

"בפתח החוק עומד שומר-הסף. אל השומר הזה בא איש מן הכפר ומבקש רשות להיכנס אל החוק. אבל השומר אומר שעכשיו אין הוא יכול להרשות לו להיכנס. האיש חוכך בדעתו ושואל אם יורשה אפוא להיכנס אחר-כך. 'יתכן', אומר שומר-הסף, 'אבל לא עכשיו'!"<sup>1</sup>

## זכות הגישה לערכאות — מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ<sup>2</sup>)

יורם רבין\*

### I מבוא

"זכות הגישה לערכאות", במובנה הרחב, הנה זכותו של האדם לפנות אל בית המשפט ולקבל סעד, ללא סירוב, ללא עיכוב וללא משוא פנים. שלא כמו זכויות יסודיות אחרות, כגון: חופש הביטוי, חופש העיסוק, הזכות לקניין והזכות לפרטיות, לא זכתה "זכות הגישה לערכאות", על אף חשיבותה הרבה, לכל התייחסות מחקרית מעמיקה בטרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>3</sup>.

\* בוגר במשפטים — בית הספר למשפטים של המכללה למינהל; מוסמך במשפטים — אוניברסיטת תל-אביב; תלמיד מחקר לתואר שלישי במשפטים — אוניברסיטת תל-אביב; וחבר סגל ההוראה של בית הספר למשפטים של המכללה למינהל. המחבר מודה לד"ר דפנה ברק-ארוז ולד"ר ברק מדינה על שקראו את טיוטת המאמר והעירו הערות מועילות.

1 פ' קפקא המשפט (תשנ"ב) 205.

2 פ"ד נא(3) 577 (להלן: פרשת ארפל אלומיניום).

3 חריג לכך הנו מאמרו של פרופ' גינוסר משנת 1978, אשר התפרסם במסגרת הקובץ למחקר משוה: S. Ginossar "Access to Justice in Israel" *Access to Justice* (Milan, ed. by M. Cappelletti, 1978, Vol. I — A World Survey) 625. רשימה זו התיישנה במידה רבה, ואינה מעודכנת עוד. כמו כן ראו את מאמרו של פרופ' סטיב גולדשטיין: S. Goldstein "Expediting the Administration of Justice: Financial Mean and Constitutional Concern" *International Encyclopaedia of Laws — World Law Conference — Law in Motion* (Deventer, ed. by R. Blanpain, 1997) 211, 218 etc.

גם בית המשפט העליון לא נדרש לדיון יסודי ומיוחד בזכות זו. היעדר זה, הן בפסיקה והן בספרות, בולט לאור ההתעסקות הרבה בזכויות יסוד אחרות.<sup>4</sup> ביום 15.7.1997 נתן בית המשפט העליון את פסק דינו בפרשת ארפל אלומיניום. בערעור זה נדרש בית המשפט העליון לשאלה, האם מוסמך בית המשפט המחוזי לדון כערכאה דיונית בבקשה לביטול מדגם שנרשם בפנקס המדגמים. לצורך ההכרעה בשאלה נדרש בית המשפט העליון לדיון חוקתי ראשוני ומרתק בזכות הגישה לערכאות. עניינה של רשימה זו בתרומתה של פרשת ארפל אלומיניום לביסוסה של זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית במשפט הישראלי. אך עד שנפנה לפרשת ארפל אלומיניום, נסקור בקצרה את התפתחותה של זכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי עד אותה פרשה.

## 2 זכות הגישה לערכאות בטרם חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו

בדיקה קפדנית וזהירה של המשפט הישראלי בטרם כניסתו לתוקף של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעלה שלמעשה — אם כי ללא תאוריה מקיפה — הוכרה זכות הגישה לערכאות, כזכות יסוד שאינה כתובה "עלי ספר", הן בחקיקה והן בפסיקה, עוד בטרם המהפכה החוקתית. בחקיקה באה זכות הגישה לערכאות לידי ביטוי בחוקים שונים, שאף שאינם מציינים את הזכות בשמה המפורש<sup>5</sup>, הם תורמים לפתיחת שערי בתי המשפט ולהגברת יכולת הגישה לערכאות. בין חוקים אלה ניתן למנות את החוקים המעניקים פטור מאגרת בית משפט לחסרי יכולת כלכלית<sup>6</sup>; חוקי סיוע משפטי שמכוחם מוענקים שירותים משפטיים למי שידו אינה

4 ראו י' רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (תשנ"ח). לאחר פרסומו של הספר נערך הקונגרס העולמי ה-15 למשפט השוואתי בעיר בריסטול שבאנגליה, במסגרתו הוקדש אחד המושבים לדיון בזכות הגישה לערכאות כזכות יסודית. ראו לעניין זה: XV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law — *General Report on: Access to Justice as a Fundamental Right* (31 July 1998); M. Corinaldi "Access to justice as a Fundamental Right" *Israeli Reports to the XV International Congress of Comparative Law* (Jerusalem, ed. by A.M. Rabello, 1999).

5 הוראת חוק חריגה המציינת במפורש את זכות הגישה לערכאות הנה הוראת סעיף 5 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 הקובעת: "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלוקח לפנות לערכאות משפטיות — בטל". מדברי ההסבר להצעת החוק עולה, כי ועדת חוקה חוק ומשפט סברה שזכות יסודית זו של פנייה לערכאות היא כה בסיסית עד שהגבלתה או שלילתה בחוזה אחיד בטלות מדעיין (הצעת חוק החוזים האחידים, תשמ"ב-1981, ה"ח 1556). וראו בנוסף ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, 1996) 641; ו' לוסטהויז וט' שפיץ חוזים אחידים (תשנ"ד, כרך א) 79.

6 סעיף החוק המרכזי בעניין זה הנו סעיף 83(א)(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, המקנה לשר המשפטים את הסמכות להתקין תקנות, בין השאר, לעניין "אגרות שיש לשלם בבתי משפט ובמשרדי ההוצאה לפועל והפטור מהן". מכוח סמכות זו הותקנו תקנות בית המשפט (אגרות), תשמ"ח-1987 ובהן תקנה 13 המקנה פטור מאגרה בתנאים המצוינים בה. הסדרים דומים קיימים גם בטריבונלים השונים מחוץ למערכת בתי המשפט הרגילים: לעניין פטור מאגרה בבתי הדין הרבניים ראו תקנות 14-20 לתקנות

משגת לשאת בעלותם (הן בהליך הפלילי והן בהליך האזרחי)<sup>7</sup>; הקמת בית משפט לתביעות קטנות כחלק מפתרון בעיית יכולת הגישה לערכאות של "האדם הקטן" מהרחוב<sup>8</sup>; חוקים המתירים במפורש הגשת תובענות ייצוגיות (ככלי המגביר את יכולת הגישה לערכאות של ניזוקים רבים, שכל אחד מהם סובל נזק קטן בלבד)<sup>9</sup> ופיתוחן של דרכי התדיינות אלטרנטיביות למערכת בתי המשפט הרגילים כגון הבוררות והפישור<sup>10</sup>.

גם בית המשפט העליון, כמו המחוקק, ראה בזכותו של האזרח לפנות אל הערכאות זכות בסיסית ויסודית, והרי כמה דוגמאות: בפרשה אחת<sup>11</sup> נדון עניינו של עוצר שהוטל על אחת משכונותיה של ירושלים, אשר שלל לטענת העותרים את האפשרות להתקשר אל מחוץ לתחום העוצר, ובמיוחד מנע את האפשרות לפנות בעתירה לבג"צ. וכך קובע בית המשפט מפיו של הנשיא שמגר:

"תלונת העותרים היא, כי לא ניתנה להם האפשרות להתקשר אל מחוץ לאזור העוצר, ובמיוחד מנעו מהם הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק... אין צריך לומר, שיש לאפשר חופש פנייה לבית המשפט, ובמקרה הקונקרטי

הדיינים (אגרות), תשי"ז-1957; לעניין פטור מאגרה בהוצאה לפועל ראו תקנה 5 לתקנות ההוצאה לפועל (אגרות, שכר והוצאות), תשכ"ח-1968; לעניין פטור מאגרה בבתי הדין לעבודה ראו תקנות 6 ו-15 לתקנות בית הדין לעבודה (אגרות), תשכ"ט-1969; ולעניין פטור מאגרה בבתי המשפט לענייני משפחה ראו תקנות 6-9 לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), תשנ"ו-1995.

7 ראו חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972 וחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995 (הסדר חדש ומתקדם שהיה קבוע בעבר באופן חלקי ובלתי מספק בסעיפים 13-19 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965).

8 כיום קבוע ההסדר לגבי בית המשפט לתביעות קטנות בסעיפים 59-67 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 ובתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), תשל"ז-1976. וכן ראו ס' דויטש "בית המשפט לתביעות קטנות כמגן הצרכן" עיוני משפט ח (תשמ"א) 345.

9 ראו ס' גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית — מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416. כיום קיימים בישראל מספר חיקוקים, אשר בהם מתיר המחוקק במפורש הגשת תובענות ייצוגיות: תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984; סעיף 54 לחוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968; סעיף 10 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992; סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; סעיף 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; וסעיף 62 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981. על תובענות ייצוגיות מכוח סעיף 54 לחוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968, ראו נ' שר "דיני ניירות-ערך — מגמות מרכזיות" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 265.

10 פיתוחן של דרכי התדיינות אלטרנטיביות למערכת בתי המשפט הרגילים מגבירה את יכולת הגישה לערכאות בשתיים: האחת, הפחתת העומס על בתי המשפט ומכאן ההחלה בעלויות ההתדיינות; השנייה, דרכי ההתדיינות האלטרנטיביות כשלעצמן מהוות חלופות למערכת בתי המשפט הרגילים ו"מעין ערכאה" נוספת. ראו י' אלרואי "יישוב סכסוכים — אפשר גם אחרת" המשפט א (תשנ"ג) 311; חוק הבוררות, תשכ"ח-1968; תקנות בתי המשפט (פישור), תשנ"ג-1993 ותקנות בתי המשפט (מינוי מפשר), תשנ"ו-1996.

11 בג"צ 1358/91 ארשיד נ' שר המשטרה, פ"ד מה(2) 747. לפסק דין נוסף העוסק בחסימת הגישה הפיזית אל בתי המשפט ראו ב"ש 678/82 טייר נ' מ"י, פ"ד לו(3) 386.

שלפנינו ניתן היה להחיר תנועת העותר לבית המשפט או לחלופין, הסעתו לבית המשפט או לחלופי חלופין, הגשת עתירתו על-ידי גורם משטרתי או שליח אחר מטעמו לרשות השיפוטית המתאימה. אך תהיה הדרך שתיבחר אשר תהיה, אין לחסום את הדרך לבית המשפט<sup>12</sup> (ההדגשות שלי – י.ר.).

בפרשה נוספת<sup>13</sup> נדון ערעורו של אדם, אשר בית המשפט המחוזי סירב לשוב ולדון בעניינו, שכן "ריח טורדנות" נודף מפניותיו. על כך פסק בית המשפט העליון מפיו של השופט כהן, כי: "החוק הוא שגם לטרדנים שמורה זכות הגישה אל בתי-המשפט, ולא על דעת עצמנו ננעל בפניהם את השערים"<sup>14</sup> (ההדגשה שלי – י.ר.).

ההכרה בזכות הגישה לערכאות נתנה את אותותיה גם בתחום המשפט הציבורי. בפרשה מפורסמת נוספת, בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון<sup>15</sup>, דן השופט (כתוארו אז) ברק, בין השאר, במבחן הסף של זכות העמידה, והוא מציין את זכות הגישה לערכאות כאחת מן ההצדקות להגמשת זכות העמידה והענקתה גם לעותר הציבורי:

"נעילת דלתותיו של בית-משפט... פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דיין אין דין. יכולת הפנייה לבית המשפט היא אכן הפינה של שלטון החוק"<sup>16</sup>.

פרשה זו, כמו גם התפתחויות נוספות בתחום המשפט הציבורי<sup>17</sup>, נתנו משקל נכבד יותר לזכות הגישה לערכאות על חשבונם של אינטרסים נוגדים, אשר בעבר היוו נימוק חזק דיו בכדי לדחות עתירה על הסף. המגמה של היחלשות מבחני הסף המינהליים חיצקה את זכותו הדייונית של האזרח לפנות לבג"צ (זכות מתחום המשפט הציבורי).

ביטוי להשקפה זו, כי זכות הגישה לערכאות הנה זכות יסודית של האזרח, ניתן למצוא בפסקי דין של בית המשפט העליון בהקשר לעניינים מגוונים נוספים<sup>18</sup>.

12 בג"צ 1358/91, שם, בע' 748.

13 ע"א 183/75 אלון נ' מ"י, פ"ד כט(2) 124.

14 שם, בע' 126.

15 פ"ד מב(2) 441.

16 שם, בע' 462.

