

זכות הגזירה וההגנה על רעיונות כדיני זכויות יוצרים

אורית פישמן אפורי *

- א. מבוא
- ב. ההבחנה היסודית בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן
- ג. זכות הגזירה
 1. הגדרת זכות הגזירה
 2. התפתחות זכות הגזירה כחלק מהרחבת זכות ההעתקה
- ד. הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום ההבחנה בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן
- ה. זכות הגזירה וההגנה על רעיונות
 1. זכות הגזירה וההגנה על מרכיבים "רעיוניים" שביצירה
 2. זכות הגזירה וההגנה על מרכיבים "רעיוניים" שביצירה "אמנותית"
- ו. הצורך להגביל את זכות הגזירה ולסייגה
 1. הרחבה של הגנת הטיפול ההוגן
 2. עיגון חריגים ספציפיים לזכות הגזירה בחוק
 3. צמצום הסעדים הניתנים בגין הפרה של זכות הגזירה
- ז. סיכום

א. מבוא

מקובל לתאר את היצירה המוגנת בזכות יוצרים כביטוי כלשהו של רעיון שהוא מקורי ליוצר היצירה. אפיון היצירה כביטוי של רעיון, הוא אחד מעקרונות היסוד של הדין. משמעות עקרון יסוד זה היא כי החלק המוגן ביצירה הוא דרך הביטוי שבה, במובחן מהרעיון הטמון בה. עקרון היסוד שלפיו אין הגנה על רעיון באמצעות זכות היוצרים אלא רק על דרך הביטוי, מעוגן היטב בדין

* דוקטור למשפטים. מרצה, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל. מרצה מן החרץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ואוניברסיטת תל-אביב.

בארץ¹ ובעולם². עקרון היסוד כי ההגנה היא על דרך הביטוי שביצירות ולא על הרעיון הטמון בהן משליך על כל מערכת הכללים שבדיני זכויות יוצרים, לרבות על "הבלמים והאיזונים" השונים המצויים במסגרת הדין, אשר נועדו ליישב בין האינטרסים השונים המעורבים בהגנה על יצירות³.

"זכות היוצרים" כוללת צרור של זכויות שונות, המעניקות שליטה על ניצולן של יצירות. בדרך כלל, זכות היוצרים כוללת את הזכות לשלוט על ההעתקה של יצירה וכן את הזכות לשלוט על הביצוע הפומבי או על השידור של היצירה. זכות נוספת שהיא חלק מצרור זכויות היוצרים, ובה נתמקד, היא הזכות לשלוט על ההפקה של "יצירות נגזרות" המבוססות על היצירה, המכונה גם "זכות הגזירה". היצירה הנגזרת היא יצירה כשלעצמה, המבוססת על יצירה קיימת, ואשר מוסיפה על היצירה שכבסיסה נדבך יצירתי משלה. כך לדוגמה: תרגום של יצירה ספרותית, סרט דרמטי המבוסס על יצירה ספרותית, עיבוד של יצירה מוזיקלית וכיוצא בזה. זכות הגזירה מאפשרת ליוצר לשלוט על ניצול היצירה באופנים רבים ושונים, פרט לתצורה המוחשית והראשונית שבה היא נתפרסמה. פרט לשליטה שמעניקה זכות היוצרים על הניצול של היצירה "כמות שהיא", זכות הגזירה מעניקה שליטה על ניצול של מרכיבי היצירה, ברמות הפשטה שונות, בדרך כלל תוך העברתם למדיום או לשפה אחרים מאלו שבמקור. כפועל יוצא מתוכנה ומאופייה זה של זכות הגזירה, מתעוררים קשיים רבים ושונים. קושי מרכזי הוא זה הנוגע לקשר שבין זכות הגזירה לבין עקרון היסוד בדבר אי-ההגנה על רעיונות בדיני זכויות יוצרים. זכות הגזירה מגנה על מרכיבים מופשטים מן היצירה, אשר יש בהם, במידה זו או אחרת, סממנים "רעיוניים". מכאן, כי זכות הגזירה מעוררת עיון

1 ס' 4(2) לחוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפס), תש"ס-1999 המתייחס להוספת ס' 7(ב) לפקודת זכות יוצרים, 1924, חא"י כרך א, (ע) 364, (א) 389 (להלן: "פקודת זכות יוצרים"). עיקרון זה אף מעוגן בישראל בהלכה הפסוקה, ראו למשל ע"א 15/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד לו(2) 813, 817 (להלן: עניין גולדנברג); ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 759 (להלן: עניין אורבך).

2 *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, ראו: Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex IC, 33 ILM 81 (1994) (להלן: "הסכם טריפס"); בארצות-הברית ראו: 17 U.S.C.A § 102 (b) (1996). להלכה בעניין זה בדין האנגלי ראו: K. Garnett, G. Davies & G. Harbottle *Copinger and Skone James On Copyright* (London, 15th ed., 2005) 28-29.

3 לדוגמה, ההשקפה שלפיה יש הגנה רק על דרך הביטוי שביצירה, ולא על הרעיון הטמון בה, הובילה להכרה כי תקופת ההגנה על יצירה יכולה להיות ארוכה יחסית. לעומת זאת, תקופת ההגנה הניתנת באמצעות זכות הפטנט, היא קצרה בהרבה מזו הניתנת באמצעות זכות היוצרים, שכן זכות הפטנט מגנה על אמצאה שהיא רעיון למוצר או תהליך חדשניים. כיוון שזכות הפטנט מונעת את השימוש החופשי ברעיון, היא מטילה נטל כבד על החברה, הגדול מזה הכרוך בהכרה בזכות יוצרים, ועל כן זכות הפטנט מוענקת לתקופה קצרה יחסית. לאחרונה חזר בית המשפט העליון של ארצות-הברית על הבחנה שגורה זו כדי להצדיק חקיקה אשר האריכה את תקופת ההגנה בזכות יוצרים, ראו: *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 212-213 (2003).

מחודש בעקרון היסוד שלפיו בדיני זכויות היוצרים אין הגנה על רעיונות. ההכרה באופייה ובתוכנה של זכות הגזירה כזכות המספקת הגנה מסוימת על מרכיבים בעלי סממנים "רעיוניים" הטמונים ביצירות, מובילה למסקנה כי יש להציב לזכות זו מגבלות וסיגים, וזאת כדי לשמר את אותה מערכת "בלמים ואיזונים" המצויה בדיני זכויות היוצרים. בחיבור זה, דיינו אם נערער במעט את עקרון אי-ההגנה על רעיונות בדיני זכויות יוצרים ונצביע על זכות הגזירה כגורם המרכזי לכך.⁴

ב. ההבחנה היסודית בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן

ההבחנה היסודית בין ביטוי מוגן לבין רעיון שאינו מוגן באה להגן על אינטרס הציבור בזרימה חופשית של רעיונות, בצד מתן תמריץ ליוצרים להפיק יצירות. באמצעות ההבחנה מובטח כי הציבור הרחב יוכל לעשות שימוש חופשי ברעיונות שביצירות – ובכך נשמר אינטרס העשרת השיח הציבורי. בצד זאת, ניתנת הגנה לדרך הביטוי הקונקרטי של היצירה – ובכך ניתן תמריץ ליוצרים ליצור, שכן נותרת בידיהם השליטה על ניצול הביטוי היצירתי. באופן זה, ההבחנה מספקת כלי לעריכת איזון בין האינטרסים של בעלי היצירות לבין האינטרסים של הציבור, ומכאן תועלתה הרבה בריסון זכות היוצרים.⁵

למעלה מכך, במקרים רבים, לשם הפקה של יצירה חדשה, נזקק היוצר ליטול במידה זו או אחרת, מרכיבים מיצירות קודמות. הפעילות היצירתית עשויה לחבוק רמות שונות של נטילה מיצירות קודמות, החל מנטילת חלקים כמות שהם מתוך יצירות קיימות וכלה בשימוש ברעיון הכללי הטמון בהן בלבד.⁶ ההבחנה בין רעיון לביטוי משמרת ליוצרים עתידיים את אפשרות השימוש ברעיונות שביצירות קיימות, ורעיונות אלה הם "אבני הבניין" הדרושות לשם הפקת יצירות חדשות.⁷ כך, ההבחנה אף מספקת כלי לעריכת איזון בין האינטרסים של בעלי היצירות הקיימות לבין האינטרסים של היוצרים המאוחרים או העתידיים.

4 על הפתרונות האפשריים לקשיים שמעוררת זכות הגזירה ראו א' פישמן אפורי "היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים" (עבודת דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית, תשס"ב).

5 במשפט הישראלי, ראו עניין אורבך, לעיל הערה 1; ע"א 2392/99 אשרו עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פד"נ (5) 255, 267–269; במשפט האמריקני ראו: M.B. Nimmer & D. Nimmer *Nimmer On Copyright* (New York, 1987) § 2.03[D]; P. Goldstein *Copyright, Principles, Law and Practice* (Boston, 1989) § 1.14.2.2; *Harper and Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 556 (1985).

6 ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A., פ"ד מח(4) 133, 165 (להלן: עניין Interlego); עניין אורבך, לעיל הערה 1; רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא ייצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 384, 385.

7 יש המכנים תכלית זו של ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי כשמירה על "האופציות היצירתיות" של היוצרים העתידיים. ראו: P.E. Geller "Hiroshige Vs. Van Gogh: Resolving The Dilemma Of Copyright Scope In Remediating Infringement" 46 *J. Copyright Soc'y. U.S.A.* (1998) 39, 48–49.

על אף תועלתה הרבה של ההבחנה היסודית בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן בשמירה על האינטרסים של הציבור ושל היוצרים העתידיים, אין הגדרה ברורה למושגים "רעיון" ו"ביטוי". משכך, יישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, לעתים רבות, אינו פשוט⁸. בהלכה נתגבשו דוקטרינות ומבחני עזר, אשר תפקידם לסייע ביישום ההבחנה, וכפועל יוצא מכך לשלול הגנה ממרכיבים שונים ביצירה במקרים מתאימים. לדוגמה, מבחן שנתפתח, בעיקר במשפט האמריקני, לעריכת ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי הוא מבחן ה"מיזוג". על פי מבחן זה, אם ניתן לבטא רעיון רק בדרך אחת, אזי דרך הביטוי של רעיון זה אינה מוגנת, שכן דרך הביטוי התמזגה עם הרעיון הבלתי מוגן⁹. על פי דוקטרינה אחרת, הידועה בכינויה "scenes a faire", קיים מאגר בסיסי של "סצנות שגורות", הכוללות דמויות, אירועים וכיוצא בזה, אשר הכול חופשיים לעשות בהם שימוש, שכן מרכיבים אלו הם תולדה הכרחית של הרעיון הטמון ביצירה¹⁰. עם זאת, וכפי שנראה להלן, לעתים אין די בדוקטרינות ובמבחני העזר האמורים, ויישום ההבחנה בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן מעורר קשיים רבים.

ג. זכות הגזירה

1. הגדרת זכות הגזירה

כאמור, "זכות היוצרים" כוללת צרור של זכויות שונות המעניקות שליטה על ניצולן של יצירות. ענייננו הוא בזכות הגזירה, אשר היא חלק מצרור "זכויות היוצרים". זכות הגזירה, המעניקה לבעל יצירה שליטה על "השימושים הנגזרים" ביצירתו, מוגדרת במדינות השונות בדרכים שונות. בארצות-הברית, זכות הגזירה מוגדרת כזכות הבלעדית להפיק יצירות נגזרות המבוססות על היצירה המוגנת¹¹, והיצירה הנגזרת מוגדרת כחוק כיצירה המבוססת על יצירה אחרת, אחת או יותר, כגון תרגום, עיבוד מוסיקלי, דרמטיזציה וכיוצא בזה¹². באנגליה, זכות הגזירה

8 מלומדים רבים עשו ניסיונות להתחקות אחר מושג "הרעיון", מתוך כוונה לגבש כלים שיסייעו ביישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי. ראו לדוגמה: L.A. Kurtz "Speaking to the Ghost: Idea and Expression in Copyright" 47 *U. Miami L. Rev* (1993) 1221, 1241–1260.

