זוגו משפיעה על תחושת הרווחה האישית שלו.<sup>50</sup>

מחקרה של פולמן עוסק באופן ישיר בקשר שבין יצירתיות לזוגיות, ומצביע על כך שהזוגיות והמשפחה הם הגורמים המקנים לאומנים את היציבות הנדרשת כדי להמשיך לעסוק באומנותם ולפתח את יצירתיותם. האמונה והתמיכה של בני זוגם בהם העניקה להם את הכלים הדרושים כדי להאמין ביצירה ולפתח זהות אומנותית עצמאית.<sup>51</sup> פולמן מצביעה על כך שבני זוג משני המינים זכו בתמיכה נפשית מבני זוגם, אשר סייעה להם בתהליך היצירה.<sup>52</sup> נמצא כי הזוגיות המתהווה בין בני זוג, אף בטרם הורחב התא המשפחתי, משרה כשלעצמה ביטחון ומעניקה תמיכה בהחלטות האישיות והמקצועיות. לאחר הרחבת התא המשפחתי שמור לבן הזוג מקום מיוחד כשותף פעיל בעיצוב החיים המשותפים, הכוללים השפעה על הליך היצירה. לא בכדי בחרו אומנים רבים למקד את יצירותיהם בבני זוגם ובמשפחתם הקרובה. יש לשים לב כי אין לצייר את המציאות הזוגית כבעלת איכויות מיטיבות בלבד לבני הזוג. ניתן לראות כי לצד תמורתיו החיוביות של הקשר הזוגי, יש גם תקופות של שפל וקושי, המתאפיינות בפגיעה ברגשותיו של בן הזוג היוצר. אלא שגם תקופות אלה מהוות – ואולי אף ביתר שאת – אירועים מכוננים ומעצבים

47 Linda J. Waite, *Does Marriage Matter?*, 32 DEMOGRAPHY 483 (1995).

48 שם, בעמ' 498.

49 Chris M. Wilson & Andrew J. Oswald, *How Does Marriage Affect Physical and Psychological Health? A Survey of the Longitudinal Evidence* (Warwick Department of Econ., Working Paper No. 728, 2005).

50 Andrea Kay Ryan & Fern K. Willits, *Family Ties, Physical Health, and Psychological Well-Being*, 19 J. AGING & HEALTH 907 (2007).

51 Pohlman, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7-8.

52 שם, בעמ' 15-18.

בחיייו של היוצר, המייצרים חומרי גלם חיוניים להיווצרותה של יצירה.<sup>53</sup> כאב, קושי ושברון לב עומדים בבסיסן של יצירות לא מעטות. המסקנה היא אפוא שהמשפחה והזוגיות של היוצר הן חלק ממרחב היצירה החברתי המשפיע עליו, והזוגיות מספקת חומרי גלם עוצמתיים להליכי היווצרותן של זכויות יוצרים.

### 3. המרחב התיאורטי ומעמד המשפחה

תכליתיהם של דיני זכויות יוצרים והגשמתן במציאות המשפטית מוסברות באמצעות תיאוריות המלוות את השיח העיוני על אודות הגדרת גבולותיה של הזכות. בחלק זה של המאמר אדגיש את ההבדלים בין הגישות התיאורטיות לזכות היוצרים, ואראה כיצד המושג "זכות יוצרים" מתפרש לאורן. על אף השוני בין התיאוריות המרכזיות, ניכר כי כולן מכירות במידה זו או אחרת בקיומה של מערכת יחסים בין היוצר לסביבה המשפיעה על היצירה, והיוצר אינו נתפס כדמות העומדת לבדה בתהליך היצירה.

יתרה מזו, התיאוריות הרווחות המצדיקות הענקת הגנה לזכות היוצרים ראו במשפחה מרכיב מרכזי בהתפתחות יכולות יצירתיות ובקיבוען. כאמור, המסקנה בדבר השפעת הסביבה כספקית חומרי הגלם שהיוצר משתמש בהם טומנת בחובה את המסקנה המשתמעת שהתא המשפחתי, כסביבתו הקרובה ביותר של היוצר, היא הגורם המרכזי המספק לו חומרי גלם ליצירתו. הכרה זו מאפשרת, גם אם בעקיפין, הכרה בקיומה של מערכת קשרי גומלין בין היוצר לבין בן זוגו המשמשת בסיס להיווצרותן של יצירות. לצד הצגת התיאוריות המרכזיות אראה כיצד בכל אחת מהן המשפחה נוכחת במישרין או בעקיפין. כאן טמונה אחת התרומות המרכזיות של התשתית התיאורטית המוצגת במאמר: זיהוי מיקומו של התא המשפחתי בכל אחת מהתיאוריות האמורות יסייע בהמשך בבנייה ובהרחבה של התשתית העיונית להכרה במקומה של המשפחה כחלק מסביבת היצירה ובמקומה של הזוגיות כגורם התורם להיווצרות היצירה, ובעקבות זאת להגדרת המנעד האפשרי להקצאת הזכות בין היוצר לבן זוגו.<sup>54</sup>

### 4. תפקיד המשפחה בראי תיאוריית העמל, תיאוריית האישיות והגישת התועלתנית

לפי תיאוריית העמל, ליוצר יש זכות קניין טבעית בעמל כפיו; מוענקת לו זכות קניין ביצירתו מאחר שהוא השקיע עמל ומשאבים כלכליים ואישיים ביצירת היצירה

53 על השפעותיהם של רגשות שליליים בזוגיות ראו Judith A. Feeney, *Hurt Feelings in Couple Relationships: Towards Integrative Models of the Negative Effects of Hurtful Events*, 21 J.

SOC. PERS. RELATIONSHIPS 487 (2004).

54 ראו לעניין זה בהרחבה להלן בפרק ד.

המקורית.<sup>55</sup> הבסיס לתיאוריית העמל הוא ההכרה בזכות הטבעית של הפרט לקניין ולפרי עמלו, לצד התחשבות באינטרס החברתי ובצורכי הכלל.<sup>56</sup> תיאוריית העמל טוענת לאיזון ראוי בין זכותו הטבעית של היוצר בפרי עמלו לבין זכותם של פרטים אחרים להשתמש ביצירה המוגנת. אם פלוני יוצר פריט בעל ערך לחברה, אזי הוא ראוי מבחינה מוסרית לקבל גמול על התועלת שהופקה מערך זה, הניתן בדרך של הכרה בזכות הקניינית המגולמת בתוצאות העבודה, כלומר בתוצר, שהוא בעל ערך לחברה.<sup>57</sup>

ג'ון לוק הוא אחד הפילוסופים המרכזיים שדגלו בחברה חופשית בעולם המודרני, והוא נתפס כמי שהגה ופיתח את העקרונות הנוגעים בתפקידה ובמטרותיה של המשפחה בחברה המודרנית.<sup>58</sup> לוק מצוטט רבות בתחום זכויות היוצרים, והוא הפילוסוף היחיד בתחומי המתייחס במישרין לתרומת המשפחה. לגישתו של לוק, התא המשפחתי מייחד את בני האנוש, והוא המוסד החשוב ביותר בעיצוב חברה תקינה. תפיסת המשפחה מנקודת ראותו של לוק רחוקה מההתפתחות המודרנית של המשפחה. בעיני לוק, האיחוד בין גבר לאישה מבוסס על הסדר חוזי שאין בו אלא חיבה ודאגה ואשר מטרתו להמשיך את קיומו של המין האנושי.<sup>59</sup> לדידו של לוק, המוסד המשפחתי חיוני לשם שמירה על הסדר הפוליטי ותמיכה בו, והקשרים המשפחתיים הם בעיקרם יחסים מכשירניים.<sup>60</sup>

נראה שהן את תיאוריית העמל – המכירה בכך שחלק מערכה של יצירה מקורו ביוצרים קודמים, שכן היצירה אינה מופקת ברִיק תרבותי, אלא היוצרים הקודמים מספקים ליוצר

- William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY* 168, 173–175 (Stephen R. Munzer ed., 2001) 55
- על פרדיגמת התמריץ ראו Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 *TEX. L. REV.* 989 (1996) 56
- פרדיגמת התמריץ מכוונת להגנת החוק על היוצר כדי לעודד את המשך היצירה. לפי גישה זו, התמריץ הוא כלכלי במהותו, ובהעדרו תפחת תפוקת היצירה. החברה, באמצעות החוק, צריכה לספק ליוצר הגנה על זכויותיו ביצירה, לטובת החברה. בקניין שאינו מוחשי קל ונוח להעתיק את היצירה ולהפיק רווח מהעתקתה או מהשימוש בה, ולעומת זאת, השקעתו של היוצר בה רבה מאוד. העדר הגנה על מכלול זכויותיו הכלכליות של היוצר עלול להוביל להפסקת ההשקעה ביצירה ולאובדן תועלת כלל-חברתית. ראו גם Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 *YALE L.J.* 283, 306–314 (1996)
- ג'ון לוק על הממשל המדיני – המסכת השנייה 21 (יוסף אור מתרגם, מהדורה שנייה, 1959); Zemer, ; Adam D. Moore, *A Lockean Theory*; לעיל ה"ש 10; Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 *YALE L.J.* 1533 (1993); ROBERT P. MERGES, *JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY* 13–17 (2011); Lior Zemer, *Three Arguments on Locke, Authorship, Communication and Solitude*, 7 *WIPO J.* 40 (2015) 57
- Michael Coulter, *Family and the Foundations of a Free Society: John Locke, James Wilson and Alexis de Tocqueville on the Role of the Family* (unpublished paper on file with author) 58
- Jacqueline L. Pfeffer, *The Family in John Locke's Political Thought*, 33 *POLITY* 593, 597–599 (2001) 59
- .JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* 86–87, 169–171 (Peter Laslett ed., 1988) 60

המאוחר את חומרי הגלם, המשאבים, ההשראה והתנאים הסביבתיים כדי שהיצירה תקרום עור וגידים<sup>61</sup> – והן את ההיגיון הלוקיאני, המתגמל את היוצר על התוספת ליצירה, ניתן לקשור לרעיון התגמול לבן הזוג. הרציונל הלוקיאני ותיאוריית העמל מקדמים את ההכרה במשפחה ובתגמול היחסי המגיע לה בשני רבדים תיאורטיים: תיאוריית העמל מכירה בכך שהמשפחה, כיחידה משמעותית בחיי הפרט (היוצר), חשובה משיקולים פרגמטיים; והשיח הלוקיאני מכיר במשתמע בתא המשפחתי כאחד מספקי חומרי הגלם וההשראה המסייעים בהיווצרות היצירה, ומשום כך כזכאי לתגמול. במילים אחרות, היוצר זכאי לתגמול על התוספת שהוסיף על חומרי הגלם הקיימים ביצירת היצירה.<sup>62</sup> לכן, אם נלך בנתיב הרעיוני של ההכרה בתגמול ליוצר לפי הגישה הלוקיאנית, נמצא כי חרף התפיסה החברתית השגויה של התא המשפחתי הגלומה בה, גם לפיה יש למשפחה ולזוגיות תרומה מסוימת המגולמת בחלק מאותה תוספת שהוסיף היוצר ליצירה ואשר מקנה לו זכות ביצירה.

תיאוריית האישיות נוקטת גישה שלפיה שליטתו של האדם בנכסים היא ביטוי לאישיותו ולרצונו הפנימי. שליטה זו הכרחית למימוש האוטונומיה של האדם, חירותו ובטחונו העצמי.<sup>63</sup> לפי גישה זו, היוצר מחציץ את פנימיותו ואת אישיותו בעבודה, וכך נוצר קשר בל יינתק בין השניים. זכות היוצרים מסמלת גם את זכותו הטבעית של היוצר לפירות אישיותו, ומשקפת את האוטונומיה והחירות שלו ביצירתו.<sup>64</sup> להבדיל מן ההיבטים הכלכליים של זכות היוצרים, הענקת השליטה ביצירה ליוצר אינה נעשית לשם הפקת תועלת חומרית כספית, אלא לשם שמירה והגנה על זכותו של היוצר לשלמות אישיותית.<sup>65</sup> הקשר בין היוצר ליצירה נמשך אף לאחר שהיוצר נפרד מהזכויות הכלכליות ביצירה או מהחפץ המוחשי שבו היצירה מגולמת.<sup>66</sup>

61 היצירות הן אף בגדר מוצרי "מותרות", והפקתן מתאפשרת רק לאחר שהתמלאו צורכי המחיה הבסיסיים של בני האדם. ערכן הכלכלי של היצירות נוצר בעקבות פינוי משאבי הציבור לטובת רכישת יצירות. Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, 18 PHIL. & PUB. AFF. 31, 38 (1989).

62 ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 10.

63 Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 957–959 (1982); MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY 44–48 (1993).

64 גד טרסקי "הקניין הרוחני וזכויות האישיות" **משפטים** י 392, 399 (1980).

65 מעניין בהקשר זה שהמילה "creation" נובעת מהפועל הלטיני "creo", שמשמעותו "ללדת". ראו Russ VerSteeg, *Rethinking Originality*, 34 WM. & MARY L. REV. 801, 826 (1993). ראו, למשל, Merry Jean Chan, *The Authorial Parent: An Intellectual Property Model of Parental Rights*, 78 N.Y.U. L. REV. 1186, 1197–1205 (2003). השופט טירקל הפליא בתיאור הקשר שבין היוצר לבין פרי רוחו. ראו את דבריו בעניין **קימרון**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 841: "אדם זכאי ששמו ייקרא על 'ילדי רוחו'. זיקתו הרוחנית לאלה כמוה, כמעט, כזיקתו ליוצאי חלציו." הורים נוטים לעיתים תכופות לראות בילדיהם השתקפויות עצמיות, וכך אומנים נוטים לראות את עבודותיהם. לעניין זה ראו NANCY FRIDAY, *MY MOTHER / MY SELF: THE DAUGHTER'S SEARCH FOR IDENTITY* (1997).

66 Lior Zemer, *Moral Rights: Limited Edition*, ראו הזכות המוסרית של

הגל, בדומה ללוק, לא הדיר את מושג המשפחה מהגדרת הסביבה היצריתית. בפילוסופיה של הגל ניכר ניגוד בולט בין היחסים בתוך המשפחה ליחסים בשאר העולם. ניגוד זה משפיע על תפיסתו של הגל בנוגע למשפחה. החברה, עולם העסקים, השוק – כל אלה מבוססים בעיני הגל על אינטרסים אישיים; בתוך המשפחה, לעומת זאת, הפרט אינו קיים כאדם, אלא כחבר במשפחה. החברה מתאפיינת באגואיזם, ואילו המשפחה מתאפיינת באלטרואיזם. אכן, הגל טען כי בני המשפחה נהפכים לישות אחת, והבסיס המשמעותי והמהותי של המשפחה הוא הקרבת האישיות העצמית. הנשים בתוך המשפחה ממלאות תפקיד משמעותי – הן אחראיות לשמירת חוזקו של התא המשפחתי ומופקדות על החזקת הבית.<sup>67</sup> אומנם הגל סבר כי המשפחה מאוחדת סביב האינטרסים שלה כישות אחת, אך ברור שאותה ישות היא הגבר, והאישה נתפסת כמי שאין לה אינטרסים משלה.<sup>68</sup> אכן, תיאוריית האישיות מבחינה בין האינטרסים של היוצר לאינטרסים של אחר. עם זאת, יש להיות ערים לכך שבחלקה המרחיב תיאוריית האישיות מכירה בזכויות קניין בנוגע לסוגים שונים של נכסים, ויתרה מזו – בקשר האישי של אדם ליצירה אף אם הוא אינו היוצר.<sup>69</sup> לכן, ברובד הראשוני תיאוריית האישיות מכירה במעמד המשפחה בחיי היוצר, וברובד השני היא אינה סותמת את הגולל על האפשרות העקרונית להכיר בתרומת המשפחה להיווצרות היצירה.

אחת ההצדקות הרווחות להכרה בזכות היוצרים מבוססת על שיקולים תועלתניים: זכות היוצרים, ככל זכות קניינית אחרת, נועדה לקדם את טובת רוב האנשים מתוך כלל האוכלוסייה.<sup>70</sup> לפי גישה זו, זכות היוצרים תוענק כל עוד היא משרתת את טובת כלל הציבור.<sup>71</sup> ההכרה הבסיסית בכך שזכות היוצרים משרתת את טובת הכלל נובעת מההשקפה שההכרה בזכות מתגמלת את היוצר על השקעתו ביצירה, ואף מאפשרת לו

91 B.U. L. REV. 1519 (2011) (להלן: Zemer, *Moral Rights*). בעיקרה, דוקטרינת הזכויות המוסריות נועדה להגביל כל שינוי המשפיע על האופן שבו מיזג האומן את נפשו ביצירה וכל פגיעה בדרך ביטוי האישית של האומן.

Susan Moller Okin, *Women and the Making of the Sentimental Family*, 11 PHIL. & PUB. AFF. 65, 83–84 (1982).

Joan B. Landes, *Hegel's Conception of the Family*, 14 POLITY 5 (1981).

ראו, למשל, Hughes, לעיל ה"ש 9. לדיון בהצדקות התיאורטיות לזכות יוצרים במשפט הישראלי ראו גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" **משפטים** לא 359 (2000).

J.W. HARRIS, LEGAL PHILOSOPHIES 36–48 (1980); LAWRENCE C. BECKER, PROPERTY RIGHTS: PHILOSOPHIC FOUNDATIONS 57–67 (1977); STEPHEN R. MUNZER, A THEORY OF PROPERTY 196–198 (1990). כן ראו JEREMY BENTHAM, A MANUAL OF POLITICAL ECONOMY 71 (1843).

Wendy J. Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory*, 41 STAN. L. REV. 1343 (1989) (להלן: Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright*); COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT 14 (Kevin Garnett, Gillian Davies & Gwilym Harbottle eds., 15th ed. 2005). לסקירת ההצדקה התועלתנית לזכות היוצרים ראו פסח, לעיל ה"ש 69.



להפיק ממנה רווח, ובכך מתמרצת אותו ליצור.<sup>72</sup> הפעילות היצירתית עצמה וריבוי יצירות משרתים את האינטרס של הציבור בדרך של הפצת ידע, התקדמות המחקר וקידום ענפי תרבות.<sup>73</sup> התיאוריה התועלתנית גורסת כי עידוד יצירה וריבוי יצירות הם ערכים חיוביים, באשר הם מקדמים לימוד, מחקר ותרבות בחברה,<sup>74</sup> ובכך משפרים את מצב החברה בכללותה ואת מצבם של הפרטים בה.<sup>75</sup> לפי גישה זו, ככל שהיקפה של זכות היוצרים גדל, התועלת הכלכלית הפוטנציאלית ליוצר גדלה גם היא, ופוטנציאל הרווח יהווה תמריץ להמשך היצירה ("טיעון התמריץ").<sup>76</sup>

בדומה לתיאוריות של לוק והגל, גם כתיבתם של ג'ון סטיוארט מיל וג'רמי בנתם לא פסחה על התא המשפחתי, אך היא נמנעה מלהתייחס במישרין לתפקיד המשפחה כתורמת לתהליך היצירה, ולא רק כפונקציה חברתית המשרתת את הסדר הכללי. בעיקרה, התיאוריה התועלתנית תומכת באושרה המצרפי של החברה, ולא באושרו של הפרט. מיל, בגישתו התועלתנית-הליברלית, ראה את קודמיו כתומכים במבנה משפחתי פטריארכלי. הוא סבר שהשדה החברתי שונה מהשדה הפוליטי, שכן במשפחה צריכות להיות בחירות המבוססות על חירות ושוויון. מבקריו של מיל גרסו כי הוא תומך בשוויון רק עד "דלת המטבח", שכן בפועל הוא תמך בחלוקת כוח העבודה בהתחשב במין.<sup>77</sup> מיל סבר כי

72 הטענה היא כי אלמלא זכות היוצרים היו מופקות יצירות מעטות בלבד. לדיון בטענה זו ראו Arnold Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, 1 *ECONOMICA* 30, 31 (1934).

73 J.A.L. STERLING, *WORLD COPYRIGHT LAW: PROTECTION OF AUTHORS' WORKS, PERFORMANCES, PHONOGRAMS, FILMS, VIDEO, BROADCASTS, AND PUBLISHED EDITIONS* IN NATIONAL, INTERNATIONAL, AND REGIONAL LAW 55–62 (1998). כך, חוק זכויות היוצרים בארצות הברית חוקק מכוח ההסמכה בחוקה לקדם את פיתוח המדע והאומנות השימושית – U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

74 ראו STERLING, שם. ביטוי למתן זכות יוצרים כתמריץ ליוצר כדי להפיק תועלת חברתית נמצא כאמור בפס' 8 (לס' 1 לחוקה האמריקנית: "[T]o 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". הנימוק להענקת זכות יוצרים בארצות הברית – קידום המדע והאומנות השימושית, שהוא אינטרס חברתי מובהק – מבליט את הגישה התועלתנית. בדומה לחוק המלכה אן (Statute of Anne), שהוא כינויו של החוק האנגלי Copyright Act 1710, 8 Ann. c. 21, שהיה חוק זכויות היוצרים המודרני הראשון בעולם), גם במקרה זה נקבע כי יש להגביל את משך ההגנה על זכות היוצרים, ובתום תקופת ההגנה להפוך את היצירה לנחלת הכלל. זאת, לעומת קניין מוחשי, שההגנה עליו אינה מוגבלת בזמן.

75 STERLING, לעיל ה"ש 73, בעמ' 55–62; Robert M. Hurt & Robert M. Schuchman, *The Economic Rationale of Copyright*, 56 *AM. ECON. REV.* 421, 429 (1966). כך ראו שלומית יניסקי-ריבד קניין רוחני בעבודה – תיאוריה, מעשה ומשפט משווה 42–43 (2013).

76 ראו לעיל בה"ש 56.

77 Leslie Goldstein, *Mill, Marx, and Women's Liberation*, 18 *J. HIST. PHIL.* 319 (1980); Julia Annas, *Mill and the Subjection of Women*, 52 *PHIL.* 179, 190 (1977); ZILLAH R. EISENSTEIN, *THE RADICAL FUTURE OF LIBERAL FEMINISM* 115 (1981); Richard W. Krouse, *Patriarchal*

הנישואים בעידן המודרני צריכים להיבנות מתוך מפגש בין שני פרטים כשירים אשר עוזרים זה לזה להשיג גדילה וצמיחה אישית, ומשלימים זה את זה באמצעות קשר נישואים שבו שניים נהפכים לאחד.<sup>78</sup> נראה כי לפי התיאוריה התועלתנית, הצידוק להעניק הכרה כלשהי לתרומת המשפחה טמון ביכולתו של ההסדר המשפחתי לתרום לרווחת החברה בכללותה. אם תרומת התא המשפחתי מעודדת את היוצר ליצור ולהפיק יצירות, תהיה הצדקה להכיר בתרומת המשפחה ולתגמל אותה. עם זאת, יש לזכור כי מאחר שהמניע לפעילותו של היוצר אינו כלכלי תמיד, ולעיתים אף אין תמריץ חיצוני כלשהו, לא יהא נכון, לפי גישת התיאוריה התועלתנית, לראות במשפחה תרומת שווה ליוצר עצמו.<sup>79</sup>

## 5. תפקיד המשפחה על פי הגישות החברתיות

התיאוריות הפוסט-מודרניות מנכיחות אזורים חברתיים של השיפה לסביבה ושיתוף שלה, הכוללים מטבע הדברים את המשפחה. תיאוריות אלה מחזקות את ההיבטים התקשורתיים והקהילתניים של תהליך היצירה, ולפיהן היוצר אינו נמצא בדרך כלל בריק חברתי, אלא יוצר בסביבה המשפיעה על יכולת היצירה. סביבה זו מזינה את יכולת היצירה עד כדי כך שיש מקום להכיר בתרומתה במסגרת הגדרת הבעלות על יצירות. קיימות כמה גישות תיאורטיות מרכזיות המבטאות את חשיבות התחזקותו של מעמד הציבור בהקשר של זכות היוצרים: גישת התכנון המוסדי-החברתי, גישת הבעלות המסורתית, גישת ההבניה היצירתית (authorial constructionism), גישת ההבניה החברתית (social constructionism) והגישת התקשורתית.

גישת התכנון המוסדי-החברתי<sup>80</sup> מחזקת את חשיבות קיומה של חברה בעלת עושר תרבותי שתפיסה תועלתנית אינה בראש מעייניה. בחברה כזו יכול להתפתח השיח הדמוקרטי, ונכסים תרבותיים יכולים להתפשט. ביטויים לגישה זו אפשר למצוא אצל קומב,<sup>81</sup> וניתן למוצאם גם אצל נתנאל, המעורר שיח על חשיבותו של דיון דמוקרטי פתוח.<sup>82</sup>

*Liberalism and Beyond: From John Stuart Mill to Harriet Taylor*, in THE FAMILY IN POLITICAL THOUGHT 145, 161–172 (Jean Bethke Elshtain ed., 1982)

Elizabeth S. Scott, *Rehabilitating Liberalism in Modern Divorce Law*, 1994 UTAH. L. REV. 78 .687

Hurt & Schuchman, לעיל ה"ש 75, בעמ' 425; Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright*; לעיל ה"ש 71, בעמ' 1440.

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

Rosemary J. Coombe, *Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property* 81 *Laws and Democratic Dialogue*, 69 TEX. L. REV. 1853 (1991), לעיל ה"ש 2.

Neil Weinstock Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena*, 82 51 VAND. L. REV. 217 (1998).

הטענה היא כי אוטונומיה קיצונית ביצירות רוחניות מונעת את השיח החברתי, ובכך עוצרת את התרחבות הידע והתפשטותו.

גישת ההבניה היצירתית וגישת ההבניה החברתית רואות ביוצר כלי קיבול דינמי, המשנה את צורתו ככל שהוא מתנייד ונחשף לתכנים נוספים. היוצר יכול ליצור משום שהוא נחשף לחברה, ולפיכך גם החברה זכאית לפירות. גישת ההבניה החברתית מפתחת את גישת ההבניה היצירתית, ומגדירה את תהליך היצירה כשיתוף פעולה עם החברה כולה. לפי גישה זו, תרומת החברה ליצירה היא שמקנה לה זכות ביצירה.<sup>83</sup>

הגישה התקשורתית רואה ביצירה ביטוי פרוגרסיבי הבנוי מרכיבים של תקשורת חברתית, ומדגישה את אופי היצירות כסוג של ביטוי דיאלוגי, ומכאן את חשיבותו של האחר להליך היצירה. גישה זו מקורה בכותבים קנדים שהגדירו יצירות כ"מוצרים דיאלוגיים ותקשורתיים", ולא כביטויים מידיים של ההבניה האישית והבלעדית של היוצר. לגישתם של כותבים מרכזיים הנוקטים גישה זו,<sup>84</sup> יצירות מהוות גשר בין היחיד לחברה. האחר משפיע באופן מובהק על היצירה, כך שזו מורכבת במהותה מדיאלוגים רבים. כותבים אלה שוללים את קיומן של יצירות מונולוגיות, ומקדמים את הטיעון שלפיו כלל היצירות הן פרי דיאלוג.

