

הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה

ניבה אלקין-קורן *

1. מבוא
2. על חינוך, על השכלה ועל הוראה מרחוק
3. מהן ההגבלות שמטילים דיני זכויות יוצרים על השימוש ביצירות להוראה?
 - 3.1 חומרי לימוד כיצירה מוגנת
 - 3.2 אילו שימושים מחייבים רישיון?
 - 3.2.1 ביצוע פומבי של יצירה לצורכי הוראה
 - 3.2.2 עותקים וקובצי מקורות
 - 3.4 שימוש לצורכי הוראה שאינו מחייב רישיון
 - 3.5 אחריות להפרה
4. זכויות יוצרים והוראה בעידן הדיגיטלי
 - 4.1 הוראה מרחוק
 - 4.2 שמורים דיגיטליים
 - 4.3 אתרי אינטרנט לקורסים מתוקשבים
 - 4.4 מדיה דיגיטלית
5. לקחים מן המשפט האמריקני
6. סיכום

1. מבוא

העידן הדיגיטלי פתח בפני ציבור החוקרים, המרצים והסטודנטים אפשרויות טכנולוגיות חסרות תקדים בתחומי ההוראה, הלימוד והמחקר. הסביבה הדיגיטלית

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. תודה לאורית טסה ולסלעית ברדוגו על סיוע במחקר. תודה למיכאל בירנהק, לאירית הוכרמן, לברוך קיפניס ולחיים רביה על הערותיהם מאירות העיניים. תודה מיוחדת לרחל ארידור על השראתה ועל עזרתה בהכנת המאמר לפרסום. המאמר נכתב לפני פרסום הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה–2005, ה"ח 1116.

מאפשרת, למשל, מתן גישה לחומרי לימוד באופן שוטף ומתרחבם. לצד חיסכון בהוצאות אחסון ושימור החומר, היא מאפשרת איתור יעיל של מידע והצלבתו עם מידע אחר. היכולת לקיים שיעורים אינטראקטיביים באמצעות רשת האינטרנט מקרבת את ההשכלה האקדמית לפתחן של אוכלוסיות מגוונות הפזורות במקומות גאוגרפיים שונים. אפשרויות חדשות אלה פותחות פתח לשינוי מהותי בתהליכי מחקר ולימוד, ולמתן משמעות חדשה למושגים כמו רכישת ידע והקנייתו. על רקע זה, קשה שלא להביט בדאגה על התפקיד שממלאים דיני קניין רוחני בעיכוב הטמעתן של מערכות משולבות מחשב במוסדות להשכלה גבוהה ועל האפקט המצנן של דינים אלה על הוראה ועל לימוד בכלל. מהפכת המידע, המדיה הדיגיטלית ורשת האינטרנט הביאו לשינויים מרחיקי לכת בדיני זכויות יוצרים בשני העשורים האחרונים. בעקבות שינויים אלו הורחבה תחולת ההגנה על יצירות חדשות אשר לא זכו להגנת זכויות יוצרים בעבר, הורחב היקף הזכויות הבלעדיות והוכבד הנטל על המוסדות להשכלה גבוהה. המשטר המשפטי החדש הוסיף שורה של הגבלות חדשות ורחבות היקף על השימוש בחומרי לימוד. יתרה מזאת, יישומם של דיני זכויות היוצרים במדיה דיגיטלית הכניס חוסר ודאות באשר לשימושים המותרים ביצירות ויצר אפקט מצנן שפגע בעיקר במשתמשים המוסדיים הפועלים באופן מסודר ובמסגרת החוק.

דיני זכויות יוצרים מעצם טבעם מטילים מגבלות על השימוש ביצירות. מגבלות אלו חלו מאז ומתמיד גם על שימוש לצורכי מחקר והוראה. בישראל נאלצו מוסדות החינוך, ובכללם המוסדות להשכלה גבוהה, לחסות בצלם של הסדרי פטור צרים¹. עם זאת, היעדר מודעות לנושא זכויות יוצרים, רמת איכפה נמוכה, קושי באיתור ההפרות ולעתים אף העלמת עין, אפשרו למוסדות להשכלה גבוהה למלא את תפקידם, למרות הסדר המשפטי של דיני זכויות יוצרים אשר הצר את צעדיהם.

דיני זכויות היוצרים מטילים כיום מגבלות רחבות יותר על השימוש ביצירות בסביבת ההוראה המתקשבת, שכן שימושים רבים שהיו מותרים קודם לכן עלולים להוות הפרה משעה שהתבצעו בסביבה הדיגיטלית. מוסדות להשכלה גבוהה המבקשים להדביק את ההתפתחויות בתחום ההשכלה הגבוהה ברחבי העולם, ולנצל את יתרונות הסביבה הדיגיטלית, נאלצים להתמודד עם הקשיים שמערימים דיני זכויות היוצרים, המעכבים, ולעתים אף מכשילים, את השימוש במערכות ממוחשבות וברשת האינטרנט. הניסיון להנהיג שימוש מורשה ביצירות, הופך לעתים קרובות למשימה בלתי ישימה. קבלת רישיון שימוש מחייבת איתורו של כל אחד ואחד מבעלי הזכויות בחומרי הלימוד, וניהול משא ומתן לקבלת הרשאה לשימוש ביצירה

1 החקיקה בישראל היא חקיקה בריטית אשר נותרה על כנה מאז ימי המנדט. ראו חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י כרך ג, (ע) 2633 (להלן: "חוק זכות יוצרים" או "החוק"), וכן פקודת זכות יוצרים, 1924, חא"י כרך א, (ע) 364 (להלן: "פקודת זכות יוצרים"). בשנת 2003 פרסם משרד המשפטים תזכיר בנושא: תזכיר חוק זכות יוצרים, תשס"ד-2003 (להלן: "תזכיר 2003"). [http://www.bizlaw.co.il/download/statute/copyrights.pdf] (last visited on 8.9.2005)

המוגנת. כל זאת, במחיר סביר ובפרק זמן קצר, כמתחייב מן האופי הדינמי של תכניות הלימודים באוניברסיטאות². יתרה מזאת, לצד היעדר היערכות מספקת מצד מוציאים לאור להרשאת שימושים טכנולוגיים חדשים, קיים גם קושי מהותי במתן הרשאה לשימוש ביצירה במסגרת של הוראה מרחוק. קושי זה, אשר טרם נמצא לו מענה, נובע מהיעדר אמצעי טכנולוגי המבטיח באופן מלא את זכות היוצרים ומונע ניצול לרעה של פורמט ההפצה הדיגיטלי. הפורמט הדיגיטלי חושף את היצירה להעתקות ולשינויים. מתן גישה ליצירה בפורמט דיגיטלי, כמוהו כפתיחת "מפעל שכפול" של היצירה אצל כל אחד ואחד מן המשתמשים, אשר יכול ליצור ולהפיץ עותקים מושלמים וזהים למקור, בעלות זניחה, באמצעות מחשבו האישי.

השימוש ביצירות לצורכי חינוך והוראה³ הוא אולי ההקשר הטעון ביותר שבו בא לידי ביטוי המתח המוכנה במנגנון המשפטי שייצרו דיני זכויות יוצרים על מנת לשרת את יעדם – עידוד היצירה – על ידי הבטחת תמריץ כלכלי ליוצר, מן הצד האחד, והרחבת השימוש ביצירות, הפצת ידע ולימוד מן הצד האחר⁴.

האקדמיה מייצרת מחקר מדעי, המוצא את ביטויו במאמרים, בספרים, בדו"חות ובמאגרי מידע, כמו גם בתכנות, באלגוריתמים, בחומרים כימיים וביולוגיים ובטכנולוגיות הניתנים להגנה בקניין רוחני. אולם המחקר במוסדות להשכלה גבוהה איננו תכליתי הכול. אוניברסיטת המחקר רואה במחקר ובהוראה כלים שלובים ומבקשת לעודדם בד בבד. ההנחה היא שסביבה המשלבת מחקר והוראה ונהנית מחופש אקדמי, היא המתכון להתהוותו של מחקר דינמי ופלורליסטי שיבטיח את המשך ההתקדמות המדעית. צורכי המחקר וההוראה מחייבים אפוא התייחסות מיוחדת לשם יצירתה של סביבה אינטלקטואלית עשירה המושתתת על חופש אקדמי. דיני זכויות יוצרים מקנים זכויות ליוצר. אולם הבעלות ביצירה המוגנת בזכות יוצרים שונה מהבעלות על מכונית או על קרקע. זכות היוצרים חלה אך ורק על תרומתו המקורית של היוצר לכלל היצירות שנוצרו בידי קודמיו, שחלקן מצויות כבר בנחלת הכלל. זכות זו נועדה לעודד יוצרים ליטול חלק במפעל הכלל אנושי של פיתוח המדע והתרבות, אותו הקשר שפתי תרבותי וטכנולוגי אשר הזין

2 United States Senate Statement of Marybeth Peters *The Register of Copyrights before the Web-Based Education Commission* (106th Congress, 2nd Session, July 20, 2000) [<http://www.copyright.gov/docs/regstat72000.html>] (last visited on 8.9.2005)

3 לדיון מקיף בהשלכותיה של מגמת ההרחבה בקניין רוחני על המחקר במוסדות להשכלה גבוהה ראו: J.H. Reichman & P.F. Uhlir "A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment" 66 *L. & Contemp. Prob.* (2003) 315

4 ראו לעניין זה פסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) שמגר בע"א 513/89 *Exin Lines Bros. S.A. נ' Interlego*, פ"ד מח(4) 133, 157: "קיים איזון בין הרצון לעודד יצירות חדשות על ידי מתן תמריץ לייצור הרעיון, הביצוע המקורי או הצורה החדשה או המקורית, ומול זה השאיפה שלא להעניק הגנה רחבה מדיי שסופה שבעל הזכות זוכה במונופול המאפשר לו ליהנות על חשבון הציבור ולמכור את המוצר ללא תחרות ובמחיר מופקע, כאשר המחיר החברתי של המונופול עולה על התועלת שבו".

את תהליך היצירה ואפשר את היווצרותה. היצירה שייכת ליוצר לא יותר מילד ה"שייך" להוריו, שכן אין הוא בבעלותם באותו האופן שיש להם בעלות על נכסים אחרים. הסיבה לכך קשורה במטרתם של דיני זכויות יוצרים: עידוד היצירה. מתן זכויות בלעדיות ביצירה לתקופת זמן מוגבלת נועד לאפשר ליוצרים לדרוש תשלום עבור השימוש ביצירה למשך פרק זמן מוגבל, שבסופו תשוב היצירה לנחלת הכלל. ה"מחיר" שמשלמת החברה בגין הסדר זה הוא בהגבלת נגישותן של כל אותן יצירות שכבר נוצרו.

יפים לעניין זה דבריו של הנשיא שמגר (כתוארו אז) בע"א 513/89 Exin Lines Bros. S.A. 'נ Interlego:

"אף שמתן זכות יוצרים ליוצר על יצירתו יש בו כדי לעודד פיתוחן של יצירות מקוריות, הרי שיש בו גם אלמנט שלילי המתבטא בהקטנת מרחב התמרון של יוצרים עתידיים. מאלו נשללת היכולת להשתמש במרכיבים שזכו להגנת זכות יוצרים אצל יצרן אחר, או לחילופין הם נדרשים לשלם בעבור זכות זו ובכך מתייקר תהליך הייצור שלהם. מכאן שהשיקול אם להעניק זכות יוצרים אינו מתמצה בכך שיש בו כדי לעודד את היצרן הספציפי לייצר, אלא שיש לשקול אם אין במתן זכות יוצרים משום פגיעה קשה מידי ביצרנים פוטנציאליים עתידיים".⁵

צמצום הגישה ליצירות מעכב את תהליך היצירה אשר על פי טבעו הוא דינמי ואינטראקטיבי ומבוסס על יצירות קודמות המהוות לו חומר גלם ומקור השראה. התגמול ליוצרים נמדד בכסף, אך המחיר החברתי הכבד הכרוך בזכויות יוצרים קשה יותר למדידה. נושאים בו ציבורים שונים של משתמשים, והוא קשה לכימות. הוא מתבטא בצמצום חופש הביטוי, בהגבלת חופש היצירה, בפגיעה בשוויון ההזדמנויות ובמתן אפשרות ללמוד וליצור רק למי שידו משגת. במוסדות להשכלה גבוהה נפגשות מגמות מנוגדות אלו המובנות בתוך ההסדר המשפטי שנועד לעודד יצירה, לימוד ומחקר.

מאמר זה דן בהגבלות שמטילים דיני זכויות יוצרים על השימוש ביצירות להוראה מרחוק. בחינת הסוגיה של שימוש ביצירות לצורכי הוראה בעידן הדיגיטלי מרתקת מכמה סיבות. ראשית, השימוש ביצירות לצורכי לימוד והוראה מהווה מעבדה לבחינת תפקידם ההולך ומתעצם של דיני זכויות היוצרים בעיצוב סביבת המידע, והשלכותיהם על ערכים כגון חופש היצירה וחופש הביטוי, הזכות לחינוך והזכות לשוויון. שנית, סוגיה זו היא בעלת חשיבות פרקטית עצומה למוסדות העוסקים בחינוך והוראה, ומתמודדים עם המגבלות שמטילים דיני זכויות היוצרים על השימוש ביצירות לצרכים אלו. לבסוף, בחינת המגבלות שמטילים דיני זכויות היוצרים על השימוש ביצירות לצורכי לימוד עשויה לשפוך אור גם על הקשר שבין

הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה

שינויים טכנולוגיים לבין התפתחות משפטית, ועל הזהירות שבה נדרש המשפט להגיב לשינויים אלו.