9 ראו: Goldstein, *supra* note 5, at pp. 80–82; Nimmer, *supra* note 5, at §13.93[B][3].

10 ראו: Nimmer, *supra* note 5, at §13.03[B][4]; ט' גרינמן זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים (1998) 62. לדוגמה של יישום מבחן זה בפסיקה בישראל, ראו ת"א (ת"א) 1229/95 בלומפולד נ' הראל (לא פורסם), דינים מחוזי לב(1) 529. (בפסק דין זה דובר בטענה כי הועתק ספר ילדים. בית המשפט דחה את התביעה בקבעו כי אף אם יש דמיון בעלילה בין שני ספרי הילדים, עדיין אין מדובר בהכרח בהפרה. דרך הביטוי מוכתבת לעתים מהסטנדרט הספרותי, וקיים מאגר מצבים מקובל בסגנונות הספרותיים השונים. כך, לדוגמה, בנוגע לספרות ילדים, הובאה עדות מומחה על פיה יש "בורסה קבועה של נושאים ורעיונות" (שם, בס' 6) ולכן בין שני ספרי ילדים בעלי נושא דומה, סביר כי יהיה דמיון מסוים).

11 17 U.S.C.A § 106 (2).

12 17 U.S.C.A. § 101.

מוגדרת כאיסור עשיית "אדפטציות" (התאמות) בנוגע ליצירה¹³. "אדפטציות" אלו מוגדרות על דרך רשימה סגורה, המפרטת למעשה סוגים של יצירות נגזרות, ובהן: יצירות ספרותיות – תרגום של היצירה, הפיכת יצירה לא דרמטית ליצירה דרמטית וההפך והמרת היצירה לתמונת; תכנת מחשב ומאגר נתונים – עיבוד, הפקת גרסה שונה או תרגום; ויצירה מוסיקלית – עיבוד או "טרנסקריפציה" (תעתיק). הוראה דומה לזו שבחוק האנגלי מצויה בחוק האוסטרלי¹⁴. בצרפת נקבע כי תרגום, "אדפטציה" (התאמה), "טרנספורמציה" (שינוי צורה), עיבוד או העתקה בכל צורה שהיא, של יצירה או של חלק ממנה, אשר נעשים בלא רשות היוצר – אסורה¹⁵. בגרמניה נקבע בחוק כי ניתן לפרסם או לנצל "אדפטציות" ושאר שינויים ביצירה רק ברשות מחבר היצירה אשר הותאמה או שונתה¹⁶. בישראל, הגדרתה של זכות הגזירה מצויה בסעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911, וזו קבועה בדרך הדומה לזו שבחוק האנגלי הנוכחי כרשימה של מעשים אסורים שעניינם הפקה של יצירות נגזרות שונות כגון תרגום, דרמטיזציה, סרט קולנוע ועוד¹⁷. עולה אפוא כי זכות הגזירה במדינות השונות מעניקה לבעל יצירה שליטה על קשת רחבה ביותר של פעילויות הנעשות בנוגע ליצירתו.

2. התפתחות זכות הגזירה כחלק מהרחבת זכות ההעתקה
התפתחות ההכרה בזכות הגזירה שלובה בהתפתחות זכות ההעתקה. זכות ההעתקה היא הזכות הבסיסית מבין הזכויות הנכללות בצרור "זכויות היוצרים". כיום, זכות ההעתקה מעניקה לבעל יצירה זכות בלעדית לשעתק ולשכפל את יצירתו, או חלק

13 Copyright, Designs and Patents Act 1988, Sec. 12 (להלן: "Copyright, Designs and Patents Act 1988, Sec. 12 (Act)").

14 Copyright Act 1968, Sec. 10, 31(1) (להלן: "Copyright Act").

15 Code de Propriete Intellectuelle (Intellectual Property Code of 1994) art. L. 122–124 (תרגום מהאתר: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/cpiatext.htm) (last visited on 23.08.05).

16 ראו: Act Dealing with Copyright And Related Rights (Copyright Act) (1965), art. 23; F.K. Beier et al. *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws* (Weinheim, 2nd ed., 1989) 148 (להלן: "החוק הגרמני").

17 ס' 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911, חא"כ כרך ג, 2633, (ע) 2475 (להלן: "חוק זכות יוצרים"). סעיף זה קובע כך: "לצרכי חוק זה 'זכות יוצרים' פירושו זכות יחיד [...] וכולל המונח את זכות היחיד, (א) להוציא לאור, להעתיק, להציג או לפרסם כל תרגום של היצירה; (ב) אם זו יצירה דרמטית, להפוך אותה לרומן או לכל יצירה אחרת שאינה דרמטית; (ג) אם היא רומן או יצירה שאינה דרמטית או אם זו מעשה ידי אמן, להפכה ליצירה דרמטית, אם בדרך הצגה בציבור או בדרך אחרת; (ד) אם זו יצירה ספרותית, דרמטית או מוזיקלית – לעשות כל תקליט, לוח מנוקב, סרט ראינועי, או כל מכשיר אחר שבאמצעותם אפשר להציג או למסור את היצירה בדרך מכנית". יצוין כי בס' 11(6) ר"ל 16 להצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה–2005, ה"ח 1116 (להלן: "הצעת חוק זכות יוצרים"), מוצע להגדיר את זכות הגזירה, בדומה לשיטה האמריקנית, כזכות בלעדית לעשיית יצירה נגזרת "המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד".

מהותי ממנה, על ידי הפקת עותקים בכל צורה שהיא¹⁸. שכפול (Duplication), פירושו הכפלת היצירה לעותקים, כגון צילום עותקים של יצירה ספרותית באמצעות מכונת צילום או הדפסתם באמצעות מכונת דפוס. שעתוק (Reproduction), פירושו הפקה מחדש של חלק מהותי מיצירה, בכל צורה שהיא. השעתוק, להבדיל מהשכפול, הוא למעשה גילום מחדש של היצירה או של חלק מהותי ממנה בעותק מוחשי, כגון הפקה של ציור חדש על פי ציור קיים.

היסטורית, זכות ההעתקה הראשונית שהוכרה חלה בנוגע לשכפול, קרי הדפסה, של ספרים¹⁹. במשך השנים התפתחה זכות ההעתקה, וניתנה בנוגע לשכפול של יצירות שונות, ולא רק בנוגע לשכפול יצירות ספרותיות (ספרים), אולם התפיסה הצרה של זכות ההעתקה כזכות לשכפול של היצירה הייתה נהוגה עד לסוף המאה ה-19²⁰. לדוגמה, במחצית המאה ה-19, עת שתפיסת זכות ההעתקה הייתה צרה והתמקדה בזכות השכפול, נקבע בארצות-הברית כי תרגום ספר אינו מהווה העתקה של היצירה, שכן התרגום הוא יצירה בפני עצמה וכי עותקים מפרים הם רק אלו המשכפלים את היצירה המוגנת. עוד נקבע, כי התרגום עושה שימוש ברעיון הטמון ביצירה, ועל כן הוא מותר²¹. כמה שנים מאוחר יותר נקבע בפסק דין אחר בארצות-הברית, כי העתקה של מרכיב מעלילה של מחזה ושילובו במחזה אחר הפרו את זכות ההעתקה במחזה²². למעשה, בפסק דין זה הוכר כי זכות ההעתקה אינה מוגבלת לשכפול עותקים מיצירה בלבד, וכי ניתן להעתיק מרכיבים מיצירה על ידי שעתוקם ושילובם בתוך יצירה חדשה. פסק דין זה נתפס כראשית הרחבת ההגנה על היצירה במשפט האמריקני, כך שההגנה אינה חלה רק על דרך הביטוי ה"מילולית" של היצירה, דהיינו על לשון הטקסט, כי אם גם על מרכיבים "תוכניים"

18 לדוגמה במשפט הישראלי ראו 10(2) לחוק זכות יוצרים, לעיל הערה 17. כן ראו באנגליה: 17 U.S.C.A § 101, 106; Copyright, Designs and Patent Act, Sec. 17 (2) (1996); בגרמניה: ס' 16 לחוק הגרמני; בצרפת: ס' 122–123 לחוק הצרפתי.

19 התפתחות זכות היוצרים באירופה נעוצה בפיתוח שיטת הדפוס. במאה ה-16 השלטונות באירופה העניקו רישיון מוגבל בזמן למספר מצומצם של אנשים להדפיס ספרים. שיטת רישיונות זו שימשה ככלי צנזורה, שכן אפשרה לשלטונות לפקח על תוכן הספרים המודפסים, אך עם זאת שימשה כאמצעי להבטחת האינטרסים הכלכליים של המוציאים לאור. מאוחר יותר, והחל מן המאה ה-18 החלו להכיר במדינות השונות בכך כי הזכות לשלוט על ההדפסה של הספרים מסורה למחבר הספר ולא למוציא לאור, וכך נולדה למעשה זכות היוצרים המוכרת לנו כיום, אלא שזו הייתה מצומצמת בתחילת דרכה. לדוגמה, באנגליה, הסתיימה שיטת הרישיונות סופית עם חקיקת החוק של אן, בשנת 1710 אשר נחשב לחוק זכות היוצרים הראשון באנגליה. חוק זה העניק למחבר זכות לשלוט על ההדפסה של ספריו לתקופת זמן מוגבלת, ראו: Copyright Act, 1709, 8 Anne., C19 (Statute of Anne); G. Davies *Copyright: and the Public Interest* (Weinheim, 1994) 7–8, 15–18, 73–74, 105–107.

20 לסקירה על התפתחות זכות היוצרים, ובכללה זכות ההעתקה, במשפט האנגלו-אמריקני, ראו: B. Kaplan *An Unhurried View of Copyright* (New York, 1967) 1–37.

21 Kaplan, *ibid*, at pp. 29–30.

22 *Daly v. Palmer*, 6 Fed. Cas 1132, 1137–1138 (1868) (להלן: *Daly case*).

ומופשטים יותר מן היצירה כגון העלילה²³. פסק דין זה אף מייצג את ראשית ההכרה בזכות הגזירה במשפט האמריקני, שכן בית המשפט עמד על כך כי פעולת הנתבע מהווה "אדפטציה" אסורה של יצירת התובע, וזאת אף אם הנתבע הוסיף יצירות משל עצמו²⁴. בהתאם לכך, בסמוך לאחר מתן פסק דין זה הוכרה לראשונה בחוק בארצות-הברית הזכות לשלוט על תרגום יצירה וכן על המרת יצירה לא דרמטית ליצירה דרמטית כחלק מהרחבת ההגנה על היצירה²⁵.

אף במשפט האנגלי במחצית המאה ה-19 החלה להתפתח ההכרה בכך כי זכות ההעתקה אינה מוגבלת לשכפול עותקים מיצירה, וכי זו כוללת אף שליטה על שעתוק של יצירה, גם אם השעתוק נעשה במסגרת הפקה של יצירה חדשה. תחילה הוכרה זכות השעתוק באופן מצומצם ככוללת שעתוק של מלוא היצירה ובאותו המדיום, כגון שעתוק של ציור על ידי הפקה של ציור דומה או זהה²⁶. מאוחר יותר, אף הורחבה זכות השעתוק, וכללה שעתוק של חלק מהיצירה תוך הכנסת שינויים והוספת תוספות, לרבות שעתוק של היצירה הנעשה במדיום אחר מזה שבו הופיעה היצירה במקור²⁷. כחלק מתהליך הרחבת ההגנה על היצירה, ובתגובה לפסיקה אשר קבעה כי המרה של יצירה לא דרמטית ליצירה דרמטית אינה נופלת לגדר זכות ההעתקה, הוכרה בחקיקה מוקדמת הזכות לשלוט על תרגום יצירה וכן על המרה שכזו²⁸. לבסוף, בחוק האנגלי משנת 1911 נקבע, כי העתקה של יצירה היא זו הנעשית בכל צורה שהיא, ועותק מפר של יצירה כולל אף "Colourable"

23 להתפתחות זכות ההעתקה במשפט האנגלו-אמריקני, ראו: Kaplan, *supra* note 20, at pp. 28–34.

