

בשולי הפסיקה

מות הברווז — פרודיה וسطירה בדיני זכויות יוצרים

רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני¹

ענת שקולני קוב *

מבוא

א) עובדות המקהלה והניתוח המשפטית בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון; ב) פרודיה וקריטיריוונים לשימוש הגונן; 1. מטרת השימוש; 2. אופי היצירה; 3. מידת ההעתקה; 4. פגעה בערך המקור; ג) האמן והיצירה האומנותית; ד) המשפט והאמנות; ה) זכויות יוצרים והגנות חוקתיות; ו) אמנות ופראשות החוק; ז) סיכום. מהו מעמדה של פרודיה על יצירות אמנות מול זכויות היוצרים ביצירה נשואת הפראודיה? מהו האיזון הנכון בין חופש הביטוי של אמן לבין זכויות הקניין של אמן אחר? מהו מקומה של ביקורת האמנות בדיון המשפטית? שאלות אלו, בסוד הפשטה עולה, מצויות בבסיס הדיון בפסק הדין נשוא הערה זו. לדעתנו, בפסק הדין לא ניתן המשקל הרואוי לרישא בכל אחת משאלות אלו. זו המסקנה המתתקבלה הן מניתוח הפסיקה הזורה הקיימת בסוגיה, והן מניתוח שיקולי המידניות העומדים בבסיס דיני זכויות היוצרים.

א) עובדות המקהלה ופסיקת בית המשפט העליון ובית המשפט המחוזי

דוד גבע, מאיר במקצועו, פרסם ספר בו עשה שימוש בדמויות שונות של ברזוויזט ספרותיים ידועים מהקשורים שונים (כגון ה"קנרד אנסין" הזרפת). בין השאר, יצר דמות מצוירת בשם "מובי דאק". דמות זו הייתה, למעשה, העתק דמותו המוכרת של "דונלד דאק", עליה הייתה לחברת "וולט-דיסני" זכויות יוצרים, בתוספת כמה מאפיינים שהוסיף גבע לדמות, כמו "טמלבל" ותלטל, בעורותם הפך את הברווז לדמותה ה"צבר" המוכרת. שמה של הדמות רמז לגיבור ספורטיבי אחר מעולם החיה — "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 מה(1) 251 (להלן: פרשת גבע).

כى הספר מפר את זכות היוצרים שלו. כן בקשה צו מנעה זמני עד למثان פסק הדין בתביעה.

בית המשפט המחויז נurther לבקשתו למثان צו מנעה זמני. בית המשפט העליון דחה את בקשה רשות הערוור, שהגיש גבע, על החלטת בית המשפט המחויז. בהחלטות הנוגעות לבקשתו לצו הזמני, נדונה בהרחבה הסוגיה המהותית של הפרת זכות היוצרים. הן בבית המשפט המחויז והן בבית המשפט העליון, بدون במקורה קבוע, כי בספרו של גבע אכן בוצעה העתקה של היצירה של "וולט-דייסני", במובן סעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים 1911² (להלן: "חוק זכות יוצרים"). ככלומר, זכות היוצרים של "וולט-דייסני" הופרה, אלא אם כן העתקה הנה בנסיבות הח:rightים המותרים בחוק זכויות יוצרים עצמו. על כן, ניפנו השופטים בכל אחת מההחלטהות לבחון, האם נופל ספרו של גבע בגין הח:rightים שקובע העשייף להפרת זכות יוצרים. הח:right שນבחן במקרה זה, הוא הח:right המתיר טיפול הוגן לשם ביקורת, שבסעיף 2(1) לחוק.³

בית המשפט המחויז⁴ בחרן את הטענה כי פרסום של גבע הוא פרודיה, ועל כן נכלל בח:right ה"ביקורת", אך דחה אותה. כמו כן קבע בית המשפט המחויז, כי ח:rightי סעיף 2 לחוק אינם מעוניינים במשפט הישראלי את דוקטרינה "השימוש ההוגן" האמריקאית. על כן, בית המשפט המחויז לא נזקק לדוקטרינה זו כלל.

בית המשפט העליון, מפי השופט מלין, לעומת זאת, כלל את הפרודיה בקטגוריה ה"ביקורת", ואף ניתח את השאלה שבפניו לאור הדוקטרינה האמריקאית של "שימוש ההוגן". הגנת "השימוש ההוגן" פותחה בפסקיקה האמריקאית. סעיף 107 Copyright Act 1976 (להלן: "החוק האמריקאי") קבע דוקטרינה זו כחלק מהדין הח:right.⁵ סעיף 107 הוא למעשה קודיפיקציה של הגנת "השימוש ההוגן" שפותחה בפסקיקה, אשר בה ניכרו שתי מגמות: מגמה אחת של בוחנה כלכלית, דהיינו בוחינה

2 הסעיף קובע כי: "לזכוכי חוק זה, זכויות יוצרים' פירושו זכות יהיר להעלות על הבמה את היצירה או חלק ניכר מהם בצורה של ממש או להעתיקה".