17 כך למשל, צומצמה דוקטרינת השפיטות (שם, בע' 477-488); הוכרה זכות העמידה לעותר

הנגטיבי (בג"צ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852) ונחלש

מבחן הסף של עניינים תיאורטיים (בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141).

18 כך לדוגמה: בהקשר לסוגיית חיוב תובע במתן ערובה להוצאות ראו ע"א 544/89 אויקל

תעשיות (1985) בע"מ נ' גילי מפעלי מתכת בע"מ, פ"ד מד(1) 647, 650, מפי השופט לוי;

"הכלל הוא, שאין בית המשפט מחייב תובע במתן ערובה להוצאות מחמת עוניו בלבד;

הטעם לדבר הוא, שזכותו של האזרח לפנות לבית המשפט היא זכות קונסטיטוציונית מן

המעלה הראשונה, ושערי בתי המשפט פתוחים לפני האזרח בריבו עם משנהו, גם במקרים

בהם לא תשיג ידו לשלם את ההוצאות, אם תובענתו תידחה" וראו ע"א 579/90 ריוון נ'

בן-נון, פ"ד מו(3) 738, 742, מפי השופט חשין: "דלתותיהם של בתי המשפט פתוחות

לרווחה לפני המבקשים סעד, ויכולת הפנייה לבתי-משפט היא מזכויות היסוד של האדם".



## 3 זכות הגישה לערכאות לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

כיום אין במשפט הישראלי כל הוראה חוקתית מפורשת הקובעת את זכות הגישה לערכאות כזכות אדם חוקתית כללית<sup>19</sup>. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר ביחד עם חוק-יסוד: חופש העיסוק גרם ל"מהפכה חוקתית" במשפט הישראלי, העלה מספר זכויות יסוד למדרגת זכויות חוקתיות על-חוקיות<sup>20</sup>. בין הזכויות המפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא ניתן למנות את זכות הגישה לערכאות, אף כי עיגון חוקתי מפורש של זכות הגישה לערכאות עמד כבר מספר פעמים בעבר על סדר יומה של הכנסת<sup>21</sup>.

ואולם, כידוע, אין באי-אזכורה המפורש של זכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בבחינת סוף פסוק. כיום סבורים שופטים בבית המשפט העליון, כמו גם מלומדים שונים, כי ראוי לאמץ השקפה מרחיבה לעניין היקף הזכויות המוגנות, על פיה זכויות יסוד רבות אשר לא בא זכרן במפורש בחוק-היסוד החדשים, הועלו למעמד חוקתי על-חוקי מכוח חוקי-היסוד החדשים, על כל המשתמע מכך<sup>22</sup>. על פי השקפה זו, ניתן להעניק לזכות מעמד חוקתי ולגזור מהטקסט החוקתי (חוק-יסוד:

19 חריג לכך הנו חוק-יסוד: הממשלה, הקובע בסעיף 50(ד): "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להתיר פגיעה בכבוד האדם". סעיף זה הנו צר, שכן הוא מתייחס לתקנות לשעת חירום בלבד ואיננו קובע זכות אדם כללית לפנות לערכאות שיפוטיות. רשימה זו לא תעסוק בסעיף זה. על תקנות לשעת חירום וסעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך ב) 801 ואילך; א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 389.

20 זו הייתה דעת הרוב בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פרשת בנק המזרחי), וראו ר' גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21.

21 כך למשל, נקבע בסעיף 15 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח 1085 משנת 1973: "כל אדם זכאי לפנות לערכאות שיפוטיות למימוש זכויותיו ולהגנה עליהן"; ובסעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2219 מחודש נובמבר 1993 נקבע: "לכל אדם הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות". על נוסח זה של הוראה זו חזר המחוקק בשתי הצעות חוק נוספות: בסעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2253 מחודש פברואר 1994 וסעיף 4 להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2256 מחודש מרץ 1994.

22 בהשקפה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל בתוכו מעגל רחב של זכויות אשר אינן מנויות בו במפורש, מצדד הנשיא ברק: "אמת, בהצעות המונחות בפני הכנסת ושטרם הוחקו קיימת רשימה ארוכה של זכויות ובהן שוויון, חופש ביטוי ותנועה וכירצא-בהם חופשים. אין בכך כדי להצביע על כך שכבוד האדם אינו כולל זכויות אלה. עם חקיקתן של זכויות אלה, הן יעמדו כזכויות פרטיקולריות על רגליהן הן. כל עוד הן לא הוחקו, הן מוגנות במסגרת עקרון כבוד האדם" (א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 282). וראו לדוגמה, לעניין עיגונה של הזכות לשוויון: בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501 (להלן: פרשת שדולת הנשים), בג"צ 5394/92 הופר נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 ובג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; ולעניין זכות האסיפה: בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 468, 456. יש לציין כי לצד הגישה המרחיבה, נשמעים לאחרונה קולות המצדדים בגישה מצמצמת, על פיה תהליך הרחבת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כך שיחול

כבוד האדם וחירותו) אם ישנן הצדקות משפטיות או תאורטיות לעשות כן. בעקבות ספרות מלומדים בחוץ לארץ ניתן לציין שתי הצדקות מרכזיות התומכות בהכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית:

1. ההצדקה הפוליטית — זכות הגישה לערכאות הנה זכות בעלת חשיבות פוליטית מן המדרגה הראשונה, שכן היא הכלי לשמירת הזכויות הפוליטיות, שהן התנאי לשימור ההסדר הדמוקרטי בחברה. זכות הגישה לערכאות היא המאפשרת את אכיפת ההסדרים שנחקקו במסגרת ההליך הפוליטי. על פי הצדקה זו, יש להשוות בין הזכות להצביע לבין זכות הגישה לערכאות, שכל אחת מהן ושתייהן ביחד מהוות כלי לשימורן של כל הזכויות האחרות. למעשה נותנות שתי הזכויות הללו כוחות נחוצים והכרחיים בחברה דמוקרטית. הזכות להצביע הנה הזכות להשפיע על החיים הפוליטיים בדרך של השפעה על הרשות המחוקקת, שבידה נמצא, כידוע, המפתח לשינוי בנורמות החקוקות בכל תחומי החיים. דומה לה זכות הגישה לערכאות, המהווה את "המפתח" להשפעה על ההחלטות המתקבלות אצל הערכאות המשפטיות פנימה, בהקשר לזכויות השונות מכל ענפי המשפט (זכויות מן המשפט האזרחי, הפלילי והציבורי).<sup>23</sup>

2. ההצדקה החברתית — אחרים מדגישים את ההיבט החברתי של זכות הגישה לערכאות. על פי הצדקה זו, אין זה ראוי כי על זכות הגישה לערכאות תוטלנה מגבלות מטעמים כלכליים, אשר יש בהן משום שלילת הזכות מבני שכבה מסוימת. על פי תפיסה זו יש להבין את זכות הגישה לערכאות כזכות חברתית, ואין להטיל על יכולת הגישה לערכאות מגבלות, אשר יש בהן כדי להפוך את יכולת הגישה אל בתי המשפט לבלתי שוויונית. הרעיון של "צדק לכל" מחייב את המדינה להעניק שוויון ביכולת הגישה של כל האזרחים אל בתי המשפט.<sup>24</sup> ואכן, כבר לפני שנים, הכירו שיטות משפט שונות בעולם הרחב בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית המעוגנת בטקסט החוקתי העליון במדינה, חרף כך שלא צוינה בשמה המפורש ברשימת הזכויות המנויות בחוקה.<sup>25</sup>

על הזכויות הבלתי מנויות בו במפורש — איננו רצוי. ראו ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות — על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257.

23 הצדקה זו עולה בעיקר ממאמריו המרתקים של פרופ' מייקלמן מאוניברסיטת הרווארד: F.I. Michelman "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right — Part II" *Du. L.J.* (1974) 527, 534–540; F.I. Michelman "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right — Part I" *Du. L.J.* (1973) 1153, 1162–1163.

24 על ההצדקה החברתית לזכות הגישה לערכאות ניתן למצוא שפע התייחסויות. בין השאר ראו: L.M. Friedman "Access to Justice: Social and Historical Context", *supra* note 3, Vol. II — Promising Institutions, at p. 21; M. Cappelletti & B. Garth "Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective A General Report" *Access to Justice supra* note 3, at p. 5, 8; M. Cappelletti "Social and Political Aspects of Civil Procedure — Reforms and Trends in Western and Eastern Europe" 69 *Mich. L. Rev.* (1971) 847, 854–855.

25 לכך ניתן להביא שלוש דוגמאות: הדוגמה הראשונה הנה ארצות-הברית, שם הכיר בית

בישראל שלאחר המהפכה החוקתית (ועד פרשת ארפל אלומיניום בה נעסוק בהמשך) "נגע" בית המשפט העליון בזכות הגישה לערכאות פעמים מספר, אך נמנע מלקבוע במפורש כי המדובר בזכות חוקתית על-חוקתית. דוגמה למגמה זו יכול לשמש ע"א 3833/93 לוי'ן נ' לוי'ן<sup>26</sup>, שעסק בפרשנות חוזה גירושין אשר בנסיבות העניין שלל את יכולת הפנייה של בני הזוג לבתי המשפט. השופט זמיר מתייחס אל זכות הגישה לערכאות כאל "זכות יסוד" אך לא כאל זכות חוקתית בחוק-היסוד:

"גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט היא זכות יסוד, אף אם עדיין אינה כתובה עלי חוק יסוד, ובית המשפט אמור להגן עליה כמו על זכויות יסוד אחרות. מכאן נובעת המדיניות הראויה כלפי הוראה חוזית המתיימרת לחסום את הדרך אל בית המשפט או להניח מכשולים של ממש על דרך זאת"<sup>27</sup>.

המשפט העליון הפרדלי, בסדרה של פסקי דין, בזכות הגישה לערכאות זכות חוקתית הנגזרת מהתיקון ה-14 לחוקה, אשר אינו מאזכר את זכות הגישה לערכאות באופן מפורש. על כך ראו:

Michelman, *supra* note 23; J. Leubsdorf "Constitutional Civil Procedure" 63 *Tex. L. Rev.* (1984) 579; A.B. LaFrance "Constitutional Law Reform for the Poor: Boddie v. Connecticut" *Du. L.J.* (1971) 487; P.L. Spector "The Heirs of Boddie: Court Access for Indigents after Kras and Ortwein" 8 *Harv. C.R.—C.L. L. Rev.* (1973) 571; W.T. Westling & P. Rasmussen "Prisoner's Access to the Courts: Legal Requirements and Practical Realities" 16 *Loyola U. L.J.* (1985) 273; S.E. Rogers "Limiting the Relief Available to Indigent Death Row Inmates Denied Meaningful Access to the Courts: Murray v. Giarratano, 109 S. Ct. 2765 (1989)" 17 *U. of Fla. L. Rev.* (1990) 399; S.D. Hinckley "Bounds and Beyond: A Need to Reevaluate the Right of Prisoner Access to the Courts" 22 *U. Rich. L. Rev.* (1987) 19.

דוגמה שנייה הנה האמנה האירופית לזכויות האדם והאזרח, אשר אינה מכילה במפורש את זכות הגישה לערכאות. למרות זאת הכיר בית הדין האירופי לזכויות האדם והאזרח בזכות הגישה לערכאות כנגזרת מהזכות החוקתית למשפט הוגן הקבועה בסעיף 6(I) לאמנה, בפסק הדין המפורסם בעניין: *Golder v. U.K.* (1975) 1 E.H.H.R. 524. על פסק דין זה ופסקי הדין שבאו אחריו, ראו: — P. Thornberry "Poverty, Litigation and Fundamental Rights — A European Perspective" 29 *Internat. Comp. L.Q.* (1980) 250; G. Whyte "And Justice for some" 6 *D.U.L.J.* (1984) 88; M. Cousins "Access to the Courts — The European Convention on Human Rights and European Community Law" 14 *D.U.L.J.* (1992) 51. דוגמה שלישית להכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית, בדרך של פרשנות הטקסט החוקתי, ניתן להביא מאירלנד, שם הוכרה זכות הגישה לערכאות כנגזרת משני סעיפים נבדלים ועצמאיים בחוקה (סעיף 34 — הקובע את עיקרון עצמאות הרשות השופטת, וסעיף 40.3 — העוסק בזכויות האישיים החוקתיות). על כך ראו: J.M. Kelly *The Irish Constitution* (Dublin, 3<sup>rd</sup> ed., 1994) 770–777.

26 פ"ד מח(2) 862 וראו גם את פס"ד בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב (לא פורסם), שניתן בתאריך 19.10.00. בפס"ד זה עשה רשם בית המשפט העליון שימוש בכלי החוקתי של זכות הגישה לערכאות וביטל אגרה שהוטלה על המבקש.