נראה כי שלוש הגישות המסורתיות, שנסקרו בתת-פרק הקודם, מכירות במשפחה כחלק מהסביבה הפונקציונלית של היוצר, אלא שהתפתחותו התיאורטית של השיח על אודות מעמדה והשפעתה של המשפחה נעצרה אי שם במאה השמונה-עשרה ונתרה תואמת גישות חברתיות פטריארכליות. הגישות החברתיות הפוסט-מודרניות מבקשות להסיט את נקודת האזון אל עבר מבט דיאלוגי הרואה ביוצר חלק בלתי נפרד מקהילה, ומכירות בתרומת הסביבה לתהליך היצירה. מכאן משתמעת הכרה במשפחה כחלק מסביבת היצירה, התורמת לתהליך היצירה ומזינה אותו. ההכרה התיאורטית במעמד המשפחה והזוגיות כתורמות להליך היצירה נוצרה באמצעות שילובן יחדיו של התיאוריות המסורתיות, ובעיקר באמצעות התשתית העיונית הקיימת בגישות הדיאלוגיות והפוסט-מודרניות. באמצעות אלה אניח בהמשך המאמר את התשתית העיונית לזכותו של בן הזוג לחלק מהבעלות ביצירה וכן את הבסיס לבניית מודלים דוקטרינריים להקצאת הזכות בעת פקיעת הנישואים.

לסיכום פרק זה ניתן לומר כי המילים "אומן" ו"יוצר" מופיעות בכל מחקר אקדמי משפטי בתחום וזכו בהגדרות רבות, אלא שנשכחה העובדה הפשוטה ש"היוצר" או "האומן" היה תחילה "ילד של" והתבגר, ואחר כך אולי "בן זוג של", ואולי אף "הורה של". המשפחה היא אפוא הסביבה הקרובה והזמינה ביותר ליוצר, והיא מקור ראשוני אשר מזין ומפרה אותו במגוון של השפעות וחומרי גלם מידיים מהרגע שבו הגיח לעולם. היוצר הוא יחיד, אדם, המשתייך לתא המשפחתי שאליו נולד, ולאחר מכן לקשר הזוגי שבו בחר. המשמעות היא שהמשפחה משפיעה על התוצר הרוחני שלו במידה זו או אחרת.

83 Zemer, *Moral Rights*, לעיל ה"ש 66.

84 CRAIG, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21 ו-55; ABRAHAM DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH ;COPYING? (2015).

## פרק ב: זכות היוצרים כחלק מהרכוש המשותף

זכויות יוצרים ורכוש משותף (community property) הם שני ענפי משפט השייכים לתחום הקניין המסורתי. כאמור בפרקים הקודמים, חלוקתה של זכות היוצרים בין בני זוג לא נדונה עד כה בדין הישראלי. מטרתו של פרק זה הן לסקור את התשתית התיאורטית המציבה את הבסיס העקרוני לחלוקת רכוש בין בני זוג, וכן להביט בדין של שיטות משפט אחרות בנוגע לחלוקת זכות יוצרים ולשאל משם סטנדרטים משפטיים לבנייה של מודל חלוקה שיותאם לדין הישראלי.

דיני זכויות יוצרים מכירים בערך "האוטונומיה האישית", בייחודיותו של מעשה היצירה ובנגזרותיו הקנייניות. ברם, ההכרה בערך "האוטונומיה האישית" מתנגשת בערכים התומכים בחלוקת רכוש בין חברי התא המשפחתי, ביניהם צדק, שוויון, הגינות, שותפות, הסתמכות והימנעות מייחוס תרומה כלכלית לאחד מבני הזוג בעת חלוקת הקניין המשותף. התנגשות זו אינה חריפה בעת חלוקת רכוש "מסורתית" בין בני זוג. צבעם של קרנות פנסיה, חסכונות בבנק ואפילו בית משותף אינו אישי כמו זה המאפיין את זכות היוצרים. נקודת המוצא היא אפוא שהמערכת המשפטית – כיחידה הצוברת קניינים – אינה יכולה להידון לפי מערכת דינים המחלקת רכוש באופן שרירותי או באופן המבוסס על נוסחאות אריתמטיות.<sup>85</sup> הגדרת הבעלות המשותפת על הקניין וקביעת אופן חלוקתו מקבלות משמעויות אחרות לנוכח מעמד הנבדל של בני הזוג, יכולת יציאתם מהקשר, גילי הילדים המשותפים ומאפיינים נוספים. כללי חלוקת הרכוש בתחום דיני המשפחה מנסים לרפא פגמים אלה<sup>86</sup> על בסיס ההכרה בכך שבני אדם תופסים את קניינם כשלוחה שלהם ושהיחסים בין בני אדם לבין חפציהם או נכסיהם אינם מושפעים בהכרח משווי השוק של הנכסים, מהתועלת מהם או מהשימושים בהם.<sup>87</sup>

בעבר התבססה ההסדרה המשפטית של היחסים המשפחתיים בעולם המערבי על גישה הרואה במשפחה יחידה מדרגית בראשות הבעל. מבחינה היסטורית התייחסה ההסדרה המסורתית של דיני המשפחה למבנה חברתי פיאודלי, שבו קבוצות המאורגנות במבנה מדרגי מהוות את היחידות המשפחתיות הבסיסיות.<sup>88</sup> לאחר התמוטטותו של המשטר הפיאודלי חלו שינויים במבנה החברתי הכללי שהעצימו את הפרט על חשבון הקבוצה, אולם דיני המשפחה המשיכו להדגיש את ההיבט המדרגי של הקשר הזוגי. במשפט

85 ראו את דבריו של השופט סילמן בתמ"ש (משפחה קר) 5050/06 נ' ח' נ' א' ח', פס' 30 (ג) לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.5.2010): "גישה זו פורמליסטית יתר על המידה, קרה ומוכנית, ואינה יכולה לעלות בקנה אחד עם הגדרת החלת עקרונות של צדק".

86 שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 305–317 (2016).

87 Radin, לעיל ה"ש 63, בעמ' 957–959.

88 למבנה של החברה הפיאודלית ראו מארק בלון **החברה הפיאודלית** (אורה גרינגרד מתרגמת, 1988). ליסודות הפיאודליים של דיני המשפחה המערביים ראו Janet L. Dolgin, *The Family in Transition: From Griswold to Eisenstadt and Beyond*, 82 GEO. L.J. 1519, 1524 (1994).

המקובל הביטוי המובהק לכך הוא דוקטרינת המיזוג, שלפיה האישיות המשפטית של האישה מתמזגת בעקבות הנישואים עם האישיות המשפטית של בעלה.<sup>89</sup> במחצית השנייה של המאה העשרים החלו להתחולל שינויים ניכרים בתפיסת המשפחה, בחלוקת התפקידים בתוך התא המשפחתי ובחלוקת הרכוש,<sup>90</sup> לצד הצבת הפרט במרכז.<sup>91</sup> בנושאים רבים מעמד המשפטי של בני הזוג זה כלפי זה הוא כמעמד של פרטים עצמאיים. שינויים אלה הצריכו הסדרה ייחודית של יחסי הרכוש במשפחה, וכך החל להתפתח מודל חדש שקרא לשיתוף בנכסים. לפי מודל זה, נכסים שנצברו בתקופת הנישואים נחשבים נכסים משותפים. חלופה אחרת למשטר הפרדת הרכוש נמצאה במשטר ה"אקוויטבילי".<sup>92</sup> סוג זה של משטר קובע הפרדת רכוש, אך מעניק סמכות לבית המשפט הדן בגירושי בני הזוג לסטות מהרישום הקנייני ולחלק את הרכוש שצברו בני הזוג במהלך הנישואים לפי שיקול דעתו.<sup>93</sup> מגמה זו הובילה להתפתחותה של "המטפורה השותפותית", בניסיון להתמודד עם המגמות החדשות במוסד המשפחה המערבית.<sup>94</sup> גישה זו מצדדת בהסדר של שיתוף נכסים המבוסס על שני אדנים מהותיים: הראשון הסכמי, ולפיו השיתוף מבטא את כוונת הצדדים; והשני נורמטיבי, ולפיו השיתוף בנכסים מבוסס על ערכים של צדק במובן של הגינות ושוויון.<sup>95</sup> בדומה להתפתחותם של דיני חלוקת הרכוש המשפחתי בעולם המערבי ובארצות המשפט המקובל, גם יחסי הרכוש במשפט הישראלי הוכפפו לעקרונות של שוויון, וחלו בהם תמורות ושינויים.<sup>96</sup> כך, למשל, החקיקה הישראלית קידמה חוקים הרואים את שני

89 בלקסטון תיאר את התיאוריה כך: "By marriage, the husband and wife are one person in law, that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband". WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 189 (Bernard C. Gavit ed., 1941) (1765).

90 ראו את דבריו של השופט ברנן (Brennan) בעניין Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972).  
91 Scott, לעיל ה"ש 78.

92 זה המשטר הנוהג באנגליה. ראו, למשל, STEPHEN M. CRETNEY, JUDITH M. MASSON & REBECCA BAILEY-HARRIS, PRINCIPLES OF FAMILY LAW 70-71 (7th ed. 2003).

93 Carolyn J. Frantz & Hanoach Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 75 (2004).  
ברכות השנים צומצם הפער בין המדינות האקוויטביליות לבין מדינות ה-community property, וכיום ברוב המדינות האקוויטביליות ניכרת מגמה ברורה של תמיכה בחלוקה שוויונית של הרכוש "זוגי".

94 שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627, 661 (2004) (להלן: ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף").

95 עמדת המודל ההסכמי עוררה ביקורת, מאחר שהמודל מסרב להחיל את הסדרי השיתוף אם הוא אינו מתיישב עם אומדן הדעת של הבעלים הרשום. לתיאור התפתחותה של חזקת השיתוף בישראל והביקורת עליה ראו אריאל רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג** 212 (1982); מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** כרך א 191 (מהדורה רביעית מורחבת, 2001); יוסף מנדלסון "יחסי ממון בין בני-זוג" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** 437 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995); יהושע ויסמן **דיני קניין – בעלות ושיתוף** 178 (1997); מיגל דויטש **קניין** כרך א 633 (1997).

96 ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 94, בעמ' 677-679, טוען כי תהליכי הליברליזציה של דיני הרכוש בישראל הם חלק ממהלך רחב יותר של ניסיון אזרחי להביא לידי

בני הזוג כפרטים שוויוניים ואוטונומיים.<sup>97</sup> כמו ברוב מדינות המשפט המקובל, גם בישראל נדחה ההסדר של הפרדת הרכוש. החליפה אותו חזקה המוכרת כ"חזקת השיתוף", הקובעת כי בנסיבות מסוימות, ובהעדר הסכם נוגד, יידחו הכללים הרגילים ויחול משטר של שיתוף בנכסי בני הזוג.<sup>98</sup>

תפיסת השיתופיות הקניינית בין בני הזוג התפתחה הודות לפיתוחה המשפטי של חזקת השיתוף שחלה על בני זוג שנישאו עד שנת 1974.<sup>99</sup> עד סוף שנות השבעים המבחן שהוחל על בני זוג בעת פירוד היה מבחן "אורח החיים התקין".<sup>100</sup> לאחר מכן, בשנות השמונים, נשענה החזקה על מעשים, ולקראת סוף שנות השמונים החלו לראשונה להשתמש בטרוריקה של מודל נורמטיבי המשווה בין המשפחה לבין שותפות מסחרית-כלכלית. בסוף שנות התשעים פותח המודל הקישורי-הקהילתי של חזקת השיתוף, ובשלב זה החילו בתי המשפט את חזקת השיתוף, במקרים המתאימים, גם על "נכסים חיצוניים" שלא הופקו במאמץ משותף של הצדדים. מהלך זה שיקף את התפתחותה של אידיאולוגיה חדשה המדגישה את ההיבטים הקהילתיים-הקישוריים-השיתופיים וההיבטים הלא-מסחריים המתפתחים במהלך החיים המשפחתיים.<sup>101</sup> חוק יחסי ממון, אשר החליף את המשטר הקנייני של הלכת השיתוף במשטר אובליגטורי של איזון משאבים, מחיל את הסדר השיתוף על כלל הזוגות הנשואים, ללא קביעת תנאי סף הסכמיים, ואינו מכיר

ליברליזציה של דיני המשפחה בישראל. עם זאת, תחומים אחרים של דיני המשפחה, כגון דיני הנישואים, הגירושים והמזונות, נדונים בישראל על פי הדין הדתי, ולכן תהליך הליברליזציה בהם עודנו מצומצם. האופי האזרחי של היחסים הרכושיים ברור יותר, ולכן תהליך הליברליזציה בתחום יחסי הרכוש מואץ בהרבה.

97 ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, קובע כי "לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשיה בקנינים כאילו היתה פנויה; ואין קניינה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על ידי קשר הנישואין".  
98 על פסקי הדין שכונו את הלכת השיתוף ראו אורי ירין "שותפות בין בני הזוג – גם כלפי חוץ; ומה הלאה?" הפרקליט כו 474 (1970). אולם ראו ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561, פס' 2-7 לפסק דינו של השופט כהן (1971), שם נקבע כי לנוכח מגמות מודרניות של שוויון בין גברים לנשים, אין צורך בחזקת שיתוף גורפת. ראו כמה דוגמאות להצעות חקיקה עכשוויות בישראל שעניינן קידום השוויון בין המינים: הצעת חוק גיל פרישה (תיקון – העלאת גיל הפרישה לנשים וקביעת צעדים תומכים לנשים בגילאי העבודה), התשע"ח-2018, פ/4952/20; הצעת חוק לתיקון פקודת העיריות (עידוד נשים בעסקים), התשע"ח-2017, פ/4613/20; נציבות שירות המדינה – משרד ראש הממשלה [www.gov.il/BlobFolder/reports/report\\_women\\_committee\\_2014/he/ReportWomenCommittee2014.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/reports/report_women_committee_2014/he/ReportWomenCommittee2014.pdf) (2014).

99 שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227 (2009) (להלן: ליפשיץ "יחסי משפחה וממון").

100 ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589, 599 (1966): "...הכוונה לבעלות משותפת בנכס ניתן להסיקה מכללל מהתנהגותם של בני הזוג לפי אורח חיי הנישואין שלהם עד לזמן שבו חל הקרע הסופי". הביקורת על מבחן זה רבה ומגוונת. כך, למשל, רוזן-צבי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 225-226, סבר כי לא זו בלבד שחזקת השיתוף אינה בוחנת את כוונת הצדדים לעניין הבעלות בנוגע לכל נכס לגופו, היא אף אינה דורשת "חיי משפחה הרמוניים" שניתן להסיק מהם כוונת שיתוף משוערת.

101 ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 94, בעמ' 708.

בהסכמים בעל פה או התנהגות המלמדים על כוונה נוגדת שיתוף.<sup>102</sup> במובן זה החוק תואם את המודל הנורמטיבי של השיתוף,<sup>103</sup> בקובעו כי כל רכוש שנצבר בתקופת הנישואים הוא משותף.<sup>104</sup>

חרף לשונו המפורשת של חוק יחסי ממון, מצאה הפסיקה דרך להחיל את השיתוף הזוגי גם על נכסים חיצוניים מכוח הדין הכללי. הבסיס הראשוני לשיתוף המבוסס על הדין הכללי הונח בחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן בפסק הדין בעניין **יעקובי**,<sup>105</sup> אשר ביססה את האפשרות להכיר בהסדר שיתוף זוגי נקודתי מכוח הדין הכללי (בעיקר דיני החוזים ודיני הקניין), תוך ריכוך הדרישות הפורמליות שהקשו את ההכרה בשיתוף כזה בנסיבות לא משפחתיות כאשר הנכס רשום על שם אחד מן הצדדים.

בעניין **אבו רומי** הניחה השופטת שטרסברג-כהן יסוד להרחבה ניכרת של השיתוף המבוסס על הדין הכללי, בקובעה כי הלוגיקה המאפשרת הכרה בשיתוף מכוח הדין הכללי רלוונטית גם בנוגע לנכסים חיצוניים, כגון נכסים שנצברו לפני הנישואים.<sup>106</sup> אולם הפסיקה שניתנה לאחר פסק דין זה לא הצטיינה בעקיבות רבה. בחלק מפסקי הדין יישמו השופטים במדויק את הלכת **אבו רומי**, ודרשו אינדיקציה פוזיטיבית ספציפית לקיומה של כוונת שיתוף לפני החלטה על נכסי עבר. בפסיקות אחרות, לעומת זאת, החילו בתי המשפט

102 הסכם כללי הדוחה את הסדר איזון המשאבים טעון אישור או אימות כאמור בפרק הראשון לחוק יחסי ממון. הסכמה בנוגע לנכס ספציפי אינה דורשת אישור שיפוטי, אך היא טעונה הסכם בכתב. ראו ס' 5(א)(3) לחוק יחסי ממון, וכן בג"ץ 10605/02 **גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד נח(2) 529 (2003), שבו הבחינה השופטת חיות בין דרישת האישור הכללית להסכמי ממון לבין הדרישה להוצאת נכס ספציפי מתכולת האיזון באמצעות הסכם כתוב.

103 לאחר תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, שהתקבל בשנת 2008 (חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 18), ס' 5(ג) קובע במפורש כי פנסייה, כמו גם נכסי פרישה נוספים, הם נכס בר איזון.

104 ס' 5(א) לחוק יחסי ממון. סעיף זה היה קיים עובר לתיקון מס' 4 לחוק. החוק מחריג אפוא מתכולת האיזון נכסים שנצברו לפני הנישואים, ירושות ומתנות.

105 ע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט(3) 529 (1995). בפרשה זו דובר ברכוש שנצבר ממאמץ משותף של הצדדים ובבני זוג שלא התגרשו, משום שהבעל, שהיה גם הבעלים הרשומים של הרכוש, התנגד לגירושים ובכך סיכל את מימוש איזון המשאבים.

106 רע"א 8672/00 **אבו רומי נ' אבו רומי**, פ"ד נו(6) 175 (2002). לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, יש להניח כי באופן עקרוני אדם עשוי להסכים לשתף את בן זוגו בנכס הרשום על שמו גם אם נכס זה היה ברשותו לפני הנישואים וגם לאחר שבני הזוג כבר התגרשו. במסגרת הביקורת על פסק דין זה נטען כי לצד ההכרה העקרונית בהיתכנות השיתוף מכוח הדין הכללי, אפילו בנכסים חיצוניים, צמצמה מאוד השופטת שטרסברג-כהן את הפתח שנפתח במישור המעשי. זאת, מכיוון שהיא הדגישה כי כאשר השיתוף מבוסס על הדין הכללי, "לא די בעצם קיומם של חיי נישואין משותפים, אף שהיו ממושכים, כדי לקבוע שיתוף בדירת מגורים מכוח דין כללי, שאם תאמר כן, נמצאת מכניס בדלת אחורית את חזקת השיתוף, שלשיטתי איננה חלה במקביל לחוק יחסי ממון" (שם, בעמ' 183). בפועל קבע בית המשפט בעניין **אבו רומי** כי לא הוכחה כוונת שיתוף, ועל כן למעשה לא הוענקו לאישה ולשבעת ילדיה כל זכויות בדירת המגורים או בנכסי הבעל בכלל, וזאת חרף ארבע-עשרה שנות נישואים.

את חזקת השיתוף על נכסים חיצוניים מכוח הדין הכללי גם בהעדרה של ראיה פוזיטיבית התומכת בכוונת שיתוף. יתרה מזו, בחלק מפסקי הדין נקבע שיתוף בנכסים חיצוניים גם במקרים שבהם פרק חיי הנישואים לא היה ארוך במיוחד, ואפילו כאשר היחסים בין הצדדים היו מעורערים, ולעיתים גם כאשר דובר בנכס עסקי.<sup>107</sup>

התפתחות הפסיקה בישראל מלמדת כי חלוקת הרכוש בין חברי התא המשפחתי נעשית מנקודת מוצא המביאה בחשבון את יחסי הכוחות בין הצדדים בנקודת היציאה מהקשר הזוגי,<sup>108</sup> תוך גילוי ערנות ורגישות למצבים של קיפוח ואי־שוויון בתוך המשפחה.<sup>109</sup> מן הדיון העוסק במשטר חלוקת הרכוש בתוך המשפחה ניתן להסיק כי נירת עמימות בהבחנה בין נכסים פרי מאמץ משותף לבין נכסים חיצוניים.

107 ראו בעניין זה פסיקה מן העשור וחצי האחרונים: בג"ץ 1727/07 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם באר"ש, 19.3.2007); ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (פורסם באר"ש, 11.8.2011); עמ"ש (מחוזי ת"א) 1037/09 פלוגי נ' פלוגית (פורסם בנבו, 8.9.2011); תמ"ש (משפחה ב"ש) 11193-09-11 פלוגי נ' אלמונית (פורסם בנבו, 6.8.2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 4120/10 צ. ל. נ' ר. ל. (פורסם בנבו, 17.4.2012); תמ"ש (משפחה ת"א) 41732-10-11 ע' נ' מ' (פורסם בנבו, 24.9.2013); בע"ם 5939/04 פלוגי נ' פלוגית, פ"ד נט(1) 665 (2004); בע"ם 4951/06 פלוגי נ' פלוגי (פורסם באר"ש, 14.6.2006). עוד ראו במיוחד בע"ם 1398/11 אלמונית נ' אלמוני (פורסם באר"ש, 26.12.2012), שבו נותחו הפרמטרים הראויים לבחינת גדר השיתוף ברירת מגורים. ראו במיוחד שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר, העוסקת ב"הוכחת קיומו של דבר מה נוסף". כן ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 62688-12-19 ד' ש' נ' ש' ש' (פורסם בנבו, 28.7.2020); עמ"ש (מחוזי מר') 35047-10-19 ה. נ' נ. ה. (פורסם בנבו, 2.8.2020) (ערעור על פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה הבוחן את התנאים להוכחת "דבר מה נוסף"); ערעור (גדול) 809633/6 פלוגי נ' פלוגית (פורסם בנבו, 20.1.2020).

108 דגן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 468–470, מציע חלוקה שוויונית של כלל נכסי הנישואים, המבוססת על אידיאל הנישואים. גישה זו עולה בקנה אחד עם גישתו של ליפשיץ "יחסי משפחה וממון", לעיל ה"ש 99, בעמ' 261, שלפיה יש ליישם "מודל שיתוף נוקשה, כמעט קוננטי, המציב מגבלות קשות על החריגה מהשיתוף ונכון להחילו גם במצבים שבהם ברור כי הוא אינו משקף את כוונת הצדדים". באשר לנכסים חיצוניים שאינם תוצר של מאמץ משותף – ובהקשרנו הכוונה לכישרון אישי המובא אל מסגרת הנישואים – ליפשיץ מציע להחיל מודל שיתוף המכונה "המודל הקישורי-קהילתי". על פי מודל זה, תיקבע בררת מחדל של שיתוף המדגישה את היחיד במערכת הזוגית, אך תוך רגישות לכוונתם של הצדדים הספציפיים ולאורח חייהם. לפיכך ליפשיץ מציע לקבוע כי בנוגע לנכסים החיצוניים אין די בעצם הנישואים לצורך החלת החוקה, אלא יש לקבוע תנאי סף קישוריים המעידים כי מדובר בבני זוג שראוי להחיל עליהם את המודל המרחיב של השיתוף. לספרות המחילה את עקרונות השוויון ברכוש, אף בנוגע לבני זוג מאותו מין, ראו Adam Jowett & Elizabeth Peel, 'A Question of Equality and Choice': Same-Sex Couples' Attitudes Towards Civil Partnership after the Introduction of Same-Sex Marriage, 8 PSYCHOL. & SEXUALITY 69 (2017); John Eekelaar, Perceptions of Equality: The Road to Same-Sex Marriage in England and Wales, 28 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 1 (2014); Sondra E. Solomon, Esther D. Rothblum & Kimberly F. Balsam, Pioneers in Partnership: Lesbian and Gay Male Couples in Civil Unions Compared with Those Not in Civil Unions and Married Heterosexual Siblings, 18 J. FAM. PSYCHOL. 275 (2004).

109 עניין אלמונית נ' אלמוני, לעיל ה"ש 107, פס' 13 לפסק דינו של השופט דנציגר: "...בעומדנו בנקודת



העמימות בנושא הסדרת השיתוף בנכסים החיצוניים אינה ייחודית למשפט הישראלי. בארצות הברית, למשל, העמדה הקונוונציונלית תואמת את חוק יחסי ממון, ומבחינה בין נכסים פרי מאמץ משותף לנכסים חיצוניים. בהתאמה, נכסים שנצברו לפני הנישואים, ירושות ומתנות נחשבים נכסים פרטיים שאינם ניתנים לחלוקה. עם זאת, עיון מעמיק יותר מגלה מערך מורכב של דוקטרינות המכרסמות בהבחנה החדה בין סוגי הנכסים. בחלק קטן ממדינות ארצות הברית, כאשר יש ערבוב בין נכסים משותפים לנכסים פרטיים, הדבר עשוי להפוך נכסים פרטיים למשותפים.<sup>110</sup> מדינות אחרות, לעומת זאת, מכירות בתנאים מסוימים בהסכם מכליל ההופך נכס פרטי למשותף.<sup>111</sup> הפסיקה העכשווית מכירה בכך שהתא המשפחתי אינו מגיע להסכמות בדרך ה"רגילה", בדומה למקובל בשותפות מסחרית או בעסקאות פורמליות.<sup>112</sup> פעמים רבות אווירה ממושכת של שיתוף ביחסים מביאה את בן הזוג לידי כך שהוא מסתמך על הנכסים הפרטיים של בן זוגו ופועל לטובת הרווחה המצרפית של המשפחה, תוך שהוא מזניח את האינטרסים האישיים שלו.<sup>113</sup> כך, בעניין זכויות היוצרים בארצות הברית – מצד אחד, החוקה האמריקנית קובעת כי תסריטאי, סופר או אומן שיצרו יצירה נהפכים לבעליה מרגע שהיצירה קובעה בחפץ מוחשי המבטא אותה;<sup>114</sup> מצד אחר, דיני השיתוף ברכוש המשפחתי קובעים כי חפצים שנוצרו או נרכשו במהלך הנישואים באמצעות עבודה, מיומנויות או כישרון של אחד מבני הזוג הם בגדר רכוש משותף.<sup>115</sup>

המפגש בין שני ענפי הקניין, המתרחש בשעת פרדתם של בני זוג, מעמת בין חוקים פדרליים לחוקים מדינתיים בנושאים קנייניים העוסקים בבעלות על זכות יוצרים שנוצרה

הסיום של הנישואין, עלינו לנקוט, ככלל, במנגנון חלוקה שוויונית של כלל נכסי בני הזוג – למעט אותם נכסים שהוחרגו מהחלוקה מכוח החוק או מכוח הסכמת הצדדים – כאשר מטרתנו להביא לאיזון כלכלי בין בני הזוג ולצמצם את חוסר השוויון הגלום ביחסי הממון ביניהם אשר סיבותיו הינן, לרוב, חיצוניות" (ההדגשה במקור).