3 סעיף 2(1) קובע כי: "רוואין זכויות יוצרים ביצירה כאילו הופר על ידי אדם אם שלא בהסכמה בעל זכויות יוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה בלבד ונותר זכויות: בתנאי שהמעשים דלקמן לא ידא בהם משפט הפטה זכויות יוצרים: (1) כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקרות, סקירה או תמצית עתונאית".

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

5 (1976) 17 U.S.C 107. הטעיף 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 הינו "שימוש הוגן" על פי מידת הפגעה שפגעה הייצרה המעתיקת במכירות הייצרה המקורי⁶. מוגמה שנייה הייתה של בחינה יצירתיות, דהיינו עד כמה תרומה הייצרה החדשת תרומה לאינטראץ' ציבורי⁷. במקרים שגובשו לכל סעיף 107 ניכרות שתי מגמות אלו גם יחד. אולם, הדיון הישראלי נוקט במנוחה שונה, "טיפול הוגן", ואין הכרה לפרש חיריג זה במקביל לחיריג "השימוש הוגן" האידיאלי, אך אני מסכימה לגישתו של בית המשפט העליון, הנצמד לפרשנות האמריקאית, ובכ容纳ותה על גישת בית המשפט המקורי. אולם, נראה כי בית המשפט העליון לא היה עקבי בגישה זו, כפי שאראה בהמשך המאמר.

ב) פרודיה והקריטריונים לשימוש הוגן

במסגרת חיריג "השימוש הוגן" ובהתאם לעקרונות העומדים בסיסו דיני זכויות היוצרים, על בית המשפט להכיר בחיריג מיוחד בתחום הפרודיה, אשר לדרכו נופל גם המקרה הנדרון בפרש גבע. זאת, בין השאר, בהתייחס לחידושים בפסיכה האמריקנית בתחום. בפרשנות הגנת "השימוש הוגן" אף אין בית המשפט יכול להתעלם מתחפיסטות עצשוויות של אמן ושל ביקורת האמנות, המחייבות את הרחבת המונח "פרודיה" וההגנה עליו. כיוון שהשופט מלץ מנתח אחד לאחר אחד את הקритריונים להכרה ב"שימוש הוגן" לפי סעיף 107 האמריקאי, אף אני בדרך, ואנתח את הקритריונים בעניינו.

1. מטרת השימוש ואופיו

על פסעיף 107, יש לבחון תחילת האם השימוש שנעשה ביצירה המקורית הוא מסחרי או שהנו שימוש למטרות לא מסחריות⁸. בבחן זה שני שלבים: בשלב ראשון נבחנת מידת המסחריות של השימוש. ככל שהשימוש בעל אופי מסחרי יותר, ייטה בית המשפט לסתורו כשימוש לא הוגן. בשלב שני, אף אם השימוש הנהן מסחרי, תוענק לו הגנת "השימוש הוגן", אם הוא מגדם מטרות חברתיות אחרות⁹. השופט מלץ קובע¹⁰, כי מבין שלביו של מבחן זה, החלב הראשון נוטה לטובת "וולט-דייסני", שכן השימוש של גבע הוא מסחרי. נראה כי קביעה זו אינה נכוןה. רואי שבגבע קיווה למוכר את ספרו ולהתפרקנס מכך. אולם, עובדה זו כשלעצמה אינה הופכת את השימוש למסחרי, שאחרת כמעט כמעט ולא יהא בנסיבות "שימוש הוגן". עיתונאי המצטט בספר בידיעת חדשתיות¹¹, איש אקדמי הכותב מאמר ביקורת ומשלב בו ציטוטים מציריה, 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

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

10 לעיל הערה 1, בע' 277.

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

כולם עושים זאת אגב פרנסתם. מבחן המסחריות הוא בניסיון להשתמש בעיר המסחרי של הייצירה המועתקת, על ידי העתקת חלק מקהל רוכשי הייצירה המסחרית ליצירה המועתקת. אמת, לא תמיד תהיה הבחנה בין שימוש מסחרי לשאינו מסחרי פשוטה, אולם זו השאלה שיש לבקרה.