27 שם, בע' 874. דעתו זו של השופט זמיר לגבי זכות הגישה לערכאות עולה בקנה אחד עם השקפתו הכללית, על פיה אין למהר ולהכיר בזכות יסוד שאינה מנויה במפורש בחוק-היסוד כזכות חוקתית הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בדרך של פרשנות. וכך התבטא השופט זמיר לעניין הזכות לשוויון: "בפסיקה שלאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפורזות אימרות אגב המוצאות פנים הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם

פסק דין חשוב אחר, המתאפיין במגמה דומה, הנו ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה<sup>28</sup>, שעל אף ש"נוגע" בזכות הגישה לערכאות, אין בו כל התייחסות מפורשת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או להיותה של זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית. בנסיבות העניין שם, הגיש המערער השגה על השומה שהוציא המנהל ובהתאם לדרישות החוק הציע, להבטחת החוב השנוי במחלוקת, ערובה – עיקול על מקרקעין. ערובה זו לא הניחה את דעתו של המנהל אשר סירב לדון בהשגה כל עוד לא ימציא המערער ערבות בנקאית לתשלום החוב השנוי במחלוקת, לרבות התוספות שיחולו עד למועד תשלום היתרה שהמערער יהיה חייב בה עד לאחר ההכרעה הסופית. אשר על כן התעוררה מחלוקת לגבי פרשנותו של סעיף 91(א) לחוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג–1963 המתנה את ההשגה על השומה בהפקדת ערובה להבטחת תשלום המס. אומר השופט אור בפרשו את סעיף 91(א) האמור:

"ענייננו כאן בפרשנותה של הוראה שבדין הקובעת את זכותו של אדם להשיג על חיובו במס. הוראה זו מהווה תחנה ראשונה והכרחית בדרכו של האזרח להביא את טענותיו לפני ערכאות שיפוטיות... בפרשנות הוראה זו יש להעדיף את הפתרון המקיים את זכותו של האזרח למצות הליכים כדי להעלות את טענותיו נגד השומה שהוצאה... עמדה פרשנית זו מעוגנת בזכותו הבסיסית של כל אדם להביא את עניינו לפני הערכאות השיפוטיות המוסמכות. זכות זו הוגדרה בפסיקה כזכות יסוד... זכותו של כל אדם שלא יועמדו בדרכו מכשולים, אשר ימנעו ממנו את מימושה המעשי של זכותו לפנות לבתי המשפט או אשר יכבידו על זכות זו באופן בלתי סביר... הדברים אמורים בהגבלות פיזיות... הם אמורים גם בהגבלות נורמטיביות, אשר עשויות למצוא את ביטוין, למשל, בהשתתפות נטל כספי על המבקש לפנות לערכאות... על רקע דברים אלה, נראה לי כי יש לאמץ עיקרון פרשני, שלפיו בפרשנות הוראות שבדין יש להעדיף את הפרשנות אשר אין בה להגביל או להציב מכשול לפני מי שמבקש להביא את עניינו לביקורת שיפוטית... נדרשת לשון חקיקתית ברורה וחד-משמעית כדי להביא למסקנה

בספרות המשפטית... יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש החולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרן בחוק היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו.

ואילו אני מבקש להזהיר עצמי, בהקשר זה, מפני אימרות אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב. דיה לבציה בשעתה. בבחינת אל תעירו ואל תעוררו עד שתחפץ.

במקרה זה, לדעתי, אין כל צורך לומר כי עקרון השוויון הוא בגדר זכות יסוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מן הזכות לכבוד, וכי יש לו, לכן, מעמד על-חוקי. אם כך הוא או לא, ימים יגידו" (פרשת שדולת הנשים, לעיל הערה 22, בע' 536).

כי המחוקק ביקש להגביל זכות זו בדרך של הכבדה על מימושה של זכות זו<sup>29</sup> (ההדגשות שלי – י.ר.).

בסופו של דבר קבע בית המשפט, בהתאמה עם העיקרון הפרשני שנקבע, כי יש לקבל את פרשנותו של המערער לפיה הגשת השגה או ערר על שומת מס שבח אינה מותנית בהפקדת ערובה על ידי הנישום לתשלום המס השנוי במחלוקת. יוצא, כי בהתאם לגישה העולה מפסקי הדין הנזכרים לעיל, על אף היותה של זכות הגישה לערכאות זכות יסוד, אין היא יכולה להוות כלי חוקתי להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקים, אלא כלי פרשני בלבד.

#### 4 פרשת ארפל אלומניום

##### א. עובדות המקרה

פרשת ארפל אלומניום מסמנת מפנה במעמדה הנורמטיבי של זכות הגישה לערכאות. בנוסף, מכיל פסק הדין את הדיון המקיף ביותר שנערך עד כה בזכות זו. הערעור מתייחס להליך שבו הוגשה בקשה לבטל רישומו של מדגם, מהטעם שאינו חדיש ואינו מקורי. השאלה המשפטית המרכזית שהתעוררה הייתה האם יש לפרש את פקודת הפטנטים והמדגמים, 1926 (להלן: "פקודת הפטנטים והמדגמים") כמקנה אפשרות לבקש מבית המשפט המחוזי מחיקת מדגם שכבר נרשם. בית המשפט המחוזי פסק<sup>30</sup> שהדרך היחידה לתקוף רישומו של מדגם בבית המשפט

29 שם, בע' 558–560. ניתן להזכיר את הדמיון של חוקה פרשנית זו לחוקה הפרשנית הקובעת כי דבר חקיקה לא בא לפגוע בסמכות השיפוט של בתי המשפט, וכי הוראה השוללת או המגבילה את סמכותם של בתי המשפט יש לפרש פירוש דווקני ומצמצם. שהרי, ניתן לחסום את הגישה לערכאות הן על ידי הקביעה כי הפרט מנוע מלפנות אל בתי המשפט, והן על ידי הקביעה השוללת סמכות מבתי המשפט לדרך בענייניו של הפרט בעניין מטרים. ראו לעניין זה בג"צ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל–1970, פ"ד מה(5) 445 (להלן: פרשת המוסד לביטוח לאומי), שם נדונה הוראת סעיף 11(ה) לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל–1970 הקובעת: "אין אחרי החלטת ועדת העררים ולא כלום". השופט (כתוארו אז) ברק קיבל את העתירה וקבע, בניגוד לעמדת המשיב, כי כיום אין ב"הוראות סופיות" דוגמת זו הנדונה, או בנוסחים אחרים, מחסום בפני ביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק גם לגוף ההחלטה. אומר השופט ברק: "סמכותם השיפוטית של בתי המשפט השונים היא מיסודות המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל. טול ממשטר דמוקרטי את סמכות השיפוט של בתי המשפט, ונטלת ממנו את אופיו הדמוקרטי ואת נשמתו. בהיעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שלטון החוק... וקיום סמכות השיפוט של בתי המשפט הוא מערכי היסוד של המדינה. על-כן, חוקה היא על כל דבר חקיקה, כי הוא בא לקיים את סמכות השיפוט של בתי המשפט (בין האזרחיים, בין הפליליים ובין בית המשפט הגבוה לצדק). חוקה היא על המחוקק, כי בחוקו דבר חקיקה לא ביקש לפגוע בסמכות השיפוט של בתי המשפט" (שם, בע' 450) וכן ראו את האסמכתאות הרבות המצוינות שם, שם.

30 פסק דינה של השופטת ב' גילאור בת"א (חי') 1003/93 קליל תעשיות בע"מ נ' ארפל אלומניום בע"מ, פ"מ תשנ"ה(3) 275.

היא דרך התקיפה העקיפה של הרישום, היינו, תקיפה במסגרת הגנתו של הרואה עצמו נפגע מהמדגם, כנגד תביעה נזיקית שיגיש נגדו בעל הרישום על הפרת המדגם.

ב. יישום זכות הגישה לערכאות בנסיבות המקרה  
לאור פסק דינו של בית המשפט המחוזי, החוסם תקיפה ישירה של החלטת רשם הפטנטים בבית המשפט המחוזי, נדרש בית המשפט העליון לדיון בזכות הגישה לערכאות. בנסיבות שתוארו לעיל, הן דעת הרוב והן דעת המיעוט נוטות להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות יסוד, והמחלוקת התעוררה רק לגבי יישומה בנסיבות העניין. השופט חשין בדעת הרוב<sup>31</sup> מקבל את זכות הגישה לערכאות כעיקרון משפטי כללי המונח ביסוד הפרשנות הראויה של הוראות החוק הרלוונטיות למקרה דנן. לגישתו, בנסיבות העניין פוגעת החלטתו של בית המשפט המחוזי, שלא כדין, בזכות הגישה לערכאות:

“המסקנה הנדרשת מפסק-דינו של בית-משפט קמא שורטת עמוקות בזכות הגישה לבית-המשפט ובעיקרי המשטר הדימוקרטי”<sup>32</sup>.

לגופו של עניין סבור השופט חשין כי יש לקבל את הערעור. לדעתו, למעט הוראת סמכות מפורשת הקבועה בפקודת הפטנטים והמדגמים, הסמכות לדון בתקפותו של מדגם שנרשם (לרבות בטענות כי המדגם אינו חדיש ואינו מקורי) נתונה כולה לבית המשפט המחוזי גם בתקיפה ישירה<sup>33</sup>.

השופט גולדברג, בדעת מיעוט, מקבל אף הוא את זכות הגישה לערכאות השיפוטיות כעיקרון מנחה המונח ביסוד המקרה:

“מדיניות ראויה היא זו שאינה נועלת דלת בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית. הנגישות לרשויות השיפוטיות נובעת מן התפישה שבמשטר דמוקרטי הפונקציה המוסדית הראשונית המוטלת על הרשות השופטת, ואשר בגינה נוצר וקיים מוסד בית המשפט, היא הפונקציה של הכרעה בסכסוך... זאת בין שהסכסוך הוא בין פרטים לבין עצמם, ובין שהסכסוך הוא בין פרט לבין רשויות השלטון. במקרה האחרון נשענת ההכרה בזכות הגישה גם על ההכרה כי ביקורת שיפוטית על מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע את אחד מעמודי התווך של בנין המדינה”<sup>34</sup>.

לגופו של עניין קובע השופט גולדברג כי דין הערעור להדחות, כיוון שהנפגע מן

31 אליו הצטרף השופט מצא.

32 לעיל הערה 1, בע' 628.

33 שם, בע' 608.

34 שם, בע' 590-591.

הרישום רשאי לפנות לרשם בכל עילה, לבקש ממנו לבטל את הרישום<sup>35</sup>, ובסמכות הרשם לדון בבקשה זו. על החלטתו של הרשם ניתן לערער לבית המשפט המחוזי. כך יוצא כי בניגוד לפסק דינו של בית המשפט המחוזי, על פיו אין דרך לתקוף רישומו של מדגם שכבר נרשם בתקיפה ישירה (תוצאה הפוגעת בזכות הגישה לערכאות), סבורים הן השופט חשין והן השופט גולדברג כי יש לתת תוקף לעקרון היסוד בדבר זכות הגישה לערכאות, ולאפשר תקיפה ישירה של רישום המדגם. הבדלי הדעות בין דעת הרוב ודעת המיעוט מתייחסים ליישומה של זכות הגישה לערכאות בנוסח העניין: בעוד שדעת הרוב הכירה באפשרות לפנות לבית המשפט בנושא זה במישורין, סברה דעת המיעוט, כי סמכותו של הרשם לתקן את רישום המדגם בעצמו מכוח דיני התיקון והביטול הכלליים, בכפוף לאפשרות לפנות אל בית המשפט המחוזי בערעור על החלטה. למעשה, עושה בית המשפט העליון שימוש אופרטיבי בעיקרון של זכות הגישה לערכאות, וקובע זכות גישה כללית לבית המשפט המחוזי לתקיפת רישומו של מדגם, אף כי סמכות זו אינה מצויה במפורש בפקודת הפטנטים והמדגמים.

יש לציין כי בית המשפט המחוזי לא שלל מחברת ארפל את האפשרות להעמיד לביקורת שיפוטית את תוקפו של המדגם שרשמה חברת קליל, אלא שהיא הופנתה לדרך חלופית: ביחס לעילות מסוימות, הופנתה ארפל לערכאה חלופית (הרשם); ביחס לאחרות, היא הופנתה להליך של תקיפת עקיפין (היינו, להסתכן בהפרת הצו, אם לדעתה הוא אינו בר תוקף). בית המשפט העליון, בניגוד לגישתו של בית המשפט המחוזי, עשה שימוש בזכות הגישה לערכאות בכדי להגיע למסקנה כי המבקש לתקוף את תוקפו של המדגם יכול לעשות כן גם בתקיפה ישירה (לפי גישת הרוב: השגה על תוקפו של המדגם בפני בית המשפט המחוזי ביחס לעילות מסוימות; לפי גישת המיעוט: השגה על תוקפו של המדגם בפני הרשם ביחס לכל העילות). אשר על כן, פסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום מעורר דיון לא רק בזכות הגישה לערכאות ובמעמדה במשפט הישראלי, אלא גם בשאלה הצרה יותר (אך החשובה כשלעצמה), האם זכות הגישה לערכאות משתרעת גם על הזכות לתקוף החלטה שלטונית כלשהי בתקיפה ישירה או רק בתקיפת עקיפין<sup>36</sup>. להלן נתייחס לשאלה הכללית יותר בדבר מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות.