110 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 86, בעמ' 268 ו-274–275.

111 הכלל חל בעיקר במקרים שבהם מדובר בדירת מגורים או בנכסים משפחתיים אחרים שנעשה בהם שימוש משותף.

112 בעניין זה ראו לעיל תת-פרק א2.

113 טיעון ההסתמכות כהצדקה להחלת הסדר של שיתוף על נכסים פרטיים הוא מרכזי מאוד בהנמקות של המכון האמריקני למשפטים: AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (2002), בס' 4.09 לפרק העוסק ביחסי הרכוש בין בני זוג ובחלוקה השוויונית כברת מחדל.

114 U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8. לפי סעיף זה בחוקה האמריקנית, לקונגרס האמריקני נתונה הסמכות לחוקק חוק זכויות יוצרים במטרה לקדם את המדע והאומנויות השימושיות, ובלשון הסעיף: "[T]o 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" (ההדגשה הוספה).

115 Downer v. Bramet, 152 Cal. App. 3d 837, 843 (1984).

במהלך הנישואים.<sup>116</sup> ודוק, לפי החוק הפדרלי, היוצר הוא הבעלים היחיד של זכות היוצרים.<sup>117</sup> מטרתו של U.S. Copyright Act of 1976 (להלן בפסקה זו: החוק)<sup>118</sup> היא להעניק ליוצר את הזכות לנצל את יצירותיו ולשלוט בתוצריהן,<sup>119</sup> לתמוך יצירתיות לטובת הכלל,<sup>120</sup> ולספק הגנה מפני מי שמנסים לפגוע לא כדין בזכויות היוצר.<sup>121</sup> אם כן, נראה כי מטרת החוק אינן מתיישבות עם הרציונל שבבסיסם של חוקי חלוקת הרכוש, אשר קובעים כי היוצר ובן זוגו הם בעלים משותפים של הזכויות הנובעות מזכות היוצרים, וזאת אף על פי שהחוק קובע כי אגד הזכויות המרכיבות את זכות היוצרים הוא בר חלוקה, וכי הזכויות המפוצלות שבעקבות החלוקה ניתנות להעברה לאחר.<sup>122</sup>

במדינת קליפורניה, שבה יש שפע של יוצרים, כותבים, אומנים, תסריטאים, כותבי תוכנות מחשב וצורות אחרות של יצירה המקנות זכויות יוצרים, דיני השיתוף קובעים כי הרכוש מוחזק במשותף מעצם נישואיהם של בני הזוג.<sup>123</sup> כך, ה־California Civil Code מגדיר כל רכוש שנרכש על ידי אחד מבני הזוג לפני הנישואים וכל רכוש שהתקבל על ידי מי מהצדדים במהלך הנישואים במתנה או בירושה, וכן את פירותיהם, כרכוש נפרד.<sup>124</sup> הנכסים השיוריים, שאינם בקטגוריית הרכוש הנפרד ואשר נצברו במהלך הנישואים, נחשבים לפי חוק זה רכוש משותף.<sup>125</sup> הדין בקליפורניה קובע כי מאחר שזכויות יוצרים הן בגדר קניין,<sup>126</sup> כל זכות יוצרים שנוצרה במהלך הנישואים היא משותפת, וכך גם התמלוגים הנובעים מהזכות.<sup>127</sup> בסיומם של הנישואים כל אחד מבני הזוג זכאי למחצית מהזכויות ברכוש המשותף.<sup>128</sup>

בחוקה האמריקנית נקבע הכלל שבהעדר הסדרה פדרלית יחולו דיני המדינה. אולם במקרה של התנגשות ישירה בין דין פדרלי לדין מדינתי, דין המדינה נסוג מפני החוק הפדרלי.<sup>129</sup> חרף האמור, בית המשפט העליון האמריקני הכיר בכך שסכסוך הקשור

Peter J. Wong, *Asserting the Spouse's Community Property Rights in Copyright*, 31 IDAHO L. REV. 1087, 1088 (1995)

שם.

U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. § 101 (להלן: U.S. Copyright Act of 1976).

Carla M. Roberts, *Worthy of Rejection: Copyright as Community Property*, 100 YALE L.J. 1053, 1057 (1991)

Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975)

*In re Marriage of Worth*, 195 Cal. App. 3d 768, 772 (1987) (להלן: עניין Worth).

17 U.S.C. § 201(d)(2)

GAIL BOREMAN BIRD, *CASES AND MATERIALS ON CALIFORNIA COMMUNITY PROPERTY* 8 (8th ed. 2003)

CAL. CIV. CODE §§ 5107–5108 (West 1970)

CAL. CIV. CODE §§ 687, 5110 (West supp. 1982)

*In re Marriage of Monslow*, 912 P.2d 735, 744 (Kan. 1996)

Wong, לעיל ה"ש 116, בעמ' 1096.

CAL. FAM. CODE § 2550 (West, Westlaw through 2012 Sess.)

U.S. CONST. art. VI, § 1, cl. 2: "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof... shall be the supreme Law of the Land... any Thing in

ליחסים משפחתיים הוא סכסוך יוצא מן הכלל, ולפיכך הדינים החלים עליו יהיו דיני המדינה, ולא הדין הפדרלי.<sup>130</sup> כדי שהדין הפדרלי יגבר, יש להוכיח כי דין המדינה גורם נזק ממשי, ברור ומהותי לזכויות המוקנות בדין הפדרלי.<sup>131</sup> מטבע הדברים התעוררה השאלה אם אכן יש קונפליקט בין הדינים.<sup>132</sup> בעניין *Worth*<sup>133</sup> התקיים לראשונה דיון בקונפליקט כגון זה. בית המשפט נדרש לשאלה אם הרכוש המשפחתי כולל את זכות היוצרים ביצירה שנוצרה במהלך הנישואים.<sup>134</sup> בעניין זה נפסק לראשונה בקליפורניה כי הבעלות על זכות היוצרים היא חלק מהרכוש המשותף. בשנת 2000 קבע בית המשפט לערעורים, בפסק הדין בעניין *Rodrigue*, כי העובדה שזכות היוצרים נוצרה במהלך הנישואים על ידי אחד מבני הזוג אינה מונעת את סיווגה כרכוש משותף, אולם זכויות הניהול של זכות היוצרים נתונות בידי בן הזוג היוצר בלבד.<sup>135</sup>

יותר ממחצית המדינות שבהן חל משטר השיתוף, במישרין או בעקיפין, מגדירות את הבעלות על הקניין הרוחני כרכוש משותף.<sup>136</sup> מדינת טקסס שונה מיתר המדינות של משטר השיתוף בכמה תחומי מפתח, במיוחד בהתייחס לבעלות על זכות היוצרים כרכוש משותף. הדין בטקסס אינו אחיד בנוגע לחלוקת זכויות יוצרים במסגרת הליכי גירושים.<sup>137</sup>

Free v. Bland, the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding"

.369 U.S. 663, 666 (1962)

*In re Burrus*, 136 U.S. 586, 593–594 (1890) 130

*Wong*, לעיל ה"ש 116, בעמ' 1098; *Hisquierdo v. Hisquierdo*, 439 U.S. 572, 581 (1979) 131

Latman W. Patry, *Copyright and Community Property: The Question of Preemption*, 8 132

.COMMUNITY PROP. J. 205 (1981)

עניין *Worth*, לעיל ה"ש 121. 133

David Nimmer, *Copyright Ownership by the Marital Community: Evaluating Worth*, 36 134

.U.C.L.A. L. REV. 383, 390 (1988)

עניין *Rodrigue v. Rodrigue*, 218 F.3d 432, 433 (5th Cir. 2000) נדון עניינם של בני 135

הזוג ג'ורג' ורוניקה רודריגו, תושבי מדינת לואיזיאנה, שנישאו בשנת 1976 מבלי שערכו ביניהם הסכם ממון. לאחר שנישא לורוניקה נהפך ג'ורג' לצייר מפורסם ומצליח. נישואי הזוג רודריגו הסתיימו בשנת 1993. ג'ורג' הגיש תביעה לבית המשפט הפדרלי ובה טען כי הוא הבעלים היחיד של זכויות היוצרים בציורים שצייר. ורוניקה ביקשה פסק דין הצהרתי שיקבע כי היא הבעלים של מחצית הזכויות שנוצרו במהלך תקופת הנישואים, לרבות היצירות הנגזרות של כל זכויות היוצרים שנוצרו בתקופת הנישואים. בית המשפט לערעורים של הסבב החמישי קבע כי לבעל יש זכות לנהל את זכות היוצרים (שם, בעמ' 436), אך האישה זכאית לכל הזכויות הכלכליות הנובעות מזכות היוצרים, לרבות זכויות ביצירות נגזרות, בהיותן חלק מהרכוש המשותף.

J. Wesley Cochran, *It Takes Two to Tango!: Problems with Community Property Ownership* 136

.of Copyrights and Patents in Texas, 58 BAYLOR L. REV. 407, 433–436 (2006)

עיון בפסיקה מלמד על מגמה לא אחידה. כך, למשל, בפסק הדין בעניין *Rose v. Hatten*, 417 S.W.2d 137

456, 458 (Tex. App. 1967) נקבע כי פטנט הקשור לטיפול בסרטן מסוג הוצ'קנס הוא בגדר רכוש

משותף, וערכאת הערעור דחתה את הערעור מטעמים פרוצדורליים; בעניין *Bell v. Moores*, 832

S.W.2d 749 (Tex. App. 1992) ביקשה האישה לשעבר כי בית המשפט יתערב בקשר לתמלוגים

מכוח חוזה זכויות תגמולים המגיעים לבעלה לשעבר, אולם בית המשפט הכריע כי אין לאישה זכות

המסקנה הרווחת לאחר פסק הדין בעניין *Rodrigue*<sup>138</sup> היא שניהול זכות היוצרים הוא זכות נפרדת השייכת ליוצר בלבד, אך הבעלות על זכות היוצרים עצמה אינה ברורה.<sup>139</sup> לפי חוקי מדינת טקסס, אם בן זוגו של היוצר השקיע חלק משמעותי מזמנו בזוגיות בתקופה שבה נוצרה היצירה, הרכוש המשותף צריך לפצותו על מאמציו, ולשם כך בתי המשפט בטקסס מוסמכים לתת לבן זוגו של היוצר חלק גדול יותר מהרכוש המשותף.<sup>140</sup> שאלה נוספת שנותרה במחלוקת במדינת טקסס נוגעת בתמלוגים ובהכנסות הנובעים מחלוקת הרכוש המשותף לאחר הגירושים. לדעת קוקרן, תמלוגים עתידיים אינם רכוש השייך לשני בני הזוג, מכיוון שהם תלויים בצדדים שלישיים, ומכיוון שהם ספקולטיביים.<sup>141</sup>

**קוד הקניין הרוחני הצרפתי**<sup>142</sup> מגדיר את הזכות המוסרית כזכות שקשורה לאישיותו של היוצר וכזכות בלתי עבירה. עם זאת, הסעיף קובע כי הזכות עוברת בירושה ומעניקה ליורשים את האמצעי למלא את רצונו של היוצר ולשמור על כבודו. מכאן ברור שהזכות אינה יכולה לעבור לבן הזוג בסיום קשר הנישואים. בדומה לכך, הזכות לפרסם את היצירה ולקבוע את התנאים להפצתה ולשמירה על שלמותה נשארת בידי בן הזוג של היוצר במוות היוצר, אך הבלעדיות בפרסום היצירה ובהתקשרות בהסכמים להפצתה מוחרגים מתחולת השיתוף בעת פירוק התא המשפחתי.<sup>143</sup> לנוכח הוראות החוק הצרפתי, המותיר את הזכות הכלכלית והמוסרית ביצירה בידי היוצר, גם הסכמה להעברת הזכויות אינה תקפה.<sup>144</sup> החוק בצרפת קובע כי התמלוגים המתקבלים מהיצירה הרוחנית או התמורה ממכירתה ייחשבו חלק מהנכסים המשותפים של בני הזוג, ובלבד שהתקבלו במהלך הנישואים.<sup>145</sup>

עמידה; ואילו בעניין *Sheshtawny v. Sheshtawny*, 150 S.W.3d 772, 774 (Tex. App. 2004), *cert. denied*, 546 U.S. 823 (2005) פסק בית המשפט לטובת האישה שיעור של 60% משווי הזכויות בפטנט הרשום על שם הבעל שנוצר בתקופת הנישואים, תוך שהוא מותיר את הפטנט לשליטת הבעל. פסק הדין האחרון עוסק אומנם בפטנטים, אך ניתן ללמוד ממנו על הנכונות לראות בקניין רוחני שנוצר בתקופת הנישואים משום קניין משותף.

138 עניין *Rodrigue*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 439-440.

139 יש המבקרים גישה זו. *Cochran*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 433-436, מעניק פרשנות נחרצת לפסק הדין בעניין *Rodrigue*, לעיל ה"ש 135, ולעמדתו זכויות יוצרים אינן חלק מהרכוש המשפחתי המשותף.

140 *Bishop v. Bishop*, No. 14-02-00132-CV (Tex. App. 2003); *In re Marriage of Becerra*, 100 S.W.3d 637, 640 (Tex. App. 2003); *Oliver v. Oliver*, 741 S.W.2d 225, 228-229 (Tex. App. 1987).

141 *Cochran*, לעיל ה"ש 136, בעמ' 457.

142 ראו *CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE art. L.121-1 (Fr.)* (להלן: קוד הקניין הרוחני הצרפתי). הפסקה הראשונה לסעיף זה בקוד הקניין הרוחני הצרפתי קובעת כי השימוש בקניין רוחני (זכות השימוש וקביעת תנאיו, עריכת חוזים לניצול כלכלי של היצירה, זכות ההצגה וכיוצא באלה) הוא של היוצר בלבד.

143 שם.

144 שרה פרזנטי "זכות היוצרים כנכס בר חלוקה בין בני זוג" **רשימות בנתיב קנייני הרוח – השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה** 129, 154 (עמיר פרידמן ויוסי סיוון עורכים, 2004).

145 הוראות סעיף זה חלות רק על בני זוג שנישאו לאחר 12.3.1958. ראו לעניין זה את פסק הדין *Cour*

ההלכה קובעת כי בן הזוג תרם במהלך הנישואים להתפתחותם של פירות הנכס הרוחני, אך לאחר פירוק הנישואים יהיו התגמולים שייכים ליוצר, בהיותם הכנסות המתקבלות מנכסים אישיים.<sup>146</sup> הדין הצרפתי קובע כי אין לראות ביצירה רכוש קנייני, ורק הפירות הכלכליים מנכסים קנייניים מהווים חלק מהרכוש המשותף.<sup>147</sup>

**בקנדה** הכתיבה האקדמית והפסיקה רואות בזכות היוצרים זכות אישית של בן הזוג היוצר, אשר ממשיך גם לאחר הפרדה להיות היחיד שמחליט בנוגע לדרכי השימוש והניצול של הזכות החומרית. עם זאת, תקבולים שהתקבלו לאחר פרסום היצירה במהלך הנישואים נחשבים חלק ממסת הרכוש המשותף.<sup>148</sup> קפרוס כותב, בהקשר של זכויות יוצרים וקניין רוחני ותעשייתי בכלל, כי בדין הקנדי אין התייחסות ספציפית לזכויות אלה. ברם, לטענתו יש להשוות בין הזכויות האמורות לבין זכויות המתקבלות בעקבות נזק, ולראות בזכויות היוצרים נכסים אישיים הנובעים מהקשר לאדם.<sup>149</sup> הדין הקנדי מתבסס על הדין הצרפתי, ורואה בזכות היוצרים זכות שאופייה מיוחד ומייצג את הקשר בין היוצר ליצירתו, ולכן זכות השליטה בניצול היצירה תהא אצל היוצר, ותוצרי הניצול יהיו חלק מהרכוש המשותף.<sup>150</sup>

אם כן, נראה כי הדין אינו אחיד, אלא משתנה ממקום למקום. על רקע סקירה זו, ובהעדר תשובה ודאית בדין המשווה, אציע בפרק הבא מודלים אפשריים לחלוקת זכויות היוצרים כחלק מן הרכוש המשותף.

de Cassation [Cass] [Supreme Court for Judicial Matters] Civ., no. 90-17212, Mar. 31, 1992, Bull. Civ. No. 96, 64 (Fr.)

146 LA COMMISSION DE DROIT DE LA FAMILLE DU BARREAU DE PARIS, CRÉATION ARTISTIQUE ET RÉGIMES MATRIMONIAUX (2016) בפרט ראו שם את סקירת פסק הדין בעניין CA Paris, Pôle 3, 1ère ch., 9 avril 2014, n° 13/06 (Fr.) שבו קבע בית המשפט לערעורים בפריז כי האישה זכאית רק לתקבולים שהתקבלו משימוש ביצירות או מניצולן במהלך הנישואים.

147 L.121-9 לקוד הקניין הרוחני הצרפתי סותר את דיני השיתוף בין בני זוג הקבועים בדין הצרפתי שנחקק ב-13.7.1965. לאחר תיקונו של הקוד על פי הוראות ס' 1401 לקוד האזרחי הצרפתי, הדין הצרפתי מתחשב בשיקול נוסף בנוגע לחלוקת הנכסים, תוך הפרדה בין יצירות שפורסמו לאלה שלא: יצירות שלא פורסמו נחשבות נכסים אישיים שאינם כלולים בנכסי השיתוף, ואילו יצירות שפורסמו נחשבות חלק מהנכסים המשותפים. ס' L.121-9 קובע הוראות המבטלות כל הוראה אחרת בחוק אחר בעניין שיתוף בין בני זוג בנכסי הקניין הרוחני, לרבות הסכמי גירושים. בהיותו חוק ספציפי, הוא גובר על הוראות חוקים אחרים גם אם הדין מנוגד להם.

148 ROGER COMTOIS, TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS 66 (1964).

149 ERNEST CAPARROS, LES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU QUÉBEC 283 (3rd ed. 1985) 149 Y.H. v. W.Ha., [2006] Q.C.C.S. 5215 (Can.)

## פרק ג: חלוקה מוצעת של זכויות יוצרים בדין הישראלי

נוכחנו כי עמדת המשפט המשווה בנוגע לחלוקתה של זכות היוצרים בין בני הזוג אינה אחידה. מדינות הדוגלות בגישה התועלתנית נוטות להכיר בזכות היוצרים כנכס בר חלוקה בין בני הזוג, מבלי לעסוק בהיבטים המיוחדים של זכות היוצרים ובקשיים האמיתיים שהם מציבים לחלוקתה. לעומתן, מדינות המושפעות מתיאוריית העמל ומתיאוריית האישיות מפרידות בין החפץ החומרי מושא זכות היוצרים לבין ניהול זכות היוצרים והשליטה בה, וכן בין הזכות החומרית הכלכלית, שנתחים ממנה מחולקים בין בני הזוג, לבין הזכות המוסרית, הנותרת על פי רוב בשליטת היוצר.

הניסיון להיעזר בגישתם של בתי המשפט בישראל לחלוקת נכס לא מוחשי המיוצר בעזרת משאבים אישיים אינה מספקת מענה עקיב וקוהרנטי. בתי המשפט טרם סיפקו תשתית פסיקתית עקיבה ואחידה הנשענת על בסיס תיאורטי מוצק, וייתכן שהדבר נובע ממורכבות הסוגיה.<sup>151</sup> חרף זאת, ניתן לחלץ כמה מגמות כלליות שהתגבשו בפסיקה הישראלית, ולייבא נורמות מסוימות מן המשפט המשווה, ובעזרת אלה לשרטט מתווה ראשוני לחלוקה אפשרית של זכות היוצרים, עד אשר יאמר המחוקק את דברו. לדוגמה, מן המשפט בטקסס, בקנדה ובצרפת ניתן לשאוב עקרונות לחלוקת זכות היוצרים בהתאם לדיכוטומיה המאפיינת את אגד הזכויות; ומן הפסיקה הישראלית בנושא פערי השתכרות ניתן לחלץ שלושה תנאים מרכזיים לחלוקת כושר ההשתכרות בין הצדדים: נישואים ממושכים; הרכב של בן זוג "ביתי" לצד בן זוג "קרייריסטי"; פער ניכר בכושר ההשתכרות בין בני הזוג.<sup>152</sup>

זאת ועוד, משטרי הרכוש בדין הישראלי מורים לנו כי נכס שהושג במהלך תקופת הנישואים מעבודה וממאמץ של אחד מבני הזוג הוא נכס משותף. נוסף על כך, נכס שהצדדים ייחסו לו כוונת שיתוף או שהוטמע ברכוש המשותף ייכלל אף הוא בגדר הנכסים המשותפים. אם זוהי גישת המשפט בישראל, ראוי לאמצה גם כאשר אנו בודקים את השותפות הקניינית בין בני זוג בנוגע לזכות יוצרים שנוצרה במהלך נישואיהם. אכן, זכות יוצרים שנוצרה בתקופת הנישואים מתוך מאמץ של היוצר או במהלך עבודתו היא על פניה נכס משותף. זכויות יוצרים שנוצרו על ידי בן זוג יוצר במהלך הנישואים עונות לכאורה על הגדרת החוק והפסיקה, ונכללות לכאורה מאליהן במסת הרכוש המשותף. ההיגיון הוא לכאורה ישיר ופשוט, ועל פי הלכת השיתוף, על פי חוק יחסי ממון ועל פי הלכות השיתוף בנכס ספציפי, הזכות החומרית תחולק בין הצדדים, ויחולו עליה הוראות חוק המיטלטלין הקובעות את דרכי החלוקה.<sup>153</sup>

השאלה המהותית היא אפוא אם **אגד הזכויות** המהוות את זכות היוצרים יחולק בין בני הזוג. בתוך אגד זה כלולה הזכות המוסרית, המשקפת את ההכרה המשפטית בכך

151 ראו לעיל בפרק ב ולהלן בתת-פרק 2.

152 למבחנים שניתן לחלץ ממגמת הפסיקה הכללית ראו להלן ה"ש 258–262 והטקסט שלידין.

153 ראו ס' 10–11 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971.

שהיצירה מבטאת גוונים פנימיים נפשיים עמוקים שהיוצר הביא לידי ביטוי ביצירה, וכדאי לדון בה תחילה. בין היוצר לבין מושא היצירה יש קשר מורכב המבטא את התמזגות אישיותו של היוצר ביצירה, עד כדי יצירת קשר סימביוטי ביניהם.<sup>154</sup> נראה כי הספרות והדין מכירים בקשר ה"הורי" שבין המחבר ליצירתו.<sup>155</sup> בהתאם לכך, סקירת המצב המשפטי בארץ ובמשפט המשווה מלמדת כי הזכות המוסרית אינה זכות קניינית במהותה: היא אינה מושא לעסקאות; היא אינה עבירה, גם לא בצורה וולונטרית על ידי היוצר עצמו;<sup>156</sup> ועל כן לכאורה היא אינה בת שיתוף בין בני הזוג.

את הזכות החומרית-הכלכלית, לעומת זאת, יש לבחון בנפרד. לפי הוראת סעיף 33(1) לחוק זכות יוצרים, היוצר הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה.<sup>157</sup> ניתוח החוק במשפט המשווה ובפסיקה מוביל למסקנה שגם בשיטות משפט שונות זו מזו היוצר הוא הבעלים הראשון של היצירה. אומנם העברת הזכות החומרית מהיוצר לאחר היא אפשרית, בחלקה או במלואה, אך היא חייבת להיעשות בכתב.<sup>158</sup> הכלל האמור הולם את התכליות המרכזיות של דיני זכויות יוצרים: מתן תמריץ ליצירה וההכרה בזכותו הטבעית של היוצר ביצירתו. עיקרון נוסף שעלינו לשוות לנגד עינינו בהקשר של חלוקת זכות היוצרים מתייחס לתמציתה של זכות זו, והיא היצירתיות. כך, למשל, בעניין *Interlego* נקבעה ההלכה שלפיה הגורם החשוב ביותר לקיום זכות יוצרים ביצירה הוא היצירתיות, ומקורה ביוצר, ולא באחר.<sup>159</sup>

יש להוסיף כי לצד זכותו המוסרית של היוצר ביצירתו, יש תיאוריות המדגישות דווקא את חלקה של הסביבה ביצירה. כך, למשל, וודמנסי ויאזי טענו כי היוצר משתף פעולה עם יוצרים אחרים, ולכן היצירה המוגנת היא פרי עמלם של כמה יוצרים, ואינה בגדר יצירה הנוצרת על ידי יוצר יחיד. יכולתו של יוצר להפוך ידע שכיח לדבר מה הראוי לזכויות יוצרים אינה מולדת, ואין ספק שהיא מושפעת מגורמים רבים, כגון יצירתיות, טעם

154 על האטימולוגיה של המילה creation ראו לעיל בה"ש 65.