בדונו בפן השני של הקוריטריוון הראשון, דהיינו במטרה החברתית של השימוש, דין השופט מلزم בפודיה כמקורה מיוחד. הוא מבחין בין פודיה לסתירה, וקובע כי הגנה תוענק בעיקר לפודיה, אך הוא מוכן לעיתים להעניק את ההגנה המוענקת לפודיה אף לסתירה. הוא קובע כי הייצירה נשוא הדין הנה סטירה. הבחנה אליה מכובן בית המשפט היא הבחנה הרווחת בין פודיה, שהיא חיקוי יצירה כדי להראותה באור מגוחך, לבין סטירה, שהיא ביקורת הומוריסטית על גורם שאינו יצירה אחרת, ולרוב זו ביקורת על החברה.¹²

במילון למונחי ספרות מוגדרת הפודיה כך¹³:

"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, הפודיה הנה סוג של סטירה, אשר אמיירתה הסטירית נשעת על שימוש שנונן שנעשה ביצירה אמנותית קיימת. לאפקטיביות הקומית וה ביקורתית של הפודיה להיב כפול. מחד, השימוש המגוחך שהיא ביצירה נשוא הפודיה, ומайдך החיצים שהיא שלוחת לפני הבחנה אותה היא מבקרת.

השופט מلزم קובע¹⁴, כי הגנה הנינתה במקורה הנדרן ליצירה באשר היא סטירה היא נמנעה, שכן אין ביצירה ביקורת על דמותו של "דונלד דאק", אלא רק ביקורת חברתי-כללית, אשר אינה נובעת דוקא מהשימוש בדמותו של "דונלד דאק". מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם קביעה בית המשפט שהסטירה רואיה להיכללה בהגנת "השימוש ההוגן", שהרי האפיון של יצירה כמעילה ביקורת חברתי-כללית ולא ביקורת על יצירה אחרת הננו האפיון של סטירה.

נראה, כי דוקא העובדה שהווצר משתמש בפודיה, כזאנר של סטירה, לצורך ביקורת חברתיות, ולא רק לעיג על הייצירה המועתקת, מעניקה חשיבות חברתיות גבואה יותר לייצירה, ותומכת בהחלפת חריג "השימוש ההוגן". לגבי הנימוק השני, דהיינו שהשימוש בדמותו של "דונלד דאק" אינו תורם לעוזק הביקורת חברתיות, נראה לי כי גם הוא חוטא למהותן של הפודיה והסטירה. הביקורת חברתיות אינה צריכה לנבוע דוקא מדמות ספציפית, אלא מכלול הדמיויות השונות הנבנות בסביב דמיות של ברווזים מוכרים, בהן משתמש גבע כדי להבהיר את התפיסה שלו את הבחנה.

12 לעיל העונה 1, בע' 279.

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

14 לעיל העונה 1, בע' 279.

ככל, נראה לי כי אין להתייחס במובחן לפורודיה ולסתירה. אף אני מסכימה כי השימוש במקורה זה אינו פרודי. בודאי ישנה בספר התייחסות מוגהכת ל"دونלד דאק", ואין זה משנה שבבעצם הציגו כי גישתו לדמות מלאת הערכה¹⁵. בית המשפט קובע כי אין ביצירה ביקורת על "دونלד דאק", ועל כן היא אינה פרודיה.¹⁶ מטיבעה של כל פרודיה טובה שהעוקן שבה אינו מופנה רק כלפי הדמות המועתקת. דמותו של "מוובי דאק", יציר כלאים בין סמל הצבריות לבין סמל האמריקניות, בזודאי יוצר ביקורת מרומות על דמות "دونלד דאק" עצמו, כסמל התרבות האמריקאית, כמו גם על העבר הישראלי, שסיגל לו, ברכות השנים, סממנים של ברודו דיסני אמריקאי.

בארצות-הברית מענקת הגנה מיוחדת ורבת עוצמה לפורודיה, אשר אף חווקה זה לא מכבר בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת *Two Live Crew*.¹⁷ באותו מקרה, נדונה גרסת "ראפ" פוגענית במיוחד לשיר הרומנטי "ASHA YIFAH". בית המשפט מיאן להיכנס לדין בערבה של הפורודיה, או בשימוש שהיא עשוה במקור, אף שהשופט סאטור רמז כי כמעט והוא מוצא כל ערך פרודוי בשיר נשוא הדין. הנימוק המרכזית שניתן שם להקלה בכללי "השימוש ההוגן" לפורודיות 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 הדין היא בעצם בשאלת האם יצטרך המתקיק לשלם עבור השימוש בחומר המוגן. בכך חזר בית המשפט העליון האמריקאי על הלכה של בית משפט פדרלי¹⁸ לפיה הגנת הפורודיה קיימת ממועד יצרתה כדי לאפשר שימוש שלרוב אינו ניתן לרכישה. אך היה למעשה גם במקרה זה. גבע ביקש את רשות "וולט-דיסני" להשתמש בדמותו של "دونלד 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 אינפורטטיבית, פרי איסוף מידע, ואילו ההגנה תצומצם לגבי יצירות שנון פרי עשייה יצרתית¹⁹. קרייטריוון זה, אשר לא נooth על ידי בית המשפט, שוקל במקרים הנדונן דוקא לטובת בעלי זכות היוצרים. פרודיות, מטיבען, מעתיקות מתחום יצירות "יצירתיות" ולא מגרי מידע גורידא. כפי שמצוינה לינסון, כאשר אדם מפרסם יצירה ברבים (להבדיל מבחוג מקופביו), עליו לקחת בחשבון ביקורת עליה, וכן היקף הפرسום ומידה מפורסמות היצירה אף הם גורמים רלוונטיים לשיקילת "השימוש ההוגן". בהיבט זה כוראי היקף "השימוש ההוגן" ביצירות של דיסני יהיה רחב.²⁰

15 שם, בע' 272.