35 סמכות הביטול של רשם הפטנטים והמדגמים נתונה לו, כך לדעת השופט גולדברג, מכוח ההסדר הכללי של סעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, הקובע: "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל – משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהתקנו התקנות או ניתנה ההוראה".

36 שאלה זו נוגעת להיקפה של זכות הגישה לערכאות, והנה שאלה בעלת חשיבות עצומה מבחינה פרקטית. כך למשל, מתייחסת שאלה זו לכל אותם מקרים בהם מבקש העותר "סעד הצהרתי" מבית המשפט, אך זה מפנה אותו להליך אחר (עתידי לרוב), בו יתבע סעד "אופרטיבי", שכן נטייתו של בית המשפט הנה לדחות תביעות לסעד הצהרתי המתייחס לזכות עתידית. בעניין זה ראו רע"א 1810/90 הדר חברה לבטוח בע"מ נ' קנדי חברה להשקעות ולבנין בע"מ, פ"ד מד(2) 737 (להלן: פרשת הדר). ובעקבות כך: ב' מדינה "תביעה לסעד הצהרתי – 'האמנם הליך סרק'?" משפטים כד (תשנ"ה) 605. ברשימה זו מבקר הכותב

## ג. זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית

האם זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית, שמכוחה ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים? פסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום עסק בזכות הגישה לערכאות כעיקרון פרשני בלבד, והדין בזכות זו יכול היה להסתיים ביישומה של הזכות על נסיבות העניין, כפי שהוסבר לעיל.

עם זאת, בחרו השופטים גולדברג וחשין להתייחס למעמדה החוקתי של הזכות, ושניהם סבורים שיש להכיר בה כזכות עליונה על זכויות רגילות. השופט גולדברג נוטה לדעה שניתן לגזור את זכות הגישה לערכאות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>37</sup>, ואילו השופט חשין הביע דעתו כי זכות הגישה לערכאות נעלה היא על זכות חוקתית רגילה, ויש לגזורה ישירות מאופיו הדמוקרטי של המשטר ומערכי היסוד של החברה<sup>38</sup>. לשתי השקפות אלו נתייחס בקצרה כעת.

## (1) זכות הגישה לערכאות כזכות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

האם ניתן לגזור את זכות הגישה לערכאות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? זו הגישה אליה נוטה השופט גולדברג. אכן, שאלה זו אינה מתעוררת בהכרח בפסק הדין, שכן פקודת הפטנטים והמדגמים, שפרשנותה עמדה במחלוקת בנסיבות העניין, הנה "דין ישן" החוסה תחת פסקת שימור הדינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, כתשובה לשאלה זו ניתן להציב שלושה מודלים שונים:

\* מודל ראשון – זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגזרת מכל זכות חוקתית פרטיקולרית – אפשרות אחת הנה להכיר בזכות הגישה לערכאות ככלולה, באופן אינטגרלי, בתוך הזכויות הפרטיקולריות השונות אשר בחוק-היסוד החדשים. קרי: כל זכות חוקתית מכילה בתוכה את הזכות לפנות לערכאות מקום שהופרה הזכות המוגנת. כך לדוגמה זכות הגישה לערכאות כלולה בזכות לפרטיות (סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ומקום שהופרה הזכות לפרטיות ישנה זכות לפנות לערכאות בכדי להגן על פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. במצב זה אין המדובר בזכות עצמאית וחדשה העומדת בפני עצמה אלא ב"תת-זכות" הכלולה במובלע בכל זכות פרטיקולרית<sup>39</sup>.

את פסק הדין בפרשת הדרי, ותומך במתן זכות לסעד הצהרתי בנסיבות העניין, קרי בהרחבת הזכות לתקיפה ישירה. מכל מקום, התייחסות לסוגיה הנזכרת לעיל חורגת ממסגרתה של רשימה זו.

לעיל הערה 1, בע' 593: "בקשר לזכות הגישה לרשויות שיפוטיות, קיימות כמה גישות אפשריות. יש הגורסים ש"הכוח' לפנות לבית המשפט הוא זכות חוקתית המוגנת על ידי חוקי היסוד... כלומר, זכות הגישה, כשלעצמה, נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש הגורסים, שזכות זו צמודה לזכות פרטיקולרית, המוגנת באמצעות חוקי היסוד. על-פי תפישה זו הזכות הראשונית המוגנת בחוקי היסוד (כגון: הזכות לחופש העיסוק) מקפלת בתוכה זכות משנית לתרופה בגין הפגיעה. מימושה של הזכות המשנית מחייב קיומו של הליך שיפוט, בו תוכרע זכות הפרט לסעד וטיב הסעד. יש הגורסים, כי זכות הגישה אינה יכולה להיגזר מחוקי היסוד, בין כזכות עצמאית ובין כזכות נגזרת מזכות מוגנת אחרת".

שם, בע' 628.

דעה זו הובעה על ידי פרופ' ברק בספרו, לעיל הערה 19, בע' 363: "שאלה יפה היא, אם



\* מודל שני – זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגזרת מזכויות המסגרת של "כבוד" או "חירות" – אפשרות שנייה הנה להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית הנגזרת מזכויות המסגרת של כבוד או חירות. אפשרות זו יוצרת זכות חדשה ועצמאית מתוך הטקסט החוקתי<sup>40</sup>.

\* מודל שלישי – זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית שכן הנה בגדר "קניין" – ניתן לראות בזכות הגישה לערכאות "קניין" של כל אזרח ואזרח, וככזו הופכת הזכות למוגנת מכוח ההגנה החוקתית הניתנת לזכות הקניין בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשון אחר: הכוח של האזרח לפנות לבית המשפט, הוא כשלעצמו בגדר "קניין" אשר ההגנה עליו כיום הנה בעלת מעמד חוקתי על-חוקי<sup>41</sup>.

הזכות לפנות לערכאות השיפוטיות מעוגנת בחוק-היסוד הקיימים. אין היא מופיעה כזכות פרטיקולרית בעלת שם. גדר הספיקות הוא אם אין להסיקה מזכות המסגרת בדבר כבוד או חירות. כמו כן שאלה היא, אם אין לראותה כחלק אינטגרלי (ואקטיבי) של כל זכות וזכות, אשר באמצעותו מגן בעל הזכות על זכותו. אכן, דעתה היא כי קיומה של זכות פלגית כוללת בחובה כחלק אינטגרלי ואקטיבי שלה, את הזכות לפנות לבית-משפט אם הזכות נפגעת. שלילת הזכות לפנות לבית-המשפט כמוה כשלילה (אפקטיבית) של הזכות עצמה. 'באין דין אין דין'. על כן, מזכות חוקתית-על-חוקית לאי פגיעה... נגזרת גם זכות חוקתית-על-חוקית לפנות לערכאות השיפוט להגנה בפני הפרת הזכות" (ההדגשה שלי – י.ר.). אפשרות זו הועלתה גם על ידי ש' לויך במאמרו "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפורקליטי מב (תשנ"ו) 451, 453: "האם קיימת בחוק היסוד אחיזה להכרה בזכות הפניה לבית-המשפט כזכות חוקתית? מבקש אני לטעון שאחיזה כזו קיימת במישור הכללי בסעיף 3 לחוק היסוד (זכות הקניין) ואולי בסעיף 4 לחוק היסוד (כבוד האדם) ובמישור הפרטיקולרי, לפחות במרביתן של שאר הזכויות, לפי הענין, הנזכרות בחוק היסוד: פגיעה בחירות אישית (סעיף 5), פגיעה בחופש התנועה (סעיף 6) ופגיעה בפרטיות (סעיף 7)".

40 אפשרות זו דורשת פרשנות מרחיבה, וייתכן אף מעוררת מחלוקת, של הזכות לכבוד או הזכות לחירות. עם זאת, פרשנות מרחיבה של זכויות המסגרת לכבוד או חירות לענין זכות הגישה לערכאות לא מעוררת לדעתנו בעייתיות מיוחדת, או מחלוקת פוליטית נוקבת, כמו קביעה מקבילה לגבי זכות השוויון. על פי ההיסטוריה החוקתית, במציאות הפוליטית הישראלית, ההתנגדות העיקרית, שהובילה בסופו של דבר להשמטתו של עקרון השוויון מנוסח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באה מצדן של המפלגות הדתיות. עם זאת, חרף הבעייתיות לענין הזכות לשוויון, הקביעה כי זכות השוויון קבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (על אף שאינה מנויה בו במפורש) זכתה למספר רב של מצדדים הן באקדמיה והן בבית המשפט העליון. לענין עיגונו של עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההיסטוריה החוקתית וכן דעות מלומדים ושופטים, ראו לעיל הערה 22.

41 גם מודל אפשרי זה הועלה על ידי ש' לויך במאמרו, לעיל הערה 39, בע' 454-455: "האם זכות הגישה לבית-המשפט היא 'קניין' בגדר חוק היסוד? לכאורה אפשר לפרש דיבור זה, לענייננו, פירוש צר ופירוש רחב. הפירוש הצר הוא שכל אימת שבידי פלוגי זכות קניינית מהותית, במובן הצר, כגון זכות בעלות במיטלטלין או במקרקעין, שאין ספק שעניינה בא בגדר סעיף 3 לחוק היסוד, ממילא יתפרש גם 'הכח' לממש זכות זו כזכות קניין; הפירוש הרחב הוא שה'כח' לפנות לבית-המשפט, כשהוא לעצמו, הריהו זכות 'קניין', גם כשנושא, המהותי, כשלעצמו, אינו יכול להיחשב ככזה. משתי דרכי הפרשנות האמורות עדיף עלי הפירוש הרחב, שכן הוא מגשים את תכליתו של חוק היסוד כחוק קונסטיטוציוני שיש לפרשו מתוך מבט רחב, המיועד להגן על זכויות הפרט; מבחינה זו מה לי ההגנה על זכות הפניה לבית-המשפט כדי להגן על זכויות הבעלות של פלוגי, ומה לי ההגנה על זכות הפניה לבית המשפט כדי לקבל היתר נישואין?".

השופט גולדברג משאיר בצריך עיון את ההכרעה בין המודלים השונים, שכן הוא סבור ש"הכרעה בין הגישות השונות תתחייב רק אם הוראה ספציפית תתפרש כמסייגת את זכות הגישה לרשות שיפוטית"<sup>42</sup>. מהו אם כן המודל המועדף? מן הבחינה הלשונית יכולה כל אחת מן הגישות הללו להוות אופציה פרשנית לגיטימית. עם זאת, מבין שלושת האפשרויות, יש לבחור את האופציה הפרשנית אשר יש בה כדי להגשים באופן המרכיב את התכלית החקיקתית של זכות הגישה. הבחירה בין האופציות הפרשניות השונות, אינה עניין לשוני טכני, אלא עניין מהותי מן המעלה הראשונה. למעשה, בחירה בין האופציות הפרשניות השונות תקבע בעתיד את היקפה של הזכות עצמה.

אין ספק שבחירה במודל השני – גזירתה של הזכות מחוק-היסוד דרך זכויות המסגרת של "כבוד" או "חירות" – יוצרת זכות עצמאית העומדת על רגליה היא והניצבת על בסיס רחב. בדומה, גם המודל השלישי – הקובע כי זכות הגישה לערכאות הנה קניין בידיו של האזרח – יוצר למעשה זכות עצמאית, אם כי אופציה פרשנית זו הנה מלאכותית במקצת, ומעוררת את המחלוקת באשר לפרשנות המונח "קניין" בחוק-היסוד<sup>43</sup>. כמו כן, חרף ההגדרה הרחבה שנית המשפט נוטה אליה, פרשנות זו עלולה להוציא מגדר "קניין" מקרים רבים אשר בהם ישנה הצדקה להגן על הזכות לפנות לערכאות<sup>44</sup>.

המודל הראשון – אשר קובע כי זכות הגישה לערכאות הנה זכות חוקתית הנגזרת מכל זכות חוקתית פרטיקולרית הקבועה בחוק-היסוד (דעתו של הנשיא ברק) – הנו מודל המחליש במידה מסוימת את הזכות. על פי מודל זה לא ברור כלל אם ניתן לדבר על זכות עצמאית של "גישה לערכאות". למעשה מכיר מודל זה ברשימה של זכויות יסוד חוקתיות אשר כל אחת מהן כוללת, בתחומה ובהיקפה, גם את הזכות לפנות לבית המשפט במצב של פגיעה בזכות החוקתית. אולם בדרך זו לא ניתן להצביע על כל זכות עצמאית וחיצונית הנותנת הגנה כללית לזכותו של האזרח לפנות לערכאות. כך למשל, בפנייה לבית המשפט לצורך הגנה

42 לעיל הערה 1, בע' 593.