24 P. Goldstein "Derivative Rights and *Daly case, supra* note 22, at p. 1138. כן ראו: "Derivative Works in Copyright" 30 *J. Copyright Soc'y. U.S.A.* (1983) 209, 213–214.

25 Goldstein, *supra* note 24, at p. 214 n. 21. כן ראו: Copyright Act of 1870, 37 CFR 203.2.

26 ראו לדוגמה פסק הדין: *Hanfsaengl v. Empire Palace Ltd.* [1894] 3 Law Reports Chancery Division, 109, 115–116. שבו נקבע כי מופע בימתי המתבסס על ציור אינו מהווה הפרה של זכות היוצרים בציור, וכי העתקה של הציור על ידי הפקה של ציור אחר היא זו שעשויה להפר את זכות היוצרים בציור. עוד לעניין תפיסת זכות ההעתקה באופן מצומצם במשפט האנגלי עד לראשית המאה ה-20, ראו: P. Goldstein "Adaptation Rights and Moral Rights in the United Kingdom, The United States and the Federal Republic of Germany" 14 *II C* (1983) 43, 46–47.

27 בפסק הדין *Wood v. Boosey* [1868] L.R. 3 Q.B. 223, 229, הוכר כי אין כל סתירה בכך כי יצירה חדשה (עיבוד מוזיקלי לאופרה, במקרה זה) שהופקה תוך שילוב מרכיבים מקוריים במרכיבים המועתקים מיצירה קיימת, תפר את הזכויות ביצירה שהועתקה. הלכה זו קנתה אחיזה של ממש לקראת סוף המאה ה-19.

28 H. Laddie et al. *The Modern Law of Copyright and Designs* (London, 2000) 99; C. Brunet "Copyright: The Economic Right" *Copyright And Confidential Information Law Of Canada* (Toronto, 1994) 144. בהתאם לכך, וליגסון מציין בספרו כי "אין חולק על כך ששינוי ממדיום אחר לשני גם הוא מהווה 'העתקה'", וכי "הפיתח יצירה ספרותית ליצירה דרמטית או להפך, מהווה אף היא reproduction של היצירה המקורית". ראו א' ח' וליגסון יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים (1963) 40.

"Imitations", אשר מקובל לפרשה כהעתקה עם שינויים, במובחן משכפול²⁹. עם זאת, לא הושמטה מהחוק הרשימה הפרטנית של הניצולים הנגזרים המצויים בשליטת בעל יצירה, אשר היסטורית נועדה להרחיב את זכות ההעתקה³⁰. חוק זכות יוצרים אנגלי זה משנת 1911, מצוי עדיין בתוקף בישראל³¹. התפתחות דומה בעיקרה של הרחבת ההגנה על היצירה באמצעות הרחבת מושג ה"העתקה" אירעה אף בצרפת ובגרמניה³².

עולה אפוא כי בצד תהליך ההרחבה של זכות ההעתקה — וליתר דיוק זכות השעתוק — הלך והתגבש מושג ה"אדפטציה" או הגזירה, כמאפיין את אותם מקרי "העתקה" חדשים המשקפים תפיסה מרחיבה של ההגנה על היצירה³³.

ד. הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום ההבחנה בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן

למעשה, הרחבת ההגנה על היצירה מעלה את השאלה מהי יצירה המוגנת בזכות יוצרים, ומהם "גבולותיה" הערטילאיים. בתמצית ובאופן גס ניתן לומר כי יצירה היא ביטוי מקורי של רעיון³⁴. הרעיון כשלעצמו, אם כך, אינו מהווה "יצירה", אולם זכות היוצרים אינה מגנה רק על הביטוי המוחשי והחיצוני של היצירה³⁵. במהלך השנים, נתפתחה תפיסה מרחיבה של היצירה ו"גבולותיה" כנכס בלתי מוחשי. לפי תפיסה זו, כוללת היצירה המוגנת הן את מרכיביה הצורניים-חיצוניים והן את מרכיביה התוכניים-פנימיים, ולפיכך קשת המקרים שבהם ייחשב הדבר כשימוש במרכיבים מהיצירה — רחבה³⁶. כאמור, מושג ה"אדפטציה" או הגזירה, אשר

29 ראו: Laddie et al., *supra* note 28, at pp. 142, 159.

30 לדין בשאלת היחס בין זכות ההעתקה לבין זכות הגזירה ובשאלה אם זכות הגזירה נבלעת במלואה בתוך זכות ההעתקה הרחבה, ראו פישמן אפורי, לעיל הערה 4.

31 תרגום המונח "Colorable Imitations" בנוסח העברי של החוק ל"חיקוי מתעה" (כך במקור) (ההדגשה שלי — א.פ.א.) אינו משקף את תוכנו המדויק של המונח במקורו. תרגומו של זליגסון למונח זה כ"חיקוי מוסווה" (ההדגשה שלי — א.פ.א.), מתאים יותר לדעתי, וראו זליגסון, לעיל הערה 28, בע' 40.

32 להתפתחות זכות ההעתקה בצרפת ובגרמניה ראו: Davies, *supra* note 19, at pp. 80–82; J.H. Spoor "Copies in Continental Copyright" *Copies in Copyright* (Alphen aan den Rijn, Netherlands, 1980) 10–26, 33–44.

33 Laddie et al., *supra* note 28, at pp. 163–164.

34 עניין Interlego, לעיל הערה 6, בע' 167.

35 J. Lahore *Copyright and Designs* (Sydney, 1996) § 34050, 34105, 34315; Laddie et al., *supra* note 28, at pp. 07–98, 211–213; Goldstein, *supra* note 23, at pp. 218–226; Kurtz, *supra* note 8, at p. 1252.

36 הפשטת מושג היצירה מיוחסת בספרות המשפטית, בין היתר, ליוסף קוהלר (Josef Kohler 1849–1919), שעל פי משנתו, היצירה היא "מבנה אמנותי", הכולל צורה חיצונית, צורה פנימית ותוכן, וזכותו של היוצר ביצירה הערטילאית כוללת שליטה על כל מרכיביה. ראו: Spoor, *supra* note 31, at pp. 14–15, 55; D. Saunders *Authorship and Copyright* (London, 1992) 117–118.

התפתח כחלק מתהליך ההרחבה של זכות ההעתקה, הוא זה שאפיין את אותם מקרי "ההעתקה" המשקפים תפיסה מרחיבה של היצירה המוגנת.³⁷ לדוגמה, הטקסט ביצירה ספרותית הוא הצורה החיצונית, ואילו העלילה היא מרכיב פנימי ותוכני של היצירה. השליטה על השימושים השונים בכל אחד ממרכיבי היצירה מהווה את קשת הזכויות שיש לבעל היצירה, מהעתקה מלאה ומדויקת של הצורה החיצונית ועד להפקה של יצירה נגזרת העושה שימוש במרכיבים ה"תוכניים" וה"פנימיים" של היצירה. כך, זכות הגזירה מהווה חלק מזכות היוצר לשלוט על המרכיבים ה"מופשטים" יותר שביצירתו.

דא עקא כי בעקבות ההגנה על מרכיבים תוכניים-פנימיים ביצירה באמצעות זכות הגזירה היטשטשה עד מאוד ההבחנה בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן.³⁸ זכות הגזירה מעניקה הגנה על מרכיבים מיצירה כגון עלילה,³⁹ דמויות⁴⁰ ומרכיבים נוספים אחרים, או על השילוב של מרכיבים אלה, אשר הם אינם חלק מהתצורה החיצונית וה"מילולית" של היצירה. כמו כן, זכות הגזירה מגנה על המרת יצירה

37 ראו לעיל הערה 32 והטקסט הנלווה לה.

38 רבים עמדו על קושי זה שמעוררת זכות הגזירה. ראו: Lahore, *supra* note 35, at § 34, 170; Goldstein, *supra* note 24, at pp. 218–226; S. Ricketson *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886–1986* (London, 1987) 374 n. 32; Nimmer, *supra* note 5, at § 1.10[B][2]; W.J. Braithwaite "Derivative Works in Canadian Copyright Law" 20 *Osgoode Hall L. J.* (1982) 191, 204; F.M. Patfield "Legal Policy And The Limits Of Literary Copyright" *Textual Monopolies, Literary Copyright And The Public Domain* (London, 1997) 113, 122; N. W. Netanel "Copyright and a Democratic Civil Society" 106 *Yale L.J.* (1996) 283, 304; S.W. Kaplan "Derivative Works and the Protection of Ideas" 14 *Georgia L. Rev.* (1980) 794, 809–812.

39 בישראל קבע בית המשפט כי "הרעיון המונח ביסודה של יצירה דרמטית-ספרותית איננו מוגן על ידי דיני זכות היוצרים והוא הדין לעניין העלילה (The Plot). אולם השילוב של הרעיון והעלילה או רצף של רעיונות המתחברים ומשתזזים זה בזה יוצרים לרעת בית המשפט המחוזי דמות שיש בה ייחוד ואשר יש לה הגנה". עניין גולדנברג, לעיל הערה 1, בע' 817. במילים אחרות, במידה רבה, מוענקת הגנה על העלילה שביצירה דרמטית-ספרותית. בפסק הדין האנגלי Holland v. Vivian Damm [1936] Macg. Cop. Cas., 69, 76–77 נקבע כי במופע מחול הועתק שילוב המרכיבים הרעיוניים שבסיפור או רצף האירועים הדרמטיים שבסיפור, על דרך ביצוע בריקוד, ובכך הופרה זכות היוצרים בסיפור. עוד לעניין ההגנה על מרכיבים מופשטים, כגון עלילה, ראו: Lahore, *supra* note 35, at § 34, 310.

40 השימוש בדמויות מעורר את שאלת הפרתה של זכות הגזירה, שכן בדרך כלל הדמות ניטלת מתוך יצירה קיימת לשם שילובה ביצירה חדשה. ראו: D. Vaver *Copyright Law* (Ontario, 2000) 133; M.A. Kaplan "Rosencrantz and Guildenstern Are Dead, But Are They Copyrightable? Protection Of Literary Characters With Respect To Secondary Works" 817 *Rutgers L.J.* (1999) 30. עם זאת, שאלה המתעוררת בכך היא אם ניתן לראות בדמות כיצירה עצמאית בפני עצמה, שאז השימוש בה אינו מעורר דווקא את שאלת הפרתה של זכות הגזירה. להגנה על דמויות במשפט הישראלי ראו רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 258–261 (להלן: עניין דיסני); ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577, 592–595. להגנה על דמויות בשיטות המשפט השונות ראו: Nimmer, *supra* note 5, at § 2.12, 17.06[C].

ממדיים ומממד מסוימים למדיום ולממד אחרים, ותכלית המרה זו היא לשנות את דרך הביטוי הקונקרטי של היצירה ולהציגה באופן אחר מזה שבו הופיעה במקור.⁴¹ כך, ככל שפוחתת מידת הזהות בין החלק שניטל מהיצירה הקיימת לבין השימוש שנעשה בחלק זה במסגרת היצירה הנגזרת, מתעוררת ביתר שאת השאלה אם אמנם נעשה שימוש בדרך הביטוי של היצירה ולא ברעיון הגלום בה. הדוגמאות לטשטוש ההבחנה בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן בעקבות הרחבת ההגנה על היצירה וההכרה בזכות הגזירה הן רבות, ותופעה זו אינה רק נחלת היצירות "הקלאסיות", כגון רומן או מחזה.⁴² כך, למשל, טשטוש ההבחנה מצוי גם בהגנה הניתנת לתכנות מחשב, אשר מוכרות כיצירות מוגנות.⁴³

ניתן לסכם כי המרכיבים המופשטים שביצירה, המוגנים באמצעות זכות הגזירה, ממקמים בתווך, בציר האפשרויות בין דרך הביטוי הקונקרטי של היצירה לבין רעיון כללי ביותר. לכן ניתן לומר כי הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום עקרון היסוד בדבר אי-ההגנה על רעיונות נובע מכך כי זכות הגזירה מגנה, במידה מסוימת, על מרכיבים רעיוניים הטמונים ביצירה.⁴⁴

41 ראו: Laddie, *supra* note 35, at § 34, p. 375; Ricketson, *supra* note 38, at p. 374; et al., *supra* note 28, at p. 98.