16 שם, בע' 279.

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

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

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

19 ד' לינסון "שימוש הוגן" בזכויות יוצרים" משפטים טז (תשמ"ז) 439, 439.

20

3. היקף השימוש (מידת העתקה)

בדונו בגורם זה, בית המשפט קבע, כי העתקה שנעשה היה גורפת²¹. למעשה, הדמות הועתקה כמעט במידת מהמקורה. אמת המידה למידת העתקה המותרת מהמקור נלקחה על ידי בית המשפט בפרשנות בעי²² מההלך שנקבעה על ידי בית המשפט האמריקאי בפרשנות Air Pirates²³. שם קבע בית המשפט כי בפרודיה מותר להעתיק מהמקור באותה מידה שדי בה להעלota את רושם היצירה המקורית (enough) (to conjure up the original)²⁴. זו נראה אמת מידה אשר ניתן לישמה, למשל, לגבי פרודיה על עליית סרט²⁵. לעומת זאת, לגבי דמות מצוירת, קשה לדאות כיצד ניתן לצייר בעין המתבונן את הרושם של פרודיה על דמות מוכרת, אלא להעתיקה כמעט במידוק. עליינו להסתיג, גם בהקשר זה, מקביעת בית המשפט, כי השימוש בדמויות המועתקת אינו משורה את הערך הסתירתי²⁶. הסתירה מתאפשרת לאו דווקא מהעתיקת הדמות, אלא משלולוה עם דמיות ורעיון הילקווחים מהמקור שוננים לגמרי, כגון, במקרה זה, הספר "רובידיק" מאות הרמן מלוליל ודמות הצבר החובש כובע "טמלל".

אך בפסקה האמריקאית עצמה חלו תמורה מאז פסק הדין בפרשנות Air Pirates בפרשנות Fisher קבע בית המשפט כי הגבלת העתקה המותרת למידה "enough" בפרשנות to,conjure up the original, מתחילה מדי עם הפרודיסט. באותו מקרה נדון Shir שהייתה 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 מפרשנות Air Pirates בכך שהיא חלה בתחום המוסיקה, אך נראה שבית המשפט בחר בגישה המקופה יותר עם הפרודיסט²⁷. בית המשפט העליון.

21 לעיל הערא 1, בע' 282.
 22 שם, בע' 281–282.
 23 *Air Pirates* (להלן: פرشנות Walt Disney Productions v. The Air Pirates 581 F. 2d 751 (9th cir. 1978)).
 24 Supra note 18, at pp. 438–439.
 25 לדוגמה רואו: Benny v. Loew's 239 F. 2d 532 (9th cir. 1956).
 26 לעיל הערא 1, בע' 279.
 27 Supra note 18.
 28 Universal City Studios v. Sony 480 F. Supp. 429 (1979).

4. השפעת השימוש על ערכיה של הייצירה המוגנת
במסגרת קרייטריון זה נברכת מידת הפגיעה שפוגע המוצר המקורי בערך המקור
של בעל זכות היוצרים. ככל שמכירות יצירת המוצר נפגעות יותר מקומו של
המוצר המקורי בשוק, כך ייטה בית המשפט לשלול את הגנת "השימוש ההוגן".
הפגיעה בערך המוצר המקורי הרלוונטי לבדיקת קרייטריון זה, היא רק פגיעה
בערך הממקור על ידי החלפתו, כאשר הציבור מפחית ברכישת הייצירה המקורי
בשל כך שהוא קונה את המוצר המקורי.
אין הכוונה לפגיעה העוללה להיגרם
לערך הייצירה המקורי בשל שימושה לבוח ולעג בעניין הציבור, אשר תביא לכך
שהציבור יעריך את הייצירה המקורי פחות ויקנה פחות ממנה.²⁹ סיכון אשר כל מי
שמתמודד בשוק הביתיים והרעיונות נוטל, הוא שרעיונותיו יבוקרו ויהפכו מטרה
לעג. דיני זכויות היוצרים אין מטרתם להגן על היוצר מפני תקיפת יצירותיו, אלא
אך מפני העתקתן.³⁰