43 פרשנות הדיבור "קניין" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הנה בעייתית ושנויה במחלוקת. גם בפסיקה החדשה, שלאחר קביעתה של זכות הקניין בחוק-היסוד, נמנע בית המשפט העליון מלהתחייב על גבולותיה של הזכות, והשאיר את המחלוקת בעינה. ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 20, בע' 431, מפי הנשיא ברק: "עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת החקיקה. עם זאת, פעולות השלטון הרגילות והיום-יומיות עלולות להשפיע על ערך רכושו של הפרט. האם לראות בהן פגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית בגדריה של פיסקת ההגבלה או לשלול מהן את סיווגן כפגיעה? שאלות אלה יעסיקו אותנו בעתיד, ומן הראוי להשאירן בצריך עיון". ראו משפטים כח (1997) המוקדש כולו לפסק הדין בפרשת בנק מזרחי ולמעמדה החוקתי של זכות הקניין.

44 הפרשנות הרואה בזכות הגישה לערכאות קניין בידיו של האזרח מתאימה יותר להקשר האזרחי ופחות למשפט הפלילי ודיני המשפחה. כך למשל, פרשנות זו עלולה להוציא מגדר הזכות את המקרה של הגנה על הזכות לפנות לבית המשפט בכדי לקבל היתר נישואין, שהרי קבלת היתר נישואין אינו בהכרח סעד בעל שווי כלכלי (זוהי דוגמה המובאת על ידי ש' לוי, לעיל הערה 39, בע' 455).

על אינטרס או ערך אשר אינם חוקתיים, לא תהיה כל הגנה חוקתית על זכותו של האזרח לפנות לבית המשפט. ההגנה החוקתית, על פי מודל זה, הנה הגנה על זכויות חוקתיות אחרות אך לא על עצם הזכות לפנות לבית המשפט.<sup>45</sup> לדעתנו, המודל הרצוי הנו המודל השני. יש מקום להכיר בזכות הגישה לערכאות כזכות עצמאית. בדרך זו יכיר בית המשפט בזכות גמישה אותה ניתן להתאים לצרכים המשתנים ולמצבים השונים בהן מתעוררת בעיית פנייה אל הערכאות. עם זאת, קבלתו של המודל השני אינה מוציאה בהכרח מכלל אפשרות את תחולתם של המודלים הראשון והשלישי.

(2) זכות הגישה לערכאות כנגזרת ישירות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד גישה שונה לכיסוס זכות הגישה לערכאות מציג השופט חשין. לגישתו המדובר בזכות שהנה יסודית אף יותר מזכויות רגילות, וניתן לגזור ישירות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד. מפאת חשיבותם של הדברים נביא את דבריו במלואם:

"הכל מסכימים כי המדובר הוא בזכות מן המעלה העליונה, אך מסתבר כי גם כשדה זה הובעו דעות שונות כאשר למקורה המשפטי של הזכות. יש אומרים שהזכות היא זכות-יסוד אף אם טרם נחקקה בחוק-יסוד; יש אומרים כי הזכות נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וממילא מוגנת היא מכוחו של חוק-היסוד; יש אומרים כי זכות הגישה לבית-המשפט אינה אלא זכות טפלה לזכויות במשפט, וכי כל אימת שיש לו לאדם זכות כלשהי, קמה ועומדת לו אף זכות הפנייה לבית-המשפט; ויש אומרים אחרת. על כל אלה ועוד עומד חברי השופט גולדברג, ולא אוסיף על דברים שאמר. דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: 'זיהי ממחרת וישב משה לשפט את-העם ויעמד העם על-משה מן-הבקר עד-הערב' (שמות, יח, יג...). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין

45 בעיה דומה התעוררה במשפט האמריקאי, שם במסגרת הדיון בזכות הגישה לערכאות בדק בית המשפט את חזקה וטיבה של הזכות המהותית. גישה זו זכתה לביקורת מפי מלומדים בארצות-הברית. בייחוד זכתה גישה זו לביקורת מצדו של פרופ' מייקלמן, Michelman, *supra*, note 23.

מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שערו כמזהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט — בין במישורין בין בעקיפין — ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדימוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד... בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עימו"<sup>46</sup> (ההדגשות שלי — י.ר.).

למעשה גוזר השופט חשין את זכות הגישה לערכאות, באופן ישיר, מאופיו הדמוקרטי של המשטר, וכל זאת ללא שהוא נדרש בהכרח לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השקפה זו הנה עקבית לדעת היחיד המפורסמת אותה הביע השופט חשין בפרשת בנק המזרחי<sup>47</sup>, אשר בהתאם לה שלל את תיאוריית הסמכות המכוננת של הכנסת. ואולם לדעתו של השופט חשין, חרף שלילת סמכותה המכוננת, כפופה הכנסת, כמו כל גוף או אדם בישראל, לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית, ובמקרה של חריגת הכנסת מגבולות כוחה תתחייב התערבות של בית המשפט, שיקום להגן על עקרונות היסוד של השיטה, הגבוהים נורמטיבית אף מחוקי-היסוד עצמם:

"חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במרקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמאלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים — ואני נמנה עמם — שאין לה לכנסת סמכות מכוננת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר. אלה הם הגנים היוצרים את חיינו"<sup>48</sup>.

46 לעיל הערה 1, בע' 628–629. בדברים אלו מתבסס השופט חשין על פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת המוסד לביטוח לאומי, לעיל הערה 29.

47 פרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 20, בע' 544–546. בדעת יחיד עסקינו, שכן השופט חשין הביע דעה עצמאית ושונה לגבי סמכותה המכוננת של הכנסת ומעמדם של חוקי-היסוד, אך הצטרף לעמדת הרוב לגבי תוצאות ההליכים שעמדו בפני בית המשפט.

48 לעיל הערה 1, בע' 629 וראו בנוסף בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355, 401; ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 170. יש לציין כי אף השופט (כתוארו אז) ברק אינו שולל אפשרות זו על הסף: "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט כתכרה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איזונים

בפסק הדין בפרשת ארפל אלומיניום ממשיך השופט חשין לפתח את התאוריה החוקתית המיוחדת לו, ומגלה את דעתו כי זכות הגישה לערכאות היא אחת מאותן זכויות מיוחדות – זכות בסיסית הנעלה על חוק-יסוד ה"שייכת... למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט"<sup>49</sup> – אשר הפרתה בחוק של הכנסת תחייב ביקורת שיפוטית מצד בית המשפט אף שלא מכוח חוק-יסוד משוריין או חוקה קשיחה.

### 5 סיכום

מתוך שתי הגישות לעניין מעמדה הנורמטיבי העליון של זכות הגישה לערכאות, ומתוך ההצדקות הכלליות שהוצגו לעיל, ניתן להגיע למסקנה כי זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית היא. אכן, זו גם דעתנו: את זכות הגישה החוקתית לערכאות ניתן לגזור הן מהזכות לכבוד או לחירות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי היסוד של השיטה בישראל. הכרעה בין השתיים אינה דרושה בשלב הזה, והיא מתקשרת ממילא לשאלות יסוד של התאוריה החוקתית בישראל החורגות מגבולותיה של רשימה זו<sup>50</sup>.

וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק" (בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מדר (3) 529, 554).

49 לעיל הערה 1, בע' 628.

50 על כך ראו י' דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149.



בשולי הפסיקה

## מות הברווז — פרודיה וסטירה כדיני זכויות יוצרים

רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני<sup>1</sup>

ענת שקולניקוב \*

### מבוא

(א) עובדות המקרה והניתוח המשפטי בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון; (ב) פרודיה והקריטריונים ל"שימוש הוגן"; 1. מטרת השימוש; 2. אופי היצירה; 3. מידת ההעתקה; 4. פגיעה בערך המקור; (ג) האמן והיצירה האומנותית; (ד) המשפט והאמנות; (ה) זכויות יוצרים והגנות חוקתיות; (ו) אמנות ופרשנות החוק; (ז) סיכום. מהו מעמדה של פרודיה על יצירת אמנות מול זכות היוצרים ביצירה נשוא הפרודיה? מהו האיזון הנכון בין חופש הביטוי של אמן לבין זכות הקניין של אמן אחר? מהו מקומה של ביקורת האמנות בדיון המשפטי? שאלות אלו, בסדר הפשטה עולה, מצויות בבסיס הדיון בפסק הדין נשוא הערה זו. לדעתנו, בפסק הדין לא ניתן המשקל הראוי לרישא בכל אחת משאלות אלו. זו המסקנה המתקבלת הן מניתוח הפסיקה הזרה הקיימת בסוגיה, והן מניתוח שיקולי המדיניות העומדים בבסיס דיני זכויות היוצרים.

### (א) עובדות המקרה ופסיקת בית המשפט העליון ובית המשפט המחוזי

דוד גבע, מאייר במקצועו, פרסם ספר בו עשה שימוש בדמויות שונות של ברווזים ספרותיים ידועים מהקשרים שונים (כגון ה"קנרד אנסיין" הצרפתי). בין השאר, יצר דמות מצוירת בשם "מובי דאק". דמות זו הייתה, למעשה, העתק דמותו המוכרת של "דונלד דאק", עליה הייתה לחברת "וולט-דיסני" זכות יוצרים, בתוספת כמה מאפיינים שהוסיף גבע לדמות, כובע "טמבל" ותלתל, בעזרתם הפך את הברווז לדמות ה"צבר" המוכרת. שמה של הדמות רמז לגיבור ספרותי אחר מעולם החי — "מובי דיק". חברת "וולט-דיסני" ביקשה צו מניעה כנגד פרסום הספר, בטענה

\* הכותבת היא עורכת דין.

1 רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (להלן: פרשת גבע).

כי הספר מפר את זכות היוצרים שלה. כן ביקשה צו מניעה זמני עד למתן פסק הדין בתביעה.

בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה למתן צו מניעה זמני. בית המשפט העליון דחה את בקשת רשות הערעור, שהגיש גבע, על החלטת בית המשפט המחוזי. בהחלטות הנוגעות לבקשה לצו הזמני, נדונה בהרחבה הסוגיה המהותית של הפרת זכות היוצרים. הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון, בדונם במקרה קבעו, כי בספרו של גבע אכן בוצעה העתקה של היצירה של "וולט-דיסני", במובן סעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים 1911<sup>2</sup> (להלן: "חוק זכות יוצרים"). כלומר, זכות היוצרים של "וולט-דיסני" הופרה, אלא אם כן ההעתקה הנה במסגרת החריגים המותרים בחוק זכויות יוצרים עצמו. על כן, ניפנו השופטים בכל אחת מהערכאות לבחון, האם נופל ספרו של גבע בגדר החריגים שקובע הסעיף להפרת זכות יוצרים. החריג שנבחן במקרה זה, הוא החריג המתיר טיפול הוגן לשם ביקורת, שבסעיף 1(1)(I) לחוק<sup>3</sup>.

בית המשפט המחוזי<sup>4</sup> בחן את הטענה כי פרסומו של גבע הוא פרודיה, ועל כן נכלל בחריג ה"ביקורת", אך דחה אותה. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי, כי חריגי סעיף 2 לחוק אינם מעגנים במשפט הישראלי את דוקטרינת "השימוש ההוגן" האמריקאית. על כן, בית המשפט המחוזי לא נזקק לדוקטרינה זו כלל. בית המשפט העליון, מפי השופט מלך, לעומת זאת, כלל את הפרודיה בקטגוריית ה"ביקורת", ואף ניתח את השאלה שבפניו לאור הדוקטרינה האמריקאית של "שימוש הוגן". הגנת "השימוש ההוגן" פותחה בפסיקה האמריקאית. סעיף 107 ל-Copyright Act 1976 (להלן: "החוק האמריקאי") קבע דוקטרינה זו כחלק מהדין החרות<sup>5</sup>. סעיף 107 הוא למעשה קודיפיקציה של הגנת "השימוש ההוגן" שפותחה בפסיקה, אשר בה ניכרו שתי מגמות: מגמה אחת של בחינה כלכלית, דהיינו בחינה

2 הסעיף קובע כי: "לצרכי חוק זה, 'זכות יוצרים' פירושו זכות יחיד להעלות על הבמה את היצירה או חלק ניכר הימנה בצורה של ממש או להעתיקה".

3 סעיף 1(2) קובע כי: "רואין זכות-יוצרים ביצירה כאילו הופר על ידי אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות-היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה לבעל זכות-היוצרים: בתנאי שהמעשים דלקמן לא יהא בהם משום הפרת זכות-יוצרים: (I) כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה או תמצית עתונאית".