המאמר פותח בדיון בחשיבות השימוש ביצירות לצורכי הוראה, ופונה לסקור את הקשיים שמערים המשטר המשפטי הקיים על שימושים בתחום ההוראה בכלל ובסביבה הדיגיטלית בפרט. המאמר מצביע על הצורך בחקיקה אשר תתיר באופן מפורש שימוש ביצירות לצורכי הוראה בסביבה הדיגיטלית, ומגדיר את עקרונותיו של המודל החקיקתי הרצוי.

2. על חינוך, על השכלה ועל הוראה מרחוק

חינוך והשכלה מהווים מכשיר חברתי חשוב ממדרגה ראשונה. הזכות לחינוך הוכרה במשפט הישראלי כחלק מן הזכויות החברתיות, אם כי טרם הוכרע אם תזכה להגנה במסגרת הזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶

אף שקיימת הסכמה רחבה בדבר חשיבותו של החינוך בכלל וההשכלה הגבוהה בפרט, זכו המוסדות להשכלה גבוהה להקלות זניחות בלבד בדיני זכויות יוצרים בישראל. מצב תמוה זה מצדיק אולי תזכורת קצרה של המטרות אשר לשמן נעשה שימוש ביצירות בסביבת המחקר וההוראה באוניברסיטאות. קשה לתאר חינוך בכלל, והוראה במוסדות להשכלה גבוהה בפרט, ללא שימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים. מובן שעל מנת להכשיר את חוקרי העתיד יש לחשוף אותם להישגים שכבר הושגו על ידי חוקרים ואנשי רוח בתחומי המדע הטכנולוגיה והאמנות. כל הכשרה מקצועית כוללת היכרות עם הבסיס התאורטי והמעשי של התחום המקצועי הרלוונטי ועם ההישגים המדעים והטכנולוגיים העדכניים בתחום. סביבת ההוראה חייבת אפוא לאפשר גישה לכתביה עדכנית, למאגרי מידע, לנתונים, לתמונות, לממצאים ארכיאולוגיים, כמו גם לתעודות ולמסמכים היסטוריים. ההשכלה הגבוהה מחייבת לימוד שפה – שפת התרבות והמדע – הנרכשת בדרך של חשיפה ליצירות הקיימות.

מטרתו של החינוך האקדמי אינה אך ורק להכשיר בעלי מקצועות אקדמיים. החינוך האקדמי נועד לאפשר לאדם להביא לידי מימוש את הפוטנציאל הגלום בו כאדם אוטונומי בעל חשיבה עצמאית. חינוך אקדמי מבקש לעצב חשיבה ביקורתית, לפתח יכולת זיהוי בעיות חדשות ומתן פתרון מקורי, לעודד עצמאות

6 ראו למשל בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל" נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 25–26 (להלן: עניין שוחרי גיל"ת). חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך, ופרשנות רחבה של החוק עלולה לעורר קושי ניכר. אולם ראו בג"ץ 7374/01 פלוני נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נ(6) 529, 546: "כיום, לאור מעמדן המתחזק של הזכויות החברתיות, והזכות לחינוך בכללן, מתבקשת החלה רחבה של אחריות הרשות הציבורית להבטיח את זכות הפרט לחינוך חינוך במובנו המלא והשלם של ערך זה". ראו גם בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נ(5) 834, 842–843 (להלן: עניין יתד).

אינטלקטואלית ולפתח סובלנות בנוגע לעמדות אחרות.⁷ כמובן זה החינוך האקדמי מהווה אמצעי חשוב בהכשרתם של אזרחים אשר יוכלו ליטול חלק פעיל בהליך הפוליטי בחברה דמוקרטית.⁸

לכן ההגבלה על שימוש ביצירות צורמת כל כך בסביבת ההוראה והלימוד האקדמי. חינוך לחשיבה עצמאית מחייב חופש – החופש לחקור ולאתר מה נכתב ומה כבר הומצא או נתגלה בידי אחרים? החופש לקרוא ולעלעל בפרסומים, החופש לצטט, החופש למתוח ביקורת ולערער על מה שנטען, החופש להוסיף על יצירות קיימות ולהכניס בהן שינויים, להציג אותן ביחד עם יצירות אחרות, להוסיף הערות ולהקנות ליצירה משמעות חדשה.

חינוך אקדמי צריך לאפשר לימוד בדרך דיאלקטית של התחככות מתמדת עם הישגי התרבות הקיימים ועיבודם. החופש האקדמי אינו חופש חסר גבולות, כמובן, אך הגבולות הראויים לו אינם דווקא גבולות הקניין והבעלות אלא הגבולות האתיים של היושרה – למשל אמירת דברים בשם אומרם, איסור פלאגיאריזם, הסובלנות וכבוד האדם.

פיתוח חשיבה ביקורתית מחייב מודעות לקיומן של נקודות מבט אלטרנטיביות, לדיסציפלינות שונות ולדרכים מגוונות לביטוי רעיונות. על מנת לפתח סביבת לימוד פלורליסטית שתניח בסיס איתן לחברה פלורליסטית, חשוב לאפשר למרצים ולתלמידים להתמודד עם העושר התרבותי הקיים, עם מגוון דעות, ומגוון חומרי לימוד. הבחירה בחומרי הלימוד אינה צריכה להיות תלויה בשאלה מיהו בעל היצירה אלא אם היצירה הנה בעלת חשיבות לשיח הרלוונטי בתחום. הבחירה צריכה להיות מנותקת ככל האפשר משיקולים כספיים ומסחריים ומהגבלות אלו או אחרות כרישיון שימוש.

לא רק התוכן חשוב אלא גם הצורה. פריצות דרך טכנולוגיות וחדירתן של שיטות הוראה מרחוק ("הוראה מתוקשבת", "הוראה מתווכת מחשב"), חוללו שינויים במהות ההוראה וביעדיה. כמובן זה בהוראה מתוקשבת "המדיה היא המסר".⁹ סביבת הלימוד וההוראה נדרשת להכשיר את התלמידים להתמודד עם האתגרים של המציאות המודרנית במאה העשרים ואחת. לא די בכך שאנציקלופדיה תהיה נגישה לציבור הקוראים בפורמט נייר, כאשר מיומנויות החיפוש הנדרשות בעידן הנוכחי הן במאגרי מידע דיגיטליים. כישורי החיפוש ושלילת המידע, היכולת לתקשר באופן פעיל ברשת האינטרנט, להציג מידע בדרך של כתיבת אתרים, ולמקד חיפוש במאגרי מידע דינמיים, מהווים כיום חלק בלתי נפרד מכישורי המחקר

N. Aloni *Enhancing Humanity: The Philosophical Foundations of Humanistic Education* 7
(Dordecht, 2002).

8 תפיסה זו של המעשה החינוכי מצאה את ביטויה גם בפסק הדין בעניין שוחרי גיל"ת, לעיל הערה 6, בע' 24: "החינוך מהווה מכשיר חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי ויסוד הכרחי למימוש העצמי של כל אדם".

9 M. McLuhan & Q. Fiore *The Medium is the Message* (New York, 1967)

והלימוד. לפיכך, הדרישה שתלמידים יקבלו גישה לחומרי לימוד בפורמט דיגיטלי או באמצעות רשת האינטרנט מבטאת הכרח פדגוגי ולא נוחות גרידא. אין מדובר אך ורק בהקניית כישורי חיפוש ולמידה. למטרה זו ניתן היה להעביר קורסים ממוקדים בהקניית כישורים טכניים גם ללא חדירתם של אמצעי ההוראה המתקשבת בתחומי הלימוד האחרים. אולם ההוראה והלימוד בסביבת המידע שונים שוני מהותי מתהליכי ההוראה והלימוד המסורתיים. השינויים שחוללו רשת האינטרנט והמדיה הדיגיטלית משפיעים על מהות ההוראה ויעדיה. אמנם בעיני רבים רשת האינטרנט אינה אלא מכונת שכפול אדירת ממדים ומערכת משוכללת במיוחד להפצת מוצרי בידור. אולם השפעתה של רשת האינטרנט על תפיסת הידע ועל ההוראה והמחקר מרחיקה לכת הרבה יותר. עצמות עיבוד הנתונים של המחשב ויעילות העברת המידע ברשתות המחשבים הדיגיטליות, מחייבות התמודדות עם אתגר חדש: היצף מידע¹⁰. הסביבה המתקשבת המתוכשבת מיליוני מחשבים ברחבי העולם, מאפשרת לכל אחד מהגולשים המחוברים אליה להעמיד את הידע שצבר לרשות הכלל וליצור מאגר מידע וירטואלי שבו ניתן לאתר מידע על כל דבר ועניין. המידע הרב־גוני חושף את הגולש למגוון נתונים ונקודות מבט. חשיפה זו מחייבת פיתוח יכולות חדשות, כגון: התמודדות עם היצף המידע, הערכת מהימנות המידע, פיתוח יכולת קריאה ביקורתית, בחירה וסינון. מימוניות אלה הנן חיוניות על מנת ליצור בסיס ידע שימושי ממאגר המידע האינסופי העומד לרשות הגולשים בסביבת המידע המתקשבת¹¹. סביבת המידע מחייבת אפוא היערכות חדשה בקרב המוסדות האקדמיים. מדובר בהגדרה מחדש של המטרות והיעדים של המוסדות להשכלה הגבוהה. היטיב להגדיר זאת גבריאל סלומון:

“As I see it, in this age of postmodern decline of criteria for judgment and decision making, when knowledge multiples every couple of years, when people change their vocations every so often, where access to information becomes more important than possession, and where technology is so dominant, we’d want our graduates to be independent, mindful thinkers, skilled in life long learning, capable of intelligently handling complex problems alone and in teams, and .guided by some social values that transcend egotistic benefits”¹²

הסביבה המתקשבת יוצרת יכולות חדשות. בעלות זניחה יכול ציבור הגולשים לעמוד

.D. Shenk *Data Smog: Surviving the Information Glut* (San Francisco, 1997) 10
N. Elkin-Koren & E.M. Salzberger *Law, Economics and Cyberspace* (Cheltenham, 2004) 11
29–64

G. Salomon “*Its Not Just the Tool, But the Educational Rationale that Counts*” (Invited 12
keynote address at the 2000 Ed-Media Meeting, Montreal, June 28, 2000) [<http://construct.haifa.ac.il/~gsalomon/edMedia2000.html>] (last visited on 8.9.2005)

בקשר רציף ואיכותי עם קהילות שלמות ברחבי העולם. עלויות התקשורת הנמוכות והיכולת להכניס שינויים ביצירות במדיה דיגיטלית מאפשרים החלפת דעות, ביקורת מיידית, ומעל הכול כתיבה ויצירה משותפת¹³. הקורס המקוון פורץ את מסגרת הזמן הקצר שהוקצה לו בתכנית הלימודים, ויוצר סביבת לימוד שמתנהלת גם בתום השיעור ומציעה מסגרת ללימוד עצמי, לליבון סוגיות ודיון אינטראקטיבי. תלמיד שמעלה קובץ לאתר הקורס יוכל לקבל משוב מחבריו ללימודים ומסגל המרצים, שיוכלו להעיר הערות, לשנות את הטקסט או להוסיף לו משלהם. על מנת ליצור סביבה שניתן ללמוד וליצור בה במשותף, סביבה המאפשרת השתתפות פעילה של תלמידים ומרצים בנייתוח, גיבוש, שינוי ופיתוח חומרי הלימוד, יש להבטיח כי המשתתפים יהיו חופשיים לעשות שימוש ביצירות כל עוד נעשה הדבר בסביבת הלימוד.

לבסוף, ההוראה מרחוק פותחת בפני האוניברסיטאות הזדמנות להרחיב את מעגל הלומדים: ניתן לשדר קורסים לתלמידי הפריפריה או לאוכלוסיות הסובלות מסוגים שונים של נכויות ומגבלות – פיזיות או חברתיות – ואינן זוכות בדרך כלל להשתתף בלימודים הרגילים בקמפוס. ניתן להעמיד את מאגר הידע הקיים וחומרי הלימוד לרשותם של אלו המבקשים להרחיב את השכלתם. הטכנולוגיה מאפשרת לפרסם באופן מידי תוצאות מחקר ולהפיץ פרסומים מדעיים לציבור הרחב בעלויות נמוכות. הספרייה האלקטרונית זמינה בכל עת ולא רק בשעות הפעילות המוכתבות בדרך כלל על ידי אילוצי ניהול ותקציב. לצד היתרונות הכלכליים יש לכך חשיבות ציבורית. ההשכלה היא מפתח ליכולתו של הפרט לממש את היכולת והפוטנציאל הטמונים בו להשתלב בחברה ולפתח לעצמו אפשרויות תעסוקה ופרנסה חדשות¹⁴. השכלה היא גם המפתח להשתלבות החברתית והפוליטית של האזרח במשטר דמוקרטי ועשויה להשפיע על יכולתו ליטול חלק פעיל בחיים הדמוקרטיים. לפיכך, החובה לקיים שוויון זכויות חברתי מצריכה מתן הזדמנות לקבלת חינוך והשכלה לכול, והבטחת האפשרות להשכלה גבוהה במידה שווה על יסוד כישרון ויכולת, ללא התחשבות במעמד וביכולת כלכלית.

ואכן, נתונים בנוגע לשימוש באמצעי הוראה מרחוק בקרב המוסדות להשכלה גבוהה בישראל מצביעים על גידול משמעותי בהיצע הקורסים המתוקשבים בשנים האחרונות¹⁵. נתונים אלה מעידים על שינוי בהיערכות מערכת ההשכלה הגבוהה בנוגע לאופן הלימוד וההוראה נוכח ההתפתחות הטכנולוגית.

13 הדוגמה הבולטת לכך היא כמובן פיתוח מערכת ההפעלה "לינוקס" בידי מאות אלפי משתמשים ברחבי העולם. במובן מסוים רשת האינטרנט מאפשרת יישום המודל האקדמי המסורתי של פיתוח בסיס ידע תוך שיתוף פעולה גם מחוץ לכותלי האקדמיה: Y. Benkler "Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm" 112 *Yale L.J.* (2002) 369

14 ראו גם עניין יתד, לעיל הערה 6, בע' 841–843.