42 ראו לעיל הערה 39, בעניין ההגנה הניתנת למרכיבים מעלילה ספרותית.

43 ס' 2 לפקודת זכות יוצרים קובע כי לענין זכות יוצרים, דין תכנת מחשב כדין יצירה ספרותית. בע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מד(4) 17, 20, 21 (להלן: הלכת הרפז), המנחה בסוגיה זו בישראל, נקבע כי ההגנה ניתנת לכל שלבי פיתוח התכנה: משלב הגדרת הדרישות, דרך שלב ארגון הוראות ההפעלה וכלה בשלב התכנות עצמו. ההגנה ניתנת הן למרכיבים ה"חיצוניים" של התכנה והן למרכיביה ה"פנימיים". הגדרת דרישות התכנה באמצעות בחירה וארגון של רעיונות סווגה כמרכיב "פנימי" ומוגן. כמו כן, נקבע כי "זכות יוצרים לגבי תכנת מחשב משתרעת מעבר לקוד המילולי של התכנה ומוענקת גם לצורה (Artwork), למבנה (Structure), להזנת המשתמש (User Inputs), לסדר (Sequence), ולארגון (Organisation) של התכנה". שם, בע' 21. סטנדרט ההגנה שנקבע כהלכת הרפז הוא מרחיב ביותר, ואין זה המקום לדון בשאלה אם הרבר מוצדק אם לאו. לעניינו, הלכה זו משמשת כדוגמה טובה לכך כי ההכרה בזכות הגזירה הובילה תהליך של הפשטת מושג היצירה, שסופו בהגנה על מרכיבים "פנימיים" מעבר למופע החיצוני והמילולי של היצירה. כפועל יוצא מההגנה על המרכיבים ה"פנימיים" שביצירה טושטשה ההבחנה המסורתית בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן. במאמר מוסגר נציין כי בהלכת הרפז אומץ סטנדרט ההגנה הרחב על תכנות מחשב שנקבע בפסק הדין האמריקני בעניין *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d (1986) 1222; על פסק דין אמריקני זה נמתחה ביקורת נוקבת, ראו: *Nimmer, supra* note 5, at § 13.03 [A] [1] [c]. בהתאם לכך, בפסיקה מאוחרת בתי המשפט בארצות הברית הסתייגו מסטנדרט ההגנה המרחיב על תכנות, וזאת בשל העובדה כי הדבר גורם להגנה על מרכיבים רעיוניים שביצירה, וראו, לדוגמה: *Computer Associates International v. Altai*, 982 F.2d 963 (1992); *Apple Computer v. Microsoft Corporation*, 35 F.3d (1994) 1435. העובדה כי ההלכה האמריקנית אשר עליה נשענה הלכת הרפז הישראלית סויגה זה מכבר, צוינה על ידי השופטת שטרסברג-כהן בעניין אשרי, לעיל הערה 5.

44 לעמדה כי קיימת, במידה זו או אחרת, הגנה על רעיונות באמצעות זכות היצירה באופן כללי או באמצעות זכות הגזירה ראו: Laddie et al., *supra* note 35, at § 34375; Lahore, *supra* note 28, at pp. 213–214; Geller, *supra* note 7, at pp. 47–48; M.A. Lemley "The

ה. זכות הגזירה וההגנה על רעיונות

זכות הגזירה מעוררת קושי ליישם את עקרון היסוד שלפיו אין הגנה על רעיונות בדיני זכויות היוצרים. ליישום קושי זה מובאות שתי טענות עיקריות:

א. העיקרון היסודי בדבר אי-ההגנה על רעיונות אינו מדויק, שכן מדובר בעיקרון מידתי באופיו. במילים אחרות, אין הגנה על רעיון כללי, אולם, במידה מסוימת, יש הגנה על מרכיבים "רעיוניים" שביצירה.

ב. שורשיו של העיקרון היסודי בדיני זכויות יוצרים — שלפיו ההגנה משתרעת על הביטוי ולא על הרעיון — נעוצים ברצון שלא להעניק הגנה לרעיון "שימושי", במובחן מרעיון "אמנותי". בהתאם לכך, זכות הגזירה נועדה להגן על המרכיבים המופשטים או ה"רעיוניים" שביצירה ה"אמנותית". להלן נסביר בתמצית את שתי הטענות הללו.⁴⁵

1. זכות הגזירה וההגנה על מרכיבים "רעיוניים" שביצירה ראינו לעיל כי אין הגדרה ברורה למושגים "רעיון" ו"ביטוי".⁴⁶ לעתים, יישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי הוא כה קשה עד כי מספר מלומדים הגיעו למסקנה כי ההבחנה אינה משמשת ככלי שעל פיו ייקבע מהו היקף ההגנה על היצירה, כי אם ככלי לעריכת חלוקה בין החלק שראוי להגן עליו ביצירה לבין החלק שראוי להותירו חופשי, בהתאם לשיקולי מדיניות.⁴⁷ אחרים תיארו קושי זה ביישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, באופן שבו זיהוי מרכיב מהיצירה כ"רעיון" משמעו כי הרעיון חופשי לשימוש על ידי הזולת, ואילו זיהוי מרכיב מהיצירה כ"ביטוי" משמעו לעתים כי מדובר ברעיון מוגן.⁴⁸

למעשה, ניכר כי ההגנה על המרכיבים השונים שביצירה היא שאלה שבמידה, וזו תלויה, בין היתר, במידת גיבושם ומיקומם ב"ציר האפשרויות", מרעיון כללי

Economics of Improvement in Intellectual Property Law" 75 *Texas L. Rev.* (1997) 989, 1015–1017; I. Noishiki "The Scope of The Copyright Holder's Right to Adapt Computer Programs" 24 *IIC* (1993) 200, 205–207.

45 להסבר נרחב יותר בעניין הטענות הללו ראו פישמן אפורי, לעיל הערה 4.

46 ראו לעיל הערה 8 והטקסט הנלווה לה. לעתים נעשה שימוש במושגים "מופשט" ו"קונקרטי", באנלוגיה למושגים "רעיון" ו"ביטוי". יחד עם זאת, אף המושגים "מופשט" ו"קונקרטי" אינם ניתנים להגדרה בקלות, ואינם מקלים על יישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי. ראו: Kurtz, *supra* note 8, at pp. 1244–1245.

47 Goldstein, *supra* note 5, at § 2.3.1; G.S. Lunney "Reexamining Copyright's Incentives — Access Paradigm" 49 *Vanderbilt L. Rev.* (1996) 483, 513; L.L. Weinreb "Copyright For Functional Expression" 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 1150, 1176. לדוגמה מן הפסיקה בישראל של מקרה שבו נעזר דיון בשאלה מהו הרעיון ביצירה על פי השאלה אם ראוי להותיר את המרכיב הנדון בנחלת הכלל, ראו ת"א (י"ם) 1396/97 מאיר נ' קנר (לא פורסם), תקדין מחוזי 3424 (2)99.

48 Kurtz, *supra* note 8, at p. 1244.

ביותר ועד לדרך ביטוי קונקרטית⁴⁹. עמדה זו אף אומצה על ידי בתי המשפט באנגליה, בקבעם כי אמנם אין זכות יוצרים ברעיון כללי, אולם תיתכן הגנה על שילוב (קומבינציה) של רעיונות⁵⁰. אף בית המשפט העליון בישראל קבע כי ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי היא מעורפלת, ובמידה רבה אף מלאכותית, וכי "למעשה תלויה ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, ובסופו של דבר גם ההכרעה אם בהקשר ספציפי מתקיימת אחדות בין הרעיון ובין הביטוי, ברמת ההפשטה הננקטת בהגדרת המושג 'רעיון'. ככל שנגדיר 'רעיון' באורח מופשט יותר, כך ייכללו גם בגדר 'ביטוי' אלמנטים מופשטים יותר, ויגדל מגוון אפשרויות הביטוי: ולהפך: ככל שהרעיון מצומצם וספציפי יותר, כך מצטמצם מבחר דרכי הביטוי"⁵¹. במילים אחרות, ההבחנה בין ביטוי לבין רעיון היא מידתית באופייה, ואינה משקפת עיקרון מוחלט.

בהתאם לכך, יישוב הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום עקרון היסוד שלפיו אין הגנה על רעיונות בדיני זכויות יוצרים, הוא כי אמנם אין הגנה על "רעיון כללי", אולם קיימת הגנה במידה מסוימת על מרכיבים "רעיוניים" שביצירה. ויותר מכך, זכות הגזירה היא זו שנועדה, בין היתר, להעניק הגנה על מרכיבים מופשטים מן היצירה, אשר במידה מסוימת ניתן לזהותם כ"רעיון". ניתן להסביר או לתאר את תפקודה של זכות הגזירה ככלי המשמש למניעת נטילה של מרכיבים "רעיוניים" שביצירה בדרך ציורית כדלקמן: מסביב ליצירה קיימים מעגלי הגנה שונים. המעגל הראשון כולל הגנה מפני העתקה של חלקים מדרך הביטוי של היצירה. הגנה זו נעשית באמצעות הזכות למנוע העתקה של היצירה. מעגל שני וחיצוני לו מעניק הגנה על מרכיבים מופשטים ו"רעיוניים" הגלומים ביצירה. הגנה זו נעשית על ידי זכות הגזירה. כך, תפקידה של זכות הגזירה הוא בין היתר להרחיב את ההגנה על היצירה, במקרים מסוימים, מפני נטילה של המרכיבים

Laddie et al., *supra* note 28, at pp. 98, 213–214; Lahore, *supra* note 35, at §§ 34050, 49
 34105, 34165, 34175, 34315; Noishiki, *supra* note 44, at pp. 205–208
 אין להבין את עקרון היסוד בדבר אי-הגנה על רעיונות באופן פשטני, מצויה בפסק הדין
 האמריקני 119, 121 (2d Cir. 1930) *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, אשר עסק
 בשאלת ההגנה על מרכיבים מעלילה של מחזה. השופט הנד קבע בפסק הדין כי לא ניתן
 לסרטט את קו הגבול המבחין בין רעיון לבין ביטוי. לפיכך הוא גיבש את מבחן ה"הפשטה"
 (המכונה גם מבחן ה"אבסטרקציה") כמבחן להפרת זכות יוצרים, ועל פיו יש להשמיט עוד
 ועוד מרכיבים מדרך הביטוי המילולית של יצירה, כך שיווצרו בהתאמה מעגלי הפשטה של
 דרך הביטוי. על השופט לבחון מעגלי הפשטה אלו בהדרגה עד למציאת הנקודה שמעבר לה
 ניתן לומר כי מדובר ברצף מופשט של רעיונות שאינם ראויים להגנה עוד. עוד נקבע, כי בכל
 מקרה לגופו יש לבחון את מעגלי ההפשטה של דרך הביטוי ולקבוע עד לאיזו רמת הפשטה
 ניתן להעניק הגנה.

Laddie et al., *supra* note 28, at pp. 211–214.

51 עניין דיסני, לעיל הערה 40; כן ראו עניין אורבך, לעיל הערה 1, בע' 759, שם נקבע כי אין
 לקבוע מסמרות מתי מדובר ברעיון ומתי מדובר ביישום, וכי הכול תלוי בנסיבות. כך, ייתכן
 כי אותה מערכת עובדות יכולה להיחשב לעניין אחד רעיון ולעניין אחר יישום של רעיון.

ה"רעיוניים" הטמונים בה. מעבר לשני מעגלי ההגנה הללו, מצויה נטילה מותרת של המרכיבים הרעיוניים שביצירה, ואלו מסווגים כ"רעיונות הכלליים" שביצירה, אשר אינם זוכים להגנה⁵².