4 ת"א (ת"א) 2221/91 חברת וולט דיסני נ' גבע, פ"מ השנ"ג(1) 3.

5 17 U.S.C 107 (1976). הסעיף קובע כי: "the fair use of a copyrighted work... for purposes such as criticism, comment,... is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work".



האם השימוש הנו "שימוש הוגן" על פי מידת הפגיעה שפוגעת היצירה המעתיקה במכירות היצירה המקורית.<sup>6</sup> מגמה שניה הייתה של בחינה יצירתית, דהיינו עד כמה תורמת היצירה החדשה תרומה לאינטרס ציבורי.<sup>7</sup> במבחנים שגובשו לכלל סעיף 107 ניכרות שתי מגמות אלו גם יחד. אמנם, הדין הישראלי נוקט במינוח שונה, "טיפול הוגן", ואין הכרח לפרש חריג זה במקביל לחריג "השימוש ההוגן" האמריקאי, אך אני מסכימה לגישתו של בית המשפט העליון, הנצמד לפרשנות האמריקאית, ומבכרת אותה על גישת בית המשפט המחוזי. אולם, נראה כי בית המשפט העליון לא היה עקבי בגישתו זו, כפי שאראה בהמשך המאמר.

### (ב) פרודיה והקריטריונים ל"שימוש הוגן"

במסגרת חריג "השימוש ההוגן" ובהתאם לעקרונות העומדים ביסוד דיני זכויות היוצרים, על בית המשפט להכיר בחריג מיוחד בתחום הפרודיה, אשר לגדרו נופל גם המקרה הנדון בפרשת גבע. זאת, בין השאר, בהתייחס לחידושים בפסיקה האמריקנית בתחום. בפרשנות הגנת "השימוש ההוגן" אף אין בית המשפט יכול להתעלם מתפיסות עכשוויות של אמנות ושל ביקורת האמנות, המחייבות את הרחבת המונח "פרודיה" וההגנה עליו. כיוון שהשופט מלץ מנתח אחד לאחד את הקריטריונים להכרה ב"שימוש הוגן" לפי סעיף 107 האמריקאי, אלך אף אני בדרכו, ואנתח את הקריטריונים בענייננו.

#### 1. מטרת השימוש ואופיו

על פי סעיף 107, יש לבחון תחילה האם השימוש שנעשה ביצירה המקורית הוא מסחרי או שהנו שימוש למטרות לא מסחריות.<sup>8</sup> במבחן זה שני שלבים: בשלב ראשון נבחנת מידת המסחריות של השימוש. ככל שהשימוש בעל אופי מסחרי יותר, ייטה בית המשפט לסווגו כשימוש לא הוגן. בשלב שני, אף אם השימוש הנו מסחרי, תוענק לו הגנת "השימוש ההוגן", אם הוא מקדם מטרות חברתיות אחרות.<sup>9</sup> השופט מלץ קובע<sup>10</sup>, כי מבין שלביו של מבחן זה, השלב הראשון נוטה לטובת "וולט-דיסני", שכן השימוש של גבע הוא מסחרי. נראה כי קביעה זו אינה נכונה. ודאי שגבע קיווה למכור את ספרו ולהתפרנס מכך. אולם, עובדה זו כשלעצמה אינה הופכת את השימוש למסחרי, שאחרת כמעט ולא יהא בנמצא "שימוש הוגן". עיתונאי המצטט ספר בידיעה חדשותית<sup>11</sup>, איש אקדמיה הכותב מאמר ביקורת ומשלב בו ציטוטים מיצירה, מורה המשכפל כמה שורות משיר ללמד את תלמידיו,

*Folson v. Marsh* 9 F. Cas. 342 (1984). 6

*Rosemont Enters. v. Random House* 366 F. 2d 303 (1966). 7

*Supra* note 5. 8

זאת אפילו במקרה בו הייתה העתקה מלאה של המקור, כאשר המטרה החברתית נראתה לבית המשפט חשובה דיה, ראו: *Time v. Bernard Geis* 293 F. Supp 130 (1968) 9

לעיל הערה 1, בע' 277. 10

*Harper & Roe Publishers v. Nation Enterprises* 471 US 539 (1985) (להלן: פרשת Harper). 11

כולם עושים זאת אגב פרנסתם. מבחן המסחריות הוא בניסיון להשתמש בערך המסחרי של היצירה המועתקת, על ידי העתקת חלק מקהל רוכשי היצירה המקורית ליצירה המועתקת. אמת, לא תמיד תהיה ההבחנה בין שימוש מסחרי לשאינו מסחרי פשוטה, אולם זו השאלה שיש לבררה.

בדונו בפן השני של הקריטריון הראשון, דהיינו במטרה החברתית של השימוש, דן השופט מלץ בפרודיה כמקרה מיוחד. הוא מבחין בין פרודיה לסטירה, וקובע כי הגנה תוענק בעיקר לפרודיה, אך הוא מוכן לעתים להעניק את ההגנה המוענת לפרודיה אף לסטירה. הוא קובע כי היצירה נשוא הדיון הנה סטירה.

ההבחנה אליה מכוון בית המשפט היא ההבחנה הרווחת בין פרודיה, שהיא חיקוי יצירה כדי להראותה באור מגוחך, לבין סטירה, שהיא ביקורת הומוריסטית על גורם שאינו יצירה אחרת, ולרוב זו ביקורת על החברה<sup>12</sup>. במילון למונחי ספרות מוגדרת הפרודיה כך<sup>13</sup>:

"The imitative use of words, style, attitude tone and ideas of an author in such a way as to make them ridiculous... in fact a kind of satirical mimicry".

כלומר, הפרודיה הנה סוג של סטירה, אשר אמירתה הסטירית נשענת על שימוש שנון שנעשה ביצירה אמנותית קיימת. לאפקטיביות הקומית והביקורתית של הפרודיה להב כפול. מחד, השימוש המגוחך שהיא עושה ביצירה נשוא הפרודיה, ומאידך החיצים שהיא שולחת כלפי החברה אותה היא מבקרת.

השופט מלץ קובע<sup>14</sup>, כי ההגנה הניתנת במקרה הנדון ליצירה באשר היא סטירה היא נמוכה, שכן אין ביצירה ביקורת על דמותו של "דונלד דאק", אלא רק ביקורת חברתית-כללית, אשר אינה נובעת דווקא מהשימוש בדמותו של "דונלד דאק". מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם קביעת בית המשפט שהסטירה ראויה להיכלל בהגנת "השימוש ההוגן", שהרי, האפיון של יצירה כמעלה ביקורת חברתית-כללית ולא ביקורת על יצירה אחרת הנו האפיון של סטירה.

נראה, כי דווקא העובדה שהיוצר משתמש בפרודיה, כז'אנר של סטירה, לצורך ביקורת חברתית, ולא רק ללעג על היצירה המועתקת, מעניקה חשיבות חברתית גבוהה יותר ליצירה, ותומכת בהחלת חריג "השימוש ההוגן". לגבי הנימוק השני, דהיינו שהשימוש בדמותו של "דונלד דאק" אינו תורם לעוקץ הביקורת החברתית, נדמה לי כי גם הוא חוטא למהותן של הפרודיה והסטירה. הביקורת החברתית אינה צריכה לנבוע דווקא מדמות ספציפית, אלא ממכלול הדמויות השונות הנכנות סביב דמויות של ברווזים מוכרים, בהן משתמש גבע כדי להבהיר את התפיסה שלו את החברה.

12 לעיל הערה 1, בע' 279.

13 J.A. Cuddon *A Dictionary of Literary Terms* (London, 1979).

14 לעיל הערה 1, בע' 279.

ככלל, נראה לי כי אין להתייחס במובחן לפרודיה ולסטירה. אף איני מסכימה כי השימוש במקרה זה אינו פרודי. בוודאי שישנה בספר התייחסות מגוחכת ל"דונלד דאק", ואין זה משנה שגבע הצהיר כי גישתו לדמות מלאת הערכה<sup>15</sup>. בית המשפט קובע כי אין ביצירה ביקורת על "דונלד דאק", ועל כן היא אינה פרודיה<sup>16</sup>. מטבעה של כל פרודיה טובה שהעוקף שבה אינו מופנה רק כלפי הדמות המועתקת. דמותו של "מוכי דאק", יציר כלאיים בין סמל הצבריות לבין סמל האמריקניות, בוודאי יוצר ביקורת מרומזת על דמות "דונלד דאק" עצמו, כסמל התרבות האמריקאית, כמו גם על הצבר הישראלי, שסיגל לו, ברבות השנים, סממנים של ברווז דיסני אמריקאי. בארצות-הברית מוענקת הגנה מיוחדת ורבת עוצמה לפרודיה, אשר אף חוזקה זה לא מכבר בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת *Two Live Crew*<sup>17</sup>. באותו מקרה, נדונה גרסת "ראפ" פוגענית במיוחד לשיר הרומנטי "אשה יפה". בית המשפט מיאן להיכנס לדיון בערכה של הפרודיה, או בשימוש שהיא עושה במקור, אף שהשופט סאוטר רמז כי כמעט ואין הוא מוצא כל ערך פרודי בשיר נשוא הדיון. הנימוק המרכזי שניתן שם להקלה בכללי "השימוש ההוגן" לפרודיות היה, שזהו מקרה מובהק בו הרשות לשימוש לא תינתן על ידי בעל זכות היוצרים, אף אם יבקש זאת המחזיק. זאת, בשונה מהמקרה הטיפוסי של טענת "שימוש הוגן", לגביו משמעות הדיון היא בעצם בשאלה האם יצטרך המעתיק לשלם עבור השימוש בחומר המוגן. בכך חזר בית המשפט העליון האמריקאי על הלכה של בית משפט פדרלי<sup>18</sup> לפיה הגנת הפרודיה קיימת במיוחד כדי לאפשר שימוש שלרוב אינו ניתן לרכישה. כך היה למעשה גם במקרה זה. גבע ביקש את רשות "וולט-דיסני" להשתמש בדמותו של "דונלד דאק", אך פניו הושבו ריקם.

## 2. טבעה של היצירה המוגנת

בתי המשפט בארצות-הברית קבעו, כי הגנת "השימוש ההוגן" תינתן ביתר קלות, כאשר היצירה המוגנת היא אינפורמטיבית, פרי איסוף מידע, ואילו ההגנה תצומצם לגבי יצירות שהנן פרי עשייה יצירתית<sup>19</sup>. קריטריון זה, אשר לא נותח על ידי בית המשפט, שוקל במקרה הנדון דווקא לטובת בעלי זכות היוצרים. פרודיות, מטבען, מעתיקות מתוך יצירות "יצירתיות" ולא מאגרי מידע גרידא. כפי שמציינת לוינסון, כאשר אדם מפרסם יצירה ברבים (להבדיל מבחוג מקורביו), עליו לקחת בחשבון ביקורת עליה, ולכן היקף הפרסום ומידת מפורסמות היצירה אף הם גורמים רלוונטיים לשקילת "השימוש ההוגן". בהיבט זה בוודאי היקף "השימוש ההוגן" ביצירות של דיסני יהיה רחב<sup>20</sup>.

15 שם, בע' 272.

16 שם, בע' 279.

17 *Campbell v. Acuff-Rose Music* 510 U.S. 569 (1994) (להלן: פרשת *Two Live Crew*).

18 *Fisher v. Dees* 794 F. 2d 432 (1986) (להלן: פרשת *Fisher*).

19 *Sony v. Universal City Studios* 464 US 417 (1984).

20 ד' לוינסון "שימוש הוגן בזכויות יוצרים" משפטים טז (תשמ"ו) 430, 439.