15 הנתונים מצביעים על כך שמספר הקורסים המתוקשבים בשנת תשס"ג לעומת תשס"א, בשבע אוניברסיטאות (אוניברסיטת תל אביב, האוניברסיטה העברית, הטכניון, אוניברסיטת בראילן, אוניברסיטת חיפה והאוניברסיטה הפתוחה) ושתי מכללות (שנקר ואורט בראודה), נמצא במגמת גידול. במהלך שנים אלו, חל גידול של פי 5–7 במספר הקורסים המתוקשבים

3. מהן ההגבלות שמטילים דיני זכויות יוצרים על השימוש ביצירות להוראה?

3.1 חומרי לימוד כיצירה מוגנת

מה לדיני זכויות יוצרים ולהוראה? דיני זכויות יוצרים חלים על יצירות: ספרותיות, אמנותיות, דרמטיות ומוזיקליות¹⁶. חומרי לימוד רבים עשויים להיות יצירה מוגנת, כמו למשל מאמרים, ספרים, גילויי דעת, טבלאות, תרשימים, תכנות מחשב, שקופיות וצילומים, קטעי וידאו, קטעים מוזיקליים, סרטים וקליפים. חומרי לימוד עשויים להיות מורכבים מיותר מיצירה מוגנת אחת. למשל: אתר אינטרנט עשוי לכלול טקסטים ותוכנות מחשב (המהווים יצירות ספרותיות), צילומים, איורים, גרפיקה ועיצוב מסך (המהווים יצירה אמנותית), קטעים מוזיקליים, שיהוו כמובן יצירה מוזיקלית, וסרטונים המהווים יצירות דרמטיות. השימוש בכל אחת מן היצירות הללו מחייב הרשאה בנפרד.

על מנת שיצירה תהיה מוגנת די בכך שתהיה מקורית, דהיינו שמקור היצירה במחבר שיצר אותה באופן עצמאי ולא העתיק אותה מיצירה אחרת ותרומתו של המחבר משקפת יצירתיות מינימלית¹⁷. תקופת ההגנה על זכות היוצרים ממושכת אמנם (שבעים שנה ממות המחבר) אך עם פגיעתה תשוב היצירה לנחלת הכלל והכול יהיו חופשיים לעשות בה שימוש¹⁸.

במוסדות הגדולים. יתרה מכך, במוסדות רבים פותחו באופן עצמאי קורסים נוספים על ידי מרצים בודדים ופקולטות. ראו מיט"ל (מרכז ידע טכנולוגיות למידה) הערות בנוגע להתייחסות לתזכיר חוק זכויות היוצרים, התשס"ד-2003, מסמך שהוגש למחלקת ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים, 11 ינואר, 2004 (last visited 2004) [http://www.biu.ac.il/bar-e-learn/meda/rights.doc] (on 8.9.2005).

16 ס' 1 לחוק זכות יוצרים. דיני זכויות היוצרים בישראל מגדירים ארבעה סוגי יצירה הראויים להגנה: יצירה מוזיקלית, יצירה דרמטית, יצירה ספרותית ויצירה אמנותית. סוגי היצירות הוגדרו בס' 35 לחוק באופן רחב, ובתי המשפט החילו הגדרות אלה גם על יצירות חדשות פרי שינויים טכנולוגיים, כמו למשל, יצירות קולנועיות, שידורי טלוויזיה, משחקי מחשב ותכנות מחשב (תכנות מחשב זכו מאוחר יותר להיכלל באופן מפורש בחוק, והן זכות כיום להגנה כיצירה ספרותית. ראו ס' 2א' לפקודת זכות יוצרים).

17 דרישה זו ל"יצירתיות" מינימלית בולטת במיוחד כאשר מדובר ביצירות שבהן נעשה שימוש בחומרים המצויים בנחלת הכלל כגון עובדות היסטוריות או חדשות היום. ראו ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817. מטרת הדרישה להבטיח שהמחבר הטוען לזכויות ביצירה אמנם תרם תרומה מקורית המצדיקה הגנה בזכות יוצרים. כך במטירה דרישת המקוריות שדיני זכויות היוצרים לא יישמשו להפקעת מידע מנחלת הכלל. למשל, בצילום דוקומנטרי שנועד לבטא את המציאות המצולמת, עשויה מקוריות להתבטא בבחירת זווית הצילום, בכישרון ובמיומנות בביצוע הצילום. כל צלם רשאי לצלם את האירוע, מאותה זווית צילום, אולם אין הוא רשאי להעתיק צילום שנעשה בידי צלם אחר ללא רשותו.

18 לכן יצירות קלאסיות, כמו "הלווייתן", של תומס הובס, אשר חלפו שבעים שנה ממות מחברן, עשויות להיות נחלת הכלל. מצד שני, זכויות נגזרות של מפיקים ומוציאים לאור מהוות זכויות עצמאיות, ועלולות להתחיל מחדש את מרוץ הזמן בנוגע ליצירות אלו ולהקשות על הגישה ליצירות. למשל, תרגום מחדש של היצירה או הקלטה חדשה של יצירה קלאסית, מקנים זכות יוצרים חדשה בתרגום או בהקלטה, ואין להעתיקם אלא ברשות בעל הזכויות.

3.2 אילו שימושים מחייבים רישיון?

חוק זכויות יוצרים מקנה לבעל הזכות (בדרך כלל המוציא לאור) את הזכות הבלעדית להעתיק את היצירה, להפיץ בציבור עותקים מיצירה שטרם פורסמה פרסום ראשון, לבצע את היצירה בפומבי ולעבד את היצירה כמפורט בחוק¹⁹. לצד הזכויות הכלכליות מוגנת גם זכותו המוסרית של המחבר הכוללת את הזכות שיצירתו תיוחס לו וכן את זכותו למנוע שינוי היצירה באופן העלול לפגוע בכבודו²⁰. לכן כל שימוש ביצירה באחת מן הדרכים הללו מחייב רישיון מבעל זכות היוצרים, למעט אם הוא נופל בגדר השימושים שהמחוקק בחר להתיר. רבים מן השימושים בחומרי הלימוד לצורכי הוראה עשויים לחייב רישיון.

3.2.1 ביצוע פומבי של יצירה לצורכי הוראה

הקראת יצירה ספרותית, השמעה של יצירות מוזיקליות או הקרנה של סרט ללא רשות עלולים להפר את הזכות הבלעדית לביצוע פומבי. הקביעה שהקרנה כאמור מהווה הפרה תהיה תלויה בנסיבות ההקרנה. בניגוד להעתקה ללא רישיון אשר מהווה הפרה גם אם נעשתה ברשות הפרט, ביצוע היצירה ללא הרשאה מהווה הפרת זכות יוצרים רק אם נעשה בפומבי²¹.

האם הקרנה של סרט במסגרת הרצאה באוניברסיטה מהווה ביצוע פומבי המחייב רישיון? החוק איננו מגדיר מתי ביצוע יהיה "פומבי" (או באנגלית: in public). המבחנים שהתפתחו בדיני זכויות יוצרים בוחנים את אופי המקום ואת אופי הקהל. למשל, ביצוע ייחשב פומבי אם נעשה במקום ציבורי כמוכך זה שהוא פתוח לציבור, דהיינו לקהל מזדמן של אנשים – כמו למשל: קניון, בית קפה או לובי של מלון²². גם העברת שידורים לחדרי מלון, שהם לכאורה חלל פרטי, הוגדרה

19 ס' 1(2) לחוק זכות יוצרים. בס' 10 לתזכיר 2003 הוגדרו שבע זכויות כלכליות, ואלו הן: העתקה, ביצוע פומבי, שידור, העמדת יצירה לרשות הציבור, עשיית יצירה נגזרת והשכרה (לגבי תקליט, יצירה אורקולית ותכנת מחשב).

20 ס' 4 לפקודת זכות יוצרים. שורשיה של הזכות המוסרית במשפט האירופי המדגיש את הזיקה האישית שבין היוצר ליצירתו. ראו י' יסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכויות יוצרים" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 51.

21 ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלית ויטמן בע"מ, פ"ד (3) 340, 345–346 מצטט את ס' 1(2) לחוק זכות יוצרים בנוסחו האנגלי המחייב, המגדיר את זכות היוצרים כדקלמן: "For the purposes of this Act, 'copyright' means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, to perform, or in public" – the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public" מוגדר באופן רחב בס' 35 לחוק זכות היוצרים בנוסחו המחייב: "'Performance' means any acoustic representation of a work and any visual representation of any dramatic action in a work, including such a representation made by any mechanical instrument"

22 למשל בהמ" 6751/71 אקום בע"מ נ' חב' מלון דבורה, פ"מ עז 263, נפסק ששידור טלוויזיה בלובי מלון הנו ביצוע פומבי. בבש"א (נצ') 1343/99 קיבוץ הסוללים נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (לא פורסם), תקדין מחוזי 1999 (3) 3297, דן בית המשפט בתביעה של חברות התקליטים נגד קיבוץ הסוללים המפעיל חדרי אירוח, בטענה כי השמעת מוזיקה

על ידי בתי המשפט כ"ביצוע פומבי", וזאת על פי מבחן אופי הקהל. כאשר מדובר בביצוע בפני "אנשים זרים ושונים המתחלפים חדשות לבקרים" ייטו בתי המשפט להגדירו כביצוע פומבי²³. לעומת זאת, אם מדובר בהתכנסות פרטית, בפני קבוצת חברים, בני משפחה או חבורה שהתכנסה על פי הזמנה אישית, תהיה הנטייה לראות בכך ביצוע שאינו פומבי. אלא שגם כאשר מדובר בהתכנסות פרטית-משפחתית, אך ההשמעה בעלת אופי עסקי, המתקיימת במקום ציבורי, הביצוע עלול להיחשב ביצוע פומבי. כך, למשל, החילו בתי המשפט בישראל את הסעיף על עסקים כגון אולמות אירועים ותקליטנים, אשר השמיעו מוזיקה בשמחות ובאירועים משפחתיים²⁴.

כאשר מדובר בהקרנה לתלמידים במסגרת קורס הנלמד במוסד להשכלה גבוהה, ניתן לטעון כי מדובר בהתכנסות פרטית וסגורה של קבוצה קבועה ומוגדרת של תלמידים. ההרצאות המתקיימות במוסדות להשכלה גבוהה אינן פתוחות בדרך

במקלטי הרדיו והטלוויזיה שבחזרי האירוח בקיבוץ מהווה ביצוע פומבי. בפסק הדין מונה בית המשפט את המבחנים שהתגבשו בפסיקה לעניין פומביות הביצוע ובוחר שלא להכריע ביניהם: (1) אופי הקהל שבפניו מבוצעת היצירה – "האם זה קהל שהתאסף באקראי, או שהוא ציבור מוגדר של חוג קרובי משפחה, או חברים שזומנו בהזמנות אישיות לחזות בביצוע"; (2) מקום הביצוע "ואפשרות הקהל הרחב לבוא בשערי וללא הבחנה". השופט האשם מציין עוד כי יש לבחון את מעשיו של הנחבע, "ואם הוא עשה מעשה אקטיבי כלשהו ע"מ לאפשר לאחרים לשמוע את ביצוע היצירה או שמעשיו הצטמצמו לאספקת מכשיר לקליטת שידורים הנעשים ע"פ דיין". מבחן זה אינו בוחן כמובן את פומביות הביצוע, אלא מגדיר אם היה ביצוע (Performance) בידי הנחבע. הדלקת הרדיו לשם האזנה למוזיקה מהווה "ביצוע" בידי מי שהדליק את הרדיו ולא בידי מי שמכר לו את הרדיו או השכיר לו מכשיר טלוויזיה. לכן אם ה"ביצוע" נעשה בידי כל אחד ואחד מן האורחים בחזרי אירוח, ולא באמצעות מערכת שידור מרכזית, אזי לא נעשה כל "ביצוע" בידי בעל חזרי האירוח, וממילא אין כאן "ביצוע פומבי". לבסוף, מציין בית המשפט כי "יש מקום גם לייחס משקל כלשהו, לשאלת התועלת הכלכלית הצומחת לנחבע מאותו ביצוע". ספק אם מבחן זה רלוונטי בהקשר זה. בחינת פומביות הביצוע נועדה לקבוע אם מדובר בשימוש ביצירה המפר את הזכויות הקנייניות שהוקנו בחוק לבעל זכויות היוצרים. התועלת שמפיק הנחבע איננה רלוונטית לבחינה זו, אם כי התעשרות הנחבע עשויה להיות רלוונטית אם ייתבע בעילה של עשיית עושר ולא במשפט. ראו חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. כן ראו רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289. ס' 1(2)ג(ג) לחוק זכות יוצרים; כן ראו ע"א (ת"א) 1000/80 בלומרס נ' הסניף הישראלי של הפרדריה הבינ"לאומית של תעשיית התקליטים, פ"מ תשמ"ב(ב) 156 שם נפסק כי שידור מוזיקה ברדיו לחדריהם של אורחי המלון הנה ביצוע פומבי; לאתרונה נפסק גם כי השמעת מוזיקה ממקלט רדיו במספרה מהווה ביצוע פומבי, כיוון שמדובר בקהל מתחלף ומזדמן, ראו ת"א (ת"א) 9011/79 אקוים נ' ונדה (טרם פורסם), תקדין שלום 2002(4) 343.