2. זכות הגזירה וההגנה על מרכיבים "רעיוניים" שביצירה "אמנותית" ההסבר השני הבא ליישב את הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום עקרון היסוד בדבר אי-ההגנה על רעיונות, הוא כי עיקרון זה נעוץ ברצון שלא להעניק הגנה לרעיון "שימושי" במובחן מרעיון "אמנותי". לצורך דיון בהסבר זה, יש לעמוד על ההבחנה בין יצירה "שימושית" לבין יצירה "אמנותית" בהקשר דברים זה. הטענה שבענייננו מושתתת על הבחנה כללית בין יצירות אשר הופקו לשם האסתטיקה, ההגות ו"האמנות", לבין יצירות שהפקתן היא לתכלית מעשית ושימושית⁵³. לדוגמה, ספר שהוא רומן הוא יצירה "אמנותית", ואילו ספר הכולל הסברים על שיטת ניהול חשבונות הוא יצירה "שימושית"⁵⁴. ביצירה עשויים להיות משולבים

52 Lemley, *supra* note 44, at pp. 1015–1017. ניתן למצוא שורשים לטענה זו, כי קיימת הגנה מסוימת על המרכיבים ה"רעיוניים" שביצירה באמצעות זכות הגזירה, כבר בפרשנות המוקדמת של אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, 1886 (1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971, 1979), כ"א 21, מס' 737 (נוסח 1967) ע' 581 ("אמנת ברן"), שהיא הנורמה הבינלאומית המרכזית בתחום. כיום מוכרת בס' 12 לאמנת ברן זכותו הבלעדית של היוצר להפיק "אדפטציות" ליצירתו. המונח "אדפטציה" החליף את המונח "העתקה עקיפה" (Indirect Appropriation) שהיה בנוסח קודם לאמנה, ועל פי אחד מהפרשנים המרכזיים לאמנת ברן פירוש מונח זה הוא הגנה על הרכב (קומבינציה) הרעיונות המגולמים ביצירה, במובחן מהגנה ישירה על דרך הביטוי של היצירה. ראו: S.P. Ladas *The International Protection of Literary and Artistic Property* (New York, 1938) 563, 568–569. לפיכך, דרך נוספת לאפיין הרחבת מעגלי ההגנה על היצירה היא כי המעגל הראשון מגן מפני "נטילה ישירה" של מרכיבים מדרך הביטוי של היצירה, ואילו המעגל השני, באמצעות זכות הגזירה, מגן מפני "נטילה עקיפה" של שילוב מרכיבים מופשטים, ובמידה מסוימת "רעיוניים", שביצירה. לעומדה כי הגנה מפני "העתקה עקיפה", כגון העברת יצירה מדור-ממד לתלת-ממד, הלכה למעשה, מגנה על הרעיון ביצירה, ראו: Lahore, *supra* note 35, at § 34090, 34105. יצוין, כי המונח "העתקה עקיפה" משמש אף לתיאור מצב בו נעשית העתקה שלא מתוך היצירה עצמה כי אם מתוך יצירות המבוססות עליה או מתוך עותקים של היצירה. דיון בשאלה מהי "אמנותיות" חורג ממסגרת חיבור זה. להבחנה האמורה בין יצירות שימושיות ככלל לבין יצירות "אמנותיות" אין עיגון מפורש בדין. לדרישת האמנותיות בנוגע ליצירות חזותיות, כדרישה לרמה אסתטית, ראו: עניין *Interlego*, לעיל הערה 6, בע' 174. לדרישת האמנותיות מיצירות אדריכליות, כדרישה לרמה אסתטית, ראו ע"א 448/60 לב נ' המשכיר המרכזי, פ"ד טז 2688.

54 הבחנה מקובלת בדיני זכויות יוצרים היא בין יצירות "אמנותיות", כגון ציור, צילום או פסל, לבין יצירות "ספרותיות", כגון רומן, שיר או תסריט. באופן גס, ניתן לומר כי יצירות האמנות החזותית מסווגות כיצירות "אמנותיות" וכי יצירות המועלות על הכתב מסווגות כיצירות "ספרותיות". להבחנה בין יצירה ספרותית ואמנותית ראו: Nimmer, *supra* note 5, at § 2.04 (3) 340 (להלן: עניין [A]). כן ראו ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלילות ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340 (להלן: עניין סטרוסקי). ההבחנה בין יצירות אמנותיות לבין יצירות שימושיות שאליה דבריי מכוונים היא הבחנה כללית יותר, ואינה עוסקת בחלוקה של סוגי היצירות על פי סוגי המדידה.

סממנים אמנותיים ושימושיים, והדוגמאות לכך הן רבות. לכן, ההבחנה בין יצירה "אמנותית" לבין יצירה "שימושית" היא לעתים רבות עמומה, וניתן להוסיף ולומר בהקשר זה, כי מדובר בספקטרום של מצבים ולא בחלוקה דיכוטומית. ואולם, ככלל, אף אם יצירה ממלאת אחר תכלית שימושית היא נהנית מהגנת זכות יוצרים.⁵⁵

הטענה שבענייננו היא כי ניתוח ההתפתחות ההיסטורית של זכות היוצרים, בעיקר במשפט האמריקני, מוביל למסקנה כי ההבחנה בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן משמשת לצמצום ההגנה הניתנת ליצירות "שימושיות" בלבד, ואילו בנוגע ליצירות "אמנותיות" (המפקות לשם ה"אמנות" ולא לשם תכלית שימושית) מוענקת הגנה מסוימת על מרכיבים "רעיוניים" או על שילובם. הגנה מסוימת זו על המרכיבים ה"רעיוניים" שביצירה "אמנותית" נעשית על ידי זכות הגזירה.⁵⁶ אין משמעות הדבר כי זכות הגזירה מעניקה הגנה מוחלטת על הרעיון שביצירות, לא כל שכן הגנה על רעיון כללי, אולם בנוגע ליצירות השונות ניתנת מידה שונה של הגנה, וזאת, בין היתר, כפועל יוצא ממידת ה"אמנותיות" או ממידת ה"שימושיות" שביצירה.⁵⁷ כך, בתי המשפט בארצות-הברית בפועל נוטים לצמצם את ההגנה על יצירות "שימושיות". בנוגע ליצירות אלה קיימת נטייה לקבוע כי לא הופרו הזכויות מקום בו נעשה שימוש יצירתי בחלקים שניטלו, ואין מדובר בשכפול גרידא של היצירה.⁵⁸ הדבר נעשה, לעתים, תוך שימוש בהבחנה בין רעיון לבין ביטוי, והנמקת ההכרעה, יש שיאמרו באופן רטורי, בכך שהנתבע עשה שימוש ברעיון הגלום ביצירה ה"שימושית" ולא בדרך הביטוי שלה.⁵⁹

55 במשפט הישראלי, ראו עניין *Interlego*, לעיל הערה 6, בע' 147. במשפט האמריקני ראו: *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 218 (1954). כך, לדוגמה, יצירות שימושיות אופייניות, כגון סרטונים, יצירות אדריכליות ותכנות מחשב, נהנות מהגנת זכות יוצרים, וראו, בישראל, ס' (1) וס' 35 לחוק זכות יוצרים וכן את ס' 2 לפקודת זכות יוצרים.

56 Kaplan, *supra* note 38, at pp. 809–812. לעמדה זו בייחוד בנוגע לתכנות מחשב ראו: Noishiki, *supra* note 44, at p. 208.

57 Lahore, *supra* note 35, at §§ 34050, 34105, 34315.

58 Noishiki, *supra* note 44, at pp. 218–226. כך, ראו: Goldstein, *supra* note 24, at pp. 208–209.

59 דוגמה המובאת לכך היא ההנמקת בית המשפט בפסק דין *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879) (להלן: *Baker case*). זהו פסק הדין התקדימי בארצות-הברית שבו נקבע כי ההגנה ניתנת לדרך הביטוי של יצירה ולא לרעיון הגלום בה, והוא עסק ביצירה שימושית. במקרה זה, דובר בספרו של התובע לשיטת ניהול חשבונות שבו נכללו טבלאות אשר נועדו לשמש את המשתמשים בשיטה. הנתבע הפיק אף הוא ספר לשיטת ניהול חשבונות אשר נכללו בו הטבלאות האמורות, ולפיכך נטען כי הופרו הזכויות בספרו של התובע. נקבע כי הנתבע עשה שימוש ברעיון הגלום בספרו של התובע ולא בדרך ביטוי. בית המשפט דחה את הטענה כי זכות היוצרים בספר מעניקה לבעליה זכות שימוש בלעדית בשיטה. לכן מקום שבו הדרך היחידה לעשות שימוש בשיטה הוא על ידי שימוש בטבלאות שבספר, הטבלאות הן חלק מהרעיון הבלתי מוגן שבספר והשימוש בהן מותר לכול. אילו הייתה ניתנת הגנה לטבלאות, כך נקבע, הלכה למעשה הייתה ניתנת הגנה לרעיון. פרופ' גולדשטיין סבור כי ניתוח נכון של עובדות פסק דין זה הוא כי הנתבע הפיק יצירה נגזרת, אלא שמשקולים שונים, בהם העובדה כי יצירת הבסיס היא יצירה שימושית, בית המשפט לא היה מעוניין להעניק שליטה

לדוגמה, סוג נפוץ של יצירות "שימושיות" הן תכניות, טפסים וכיוצא בזה. בנוגע ליצירות אלו, נטען כי בארצות-הברית, הלכה למעשה, רמת ההגנה שניתנה היא מצומצמת והתמקדה בהעתקה מדויקת או כמעט מדויקת, ואילו מקום בו הופקה יצירה נגזרת על בסיס היצירה ה"שימושית", לעתים קרובות נקבע כי נעשה שימוש במרכיבים הבלתי מוגנים שביצירת הבסיס ומשכך לא מתקיימת הפרה.⁶⁰ הסבר אפשרי לכך הוא כי במסגרת הפקת היצירה הנגזרת נעשים שינויים במרכיבי היצירה שבבסיסה, ולכן הדמיון בין היצירה הנגזרת לבין יצירת הבסיס מתמקד במרכיבים שימושיים (פונקציונליים) שונים, אשר כעיקרון אינם נהנים מהגנה.⁶¹ ונסביר: כאמור, ככלל, אף אם יצירה ממלאת אחר תכלית שימושית היא נהנית מהגנת זכות יוצרים. בעיה מיוחדת מתעוררת בקשר להגנה על יצירות חזותיות שהן אף בעלות תכלית שימושית. כלל מקובל בדיני זכויות היוצרים הוא כי זכות היוצרים אינה משתרעת על המרכיבים השימושיים (פונקציונליים) שביצירות אלה, אשר הם אותם מרכיבים החיוניים לשם קיום התכלית השימושית. למשל, ביצירות דוגמת תכניות או טפסים, אין הגנה על המרכיבים הפונקציונליים שביצירה, אשר בלעדיהם לא ניתן לקיים את התכלית השימושית, במובחן מהמרכיבים הקישוטיים גרידא. הסיבה לכך היא החשש כי הכרה בזכות בלעדית במרכיב שימושי תעניק בלעדיות על רעיון (שימושי), ותטיל הגבלת יתר על עולם הצורות החזותיות העתידי.⁶² ניכר, כי כלל מקובל זה נשען על ההבחנה היסודית בין רעיון לבין ביטוי ותכליותיה. כמו כן, בולט הקשר למבחן המיוזג עליו עמדנו לעיל, על פיו אם ניתן לבטא רעיון רק בדרך אחת אזי דרך הביטוי של רעיון זה אינה מוגנת. לפיכך, לעתים קרובות, יצירות "שימושיות" נפוצות נהנות מהגנה מצומצמת.⁶³ הגנה מצומצמת זו באה

על השימושים הנגזרים שבשיטה המתוארת בספר. במילים אחרות, בית המשפט היה מעוניין לאפשר לנתבע לעשות שימוש בחלקים מיצירתו השימושית של התובע, ולשם כך הרחיק לכת במתיחת הקו המפריד בין רעיון לבין ביטוי, וראו: Goldstein, *supra* note 24, at pp. 218–226, 228–230. לעומדה אחרת המצדדת בהנמקת בית המשפט בפסק דין זה, ראו: R.S. Brown "The Widening Gyre: Are Derivative Works Getting Out of Hand?" 3 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* (1984) 1.