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

ונאה כי במקרה הנזון נוטה גורם זה במלואו לטובת גבע. קשה להעלות על
הדעתי כי מכירות ספרו של גבע יבראו על חשבון מוציאי "וולט-דייסני". אף צרכן
המעוניין במוציאי "וולט-דייסני" לא יתפתח לקנות במקומם את ספרו של גבע. אלא,
шибית המשפט קובע כי קרייטריון זה הנ בעל משקל פחות בבחינת הגנת "השימוש
ההוגן" לגבי סטירה, שכן מطبعה, הסטירה אינה מיועדת לבוא כתחליף לייצירה
המקורית, ומיעודת לרוב לקהל קוראים שונה למזה של הייצירה המקורי.³¹

קשה לקבל קביעה זו של בית המשפט. הקרייטריון הרכי, ההשפעה על הערך
הכלכלי של הייצירה הוא מרכזי, שכן במשפט המקביל נתפסת זכות היוצרים כזכות
כלכלית.³² ההגנה על זכויות היוצרים היא הגנה על ערכיה הכלכלי של הזכות, ועל
כן, בהיעדר פגעה כלכלית נחלש הצדוק למניעת ההפרה.

אל מול גישה זו ניתן, אמנם, להציג גישה שונה, לפייה מטרת דיני זכויות
היוצרים היא להגן על ההיבט האישי ביצירה. הייצירה היא קניין היוצר בהיותה
חלק מאישיותו, ולא רק בשל ערכיה הכלכלי ליוצר.³³ מטעם זה יש לתת הגנה
(.1980).

31 לעיל הערה 1, בע' 284.

32 Supra note 18.

33 לניתוח היבטים האישיים בזכות הקניין ראו מאמרה של Radin, (אשר דוקא אינה מביאה
DOGMA MOBHKHT ZO : M.J. Radin "Property and Personhood" 34 Stanford L. Rev. (1982)

מיוחדת לקניינו של בעל זכויות היוצרים. ניתוחים שונים של דיני הקניין מייחסים משמעות שונה לזכויות קניין הנוגעות לאישיותו או עצמיותו של בעל הזכות, מאשר לזכויות קניין להן ערך כלכלי גריידא. ישנו אף טעם רב לתחת משקל להיבט האישיותי בניתוח הזכות הקניינית דוקא בדיוני זכויות היוצרים. זכויות יוצרים היא, בדרך כלל, זכויות מובהקת שבה לקניין היבט אישי חזק³⁴ ולכנן יש להעניק לבעליה הגנה מיוחדת. אולם, דוקא בעניינו, בעל הזכות כבר אינו "וולט-דיסני" היוצר, אלא חברה "וולט-דיסני בע"מ", תאגיד ענק וחסר פנים, לגביוז הזכות היא נכס עסקי, שכן, נראה כי במקרה זה הגנה על ההיבט ה"אישותי" של זכויות הקניין, אינה נוטה דוקא לטובות בעל הזכויות ביצירתה המקורית.

ג) האמן והיצירה האמנותית

אם נרחיב קמעא את מבטינו, נראה כי אכן מתעוררת גם כשתאלת מדיניות שאלת הזכות המוסרית (moral right) של בעל זכויות היוצרים. כמובן, עד כמה מהיבט המדיניות הרואיה לשמר על האינטראשל בעל הזכות גם כאשר אין צפוי לפגיעה כלכלית. איני מתייחסת כאן בהכרחה לזכות המוכרת בסעיף 4 לפקודה זכויות יוצרים, 1924³⁵, אשר בית המשפט לא נזק לדון בה, מאחר שקיבל את טענת "וולט-דיסני" לפי סעיף 2. איני מתעלמת מהאפשרות שסעיף 2 עצמו כולל בחובו הגנה גם על אינטראסים לא כלכליים של בעל הזכות. היזירה נחפהת כחלק מאישיותו ומזהותו של האמן, וראו שיכל למנוע שימוש הפוגע ברענוןאותו אותם ניסה להביע באמצעותה. השיקולים השונים כאשר מדובר בגוף כלכלי ענק כמו חברת "וולט-דיסני" המחזק בזכות היוצרים, ולא היוצר עצמו. על כן נימוק זה חלש במקרה הנדון.

גם כאשר יוצר תובע מכוח זכויות יוצרים, ניתן לשאול, מהי האחיזה הרואיה שיש להעניק לאמן על יצירתו, ומנגד, עד כמה עומדת היזירה ברשות עצמה והופכת לרשوت הכלל. כך, תיאוריית הביקורת הספרותית, ובמיוחד מאזימי החיאוריה הפוסט-מודרניסטית, רואה ביצירה ישות עצמאית³⁶. לאונרדדו דה-זונצ'י בודאי לא היה מתחब מהשם שהוטף סלודור דאל' ל'מוונה ליזה', אולם כיום מקובל לראות את ה"מוונה ליזה" כחלק מן המאנגר התרבותי-האוניברסלי, ולא כנכס פרטיא של האמן. על כן, אמנים חדשים יכולים להשתמש בה כחלק משפתם האמנותית. במקרה של ה"מוונה ליזה", זהה רק שאלה מוסרית ולא משפטית, שכן יצירה זו ממליא מצויה ב-"domain public", לא היו לגבייה כל זכויות יוצרים בתוקף. התפיסה המנחה את דיני זכויות היוצרים בעולם כולם, לפחות זכויות היוצרים פגות לאחר פרק זמן קצר³⁷, מסיימת כמובן לאמני הדורות הבאים, הרוצים לעשות

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

35 והשו לסעיף 106A לחוק האמריקאי.