155 על הקשר ה"הורי" שבין היוצר ליצירתו ראו לעיל בה"ש 65. התפיסה הייחודית הרואה את הקשר בין האומן ליצירותיו האומנותיות כקשר הורי, ואת היצירות כמשקפות את נימי נפשו של האומן, סיפקה את התשתית המושגית לפיתוחה של תיאוריית האישיות ולפיתוחו המשפטי של אגד הזכויות המוסריות. בעיקרה, הדוקטרינה של הזכויות המוסריות נועדה להגביל כל שינוי המשפיע על האופן שבו מיוג האומן את נפשו ביצירה וכל פגיעה בדרך ביטוי האישית של האומן. ראו, Roberta Rosenthal Kwall, "Author-Stories: Narrative's Implications for Moral Rights and Copyright's Joint Authorship Doctrine, 75 S. CAL. L. REV. 1 (2001). לדיון נרחב בהתפתחותה של הזכות המוסרית ראו Zemer, *Moral Rights*, לעיל ה"ש 66.

156 פסח, לעיל ה"ש 69, בעמ' 408.

157 ס' 33(1) לחוק זכות יוצרים.

158 ס' 37(ג) לחוק זכות יוצרים: "חווה להעברת זכות יוצרים או למתן רישיון ייחודי לגביה, טעון מסמך בכתב". יוער כי רוכש זכות היוצרים אינו נהפך בהכרח לבעלים הבלעדי ביצירה, אלא אם כן הוסכם כך במפורש, ובאותו נכס מושא זכויות היוצרים ייתכנו בעלויות נפרדות. פיצול זה אינו מוכר בתחומי משפט אחרים, והוא עשוי להטעות ולבלבל.

159 ע"א 513/89 *Interlego A/S* 1, *Exin-Lines Bros. S. A.*, פ"ד מח(4) 133, 184 (1994) (להלן: עניין *Interlego*).

ואסתטיקה.<sup>160</sup> גישה זו, שלפיה כמה גורמים שותפים לתהליך המְחַבְרוּת והיצירה, רווחת כיום. ביטוי לכך ניתן לראות בגישתה של ליטמן, הגורסת כי יוצר טומן ביצירתו את זכרונותיו, נסיונו, ההשראות שקיבל וההשפעות שספג. מרכיבים שונים מעבודות קודמות משפיעים בהכרח על יצירתו, אף אם ה"העתקה" מהן נעשית באופן תת-הכרתי.<sup>161</sup> ליטמן אף סבורה כי "האני הפנימי" של היוצר הוא מקום אחסון של חוויות, רשמים ונסיונות, לרבות התרשמות מעבודותיהם של אומנים אחרים.<sup>162</sup> הלכה למעשה עבודתו של היוצר היא עריכה ועיצוב מחדש של חומרים קיימים, והתוצאה היא דבר אחר ובלתי מוכר. לפי תפיסות אלה ניתן לומר כי אכן לחיי הנישואים, בהיותם חלק חשוב מסביבת היוצר, יש השפעה על הביטוי היצירתי.<sup>163</sup> בני הזוג נוכחים ומשפיעים על היצירה. כדי ליצור היוצר זקוק לאינטראקציה חברתית נמרצת – להתערבות עמוקה יותר של "האחר"<sup>164</sup> – והזוגיות מספקת ליוצר מקורות בלתי מוגבלים בהקשרים אלה.<sup>165</sup> מחקרים רבים מראים כי הזהות הנפשית של בני הזוג משתנה עם הזמן – מישויות נפרדות הם מתמזגים לתא משפחתי אחד.<sup>166</sup> המסקנה הנובעת מכך ברורה – השפעת בן הזוג של היוצר על היצירה, והיותו ספק חומרי גלם מרכזי, מקנה לו זכויות בערך המוגן בזכויות יוצרים. לטענתי, מכל האמור עד כה, ועד להכרעת המחוקק בנושא, יש לפצל את הסוגיה לשניים: מישור הבעלות המשותפת ומישור הניהול של הזכות. הבעלות על הזכות החומרית, מבחינת היקפה וחלוקתה בין בני הזוג, צריכה להיות משותפת כל עוד הזכות נוצרה בתקופת הנישואים (באופן חלוקת הבעלות אדון בפרק הבא). עם זאת, השליטה בניהול זכות היוצרים צריכה להיות בידי בן הזוג היוצר, ולכך כמה נימוקים. התייחסות לניהול זכות היוצרים כאל רכוש משותף מסורתי מחלישה את יכולתו של היוצר לשלוט בדרך הטובה ביותר בניצול של עבודותיו, בהגנה עליהן, בהצגתן, בהפצתן, באיתור פגיעות אפשריות בזכות ובטיפול יעיל ונכון בפגיעות אפשריות אלה. לבן הזוג שאינו היוצר אין הידע המקצועי או ההבנה הנדרשים לצורך פרשנות היצירה וקביעת דרכי מכירתה והפצתה.

- Martha Woodmansee & Peter Jaszi, *Introduction, in THE CONSTRUCTION OF AUTHORSHIP* 160 (Martha Woodmansee & Peter Jaszi eds., 1994) 1. בהקשר זה גרס ג'ון לוק, אשר סבר אף הוא שהיצירה ניזונה ומושפעת מגורמים חיצוניים, כי היחיד אינו יוצר *ex nihilo*, וכי לכל היותר יוצרים נוטים להשקיע את כוח עבודתם בחפצים הנתונים בבעלות משותפת. ראו לעניין זה Lior Zemer, *The Copyright Moment*, 43 SAN DIEGO L. REV. 247, 256–260, 276 (2006).
- Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965 (1990) 161 שם. 162
- ראו את הדיון לעיל בפרק א, ליד ה"ש 47. 163
- ליאור זמר "החופש ליצור" *קניין רוחני: עיונים בינתחומיים* 99, 116 (מרים מרקוביץ-ביטון וליאור זמר עורכים, 2015). 164
- Brice D'Antras, *Introduction: The Bed: על השפעת הזוגיות על עיצוב מיטה זוגית: A Shared Intimacy, in MEL BYARS, 50 BEDS: INNOVATIONS IN DESIGN AND MATERIALS* 9 (2000). 165
- MILTON C. REGAN, JR., *FAMILY LAW AND THE PURSUIT OF INTIMACY* 147 (1993) 166



נוסף על כך, זכות יוצרים מחייבת התייחסות שונה בהשוואה לקניינים מוחשיים משותפים, מכיוון שהאופן שבו זכות היוצרים מנוצלת שונה מאופן השימוש בקניין מוחשי. דרכי הניצול של זכות היוצרים עשויות להשפיע על מידת השיווקיות של היצירה ועל מכירתן של זכויות אחרות שאותו יוצר ייצור בעתיד. כמו כן, האופי הייחודי של שוק זכויות היוצרים הופך את שליטת היוצר ביצירה ואת ניהולה למרכיב מרכזי בתמריץ ליצור. לטענתי, אם ידע היוצר כי יש לו שותף לצמיחות ביצירה במקרה של פרדה, הדבר עלול לפגוע בתמריץ שלו ליצור. הגישות התיאורטיות, ובמיוחד הגישה התועלתנית, מחזקות את ההגנות הקיימות בדין לטובת היוצר על מנת למנוע פגיעה בתמריץ ליצור וכדי לעודד הליכי יצירה.

המודל שאציע בהמשך מבקש ליישב מורכבות זו על דרך איזון הפערים בין היוצר לבין בן זוגו באמצעות תשלומי איזון לבן הזוג בגין תרומתו ליצירה וחלקו בה, מבלי שתוקנה לו זכות לשלוט בניהולה. הדבר תואם את תיאוריית הגמול, הדורשת כי תהיה יחסיות בין תרומתו של היוצר והעמל שהשקיע לבין הגמול שהוא זוכה בו.<sup>167</sup> כך, מנקודת מבטו של בן הזוג היוצר, היצירה אינה שלו באופן בלעדי, שכן היא נוצרה בסיועו ובתרומתו של בן זוגו. באופן זה מוצדקת הפרדיגמה המציעה כי היוצר "ירכוש" את חלקם של גורמים אחרים ביצירה, ובמקרה זה – את חלקו של בן הזוג.<sup>168</sup> מנקודת מבטו של בן הזוג שאינו היוצר, מלכתחילה תרומתו ליצירה לא הייתה בעלת אופי יצירתי בהכרח, ונראה שהוא לא ראה את עצמו כבעל יכולת לשלוט ביצירה, ומשכך ראוי שגמולו היחסי לא יכלול את הזכות לניהול היצירה.

סיבה חשובה נוספת להימנע מלחלק את הבעלות על הזכות בין בני הזוג היא שחלוקת הזכות עלולה לפגוע בצדדים שלישיים. אין "מרשם" זכויות יוצרים שבו מופיע שם הבעלים, ודרישה פורמלית של רישום הזכות אסורה על פי אמנת ברן.<sup>169</sup> בהעדר "מרשם", אין חובת דיווח על מכירת זכות היוצרים, ולכן בן זוגו של היוצר עלול להעביר את הזכות לצד שלישי. היוצר אינו יכול לדעת תמיד אם בן זוגו העניק רשיון שימוש ביצירה לפניו. זאת, להבדיל, לדוגמה, מהעברת זכות במקרקעין, שבה ההעברה מסתיימת ברישום, והקונה יכול לבדוק את הזכויות בנכס. לפיכך אין להתייחס לזכויות היוצרים כאל רכוש משותף מסורתי, משום שהן שונות מצורות אחרות של קניין בהעדר מערכת לרישום זכויות אלה.

זאת ועוד, מכירת זכות היוצרים נעשית בדרך כלל בשווקים ספציפיים. היוצר מכיר את השווקים הנכונים למכירת היצירה, להצגתה ולהפצתה. נסיונות מכירה על ידי בן הזוג

167 פסח, לעיל ה"ש 69, בעמ' 391; WALDRON; לעיל ה"ש 9, בעמ' 204–205; Hettinger, לעיל ה"ש 61, בעמ' 36 ו-51.

168 הדבר עולה בקנה אחד עם גישתו של גיא פסח, הסבור כי יש להעניק ליוצר את הערך המלא של יצירתו, מכיוון שהוא רוכש את תרומתם של הגורמים האחרים במסגרת מנגנון השוק. ראו פסח, לעיל ה"ש 69, בעמ' 391–392.

169 עם זאת, בארצות הברית מוטלת חובת רישום זכות יוצרים. ראו United States Copyright Office, *Circular 1: Copyright Basics*, available at [www.copyright.gov/circs/circ01.pdf](http://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf).

שאינו היוצר עלולים לפגוע כלכלית בערכה של היצירה, שכן הוא נעדר כלים ומיומנות לאמוד את ערכה ושווייה. לאחר הגירושים האינטרסים של בני הזוג מתפצלים ומשתנים, ובן הזוג ה"מריר", שאינו היוצר, עלול, לדוגמה, למכור את זכויותיו בספר, שנהפך לרב מכר, לשם הפצת סרט, מתוך שיקולים כלכליים במקרה הטוב או מתוך שיקולים של נקם ביוצר במקרה הרע, ואילו ליוצר עשויים להיות שיקולים הקשורים ליושרתו המקצועית או למוניטין שלו כיוצר, ובגינם הוא ירצה לא להיקשר בעסקה האמורה.<sup>170</sup>

יתר על כן, בעלות משותפת של בני הזוג על זכות היוצרים נוגדת אף את עקרון הפרדה הנקייה, ומנציחה קשר כלכלי בין בני הזוג, שהיה רצוי לצמצמו למינימום ההכרחי. חלוקת הבעלות על זכות היוצרים וניהולה בין בני הזוג תאלץ אותם להיות בשותפות כלכלית ממושכת, עד סיום תקופת ההגנה על הזכות.<sup>171</sup> בכל הנוגע ברכוש משותף אחר של בני הזוג, בדרך כלל כל הזכויות המשותפות נמכרות ב"חבילה אחת", ואם ניטול, לדוגמה, חלוקת פנסיה בין בני זוג, על פי הדין הנוכחי<sup>172</sup> כל אחד מבני הזוג זכאי לקבל את חלקו היישר מקרן הפנסיה, ללא צורך בתקשורת עם בן הזוג לשעבר וללא תלות בו. לעניין זה כבר נאמר כי הפירוד הוא בבחינת "כריתות – דבר הכורת בינו לבניה".<sup>173</sup>

שני דינים חולשים על האופן שבו יחולקו זכויות היוצרים בין בני זוג בסיומו של קשר הנישואים, ותכליותיהם מתנגשות זו בזו. מצב זה אינו נדיר במשפט. לעיתים קרובות השופט היושב בדיון נאלץ ליישב בין ערכים יסודיים הסותרים זה את זה. לא פעם מול

170 בע"א 714/88 **שנצר נ' ריבלין**, פ"ד מה(2) 89 (1991), נפסלה צוואתה של יונה וולך. בהעדר צוואה נקבע כי המשיב (ריבלין), שהיה ידוע בציבור של וולך, יקבל שני שלישים מעזבונו, ואילו המערער (שנצר), אחותה של וולך, תקבל שלישי מהזכויות. במרוצת השנים חזר המשיב בתשובה ואסר לפרסם תקליט משיריה בטענה שהם פריבוקטיביים. המאבק המשפטי עלה לכותרות לאחר שהרכב מוזיקלי שהקליט דיסק מיצירותיה של וולך גילה כי לא יוכל להפיצו בשל התנגדותו של ריבלין. לבסוף התיר ריבלין את השימוש ביצירותיה של וולך שהיו רשומות באקו"ם. מנכ"ל אקו"ם התיר מפני הסכנה שבהפקדת אוצרות תרבות בידיים שעלולות להשתמש בהם באופן שאינו תואם את מורשתו של היוצר. ראו מרב יודילוביץ' "שיריה של יונה וולך אסורים לשימוש" [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3100033,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3100033,00.html); גואל פינטו "יובל ריבלין התיר להשתמש ביצירות של יונה וולך" **הארץ** 4.7.2005 [www.haaretz.co.il/gallery/1.1024146](http://www.haaretz.co.il/gallery/1.1024146)

171 בתמ"ש (משפחה ת"א) 20644/96 **סטריק נ' סטריק**, פס' 19 (ג) לפסק הדין החלקי (פורסם בנבו, 9.2.2004), ציין בית המשפט כי "הסדר ממוני הקושר את בני-הזוג זה לזה אחרי פרידתם אינו רצוי"; בעניין מ"א (מחוזי ב"ש) 766/92 **שטיינמן נ' שטיינמן**, פס' 27 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.1.2000), קבע בית המשפט כי "הנתבעת איננה יותר בת משפחה של הנתבע. אין זה רצוי שהיא תקבל מניות בחברות שאיננה רצויה בהן. הדבר עלול לשמש גם פיתוי, להקטין את זכויותיה בחברות בעתיד, בדרכים שונות". קביעה זו אושרה בבית המשפט העליון בע"א 803/00 **שטיינמן נ' שטיינמן** (פורסם בנבו, 4.12.2001). וראו לאחרונה את פסק דינו המפורט של סגן נשיא בית המשפט לענייני משפחה בנצרת, השופט זגורי, בתמ"ש (משפחה נצ') 36849-11-13 **מ.מ. נ' ו.מ.** (פורסם בנבו, 7.8.2017).

172 חוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו, התשע"ד-2014. כן ראו את דברי ההסבר להצעת חוק לחלוקת חיסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו, התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה 176, 183.

173 בבלי, גיטין פג, ע"א.

התזה נמצא אנטייתזה. עמד על כך השופט קרדוזו.<sup>174</sup> לטעמי, הפתרון הוא איזון בין העקרונות המתנגשים. לעיתים המחוקק עצמו קובע את האיזון הדרוש,<sup>175</sup> ולעיתים מלאכת האיזון מוטלת על כתפיו של השופט היושב בדין, והוא שצריך למצוא את האיזון הערכי הראוי בין העקרונות המתנגשים. פעולת האיזון ושקילת העקרונות המתנגשים נעשות מתוך נקודת מוצא שלפיה לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות חברתית זהה, ועל בית המשפט להעריך את משקלם היחסי של העקרונות הסותרים.<sup>176</sup> האיזון בין זכויות קנייניות מתחרות, ותרומת המשפט לעיצובן ולהתפתחותן, הם נושאים לשיח דינמי ומתמשך, כפי שציין דגן, "שיח קנייני כזה נשען על תפיסה הרואה את המשפט כמוסד בתנועה – מוסד אשר מובנה כתהליך מתמיד של בדיקה חוזרת ונשנית, מעין מעבדה אנושית גדולה המנסה כל העת לשפר ולהשתפר".<sup>177</sup> הסוגיה של חלוקת זכות יוצרים בין בני זוג מעוררת היבטי דיון רבים ומורכבים, ותקצר היריעה מלדון בכולם כאן. די אם אזכיר בקצרה את האפשרות של הכללת הפירות של זכויות היוצרים ברכוש המשותף תוך החלת הלכת השיתוף הספציפי בזכות; את סוגיית מועד הבשלתה של יצירה שהתחילה לפני הנישואים והושלמה במהלכם; את סוגיית המועד הקובע כאשר מדובר ביצירה שהתפתחה החלה בתקופת הנישואים והבשלתה הסתיימה לאחריהם. עניינים אלה ראויים למאמר נפרד.

לסיכום פרק זה, האיזון בין שני הערכים המתנגשים מחייב להעניק לבן הזוג שאינו היוצר את הערכים הכלכליים של היצירה (שווי הזכות והתמלוגים) אך לשמר בידי בן הזוג היוצר את השליטה בזכות היוצרים החומרית ובזכות המוסרית. בכך ייווצר איזון שיגן הן על תכליותיו של חוק זכות יוצרים הן על התכליות של חלוקת הרכוש בתוך התא המשפחתי. כאשר מדובר ביצירה שנוצרה במהלך תקופת הנישואים, ההלכה הרצויה תהיה לראות בזכות היוצרים קניין משותף בחפץ שעליו הוטבעה היצירה. שווייה של היצירה יוערך בכלים המתאימים, ושווי הזכות יחולק בין הצדדים. ניהול הזכות וחלוקת התגמולים בין בני הזוג לאחר הפרדה יכול להיעשות לפי אחד משני המודלים שיוצרו בפרק הבא.

BENJAMIN N. CARDOZO, THE PARADOXES OF LEGAL SCIENCE 62 (1928): "Again the task of judging is found to be a choice between antithetical extremes. We seem to see the workings of an Hegelian philosophy of history whereby the tendency of every principle is to create its own principle"

174 ראו את דבריו של השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שרה-הפנים, פ"ד ז 871, 881 (1953): "...יש והמחוקק עושה את מלאכת השקילה והאיזון בעצמו..."

175 ראו בבג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393, 401 (1984), שבו עמד השופט ברק על כך שהאיזון מצריך "קביעת עמדה שיפוטית – בהעדר הדרכה חקיקתית – באשר למעמד היחסי של האינטרסים השונים, תוך הכרעה בשאלה אם שווי מעמד הם או שיש לאחד עדיפות על-פני רעהו".

177 חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 39, 47 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

לבית המשפט לענייני משפחה יינתן שיקול הדעת להורות על דרכי ניהול הזכות וחלוקתה, והשיקול המנחה יהא ככל האפשר שמירה על עקרון הפרדה הנקייה.<sup>178</sup> בסיומו של פרק זה ניתן להבין שחלוקת זכות יוצרים בין בני זוג היא סוגיה משפטית מורכבת וייחודית. ניתוח תיאורטי של מאפייני זכות היוצרים מלמד שחלק ניכר מהיצירה מבוסס על יכולות ועל כישרון אישי של היוצר ועל הכרה בקשר המיוחד שבינו לבין היצירה. הענקת שליטה ליוצר והגנה על הזכות הכלכלית והחומרית שלו מיועדות לתמרץ אותו ליצור. אולם כך נוצרת התנגשות בין הערך של הכרה באוטונומיה האישית של היוצר לבין הערכים התומכים בחלוקת רכוש במסגרת התא המשפחתי בשוויון, בהגינות ובהתבסס על שותפות והסתמכות. התנגשות זו אינה מעוררת רגשות עזים כל כך בחלוקת רכוש "מסורתית" בין בני זוג, ובוודאי אינה מעוררת אמוציות חזקות כאלה בחלוקת רכוש בין שותפים מסחריים.

### פרק ד: חלוקה מוצעת של אגד הזכויות ביצירה

בשלב זה אציג שני מודלים דוקטרינריים לחלוקת זכות היוצרים החומרית בין בני הזוג. **המודל הראשון** לקוח מתחום דיני זכויות יוצרים, והוא "מייבא" עקרונות מעולם זכויות היוצרים אל תחום דיני המשפחה. ייבוא העקרונות ייעשה תוך התאמתם לבעלות משותפת על זכות יוצרים בדמותה של "יצירה משותפת". תחילה אציג את התשתית העיונית למודל ואת מידת התאמתה של הבעלות על "יצירה משותפת" לתא משפחתי שבו לכאורה יש יוצר אחד בלבד. בהמשך אדון בדרכי הניהול של "היצירה המשותפת" והפיקוח עליה, ובדרכי חלוקתה של זכות היוצרים בין בני הזוג. לגישתי, מודל זה – מודל הבעלות ביצירה משותפת – יהיה המודל הנכון ליישום כאשר מדובר בזכות יוצרים שטרם סיימה להתפתח ולהבשיל. אומנם, משמו של המודל משתמע לכאורה שתנאי הסף הראשוני שעל בן הזוג לעמוד בו הוא שותפות יצירתית עם היוצר. חרף זאת, כפי שאציג להלן, מודל הבעלות ביצירה משותפת הולם את מטרותיהם של בני זוג החולקים בעלות משותפת בזכות יוצרים גם כאשר אחד מהם אינו מעורב באופן ישיר בתהליך היצירה.

**המודל השני** משקיף על חלוקת זכות היוצרים מנקודת מבטם של דיני המשפחה אל תוך עולם זכויות היוצרים, ונראה לי שיהיה עדיף להשתמש בו כאשר בית המשפט או הצדדים עצמם יסברו כי יש להעדיף יצירת חיתוך מוחלט ביחסים על הערכה מדויקת של שווי הזכויות. מודל זה יציע חלוקה של הזכות באופן העולה בקנה אחד עם עקרון "הפרדה הנקייה", כלומר, קביעת שווי הזכות במקרים המתאימים, קביעת דרכי חלוקתה, וניתוק הקשר והתלות הכלכלית בין בני הזוג. כללי הפעלת המודל יהיו אותם כללים שהותוו בפסיקה בכל הנוגע בשימוש בסעיף 8(2) לחוק יחסי ממון, ובתי המשפט הם שיחליטו על

178 ראו, לדוגמה, ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250, 258 (1997), שבו נמנע בית המשפט מלראות בפירות המשותפים נכס משותף, בין היתר כדי לא להשאיר את בני הזוג בקשר ממוני לאחר פרדתם.

מידת יישומו והתאמתו של המודל למקרה שיונח לפנייהם. אקדים ואומר כי מודל זה עשוי להלוך בעיקר מקרים שבהם היקפה של הזכות מוגבל מבחינה כמותית וכלכלית, וכן מקרים שבהם אופקי התפתחותה של הזכות ופירותיה הם צפויים וניתנים לאומדן מראש. לפי הפסיקה הקיימת אציע דרכים לחישוב חלקו היחסי של בן הזוג שאינו היוצר וכן אופנים שונים לתשלום חלק זה.

## 1. מודל דוקטרינרי ראשון: יבוא עקרונות מתחום זכויות היוצרים אל תוך דיני המשפחה

כדי להגיע אל ה"טרקלין", דהיינו אל חלוקתה הסבוכה של זכות היוצרים, יש לעבור דרך "מסדרון". המסדרון הוא תנאי סף מקדמיים, כפי שיוצגו להלן, שבהם יצטרך בן הזוג הטוען לחלק בזכות היוצרים לעמוד. כאמור, חוק זכות יוצרים מאפשר קשת של בעלויות ודרגות שונות של שיתוף בזכות, ובבסיסם של דיני זכויות יוצרים מונחת התפיסה של הליך היצירה כהליך שיתופי.<sup>179</sup> מודל יצירה שיתופי, המוצע כאן, מכוון ל"יצירה משותפת" כהגדרתה בחוק זכות יוצרים – "יצירה שנוצרה בידי כמה יוצרים במשותף ולא ניתן להבחין בחלקו של כל אחד מהם ביצירה".<sup>180</sup> מדובר ביצירה הנוצרת באמצעות מספר מצומצם של שותפים, והליך היצירה נעשה מתוך שיתוף פעולה אינטמי ביניהם תוך תרומה הדדית ליצירה.<sup>181</sup>

למרות ייחודה של היצירה המשותפת, הדין הישראלי אינו מבחין כמעט בין יצירה משותפת לבין יצירה שנוצרה על ידי כמה שותפים. מוסד "היצירה המשותפת", מעצם שמו, מלמד כי כמה יוצרים חולקים את היצירה שווה בשווה, גם אם כל אחד תורם רק את חלקו. כדי שיצירה תיחשב משותפת, אין הכרח שכל יוצר משותף יתרום ליצירה תרומה שווה לזו של חברו. די בתרומה יצירתית מהותית, אפילו שולית לעומת תרומתם של היוצרים האחרים.<sup>182</sup> עם זאת, התרומה חייבת להיות בגדר ביטוי או חלק מביטוי בני הגנה, ולא רק רעיון.<sup>183</sup> הכלל האמור נכון ברוב המקרים,<sup>184</sup> ובכל זאת, לפי אחת הגישות בפסיקה בארצות הברית, ייתכנו מקרים חריגים שבהם שיתוף פעולה בין שניים המתבטא בכך שהאחד מספק את הרעיונות המפורטים ליצירה ואילו האחר יוצר מהם ביטוי יהיה

179 לדיון בתכליתם של דיני זכויות היוצרים כמקדמים את תחומי הביטויים במדע, בספרות, בתרבות, באומנות ובמוזיקה, ראו עניין *Interlego*, לעיל ה"ש 159; אוריית פישמן אפורי *היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים* 29 (2005).

180 ס' 1 לחוק זכות יוצרים.

181 Andrea A. Lunsford & Lisa Ede, *Collaborative Authorship and the Teaching of Writing*, 10 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 681 (1992).

182 ת"א (שלוש ת"א) 68119/96 *אמינון בע"מ נ' כהן צדק* (פורסם בנבו, 6.9.1998); ת"א (מחוזי ת"א) 2014/99 *זרודי נ' שנקמן* (פורסם בנבו, 19.6.2002).

183 ת"א (מחוזי ת"א) 439/92 *גרוס נ' פרסטר* (פורסם בנבו, 22.11.2000).

184 *Fylde Microsystems Ltd. v. Key Radio Systems Ltd.* [1998] FSR 449 (Eng.).