60 Goldstein, *supra* note 5, at § 8.5.2.1. כן ראו: *Baker case*, *supra* note 59.

61 Goldstein, *supra* note 5, at § 8.5.2.1; Noishiki, *supra* note 44, at pp. 208–209.

62 בישראל, ראו: עניין *Interlego*, לעיל הערה 6, בע' 148, 154–155. בארצות-הברית, ראו: *Baker case*, *supra* note 59. כן, בארצות-הברית נקבע בחוק כי יצירות ציוריות, גרפיות או פיסוליות ייהנו מהגנת זכות יוצרים אף אם הן חלק ממחקן שימושי, אולם ההגנה תשתרע רק על המרכיבים הקישוטיים ככל שאלו ניתנים להפרדה מהמרכיבים השימושיים. מתקן שימושי מוגדר כמתקן בעל תפקוד שימושי שאין תכליתו היחידה נעוצה במראהו או במידע המועבר על ידו. ראו: 17 U.S.C.A § 101 (1996).

63 במאמר מוסגר אציין כי לעתים העמדה כי יש להעניק הגנה מצומצמת ליצירה ה"שימושית" מקופלת בטענה כי יש להעניק הגנה מצומצמת יותר ליצירה המגלה מקוריות או יצירתיות פעוטה. כאמור, יצירות "שימושיות" אופייניות הן תכניות, טפסים וכיוצא בזה. במקרים אלו, בדרך כלל, מידת המקוריות שביצירה ה"שימושית" היא פעוטה, ומכאן ההקבלה שנעשית לעתים בין יצירה "שימושית" לבין יצירה המגלה מקוריות פעוטה. לקשר שבין רמת המקוריות

לידי ביטוי בכך כי ההגנה ניתנת לדרך הביטוי ה"חיצונית" וה"קונקרטי" ביותר של היצירה, ואילו מקום בו נעשה שינוי של מרכיבי היצירה ה"שימושית", אזי המסקנה היא כי מדובר בשימוש מותר במרכיבים הבלתי מוגנים ביצירה, כגון במאפיינים הפונקציונליים⁶⁴. לעומת זאת, כאמור, ההגנה על יצירות אמנותיות שונות, כגון הרומן הספרותי, עשויה להיות רחבה יותר, ובתי המשפט עשויים למנוע נטילה של מרכיבים מופשטים יותר מן היצירה, שאינם כבחינת דרך הביטוי ה"חיצונית" וה"קונקרטי" של היצירה. יצוין כי אף בישראל, בפסיקת בתי המשפט קיימת אחיזה מסוימת לעמדה כי ההגנה שיצירה "שימושית" נהנית ממנה פחותה מזו המוצעת ליצירה "אמנותית"⁶⁵.

שביצירה לבין רמת ההגנה עליה במשפט האנגלי, ראו: W.R. Cornish *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (London, 4th ed., 1999) 420–421; Laddie et al., *supra* note 28, at p. 215; *Kenrick v. Lawrence* [1890] 25 Q.B.D. 99, 102; *Ladbroke (Football) Ltd., v. William Hill (Football) Ltd.* [1964] W.L.R. 273 המשפט בישראל נתן ביטוי לתפיסה כי קיים קשר בין רמת המקוריות שביצירה לבין רמת ההגנה עליה, ראו עניין סטרוסקי, לעיל הערה 52, בע' 357; ת"א (שלום – ת"א) 35629/95 סטחי נ' וינברג, קרסו, שמיר פרסום ושיווק בע"מ (לא פורסם), דינים שלום יג 189. עם זאת, יש לזכור כי ההקבלה בין יצירות "שימושיות" לבין יצירות המקורות פירושה יחסית אינה מוחלטת, ולעתים ביצירות "שימושיות" עשויה להיות מקוריות ויצירתיות רבה.

64 מרכיבי יסוד בסוגים נוספים של יצירות "שימושיות" אינם זוכים להגנה. לפיכך, אף בנוגע ליצירות שימושיות אלה אשר מתבססות על מרכיבים בלתי מוגנים קיימת נטייה להעניק הגנה מצומצמת, מפני העתקה מדויקת או כמעט מדויקת. לדוגמה, צוין, כי ועדה שהוקמה ביפן לבדיקת הבעיות העולות מהגנה על תכנות מחשב בזכות יוצרים הגיעה למסקנה, כי זכות הגזירה המוכרת בנוגע לתכנות מחשב היא מצומצמת לעומת זכות הגזירה הניתנת בנוגע ליצירות אחרות, כגון רומן. הסיבה לכך היא כי "אדפטציה" לתכנות מחשב, לעתים רבות, עושה שימוש במרכיבי יסוד מהאלגוריתם אשר אינם נהנים מהגנה. לפיכך, הוצע להבדיל את משמעות ההכרה בזכות הגזירה בנוגע לתכנות מחשב על ידי הנחיות פרשניות ודוגמאות מבהירות. ראו: Noishiki, *supra* note 44, at pp. 212–213.

דוגמה נוספת לסוג נפוץ של יצירות "שימושיות" הן יצירות "עובדתיות", קרי יצירות המהוות ליקוט של עובדות, כגון מדריכים לסוגיהם. נטען, כי בארצות הברית, בפועל, בתי המשפט נטו להעניק הגנה מצומצמת ליצירות "עובדתיות" וזאת רק מפני העתקה מדויקת או כמעט מדויקת. מקום שבו הופקה יצירה נגזרת על בסיס היצירה ה"עובדתית" נטו בתי המשפט להכריע כי נעשה שימוש במרכיבים הבלתי מוגנים שביצירה הבסיס, ולפיכך אין מתקיימת הפרה. הסבר שהוצע לכך הוא כי במסגרת הפקת היצירה הנגזרת נעשים שינויים נרחבים ביצירת הבסיס, ולפיכך הדמיון שבין יצירת הבסיס לבין היצירה הנגזרת מתמקד במרכיבי היסוד של היצירה ה"עובדתית", הן העובדות הבלתי מוגנות. לפיכך נטו בתי המשפט להכשיר הפקה של יצירות נגזרות המבוססות על יצירות מסוג זה, וראו: Goldstein, *supra* note 5, at § 8.4.2.

65 ראו ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד(1) 825, 831. בפרשה זו דובר בטענה כי הועתקו פזמונים. בית המשפט עמד על כך כי בנוגע ליצירות שאינן טכניות ושימושיות, כגון שירה, מוסיקה וכדומה, מספר האפשרויות לבטא רעיון מסוים הוא עצום. מכאן שדמיון כלשהו בין שתי יצירות שאינן טכניות יימצא ביתר קלות כהעתקה מפרה, לעומת דמיון שבין שתי יצירות טכניות. במילים אחרות, היקף ההגנה על יצירות טכניות או "שימושיות" הוא מצומצם יותר ומשתרע בנוגע לדרך הביטוי הקונקרטי של היצירה.

מן המקובץ עולה כי נוכח ההתפתחות של זכות היוצרים ומגמת בתי המשפט בפועל עלתה הטענה כי עקרון היסוד בדבר אי-ההגנה על רעיונות נערץ ברצון שלא להגן על מרכיבים רעיוניים שביצירה "השימושית", במובחן מהיצירה "האמנותית". החשש מהגנה רחבה על היצירה "השימושית", מעבר לדרך הביטוי הקונקרטי שבה, הוא כי הדבר יטיל הגבלת יתר על אפשרות השימוש ב"אבני בניין", כגון צורות פונקציונליות, הנחוצות לשם פיתוח יצירות עתידיות. מכאן שהרחבת ההגנה על היצירה באמצעות זכות הגזירה, המשמשת, במידה מסוימת, להגנה על מרכיבים "רעיוניים" שביצירה "האמנותית", והנטייה שלא להכיר בזכות הגזירה בנוגע ליצירה ה"שימושית" לבל תינתן הגנה על המרכיבים ה"רעיוניים" שבה, מתיישבת עם העיקרון היסודי בדבר ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, כפי שנתפתח דיניי זכויות היוצרים. אלא שכרבות השנים, הרטוריקה ששימשה לצמצום ההגנה על היצירות "השימושיות", בטענה כי אין להגן על רעיונות, התפשטה והפכה לעיקרון כללי דיניי זכויות היוצרים, אף שבפועל ניתנה הגנה, במידה מסוימת, על רעיונות הטמונים ביצירות "אמנותיות" ושאינן "שימושיות".

ו. הצורך להגביל את זכות הגזירה ולסייגה

האפשרות להגן על מרכיבים מופשטים שביצירה באמצעות זכות הגזירה, אשר סופה בטשטוש ההבחנה בין רעיון חופשי לבין ביטוי מוגן, מעוררת את הטענה כי אין בהבחנה מסורתית זו ערובה מספקת לזרימה החופשית של רעיונות בחברה, וכך אף נפגעת הפעילות היצירתית בחברה⁶⁶. טענה זו אינה מובילה למסקנה כי אין הצדקה להכיר בזכות הגזירה. ראשית, אמנם זכות הגזירה מגנה על מרכיבים מופשטים שביצירה, אולם אינה מעניקה הגנה על רעיון כללי כשלעצמו, וכאמור, מדובר בעניין מידתי באופיו. שנית, ישנם נימוקים רבים לכך כי מוצדק להכיר בזכות הגזירה. דיון בנימוקים אלו חורג ממסגרת רשימה זו⁶⁷. נציין כי יש הצדקה לזכות הזן על פי תאוריות תועלתיות-כלכליות, אשר עיקרן תועלת הציבור ורווחתו, והן על פי תאוריות של זכויות "טבעיות", אשר עיקרן שמירה על אינטרס הפרט הבודד⁶⁸. אם נתמקד בהצדקות התועלתיות לזכות הגזירה, השאלה הנשאלת היא האם הרחבת ההגנה על המרכיבים המופשטים שביצירה באמצעות זכות הגזירה משרתת את הגדלת מגוון הביטוי היצירתי, לתועלת החברה. אם זכות הגזירה מעודדת הפקה של יצירות ותורמת להגדלת מגוון היצירות, הרי שהזכות היא לתועלת החברה ועל

66 ראו, לדוגמה: A.C. Yen "A First Amendment Perspective on The Idea/ Expression Dichotomy And Copyright In A Work's Total Concept And Feel" 38 *Em. L.J.* (1989) 393, 424, 429.

67 לדיון נרחב בהצדקות להכיר בזכות הגזירה, ראו פישמן אפורי, לעיל ההערה 4.

68 לדיון כללי בהצדקות לזכויות היוצרים השונות, ראו ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (2000) 359.

כן היא רצויה, אף אם יש בצדה הגבלה כלשהי על השימוש במרכיבים מופשטים – או "רעיוניים" – שביצירה. עם זאת, היות שזכות הגזירה מגנה על מרכיבים מופשטים שביצירה, ועל כן עשויה, במידה מסוימת, להגביל את הזרימה החופשית של מרכיבים "רעיוניים" בחברה, הרי שניתן לומר כי בצד ההצדקה להכרה בזכות הגזירה מצויה אף הצדקה לסייגה במקרים מסוימים, שבהם הנוק לחברה מקיומה של הזכות עולה על התועלת שבה. דהיינו בצד ההצדקה להרחיב את ההגנה על המרכיבים המופשטים שביצירה באמצעות זכות הגזירה, טמונה אף ההצדקה להגביל את הזכות ולסייגה, לשם קידום תועלת החברה⁶⁹. סייגים אלו לזכות הגזירה צריכים לספק מענה נקודתי או כללי לבעיות המתעוררות במקרים שונים שבהם מוגבלת הזרימה החופשית של רעיונות, עקב ההכרה בשליטה הרחבה המסורה לבעל יצירה באמצעות זכות הגזירה. מכאן כי מסקנותינו האמורות בדבר אופייה ותפקודה של זכות הגזירה ככלי שבאמצעותו ניתנת הגנה מסוימת על רעיונות, מהוות בסיס לדיון נפרד בסייגים והחריגים השונים הראויים לזכות הגזירה, אשר אין זה המקום להרחיב בו. באופן זה, לדעתי יש במסקנות האמורות כדי לתרום לפיתוח מפוכח ומאוזן יותר של הדין.