R. Wellek & A. Warren *Theory of Literature* (New-York, 1956) 129–145. 36
37 כך, גם באמנה ברן וב-Universal Copyright Convention.

שימוש ביצירות קיימות. אלא שכיום יצירות חדשות הופכות לקלאסיקה במהירות, ויישנו צורך אמתי לעשות שימוש ביצירות בעודן נתונות במשטר של זכויות יוצרים. בתפיסה האמנותית-העכשווית, מיטשטיים הגבולות שבין פרודיה וסתירה. שכן, גם לבחירה ביצירה בה עושים שימוש חדש יש שמעות חברתיות ופוליטיות. עצם העובדה שהפרודיה משתמשת ביצירה מתוקפה ותרבות מסוימים הופכת אותה גם לסתירה על אותה חברה ממנה נלקחה היצירה המקורית או על שמעות אותה יצירה מקורית בחברה שלנו. لكن, הצורך של דאיל'ינה רק פרודיה על זו של לאונרדו, אלא גם סטירה על החברה המתיחסת ליצירות האמנות הקלאסיות בדבר שאין לגעת בו. ולהחסינו לאלו פרות קדושות נוספות מוכנות אמרה זו?

התאורטיקנית לנדה האציגון מעירה³⁸, כי המבקרים הפוסט-מודרניים נמנעים כמעט מהשתמש במונח "פרודיה", בשל הקונטקט המושן הצר שנלווה לביטוי זה. היא עצמה מציעה "לפתח" את המושג, ולהשתמש בו, במאה העשורים, למוגן

יצירות, מיצירות הלועגות למושアン ועד ליצירות רציניות המכבדות אותו. בתרבות הפופ נכוונים לדברים אלו על אחת כמה וכמה. סמלי הפופ (pop), ש"דונלד דאק" הוא אחד המובהקים שבהם, נבנים ממיוחרים בחברה, הן על ידי השימוש המשחררי בהם, והן תוך שימוש בידי אמנים אחויים. כך עשה אמן הפופ אנדי וורhol, אשר תוכן אמרותיו האמנותיות היה שימוש בדים מיוחדים של "אלואס", "מרילין מונרו" וה"מונה ליזה" עצמה, כסמלים תרבותיים³⁹. אמן אחר, ריצ'ארד המילטון, הגיריר את תרבות הפופ במלחים אלו: פופולריות, משנתנה, מדרה להישכח... ו"עסק גдол"⁴⁰. לא רק שאין עוד הבדל בין תרבות גבואה לנמהה, אלא גם מיטשטי השבדל בין אמנות למסחר. השימוש בדיומיים קיימים המוגנים בזכויות יוצרים הוא כמעט כורה למציאות האמנותית החדשאה.

המייחזר הוא אינטגרלי והכרחי לסמלי הפופ עצמו, אחרות יהולו להיות סמליים. מצד שני, ההבדלה בין סמלי הפופ לבין סמלי התרבות המקובלם נעשית בידי יוצרים ומבקרים כחלק אינטגרלי מפעילותם, שמטרתה להראות שהבדלים בין אמנות גבואה ונמהה הם רק תוצר של הקשר. מנפרד פפייסטר אף טبع בכך סיסמה, המתאימה באופן מפתיע לנוינו: השאלה אינה "דונלד" או "דאנטה"? אלא יש לבחון את הנושא "דונלד דאק ודאנטה"⁴¹. על כן, נראה שגם במסגרת המשפטית יש להתנער מהתפיסות היישנות, מהבדלי הגדרה בין ביקורת, פרודיה, סטירה ואמנות רצינית. במסגרת "השימוש ההוגן" יש להכיר בכל יצירת אמנות העורשה שימוש ביצירה קיימת לצורך אמרה 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, 3rd 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 ותרבותו החמוניים. האם יכול והאם צריך בית המשפט לעסוק בכלל אלה כשהוא בא לפסק בסוגיה מתחום דיני הקניין? נראה, כי בית המשפט אינו יכול ואף אינו רשאי להתעלם מכל אלה. לדוגמה המבקשת, דהיינו כי בית המשפט אינו רשאי בנושאים הללו, יאמר מיד: ממש לא נקט כבר בבית המשפט עמדה בקבועה כי ההעתקה אינה משרתת את האפקט הסטריאי, וכי לא היה הכרח בשימוש בדמות המועתקת. בודאי שלא הכרת בכך. האמנות, טיבה היא שאינה משתמשת בדים מומיים "הכרחיים", כי אם בדים מומיים המגרים את דמיונו של היוצר. דווקא במקרה זה השימוש בדמות המועתקת לא היה שריורי, שהרי הספר יכול היה מבוסס על דמיות של ברווזים מוכרים.