הדוק עד כדי כך שהוא יוליד יצירה משותפת.<sup>185</sup> במקרה מעין זה התרומה של מי שסיפק את הרעיונות חייבת להיות יותר מדבר של "מה בכך".

מצב חריג נוסף שעשוי להביא לידי יצירה משותפת הוא כאשר כל אחד ממשתפי הפעולה תורם תרומה שאין בה כשלעצמה כדי להוות ביטוי מוגן, ורק צירוף כל הביטויים יחד יוצר אותו. התרומה הופכת את התורם ליוצר משותף של היצירה.<sup>186</sup> על פי הדין האמריקני והדין האנגלי, תרומה בת הגנה אינה מספיקה להפיכת היצירה למשותפת, אלא נדרשת גם כוונה של שני הצדדים לכך. בהעדר כוונה משותפת כזו, לא יזכה התורם המאוחר במעמד של יוצר ושל בעל זכות יוצרים ביצירה, תהא תרומתו חשובה ככל שתהא.<sup>187</sup> הפסיקה הישראלית לא הציבה דרישה כזו, למעט אזכור באמרת אגב, ובדין הישראלי שאלת מידת השיתוף תוכרע על פי המצב העובדתי ולאחר בחינת תרומתו של כל אחד מהצדדים.<sup>188</sup> לכן ייתכן שתיווצר בעלות משותפת ביצירה גם בהעדר כוונה משותפת ליצירת שיתוף.<sup>189</sup>

מלומדים רבים בשדה האקדמי טוענים כי ראוי לבחון את דיני זכויות היוצרים על יסוד ההנחה שיש מידת מה של שיתופיות בכל יצירה ויצירה.<sup>190</sup> החברה היא תמיד צד להליך היווצרותן של יצירות, ואף התא המשפחתי, בהיותו המעגל הקרוב ליוצר, משפיע על היווצרותה של היצירה.<sup>191</sup> הליך היצירה הוא תוצר של אינטראקציה בין היוצר לבין

185 Gaiman v. McFarlane, 360 F.3d 644 (7th Cir. 2004). במקרה זה סיפק צד אחד את תכונותיה הבלתי־מוחשיות של דמות קומיקס, ואילו הצד האחר סיפק את ההיבט החזותי שלה. נפסק כי הדמות היא יצירה משותפת. נראה כי ממילא התכונות הבלתי־מוחשיות עשויות לעלות כדי ביטוי, ואינן בגדר רעיון בלבד.

186 Brighton v. Jones, [2004] EWHC 1157 (Eng.); Hadley v. Kemp, [1999] EMLR 589 (Eng.)  
187 ראו בארצות הברית Thomson v. Larson, 147 F.3d 195 (2nd Cir. 1998). גישה זו עוררה ביקורת. ראו, למשל, Lior Zemer, *Is Intention to Co-author an "Uncertain Realm of Policy"?*, 30 COLUM. J.L. & ARTS 611 (2007); Thorsten Lauterbach, *Joint Authorship in a* והשוו  
188 *Copyright Work Revisited*, 27 EUR. INTELL. PROP. REV. 119 (2005).

189 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1428/03 לוי'ן נ' גוריה גורדון בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2003).  
189 ראו עניין זרודי, לעיל ה"ש 182, בעמ' 17, שבו קבעה השופטת צפורה ברון כי "ספר לימוד מעצם טיבעו וטיבו מהווה יצירה אחת".

190 לדיון בטענה שהחברה היא חלק בלתי נפרד מתהליך היצירה, בתפקיד מינימלי של הספקת אבני הבניין הדרושות לצורך היצירה, ראו Litman, לעיל ה"ש 2; ובתפקיד מהותי יותר של תגובה וגירוי בתהליך היצירה עצמו, ואחר כך בתהליך השימוש ביצירה, ראו Lior Zemer, *Towards a Conception of Authorial Knowledge in Copyright*, 3 BUFF. INTELL. PROP. L.J. 83, 84–88 (2006).  
191 Lior Zemer, *"We-Intention" and The Limits of Copyright*, 24 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 99, 100–102 (2006), המציין את תפקידו המהותי של ציבור המשתמשים בתהליך היצירה. זמר מסביר במאמרו זה כיצד ניתן לדבר על "כוונה" של ציבור משתמשים, שכן תנאי לכך שאדם יחשב יוצר הוא שיש לו "כוונה ליצור".

191 Zemer, *The Copyright Moment*, לעיל ה"ש 160, מציין כי החברה שותפה ליצירתה של כל יצירה – החברה היא תמיד צד לתהליך היצירה של יצירות. במאמרו זמר ממחיש את הדברים גם באמצעות ניתוח תהליכי יצירתן של היצירות הבולטות ביותר של שייקספיר ומוצרט, המהוות פרדיגמה ליצירה

משפחתו, בן זוגו והחברה, ולפיכך הליך היצירה הוא על פי רוב תוצר של תהליך שיתופי.<sup>192</sup> אם ליחסי היוצר והסביבה יש תרומה והשפעה, קל חומר שכך גם ליחסי היוצר ובן זוגו בתא המשפחתי, שכן כפי שהראיתי לעיל, היוצר מושפע מסביבותיו הקרובות.<sup>193</sup> ברי כי המעגל הראשוני הסמוך והמשפיע ביותר על היוצר הוא התא משפחתי שאליו הוא קשור ובתוכו הוא חי. הנה כי כן, תפקידו של התא המשפחתי לגבי היוצר הוא כפול: הוא "יצרן" של חומרי גלם רוחניים, והוא "ספק" של התשתיות הפיזיות החיוניות לתהליך היצירה. לטענתי, מי שמייצר חומרי גלם ומספק "תשתיות" פיזיות חיוניות "הרוויח" בכך את מעמדו כשותף ליצירה וכן שיעור זה או אחר מזכות הבעלות עליה.

הפסיקה בישראל לא הצליחה עד כה להניח תשתית מוצקה דייה להצבת התנאים להוכחת הבעלות על יצירה משותפת. למעשה, אין כל פסק דין מנחה המספק "רשימת אמות מידה" לקביעת הבעלות על היצירה המשותפת. עיון בפסיקה במדינות אחרות מלמד על שני תנאים להתגבשות זכות ביצירה משותפת בדין הזר: "שיתוף פעולה" ו"תרומה מספקת".<sup>194</sup> בעניין *Ray*<sup>195</sup> נקבע כי היוצר השותף חייב להשתתף בכתיבה, וחייבת להיות לו אחריות להתבטאות ביצירה המשותפת. דרישה נוקשה זו נוגדת את דרישת בית המשפט בעניין *Cala*,<sup>196</sup> שבו נקבע כי מיומנות מקצועית ועבודה מהוות את ליבתם של תנאי הסף, וכי תרומה מהותית של מיומנות ועבודה מספיקה להקמת שותפות ביצירה משותפת. פסק הדין מבחין עם זאת בין תרומה של כישורים ועבודה הרלוונטיים ליצירה לבין תרומה של כישורים וכוח עבודה ללא היבט יצירתי.

אישית של יוצר יחיד. ראו שם, בעמ' 289–296. בהמשך לתפיסה זו הציע זמר מודל יצירה שיתופי שעל פיו היוצר והחברה שותפים ליצירה. ראו שם, בעמ' 252 ו-278.

192 כל יוצר נוטל רעיונות וחומרים מיצירות אחרות. בעניין זה ראוי לציין את ההבחנה של גורדון בין נטילה אינסטרומנטלית מיצירות קודמות, שהיא העתקה אסורה, לבין נטילה אישית, שהיא במהותה אינטראקציה עם היצירות הקודמות בדרך של שיתוף וחלוקה. ראו Wendy J. Gordon, *Render Copyright unto Caesar: On Taking Incentives Seriously*, 71 U. CHI. L. REV. 75, 80–81 (2004).

193 דברי הנשיא ברק ברע"א 8256/99 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(2) 213, 234 (2003).

194 ראו Hyperion Records Ltd v. Sawkins [2005] EWCA (Civ) 565 (Eng.), שקבע ארבע אמות מידה: היוצר המשותף חייב לתרום ליצירה תרומה כלשהי; התרומה חייבת להיות מקורית; התרומה חייבת להיות משמעותית; התרומה של מיומנות ועבודה צריכה להיות במידה הנדרשת, ואינה חייבת להיות במידה שווה. ראו גם Fisher v. Brooker [2009] UKHL 41 (Eng.). בעניין זה דרש התובע זכויות יוצרים בשיר "A Whiter Shade of Pale" בטענה שהוא הלחין את השיר וניגן בהקלטה המפורסמת, ובכך הרים תרומה מקורית ליצירה, העונה על הדרישות של יצירה משותפת. השווה לפסק דין באנגליה מהעת האחרונה שדחה טענה של סיוע בכתיבת שירים לאלבום כמקימה זכות ליצירה משותפת, וזאת אף שבית המשפט נטה להכיר בכך שהתרומות ליצירה אינן חייבות להיות שוות: Minder Music Ltd. v. Sharples [2015] EWHC 1454 (IPEC) (Eng.).

195 Ray v. Classic FM Plc [1998] FSR 622 (Eng.).

196 Cala Homes (South) Ltd v. Alfred McAlpine Homes East Ltd [1995] FSR 818 (Eng.).

גיינור מבקר את היישום הדווקני והמצומצם של דרישת התרומה.<sup>197</sup> לגישתו, יישום דווקני כזה הוא שנוי במחלוקת, שכן שיתוף הפעולה שהוביל ליצירת היצירה המשותפת לא היה יכול להתרחש אלמלא צד א העניק את תרומתו בדרך של רעיון אשר ייתכן שבלעדיו לא הייתה היצירה מתגבשת כלל. לעמדתו, כל תרומה אינטלקטואלית ממשית ליצירה ולעיצובה צריכה בעיקרון לזכות בזכות ביצירה ולהפוך את היצירה למשותפת. פסקי דין מאוחרים הדגישו את הכלל שהתרומה צריכה להיות משמעותית וקשורה לביטוי מושא היצירה המשותפת. הביקורת על קביעה זו לא איחרה לבוא, ותיארה גישה זו כשרירותית וכסובייקטיבית.<sup>198</sup>

חוסר הבהירות בפסיקה בהגדרת "התרומה המספקת" נתן את אותותיו גם בפסק הדין בעניין *Hadley*, שבו נקבע כי נגינת סקסופון, שהיוותה 9% מהיצירה כולה, אינה מספקת, וכי למרות היותה מרהיבה, היא אינה משמעותית ואינה מהווה תרומה מקורית.<sup>199</sup> כאן ניתן לראות תפיסה של התרומה המספקת כעניין כמותי, ולא איכותי. נימר טוען כי התרומה צריכה להיות "more than *de minimis*" או יותר ממילה או מהוספת שורה.<sup>200</sup> שתי שיטות המשפט – זו שבאנגליה, המתקרבת יותר לגישתו של נימר, וזו שבארצות הברית – נוקטות גישה מצמצמת המקטינה את התמריץ של יוצרים לתרום מרעיונותיהם ליוצר אחר, ובכך עלול להיווצר אפקט מצנן לתהליך היצירה.<sup>201</sup> גישה זו מתכחשת לתרומות

DAVID VAVER, *INTELLECTUAL PROPERTY LAW: COPYRIGHT, PATENTS, TRADE-MARKS* 197 (2nd ed. 2011).

*Beckingham v. Hodgins* [2003] 6 ECDR 46 (CA) (Eng.) 198

199 עניין *Hadley*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 594. למאמר מהעת האחרונה על הכוונה ליצור יצירה משותפת המוסקת במקרה שבו ליוצרים יש כוונה שתרומוותיהם הנפרדות יתמזגו לשלם או לחלקים המשולבים בו, אף אם התרומות אינן שוות זו לזו, ראו *Tuneen E. Chisolm, Whose Song Is That? Searching for Equity and Inspiration for Music Vocalists Under the Copyright Act*, 19 *YALE J.L. & C.D.S., Inc. v. Zetler*, 2018 U.S. Dist. TECH. 274 (2017). כן ראו פסיקה מהעת האחרונה בעניין LEXIS 57584, שבו נדחתה טענה כי מדובר בפגיעה ביצירה משותפת, והדגש הושם בכך שהמוצר למרכיביו נמכר על ידי יחיד למרות חלקיו האינטגרטיביים. בית המשפט האמריקני הדגיש את חשיבות הכוונה ליצירה משותפת, שלא הייתה קיימת במקרה זה. לפסיקה אמריקנית חדשה שחוזרת על מוטיב הכוונה ההדדית להיות יוצרים של יצירה משותפת בנוגע לשימוש בתמונה, ראו *Janik v. SMG* Vaad L'Hafotzas Sichos, Inc. v. Krinsky, Media, Inc., 2018 U.S. Dist. LEXIS 4567 (E.D.N.Y. 2015) 3d 527, 535 (133 F. Supp. המאשר את עמדת הפסיקה האמריקנית שלפיה גם תרומות נפרדות לעבודה מושא זכויות יוצרים אינן הופכות בהכרח את התורם ליוצר ביצירה משותפת. לעמדה הנוגדת של PAUL GOLDSTEIN, *INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE* s. 1.14.2.2 (2001).

201 Paulette S. Fox, *Preserving the Collaborative Spirit of American Theater: The Need for a "Joint Authorship Default Rule" in Light of the Rent Decision's Unanswered Question*, 19 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 497, 507–509 (2001). על השונות שהתפתחה בין מדינות הקונטיננט לבין ארצות הברית בגישה ליצירה משותפת ראו Elena Cooper, *Joint Authorship in Comparative*



שבלעדיהן לא הייתה היצירה נוצרת, ויש להיזהר מפני הנטייה להותיר תרומות כאלה בלתי מתוגמלות.<sup>202</sup> יישומה של גישה מצמצמת זו בנוגע לחלוקתה של זכות יוצרים בין בני זוג מתגרשים עלול במקרים רבים לשלול מבין הזוג הכרה כיוצר משותף בעל זכות יוצרים ביצירה. כאמור, אני סבורה כי גישה נוקשה זו אינה ראויה בהקשר של חלוקת זכויות יוצרים בין בני זוג שנרקמה ביניהם מערכת יחסים קרובה ומיוחדת, המלווה תרומות ייחודיות אשר אינן ניתנות תמיד לכימות.

לאחרונה ניתן באנגליה פסק הדין בעניין *Martin*,<sup>203</sup> מרטין פנה לבית המשפט כדי לקבל פסק דין הצהרתי שלפיו הוא המחבר היחיד של תסריט ששימש בסיס לסרט, וכדי לדחות את טענת ה"מחברים במשותף" שטענה קוגן, בת זוגו לשעבר. השניים חיו כבני זוג כאשר החל מרטין לכתוב את התסריט המתאר את חייה של פירנצה פוסטר ג'נקינס – זמרת אופרה. מרטין כתב שלוש טיוטות, וקוגן תרמה לעריכת הדיאלוגים, ואף הציעה נושאים וסצנות מסוימות. כאשר הוציא מרטין את הגרסה האחרונה של התסריט, כבר היו בני הזוג פרודים. הסרט הוצג לראשונה בשנת 2016, ומרטין הוזכר כמחברו היחיד של התסריט. קוגן טענה כי היא "מחברת במשותף", וכי תרומתה לשלוש הטיוטות הראשונות לתסריט באה לידי ביטוי בגרסה הרביעית והסופית. בית המשפט דחה את טענותיה, בקובעו כי קוגן לא הצליחה להראות את שיתוף הפעולה והתרומה המספקת הנחוצים על פי החוק כדי להכיר בה ובמרטין כ"מחברים במשותף" וכפועל יוצא מכך להכיר בתסריט כ"יצירה משותפת".

בית המשפט ביקש לבחון מה הייתה תרומתה של קוגן לתסריט; אם תרומתה עולה כדי יצירה משותפת;<sup>204</sup> ואם עומדת לקוגן עילת תביעה עצמאית להכיר בה כיוצר משותף.<sup>205</sup> בית המשפט קבע פרמטרים מנחים להכרעת בית המשפט אם מדובר ביצירה משותפת על פי חוק זכויות יוצרים האנגלי:<sup>206</sup> מספק התרומה שיתף פעולה עם היוצר האחר בעת תהליך היצירה; שיתוף הפעולה היה באופן של עיצוב משותף של היצירה, שהוביל ליצירתה; אי-אפשר להבדיל בין תרומותיהם של המחברים השונים, בפרט לא על בסיס המיומנות המעורבת בתרומה; תרומות של מחבר משותף משוער שלא הובילו ליצירת היצירה לא יובאו בחשבון בבוא בית המשפט לקבוע אם מדובר ביוצר משותף; התרומה הייתה משמעותית (sufficient). המבחן למידת התרומה יהיה מבחן של כמות

*Perspective: Levy v. Rutley and Divergence Between the UK and USA*, 62 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 245 (2015).

202 VAVER, לעיל ה"ש 197.

203 Simon Goodbody, *Florence* גמ *Martin v. Kogan* [2017] EWHC 2927 (IPEC) (Eng.)  
*Foster Jenkins: Joint Authorship, Costs and The World's Worst Opera Singer*, 29(3) ENT. L. REV. 77 (2018), הסוקר את עקרונות פסק הדין ומברך על הצבת אמות המידה להגדרתה של יצירה משותפת, תוך סקירת ההשלכות הנזיקיות והפיצויים בגין ההליך.

204 לפי ס' 10(1) ל- Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Eng.) (להלן: CDPA).

205 The Civil Procedure Rules 1998 (CPR) pt. 20 (Eng.).

206 פסק הדין בעניין *Martin* הוא ככל הנראה בין פסקי הדין היחידים שבהם נקבעה רשימה של פרמטרים כאלה, גם אם לא רשימה סופית או סגורה.

ואיכות. כך, לדוגמה, הצעות של יוצר משותף משוער באשר לדרך שבה יממש היוצר הראשי את כשרונו לא יובילו לבעלות משותפת כאשר המחבר הראשי הוא בעל ההחלטה הסופית אם להטמיע את ההצעות וכיצד.<sup>207</sup>

לטעמי, פסק הדין בעניין *Martin* אינו חף מפגמים. בפתח הנמקת פסק הדין השופט מפנה להלכה המנחה עד אותה עת, המהווה את הבסיס להכרה ב"יצירה משותפת". אולם אותה הלכה מנחה נפסקה בשנים שבהן האישה הייתה כמעט נטולת זכויות ברכוש המשפחתי,<sup>208</sup> ונראה כי בעידן הנוכחי איבדה הלכה זו ממידת הרלוונטיות שלה ביחס לזכויות בני זוג. נוסף על כך, קשה לא לתהות מהי תרומה המובילה ליצירת היצירה, כפי שבית המשפט דורש. ניתן לתהות, למשל, אם כאשר המחבר המשותף המשווער מצביע על טעות או אי־דיוק ביצירה יש בכך כדי להוביל ליצירת היצירה שנוצרה בפועל. כאשר עסקינן ביחסים זוגיים נראה כי התהייה מתגברת, שכן עולה השאלה אם תמיכה של בן הזוג של היוצר תיחשב גורם המוביל ליצירת היצירה. אם נחזור למחקרה של פולמן, ניתן לטעון כי בהתאם לממצאיה המחקריים זוגיות מקנה לאומנים את היציבות הנדרשת כדי להמשיך לעסוק באומנותם ולפתח את יצירתיותם, שכן האמונה והתמיכה של בת הזוג בהם מספקות להם את הכלים והנחישות הנדרשים כדי להאמין ביצירה ולפתח זהות אומנותית עצמאית.<sup>209</sup> יתרה מזו, ממצאיה של פולמן מצביעים על כך שבני זוג משני המינים זכו בתמיכה נפשית מבני זוגם, אשר סייעה להם במהלך תהליך היצירה.<sup>210</sup> ממצאים אלה תומכים במסקנה כי המערכת הזוגית מהווה תשתית משמעותית וכוח משפיע בהיווצרות היצירה.

אם כן, נראה שעניין *Martin* לא סיפק תשובה ברורה באשר לסוגיה שבלב מאמר זה. במקרה מושא פסק הדין נמשך הקשר הזוגי פרק זמן קצר, ואין תשובה בפסיקה לשאלה מה היה בית המשפט קובע אילו התובעת הייתה נשואה לנתבע ודורשת בעלות על יצירה משותפת במהלך הפרדה. לפי רשימת אמות המידה שגובשה בפסק הדין אני נוטה לסבור כי השופט היה דוחה את תביעתה של בת הזוג גם במקרה של נישואים, אך גישה זו מוטעית לעמדתו. לתפישתי, כאשר מדובר בזוגיות רבת שנים, בן הזוג והמשפחה מהווים את הסביבה והבסיס, ומספקים חומרי גלם ותנאים ליצירת היצירה. בן הזוג של היוצר, מעצם היותו עימו, נהפך לבעל מיומנות ראשונית, או לפחות עוצמת המיומנות המשנית שלו מעניקה לו זכויות בעלות ביצירה המשותפת. אני ערה לכך שהפסיקה הנוכחית דורשת "תרומה יצירתית", אלא שלדעתי הנוכחות הזוגית והקשר הזוגי עולים לדרגת התרומה הנדרשת על פי הפסיקה. לכן ביחסים זוגיים משמעותיים הדרישות למיומנות ראשונית, למיומנות משנית או לתרומה יצירתית אינן דרישות נכונות בהיבט של שותפות זוגית

207 עניין *Martin*, לעיל ה"ש 203, פס' 54 לפסק הדין.

208 שם, בפס' 21, פנה בית המשפט לחקיקה המוקדמת, שעל בסיסה ניתנה ההכרעה בעניין *Levy v. Rutley* [1871] L. R., 6 C.P. 523 (Eng.) ראו (Eng.) (5 & 6 Vict. c. 45) Copyright Act 1842.

אשר נהפך לס' 16(1) לחוק זכויות היוצרים האנגלי משנת 1911.

209 Pohlman, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7-8.

210 שם, בעמ' 15-18.

ביצירה. העדשה שמבעדה יש להתבונן על השותפות ביצירה צריכה להיות שונה לגמרי. בעצם הווייתו, ובהיותו חלק מסביבתו הקרובה ביותר של היוצר, בן הזוג מהווה חומר גלם, ובלי חומר גלם אין מוצר סופי; בלי קלט אין פלט.

גישה זו מתאימה את דיני זכויות היוצרים לדיני המשפחה ולרציונל שבבסיס דוקטרינות שונות בדיני המשפחה. דומה כי דיני המשפחה רואים בטיב המערכת הזוגית פרמטר מרכזי בהכרעות משפטיות הנוגעות בסוגיית חלוקת הרכוש. לפיכך טענתי היא כי יש לתת משקל לטיב המערכת הזוגית גם במסגרת הקביעה מיהו בעלים משותף ביצירה. כך, למשל, הרציונל שבבסיס הלכת השיתוף הוא שהחיים המשותפים כבני זוג הם שמקימים שיתוף בנכסים, וגם בחובות.<sup>211</sup> אומנם, משטר הלכת השיתוף הוחלף במשטר איזון המשאבים בכל הנוגע בזוגות נשואים, אך נראה כי לרציונל שבבסיסו יש עדיין חלק בדין הקיים ובמגמת הגמישות ועשיית הצדק בתא המשפחתי. דוגמה לכך היא החלת השיתוף בנכסים המוחרגים מן החלוקה הרכושית על פי משטר איזון המשאבים, בהתקיים "דבר מה נוסף" המצדיק את השיתוף. במסגרת יישום מבחנים אלה בית המשפט תר אחר כוונת שיתוף ספציפית בנכס משותף, והיא נמדדת בפרמטרים כגון נטילת משכנתה משותפת, שיפוץ מהותי מכספים משותפים, כוונה למכור את הנכס ולקנות במקומו נכס משותף וכדומה.<sup>212</sup> כל אלה משקפים השקעה משותפת של בני הזוג המצדיקה את חלוקת הנכס חרף היותו מצוי מחוץ למעגל השיתוף לפי חוק יחסי ממון.

באופן דומה, בעניין זכויות יוצרים אני סבורה כי גם אם על פי הבחינה הדווקנית של "התרומה (היצירתית) המשותפת" בן הזוג אינו אמור להיחשב בעלים משותף, יש להשקיף על הקשר הזוגי מבעד למשקפיים אחרים, ולראות את תרומת בן הזוג כמתבטאת בעצם הקשר הזוגי עם היוצר. ברור כי לא כל קשר זוגי יקים בהכרח שיתוף בזכות היוצרים, והדבר תלוי בנסיבות של הזוג הספציפי ובטיב הקשר הזוגי. כך, למשל, ייתכן שקשר זוגי של כמה חודשים, כמו בעניין *Martin*, אינו עומד בנטל ההוכחה, אך ייתכן, לעומת זאת, שבקשר של נישואים נטל ההוכחה צריך להיות נמוך יותר, בהתחשב בכך שהקשר הזוגי זכה במעמד של סטטוס. לשם המחשה, יישום גישתי בנסיבות דומות לפרשת *Martin* יוביל למסקנה כי תהא זו טעות להתבונן על התסריט, הכתוב או המודפס, לבחון היכן העיר או האיר בן הזוג שאינו היוצר, ולקבוע לפי כמות המחיקות או התוספות מה הייתה מידת התרומה. תרומת בן הזוג והשפעתו על היצירה מגיעות ממקומות אחרים.

על בתי המשפט להפנים את הגישה שכל אשר נכתב, אפילו ללא כל תיקון של בן הזוג, מגיע מנככי נפשו ומסביבתו הקרובה והמשפיעה ביותר של היוצר, ושם טבועה חתימתו של בן הזוג. ברוח הפסיקה בדיני המשפחה אטען כי זכותו של בן הזוג מתגבשת בזכות תרומות אלה. כאשר אין אפשרות להפריד בין תרומתו של מי מהיוצרים המשותפים, הפתרון המעשי הוא לראות בכל אחד מהם בעל זכויות ביצירה באופן יחסי לתרומתו.

211 ראו, לדוגמה, דנ"א 1558/94 נפ"ס נ' נפ"ס, פ"ד נ(3) 573 (1996). פסק הדין אף ממחיש את היות הלכת השיתוף עיקרון המבוסס על ערכים מסוימים בדין הישראלי, וקובע כי היא תחול לפיכך גם במקרים שבהם אי-אפשר להוכיח כוונה מפורשת של הצדדים להחילה.

212 עניין אלמוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 107, ובפרט פסק דינו של השופט עמית.