נציין בתמצית כי להערכתנו ישנן מספר דרכים אפשריות לסייג את זכות הגזירה. ראשית, ניתן לצמצמם את תחולתה של זכות הגזירה מלכתחילה. צמצום זה יכול להיעשות, למשל, בדרך פרשנית על ידי בחינה קפדנית של שאלת ההפרה של זכות הגזירה במקרה נתון. בדרך כלל, יישום של ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי נעשה במסגרת בחינת ההפרה של הזכות ביצירה⁷⁰. בשלב זה, על בתי המשפט לנהוג במשנה זהירות במיקום המעשה המדובר בציר האפשרויות משימוש ברעיון כללי ועד שימוש בדרך ביטוי קונקרטית. ואכן, הלכה למעשה בתי המשפט הם אלו שמציבים לעתים את ההגבלות והסייגים לזכות הגזירה במקרים שבהם מנימוקים שונים הם אינם מעוניינים להעניק הגנה רחבה ליצירה, כגון כשמדובר ביצירה "שימושית", וזאת, כאמור, תוך שימוש בהנמקה כי נעשה שימוש מותר ב"רעיון" בלבד. הקושי בפתרון זה, הוא כי הדבר עשוי להיתפס כשימוש רטורי בהבחנה בין ביטוי לבין רעיון, ולא כפתרון סדור, בבחינת "דרך המלך", לבעיות שמעוררת זכות הגזירה⁷¹.

דרך אפשרית אחרת היא לסייג את זכות הגזירה בדיעבד, דהיינו להקים ולחזק חריגים וסייגים לזכות, אף אם לכאורה מוכרת הפרה שלה. שלוש דוגמאות מרכזיות לחיזוק הסייגים לזכות הגזירה הן: (א). הרחבה של הגנת הטיפול ההוגן; (ב). עיגון חריגים ספציפיים לזכות הגזירה בחוק; (ג). צמצום הסעדים הניתנים בגין הפרה של זכות הגזירה. ונסביר בקצרה.

69 לטעון דומה, ראו: Goldstein, *supra* note 24, at pp. 228–230.

70 עניין אורבך, לעיל הערה 1.

71 ראו: Goldstein, *supra* note 24, at pp. 228–230.

1. הרחבה של הגנת הטיפול ההוגן

הגנת הטיפול ההוגן היא חריג נפוץ לזכות היוצרים שלפיה שימושים שונים ביצירות שונות מותרים ופטורים מתשלום, כתנאי שהם הוגנים. תכליתה של הגנת הטיפול ההוגן, בדומה לחריגים אחרים, היא לקדם את תועלת כלל החברה.⁷² קיימים הבדלים בעיצוב הגנת השימוש ההוגן בשיטות המשפט השונות. הבדלים אלו, בין היתר, נוגעים למידת הגמישות ביישום ההגנה, אך ברכות מהשיטות מהווה ההגנה נדבך מרכזי בדיני זכויות היוצרים, בהיותה כלי לריסון שליטתו של בעל זכות היוצרים על יצירתו. בארצות-הברית קבועה הגנת "השימוש ההוגן" המעוגנת בחוק כהגנה "פתוחה", שלפיה בכל מקרה לנסיבותיו ניתן לבחון את השאלה אם השימוש שנעשה ביצירה הוא הוגן, ועל כן פטור מאחריות בגין הפרה של זכות יוצרים. החוק מונה רשימה פתוחה של מטרות, אשר שימוש שנעשה ביצירה לשמן עשוי להוות שימוש הוגן.⁷³ לעומת זאת, באנגליה ובשיטות המשפט המבוססות על הדין האנגלי, כגון זו שבשיראל, הגנת "הטיפול ההוגן" קבועה בחוק כהגנה "סגורה" שלפיה השימוש ביצירה צריך לענות על אחת מהמטרות הספציפיות הקבועות בחוק, ונוסף על כך יש לקבוע כי שימוש זה נעשה באופן הוגן בכדי שיהא פטור מאחריות בגין הפרת זכות יוצרים.⁷⁴ בישראל, בסעיף 2(I)(1) לחוק זכות יוצרים, נקבע כי לא יראו כהפרת זכות יוצרים "כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית". שימוש ביצירה שלא לשם אחת מהמטרות המנויות בחוק אינו יכול ליהנות מהגנת הטיפול ההוגן.⁷⁵ לכן אמנם לבית המשפט שיקול דעת רחב בהכרעה אם טיפול שנעשה ביצירה לשם אחת מהמטרות הקבועות בחוק הוא הוגן, אולם אין מסורה לו גמישות בהחלת הפטור על מטרות אחרות שאינן קבועות בחוק.

לעיתים, עשיית הפעולות המותרות כגדר הגנת הטיפול ההוגן עולה כדי הפקה של יצירה נגזרת. משכך, הגנה זו מציבה, באותם מקרים, חריג לזכות הגזירה.⁷⁶ בהתפתחות הגנת השימוש ההוגן שבמשפט האמריקני ניכרת מגמה שלפיה זו משמשת כאמצעי רחב וגמיש ביותר לסיוג זכות הגזירה, תוך התחשבות במכלול השיקולים המעורבים. מגמה זו נובעת, בין היתר, מכך כי בית המשפט העליון

72 ר' לוינסון "ההגנה של 'שימוש הוגן' בזכויות יוצרים" משפטים טז (תשמ"ו) 430, 432.

73 17 U.S.C. § 107.

74 באנגליה: Copyright, Designs and Patents Act, sec. 29–30; בקנדה: Copyright Act (1985); 29, 29.1, sec. 29, באוסטרליה: Copyright Act, sec. 40–42.

75 עניין דיסני, לעיל הערה 40, בע' 270–271.

76 דוגמה בולטת לכך היא הפרודיה, שהיא בדרך כלל יצירה המבוססת על יצירה קיימת, שאותה היא מבקרת באופן הומוריסטי. על כן הפקת יצירה נגזרת מסוג פרודיה עשויה ליהנות מהגנת הטיפול ההוגן, שכן מדובר בשימוש ביצירה מוגנת למטרות ביקורת. לעניין פרודיות והגנת השימוש ההוגן במשפט הישראלי, ראו עניין דיסני, לעיל הערה 40, בע' 279–284. במשפט האמריקני ראו: *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 580–581 (1994) (להלן: R.A. Posner "When Is Parody Fair Use?" 21 *J. Legal Studies* (1992) 67; *Campbell case*).

של ארצות-הברית העמיד את אחד המבחנים לקיומו של שימוש הוגן ביצירה בכך שהשימוש הוא "טרנספורמטיבי". השאלה שעל בית המשפט לשאול עצמו, כך נקבע, היא אם במסגרת השימוש ביצירה היוצר השני הוסיף משהו מקורי משלו, אשר משנה את היצירה בה נעשה שימוש על ידי ביטוי, משמעות או מסר חדשים.⁷⁷ במילים אחרות, מבחן השימוש "הטרנספורמטיבי" במקרים רבים עומד על השאלה אם השימוש ביצירה המוגנת הוא במסגרת הפקה של יצירה נגזרת, שאז תגבר הנטייה לראות בשימוש שכזה שימוש הוגן. עם זאת, אדיגיש כי לא כל יצירה נגזרת עונה בהכרח לדרישת השימוש הטרנספורמטיבי, וההפך.⁷⁸

להערכתי, ניכר יתרונה של הגנת השימוש ההוגן שבמשפט האמריקני על פני הגנת הטיפול ההוגן שבמשפט בישראל, שכן זו מספקת כלי גמיש לבתי המשפט, המאפשר להכיר בחריגים לזכות הגזירה בהתאם למציאות המתפתחת ובהתאם למידת הצורך במקרה נתון, בשם לב למכלול האינטרסים.⁷⁹ הגנת שימוש הוגן אשר אינה מוגבלת לרשימה סגורה של שימושים מספקת קרקע נוחה להכשרת ההפקה של יצירות נגזרות במקרים רבים יותר, מקום שבו הדבר משרת את תועלת הציבור.⁸⁰ יתרה מזאת, אף בדין בישראל במסגרת בחינת הוגנות הטיפול ביצירה

77 *Campbell case, supra note 76*, at p. 579.

78 תיתכן הפקה של יצירה נגזרת אף שהתוספת ליצירה שבבסיסה היא פעוטה. לדוגמה, העברת מדיום של יצירה מדור-ממד לתלת-ממד. לכן במקרה שכזה עשוי השימוש להימצא כבלתי טרנספורמטיבי דיו. כן ייתכנו מקרים שבהם שימוש טרנספורמטיבי ביצירה אינו עולה דווקא כדי הפקה של יצירה נגזרת.

79 עם זאת, אדיגיש כי אין במסקנתי בדבר עדיפותה של הגנת השימוש ההוגן שבמשפט האמריקני משום נקיטת עמדה בשאלה אם הגנה רחבה זו עומדת בדרישות הדין הבינלאומי. בס' (2)9 לאמנת ברן נקבע כי המדינות החברות רשאיות להרשות העתקה של יצירות בהתקיים שלושה תנאים: (א) החריג מתייחס למקרים מיוחדים מסוימים; (ב) העתקה אינה נוגדת את ניצולה התקין של היצירה; (ג) ההעתקה אינה פוגעת באורח בלתי סביר בזכויות החוקיות של המחבר. בס' 13 להסכם הטריפט נקבעה הוראה דומה, המתייחסת להריגים לזכויות היוצרים באופן כללי. נוכח העובדה שהגנת השימוש ההוגן במשפט האמריקני היא כה רחבה, ומתירה העתקה של כל יצירה לכל תכלית בתנאי שהשימוש בה הוא הוגן, תיתכן טענה כי זו אינה עומדת במגבלות ס' (2)9 לאמנת ברן וס' 13 להסכם הטריפט. ראו: R. Okediji "Toward an International Fair Use Doctrine" 39 *Columbia J. of Transnat. L.* (2000) 114–123. 75. כן, ראו התייחסות לשאלה זו בדו"ח שיצא לאחרונה מטעם WIPO: WIPO Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment, Prepared By S. Ricketson, SCCR/9/7, at 67–70. (2)9 לאמנת ברן, ראו: Ricketson, *supra* note 38, at pp. 482–489. 13 לפרשנות ס' 13 להסכם טריפט, ראו: World Trade Organization, Report of the Panel: *United States — Section 110(5) of The U.S. Copyright Act*, WT/DS160/R (2000).

80 לעניין יתרונותיה של הגנת שימוש הוגן פתוחה וגמישה, ככלי לריסון זכות הגזירה, ראו: F. Dessemontet "Copyright and Human Rights" *Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram* (The Hague, J.J.C. Kabel & G.J.H.M. Mom eds., 1998) 113, 120. ועדת Whitford המליצה כי בדין האנגלי תאומץ הגנת שימוש הוגן הדומה לזו שבארצות-הברית, מסיבות שונות, בהן גמישותה הרבה, אולם המלצה זו לא בוצעה. ראו: Report of the Committee to consider the Law on Copyright and Designs,

ראוי להדגיש את שיקול טיב השימוש ביצירה ולמקדו בשאלה אם השימוש ביצירה, או בחלקה, הוא טרנספורמטיבי, דהיינו נעשה במסגרת הפקה של יצירה נגזרת.