24 למשל ת"א (ת"א) 1975/99 הפרדריה הישראלית למוסיקה ים תיכונית נ' אולמי נפטון בת ים בע"מ (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2002(2) 2180 (להלן: עניין אולמי נפטון) שם נפסק כי העובדה כי היצירות המוזיקליות המוגנות הושמעו על ידי תקליטנים שהוזמנו לאירוע מלמדת על כך שמדובר במערכת יחסים מסחרית בין התקליטן ובין בעלי השמחה, והעובדה שהמוזמנים היו בני משפחה של בעלי השמחה אינה מעניקה להשמעת הקלטות המוגנות אופי "מעין פרטי"; ברוך זו נפסק גם בת"א (ת"א) 25/98 הפרדריה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' אטלנטיס נשר בע"מ (לא פורסם), תקדין מחוזי 1998(1) 2668 (להלן: עניין אטלנטיס).

כלל לקהל הרחב אלא לתלמידי המוסד בלבד. האוניברסיטה איננה עסק מסחרי המתפרנס מהקרנות או מהשמעות פומביות של יצירות, והשימוש ביצירות במסגרת השיעורים הוא אנכי להוראה, מזדמן ובודד כלל נועד לצורכי המחשה בלבד. מצד שני, השוואה למצב המשפטי בארצות-הברית בנושא זה עלולה לתמוך במסקנה הפוכה. חוק זכויות היוצרים האמריקני משנת 1976 מקנה אף הוא לבעל זכות היוצרים את הזכות הבלעדית לביצוע פומבי (Public Performance) של היצירה. החוק האמריקני מגדיר את פומביות הביצוע על פי אופי המקום (פתוח לציבור) או אופי הקהל²⁵. על רקע זה יש להבין גם את ההסדר המיוחד בדין האמריקני המעניק פטור להקרנה במסגרת השיעור ולצורכי הוראה. רק בהתקיים התנאים שמגדיר הסעיף (לרבות שההקרנה נעשתה בידי המרצה, במסגרת שיעור פנים-אל-פנים בכיתה ולצורכי הוראה בלבד), תהיה הקרנה כאמור מותרת גם ללא צורך ברישיון מאת בעל זכות היוצרים²⁶. יתרה מכך, החוק האמריקני מתיר הצגה של יצירה ספרותית או מוזיקלית, באמצעות העברה (Transmission) בהתקיים שלושה תנאים: ההעברה הנה חלק מן הפעילות של המוסד החינוכי; תוכן היצירה המועברת קשור באופן ישיר לחומר הנלמד; ולבסוף, העברה הנה בראש ובראשונה לשם צפייה בכיתה לימוד או על ידי אדם הלוקה במוגבלות המונעת את נוכחותו בכיתה²⁷. לשם השוואה, הדין האנגלי²⁸ קובע חריג שלפיו ביצוע של יצירה בידי אדם במוסד חינוכי למטרות השיעור בפני קהל המורכב ממורים, תלמידים ואנשים אחרים הקשורים במישרין למוסד, איננו ביצוע פומבי²⁹.

בדומה, החוק הקנדי מתיר לכצע יצירה בפומבי אם הדבר נעשה לצורכי לימוד, בתחומי המוסד החינוכי, בפני קהל המורכב בעיקרו מתלמידי המוסד החינוכי, והפעולה נעשית באישור המוסד החינוכי³⁰. בנוגע להעתקת שידור רדיו או טלוויזיה החוק הקנדי מתיר יצירת עותק יחיד לתקופת זמן מוגבלת, אולם מתנה את הצגתו בפומבי בפני קהל הסטודנטים במוסד החינוכי לצורכי לימוד, בתשלום תמלוגים מצד המוסד החינוכי³¹.

25 17 U.S.C. § 101 (להלן: "החוק האמריקני בדבר זכויות יוצרים" או "The American Copyright Act") שלפיו ביצוע פומבי ייחשב כל ביצוע במקום פתוח לציבור או במקום שבו נאסף מספר ניכר של בני אדם, מחוץ למעגל הרגיל של בני משפחה וחברים.

26 *Ibid.*, at art. 110(1)

27 *Ibid.*, at art. 110(2)

28 Copyright, Designs and Patents Act 1988, § 34 (להלן: "החוק האנגלי בדבר זכויות יוצרים" או "The British Copyright Act").

29 החוק האנגלי בדבר זכויות יוצרים קובע כי הורים, מעצם היותם הורי התלמידים, אינם נכנסים לגדר הביטוי "אנשים הקשורים במישרין למוסד החינוכי", ולכן אם מברצות יצירות במהלך העלאת מחזה של תלמידים בבית ספר בפני כלל הורים, ואלו לא נטלו חלק פעיל במחזה, עלול הביצוע להוות ביצוע פומבי. *Ibid.*, at art. 34(3)

30 Copyright Act, R.S., ch. C-42, § 29.5 (1985) (Can.) (להלן: "החוק הקנדי בדבר זכויות יוצרים" או "The Canadian Copyright Act").

31 *Ibid.*, at § 29.7

באוסטרליה עסק הממשל כבר בשנת 1976 בשאלת השימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה, וזאת עקב הופעת הפקסימיליה³². ועדה אשר מונתה במיוחד לבחינת השאלה אם יש לצמצם את היקף זכויותי הבלעדיות של בעל זכות היוצרים ולהתיר העתקה אם יש בכך אינטרס ציבורי חיוני, דנה בתווה דעתה גם בשאלת הפגיעה בתמריצים כלכליים של היוצר מחד גיסא, ובחשיבות זרימת מידע חופשית להשכלה, מאידך גיסא³³. לאחר פרסום דו"ח הוועדה תוקן חוק זכויות היוצרים האוסטרלי, ועתה הוא מתיר ביצוע פומבי של יצירה ספרותית, דרמטית או מוזיקלית, כמוסד חינוכי שלא למטרות רווח, על ידי מרצה או סטודנט לשם לימוד או הדרכה, ובלבד שקהל הצופים או המאזינים מוגבל לתלמידים הנוטלים חלק בשיעור או קשורים להדרכה באופן ישיר. בהקשר זה מוציא החוק האוסטרלי מגדר הגדרה זו את הורי התלמידים³⁴.
בתזכיר 2003 מוצע למלא את החסר שבחוק הישראלי ולפטור ביצוע פומבי במהלך פעילותו של מוסד חינוך. במקרה של הצגת יצירה אורקולית יחול הפטור רק על הצגתה למטרות הוראה או בחינה³⁵.

3.2.2 עותקים וקובצי מקורות

הכנת עותקים של יצירה (כגון צילום של קטע משיר, מאמר או ציור) לחלוקה בשיעור, עלולה להוות הפרה אם נעשתה ללא רישיון מבעל זכות היוצרים, המחזיק בזכות הבלעדית להעתיק את היצירה. העתקתו של שיר על הלוח, ללא רישיון, תהווה הפרה. הכנת קובצי מקורות, הכוללים את חומר הלימוד שבסילבוס, עלולה גם היא להוות הפרה. קובצי המקורות משמשים מרצים במוסדות להשכלה גבוהה ברחבי העולם לריכוז חומר הקריאה בקורס עבור התלמידים. קובצי מקורות כוללים בדרך כלל קטעים קצרים מיצירות שונות, וחוסכים מן התלמיד את הצורך לאתר כמות גדולה של מקורות ולצלם את הקטעים הרלוונטיים בעצמו.
חוק זכויות יוצרים החל בישראל מגדיר פטור צר במיוחד בנוגע לקובצי מקורות. הפטור חל על פרסום קטעים קצרים מיצירה ספרותית באוסף המיועד לבתי ספר, ובלבד שהקובץ עמד בתנאים המחמירים שקובע הסעיף³⁶. בין היתר נדרש כי

Copyright Law Committee on Reprographic Reproduction (chaired by J. Franki., 1976) 32 part 1 [http://www.ag.gov.au/agd/www/clrhome.nsf/0/C77E01A2CCB10845CA256CC.B0229B7E?OpenDocument] (last visited on 8.9.2005)

33 שם, שם.

34 The Copyright Act, 1968, § 28 (Ausl.) (להלן: "החוק האוסטרלי בדבר זכויות יוצרים" או "The Australian Copyright Act").

35 ס' 35(ג) לתזכיר 2003.

36 ס' 2(1)(IV) לחוק זכות יוצרים. והתנאים לתחולת הפטור: (1) הקובץ כולל קטעים קצרים בלבד מיצירות ספרותיות אשר לא נתכוונו בפרסומם לשימוש בבתי ספר; (2) הפרסום ייעשה בתוך קובץ שעיקרי הדברים בו אינם מוגנים בזכות יוצרים; (3) הקובץ מיועד "באמת ובתמים" (ובנוסף האנגלי "bona fide intended"), כלשון החוק, לשימוש בבתי ספר; (4) בעמוד

הקובץ יכול קטעים קצרים בלבד מיצירות ספרותיות אשר לא נתכוונו בפרסומם לשימוש בבתי ספר, שעיקר הקובץ לא יכלול יצירות מוגנות בזכות יוצרים, וכי המוציא לאור של הקובץ לא יפרסם במשך חמש שנים יותר משני קטעים מיצירותיו של מחבר אחד. מוכן מאליו שהפטור המוגדר בסעיף זה איננו נותן מענה לצרכים הקיימים במוסדות להשכלה גבוהה. דרישות שמגדיר הסעיף כתנאי לתחולתו של הפטור מתאימות למוציאים לאור מסחריים ולמעשה, מניחות קיומו של מנגנון הוצאה לאור לפרסום מקראות. בפועל המצב שונה. בניגוד למצב הקיים בבתי ספר, המוציא לאור של קובצי מקורות במוסדות להשכלה גבוהה בדרך כלל איננו מוציא לאור מסחרי, אלא המוסד עצמו, או במקרים רבים אגודות הסטודנטים.³⁷ בנוסף, הואיל ומדובר בקובצי מקורות המתעדכנים משנה לשנה בהתאם לשינויים בחומר הלימוד בקורס, לא מן הנמנע הוא שייכללו גם קטעים קבועים מיצירותיו של אותו מחבר, בניגוד לדרישה שלפיה המוציא לאור לא יפרסם יותר משני קטעים מיצירותיו של מחבר אחד במהלך חמש שנים.³⁸ סוגיית ההעתקה לצורכי לימוד והוראה התעוררה עוד בטרם התפתחות השכפול הדיגיטלי. קיימת הסכמה רחבה שמקראות וקובצי מקורות שהוכנו לצורך לימוד והוראה ראויים לפטור בחוק. החקיקה שנועדה להסדיר זאת במדינות השונות, מצביעה על אחדים מן הקשיים בהגדרת פטור כאמור.

במשפט האנגלי יש חריג מצומצם מאוד לשימוש ביצירות המוגנות בזכות יוצרים לצורכי לימוד.³⁹ החריג ניתן רק למוסדות המוגדרים כ-"Educational Establishment"⁴⁰. סעיף 32 לחוק האנגלי בדבר זכויות יוצרים קובע כי העתקה של יצירה מוגנת בזכות יוצרים לא תהווה הפרה אם נעשתה במהלך שיעור (Instruction) או במהלך ההכנה לשיעור, ובלבד שההעתקה (1) נעשית על ידי האדם המעביר

השער של הקובץ ובמודעות שיתפרסמו על ידי המו"ל מתואר הקובץ המכוון לשימוש בבתי ספר; (5) המו"ל של הקובץ לא יפרסם במשך חמש שנים יותר משני קטעים מיצירותיו של מחבר אחד; (6) יש לציין את מקור הקטעים המפורסמים בקובץ. סעיף אנכרוניסטי ובלתי ישים זה נכלל בס' 35 (ב) לתזכיר 2003. מן הראוי להשמיטו מנוסח החוק החדש, שכן הפטור הצר ומרובה התנאים עלול להתפרש כהסדר שלילי.

37 שם, שם. סעיף זה מעורר גם ספק בנוגע להיקף תחולתו: לא ברור אם הפטור חל על מוסדות להשכלה גבוהה או רק על בתי ספר (במקור באנגלית נאמר: "Schools"); The British Copyright Act, § 33 משתמש בכינוי "Educational Establishments", כאשר הכוונה היא לבית ספר ולכל מוסד חינוכי שיוגדר ככזה על ידי מזכיר המדינה.

38 The British Copyright Act, § 33 מגדיר חריג דומה.

39 שם, שם. לדעת Copinger מדובר בחריג מצומצם מכיוון שהיצירות שיועקו על ידי אוניברסיטאות הן לרוב אלו המיועדות לצורכי לימוד, ולכן מתן חריג רחב לאוניברסיטאות לבצע שימושים מפרים, יפגע בתמריץ של יוצרי יצירות אלו: Copinger & S. James On Copyright (London, 14th ed., Sweet & Maxwell eds., 1999) Para. 9-36.

40 המונח "Educational Establishment" מוגדר § 174 The British Copyright Act, ככולל כל בית ספר וכן מוסדות חינוכיים שהוכרו ככאלו על ידי מזכיר המדינה. כמו כן הורחבה תחולת החריג והוחלה גם על מורים המועסקים על ידי רשות מקומית במטרה להנחות תלמידים אשר אינם מסוגלים להגיע למוסדות הלימוד.

את השיעור או המקבל את השיעור; (2) לא בוצעה באמצעים מכניים של "Reprographic Process" ⁴¹. התוצאה היא שמורה רשאי להעתיק ללוח חלק ניכר מיצירה ספרותית והתלמידים רשאים להעתיק חלק זה למחברותיהם, אולם המורה אינו רשאי לצלם את אותו החלק לשימוש התלמידים, אלא ברשיון מאת בעל זכות היוצרים. העתקה המונית לצורכי חינוך מותרת אך ורק במקרה של שימוש בחלקי יצירה, בכפוף להגבלות כמותיות (לא יותר מ-1% מן היצירה בכל סמסטר) ⁴². נראה כי הגבלות כמותיות אלה אינן ישימות במציאות הדיגיטלית של ימינו.