כאשר בית המשפט מכירע לגבי תחומים שבמומחיות, הוא נועד בעדרים מומחים, כגון רופאים, מהנדסים ואחרים. במהלך הדיון בבית המשפט המוחזי בפרשנה גבע הובאו עדויות מומחים לאמנות מטעם גבע, אולם חוות דעת לא שימושה לבסוף לצורך הבדיקה הדיון. אולם, בעניינו עמדה לדין השאלה "מהי בি-קורת?". השאלה היא שאלת שבדין, אולם אין בית המשפט יכול לפרש את הדיון, במקרה זה, מבלתי לנתח את משמעות המונח "ביקורת" במאטሪה בה הוא עוסק, במקרה זה — ביקורת האמנות.⁴²

יתר על כן, גם אי-יניקיטת עמדה היא, במקרה זה, נקיית עמדה. חריג "הטיפול ההוגן" שבוחק מהייב את השופט לעורך אי-זון. באיזו וזה מצוים שיקולי מדיניות אשר חיברים לכלול שיקולים בדבר קידום האמנות, שהרי זו החקלאית החקיקתית⁴³ שביסודותיה חזק זה. בהתייחסות לאמנות כוות, לא ניתן להתעלם מניתוח האמנות בכלים פוטומודרניסטיים. כפי שכבר הוכרה הפרודיה כזרות ביקורת על יצירה, כך תיתכן יצירה המבקרת יצירה אחרת. במקרה הנדון בפרשנה גבע, נדונה צורת אמנות מוכרת ומקובלת — קולאדי. לגרסתנו, אף צורת אמנות לא מוכרת ולא מקובלת יכול ותהא זכאית להגנה, אך בעניינו הכרעה זו אף קלה יותר. וראי קיימת סכנה שנייה יהיה לנצל הגנה זו לצרכים מסחריים, אולם במקרים אלו היא תישלל. במקרה הנדון לא נטען ש"دونלד דאק" לא היה חלק אינטגרלי

42 כך, בכב"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד (נ) 661, מתגלה מהליך שופטים בשאלת דומה: מיהו הנוף הרاوي לקבוע האם לסתט ערך אמנותי, אשר בשלו אין לפטל את היצירה כפונוגרפיה, סמכותה הנותנה בדין לਮועצה לביקורת סרטים. השופט ברק (בע' 684–685 לפסק הדיון) סבר, כי אmons קביעת העובדות בסיסי ההחלטה היא בסמכות המועצה, אך בית המשפט ישאל עצמו האם קיימת הערכה וצינית כי יצירה אופי אמנותי, ואם כן לא אישר את פטולתה. לעומת זאת, השופט חסין (בע' 703–702) סבר, כי המועצה נבחנה באופן שתיזג את הלקח וחו"ל העם בסוגיה, ועל כן יש לכבד את ההחלטה, לפחות במקרים נdryים.

43 כמויווחו של השופט א' ברק בכב"ץ 953/87 פורה נ' ראש עידית תל-אביב יפו, פ"ד (ב) 322, 309

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

אם הכוונה בדברים אלו שדי להגות את מילת הקסם "אמנות" והכל מותך? האם על המשפט לכוף עצמו לכל מומחה מטעם עצמו לאמנתו, והאם על חריג "

"השימוש ההוגן" נגור להפוך את זכות היוצרים לעפר ואפר? בוודאי שלא כך. מהו אם כן הגבול? אין זו שאלה קלה, זאת במיוחד לאחר שאמנים, מאי ומעולם, ומאו מרסל דושמאפ בפרט, מנסים את תפיסותנו בשאלת "האמנות מהי"⁴⁴. השאלה אינה קלה, אולם בית המשפט איינו יכול להימלט ממנה. בinati המשפט המחווי הובאו לעדרות מספר אומנים ותאורטיקנים של האמנות. אף שבתי המשפט לא חילקו על הערכותיהם האומנותיות, למעשה לא שיחקו הערכותיהם של המומחים תפקיד בפסק הדין של שתי הערכאות. זאת, כיון שבתי המשפט לא סברו כי לטיוריה האומנותית יש חלק בפרשנות הדין. על גישה זו אני מבקש להלן. לרוב, נדרשת עדות מומחה לקביעת העובדות, בעוד הנורמות המשפטיות נקבעות על ידי בית המשפט לבדו. אולם, לעיתים נדרש דעת המומחה גם לצורך הגדרת הנורמה המשפטית עצמה. כפי שאסביר להלן, כך הדבר במקרה בו אנו דנים.