2. עיגון חריגים ספציפיים לזכות הגזירה בחוק

פרקטיקה מקובלת בדיני זכויות יוצרים בארץ ובעולם היא לעגן בחקיקה חריגים ספציפיים לזכות היוצרים, מקום בו הדבר נחוץ משיקולים שונים⁸¹. החריגים הללו עשויים ללבוש צורות שונות. יש חריגים המעניקים פטור כללי למשתמש ביצירה המוגנת במקרים מסוימים, ויש חריגים מסוג "רשיון כפייה", שעל פיהם מותר לעשות שימוש מסוים ביצירה המוגנת, בכפוף לתשלום. החריגים אף מגוונים במידת גמישותם, יש שהם ממוקדים ביותר ויש שהם כלליים. נוכח הקושי שמעוררת זכות הגזירה בכך שהיא מספקת הגנה על מרכיבים רעיוניים שביצירה, עולה הצורך לסייג את הזכות, בין היתר, באמצעות עיגון חריגים ספציפיים במקרים שבהם הנזק הנגרם מזכות הגזירה לאינטרס הציבור הוא רב. הצורך בחריגים נקודתיים לזכות הגזירה אף גובר בשיטה בה הגנת השימוש ההוגן היא מצומצמת, כגון זו שבישראל, שכן כאמור, בשיטה שכזו הגנת השימוש ההוגן אינה מתפקדת כחריג גמיש ופתוח לזכויות היוצרים בכלל. לכן במקרים שונים שבהם מוצדק להתיר הפקה של יצירות נגזרות, והפקה שכזו אינה יכולה ליהנות מהגנת השימוש ההוגן, אזי קם הצורך בעיגון חריג נקודתי לזכות הגזירה⁸².

3. צמצום הסעדים הניתנים בגין הפרה של זכות הגזירה

הבחירה המשפטית בין הסעדים השונים שיינתנו בגין הפרה של זכות כלשהי, מגלמת הכרעה ערכית בדבר אופייה של הזכות שהופרה וכן משקפת את עמדת השיטה המשפטית בנוגע לטיב התנהגות המפר⁸³. כך, גיבוש הסעד הראוי להינתן

Chairman: The Honourable Mr. Justice Whitford (the Whitford Report), March 1977, p. 172–173, par. 676–677; Granett, Davies & Harbottle, *supra* note 2, at pp. 481–482 המלצה דומה קיימת בדו"ח ועדה לרפורמה בחוק זכות יוצרים באוסטרליה ראו: Australian Copyright Law Review Committee *Simplification of the Copyright Act 1968* (1998) Part 1 — Exceptions to the Exclusive Rights of Copyright Owners, pp. 49–57 אף בישראל הביע השופט מלץ דעתו כי ההסדר המצוי בארצות-הברית עדיף על זה המצוי בישראל. ראו עניין דיסני, לעיל הערה 40, בע' 271. יצוין כי בס' 19 להצעת חוק זכות יוצרים, מוצע לעגן הגנת שימוש הוגן פתוחה בדומה לזו האמריקנית.

81 ראו: S.M. Stewart *International Copyright and Neighbouring Rights* (London, 2nd ed., 1989) 5, 79.

82 לדוגמה, סוגיה המועלית רבות בספרות המשפטית נוגעת לצורך הנקודתי לאפשר הפקה של יצירות נגזרות מתחום האמנות החזותית (ציור, פיסול, צילום), ברוח האמנות הפוסט-מודרניסטית, בתנאים מסוימים. להרחבת היריעה בעניין זה, ראו: J. Carlin "Culture Vultures: Artistic Appropriation and Intellectual Property Law" 13 *Colum. — VLA J. L. & Arts* (1988) 103.

83 ראו ח' דגן "הזכות לפירור ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601, 634. כן ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פד"י נה(5) 510, 520.

בשל הפרה של זכות הגזירה, יכול לשמש כאמצעי גמיש לעשיית צדק בין הצדדים בכל מקרה לגופו, וככלי באמצעותו בית המשפט ייתן ביטוי מעשי לאינטרסים השונים הכרוכים בהפקה של יצירה נגזרת, אפילו נעשה הדבר תוך הפרת זכויות. שני סעדים מרכזיים במשפט האזרחי הם סעד המניעה והסעד הכספי. שלילת סעד מסוים או צמצומו, לעתים, משמעה סיוג כוחה של זכות הגזירה. לדוגמה, הפרת זכות הגזירה, ככל הפרה של זכות יוצרים, מזכה את בעליה בסעדים כספיים שונים, בהתאם לעקרונות המשפט הכללי, ובהם דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט⁸⁴. צמצום היקף סעד ההשבה הכספי עשוי לשמש לריסון כוחה של זכות הגזירה⁸⁵. בהקשר דברים זה, מעניינת במיוחד היא תחילתה של מגמה במשפט האמריקני והאנגלי שלא להעניק סעד מניעתי במקרים מסוימים שבהם הופרה זכות היוצרים בכלל וזכות הגזירה בפרט, עקב המתיר החברתי הכרוך בכך⁸⁶.

84 ס' 16 (1) לחוק זכות יוצרים.

85 לעתים רבות, חלק מתוך הרווחים שהופקו מיצירה נגזרת מפרה, מקורם בתוספת שהוספה על ידי היוצר המאוחר. אמנם הרווח מהיצירה הנגזרת מקורו אף ביצירה שבבסיסה, אולם אם ניתן להפריד בין הרווח שמקורו בתוספת שהוספה על ידי המפר, אף שהדבר נעשה תוך ביצוע הפרה, לבין הרווח שמקורו ביצירת הבסיס, הרי שבמקרים ראויים יש להותיר בידי המפר חלק יחסי מן הרווח שמקורו בתוספת, לכל יתעשר בעל יצירת הבסיס על חשבון המפר. שיטה זו מכונה השבת רווח יחסי, ומשמעה למעשה היתר לנכות מרווחי הנתבע את החלק היחסי מהרווח שמקורו בתרומתו של הנתבע עצמו, וראו דגן, לעיל הערה 83, בע' 634-633. כך, בתי המשפט באנגליה לא נרתעו מלהקצות את הרווח היחסי כלכד לתובע בגין הפרה של זכות הגזירה, אף אם הדבר כרוך בקושי רב, וזאת אף אם המפר פעל בידועין. ראו לדוגמה: *Potton Ltd v. Yorkclose Ltd* [1990] F.S.R. 11, 16-19. כך אף נוהגים בתי המשפט בארצות-הברית, ראו: *Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.*, 106 F.2d (2 Cir. 1940) 390, 45 (1939). יתרה מכך, בחוק בארצות-הברית נקבע כי הנתבע בגין הפרת זכות יוצרים רשאי להפחית מסכום ההשבה כל רווח שהוכח כי אין מקורו ביצירת התובע. ראו: 17 U.S.C. § 504(b) (1996). בדרך זו, באמצעות צמצום היקף סעד ההשבה בעשיית עושר ולא במשפט מרוסן כוחה של זכות הגזירה, שכן בעל הזכויות ביצירת הבסיס מקבל פיצוי ראלי על השימוש ביצירתו, אולם אינו זוכה ב"מתת שמיים" (Windfall), ומפיק היצירה הנגזרת המפרה אינו נותר בלא כלום ואינו נענש על מעשה ההפרה.

86 כ"ב 578, *Campbell case*, *supra* note 76, at p. 578, שבו נדונה הפקה של פרודיה, ציין בית המשפט העליון בארצות-הברית, אמנם בהערת אגב, כי ייתכנו מקרים שבהם יהיה די במתן סעד כספי לתובע בגין הפרה של זכות היוצרים ואין הכרח להעניק אף סעד מניעתי. עוד צוין, כי תכלית זכות היוצרים לעידוד היצירה אינה מושגת תמיד בדרך הטובה ביותר על ידי מתן צו מניעה באופן אוטומטי. בית המשפט העליון של ארצות-הברית חזר על עמדתו זו, שלפיה מתן סעד מניעה מסור לשיקול דעת בית המשפט, ואף שהופרה זכות היוצרים ייתכן כי אין להעניק סעד מניעה אם תהיה לו "השפעה הרסנית" על החברה, וראו: *New York Times Company, Inc. v. Jonathan Tasini*, 533 U.S. 483 (2001). בפסק הדין האנגלי *Beckwith v. Ashdown v. Telegraph* [2001] Group R.P.C., 34 בסעיפים 46 ו-59 לפסק הדין, הכיר בית המשפט בכך כי במקרים חריגים ייתכן התנגשות בין זכות יוצרים לבין עקרון חופש הביטוי, והדרך העיקרית להתמודד עם הדבר היא באמצעות שלילת סעד המניעה שכן האינטרס הציבורי בפרסום יצירה אינו יכול להצדיק אף שלילה של גמול כספי ליצירה.

ז. סיכום

זכות הגזירה מעניקה הגנה על מרכיבים יחסית מופשטים שביצירה. המרכיבים המופשטים שביצירה, אשר זכות הגזירה מעניקה שליטה על ניצולם, ממוקמים בתווך בציר האפשרויות בין דרך הביטוי הקונקרטי וה"מוחשית" של היצירה לבין רעיון כללי ביותר הטמון ביצירה. ניתן לומר כי זכות הגזירה מגנה על מרכיבים מן היצירה, אשר יש בהם, במידה זו או אחרת, סממנים "רעיוניים", ושאינם דרך הביטוי הקונקרטי של היצירה. לפיכך, זכות הגזירה מעוררת קושי ביישום עקרון היסוד בדיני זכויות היוצרים שלפיו יש הגנה על דרך הביטוי של יצירה אך לא על הרעיון הטמון בה.

יישוב הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום עקרון היסוד שעל פיו אין הגנה על רעיונות הוא, ראשית, באמצעות ההכרה בכך כי אין להבין את עקרון היסוד האמור באופן פשטני. אמנם אין הגנה על רעיון כללי כזה, אך קיימת הגנה על מרכיבים שונים שביצירה שאינם בבחינת דרך הביטוי ה"מילולית" או ה"מוחשית" של היצירה. במילים אחרות, עקרון אי-ההגנה על הרעיונות אינו מוחלט כי אם מידתי באופיו. שנית, יישוב הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום עקרון אי-ההגנה על הרעיונות הוא כי עיקרון זה מיושם ביתר תוקף בנוגע לרעיונות "שימושיים", ואילו בנוגע לרעיונות "אמנותיים" קיימת הגנה מסוימת. הרעיון ה"שימושי" הוא זה המבוסס ביצירה שנועדה לשמש תכלית מעשית כלשהי, ולכן הצורה או דרך הביטוי של היצירה מוכתבות לעתים רבות מהפונקציה שהיא נועדה לשרת. הרעיון ה"אמנותי" הוא זה המבוסס ביצירה שתכליתה אסתטית או הגותית והיא לא נועדה לשרת פונקציה כלשהי. כך, אופן יישום עקרון היסוד, שלפיו אין הגנה על רעיונות, משתנה בהתאם לסוג היצירה שבה מדובר. ככל שמדובר ביצירה המבטאת רעיון שהוא יותר "אמנותי" מאשר "שימושי", כך קיימת נטייה להעניק הגנה למרכיבים מופשטים יותר שביצירה, אשר ניתן לסווגם כמרכיבים בעלי סממנים של "רעיון". ההכרה בכך כי זכות הגזירה מספקת, במידה מסוימת, הגנה על מרכיבים רעיוניים שביצירה, אין משמעה כי נשמטת הקרקע תחת ההצדקה לזכות. ישנן הצדקות שונות, הן תועלתיות-כלכליות והן "טבעיות"-מוסריות, להכיר בזכות הגזירה כזכות אשר מספקת הגנה על מרכיבים מופשטים שביצירה. עם זאת, בצד הצדקות אלו קמות אף הצדקות לסייג ולהגביל את זכות הגזירה מקום שבו היא חוסמת את הזרימה החופשית של הרעיונות בחברה, וכן עת שהנוק בעקבות כך עולה על התועלת הצומחת מההכרה בזכות. במילים אחרות, עיון מפוכח בתפקידה ובתפקודה של זכות הגזירה מוביל למסקנה כי בצד הצורך להכיר בה קם אף צורך לעגן כללים שונים אשר ישמרו על אינטרס הציבור בשימוש חופשי ברעיונות.