סעיף 44 לחוק זכויות היוצרים האוסטרלי מתיר העתקת חלק מן היצירה או כולה לשם הכללתה בספר לצורכי לימוד בהתקיים מספר תנאים, ביניהם שהיצירה המועתקת לא יועדה מלכתחילה לצורכי לימוד, ציון במקום בולט על גבי האוסף שהוא למטרות לימוד, ביטול זכויות היוצרים באוסף כשלעצמו ותנאי דומה לקיים בארץ ובאנגליה – הגבלת הפרסום לפעם בחמש שנים לכל יצירה באוסף ולא יותר משתי יצירות של אותו מחבר באוסף אחד.

חוק זכויות היוצרים הקנדי קובע כי העתקה ידנית ללוח או הקרנתה של יצירה באמצעות מקרן, במוסד חינוכי, אינה הפרה. כן מתיר החוק למוסד חינוכי להעתיק, לתרגם, להציג ואף להעביר בדרך של טלקומוניקציה, יצירה המוגנת בזכות יוצרים, ובלבד שהדבר נעשה בתחומי המוסד החינוכי ודרוש לשם בחינה או תרגיל. אולם אם היצירה זמינה באופן מסחרי, אזי יחול החריג אך ורק בנוגע להעתקה ידנית, וכל שאר הפעולות, אף אם נעשו במוסד חינוכי, ייחשבו מפרות ⁴³.

במדינות הקונטיננטל קיימים חריגים דומים בנוגע להעתקה למטרות לימוד והכנת מקראות. הדירקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים מתירה למדינות החברות לחוקק חריגים לזכויות הבלעדיות של היוצר (ההעתקה, הזכות ליצור יצירה נגזרת

41 המונח "Reprographic Process" מוגדר ב-178 § The British Copyright Act, כהעברה בפקסימילה או העתקה באמצעות מכשירים להעתקה המונית או, אם מדובר בעותק דיגיטלי, העתקה באמצעים אלקטרוניים. המונח אינו כולל יצירת סרט או העתקה קולית.

42 החוק האנגלי בדבר זכויות יוצרים מתיר יצירת עותקים רבים של חלקי יצירה בתנאי שלא מועתק יותר מאחד אחד מהיצירה כמהלך סמסטר. אולם במידה וקיים רישיון לשימוש ביצירה, תנאי הרישיון הם שיגברו. לעומת זאת, אם הרישיון מתיר את השימוש לצורכי הוראה בכמות קטנה מן הכמות שהותרה בחוק, הגבלה זו תהיה חסרת תוקף. The British Copyright Act, art. 36; החוק האנגלי בדבר זכויות יוצרים מתיר גם הקלטה או העתקה של הקלטה של שידור טלוויזיה או כבלים, במידה והדבר נעשה על ידי מוסד חינוכי או עבורו ומשמש לצורכי חינוך של אותו מוסד חינוכי. הסדר זה מהווה בררת מחזל החלה בהיעדר רישיון המסדיר את זכויות השימוש. *Ibid*, at art. 35.

43 החוק הקנדי בדבר זכויות יוצרים מתיר, לעניין אסופת מאמרים, פרסום חלק מיצירה מוגנת בתנאים דומים לאלו הקובעים בחוק האוסטרלי והאנגלי, וביניהם: הקובץ מיועד לשימוש במוסדות חינוך, מטרת היצירה המועתקת אינה לשימוש במוסדות חינוך, במהלך חמש שנים לא יפרסם אותו מוציא לאור יותר משני חלקים מיצירתו של אותו מחבר, שמו של מחבר היצירה והמקור שממנו נלקחה היצירה רשומים על גבי אסופת המאמרים. The Canadian Copyright Act, art. 29.4.

זכות ההעמדה (לרשות הציבור) בהתאם לשיקול דעתן, ובלבד שהשימוש המותר יהיה להמחשה (Illustration), לשם לימוד או מחקר מדעי, וכן שמקור היצירה ומחברה יירשמו, אלא אם כן ציון נתונים אלו אינו אפשרי ואי-הציון מוצדק לשם השגת מטרת שאינן מסחריות.⁴⁴

מדינות אירופה בחרו ליישם את החריג בחקיקה המדינתית באופן שונה זו מזו. למשל, בגרמניה יש חריג המתיר העתקת חלק מן היצירה לשם יצירת אסופת מאמרים לשימוש בכתי ספר או להדרכה. חריג זה היה קיים עוד קודם לחקיקת הדירקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים. על פי הקבוע בחוק הגרמני, העתקת יצירה לא תיחשב להפרת זכות יוצרים אם רק חלק מהיצירה יועתק, והאסופה נועדה לשימוש בבית ספר או להדרכה. אולם על המעתיק להודיע תחילה לבעל זכות היצירה על כוונתו לעשות שימוש ביצירה בכפוף לתשלום תמלוגים ליוצר.⁴⁵ בצרפת, לעומת זאת, החריגים למטרות לימוד מצומצמים ומתירים ציטוט חלק קצר ביותר מן היצירה למטרות חינוך או לימוד, ובתנאי ששמו של היוצר ומקור היצירה יצוינו על גבי החלק המועתק.⁴⁶ עוד קובע החוק הצרפתי כי ארגונים חברתיים חינוכיים העושים שימוש ביצירה במסגרת פעילותם החינוכית ייהנו מתשלום תמלוגים מופחת ליוצר.⁴⁷ חריג נוסף בחוק הצרפתי מתיר העתקה למטרות לימוד של תשריט (Design or Model), אם שם בעל הזכות מצוין על גבי העותק, ואם פעולת ההעתקה תואמת פרקטיקה עסקית הוגנת ואינה פוגעת בניצול הרגיל של התשריט.⁴⁸

בתזכיר 2003 הוראת פטור רחבה יותר, לכאורה, ולפיה העתקה ויצירה נגזרת למטרות הוראה תהינה מותרות "ובלבד ששימוש כאמור מוצדק בשים לב, בין היתר, לאלה: (1) היקף השימוש, (2) מטרת פעילותו של מוסד החינוך, (3) קיומה של אפשרות סבירה לקבל רשות לשימוש"⁴⁹. אלא שלמרבית הצער הנוסח שנבחר כולל תנאי העלול לרוקן את הפטור מתוכן. הגבלת הפטור למצבים שבהם אין אפשרות סבירה לקבלת רישיון תייתר למעשה את הסעיף, שכן כמעט תמיד

44 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001, on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Article 5(3)(a) [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622en00100019.pdf] (last visited on 8.9.2005).

45 Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG), Translation provided by the International Bureau of WIPO, Article 46 [http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm] (last visited on 8.9.2005).

46 Intellectual Property Code (official translation by the French government), Article L211-3 (להלן: "החוק הצרפתי בדבר זכויות יוצרים" או "The French Copyright Act"). [http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/cpiatext.htm] (last visited on 8.9.2005).

Ibid., at art. L132-21 47

Ibid., at art. L513-6 48

ראו ס' 35א) לתזכיר 2003. 49

יכול בעל הזכויות בקלות יחסית להציע מנגנון רישוי לכל דורש. הדבר נכון בעיקר במציאות שבה רשת האינטרנט הווילה במידה ניכרת את עלויות איתור הצדדים וההתקשרות ביניהם, ומאפשרת ניהול יעיל ואוטומטי של זכויות בעלות זניחה⁵⁰. בצמצמו את הפטור לצורכי הוראה למצבים שבהם לא מוצע מנגנון רישוי ליצירה, מאמץ תזכיר 2003 גישה צרה מאוד של שימוש הוגן. הגבלת הפטור לאותם מקרים שבהם קיים כשל שוק אשר אינו מאפשר רכישת רישיון, מחטיאה את מטרתם של דיני זכויות יוצרים. היא מבטאת תפיסה צרה של המטרות שלשמן נועדו סעיפי הפטור. גישה זו מניחה כי צדדים הפועלים בשוק חופשי ישיגו את ההקצאה היעילה ביותר של המשאבים, ולכן אין הצדקה להתערב בהסדרים החוזיים שביניהם. על פי גישה זו, אם בעל הזכות מוכן למכור רישיונות שימוש אין מניעה שהמשתמש ירכוש רישיון כאמור. גישה זו מתעלמת מן העובדה ששוק היצירות איננו שוק חופשי, ובעלי הזכויות נשענים על מונופול אשר ניתן להם מכוח דיני הקניין הרוחני. משום כך, היקף הפטור צריך לעלות בקנה אחד עם אותן המטרות אשר הצדיקו מתן מונופול לבעל זכות היוצרים מלכתחילה. להבהרת טענה זו ניתן להיעזר בהבחנה שעורכת פרופ' גורדון בין צידוק (Excuse) לבין הצדקה (Justification). צידוק נוגע לפעולות שהחוק מאפשר, בהינתן נסיבות מסוימות בשוק, אם כי אינו מבקש לעודד, ואילו הצדקה נוגעת לאותן פעולות שהחוק מבקש לעודד. לכן צמצום עלויות העסקה, או האפשרות לרכישת רישיון, עשויים לעקר את הפטור שניתן במקרה של צידוק, אך שינויים אלו לא ישפיעו על ההצדקה לבצע פעולות שהחוק מבקש לעודד⁵¹.

אגד הזכויות של היוצר צריך להיות מוגבל לאותם מקרים שבהם מתן הזכות משרת את יעדם של דיני זכויות היוצרים, דהיינו עידוד היצירה והעשרת עולם הידע⁵². כאשר זכות היוצרים עלולה להגביל את השימוש לצורכי לימוד והוראה היא עלולה לסכל יעדים אלו. פעולתם של מוסדות חינוך והוראה היא פעילות אשר החברה מעוניינת לעודד. לפיכך, הפטור לצורכי הוראה צריך להיות רחב יותר

50 דוגמה למצב זה היא פרשת *Texaco v. American Geophysical Union*, 116 S. Ct. 592 (1995) (להלן: *American Geophysical case*), שבה דן בית המשפט לערעורים בארצות-הברית בשאלה אם יצירת עותק אחד של מאמרים שונים מכתבי עת המוגנים בזכות יוצרים, מהווה שימוש הוגן. סוגיה זו התעוררה לאחר שבית המשפט העליון האמריקני פסק שנים ספורות קודם לכן כי צילום עותק בידי ספרייה מהווה שימוש הוגן: *Williams & Wilkins Company v. The United States*, 420 U.S. 376 (1975) (להלן: *Williams case*), בית המשפט לערעורים אבחן את פסק הדין של העליון בנימוק שלאחר הקמתו של מנגנון הרישוי של המוציאים לאור (Copyright Clearance Center) אין עוד כל הצדקה להעמקה ללא קבלת רישיון. למנגנון הרישוי ראו: [http://www.copyright.com] (last visited on 8.9.2005).

51 W. Gordon "Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives" *The Commodification of Information* (The Hague, N. Elkin-Koren & N. Weinstock Netanel eds., 2002) 149-192.

52 גישה זו לשימוש הוגן מכונה במשפט האמריקני "Public Benefit Approach". ראו: P. Goldstein *Copyright: Principles, Law and Practice* (Boston, 1989)

על מנת לעודד לימוד, הרחבת אופקים והכשרה. בכל מקרה אין לצמצמו אך ורק למקרים של היעדר מנגנון רישוי.

ראוי לקבוע בחוק פטור מפורש להכנת מקראות לצורכי הוראה בשל חיוניותן לתהליך ההוראה מצד אחד, והיעדר הפגיעה בשוק היצירות מצד אחר. הואיל והמקראות כוללות בדרך כלל קטעים קצרים מן היצירה אין הן מהוות תחליף ליצירה המקורית. אף הכללתו של מאמר שלם מכתב עת במקראות איננה צפויה להשפיע על מכירתו של כתב העת, שכן סטודנט בקורס ממילא איננו צפוי לרכוש מנוי לכתב העת או עותק של הגיליון רק על מנת לעיין במאמר שהתפרסם בו. הואיל וכל אחד מן הסטודנטים רשאי ממילא להעתיק קטעים קצרים מיצירות לצורכי לימוד עצמי, נראה כי אין היגיון בניסיון למנוע מן המוסד להשכלה גבוהה לסייע לתלמידים לבצע זאת במרוכז.

3.4 שימוש לצורכי הוראה שאינו מחייב רישיון

במקרים מסוימים החוק מתיר שימושים ביצירה ללא צורך בקבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים. לצד שורה מצומצמת של הוראות פטור ספציפיות מסוג אלו שפורטו לעיל⁵³, נוקטים דיני זכויות יוצרים גם טכניקה חקיקתית אחרת, המתירה באופן רחב קשת שלמה של שימושים מבלי להגדירם מראש. זוהי טענת ההגנה הרחבה – של טיפול הוגן (Fair Dealing), או שימוש הוגן (Fair Use). טענת הגנה זו הנה "טענת סל". אין היא חלה על פעולות מוגדרות מראש, אלא מגדירה קריטריונים אשר בתי המשפט ידרשו לבחון בכל מקרה ומקרה אשר יגיע לדיון. כך, למשל, קובע החוק בישראל כי לא ייחשב הפרת זכות יוצרים "כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה או תמצית עיתונאית"⁵⁴.