(ה) זכויות יוצרים והגנת חוקתיות

בארכות-הברית, שתי הזכויות בהן אנו דנים הן נשוא להגנה חוקתית. הסעיף הראשון לחוקה מקנה סמכות מפורשת לקונגרס להגן בחוק על זכויות יוצרים. גם

חריות הביטוי מגנת בזכות חוקתית, על ידי התיקון הראשון לחוקה⁴⁵.

בישראל, זכויות 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 שהופש הביטוי הננו חל' מ"כבוד האדם", ועל כן מוגן על פי סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך נקבע אף בפרשנת גבע עצמה⁴⁶. אף לדעתו של פروف' אהרן ברק חופש הביטוי נגור מתפיסה מהותית של כבוד האדם⁴⁷. אין זו זכות רגילה, אלא חירות שבולדיה נגמרת אישיותו של האדם⁴⁸. כך עולה אף מפסיקה רבת שנים של בית המשפט העליון. אכן, נראה כי באיזון בין זכויות הקניין של היוצר הראשון ל חופש הביטוי של היוצר השני, אין בהכרח להעדיף את זכויות הקניין מסווגו היהות זכות החירותה עלי חוק.

⁴⁴ לדיוון מקיף בשאלת ר' ג': עפרת הגדרת האמנות (תשלה).

⁴⁵ U.S. Const. Amend. i.

⁴⁶ לעיל הערא, 1, בע' 267.

⁴⁷ א' ברק פרשנות במשפט (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 תהליכי הייצור האמנותית ולהגן עליו, חייב הפרשן המשפטי לברר, בשלב ריאשן, מהי אותה "אמנות", עלייה בא החוק להגן. אך, אם חrieg "השימוש ההוגן" אמרור לשרת את מטרותיו של חוק זכויות יוצרים, הרי שפרשנות החריג חייבת להשתנות, בהתאם לשינויים החלים בהגדלת האמנות עצמה.

המשפט הוא בעל "רקמה פתוחה", כמשמעותו של פروف' ברק.⁴⁹ פרשנות האמנות ומושגיה במסגרת המשפטי היא על אחת כמה וכמה עיסוק במושגים בלתי תחומיים. האמנות משתנה באופן בלתי צפוי, והיא בעלת מוקרי גובל לא ברורים. אלו הם מאפיינים של מושג בעל "רקמה פתוחה". על כן, מוצדק ואף הכרחי שהפרשנות המשפטית בתחום זה לא תהיה "סגורה" ובבלתי משתנה. ניתן ללמידה לכך מעניין דומה. וויט겐שטיין⁵⁰ שאל, האם ניתן להגדיר מושג אשר אין אנו יודעים את גבולותיו. תשוכמו היא, שהדבר אפשרי. فهو "מושג בלתי חום", אשר אינו יכולים למתחוץ לו קווים גובל. נוכל להגדירו לצורך מטרה מסוימת, אף שאנו יודעים שהמושג משתרע מעבר לגבולות אלו. ישנו מונחים משפטיים אשר לא נוכל להגדירם פעם אחת ולהתميد. כזה הוא המונח "ביקורת" בדינוי זכויות יוצרים. בעבר, יתכן שהמונח "ביקורת" פורש ככלל 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 האמנותית, בהתאם לתפיסות האמנות העכשוויות. לו היה נוקט גישה זו, לדעתי היה מגיע בית המשפט למסקנה שבגבע זכאי לטען להגנת "השימוש ההוגן" ליצירותו. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם המגמה העדכנית בפסקה האמריקאית. בשולי הדברים נעיר, כי פרשת גבע, לא רק שמאפשרת למשפטן הצעה לעולם האמנות, אלא אף מKENה לתחוורטיקנים לגבי התקפיך שממלאת האמנות נדרשה לבחון את התייחסות החברה לאמנות, ולשימוש שעושה צורת אמונה אחת באחרות. נדמה, כי ההנחות של הפוסט-מודרניסטים לגבי התקפיך שממלאת האמנות בחברה משתקפות באופן מעניין בדיון המשפטי בפרשה זו. לא לעיתים קרובות ישנה הזדמנות לדאות התייחסות כתובה וסקולה ליצירה אמנותית, מנוקדת מבט שאינה אמנותית כלל. במקרים רבים האמנות מפרשת את המשפט, הפעם הגיע תورو של המשפט לפреш את האמנות. פסקי הדין בפרש גבע יכולים למשם מחשבה גם מבחינה זו.

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

50 לי וויט겐שטיין *ביקורת פילוסופית* (תשנ"ה) 67–68.