## 3. היקף השימוש (מידת ההעתקה)

כדוננו בגורם זה, בית המשפט קבע, כי ההעתקה שנעשתה הייתה גורפת<sup>21</sup>. למעשה, הדמות הועתקה כמעט במדויק מהמקור. אמת המידה למידת ההעתקה המותרת מהמקור נלקחה על ידי בית המשפט בפרשת גבע<sup>22</sup> מההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט האמריקאי בפרשת *Air Pirates*<sup>23</sup>. שם קבע בית המשפט כי בפרודיה מותר להעתיק מהמקור באותה מידה שדי בה להעלות את רושם היצירה המקורית (enough to conjure up the original)<sup>24</sup>. זו נראית אמת מידה אשר ניתן ליישמה, למשל, לגבי פרודיה על עלילת סרט<sup>25</sup>. לעומת זאת, לגבי דמות מצוירת, קשה לראות כיצד ניתן ליצור בעין המתבונן את הרושם של פרודיה על דמות מוכרת, בלא להעתיקה כמעט במדויק. עלינו להסתייג, גם בהקשר זה, מקביעת בית המשפט, כי השימוש בדמות המועתקת אינו משרת את הערך הסטירי<sup>26</sup>. הסטירה מתקבלת לאו דווקא מהעתקת הדמות, אלא משילובה עם דמויות ורעיונות הלקוחים מהקשרים שונים לגמרי, כגון, במקרה זה, הספר "מובי דיק" מאת הרמן מלוויל ודמות הצבר החובש כובע "טמבל". אף בפסיקה האמריקאית עצמה חלו תמורות מאז פסק הדין בפרשת *Air Pirates* בפרשת *Fisher* קבע בית המשפט כי הגבלת ההעתקה המותרת למידה "enough to conjure up the original", מחמירה מדי עם הפרודיסט. באותו מקרה נדון שיר שהיווה פרודיה על שיר מוכר. בית המשפט קבע, כי האפקט הפרודי לא יושג ללא העתקה כמעט מוחלטת של מנגינת השיר המקורי. אמנם, בית המשפט אבחן את החלטתו זו מפרשת *Air Pirates* בכך שהיא חלה בתחום המוסיקה, אך נראה שבית המשפט בחר בגישה המקלה יותר עם הפרודיסט<sup>27</sup>. בית המשפט העליון קיבל גישה זו ואף סרטט אותה בקווים ברורים יותר בפרשת *Two Live Crew*. נציין עוד, כי אפילו לגבי שימוש בו נעשתה העתקה מלאה וברורה של יצירה, קיבל בית המשפט העליון האמריקאי את הגנת "השימוש ההוגן"<sup>28</sup>. כך, הכיר בית המשפט בהעתקת וידאו לצרכי צפייה ביתית כ"שימוש הוגן", בפסק דין הנוטה באופן מובהק למגמה הכלכלית בבחינת "השימוש ההוגן". מפסיקה זו עולה, כי אף שימוש בו נעשית העתקה מלאה של המקור, ללא תרומה יצירתית כלשהי, הוא "שימוש הוגן", כל עוד אינו גורם נזק כלכלי למכירות יצירת המקור (גישה זו אמנם בוקרה ברעת המיעוט באותו עניין). אם כך ודאי שיש להעניק ההגנה לפרודיה, שאינה העתקה מלאה של היצירה הראשונה, ולעומת זאת יש בה תרומה מקורית ויצירתית רבה משל עצמה.

21 לעיל הערה 1, בע' 282.

22 שם, בע' 281-282.

23 *Walt Disney Productions v. The Air Pirates* 581 F. 2d 751 (9th cir. 1978) (להלן: פרשת *Pirates*).24 *Supra* note 18, at pp. 438-439.25 לדוגמה ראו: *Benny v. Loew's* 239 F. 2d 532 (9th cir. 1956).

26 לעיל הערה 1, בע' 279.

27 *Supra* note 18.28 *Universal City Studios v. Sony* 480 F. Supp. 429 (1979).

4. השפעת השימוש על ערכה של היצירה המוגנת

במסגרת קריטריון זה נבדקת מידת הפגיעה שפוגע המוצר המעתיק בערך המקור של בעל זכות היוצרים. ככל שמכירות יצירת המקור נפגעות יותר מקיומו של המוצר המעתיק בשוק, כך ייטה בית המשפט לשלול את הגנת "השימוש ההוגן". הפגיעה בערך המוצר המקורי הרלוונטית לבדיקת קריטריון זה, היא רק פגיעה בערך המקור על ידי החלפתו, כאשר הציבור מפחית ברכישת היצירה המקורית בשל כך שהוא קונה את המוצר המעתיק. אין הכוונה לפגיעה העלולה להיגרם לערך היצירה המקורית בשל שימתה לבז ולעג בעיני הציבור, אשר תביא לכך שהציבור יעריך את היצירה המקורית פחות ויקנה פחות ממנה.<sup>29</sup> סיכון אשר כל מי שמתמודד בשוק הביטויים והרעיונות נוטל, הוא שרעיונותיו יבוקרו ויהפכו מטרה ללעג. דיני זכויות היוצרים אין מטרתם להגן על היוצר מפני תקיפת יצירותיו, אלא אך מפני העתקתן.<sup>30</sup>

לפחות על פי גישה כלכלית לזכות היוצרים, יסוד זה הוא המרכזי בבחינת "השימוש ההוגן". אם אין פגיעה בערך המקור על ידי כך שהציבור רוכש במקומו את המוצר המעתיק, אין פגיעה בזכות.

נראה כי במקרה הנדון נוטה גורם זה במלואו לטובת גבע. קשה להעלות על הדעת כי מכירות ספרו של גבע יבואו על חשבון מוצרי "וולט-דיסני". אף צרכן המעוניין במוצרי "וולט-דיסני" לא יתפתה לקנות במקומם את ספרו של גבע. אלא, שבית המשפט קובע כי קריטריון זה הנו בעל משקל פחות בבחינת הגנת "השימוש ההוגן" לגבי סטירה, שכן מטבעה, הסטירה אינה מיועדת לבוא כתחליף ליצירה המקורית, ומיועדת לרוב לקהל קוראים שונה לגמרי מזה של היצירה המקורית.<sup>31</sup> קשה לקבל קביעתו זו של בית המשפט. הקריטריון הרביעי, ההשפעה על הערך הכלכלי של היצירה הוא מרכזי, שכן במשפט המקובל נתפסת זכות היוצרים כזכות כלכלית.<sup>32</sup> ההגנה על זכות היוצרים היא הגנה על ערכה הכלכלי של הזכות, ועל כן, בהיעדר פגיעה כלכלית נחלש הצידוק למניעת ההפרה.

אל מול גישה זו ניתן, אמנם, להציג גישה שונה, לפיה מטרת דיני זכויות היוצרים היא להגן על ההיבט האישי ביצירה. היצירה היא קניין היוצר בהיותה חלק מאישיותו, ולא רק בשל ערכה הכלכלי ליוצר.<sup>33</sup> מטעם זה יש לתת הגנה

29 *Hustler Magazine v. Moral Majority* 796 F. 2d 1148 (9th cir. 1986).

30 באופן דומה, כאשר חברה מסחרית הציגה בפרסומת לעיתון שפירסמה תמונה של עיתון מתחרה, העניק בית המשפט לנתבעת את הגנת "השימוש ההוגן". פגיעה במכירות המקור, אם קיימת, אינה נובעת מעצם הצגת היצירה המועתקת בפרסומת, אלא מתחרות בין שני העיתונים עצמם, ראו: *Triangle Publications v. Knight Rider Newspapers* 626 F. 2d 1171 (1980).

31 לעיל הערה 1, בע' 284.

32 *Supra* note 18.

33 לניתוח ההיבטים האישיים בזכות הקניין ראו מאמרה של Radin, (אשר דווקא אינה מביאה דוגמה מובהקת זו): *M.J. Radin "Property and Personhood" 34 Stanford L. Rev. (1982)*: 957.

מיוחדת לקניינו של בעל זכות היוצרים. ניתוחים שונים של דיני הקניין מייחסים משמעות שונה לזכויות קניין הנוגעות לאישיותו או עצמיותו של בעל הזכות, מאשר לזכויות קניין להן ערך כלכלי גרידא. ישנו אף טעם רב לתת משקל להיבט האישיותי בניחוח הזכות הקניינית דווקא בדיני זכויות היוצרים. זכות יוצרים היא, בדרך כלל, זכות מובהקת שבה לקניין היבט אישי חזק<sup>34</sup> ולכן יש להעניק לבעליה הגנה מיוחדת. אולם, דווקא בענייננו, בעל הזכות כבר אינו "וולט-דיסני" היוצר, אלא חברת "וולט-דיסני בע"מ", תאגיד ענק וחסר פנים, לגביו הזכות היא נכס עסקי. לכן, נראה כי במקרה זה הגנה על ההיבט ה"אישיותי" של זכות הקניין, אינה נוטה דווקא לטובת בעל הזכויות ביצירה המקורית.

### ג) האמן והיצירה האמנותית

אם נרחיב קמעא את מבטינו, נראה כי אכן מתעוררת גם כשאלת מדיניות שאלת הזכות המוסרית (moral right) של בעל זכות היוצרים. כלומר, עד כמה מחייבת המדיניות הראויה לשמור על האינטרס של בעל הזכות גם כאשר אינו צפוי לפגיעה כלכלית. איני מתייחסת כאן בהכרח לזכות המוכרת בסעיף 4 לפקודת זכות יוצרים, 1924<sup>35</sup>, אשר בית המשפט לא נזקק לדון בה, מאחר שקיבל את טענת "וולט-דיסני" לפי סעיף 2. איני מתעלמת מהאפשרות שסעיף 2 עצמו כולל בחובו הגנה גם על אינטרסים לא כלכליים של בעל הזכות. היצירה נתפסת כחלק מאישיותו ומזהותו של האמן, וראוי שיוכל למנוע שימוש הפוגע ברעיונות אותם ניסה להביע באמצעותה. השיקולים שונים כאשר המדובר בגוף כלכלי ענק כמו חברת "וולט-דיסני" המחזיק בזכות היוצרים, ולא היוצר עצמו. על כן נימוק זה חלש במקרה הנדון.

גם כשאמן יוצר תובע מכוח זכות יוצרים, ניתן לשאול, מהי האחיזה הראויה שיש להעניק לאמן על יצירתו, ומנגד, עד כמה עומדת היצירה ברשות עצמה והופכת לרשות הכלל. כך, תיאוריית הביקורת הספרותית, ובמיוחד מאז ימי התיאוריה הפוסט-מודרניסטית, רואה ביצירה ישות עצמאית<sup>36</sup>. לאונרדו דה-וינצ'י בוודאי לא היה מתלהב מהשפם שהוסיף סלודור דאלי ל"מונה ליזה", אולם כיום מקובל לראות את ה"מונה ליזה" כחלק מן המאגר התרבותי-האוניברסלי, ולא כנכס פרטי של האמן. על כן, אמנים חדשים יכולים להשתמש בה כחלק משפתם האמנותית. במקרה של ה"מונה ליזה", זוהי רק שאלה מוסרית ולא משפטית, שכן יצירה זו ממילא מצויה ב־public domain, לא היו לגביה כל זכויות יוצרים בתוקף. התפיסה המנחה את דיני זכויות היוצרים בעולם כולו, לפיה זכויות היוצרים פגות לאחר פרק זמן קצוב<sup>37</sup>, מסייעת כמובן לאמני הדורות הבאים, הרוצים לעשות

H. Dagan *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values* (Cambridge, 1997) 66. 34

והשוו לסעיף 106A לחוק האמריקאי. 35

R. Wellek & A. Warren *Theory of Literature* (New-York, 1956) 129-145. 36

כך, גם באמנת ברן וב־Universal Copyright Convention. 37

שימוש ביצירות קיימות. אלא שכיום יצירות חדשות הופכות לקלאסיקה במהירות, וישנו צורך תרבותי אמיתי לעשות שימוש ביצירות בעודן נתונות במשטר של זכויות יוצרים. בתפיסה האמנותית-העכשווית, מיטשטשים הגבולות שבין פרודיה וסטירה. שכן, גם לבחירה ביצירה בה עושים שימוש חדש יש משמעות חברתית ופוליטית. עצם העובדה שהפרודיה משתמשת ביצירה מתקופה ותרבות מסוימים הופכת אותה גם לסטירה על אותה חברה ממנה נלקחה היצירה המקורית או על משמעות אותה יצירה מקורית בחברה שלנו. לכן, יצירתו של דאלי אינה רק פרודיה על זו של לאונרדו, אלא גם סטירה על החברה המתייחסת ליצירות האמנות הקלאסיות כדבר שאין לגעת בו. וליחסינו לאלו פרות קדושות נוספות מכוונת אמירה זו?

התאורטיקנית לינדה האצ'סון מעירה<sup>38</sup>, כי המבקרים הפוסט-מודרניים נמנעים כמעט מלהשתמש במונח "פרודיה", בשל הקונטקסט המיושן הצר שנלווה לביטוי זה. היא עצמה מציעה "לפתוח" את המושג, ולהשתמש בו, במאה העשרים, למגוון יצירות, מיצירות הלועגות למושאן ועד ליצירות רציניות המכבדות אותו.

בתרבות הפופ נכונים דברים אלו על אחת כמה וכמה. סמלי הפופ (pop icons), ש"דונלד דאק" הוא אחד המובהקים שבהם, נבנים ממיחזורם בחברה, הן על ידי השימוש המסחרי בהם, והן תוך שימושם בידי אמנים אחרים. כך עשה אמן הפופ אנדי וורהול, אשר תוכן אמירותיו האמנותיות היה שימוש בדימויים של "אלויס", "מרילין מונרו" וה"מונה ליזה" עצמה, כסמלים תרבותיים<sup>39</sup>. אמן אחר, ריצ'ארד המילטון, הגדיר את תרבות הפופ במילים אלו: פופולרית, משתנה, מהירה להישכח... ו"עסק גדול"<sup>40</sup>. לא רק שאין עוד הבדל בין תרבות גבוהה לנמוכה, אלא גם מיטשטש ההבדל בין אמנות למסחר. השימוש בדימויים קיימים המוגנים בזכויות יוצרים הוא כמעט כורח המציאות האמנותית החדשה.