בתי המשפט בישראל פירשו את טענת השימוש ההוגן בצמצום. על מנת שיוכל ליהנות מהגנת "השימוש ההוגן" נדרש הנתבע להוכיח שני תנאים מצטברים: ראשית, עליו להוכיח כי השימוש שעשה ביצירה היה לאחת המטרות המנויות בחוק, ושנית כי היקף השימוש ביצירה המקורית היה הוגן⁵⁵. המכשול המרכזי להחלתה של הגנת השימוש ההוגן על שימושים לצורכי

53 ראו ס' (VI)-(II)(1)2 לחוק זכות יוצרים המחיר מספר שימושים נוספים, ללא הרשאת בעל זכות היוצרים. ס' (II)(1)2 לחוק מתיר למחברה של יצירה אמנותית, שאינו בעל זכות היוצרים בה, לעשות שימוש בתרשים, כמודל, באימום, ביציקה או בסקיצה שנעשו על ידו לצורך היצירה, ובלבד שלא יחזור, אגב השימוש, על התבנית העיקרית של היצירה ולא יחקה אותה. ס' (III)(1)2 לחוק מתיר עשייתם או פרסומם של ציורים, שרטוטים, פיתוחים או צילומים של יצירה אדריכלית אמנותית ושל יצירת פיסול או מלאכת אמנות אם אלה מצויות באופן קבוע במקום ציבורי. ס' (V)(1)2 לחוק מאפשר פרסום רשימה בעיתון על הרצאה שניתנה בציבור, ובלבד שהדבר לא נאסר במפורש, וס' (VI)(1)2 לחוק מתיר דקלום או הקראה פומבית של קטע באורך סביר של יצירה שנחפרסמה.

54 ס' (I)(1)2 לחוק.

55 רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 270 (להלן: עניין גבע).

הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה

הוראה הוא ההגדרה הצרה של מטרות השימוש. החוק מגדיר חמש מטרות בלבד כמטרות לגיטימיות: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית. על פי הפרשנות שניתנה להוראה זו בפסיקה, רשימת המטרות שהוגדרו בחוק הנה "רשימה סגורה". כלומר אם השימוש שנעשה ביצירה איננו נופל לגדר מטרות אלה לא ייחשב השימוש להוגן⁵⁶. ברשימה זו בולט כמובן חסרונה של ה"הוראה" כאחת המטרות הלגיטימיות אשר לשמן מותר לעשות שימוש ביצירה, ובלבד שיהיה בהיקף הוגן⁵⁷. תזכיר 2003 מותיר מצב משפטי זה על כנו⁵⁸.

כאשר מטרת השימוש היא לימוד עצמי עשוי השימוש להיחשב שימוש הוגן. לימוד עצמי משרת כמובן את מטרתם של דיני זכויות היוצרים – ועשוי לתרום לעידוד תהליכי יצירה ופיתוח. לכן צילום של מספר עמודים מתוך ספר, שנעשה בידי תלמיד לצורכי לימוד עצמי – עשוי להיחשב שימוש הוגן. אולם הוצאה לאור של חוברות ערוכות הכוללות עותקים ממקורות שונים, גם אם נעשה לצורכי הוראה לא יהווה לימוד עצמי⁵⁹. כאשר מדובר בגורם אחר המבצע את הצילום עבור התלמיד, כמו למשל ספריות⁶⁰ או חנויות צילום, ספק אם יוכלו הללו ליהנות מהגנת השימוש ההוגן⁶¹. כך, למשל, באחת הפרשיות המרכזיות שעסקה בהכנת קובצי

56 שם, שם.

57 ראוי לציין כי הפטור שהוגדר בס' 4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד–1984, רחב יותר, וכולל גם שימוש ביצירה לשם הוראה: "הוראות ס' 2 לא יחולו אם המעשים האמורים בו הם בגדר הפצה או שימוש הוגן, לשם לימוד עצמי או הוראה שלא למטרת רווח, או לשם מחקר, ביקורת, סקירה, או תמצית עיתונאית".

58 ס' 22 לתזכיר 2003.

59 ת"א (ת"א) 1548/94 בתי שוקן הוצאת ספרים בע"מ נ' משכל הוצאה לאור והפצה בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין בתי שוקן).

60 בהקשר של צילום הנעשה על ידי ספריות נפסק בפרשת *Williams*, לעיל הערה 50, כי The National Institutes of Health (NIH) המציג בספריותיו מאמרים שהתפרסמו בכתבי עת רפואיים המוגנים בזכות יוצרים באמצעות מנגנון המיקרופילים, אינו מפר זכות יוצרים וזכאי להגנת השימוש ההוגן. ס' 49 לחוק האוסטרלי בדבר זכויות יוצרים מתווה בפירוט את התנאים להעתקת יצירה על ידי ספרייה שאינה למטרות רווח בעבור אחד ממשתמשיה. על המשתמש להגיש לספרייה בקשה להעתקת היצירה או חלק ממנה. בבקשה עליו להצהיר כי השימוש בעותק יעשה רק לצורכי לימוד או מחקר וכי לא קיבל בעבר עותק של אותו המאמר. רק לאחר אישור הבקשה על ידי עובד ספרייה מורשה תבוצע ההעתקה. כמו כן, אם הבקשה היא להעתקת שני מאמרים או יותר מאותו כתב עת, לא יחול החריג, אלא אם כן המאמרים עוסקים באותו הנושא. יתרה מכך אם ההעתקה המתבקשת אינה של מאמר מכתב עת, לא תותר העתקת היצירה במלואה או העתקה של יותר מחלקים סבירים ממנה, אלא אם כן היצירה לקוחה מאוסף הספרייה או שעובד הספרייה המורשה אישר, בטרם העתקה, כי לא ניתן להשיג עותק של היצירה תוך זמן סביר במחיר סביר; ס' 36(ב) לתזכיר 2003 מתיר העתקה של יצירה שעותק ממנה מצוי בספרייה או ארכיון, עבור אדם אחר, ובלבד שההעתקה על ידי אותו אדם מותרת על פי דין.

61 עניין בתי שוקן, לעיל הערה 59, שם נדונה תביעה שעניינה פרסום לקט של פתגמים ומטבעות לשון מכתבי ש"י עגנון. בדונו בהגנת השימוש ההוגן כותב השופט זפט: "המבקש לנקות עצמו מהפרת זכות יוצרים בהגנה של שימוש הוגן לשם לימוד עצמי צריך להראות שהפעולה המפרה בוצעה על ידו לשם לימוד עצמי". ייתכן שהמחבר שליקט את מטבעות הלשון יוכל

מקורות לשימוש כחומר לימוד באמצעות רשת חנויות הצילום האמריקנית Kinko's. בית המשפט לערעורים בארצות-הברית פסק כי אף שהשימוש באתולוגיות בידי התלמידים היה שימוש לצורכי לימוד, השימוש שעשתה Kinko's ביצירות היה לצורכי מסחר.⁶² מצד שני, אם מטרת ההעתקה מותרת על פי חוק, האין זה ראוי שכאשר הביצוע הטכני של ההעתקה נעשה בידי אחר — שליחו של המעתיק המורשה — לא תהפוך ההעתקה לאסורה? איזה טעם יש בדרישה שכל תלמיד יבצע את צילום היצירה בעצמו? דברים ברוח זו הביע שופט המיעוט בפרשת *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*⁶³, שעסקה אף היא בהכנת עותקים מצולמים של יצירות לקובצי מקורות של סטודנטים בידי גוף מסחרי. דעת הרוב פסקה כי מדובר בהפרה של זכות יוצרים אשר איננה נהנית מהגנת השימוש הוגן, אולם השופט Martin פסק, בדעת מיעוט, כי צילום עותקים עבור סטודנטים מהווה יישום מודרני של תהליך הלמידה המסורתית ולכן יש להתירו:

“In limiting the right to copy published works in the Copyright Act, Congress created an exception for cases like the one before us. When I was in school, you bought your books and you went to the library for supplemental information. To record this supplemental information, in order to learn and benefit from it, you wrote it out long-hand or typed out what you needed — not easy, but effective. Today, with the help of free enterprise and technology, this fundamental means of obtaining information for study has been made easier. Students may now routinely acquire inexpensive copies of the information they need without all of the hassle. The trend of an instructor giving information to a copying service to make a single set of copies for each student for a small fee is just a modern approach to the classic process of education. To otherwise enforce this statute is nonsensical.”

בית המשפט בקנדה שדן לאחרונה בסוגיה זו אימץ גישה ברוח דעת המיעוט

ליהנות מהגנת הלימוד העצמי, אך הוצאת הספרים לא תוכל ליהנות מהגנה זו, שכן הוצאה לאור של ספר איננה נעשית לצורך לימוד עצמי.

Basic book, Inc. v. Kinko's Graphics Corporation, 758 F.Supp. (S.D.N.Y 1991) 1522 62
 לעתים גם במקרים של העתקה בידי מורה לא הוחל חריג השימוש ההוגן: *Wihol v. Crow*, 309 F.2d 777 (8th Cir. 1962)
 48 עותקים של שיר המוגן בזכות יוצרים, אשר שימשו את תלמידיו, הפר זכות יוצרים ואינו נהנה מהגנת השימוש ההוגן.

Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc., 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996) 63
 ערעור שהוגש על החלטה זו נדחה: *Princeton University Press v. Michigan Document Services*, 117 S. Ct. 1336 (1997)

שלעיל. בפרשת *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* בחן בית המשפט את פעולותיה של ספריית מאגרי מידע משפטיים שאפשרה לציבור המשתמשים לצלם באופן עצמאי במתקני הספרייה וכן סיפקה שירותי צילום ומשלוח עותקי החומר המשפטי הדרוש, בדואר או בפקס, על פי דרישה⁶⁴. באשר לצילום בשירות עצמי, דחה בית המשפט הקנדי את הטענה כי יש בכך מתן הרשאה להפרת זכות יוצרים, ופסק כי אף אם שירות הצילום העצמי מאפשר הפרת זכות יוצרים, לספרייה אין יכולת שליטה על הנעשה בשירות הצילום העצמי. באשר לשירות הצילום על פי דרישה, בחן בית המשפט את תחולת חריג השימוש ההוגן, הקבוע בסעיף 29 לחוק זכויות היוצרים הקנדי, ופסק כי מטרת השירות היא מחקר ולימוד עצמי. אמנם אין המחקר נעשה ישירות על ידי עובדי הספרייה המבצעים את הצילום, אולם אלו מתווים את התנאים הדרושים לשם מחקר ולימוד עצמי. לפיכך קבע בית המשפט כי מתמלאים תנאיו של חריג השימוש ההוגן.

יש לציין כי הבחנה זו בין יצירת עותקים עצמאית לבין העתקה בידי אחרים מאבדת מעט מחשיבותה במערכות של הוראה מרחוק. כאשר נשמר עותק של מאמר באתר הקורס, כל סטודנט הגולש לאתר יוצר לעצמו באופן עצמאי עותק זמני של המאמר בעצם ביצוע פעולת הגלישה והעיון במאמר, ובמקרים רבים יכול גם ליצור עותק קבוע של המאמר על ידי שמירתו במחשבו האישי או משלוח המאמר למדפסת. אף שעותקים אלה עשויים ליהנות מהגנת שימוש הוגן, פעולותיו של המוסד האקדמי לא תזכינה להגנה. לבסוף, חשוב לזכור את ייחודו של המצב המשפטי בישראל. בחוק האמריקני נקבעו הוראות פטור מיוחדות לצורכי הוראה. אולם במשפט הישראלי אין הוראת פטור מקבילה. על רקע זה, ולנוכח העובדה שמטרתם של דיני זכויות יוצרים לעודד פעולות של חינוך והוראה כמנוף לתהליכי יצירה ולהעשרת עולם הביטויים, ראוי לאמץ פרשנות מרחיבה יותר של הפטור שהוגדר בחוק זכות יוצרים במסגרת מטרת הלימוד העצמי. במסגרת כחינת תחולת חריג השימוש ההוגן, לא די בכך שהשימוש יעשה לשם אחת המטרות שמנה החוק, אלא יש להראות שהטיפול ביצירה הוגן. בהיעדר קריטריונים מוגדרים בחוק לבחינת "הגינות הטיפול" אימצה הפסיקה בישראל את המבחנים אשר פותחו בפסיקה האמריקנית ועוגנו בחוק זכויות היוצרים האמריקני בשנת 1976, ואלו הם: מטרת השימוש ואופיו, טבעה של היצירה המוגנת, היקף השימוש בנוגע לכלל היצירה המוגנת, ולבסוף, השפעת השימוש על ערכה של היצירה המוגנת או על השוק הפוטנציאלי שלה⁶⁵.

במסגרת אופי השימוש יבחן בית המשפט אם השימוש שנעשה ביצירה הנו מסחרי או שמא הוא שימוש שאינו למטרות רווח, וכן אם מדובר בשימוש יצירתי אשר יש בו כדי לקדם ערכים אחרים החשובים לחברה. ככל שהשימוש יישא אופי

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada [2004] F.C.J. No. 1399 64
עניין גבע, לעיל הערה 55.

מסחרי יותר, ייטה בית המשפט לסווג אותו כבלתי הוגן⁶⁶. השאלה מתי שימוש הוא מסחרי נתונה כמובן לפרשנות, ופרשנות רחבה שניתנה למונח זה בפסיקה, הכוללת בין היתר חיטון בהוצאות והפקת טובת הנאה, עלולה להוביל לסיווגו של השימוש לצורכי הוראה כשימוש מסחרי. עם זאת, העובדה שמדובר בשימוש מסחרי אינה חוסמת את האפשרות שבית המשפט יכיר בו כשימוש הוגן⁶⁷. גם אם מדובר בשימוש מסחרי, עדיין יש לבחון אם יש בו יצירתיות ותרומה חברתית. ככל שישא השימוש אופי יצירתי יותר, ויקדם מטרות חדשות, שונות מאלו של היצירה המקורית, ייטה בית המשפט לסווגו כשימוש הוגן. לכן בדרך כלל כשהמעתיק יוצר עותקים זהים לחלוטין למקור לא ייחשב הדבר שימוש הוגן. זהו המקרה, למשל, כאשר חברה מסחרית העוסקת במחקר ובפיתוח מכינה עותקים של מאמרים שלמים. העותקים המהווים תחליף מושלם למאמר המקורי, חוסכים לחברה את הצורך לרכוש את המאמרים תמורת תשלום, ומונעים מן היוצר רווח אשר לו הוא זכאי על פי חוק⁶⁸.