חיזוק לגישה זו ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט לערעורים באנגליה, אשר קיבל את הערעור שהוגש בעניין *Martin* וביקר את הפרשנות המחמירה של המושג "תרומה מספקת". בית המשפט קבע כי תרומתם של יוצרים משותפים אינה חייבת להיות שווה, וכי תרומה ניכרת של אחד היוצרים אינה מפחיתה מחשיבות התרומה המצומצמת של האחר. קביעה זו עשויה להטות את הכף לשימוש במבחנים מרוככים בפריזמה המשפחתית.<sup>213</sup>

עד כה פירטתי מדוע עמדתי תואמת את הרציונל שבבסיסן של דוקטרינות שונות בדיני המשפחה, אך היגיון זה אינו מנותק כלל גם מן הערכים המוגנים שבבסיסם של דיני זכויות היוצרים בעת יישומם במרחב המשפחתי, המוגן על ידי הרציונלים של דיני המשפחה. לשיטתי, הפיצול הבינרי הנעשה בחוק זכות יוצרים בין הזכות המוסרית ביצירה לבין הזכות החומרית ביצירה מוליד פיצול נוסף – בין היוצר לבין הסביבה. גם היוצר וגם הסביבה הם גורמים המשפיעים על התהוותה של היצירה, באופן שהתוצר הסופי מבטא הן גורמים שהם חלק מכישוריו המולדים של האדם הן גורמים הקשורים להשפעות חיצוניות על היוצר, כגון השפעות של משפחתו, תרבותו, תרבויות אחרות, דיאלוג חברתי ויצירות קודמות. הספרות האקדמית העוסקת בזכויות יוצרים מתייחסת רבות להשפעות של הסביבה החיצונית על היוצר. דוגמה לכך היא כתיבתם של וודמנסי ויאזי ושל ליטמן שהוצגה לעיל.<sup>214</sup>

בדומה לכך, קומב, המציגה תפיסה פוסט-מודרנית לקניין רוחני, מבקרת את ניכוסם של סמלים חברתיים ותרבותיים משותפים.<sup>215</sup> קרייג טוענת כי יצירות הן בהכרח תוצר של כוח עבודה משותף ולכן צריכות להיות בבעלות משותפת.<sup>216</sup> כהן מזכירה לנו את המרחבים המשותפים בתחום זכויות היוצרים, וגורסת כי החשיבה על זכויות יוצרים בעידן המודרני מחייבת אותנו להביא בחשבון את קשרי הגומלין בינינו לבין הקהילה

213 "[A]s is inherent in a case of joint authorship, the contributions of individual authors are not separate or distinct. If two people try to solve a crossword puzzle together, it may be easy to say who first uttered the correct answer to a clue, but more difficult to answer who contributed to it when the solution emerged from a prior discussion." *Kogan v. Martin* [2019] EWCA (Civ) 1645, par. 57 (Eng.)

214 בעניין זה ראו לעיל ה"ש 160–161 והטקסט שלידין.

215 ראו Coombe, לעיל ה"ש 81; COOMBE, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28. קומב הציגה את המונח "קידוד מחדש" (recoding) בהקשר של תיאוריית זכויות יוצרים. לטענתה, תהליך היצירה הוא מורכב, ומחייב את זמינותם של סמלים ציבוריים נגישים. ראו גם LIOR ZEMER, THE IDEA OF AUTHORSHIP IN COPYRIGHT 103 (2007), הגורס כי האינטראקציה בין התוצרת הקולקטיבית של אותם סמלים וצריכתם על ידי הפרט הופכת את תהליך היצירה לאפשרי. תהליך הענקת המשמעות ליצירה אינו תהליך פנימי. אנשים העוסקים בהענקת משמעות אינם יוצרים משום מקום, והחפצים שאותם אנשים סופגים ומשנים קובעים ומעצבים את הצלחתה של היצירה. לדיון בחשיבותו של דיון דמוקרטי פתוח בנושא השיתוף בין הסביבה ליוצר ראו Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, לעיל ה"ש 56.

216 CRAIG, לעיל ה"ש 2.

והתרבות.<sup>217</sup> סקפדי אומרת שכחברי יחידה תרבותית אנו חולקים אותה תרבות ואנו בעלים במשותף של מוצריה התרבותיים.<sup>218</sup>

גישות אלה מבקרות את תפיסתו של תהליך היצירה כתהליך אישי ופרטי של היוצר, ומצהירות במשתמע על זכות הציבור בקניין הרוחני מעצם תרומתו ליצירה. גישות אלה גורסות כי יצירות מוגנות הן תוצאה של דו־שיח בין היוצר ליוצרים אחרים. יצירה היא תהליך קומוניקטיבי, המתאפשר בזכות מערכת קשרי גומלין מורכבת הקיימת בין היוצר לסביבתו. התקשורת בין היוצר לסביבתו חיונית ליצירתן של יצירות חדשות.<sup>219</sup> בתוך ההבחנה בין היוצר לסביבתו אני מציעה הבחנה נוספת – בין הסביבה החיצונית הכללית של היוצר לבין הסביבה הקרובה יותר, זו העוטפת את היוצר, דהיינו התא המשפחתי, אשר נעלם עד כה מעיניו של הדיון האקדמי. הבחנה נוספת זו משקפת את מעמדה הייחודי של המשפחה בכלל ואת מעמדו של בן הזוג בפרט כחלק משמעותי מחייו של היוצר, אשר מצריך יחס אחר של הדין בכלל, ובענייננו – בחינת קיומה של בעלות משותפת של בני הזוג ביצירה.

משהונחו יסודות אלה לשם הכרה ביצירה שנוצרה במהלך הנישואים כיצירה משותפת, אבקש עתה להתמודד עם שאלת ניהול היצירה המשותפת עד להסדרת החלוקה והפירוק. אכן, משמצאנו כי מדובר ביצירה משותפת, תעלה השאלה מה עתה – האם פירוק הזכות או שמא ניהולה עד לסיום ההליך המשפטי ופירוקה בסופו של דבר? בכל הנוגע בניהול הזכות אבחן מהי הדרך הטובה ביותר, לטעמי, לעשות כן, ובכל הנוגע בפירוק הזכות – גם כאן יש להבין מהי הדרך הנכונה ביותר לעשות זאת מבחינת שני בני הזוג. למרות השונות המושגית, נראה כי לעיתים מושגי יסוד משפטיים משמשים בערכוביה בנוגע לניהול, לבעלות ולפירוק של השיתוף בזכות. שתיקתו של חוק זכות יוצרים בנוגע לניהול הבעלות ביצירה המשותפת, לצד מיעוט הפסיקה בנושא, אינם מסייעים בהסרת העמימות. החקיקה, כפי שתוצג להלן, קושרת בין מושגי "ניהול" לבין מושגי "פירוק" לפי נסיבות העניין. עם זאת, יהא עלינו לזכור כי "פירוק" משמעו תחנתה האחרונה של הבעלות המשותפת, ואילו הסוגיות של קביעת היקף "הבעלות המשותפת" כמו גם "ניהול היצירה המשותפת" מתעוררות בד בבד עם ההליך המשפטי ואף בסיומו, וההליך מאפשר להותיר את היצירה בשלמותה אך מציף אתגרי ניהול מורכבים לשותפים שדרכם הזוגית הסתיימה.

217 Cohen, *The Place of the User in Copyright Law*, לעיל ה"ש 2; Cohen, *Creativity and Culture in Copyright Theory*

218 Scafidi, לעיל ה"ש 2.

219 DRASSINOWER, לעיל ה"ש 84, בפרק 2, מעודד אותנו לראות ביצירה אקט קומוניקטיבי – אקט של שיח המכוון אל "האחר". לגישתו, הערך המרכזי שדיני זכויות יוצרים מגינים עליו הוא ערך התקשורת. לפי תפיסה זו, הפרת זכויות אינה רק שימוש ללא היתר, אלא גם שימוש הפוגע בחופש הביטוי של "האחר". ראו שם, בפרק 4. במילותיה של CRAIG, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2: "Copyright's purpose is to create opportunities for people to speak, to develop relationships of communication between author and audience..."

אכן, חוק זכות יוצרים אינו נדרש במפורש להסדרת השאלות שבעלות משותפת ביצירה מעוררת.<sup>220</sup> ההסדר היחיד המופיע בחוק בנוגע ליצירה משותפת אינו תורם להבנת דרכי ניהולה של הבעלות המשותפת.<sup>221</sup> ריבוי הגישות העקרוניות לסוגיה של ניהול זכות יוצרים בבעלות משותפת מעיד על מורכבותה הרבה, וזו אף משתקפת מאמירתו של בית המשפט העליון כי "ההכרה בזכויותיהם הקנייניות של היוצרים אינה מכתובה כשלעצמה תוצאה מסוימת".<sup>222</sup>

הפנייה לדין הזר בניסיון לברור גישה עקרונית אחת אינה מספקת תשובה חד-משמעית. חרף זאת אסקור בקצרה את השיטה האנגלית, המהווה את הבסיס לחקיקה בתחום דיני זכויות היוצרים בישראל, וכן את השיטה האמריקנית, אשר מבחינת התקדמותה נחשבת הגישה המרכזית בתחום הקניין הרוחני.

נוסחו האחרון של חוק זכויות יוצרים האנגלי<sup>223</sup> מתייחס ליצירה משותפת ומסדיר את ניהולה ואת השימוש בה.<sup>224</sup> יצירה משותפת מוגדרת בחוק זכויות יוצרים האנגלי כ"יצירה שנוסדה מתוך שיתוף פעולה, באופן שאינו מאפשר להפריד בין תרומותיהם של היוצרים השונים ליצירה".<sup>225</sup> ההחלטות בנוגע לשימושים ביצירה המשותפת צריכות להתקבל "פה אחד" על ידי היוצרים המשותפים.

חוק זכויות יוצרים האמריקני מתייחס אף הוא ליצירה המשותפת, ומסדיר את ניהולה ואת השימוש בה.<sup>226</sup> יצירה משותפת מוגדרת שם כ"יצירה שהוכנה על ידי שני יוצרים או יותר מתוך כוונה שתרומותיהם ליצירה יתמזגו לכלל חלקים תלויים הדדית ובלתי ניתנים להפרדה של יחידה שלמה אחת".<sup>227</sup> חוק זכויות יוצרים האמריקני מתאפיין בעיקרון של חירות שימוש המוענקת לכל אחד מהיוצרים המשותפים. ודוק, כל אחד מהיוצרים

220 מיכאל בירנהק "קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 106–105, 83 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009); גלעד וקסלמן "היצירה התאגידית והיצירה השיתופית" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 167, 177–178 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

221 ס' 39 לחוק זכות יוצרים קובע כי "זכות יוצרים ביצירה משותפת תהא למשך חייו של היוצר האחרון שנותר בחיים, מבין היוצרים במשותף של היצירה, וכן שבעים שנים לאחר מותו".

222 ע"א 5365/11 אק"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פס' 51 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 3.9.2013) (להלן: עניין אק"ם).

223 ראו ס' 48 ל-CDPA, לעיל ה"ש 204.

224 LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, INTELLECTUAL PROPERTY LAW 145 (2nd ed. 2004).

225 ראו ס' 10(1) ל-CDPA, לעיל ה"ש 204 (התרגום שלי – ט' א'). ראו לעניין זה גם את פסק הדין בעניין *Beckingham*, לעיל ה"ש 198. פסיקה זו דוחה את הניסיון לצמצם את הגדרת היוצרים המשותפים על ידי החלת דרישת ה"כוונה" מהחוק האמריקני.

226 ראו ס' 101, 101 ו-203 ל-U.S. Copyright Act of 1976, לעיל ה"ש 118. ראו גם NIMMER & NIMMER, לעיל ה"ש 200, פרק 4.

227 התרגום שלי לס' 101 ל-U.S. Copyright Act of 1976, שם: "[A] work prepared by two or more authors with the intention that their contributions be merged into inseparable or interdependent parts of a unitary whole".

המשותפים רשאי להשתמש ביצירה מבלי להיזקק להסכמת יתר שותפיו.<sup>228</sup> החוק אף מתיר לשותף ביצירה לעשות כל שימוש עצמי ביצירה, מבלי שהדבר ייחשב הפרה של זכות היוצרים של שאר היוצרים ביצירה המשותפת, אך כנגד זה עומדת חובתו לחלוק את הרווחים עם שותפיו.<sup>229</sup>

בדין הישראלי סעיף 30 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מגדיר כלל הכרעה של הרוב כאשר יש בעלות משותפת בנכס. אולם נראה כי עקרון שלטון הרוב קשה ליישום בהקשר של ניהול יצירה משותפת של בני זוג, שכן לא יוכל להימצא רוב (שאינו "פה אחד") כאשר יש שני שותפים. פירוק השיתוף ביצירה בדרך של חלוקה בעין גם הוא אינו אפשרי.<sup>230</sup> נראה אפוא כי האפשרות הנותרת היא פירוק שיתוף בדרך של מכירה לצד שלישי, ובמקרה של יצירה משותפת – מכירה מבין הזוג שאינו היוצר אל היוצר. הפקעת היצירה מידי היוצר על ידי מכירה לצד שלישי אינה סבירה, שכן היא עלולה כמובן להביא לידי פגיעה בתמריץ ליצור. חוק זכות יוצרים אינו מסדיר את השיתוף בזכות יוצרים ואת חלוקתה בין היוצרים המשותפים, ומכאן שעד להתערבותו של המחוקק יש לבחון מהו משטר השיתוף המתאים. בהעדרו של הסדר משפטי ספציפי, צדדים החלוקים ביניהם או החפצים להסדיר את יחסיהם נדרשים לפנות להוראות הדין הכללי. הדין המצוי (ובעיקר מה שאינו מצוי בו) מהווה כר פורה לפיתוח פסיקתי ואקדמי. מתוך הדין הקיים אעמוד על שתי אפשרויות – האחת מדיני המקרקעין והאחרת מדיני הנאמנות.

**האפשרות הראשונה** היא להחיל את הסדרי השיתוף שבחוק המקרקעין,<sup>231</sup> המוחלים גם על זכויות המוקנות מכוח חוק המיטלטלין. בסעיפים 27–36 לחוק המקרקעין נקבע הסדר מפורט בכל הנוגע בשיתוף במקרקעין, ולפי סעיף 9(ה) לחוק המיטלטלין, ההסדרים

228 שם. בס' 201, נקבע כי כל שותף רשאי לנצל בעצמו את היצירה כולה ללא צורך בהסכמת יתר השותפים, בין בדרך של מתן רישיון לצד שלישי (רישיון לא בלעדי) ובין בדרך של שימוש עצמי. ראו גם Erickson v. Trinity Theatre, Meredith v. Smith, 145 F.2d 620, 621 (9th Cir. 1944). כן ראו, Inc., 13 F.3d 1061, 1068 (7th Cir. 1994). בפרשה זו נדונה תביעתו של אחד ממייסדי תיאטרון באילינוי, אשר מילא בו תפקידים שונים, נגד התיאטרון. הסכסוך נגע בזכויות יוצרים בשלושה מחזות, ובהסכמת הצדדים צומצם הדיון לשאלת הזכויות במחזה אחד. התיאטרון טען כי המחזה הוא יצירה משותפת ועל כן הוא רשאי להשתמש במחזה כרצונו. בית המשפט פסק כי אין לראות בשחקנים – למרות תרומתם המהותית למחזה – יוצרים משותפים, ולפיכך רק לתיאטרון יש זכויות במחזה.

229 זכות השימוש ביצירה על ידי כל שותף כפופה לחובת ההתחשבנות כלפי שאר השותפים. ראו Shapiro, Bernstein & Co. v. Jerry Vogel Music Co., 221 F.2d 569 (2nd Cir. 1955), modified 223 F.2d 252 (2nd Cir. 1955); Brown v. McCormick, 23 F. Supp. 2d 594, 605 (D. Md. 1998) Avner D. Sofer, *Joint Authorship: An Uncomfortable Fit with Tenancy in Common*, 19 LOY. 230 (1998) L.A. ENT. L.J. 1, 6–7, 13–18. סופר מראה שבתי המשפט מצהירים שהם מחילים על יצירה משותפת את המשטר השיתופי בנוגע לנכסים מוחשיים, אך בפועל הם אינם עושים כן. סופר טוען כי המשטר הקנייני של שיתוף בנכס מוחשי אינו מתאים ליצירה שיתופית, וכדי להתאימו, הוא מציע להחיל גם חובת אמון על כל אחד מהשותפים כלפי האחרים. לגישתו, חלוקת יצירה משותפת בעין אינה אפשרית בשל מאפיין חוסר המוחשיות. ראו שם, בעמ' 9.

231 ס' 27–45 לחוק המקרקעין.

בנוגע לשיתוף במקרקעין חלים בעיקרם גם על שיתוף במיטלטלין.<sup>232</sup> הוראת סעיף 13(א) לחוק המיטלטלין קובעת כי סעיפים 9 ו-10 לחוק (העוסקים בשיתוף ובפירוק השיתוף) יחולו גם על "זכויות". מכאן ניתן להסיק כי יש אפשרות להחיל את החוק גם על זכויות יוצרים.<sup>233</sup> חשוב להדגיש כי הוראת סעיף 13(א) לחוק המיטלטלין מצביעה על הליך טכני בלבד, והחלתו מותנית בקיומם של שני מבחני עזר: הראשון – "ככל שהדבר מתאים לענין"; והשני – "בשינויים המחוייבים".<sup>234</sup>

פרזנטי כתבה בעבר, באחד הספרים הראשונים שנכתבו בנושא זה בארץ,<sup>235</sup> כי אין מקום לפנות אל צינור השאיבה הקבוע בסעיף 13 לחוק המיטלטלין, שכן הסעיף חל לגישתה על זכויות בנכס מוחשי, ולא על זכויות ערטילאיות, ולפיכך היא מציעה לפנות להשלמה מן המשפט האנגלי.<sup>236</sup> מפסקי הדין האחרים הקיימים ניתן ללמוד כי בית המשפט בחר להחיל את דין השיתוף במיטלטלין ובמקרקעין גם על תחום זכויות היוצרים, ללא דיון ערכי וממשי.<sup>237</sup> ויסמן העלה בעבר אפשרות נוספת, והיא להחיל את ההסדר הנוגע בחיבור וערבוב של מיטלטלין.<sup>238</sup> המשטר של ערבוב מיטלטלין תואם את הסיטואציה של יצירה משותפת, שבה אין כאמור יסוד של הפרדה בין חלקי היצירה.<sup>239</sup>

232 ראו לשון ס' 9(ה) לחוק המיטלטלין, הקובע כי "באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף יחולו הוראות סעיפים 30 עד 33, 34(א), 35 ו-36 לחוק המקרקעין... גם על השיתוף במיטלטלין". מכאן ומכוח ס' 13(א) לחוק המיטלטלין, הסדרים אלה חלים גם על בעלות משותפת ב"זכויות".

233 ס' 13(א) לחוק המיטלטלין קובע כי הוראות החוק "יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות"; ס' 13(ב) לחוק המיטלטלין קובע כי הוראות החוק "יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון".

234 פירושו של המבחן השני שבס' 13(א) לחוק המיטלטלין, שעניינו החלת ההסדר "בשינויים המחוייבים", הוא שאם ההחלה של הסדר השיתוף בנכסים מוחשיים תואמת את דיני זכויות יוצרים, על בית המשפט לבחון עד כמה החלה זו רצויה.

235 שרה פרזנטי **דיני זכויות יוצרים** כרך ב 554 (מהדורה שנייה מורחבת ומעודכנת, 2000).

236 שם, בעמ' 132 ו-142-143. ראו גם גרינמן, לעיל ה"ש 6, כרך ב, בעמ' 474-482.

237 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום ת"א) 71477/98 **ברגרסון נ' טיטאן מערכות תרמית בע"מ**, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.5.2000). פסק הדין עסק בצלם שהייתה לו שותפות עם הנתבעת, שהייתה מעצבת גרפית, ויחד הם יצרו לוח שנה. מתוך שמונה שקופיות שהם ערכו יחד, נבחרו שש ללוח השנה. לאחר פירוק השותפות ביניהם השתמשה הנתבעת בשתי השקופיות הנוספות, והצלם תבע אותה בגין הפרת זכות יוצרים. בית המשפט פנה לס' 13 לחוק המיטלטלין, כדי להחיל את חוקת השוויון על השותפים. ראו גם עניין **לויץ**, לעיל ה"ש 188. בעניין זה נדון מעמדו של התרגום הספרותי כ"יצירה משותפת" וכ"יצירה נגזרת". התובע תרגם ראשון את הספר, שהועבר לשם עריכה לנתבעת, אולם זו האחרונה חרגה מתפקידה ושינתה למעשה את התרגום בצורה ניכרת. במקרה זה פסק בית המשפט כי התרגום הסופי אינו מהווה יצירה משותפת.

238 יהושע ויסמן "הבעל הראשון של זכות-יוצרים" **עינוי משפט** יד 29, 43 (1989).

239 אך השוו לעמדתו של דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 259 (מהדורה שנייה, 1998), המציין כי החלתן של הוראות חוק המיטלטלין אינה כה פשוטה תמיד. כך, למשל, כאשר פרט משתמש ברעיון של אחר ביצירה, עולה השאלה אם מדובר בערבוב של עבודה לפי ס' 4 לחוק המיטלטלין או בעיבוד לפי ס' 6 לאותו חוק.



בית המשפט העליון קבע כי מאחר שאין הסדרה ספציפית של סוגיית הבעלות המשותפת בחוק זכות יוצרים עצמו, ניתן להיעזר בחקיקה אחרת שעניינה שיתוף בזכויות קניין בהקשרים אחרים.<sup>240</sup> עם זאת ציין בית המשפט העליון כי הפנייה לחוק המקרקעין בשאלת המשטר המשפטי החל על בעלות משותפת בזכות יוצרים צריכה להיעשות בזהירות.<sup>241</sup>

מאמר זה אינו מבקש כאמור לדון בסוגיית המשטר המשפטי החל על יחסיהם של בעלים במשותף כשאלה העומדת בפני עצמה. שאלת הבעלות המשותפת נבחנת כאן אך ורק בהקשר של ניהול יצירה משותפת על ידי בני זוג – ניהול אשר מעצם טיבו וטבעו חורג מכללי בררת המחדל החלים על בעלות משותפת ביצירה. לפיכך הפנייה להסדרים הקיימים בדין שעניינם ניהול זכויות קנייניות משותפות תשמך רק מסגרת התייחסות ונקודת מוצא לבניית המודל המתאים. משהונחה המסגרת, נפנה עתה לבחינת מידת התאמתה לשיתוף בין בני זוג. אקדים ואציין כי לטעמי הפער בין זכות קניין מסורתית במקרקעין כלפי נכס מוחשי לבין זכות קניין רוחני כלפי נכס בלתי מוחשי הוא גדול מאוד. פער זה מערים קשיים רעיוניים, ומעלה את השאלה כיצד קניין רוחני יכול למצוא אכסניה דווקא בחסותו של חוק המקרקעין.

השותפים במקרקעין יכולים להסכים על שיטה אחרת לניהול זכויותיהם, אך כאמור בסעיף 29 לחוק המקרקעין, ההסדר שבחוק יחול "באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף".<sup>242</sup> סעיף 31(א)(1) לחוק המקרקעין קובע כי כל בעלים במשותף רשאי, גם ללא הסכמת יתר השותפים, להשתמש בנכס המשותף שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר. החלתו של סעיף 30, בשינויים המחויבים, על השיתוף בזכות יוצרים מובילה למסקנה כי דרישה להחלטה "פה אחד" היא דרישה ראויה ככל שמדובר בחריגה מניהול או שימוש רגילים.<sup>243</sup>

לגישתי, השליטה בזכות החומרית וניהולה צריכים להיות בידי של בן הזוג היוצר, ותוצרי הזכות החומרית צריכים להתחלק בין בני הזוג בחלקים שווים. עם זאת, מכיוון שהאספקלריה הזוגית מיוחדת בהתפתחותיה ובנסיבותיה, יש לאפשר למי מבני הזוג להעלות טענות לסתירת החזקה הקבועה בחוק, ולהוכיח כי יחסי חלוקת הבעלות צריכים להיות שונים ממחצה על מחצה.<sup>244</sup> הצעה זו תיצור איזון בין התפיסה שהוצגה לעיל, שלפיה הזכות המוסרית מבטאת הכרה בקשר האישי שבין היוצר לבין היצירה והכרה בכך

240 עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 222, בעמ' 21.

241 שם, בעמ' 22.

242 ראו ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737 (1983); ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104 (1990).

243 ס' 30(א) לחוק המקרקעין קובע כי "בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם"; ס' 30(ב) קובע כי "שותף הרואה עצמו מקופח מקביעה לפי סעיף קטן (א) רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, ובית המשפט יחליט כפי שנראה לו צורך ויעיל בנסיבות הענין"; וס' 30(ג) קובע כי "דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים".

244 ראו ס' 28 לחוק המקרקעין; ס' 9(ב) לחוק המיטלטלין.

שהיצירה מהווה הרחבה חיצונית של אישיותו הפנימית של היוצר וביטוי ל"אני הפנימי" שלו, ולפיכך אינה ניתנת לחלוקה, לבין ההכרה הייחודית שיש להעניק לטענתי לבן הזוג לנוכח תרומתו הרבה ליוצר והשפעתו הגדולה עליו, המהוות גורם להיווצרות היצירה. כמו כן, גישה זו תואמת את האפשרות, על פי פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה, להחיל את הדינים הכלליים לצד חוק יחסי ממון, ולקבוע שותפות "ספציפית" בנכסים שאינם נמנים בחוק יחסי ממון.<sup>245</sup>

באשר לפירוק השיתוף בזכות היוצרים, שהוא התחנה האחרונה בשיתוף הבעלות, סבורני כי השיקולים הנוגעים בשיתוף וחלוקה במקרקעין אינם נכונים בהכרח לשיתוף בזכות יוצרים. כך, למשל, ההסדר בחוק המקרקעין עשוי להיתפס כהסדר ש"עוין" מצב של שיתוף, מתוך הכרה בכך ששיתוף במקרקעין עלול להכביד את ניהולם היעיל. לכן, לפי סעיף 37 לחוק המקרקעין, כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף, אף ללא כל סיבה. הפוטנציאל לפירוק מידי של השיתוף בזכות היוצרים עלול לפגוע בתמריץ ליצור. אחת האפשרויות שבל ופרחומובסקי מציעים, המוצעת כאן **כאפשרות שנייה** של פנייה לדין קיים, היא ניהול הזכויות באמצעות נאמנות.<sup>246</sup> אחת המטרות של הקמת נאמנות היא להבטיח ניהול של הנכס באמצעות הפקדת כל ההחלטות הניהוליות בידיו של נאמן – מנהל שהוא בעל המומחיות הנדרשת למשימה – תוך הבטחה שכל התמורות שיפיק אותו מומחה יועברו לפרטים או לישויות שכלפיהן הוא נאמן.