המיחזור הוא אינטגרלי והכרחי לסמלי הפופ עצמם, אחרת יחדלו להיות סמלים. מצד שני, ההצלבה בין סמלי הפופ לבין סמלי התרבות המקובלים נעשית בידי יוצרים ומבקרים כחלק אינטגרלי מפעילותם, שמטרתה להראות שההבדלים בין אמנות גבוהה ונמוכה הם רק תוצר של הקשר. מנפרד פפיסטר אף טבע לכך סיסמה, המתאימה באופן מפתיע לענייננו: השאלה אינה "דונלד" או "דאנטה"? אלא יש לבחון את הנושא "דונלד דאק ודאנטה"<sup>41</sup>. על כן, נראה שגם במסגרת המשפטית יש להתנער מהתפיסות הישנות, מהבדלי ההגדרה בין ביקורת, פרודיה, סטירה ואמנות רצינית. במסגרת "השימוש ההוגן" יש להכיר בכל יצירת אמנות העושה שימוש ביצירה קיימת לצורך אמירה אמנותית או תרבותית.

- L. Hutcheon "The Politics of Postmodern Parody" *Intertextuality* (ed. by H.F. Plett, 1991) 38  
225–226.
- H. Read *A Concise History of Modern Painting* (New-York, 3<sup>rd</sup> ed., 1974) 298. 39  
*Ibid*, at p. 299. 40
- M. Pfister "How Postmodern is Intertextuality?" *Intertextuality* (ed. by H. F. Plett, 1991) 41  
218.

### ד) משפט ואמנות

הדיון המשפטי הובילנו לשיטוט במחוזות האמנות, ביקורת הספרות ותרבות ההמונים. האם יכול והאם צריך בית המשפט לעסוק בכל אלה כשהוא בא לפסוק בסוגיה מתחום דיני הקניין? נראה, כי בית המשפט אינו יכול ואף אינו רשאי להתעלם מכל אלה. לביקורת המתבקשת, דהיינו כי בית המשפט אינו בקיא בנושאים הללו, ייאמר מיד: ממילא נקט כבר בית המשפט עמדה בקבעו כי ההעסקה אינה משרתת את האפקט הסטירי, וכי לא היה הכרח בשימוש בדמות המועתקת. בוודאי שלא הכרח בכך. האמנות, טיבה היא שאינה משתמשת בדימויים "הכרחיים", כי אם בדימויים המגרים את דמיונו של היוצר. דווקא במקרה זה השימוש בדמות המועתקת לא היה שרירותי, שהרי הספר כולו היה מבוסס על דמויות של ברווזים מוכרים.

כאשר בית המשפט מכריע לגבי תחומים שבמומחיות, הוא נעזר בעדים מומחים, כגון רופאים, מהנדסים ואחרים. במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי בפרשת גבע הובאו עדויות מומחים לאמנות מטעם גבע, אולם חוות דעת לא שימשה לבסוף לצורך הכרעת הדין. אולם, בענייננו עמדה לדיון השאלה "מהי ביקורת?". השאלה היא שאלה שבדין, אולם אין בית המשפט יכול לפרש את הדין, במקרה זה, מבלי לנתח את משמעות המונח "ביקורת" במאטריה בה הוא עוסק, במקרה זה – ביקורת האמנות.<sup>42</sup>

יתר על כן, גם אי-נקיטת עמדה היא, במקרה זה, נקיטת עמדה. חריג "הטיפול ההוגן" שבחוק מחייב את השופט לערוך איזון. באיזון זה מצויים שיקולי מדיניות אשר חייבים לכלול שיקולים בדבר קידום האמנות, שהרי זו התכלית החקיקתית<sup>43</sup> שביסוד חוק זה. בהתייחסות לאמנות כיום, לא ניתן להתעלם מניתוח האמנות בכלים פוסט-מודרניסטיים. כפי שבעבר הוכרה הפרודיה כצורת ביקורת על יצירה, כך תיתכן יצירה המבקרת יצירה אחרת. במקרה הנדון בפרשת גבע, נדונה צורת אמנות מוכרת ומקובלת – קולאז'. לגרסתנו, אף צורת אמנות לא מוכרת ולא מקובלת יכול ותהא זכאית להגנה, אך בענייננו הכרעה זו אף קלה יותר. ודאי קיימת סכנה שניתן יהיה לנצל הגנה זו לצרכים מסחריים, אולם במקרים אלו היא תישלל. במקרה הנדון לא נטען ש"דונלד דאק" לא היה חלק אינטגרלי

42 כך, בבג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, מתגלה מחלוקת שופטים בשאלה דומה: מיהו הגוף הראוי לקבוע האם לסרט ערך אמנותי, אשר בשלו אין לפסול את היצירה כפורנוגרפית, סמכות הנתונה בדין למועצה לביקורת סרטים. השופט ברק (בע' 684–685 לפסק הדין) סבר, כי אמנם קביעת העובדות בבסיס ההחלטה היא בסמכות המועצה, אך בית המשפט ישאל עצמו האם קיימת הערכה רצינית כי ליצירה אופי אמנותי, ואם כן לא יאשר את פסילתה. לעומתו, השופט חשין (בע' 702–703) סבר, כי המועצה נבחרה באופן שתייצג את הלך רוחו של העם בסוגיה, ועל כן יש לכבד את ההחלטה, למעט במקרים נדירים.

43 כמינוחו של השופט א' ברק בבג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, פ"ד מב(2) 322, 309.



מהקולאז'. אם ננסה למקם את החריג המוצע בחוק זכויות יוצרים, הרי שמקומו במונח "ביקורת" הנזכר בחריגי בסעיף. ביקורת אינה רק ביקורת כתובה, אלא גם ביקורת המובעת באמצעות יצירה אחרת. משום כך, זכאית יצירתו של גבע להגנה, בהיותה ביקורת, גם אם אינה זכאית להגנה בהיותה פרודיה או סטירה, כקביעת בית המשפט.

האם הכוונה בדברים אלו שדי להגות את מילת הקסם "אמנות" והכל מותר? האם על המשפט לכוף עצמו לכל מומחה מטעם עצמו לאמנות, והאם על חריג "השימוש ההוגן" נגזר להפוך את זכות היוצרים לעפר ואפר? בוודאי שלא כך. מהו אם כן הגבול? אין זו שאלה קלה, זאת במיוחד לאחר שאמנים, מאז ומעולם, ומאז מרסל דושמפ בפרט, משנים את תפיסתנו בשאלה "האמנות מהי"<sup>44</sup>. השאלה אינה קלה, אולם בית המשפט אינו יכול להימלט ממנה. בבית המשפט המחוזי הובאו לעדות מספר אומנים ותאורטיקנים של האמנות. אף שבתי המשפט לא חלקו על הערכותיהם האומנותיות, למעשה לא שיחקו הערכותיהם של המומחים תפקיד בפסקי הדין של שתי הערכאות. זאת, כיוון שבתי המשפט לא סברו כי לתיאוריה האומנותית יש חלק בפרשנות הדין. על גישה זו אני מבקשת לחלוק. לרוב, נדרשת עדות מומחה לקביעת העובדות, בעוד הנורמות המשפטיות נקבעות על ידי בית המשפט לבדו. אולם, לעתים נדרשת דעת המומחה גם לצורך הגדרת הנורמה המשפטית עצמה. כפי שאסביר להלן, כך הדבר במקרה בו אנו דנים.

#### ה) זכויות יוצרים והגנות חוקתיות

בארצות-הברית, שתי הזכויות בהן אנו דנים הן נשוא להגנה חוקתית. הסעיף הראשון לחוקה מקנה סמכות מפורשת לקונגרס להגן בחוק על זכויות יוצרים. גם חירות הביטוי מוגנת כזכות חוקתית, על ידי התיקון הראשון לחוקה<sup>45</sup>. בישראל, זכות היוצרים זוכה להגנה חוקתית כחלק מחופש הקניין, המוגן בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חופש הביטוי אינו נזכר במפורש, אולם חלק משופטי בית המשפט העליון סברו שחופש הביטוי הנו חלק מ"כבוד האדם", ועל כן מוגן על פי סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך נקבע אף בפרשת גבע עצמה<sup>46</sup>. אף לדעתו של פרופ' אהרן ברק חופש הביטוי נגזר מתפיסה מהותית של כבוד האדם<sup>47</sup>. אין זו זכות רגילה, אלא חירות שבלעדיה נפגמת אישיותו של האדם<sup>48</sup>. כך עולה אף מפסיקה רבת שנים של בית המשפט העליון. אכן, נראה כי באיזון בין זכות הקניין של היוצר הראשון לחופש הביטוי של היוצר השני, אין בהכרח להעדיף את זכות הקניין משום היותה זכות החרותה עלי חוק.

44 לדין מקיף בשאלה ראו: ג' עפרת הגדרת האמנות (תשל"ה).

U.S. Const. Amend. i. 45

46 לעיל הערה 1, בע' 267.

47 א' ברק פרשנות כמשפט (תשנ"ד, כרך ג': פרשנות חוקתית) 421.

48 שם, 428.

### (ו) אמנות ופרשנות החוק

בפרשנות של חוק, כמו חוק זכויות יוצרים, אשר מטרתו היא לשמר את תהליך היצירה האמנותית ולהגן עליו, חייב הפרשן המשפטי לברר, בשלב ראשון, מהי אותה "אמנות", עליה בא החוק להגן. כך, אם חריג "השימוש ההוגן" אמור לשרת את מטרתו של חוק זכויות יוצרים, הרי שפרשנות החריג חייבת להשתנות, בהתאם לשינויים החלים בהגדרת האמנות עצמה.

המשפט הוא בעל "רקמה פתוחה", כמינוחו של פרופ' ברק<sup>49</sup>. פרשנות האמנות ומושגיה במסגרת המשפטית היא על אחת כמה וכמה עיסוק במושגים בלתי תחומים. האמנות משתנה באופן בלתי צפוי, והיא בעלת מקרי גבול לא ברורים. אלו הם מאפיינים של מושג בעל "רקמה פתוחה". על כן, מוצדק ואף הכרחי שהפרשנות המשפטית בתחום זה לא תהא "סגורה" ובלתי משתנה. ניתן ללמוד לכאן מעניין דומה. וויטגנשטיין<sup>50</sup> שאל, האם ניתן להגדיר מושג אשר אין אנו יודעים את גבולותיו. תשובתו היא, שהדבר אפשרי. זהו "מושג בלתי תחום", אשר איננו יכולים למתוח לו קווי גבול. נוכל להגדירו לצורך מטרה מסוימת, אף שאנו יודעים שהמושג משתרע מעבר לגבולות אלו. ישנם מונחים משפטיים אשר לא נוכל להגדירם פעם אחת ולתמיד. כזה הוא המונח "ביקורת" בדיני זכויות יוצרים. בעבר, ייתכן שהמונח "ביקורת" פורש ככולל ביקורת כתובה בלבד, כיום ברור כי על מושג זה לכלול גם ביקורת באמצעות יצירה אחרת, ובכלל זה קולאז'.

### (ז) סיכום

המשפט והאמנות אינם עולמות נפרדים. בדיון בהיקף הגנת "השימוש ההוגן" בזכויות יוצרים, כמו גם בסוגיות אחרות, חייב בית המשפט לבחון את ההגנה שמעניק החוק ליצירות האמנותיות, בהתאם לתפיסות האמנות העכשוויות. לו היה נוקט גישה זו, לדעתנו היה מגיע בית המשפט למסקנה שגבע זכאי לטעון להגנת "השימוש ההוגן" ליצירתו. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם המגמה העדכנית בפסיקה האמריקאית. בשולי הדברים נעיר, כי פרשת גבע, לא רק שמאפשרת למשפטן הצצה לעולם האמנות, אלא אף מקנה לתאורטיקנים של האמנות הזדמנות נדירה לבחון את התייחסות החברה לאמנות, ולשימוש שעושה צורת אמנות אחת באחרת. נדמה, כי ההנחות של הפוסט-מודרניסטים לגבי התפקיד שממלאת האמנות בחברה משתקפות באופן מעניין בדיון המשפטי בפרשה זו. לא לעתים קרובות ישנה הזדמנות לראות התייחסות כתובה ושקולה ליצירה אמנותית, מנקודת מבט שאינה אמנותית כלל. במקרים רבים האמנות מפרשת את המשפט, הפעם הגיע תורו של המשפט לפרש את האמנות. פסקי הדין בפרשת גבע יכולים לשמש חומר למחשבה גם מבחינה זו.

49 לעיל הערה 47, כרך א: תורת הפרשנות הכללית, בע' 253.

50 ל' וויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (תשנ"ה) 67-68.