3.5 אחריות להפרה

אם השימוש ביצירה (כגון הקרנת סרט בשיעור ללא רישיון) מהווה הפרת זכות יוצרים, האחריות להפרה תחול על מי שביצע בפועל את ההשמעה (בדרך כלל המרצה). בנוסף, עלולה לחול בהקשר זה אחריות מוסדית, של המוסד להשכלה גבוהה כמעביד, למעט אם המוסד פעל למניעת ההפרה, והמרצה פעל על דעת עצמו ובניגוד לתקנון או להנחיות האוניברסיטה⁶⁹. במקרים מסוימים עלולה

66 כאשר מדובר בשימוש שאיננו מסחרי, יתמוך הדבר בקביעה שמדובר בשימוש הוגן. למשל, בפרשת *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984) (הקלטת תכנית טלוויזיה המוגנת בזכות יוצרים, באמצעות מכשיר וידאו לשימוש ביתי, על מנת לצפות בתכנית בזמן נוח יותר, Time Shifting, מהווה שימוש הוגן). מצד שני, בעניין גבע, לעיל הערה 55, פסק בית המשפט כי אופי השימוש בדמותו של דונלד דאק אינו תורם לאפקט הסאתרי של היצירה, ואין בסיפור כל שימוש במאפיינים הייחודיים של דמות הברווז או סביבתו התרבותית להעברת מסר חברתי אמנותי זה או אחר. השימוש בדונלד דאק נועד, לדעת בית המשפט, למשוך תשומת לב ולהצחיק, ולפיכך מהווה שימוש מסחרי גרידא.

67 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), שם נפסק כי השאלה אם השימוש הנו מסחרי אם לאו הנה רק אחד מן האלמנטים הנבחנים במסגרת בחינת אופי השימוש, ויש לאזנו למול שאר האלמנטים והתנאים לתחולת חריג השימוש ההוגן.

68 *American Geophysical case, supra note 50*.

69 מגמה זו באה לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים: ת"א (י"ם) 15441/01 אק"ם נ' הרשקוביץ, דינים שלום כב 168 (להלן: עניין הרשקוביץ); ע"א (חי') 4886/99 אק"ם נ' מאי מסעדות בע"מ, תקדין מחוזי 2000(3) 107 (להלן: עניין מאי), שם הוטלה אחריות על המנהלת הרשומה של החברה אשר הפעילה את המסעדה שבה הופרה זכות היוצרים של המערערת עקב ביצוע פומבי; ת"א (ת"א) 46/94 אק"ם נ' אגודת נ' י. ט. גזית (לא פורסם), תקדין שלום 1371 (4) 1997, שבו הוטלה אחריות לביצוע פומבי הן על התקליטנים אשר השמיעו את המוזיקה בפועל, והן על בעלי האולם; ת"א (כ"ס) 2767/02 אק"ם נ' עמותת מכבי אבשלום פ"ת — מחלקת כדורגל (טרם פורסם), תקדין שלום 2003(2) 51, בו הוטלה אחריות על עמותת הכדורגל הנתבעת בגין שידור שירים במגרש הכדורגל בזמן הפסקות במשחק, שעה שהשידור עצמו נעשה על ידי קטין, אוהד הקבוצה, ללא תמורה כספית, ממערכת הכריזה של העמותה.

האוניברסיטה לחוב באחריות עקיפה. בחוק הישראלי הוראות המטילות אחריות עקיפה על מי שנטל חלק בהפצה⁷⁰ או התיר לתועלתו הפרטית ביצוע פומבי של היצירה⁷¹ בידיעה שהיא מפרה זכויות יוצרים⁷². לענין זה, אי-עשיית דבר, כגון נקיטת פעולות הסברה ואזהרה, למניעת פעולות ההפרה עלול להיות הרשאה⁷³. בנוסף, ייתכן שתחול אחריות על המוסד להשכלה גבוהה מכוח דוקטרינת האחריות התורמת, אשר אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון (אם כי בהקשר של הפרת פטנט). גם במקרה זה, על מנת שתחול אחריות על המוסד, יהיה צורך להוכיח כי סייע לפעולות ההפרה (למשל העמיד את האמצעים לכך), תוך שהוא יודע על פעולות ההפרה וכל עוד האמצעים שהוא מספק אינם בני שימוש משמעותי אחר שאיננו מפר⁷⁴.

70 ס' 2(2) לחוק זכות יוצרים.

71 ס' 3(2) לחוק זכות יוצרים, שלפיו מתן הרשאה לביצוע יצירה בפומבי ללא רישיון עלולה להטיל אחריות בגין הפרת זכות יוצרים, אלא אם כן המתיר לא ידע ולא היה לו יסוד נאמן לחשוד, שבביצוע יש משום הפרת זכות יוצרים. עשוי להיות קושי פרשני בהחלת הסעיף על מוסדות להשכלה גבוהה הואיל והסעיף על פי לשונו חל על "תאטרון או מקום שעשוע אחר" ועל מי שמפיק תועלת פרטית משימוש כאמור (ובנוסח האנגלי: "Any person who for his private profit permits a theatre or other place of entertainment to be used for the performance in public of the work"). הסעיף הוחל בפסיקה על מסעדות ובתי קפה: ראו עניין הרשקוביץ, לעיל הערה 69; עניין מאי, לעיל הערה 69; ת"א 992/00 אק"ם נ' חברת תומר שי שירותי ניהול בע"מ (לא פורסם), שבו הוטלה אחריות בגין ביצוע פומבי בבית קפה ועל אולמי שמחות: עניין אולמי נפטון, לעיל, הערה 24; עניין אטלנטיס, לעיל הערה 24; נראה כי לפי ס' 60(ב) לתזכיר 2003 המטיל אחריות על המרשה, למטרות רווח, ביצוע פומבי מפר "במקום בידור ציבורי", לא תחול אחריות עקיפה בגין ביצוע פומבי מפר על המוסד להשכלה גבוהה. בתי המשפט עלולים להרחיב את תחולתו גם למוסדות חינוך ומוסדות להשכלה גבוהה המשמשים לצורכי לימוד ולא לצורכי בידור. אולם נראה שיש אינטרס לצמצם את מעגל האחראים ולא להרחיבו. בנוסף, ההיגיון העומד מאחורי הסעיף הוא כי יש להטיל אחריות על מי שמפיק רווח מהפרת היצירה גם אם נעשתה בידי אחרים. בדרך כלל נטתה הפסיקה לראות בבעל עסק המשמיע מוזיקה במקום העסק (לעובדיו או ללקוחותיו) כמי שעושה זאת לתועלתו הפרטית. אף שניתן לטעון כי הצגתו של חומר לימוד המוגן בזכויות יוצרים מגיבה תועלת למוסד החינוכי, שכן היא משפרת את איכות ההוראה, נראה כי אין מדובר בתועלתו הפרטית של המתיר, או במקור באנגלית: Private Profit.

72 בתי המשפט נוטים בשנים האחרונות לפרש בצמצום את דרישת הידיעה, ולא לדרוש ידיעה בפועל כתנאי להטלת אחריות. די במחדל כגון מתן הרשאה לביצוע יצירות מבלי לבדוק תחילה אם בידי המבצע מצויים כל האישורים הדרושים על פי דין. למשל, עניין אולמי נפטון, לעיל הערה 24.

73 ע"א (ת"א) 779/77 אק"ם בע"מ נ' חב' אהרון ברמן בע"מ, פ"מ תש"ם א 441, 455, שבו נקבע ברעת הרוב כי אפילו הרשאה מהסוג הצר ביותר (To Permit) אפשר ללמוד מאדישות גרידא.

74 ראו ע"א 1636/98 רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ, פ"ד נה(5) 337, 354: "מאחר שלדעתי חלה הדוקטרינה של הפרה תורמת במשפט הישראלי, עליי לבחון אם נתמלאו התנאים המקובלים להטלת אחריות על חברת אס.די.אר. תנאים אלו הם שלושה במספר: התנאי הראשון הוא כי הרכיבים הנמכרים מהווים חלק מהותי מההמצאה

4. זכויות יוצרים והוראה בעידן הדיגיטלי

המדדיה הדיגיטלית ורשת האינטרנט פתחו אפשרויות חדשות בהוראה. בלחיצת כפתור יכול התלמיד לעיין ברשימת הקריאה המופיעה באתר הקורס ברשת האינטרנט. במקרים רבים ניתן גם לעיין בחומר הלימוד עצמו, לקרוא מאמרים שפורסמו בכתבי עת, לעיין בכתבי יד עתיקים, לצפות בתמונת השמים העדכנית, להאזין ליצירות מוזיקליות, לצפות בסרטים ובצילומים או לקבל נתונים ממאגרי מידע. המדיה הדיגיטלית המקנה גישה מהירה ויכולת עדכון, מאפשרת לעדכן את רשימות הקריאה במהלך הקורס בחידושים המדעיים הנערמים באתריהם של מכוני המחקר ואוניברסיטאות המקושרים לאתר הקורס. הגישה לקורס ולחומרי הלימוד פתוחה לתלמידים בכל עת ומכל מקום: מביתם, מאינטרנט קפה בעת טיול, או ממחשב כף-יד (Palm) במהלך שירות מילואים.

הקורס המקוון פורץ את מסגרת הזמן הקצר שהוקצה לו בתכנית הלימודים ויוצר סביבת לימוד שמתנהלת גם בתום השיעור ומציעה מסגרת ללימוד עצמי, לליבון סוגיות ולדיון פעיל. המדיה הדיגיטלית היא אינטראקטיבית. היא מאפשרת לתלמידים לעבוד בצוותא ולחבר טקסט משותף. תלמיד שמעלה קובץ לאתר הקורס יוכל לקבל משוב מחבריו ללימודים ומסגל המרצים. אלו יוכלו להעיר הערות, לשנות את הטקסט או להוסיף לו משלהם. הרשת מאפשרת לפתח דיון בצ'טים באתר הקורס, דיון המסייע לליבון שאלות שהתעוררו בנוגע לחומר הקריאה או לנאמר בשיעור, ומתווה פלטפורמה להעלאת רעיונות ומחשבות בנוגע לחומר הלימוד ולהתפתחויות עדכניות בתחום הנלמד. כן מאפשרת רשת האינטרנט הגשת עבודות ובחינות ישירות מסלון ביתו של הסטודנט, באמצעות מחשבו האישי.

4.1 הוראה מרחוק

העידן הדיגיטלי מערים קשיים חדשים על המוסדות להשכלה גבוהה בכל מה שנוגע לניהול זכויות יוצרים. דיני זכויות היוצרים מטילים כיום הגבלות רחבות יותר על השימוש ביצירות בסביבת ההוראה הדיגיטלית. מהפכת המידע הובילה לשינויים מרחיקי לכת בדיני הקניין הרוחני, אשר הרחיבו באופן משמעותי את היקף תחולתם. דיני זכויות יוצרים, למשל, חלים על יותר יצירות⁷⁵ ועל יותר

המוגנת של רב בריח. התנאי השני הוא כי המשווק יודע, או בנסיבות העניין היה עליו לדעת, שהרכיבים מתאימים באופן מיוחד לקומבינציה המפרה את זכות הפטנט וכי הם מיועדים בפועל לכך. התנאי השלישי הוא שלילי בהיותו חריג לאחריית: הוא קובע כי האחריות אינה חלה במקרה שבו הרכיב הנמכר הוא מוצר בסיסי (Staple Product) המתאים לשימוש משמעותי אחר שאין בו משום הפרת פטנט". לביקורת על פסק הדין ראו מ' ד' בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" טכנולוגיות של צדק משפט, מדע וחברה (ש' לביא עורך, תשס"ג) 169.

75 ראו, למשל, ס' 2 לפקודת זכות יוצרים, הקובע כי דין תכנת מחשב כדין יצירה ספרותית.

שימושים ביצירה⁷⁶ ולכן מטילים הגבלות רחבות יותר על הגישה ליצירות ועל השימוש בהן לצורכי לימוד והוראה.

שימושים רבים שהיו מותרים קודם לכן עלולים להוות הפרה כאשר הם נעשים בסביבה דיגיטלית. דוגמאות בולטות לכך הן קריאה ועיון ביצירה. באופן מסורתי אסרו דיני זכויות יוצרים על העתקת היצירה, אך לא על גישה ליצירה, על האזנה לה או על עיון בה. בסביבה הדיגיטלית עלולה לעלות טענה של הפרה כאמור מכיוון שכל עיון ביצירה מחייב יצירתם של עותקים זמניים בזיכרון העבודה של המחשב (RAM, Random Access Memory). גלישה לאתר אינטרנט כרוכה בהעברת עותק משרת המחשב שבו שמור האתר לדפדפן של הגולש. השאלה אם עותקים זמניים מהווים חלק מזכות היוצרים עוררה מחלוקת בשנות ה-90, ונראה כי טרם הוכרעה. הגישה שלפיה עותק זמני מהווה העתקה אשר אומצה בפסקי דין אחדים בארצות-הברית⁷⁷, זכתה לביקורת נוקבת בטענה שהיא מתעלמת מאופייה המיוחד של המדיה הדיגיטלית. מתן פירוש רחב מדי לזכות היוצרים, כך שתחול גם על עותקים זמניים הנוצרים בשל תפעול המערכת, עלולה להרחיב את זכות היוצרים מעל לרצוי. זאת משום שתוכן המיוצג במדיה דיגיטלית איננו ניתן לקריאה ולעיון בלתי אמצעיים ומחייב שימוש במחשב המחולל עותקים זמניים של הקובץ במהלך קריאתו. לפיכך, אם זכותו הבלעדית של בעל זכות היוצרים חלה על עותקים זמניים, משמעות הדבר בסביבה הדיגיטלית היא שבעל זכות היוצרים יכול לא רק למנוע העתקה של היצירה אלא גם כל קריאה, צפייה או עיון ביצירתו⁷⁸.