לטעמי, ניהול היצירה המשותפת בידי נאמן, כמוצע על ידי בל ופרחומובסקי, הוא בעייתי וקשה ליישום כאשר מדובר ביצירה שמשותפת לבני זוג. סעיף 1 לחוק הנאמנות קובע כי "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". מכאן שהנאמן אינו יכול להיות אחד מהתורמים ליצירה, כלומר אחד מהנהנים, ולפיכך אין אפשרות לפנות ל"נאמנות" אם הכוונה היא שהנאמן יהיה אחד

245 בע"מ 8206/14 פלונית נ' פלוני (פורסם באר"ש, 14.4.2015); תמ"ש (שלום קר) 14-08-27693 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.8.2015); בע"מ 2045/15 פלוני נ' פלונית (פורסם באר"ש, 21.5.2015). ראו גם תמ"ש (משפחה ק"ג) 14-06-53581 פ.ש. נ' צ.ש. (פורסם בנבו, 11.3.2018), שבו פסקה השופטת גילת כהן שיעורי בעלות שונים מהמרשם, בהתחשב במסכת הראיות שהובאה לפנייה. לפסיקה על חלוקת מקרקעין שונה מהרישום ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 26473/97 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 15.6.2004), שבו השתמשה השופטת מימון בס' 8 (2) לחוק יחסי ממון והורתה על בעלות שונה מהרישום בגין הברחות כספים לא ידועות שביצע הבעל.

246 Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Copyright Trust*, 100 CORNELL L. REV. 1015, 1049-1050 (2015). בל ופרחומובסקי מציינים את היתרונות הטמונים במבנה הנאמנות. לשיטתם, הנאמנות מרכזת את כל הנכסים בידיו של בעלים אחד, והדבר מקל את הניהול, מבטיח ניהול מצוין של כל הנכסים הנאמנות, מוציא לפועל את רצונם של מקימי הנאמנות, מבטיח ניהול ללא דופי, ומבטיח חלוקת רווחים בין הנהנים. הנאמן נדרש לחובת תום לב מוגברת, והחוק אכן מטיל עליו אחריות מוגברת. זאת, גם מהטעם של יעילות הניהול, וכדי למנוע צמצום רווחים. לגישתם, המודל יופעל על פי שיקול דעתו של בית המשפט, כדי לפתור מחלוקות הנוגעות בבעלים משותפים ביצירות מסוגים שונים. בל ופרחומובסקי מדגישים שהחלטה בדבר מינוי נאמן לא תהא לפי הוראה שבחוק, אלא לפי שיקול דעתם המלא של בתי המשפט. ראו שם, בעמ' 1054-1056.

מבעלי הזכויות ביצירה המשותפת. בהעדר הסכמה בין בני הזוג באשר לדרכי ניהולה של היצירה המשותפת, נשאלת השאלה אם היוצר צריך להיות בעל השליטה המלאה בניהול זכות היוצרים או שניהול הזכות צריך להיעשות בשיתוף כלשהו של בן הזוג. מודל של נאמנות שבו היוצר הוא המנהל לוקה בפגמים אינהרנטיים, שעלולים לפגוע באינטרסים של שני הצדדים. לכאורה, אין שום סיבה להניח שבן זוגו של יוצר יידרש להגנה פחותה מפני ניצול אפשרי של בן זוגו רק מפני שבן הזוג היוצר הוא בעל ידע ויוצר הזכות, כשם שאין סיבה להניח שמאחר שזכות היוצרים היא זכות מורכבת וקשה יותר לניצול מסחרי, הניהול צריך להיות בידי היוצר. יתרה מזו, ניהול הזכות באופן בלעדי על ידי היוצר אינו רגיש לצרכים הלגיטימיים של בן הזוג, שיש להגן עליהם מפני ניהול מגושם ורשלני, מפני תרמית או אולי אף מפני ניהול בזבזני של משאבי הזכות על ידי בן הזוג היוצר.

מול טיעונים אלה עומדים טיעונים המצדיקים את הפקדת ניהול הזכות בידי בן הזוג היוצר. נראה כי ההתנגדות של היוצר לניהול משותף תנבע מכך שבניהול כזה הוא לא יוכל לשלוט ביצירה ולנצלה באופן הטוב ביותר, בשל החשש להתנגדויות בעלות אופי נקמני מצד בן הזוג. כך, למשל, בהעדר מנגנון הקובע כי החלטות בנוגע לניהול ולבעלות יתקבלו יחד, לא תהא בידי היוצר האפשרות למנוע את העברת הזכות לצד שלישי ללא ידיעתו. אומנם, בעיה זו ניתנת לפתרון (והדרך למנוע אותה, לדעתי, היא לפעול לפי השיטה באנגליה, האוסרת את העברת הזכות ללא הסכמת השותף), אך נראה כי גם מעבר לכך יש ליוצר טיעונים כבדי משקל. למשל, היענות לדרישה של בן הזוג האחר לקבל שליטה ביצירה בניגוד לעמדת היוצר, רק משום היותו שותף לזכות היוצרים, עלולה לפגוע בזכות המוסרית של היוצר ובתמריצים ליצור. רוזנטל קוואל טוענת כי בניגוד לתפיסה הרווחת, הגורסת כי תהליך היצירה מונע מתמריצים כלכליים בלבד, הַנְיֵעָה ליצירה היא לאו דווקא הציפייה לגמול כספי.<sup>247</sup> הכוחות המפעילים את היוצר נובעים ממקורות השואה פנימיים ומְהַנְיֵעוֹת אישיות שהם אינהרנטיים לתהליכי היצירה.<sup>248</sup> הַנְיֵעוֹת אלה כוללות את התשוקה להתמודד עם אתגרים, את הצורך לקבל סיפוק אישי, את הצורך להותיר חותם ועוד.

יתרה מזו, יצירה היא תהליך התפתחותי שנמשך לעיתים כמה שנים. ההתמדה הנדרשת בתהליכים אלה דורשת מהאומן תכונות ייחודיות. האומן חייב להיות חדור אמונה פנימית ביצירתו, ובעל יכולת לשוות לנגד עיניו את היצירה בשלביה המתפתחים עד לסיומה.<sup>249</sup> העברת זכות הניהול לידי בן הזוג שאינו היוצר עלולה לפגוע בתהליכים הללו ובתמריצים ליצירה, ולפיכך גם בזכותו המוסרית של היוצר. נראה אפוא כי ראוי שזכויות הניהול ייוותרו בידי בן הזוג היוצר, על אף הקשיים הנובעים מן העניין.

247 ראו בהרחבה ROBERTA ROSENTHAL K WALL, THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES 6 (2009).

248 TERESA M. AMABILE, CREATIVITY IN CONTEXT: UPDATE TO THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF CREATIVITY 2, 104–108 (1996).

249 Roberta Rosenthal Kwall, *Inspiration and Innovation: The Intrinsic Dimension of the Artistic Soul*, 81 NOTRE DAME L. REV. 1945, 1961–1962 (2006).

עם זאת, מודל המקנה שליטה מוחלטת ליוצר אינו הולם את הראייה המשפטית של דיני המשפחה, המתייחסת אל בן הזוג באופן שוויוני והוגן. מודל המעניק את השליטה המלאה ליוצר אינו מכיר בערכה של תרומת בן הזוג של היוצר לרכוש המשותף ולמאמץ הכרוך בהפקת זכות היוצרים. כמו כן, מודל כזה נוקט גישה פטרנליסטית שלפיה כל זכות ביצירה שיש לבן הזוג שאינו היוצר נובעת אך ורק מ"מענק" או "מתנה" שניתנו לו על ידי היוצר. נוסף על כך, מודל המעניק שליטה מוחלטת בניהול היצירה ליוצר לוקה בסתירה אינהרנטית: מצד אחד, צעדנו צעד לעבר הכרה בזכותו של בן הזוג לחלק בזכות היוצרים – הפכנו אותו לשותף ב"יצירה משותפת"; אך מצד אחר, נטרלנו את יכולתו לחלוק על בן הזוג, לנהל את זכויותיו הקנייניות ולשלוט בהן. לעומת זאת, יישומו של מודל ניהול משותף מזכה את בן הזוג שאינו היוצר בזכות ניהול מסורתית, בהיותו בעלים של חלק מזכות היוצרים. פגיעה או קושי אצל היוצר אינם מצדיקים פגיעה בזכותו של בן הזוג שאינו היוצר, ומודל הניהול המשותף מאיין פגיעה כזו. לטעמי, מודלים לניהול זכות היוצרים צריכים, מצד אחד, להיות רגישים לכל ההגנות שבן הזוג שאינו היוצר זקוק להן, ומצד אחר, נדרשת בהם הכרה בקשיים שבניהול זכות יוצרים ללא הידע הנדרש. כמו כן נדרשת בהם הבטחה של יתר זכויותיו של היוצר, שאינן מתחלקות. האינטרסים הללו צריכים להיות משולבים במודל באופן שימנע פגיעה באינטרסים השונים.

אני מציעה אפוא מודל אינטגרטיבי. לפי מודל זה, במקרים שבהם תגלע מחלוקת בין בני הזוג באשר לניהולה של "יצירה משותפת", ימנה בית המשפט בעל תפקיד או גוף אשר ידאגו לניהול היצירה המשותפת בפיקוחו של בית המשפט. מודל מוצע זה יבטיח ניהול מיטבי של היצירה על ידי מומחה בתחום הרלוונטי אשר חף מכל אינטרס ומגן על שני הצדדים. צד אשר יחוש כי זכויותיו עלולות להיפגע יוכל תמיד לפנות אל בית המשפט. חסרונו של מודל זה הוא עלויות ניהול, ולכן יש לשקול את כדאיותו בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

חלוקת זכויות היוצרים לפי המודל של "יצירה משותפת" מושתתת על אדנים המכירים בבן זוגו של היוצר כיוצר משותף המרים תרומה ליצירה. המודל מציע דרכים לניהול היצירה המשותפת בהעדר הסכמה באופן שיבטיח את זכויותיהם של שני השותפים. ההליך יינקט בד בבד עם ההליכים שיינקטו בבית המשפט לענייני משפחה למן הקרע ועד יום מתן פסק הדין, כחלק בלתי נפרד מההליך כולו, לצד הבטחת עקרון "הפְּרָדָה הנקייה". זכות היוצרים תנוהל באופן מיטבי עד לפירוקה בהיקף מדינים אחרים, ובאחד משני האופנים: מסלול הסכמי, שבמסגרתו מי שניהל עד כה את הזכות ובקיא בניהולה, שהוא גם היוצר ובעל הזכות העיקרית ביצירה, ימשיך בניהול תוך שיתוף בן זוגו; או מסלול של מינוי אדם או תאגיד שבקיים בתחום הספציפי של היצירה ואשר יפעלו בחסותו של בית המשפט ובכפוף לו עד לפירוק הזכות. אם מודל הניהול המשותף יתברר כמוצלח לשני בני הזוג גם לאחר פרדתם, אין כל מניעה להמשיך לנקוט מודל זה, באותה מתכונת, עד שירצה אחד השותפים להפסיק את השיתוף.

לסיכום, מודל זה מציע לראות בזכות היוצרים "יצירה משותפת", ומתווה דרכים לניהולה עד לחלוקתה בין בני הזוג. הניסיון "לייבא" את המושג "יצירה משותפת" ולהחילו על יחסי שותפות בין בני זוג אינו חף מקשיים משפטיים. אני ערה לכך שהכרה

בבן הזוג כמי שזכאי לזכויות ביצירה, בהיותו "שותף ליצירה", חותרת תחת התפיסה המקובלת שלפיה כדי שיצירה תהא "משותפת" יש לבדוק את התרומה היצירתית ליצירה. תפיסה זו אינה רואה בבן הזוג "יוצר", שכן תרומתו ליצירה אינה "תרומה יצירתית" כדרישת הדין. ביקשתי לקרוא תיגר על תפיסה זו כאשר מדובר בבני זוג. כדי לבסס את טענתי, צעדתי לאחור – לאותה נקודת זמן שבה נרקמה היצירה – כדי להזכיר את שלבי בריאתה של היצירה עד להפיכתה ליצירה מוגמרת. לתפסתי, במצבים של זוגיות משמעותית, בן הזוג והמשפחה מהווים את הסביבה, את הבסיס, ומספקים את חומרי הגלם והתנאים ליצירת היצירה. תהיה זו טעות להתבונן על יצירה שנוצרה במהלך חיי נישואים ולחפש בה תרומה מהותית של בן הזוג בדמות משיכת מכחול, כתיבת פרקים בספר או הלחנת כמה בתים בשיר. על בית המשפט לאמץ ולהפנים את הגישה שלפיה כל אשר נכתב, הולחן או הומחז – גם ללא תיקון או תוספת כלשהם מצד בן הזוג שאינו היוצר – מגיע ממחור, מנפשו ומתודעתו של היוצר, ושם, לדעתי, מצויה ונוכחת תרומתו המשפיעה של בן זוגו.

איי-אפשר להימנע מלהצביע על קושי הקיים בהגדרת המונח "זוגיות משמעותית". אולם נראה כי אין מדובר בקושי שייחודי למונח זה או לדיני המשפחה או לדיני הקניין הרוחני, אלא בקושי רחב המתייחס למושגים משפטיים מופשטים באופן כללי.<sup>250</sup> בענייננו, כפי שהוסבר לעיל, הרציונל שהמודל המוצע מתבסס עליו הוא הרציונל של הלכת השיתוף, שלפיה השיתוף הקנייני בין בני זוג הוא למעשה תולדה של מערכת היחסים הזוגית. משכך אציע לבחון מהי "זוגיות משמעותית" בהתאם לבחינה שערך המשנה לנשיאה ריבלין כאשר לשאלה מי הם "ידועים בציבור".<sup>251</sup> המשנה לנשיאה ריבלין קבע כי "ידועים בציבור" יהיו מי שהקשר ביניהם "עבר את שלב הניסיון", והבהיר כי מערכת היחסים שנדונה באותו מקרה אכן צלחה את שלב הניסיון כי "המדובר בקשר יציב ועמוק שהלך והתהדק על פני תקופה של כשש שנים, השתכלל לכדי מגורים משותפים, חיי אישות וניהול משק בית משותף, והבשיל כדי החלטת בני הזוג לבוא בברית הנישואין".<sup>252</sup> נראה כי ניתן לחלץ מתיאור זה, ומתוך הפסיקה הכללית העוסקת בהכרה בידועים בציבור, עקרונות אשר יסייעו לבית המשפט לענות על השאלה מהי "מערכת זוגית משמעותית". לסיים ראוי לחדד את עמדת הפסיקה שלפיה כוונה להינשא אינה תנאי הכרחי לרצינות הקשר, אלא רק עשויה לשמש אינדיקציה נוספת לכך בהתאם לנסיבות.<sup>253</sup>

250 כך, בתי המשפט התחבטו ומתחבטים בדבר פרשנותם של מונחים רבים ושונים, כגון "תום לב" ו"תקנת הציבור".

251 רע"א 9755/04 ביטון נ' קצין תגמולים – משרד הבטחון (פורסם באר"ש, 31.8.2008). ראו גם את פסק דינו של הנשיא ברק ברע"א פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 193, בעמ' 238.

252 עניין ביטון, שם, בעמ' 8.

253 שם, בעמ' 13.

## 2. מודל דוקטרינרי שני: חלוקת זכות יוצרים בראי בית המשפט לענייני משפחה

המודל השני מציע להחיל על חלוקתה של זכות יוצרים בין בני זוג את עקרונות החלוקה שנקבעו בפסיקה בנוגע לחלוקת "המוניטין האישי" בין בני זוג. נראה כי לחלוקת "מוניטין אישי" ולחלוקת זכות יוצרים יש לא מעט מן המשותף, ודמיון זה מאפשר להקיש מפסיקת בתי המשפט בנוגע לחלוקת המוניטין האישי לחלוקת זכות היוצרים בין בני זוג. בפרק זה אפרט אמות מידה מפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בהקשר של חלוקת מוניטין אישי לשם שימוש בהן במודל לחלוקת זכות היוצרים.

בדומה לזכות היוצרים, "מוניטין אישי" (המכונה במשפט הישראלי בשמות נוספים, כגון "פערי השתכרות" או "נכסי קריירה") הוא **משאב בלתי מוחשי**. המוניטין האישי נתפס כחלק בלתי נפרד מכישוריו האישיים של אדם, מאישיותו ומיכולותיו, ולכל הפחות חלקו אינו בר חלוקה. המוניטין האישי קשור אפוא בקשר הדוק ליכולות היצירתיות ולכישרון של היוצר. בעבר, בעיקר בשנות התשעים, היססו בתי המשפט מלהכיר במוניטין אישי – להבדיל ממוניטין עסקי – כנכס בר איוון או כנכס שחזקת השיתוף חלה עליו. נקבע כי מוניטין אישי מהווה חלק בלתי נפרד מכישוריו האישיים של אדם וכי הוא אינו ניתן לחלוקה. כך במקרה שבו הבעל היה מדען,<sup>254</sup> וכך במקרה שבו לאישה היה חלק בקידומו של הבעל והיא נהנתה מקידומו זה בחיי הנישואים.<sup>255</sup> בתי המשפט קבעו כי מכלול של תכונות אישיות אינו מהווה "נכס" כמובנו בחוק יחסי ממוץ, שכן אי-אפשר "למכור" את תכונותיו האישיות של אדם.<sup>256</sup> עמדה דומה ננקטה גם בנוגע לכושר ההשתכרות, ונקבע כי אין למנות את כושר ההשתכרות עם נכסי האיוון, שכן מדובר בפיתוח אישי ובכישורים אישיים.<sup>257</sup>

אולם בפסקי דין מאוחרים יותר התייחס בית המשפט העליון בחיוב להכרה בזכויותיו של בן הזוג במוניטין האישי של בן זוגו,<sup>258</sup> ונקבע כי ניתן להכיר במוניטין אישי כנכס בר איוון.<sup>259</sup> למרות העמדה שביטא בית המשפט העליון בפסקי הדין המאוחרים הללו, פסקי

254 מ"א (מחוזי חי') 623/91 רום נ' רום (פורסם בנבו, 3.7.1994).

255 ת"א (מחוזי ים) 415/94 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.2.1999) (להלן: ת"א פלונית).

256 ת"א (מחוזי ים) 701/95 ברגר נ' ברגר (פורסם בנבו, 11.9.2000).

257 תמ"ש (משפחה כ"ס) 24981/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 30.12.2007). ראו גם תמ"ש (משפחה י-ם) 28915/04 ש' ל' נ' א' נ' (פורסם בנבו, 4.2.2007), שבו לא עלה בידי האישה להוכיח את השקעתה במתן אפשרות לבעל ללמוד, ואף לא הוכח מוניטין.

258 בע"מ 5879/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נט(1) 193 (2004) (להלן: בע"מ 5879/04), נדון ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שבו נדחתה תביעה של בעל לחלוקת שווי המוניטין האישי של אשתו, אשר למדה משפטים וכלכלה בתקופת הנישואים. נקבע כי כעיקרון יש להתחשב במוניטין אישי לצורך חלוקת הנכסים בין בני זוג, ובית המשפט אף הביע את דעתו כי אין בקושי של הערכת שווי המוניטין כדי להוציא את נכסי הקריירה אל מחוץ לנכסי האיוון או השיתוף. עם זאת, בעניין זה לא התקבלה התביעה בשל עובדות המקרה.

259 בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007) (להלן: בע"מ 4623/04). בתמ"ש (משפחה י-ם)

דין רבים מסתייגים עדיין מהכללת מוניטין אישי בנכסי האיזון.<sup>260</sup> ניתן למצוא בפסיקה התבטאויות שלפיהן ההכרה במוניטין האישי (כושר ההשתכרות) תיעשה רק כאשר יש "מסה קריטית" של ראיות שיכולה להצביע על מוניטין שנצבר או כאשר בן הזוג האחר הקריב ויותר על התפתחות הקריירה או על כושר ההשתכרות שלו עצמו לטובת קידומו של בן הזוג. אמירות אלה מלמדות כי יחסם של בתי המשפט למוניטין האישי אינו דומה ליחסם כלפי כל נכס אחר המחולק על פי רוב לפי חוק יחסי ממון.<sup>261</sup>

מניתוח פסקי הדין ניכר כי בתי המשפט שקלו את התכליות והמטרות שבבסיס ההתחשבות בכושר ההשתכרות ובמוניטין האישי, ביניהן "צדק חלוקתי", "פיצוי" ו"שוויון הזדמנויות" ביציאה לחיים עצמאיים של כל אחד מבני הזוג לאחר הפירוד.<sup>262</sup>

- 610/07 א.א.ג' א.י.ק. (פורסם בנבו, 6.7.2009) נקבעו תשלומים עיתיים לאישה בגין תרומתה לקריירה של בעלה; בתמ"ש (משפחה י-ם) 22600/03 ר.מ. ג' ד.פ.ר. (פורסם בנבו, 29.6.2008) נקבע כי אף שלפי פסיקת בית המשפט העליון יש לכלול מוניטין אישי בנכסי האיזון, בנסיבות המקרה טרם בשלה השעה לאזן בין נכסי הצדדים מאחר שהצדדים טרם התגרשו; בתמ"ש (משפחה קר') 6990/07 ש.ס.ש. ג' י.ש. (פורסם בנבו, 10.5.2009) נקבע פיצוי לאישה בגין נכסי מוניטין אישי עסקי של הבעל; בתמ"ש (משפחה ב"ש) 15485/03 צ. א. ג' צ. אל. (פורסם בנבו, 6.1.2008) נעשה שימוש בשיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בס' (2) לחוק יחסי ממון לשם חלוקה לא שוויונית של נכסי בני הזוג, ונקבע פיצוי חד-פעמי, בין היתר בגין מוניטין. חשוב להדגיש כי בעקבות בע"מ 4623/04, שם, היתוספו בחלק מפסקי הדין תנאים שלפיהם יש להפחית ממרכיב כושר ההשתכרות את המרכיב האישי. ראו, למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 3640/10 א. ג. ג' צ. ב. (פורסם בנבו, 15.5.2012).
- 260 הנימוקים שבהם השתמשו בתי המשפט שונים זה מזה. כאשר דובר באומנית ציון הטעם שכישוריה הם כישורים אישיים, אשר אינם נתונים לחלוקה. ראו, למשל, תמ"ש (משפחה חד') 4520/05 ש.מ. ג' ע.ק. (פורסם בנבו, 27.3.2008). במקרה אחר נדחתה התביעה לזכויות במוניטין האישי משום שהבעל רכש את מקצועו כרופא וסיים את לימודיו עוד לפני הנישואים. באותו מקרה אף לא הוכח שהאישה הייתה מנועה מלפתח קריירה משל עצמה או שנכפה עליה ויתור משמעותי מבחינה מקצועית. ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 21342/04 א. ש. ג' ד. ש. (פורסם בנבו, 24.6.2008).
- 261 נראה כי עמדת המשנה לנשיאה ריבלין בבע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 259, בפס' 11–23 לפסק דינו, היא שמנחה את הפוסקים השונים, ומכאן נובע חוסר האחידות בפסיקותיהם: "הפתרון לכל מקרה ייקבע לפי האיזון הפרטני בחייהם של בני הזוג שיבואו לפני בית המשפט... הצורך להיזקק לחלוקה של נכסי הקריירה יתעורר בעיקר במקרים מובהקים שבהם נוצר פער ממשי וברור בין בני הזוג מבחינת כושר ההשתכרות שלהם – פער שנובע מכך שאחד מבני הזוג נטל על עצמו ויתור של ממש מבחינת ההתפתחות המקצועית והתמקד במרחב הביתי, ובכך אפשר לבן הזוג האחר להשיא את כושר השתכרותו." עמדה דומה אימצה השופטת ארבל בבע"מ 3664/07 פלוני ג' פלוני (פורסם בנבו, 10.12.2007) (להלן: בע"מ 3664/07), בקובעה כי חלוקה של נכסי קריירה תיעשה בעיקר בהתקיים פער ממשי וברור בכושר ההשתכרות בין הצדדים וכאשר אחד מבני הזוג ויתר ויתור משמעותי מבחינת התפתחותו המקצועית. ראו שם, פס' 6 לפסק הדין.
- 262 בתמ"ש (משפחה ת"א) 70030/98 א. ט. ג' ל. ט. (פורסם בנבו, 19.1.2000) השתמש בית המשפט ברעיון זה ודיבר על שוויון הזדמנויות לכל אחד מבני הזוג ועל הצורך לאפשר לכל אחד מהם "לעמוד על הרגליים" לאחר הפירוד. בעמ"ש (מחוזי חי') 740/08 פלוני ג' פלוני (פורסם בנבו, 19.11.2008) נדון "פיצוי" בגין הפער הכלכלי בין האישה לבין הבעל שנוצר בתקופת התמקדותה והשקעתה במרחב הביתי. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 65511/96 פלדמן ג' פלדמן (פורסם בנבו, 25.7.2001). בבע"מ

סקירת הפסיקה מעלה כי הכרעותיהם של בתי המשפט בנושא המוניטין האישי אינן מבוססות על ראייה דווקנית של המוניטין האישי כ"נכס" שאת שוויו יש לחלק בין הצדדים על ידי הכללתו בנכסי האיזון.<sup>263</sup> ההתנגדויות בפסיקה להכללה אוטומטית של פערי ההשתכרות כנכס בר איזון נשענות על שלושה אדנים. ראשית, נטען כי ההגדרה הפורמלית המשפטית של "נכס" אינה כוללת כושר השתכרות. לדוגמה, תואר אקדמי הוא הישג אינטלקטואלי, אך מכיוון שאי אפשר להעבירו או להורישו, הוא אינו נכס במובן המשפטי.

4623/04, לעיל ה"ש 259, ציין המשנה לנשיאה ריבלין את הצורך לאזן בכסף או בשווה כסף את הפער שנוצר בין בני הזוג. הכללת המוניטין אישי בנכסי האיזון נועדה אפוא, על פי אמרות אלה, לעשות צדק, לפצות וליצור שוויון כלכלי. דרך אגב, על גישה זו נמתחה ביקורת אצל דגן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 477. 263 בעמ' 4623/04, לעיל ה"ש 259, נקבע כי אין לראות בנכסי קריירה נכסים במובן ה"רגיל", כלומר, "ענייננו אינו בהחלת חזקת השיתוף כפשוטה, אלא בבחינת התוצאות הנובעות מן ההיגיון הגלום בה בתייחס ל'נכסי הקריירה'". שם, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. מטרת המחוקק וכוונתו בתיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון (לעיל ה"ש 103), שתיקן את ס' 5 ו-8 לחוק, הייתה שמוניטין אישי – כושר השתכרות – יובא בחשבון ויימנה עם שיקולי בית המשפט בבואו להחליט על החלוקה בפועל של הנכסים (דהיינו, כאשר ייערך האיזון בנכסים), ושהוראות סעיפים אלה ישמשו גם הן להכוננת שיקול דעתו של בית המשפט להורות על חלוקה לא שוויונית של הרכוש בהתחשב בכושר ההשתכרות העתידי של כל אחד מבני הזוג. בס' 5 לחוק יחסי ממון צוינו נכסים ספציפיים בגדרם של הנכסים הנכללים בנכסי האיזון. עיון בפרוטוקול ישיבתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שקדמה לתיקון מס' 4 מלמד כי היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד תמי סלע, העלתה את הבעיה שבהכללת כושר השתכרות עתידי בס' 5 (קרי, בהכללתו בנכסי האיזון) אל מול הכללתו בס' 2(8) (קרי, כשיקול להתחשבות באשר לחלוקה לא שוויונית של הנכסים). זאת, לנוכח עמדתו של פרופ' ליפשיץ, אשר סבר אף הוא כי רצוי בשלב זה לכלול את כושר ההשתכרות העתידי בס' 2(8). אכן, עמדתו של פרופ' ליפשיץ היא שהתקבלה לבסוף ומיושמת הלכה למעשה בפסיקת בתי המשפט. ראו בהרחבה פרוטוקול ישיבה מס' 336 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 14–5 (11.11.2007). אכן, תיקון מס' 4 גרם לאי-בהירות באשר למהותו של "כושר השתכרות עתידי", דהיינו, אם הוא נכס מנכסי האיזון לפי ס' 5 לחוק יחסי ממון או שמא המסקנה מהכללתו במפורש בס' 2(8) – שלפיו יכול שהוא יהווה שיקול בבוא בית המשפט להכריע בשאלת החלוקה מחצה על מחצה – היא שהוא אינו נכס בר איזון. רוב שיטות המשפט בעולם המערבי, גם אלה המגלות נטייה מרחיקת לכת להרחיב את היקף השיתוף בין בני זוג ולכלול בו כמעט את כל סוגי הנכסים הקיימים, תוך הכרה בתרומה השווה של בן הזוג הביתי לצבירתם במהלך הנישואים, מסרבות לעשות זאת בכל הנוגע בנכס המרכזי בעולם המודרני, כלומר, בנוגע לחלוקת כושר ההשתכרות. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 86. למקרה נדיר שבו הוכרו נכסים אלה כבני חלוקה ראו את פסק הדין הידוע בעניין *O'Brien v. O'Brien*, 489 N.E.2d (N.Y. Ct. App. 1985), שבו הוחשב רשיון רפואה כנכס בר חלוקה. לדחייתה של הלכת *O'Brien* ברוב מדינות ארצות הברית ראו, IRA MARK ELLMAN, PAUL M. KURTZ & ELIZABETH S. SCOTT, *FAMILY LAW: CASES, TEXT, PROBLEMS* 337–338 (3rd ed. 1998). בניו יורק, שבה נקבעה הלכת *O'Brien*, קראה לשכת עורכי הדין לשינוי ההלכה, ואף בתי המשפט הנמוכים הביעו חוסר נחת ממנה. עמדת הדין הגרמני בנושא ברורה יותר, וכושר השתכרות אינו נכס ואינו שיקול בקביעת תוצאות רכוש. ראו Wolfgang Voegeli & Barbara Willenbacher, *Property Division and Pension-Splitting in the FRG, in ECONOMIC CONSEQUENCES OF DIVORCE: THE INTERNATIONAL PERSPECTIVE* 163, 169–170 (Lenore J. Weitzman & Mavis Maclean eds., 1992).



שנית, נטען כי הקושי להעריך את שווי הנכסים עלול להביא לידי כך שחלוקת נכסים אלה תתבסס על חישובים והערכות ספקולטיביים.<sup>264</sup> שלישית, נטען כי קשה להפריד בין הרכיב בכושר ההשתכרות המיוחס לכשרונו של אדם ולמאמציו המתמשכים אחרי הגירושים (מאמץ שבן הזוג אינו תורם לו) לבין הרכיב שניתן לייחס למאמץ המשותף שהתקיים במהלך הנישואים.<sup>265</sup> עמדה זו אומצה בעבר על ידי בית המשפט העליון.<sup>266</sup> אולם בהמשך הכירו כמה פסקי דין כעיקרון בכושר ההשתכרות כנכס בר איזון, אך קבעו כי ההכרה לצורך חלוקת שווי המוניטין האישי תהא בנסיבות שבהן נוצר אי-שוויון זועק לשמיים ונגרמה פגיעה קשה באחד מבני הזוג.<sup>267</sup> בהלכות מתקדמות יותר התייחס בית המשפט העליון בחיוב להכרה בזכויות של בן הזוג במוניטין האישי של בן זוגו.<sup>268</sup> משלב זה של התפתחות הפסיקה נראה כי "נפרץ המחסום", וניתנו פסקי דין אשר הכירו במוניטין אישי – כושר השתכרות – כנכס בר איזון.

264 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, שם, בעמ' 270–272.

265 עם זאת, ליפשיץ גורס כי אם טיעון המאמצים והכשרונות מכוון לשלילה גורפת של התחשבות בכושר ההשתכרות, אזי הוא מתנגד לכך (ראו שם). לגישתו, לצד המימד האישי של כושר ההשתכרות, במקרים רבים ההתקדמות המקצועית של האדם מבוססת על סיוע וויתורים מצד בן זוגו. על כן התעלמות מוחלטת מן המימד הזוגי והמשפחתי שבטיפוח הקריירה המקצועית לא תהיה הוגנת מנקודת המבט המסחרית, כפי שהיא ננקטת במודל המאמץ המשותף.

266 בבע"ם 4623/04, לעיל ה"ש 259, בפס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, נקבע כי "נקודת המוצא עשויה להימצא בפרוטנציאל ההשתכרות של בן הזוג, המבטא את מימוש נכסי הקריירה שנצברו. אולם פוטנציאל זה – יש לזכור ולהדגיש – מורכב לא רק מפרי המאמץ המשותף של בני הזוג, אלא גם – ולעתים, בעיקר – מכישרון אישי, מיכולת הטבועה באדם וממרכיבים נוספים שאין להם תלות בקשר הזוגי. את אלה, וכן את אותו חלק מנכסי הקריירה שיש לייחס לתקופה שלפני תחילת הקשר הזוגי ולתקופה שלאחר סיומו, יש להוציא מגדר חשבון האיזון. החלק שנותר הוא התוצר של המאמץ המשותף, ואותו יש לחלק ברגיל בין בני הזוג בחלקים שווים" (ההדגשה הוספה).

267 ראו, לדוגמה, תמ"ש (משפחה י-ם) 5704/01 ר.א. נ' א.א. (פורסם בנבו, 4.12.2003); תמ"ש (משפחה י-ם) 13270/06 ט' ל' נ' ט' ז' (פורסם בנבו, 30.10.2008) (שם נדון מקרה שבו פיתח הבעל, בחברה שהקים, פטנטים העוסקים בסיב אופטי לסימון כבישים, אך החברה נקלעה לחובות ונמכרה, והבעל השתלב בחברה חדשה שבה הוענקו לו אופציות ומניות); תמ"ש (משפחה י-ם) 13811/03 ש' נ' ד' י' (פורסם בנבו, 17.8.2005) (שם נדון מקרה שבו סיום הלימודים של הבעל והמוניטין הושלמו ונרכשו לפני הנישואים); ע"מ (מחוזי י-ם) 638/04 ח.ר. נ' ר.ר. (פורסם בנבו, 23.1.2005) (שם נדון מקרה שבו הבעל צבר תארים אקדמיים והאישה הייתה בעלת תואר שני בפסיכולוגיה והייתה לה קליניקה פרטית – במקרה זה לא הוכרו מוניטין אישיים לחלוקה, מכיוון שהפער במוניטין בין בני הזוג לא היה משמעותי, ולא הוכחה הקרבה של האישה למען קידום הקריירה של הבעל). כן ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 13111/98 א.ב. נ' מ.ב. (פורסם בנבו, 28.8.2005).

268 בבע"ם 4623/04, לעיל ה"ש 259, בפס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, עמד בית המשפט העליון על כך ש"התפתחותו המקצועית של האדם מהווה פרק מרכזי בסיפור חייו... תכופות, שלובה ההתפתחות המקצועית של כל אחד מבני זוג בזו של האחר, עד כדי שהשתיים מספרות יחד סיפור אחד... בני זוג עשויים לוותר על השכלה או על משרה, לעבוד או ללמוד שעות מעטות יותר, להקריב פוטנציאל לקידום ואף לוותר לחלוטין על קריירה, כל זאת כדי שיוכל בן הזוג האחר להתפתח בעצמו, למען טובתו-שלו, למען טובתו של הקשר הזוגי ולמען טובתה של המשפחה".

חרף האמור, ולמרות השינוי הפרדיגמטי-העקרוני לכאורה, ניתן להבחין באמרות המעידות על הסתייגות מהכרה מלאה בזכויות של בן הזוג במוניטין האישי של בן זוגו.<sup>269</sup> הפסיקה המכירה במוניטין האישי כנכס בר חלוקה קבעה תנאי סף לדיון בפער השתכרות וכן דרכים לאיזון הפער במקרים המתאימים. ברמה המעשית, הדיון בפער ההשתכרות הוא דו-שלבי: תחילה בית המשפט בודק אם קיים פער כלכלי בין הצדדים שנוצר בתקופת הנישואים; ולאחר מכן, בהנחה שאכן יש פער השתכרותי שנוצר במהלך הנישואים, בית המשפט קובע אם הפער מצדיק את חלוקתו בין הצדדים. בשלב הבא יקבע בית המשפט את שיטת החישוב ואת דרכי חלוקתו של אותו פער.<sup>270</sup>

מורכבות הסוגיה וההידרשות לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה מלמדים על מגמה לא אחידה ולא עקיבה שאינה נשענת על בסיס תיאורטי מוצק. עם זאת, סביר להניח שמורכבות הסוגיה מחייבת גישה גמישה.<sup>271</sup> המודל לחלוקת זכויות יוצרים במקרה של פרדה מציע כאן חלוקת זכויות במשקפיו של בית המשפט לענייני משפחה ובהתאמה לדיני זכויות היוצרים. כאמור, טענתי היא כי רק תוצריה החומרניים של זכות היוצרים ניתנים לחלוקה בין בני הזוג. זכות היוצרים היא נכס בלתי מוחשי, וחלוקתה בדרך כלל מורכבת ומצריכה שקלול של היבטים רבים. חלוקת זכות היוצרים ותוצריה בין בני זוג מערימה קשיים לא מבוטלים, ומצריכה פנייה, בין היתר, לשיקולי צדק והוגנות ולנסיבות המיוחדות שהונחו לפני בית המשפט. האכסניה המתאימה ליישום שיקולי הצדק ולהתאמתם לנסיבות המקרה היא סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון, כפי שעיון בפסיקה מלמד, וזאת בין משום שזכות היוצרים היא נכס בלתי מוחשי, בין משום שהיא נגזרת של נכס שהיווצרותו

269 ראו את דבריו של השופט רובינשטיין בבע"מ 5879/04, לעיל ה"ש 258, וכן אמרות שונות של המשנה לנשיאה ריבלין בבע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 259.

270 פער ההשתכרות מעורר דילמות לא מעטות בנוגע לחלוקתו. ישראל היא מהמדינות היחידות בעולם המאפשרות חלוקה של פער ההשתכרות בין בני זוג במועד פקיעת הקשר הזוגי. ליפשיץ "הפילוסופיה של חזקת השיתוף", לעיל ה"ש 94, בעמ' 646, משתמש בביטוי "המטאפורה השותפותית" ומציע לראות במשפחה שותפות מסחרית. לגישתו, כל אחד מבני הזוג תורם לרווחה הכלכלית של המשפחה – בין ששני בני הזוג עובדים ובין שאחד מבני הזוג אחראי לפרנסת המשפחה ואילו האחר אחראי לגידול הילדים ולתחזוקת הבית. לתפיסת התא המשפחתי כשותפות עסקית או כ"חווה קטנה" ראו גם GARY S. BECKER, לעיל ה"ש 35; Lauren Rakow, *Do Ask, Do Tell: California's Spousal Fiduciary Duty and Financial Disclosure Obligations*, 47 LOY. L.A. L. REV. 771, 789 (2014); MILTON C. REGAN, JR., *ALONE TOGETHER: LAW AND THE MEANINGS OF MARRIAGE* 33–36 (1999); Cheryl E. Hader, *Marriage in New York: An Economic Partnership?*, 9 PACE L. REV. 91 (1989). כן ראו תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון, לעיל ה"ש 103, שהעניק לבית המשפט כלים אקוויטבייליים לשקילת חלוקה אחרת ב"נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת". כלים אלה אינם סותרים את החלוקה הכמעט-קונגנטית שחוק יחסי ממון קובע. "משטר אקוויטבילי" מחייב את בית המשפט להעריך את תרומת הצדדים ואת מידת חוזקם בעת היציאה מקשר הנישואים. שיקולי בית המשפט מתייחסים למצב שבו מדובר בפערי השתכרות או בנכסים עתידיים. עם זאת, ס' 8(2) אינו קובע רשימה סגורה של נכסים שמותר להפעיל בעניינם שיקול דעת.

271 ראו עניין רום, לעיל ה"ש 254; ת"א פלונית, לעיל ה"ש 255; עניין ברגר, לעיל ה"ש 256. ראו גם לעיל ה"ש 257–261.

נובעת גם ממיצוי של משאבים אישיים, ובין משום שהיא חלק מהשיקולים שהם "בין השאר", כלומר, רשימה לא סגורה של שיקולים.<sup>272</sup> במסגרת זו ישקול בית המשפט פרמטרים ספציפיים הנוגעים בדיני זכויות היוצרים, ביניהם: האם פיתוחה של זכות היוצרים פגע בניהול משק הבית המשותף או הצריך ויתורים מצד בן הזוג שאינו היוצר? האם שווייה של זכות היוצרים מצדיק את חלוקתה, בשים לב לקשיים הכרוכים באומדן ובניהול משותף? עד כמה שווי זכות היוצרים הוא מרכיב מרכזי במסת הרכוש המשותף? עד כמה השפיעו הנישואים על היווצרות זכות היוצרים? האם זכות היוצרים נוצרה בחלקה או במלואה במהלך הנישואים? בהנחה שבית המשפט קבע כי זכות היוצרים תחולק בין בני הזוג, והגדיר את היקף הבעלות בזכות, יהא עליו לקבוע כיצד ייערך חישוב שווייה של זכות היוצרים, וכיצד ייעשה איזונו. רוזן-צבי הציע כמה דרכים לאיזון נכסי קריירה הנהוגות בבתי המשפט,<sup>273</sup> וניתן לאמץ חלק מעקרונות אלה לסוגיית החלוקה של שווי זכות היוצרים. דרך אחת היא פיצויים בדרך של תשלום חד-פעמי. פיצוי כאמור יכול להיפסק על פי "השיטה הקניינית" או "החשבונאית", או על דרך האומדנה ללא תחשיב מדויק.<sup>274</sup> על פי הגישה הקניינית, יש לחשב את מרכיב התוספת לכושר ההשתכרות שנצברה במהלך הנישואים. מרכיב זה מגלם את הפער שנוצר בין יכולות ההשתכרות של בני הזוג מעבר לרכיב הכישרון האישי ולכושר ההשתכרות שנצבר לפני הנישואים. לאחר חישוב מרכיב התוספת יש להוון את הסכום ולהתחשב בכך שתיתכן ירידה בהכנסות. דרך שנייה היא תשלום עיתי המשקף את שווי הפער הכלכלי שמתהווה לטובת בן הזוג שנותר עם זכות היוצרים.<sup>275</sup> הדרך השלישית היא חלוקה א-סימטרית של הנכסים, דהיינו לא מחצה על מחצה, כקבוע בסעיף

272 לפי ס' 2(8) לחוק יחסי ממון, בית המשפט רשאי, בנסיבות המתאימות ולבקשת אחד מבני הזוג, "לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שיקבע בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג" (ההדגשה הוספה).

273 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 95, בעמ' 22-26 ו-61-66. בהקשר זה חשוב להדגיש כי קשה מאוד לקבוע נוסחאות חישוביות מדויקות בנוגע לפערי השתכרות ולכושר השתכרות עתידי. ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 273-277 מבהיר את מורכבות החישובים ואת שלל המשתנים האפשריים, אשר מקשים עליו להציע נוסחה חישובית מתאימה לכל מקרה ומקרה.

274 לעומת הגישה הקניינית, ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 328, מציג את הגישה של צמצום פערי ההכנסות. גישה זו אינה מתמקדת בחישוב מדויק של התוספת, אלא מדגישה את ההנחה כי במהלך הנישואים נוצרה "קהילה משפחתית" שבמסגרתה החליטו הצדדים על אופן התפתחות הקריירה של כל אחד מהם. על פי גישה זו, בוחנים את הפערים בכושר ההשתכרות ומזכים את בן הזוג בעל כושר ההשתכרות הנמוך בפיצוי המעניק הגנה לתקופה מסוימת לאחר הגירושים. גישה זו אומצה, בהבחנה מהגישה הקניינית, בתמ"ש (משפחה ת"א) 47769-01-12 פלונית נ' אלמוני, פס"ב (ה) 14-20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.8.2014); וכן בעמ"ש (מחוזי חי') 31035-09-16 ש.ג. נ' ד.ג. (פורסם בנבו, 20.4.2017).

275 הביקורת על שיטת התשלומים העיתיים היא שהשיטה מאלצת את בני הזוג להמשיך להימצא בקשר כלכלי. עניין סטריק, לעיל ה"ש 171.

(2)8 לחוק יחסי ממון.<sup>276</sup> בבע"מ 4623/04 (שנפסק בשנת 2007) נקבע כי "דרך המלך" לאיזון פער בכושר ההשתכרות היא תשלום חד-פעמי, העולה בקנה אחד עם עקרון "הפרדה הנקייה" ועם עקרון סיומם של ההליכים והסוגיות שבמחלוקת בין בני הזוג.<sup>277</sup> בחינת פסקי הדין מלמדת כי בתי המשפט תומכים בקביעת תשלום חד-פעמי ומתנגדים לתשלום עיתי, מאחר שהאחרון משמר קשר כלכלי לא רצוי בין בני הזוג. כמו כן, קביעת תשלומים עיתיים מובילה לליבוי הסכסוך ולריבוי הליכים, ופוגעת לעיתים ביכולת ההתאוששות ובשיקום של המשלם.<sup>278</sup> החלת העקרונות של חלוקת פערי השתכרות על חלוקת זכות היוצרים מלמדת כי יש יתרונות רבים לכך. מודל כזה מסייע לצדדים להתנתק כלכלית זה מזה; המודל גמיש ומאפשר לבית המשפט לשקול את נסיבות המקרה שלפניו ולהתחשב בהן; והוא מאפשר את ניהול התיק ביעילות.<sup>279</sup> חסרונו של המודל הוא שכרוכה בו נטילת סיכונים, שכן לעיתים הוא יתקשה לחזות שינויים כלכליים בעתיד ואת אופני התפתחותה של זכות היוצרים.

לסיכום, מודל זה מציע את חלוקתה של זכות היוצרים באספקלריה של דיני המשפחה, תוך יישומם של עקרונות וכללים שבתי המשפט לענייני משפחה נוהגים להחיל בסוגיות הקשורות לחלוקת נכס שאינו מוחשי. כדי להגיע לחלוקה צודקת ושוויונית המשקפת את הנסיבות המיוחדות של התא המשפחתי המתפרק, נתונה לשופטי בית המשפט לענייני משפחה הסמכות – מכוח סעיף (2)8 לחוק יחסי ממון – לקבוע דרכי חלוקה שאינן בהכרח מחצה על מחצה. בכך בית המשפט יכול "לתפור חליפה" ההולמת את מידות המקרה שלפניו.

## סיכום ומסקנות

כבר בתחילת מאמר זה ציינתי את הכשל שנוצר בשל העדרו של התא המשפחתי משיח זכויות היוצרים. טענתי כי המשפחה היא חלק מסביבתו הקרובה של היוצר, שיש לה השפעה מכרעת על היצירה, וכי ראוי שהיא תוכר ותתוגמל. לדעתי, העדר שיח אקדמי בנושא מעמד המשפחה והשפעת הקשר הזוגי על היווצרותה של זכות יוצרים, והעדרה

276 Cochran, לעיל ה"ש 136, בעמ' 433-436.

277 "על דרך הכלל, תהא שיטת התשלום החד-פעמי עדיפה על שיטת התשלומים העיתיים." בע"מ 4623/04, לעיל ה"ש 259, פס' 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו לעניין זה גם רמ"ש (מחוזי חי') 34778-03-16 פלוני נ' פלונית, פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.11.2016): "...במסגרת תביעה לאיזון משאבים על בית המשפט להגיע להכרעה המאזנת באופן מלא, סופי וממצה את כלל הזכויות בנות האיזון שצברו הצדדים במהלך החיים המשותפים, מכל מין וסוג שהוא, ולא בגזרה מצומצמת של זכויות מסוג זה או אחר."

278 ראו לעניין זה את דברי השופט ג'ינסי בעמ"ש (מחוזי חי') 45297-05-14 פלוני נ' פלונים (פורסם בנבו, 2.2.2015).

279 תמ"ש נ' ח', לעיל ה"ש 85.

של חקיקה בסוגיית ההשפעה של המשפחה על היוצר, מנציחים את מעמדו היחידאי של היוצר הרומנטי, הנהנה ממילא ממעמד איתן בפסיקה הישראלית, ובתוך כך פוגעים בתרומות נוספות להיווצרות היצירה ומבצרים סגירות מושגית בדיני זכויות יוצרים. באין שיח על אודות משפחת היוצר, הדין מתעלם מתרומתה הניכרת של המשפחה להיווצרות היצירה, ומונע הכרה בתגמול שבני המשפחה – ובמיוחד בן זוגו של היוצר – ראויים לו. בשל קוצר היריעה התמקד מאמר זה בחלוקת זכות היוצרים בין בני זוג במקרה של גירושים. ביקשתי להשיב על שאלה שהתשובה עליה פשוטה לכאורה: האם זכות יוצרים שנוצרה במהלך הנישואים שייכת ליוצר ולבן זוגו במשותף? ניתן להניח כי אילו הצגנו שאלה זו לעוסקים במחקר ובפרקטיקה של דיני זכויות יוצרים, היינו מקבלים תשובה שלילית, ואילו הצגנו שאלה זו לעוסקים במחקר ובפרקטיקה של דיני המשפחה, היינו זוכים בתשובה חיובית. שאלה זהה – תשובות שונות. שוני זה הוא בבואה להבדלים בתפיסות העיוניות והמעשיות בין עולם דיני זכויות היוצרים לעולם דיני המשפחה. סקרתי את ההתנגשות בין שני תחומי משפט שונים אלה, אשר כל אחד מהם הוא "מעגל" בפני עצמו המופקד על הבטחת זכויות ואינטרסים אחרים. כל אחד מהמעגלים מבוסס על תשתית עיונית שמנוגדת כמעט לאחרת. כל תחום מקיף מעגל חיים אחר, זר ונפרד לכאורה מזה המוקף על ידי התחום האחר.

בניסיון להשיב על השאלה האמורה נטלתי, באופן רעיוני, את שני המעגלים והנחתי אותם זה בצד זה. סקרתי כל מעגל ואבחנתי את מרכיביו המשפטיים – החל במושגי היסוד, המשך בהצדקות העיוניות וכלה בהנחת הכללים והעקרונות המתנגשים. בתוך כך ביקשתי ליצור ממשק בין תחומי המשפט השונים, אשר ימזג ככל האפשר בין השניים, תוך איזון בין הזכויות המתחרות, ויגיע לפתרון ההולם את הצרכים המנוגדים.

וכך, אל מעגל דיני זכויות היוצרים ביקשתי ליצוק את הבסיס העיוני להבנת מושגי מפתח כגון "סביבה", "יוצר" ו"כישרון אישי". עמדתי על האופן שבו נוצרת יצירה, וכן על הדיאלוג המתרחש בין היוצר לבין סביבותיו הקרובות והרחוקות, כמו גם על אופן השפעתם על התהוותה של היצירה. בחינת סביבתו הקרובה והמשפיעה של היוצר כוללת כמובן, בין היתר, את התא המשפחתי שאליו הוא משתייך, ובתוכו את בן זוגו. במסגרת בחינת מעגל דיני המשפחה סקרתי את התפתחותה של תפיסת "המטפורה השותפתית", הרואה בבני הזוג שותפים שווים במפעל חייהם המשותף, אשר תורמים כל אחד כפי יכולתו ועל פי חלוקת התפקידים שקבעה לעצמה המשפחה. שני המעגלים, אשר החלו את דרכם בתחילת המאמר כשהם נפרדים וזרים זה לזה, החלו לחבור ולהתקרב אט אט, וכמו יצרו שטח משותף הממזג את שני התחומים ונוגע בסביבת היוצר הקרובה ביותר, זו שהיוצר בחר בה במודע, כלומר בן זוגו, משפחתו.

המאמר מציע שני מודלים לחלוקת זכות היוצרים בין בני הזוג המתגרשים. ברי כי מודלים אלה אינם חפים מפגמים. אני מודעת לכך שהמודלים המוצעים אינם נטולי חסרונות, אולם לצידם ניצבים גם יתרונות רבים. מטרתו של מאמר זה, בין היתר, היא לעורר שיח, חילופי דעות ורעיונות, אשר יסייעו בגיבושו של פתרון מלא לסוגיות מורכבות ורגישות אלה.