תזכיר 2003 מגדיר העתקה באופן רחב ("עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית") לרבות "אחסון של היצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי

הרחבת היקף תחולתם של דיני הקניין הרוחני אינה רק נחלתם של דיני זכויות יוצרים. באירופה למשל הורחבה ההגנה בקניין רוחני גם למאגרי מידע, ראו הדירקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים. מגמת ההרחבה ניכרת לא רק בחקיקה, אלא גם בפסיקה. למשל, דיני הפטנטים בארצות-הברית הורחבו בשנים האחרונות כך שהם חלים גם על שיטות עסקיות והמצאות בתחום הביוטכנולוגיה. ראו: *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998). שם נפסק כי אין לומר באופן גורף כי שיטה עסקית אינה כשירה להגנת פטנט.

76 למשל, בד"ר הישראלי תוקן החוק בשנת 1996 והוספה זכות ההשכרה וההשאלה לצורכי מסחר, ס' 13 לפקודת זכות יוצרים; ראו גם (106)3 The American Copyright Act, art.

77 בפסיקה האמריקנית נקבע בפרשת *MAI Systems Corporation v. Peak Computer*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993) (להלן: עניין MAI) כי העתקה זמנית מה-ROM (Read Only Memory) אל ה-RAM (Random Access Memory) המתרחשת בעת הפעלת המחשב הנה העתקה לצורך חוק זכויות יוצרים. בעקבות פסק הדין בפרשת MAI תוקן ס' 117(c) לחוק האמריקני בדבר זכויות יוצרים והלכת MAI נהפכה, אם כי בצורה מצומצמת ומוגבלת לנסיבות פסק הדין עצמו. ס' 117(c) לחוק האמריקני בדבר זכויות יוצרים קובע כי אין מדובר בהעתקה זמנית כאשר בעל מחשב מתיר לאחר להדליק עבורו את המחשב בעת תיקונו. חשוב לציין כי ההלכה העקרונית שלפיה העתקה זמנית הנה העתקה לצורך חוק זכויות יוצרים נותרה בעינה.

78 J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 *Cardozo Arts & Entertainment L.J.* (1994) 29

אחר"⁷⁹. בהגדרת השימושים המותרים, קובע התזכיר חריג צר בנוגע להעתקה זמנית:

"העתקה ארעית של יצירה כחלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי, שמטרתו היחידה לאפשר העברה של היצירה ברשת תקשורת בין צדדים שלישיים על ידי גורם ביניים, או לצורך שימוש כדין ביצירה, מותרת, ובלבד שאין להעתקה הארעית ערך כלכלי משלה"⁸⁰.

מלשון ההן ניתן כמובן ללמוד על הלאו, וכל אותם עותקים זמניים אשר אינם נופלים בגדר תנאי הפטור מהווים לכאורה הפרה⁸¹. כפי שניתן לראות הפטור איננו חל על כל העתקה זמנית, אלא מותנה בהתקיימות תנאים רבים.

דוגמה נוספת לצמצום השימושים המותרים נוגעת לכיצוע פומבי. בהנחה שהגענו למסקנה כי מותר להקרין סרט לתלמידים במסגרת השיעור, הואיל ואין מדובר בכיצוע פומבי, ניהול השיעור באמצעות מערכת הוראה מרחוק עלול להפוך את ביצוע הסרט לכיצוע פומבי. כך למשל: שידור שיעור שהוקרן בו סרט המהווה יצירה מוגנת או הוצגו בו שקופיות לתלמידים מחוץ לקמפוס, ניהול השיעור במקביל ממספר מוקדי שידור על מנת לאפשר לתלמידים במקומות שונים לקחת חלק בשיעור או ניהול השיעור כולו באופן מקוון באמצעות האינטרנט. ההגדרה של "כיצוע פומבי" השייך לאגד זכויות היוצר ולכן מחייב רישיון, היא הגדרה רחבה. הגדרה זו חלה גם על העברה בדרך מכנית. בע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות' עסק בית המשפט העליון בשאלה אם שידור משנה, שידור של ערוץ טלוויזיה זר באמצעות ערוצי הכבלים בארץ, מהווה הפרת זכות יוצרים. בית המשפט העליון פסק פסיקה אשר שבה ואושרה גם בדיון הנוסף, כי העברה משנית של שידור, המבוצעת באמצעות הלוויין והכבלים במקביל לשידור המקורי, מהווה הפצה לצורכי מסחר כמשמעותה בסעיף 2(2) לחוק זכות יוצרים, ועל כן הפרת זכות היוצרים הגלומה בשידור המקורי⁸². פרשנות זו של בית המשפט מטשטשת את ההבחנה המסורתית בדיני זכויות יוצרים בין שידור, המהווה כיצוע

79 ס' 11(1) לתזכיר 2003.

80 ס' 31 לתזכיר 2003.

81 ההסדר שאומץ בתזכיר 2003 מאמץ את ההסדר המעוגן בס' 1(5) לדריקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים שלפני העתקה זמנית, שהנה חלק מתהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה הנה העברה ברשת בין צדדים שלישיים באמצעות מתווכים או שימוש חוקי ביצירה, לא תיחשב כהפרת זכות יוצרים. ראו הדירקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים, לעיל הערה 44.

82 בע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529, קבע בית המשפט כי העברה משנית של שידור, המבוצעת באמצעות הלוויין והכבלים במקביל לשידור המקורי, מהווה הפצה לצורכי מסחר כמשמעותה בס' 2(2) לחוק זכות יוצרים, ועל כן הפרת זכות היוצרים הגלומה בשידור המקורי. בדיון נוסף שהתקיים בעניין זה בדני"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd. (טרם פורסם), תקדין עליון 2004(2), 2838 (להלן: עניין ערוצי זהב), אישרה דעת הרוב את עמדה זו כי שידור משנה מהווה הפצה לצורכי מסחר כמשמעותה בס' 2(2) לחוק זכות יוצרים.

פומבי באמצעים מכניים, לבין הפצה של עותקים פיזיים של היצירה ומסחר בהם. בנוסף, ההסתמכות על סעיף 2(2) לחוק זכות יוצרים בהקשר של שידורי משנה הנה בעייתית, שכן הסעיף עוסק בהפרה עקיפה של זכות היוצרים, קרי, הפצה של עותק מפר מן היצירה בנסיבות שבהן ידוע למפיץ שהעותקים המופצים הנם עותקים מפרים. לעומת זאת, שידורי המשנה הסימולטניים אינם כוללים בדרך כלל יצירות מפרות, אלא שנטען כי עצם העברתם באופן סימולטני למגוון הכבלים (במקביל לשידורם המקורי) מהווה הפרה⁸³.

בעתיד נראה כי בתי המשפט יידרשו להכריע אם יש להבחין בין השידור באינטרנט לבין השידור הלווייני, או שמא גם שידור באינטרנט מהווה הפרת זכות יוצרים.

נראה כי כאשר השיעור, או תומרי הלימוד, פתוחים לציבור הגולשים הרחב, יש בכך ביצוע פומבי גם אם כל אחד ואחד מן המשתתפים בכיוצו צפה בשיעור וביצירות שהוצגו בו בביתו הפרטי. הסיבה לכך היא שמבחן המקום איננו קונקלוסיבי. ציבור הגולשים הוא ציבור בלתי מסוים ומזדמן, ואיננו מהווה קבוצה מוגדרת של מוזמנים. כאשר הגישה לשיעור או לתומרי הלימוד מוגבלת לתלמידים הרשומים לקורס, יש בכך על פי מבחן "אופי הקהל" לעקר את אופיו הפומבי של הביצוע.

בעבר התיר סעיף 7א(ב) לפקודת זכות יוצרים שימוש אגב: שידור הצגה או השמעה בפומבי של יצירה ספרותית, דרמטית, מוזיקלית או אמנותית, כדי להכלילה בשידור המיועד לבתי הספר במסגרת תכנית הלימודים. מדברי הכנסת ניתן ללמוד כי הסעיף נועד "להבטיח אפשרות שהטלוויזיה הלימודית וגם 'קול ישראל' לבתי-הספר יוכלו להשתמש ביצירות, להשתמש בהן שימוש לא-מהותי, טפל, לשם הדגמה והמחשה, גם במקרים שמסיבות אובייקטיביות אין הסכם בין בעלי זכות היוצרים ובין המשרד"⁸⁴. למרבה הצער, תוקף הסעיף הוגבל בזמן, על

83 בפסק הדין של דעת המיעוט בדיון הנוסף יוצא השופט חשין נגד החלת חוק זכויות יוצרים, דרך הגדרת ביצוע פומבי והפצה לצרכי מסחר, על שידורי משנה. לדבריו, אף שהדבר אפשרי מבחינה טכנית, מבחינת המדיניות המשפטית הראויה יישום חוק זכות היוצרים כלשונו על שידור משנה בכבלים לא ישקף כראוי הסדר שחוק זכות היוצרים יצר ונתכוון ליצור. לא רק שיהא בכך הטלת נטל כבד על כתפי ערוצי הכבלים, שכן יהא עליהם לבדוק מראש מה עתיד להיות משורר בערוצים הזרים ולהחשיך את מסך הטלוויזיה בהתאם, אלא שלדעתו חברת הכבלים אינה אלא בבחינת צינור העברה (Conduit, Pipe) וצינור אינו מתחייב בהפרת זכות היוצרים. המבחן לשיטתו הוא מבחן השליטה בשידורים, ככל ששליטת המשרד נמוכה בעצמתה ופסיבית, יש לראות בו יותר כצופה שאינו חב בתשלום לבעל זכות היוצרים. חברות הכבלים מבחינת מבחן השליטה בשידורי הערוצים הזרים קרובות יותר לצופה מאשר למשרד. חלקן הוא בשידור פסיבי, ועיקר פעולתן הוא בהרחבת טווח שידוריו של השידור המקורי. ראו השופט חשין בעניין ערוצי זהב, לעיל הערה 82, ס' 28.

84 ראו דברי חבר הכנסת א' רימלט בדיון בעת חקיקתו של הסעיף, ד"כ 51 (תשכ"ח) 1642-1643. לדבריו, בפני ועדת החינוך והתרבות ניצבו כמה סוגיות אשר נזקקו לליבוך: האחת, הרצון לאפשר לטלוויזיה החינוכית לפעול, בעיקר כאשר צריך להשתמש ביצירות כקישור או כרקע בשימוש שאינו מהותי, אלא מהווה שימוש אגב, כאשר אין אפשרות להגיע לכלל הסכם בין בעל זכות היוצרים לבין המשרד; השנייה, כיצד להקטין את הפגיעה בזכות הכלכלית

מנת לא לשבש את החקיקה החדשה אשר הכול ציפו כי תחליף במהרה את חוק זכות יוצרים משנת 1911 בחקיקה ישראלית מקורית. לכן פג תוקפו של סעיף הפטור ביום 31 במרס 1974.

תזכיר 2003 איננו משפר מצב זה בהרבה. כאמור, סעיף 35(ג) לתזכיר מתיר ביצוע פומבי של יצירה, אך איננו מתיר שידור לצורכי הוראה. הדבר נובע מכך שהתזכיר עורך הבחנה בין ביצוע פומבי (המוגדר בסעיף 12) לבין שידור (המוגדר בסעיף 13 כ"העברה קווית או אלחוטית, של צלילים או מראות או שילוב של צלילים ומראות לציבור"). הואיל והפטור חל רק על ביצוע פומבי, ולא על שידור, השאלה אם השימוש מותר תהיה תלויה בסוג הטכנולוגיה שבה נעשה שימוש. למשל, ייתכן שהקרנת סרט בכיתה באמצעות מחשב המחובר לרשת האינטרנט, היישר מספריית המדיה של המוסד להשכלה גבוהה תהווה שידור ולכן תיפול מחוץ לגדר הפטור. דוגמה זו מאירה היבט נוסף של המדיה הדיגיטלית המחזק את זכויות היוצרים ומקנה לבעליהן שליטה משפטית רחבה יותר ביצירותיהם. השימוש ביצירה במדיה דיגיטלית כרוך בניצולה של יותר מזכות יוצרים אחת. המשתמש נדרש אפוא לרכוש רישיון להעתקה, להפצה, להעמדה לרשות הציבור, לכיצוע פומבי ולשידור כאשר לא תמיד זכויות אלו מרוכזות כולן בבעלות אחת.⁸⁵

4.2 שמורים דיגיטליים

המעבר לאחסון חומרי לימוד בפורמט דיגיטלי על גבי שרתי מחשב או על גבי תקליטורים, מעורר את השאלה אם שימוש במערכות תדפיסים אלקטרוניות מחייב רישיון מיוחד מבעל זכות היוצרים? מערכת התדפיסים, המכונה לעתים "שמורים דיגיטליים", נועדה להחליף את קופסאות התדפיסים השמורים. בעבר הלא רחוק נהגו מרצים להפקיד עותק של מאמר אשר נכלל בחומר הקריאה בספרייה. התלמידים יכלו לקבל עותק מן המאמר איש איש בתורו, לעיין בו בספרייה או לצלם אותו בכוחות עצמם. לעתים היו הספרנים מכינים עותקים אחדים על מנת

והרוחנית של היוצר; בסוגיה האחרונה, חברי הוועדה ידעו שמשרד המשפטים שוקד על הכנת חוק זכות יוצרים מקיף, אשר יעסוק גם בעניינים חינוכיים ולימודיים, ועל כן היה עליהם להימנע מיצירת תקדים בנושאים אלו בטרם אישור החוק. פתרונה של סוגיה זו נמצא בהגדרת התיקון כ"הוראת שעה" המוגבלת בתוקפה עד לשנת 31/03/71 (אשר מאוחר יותר הוארכה עד 31/03/1974) שאז, הניחו חברי הוועדה, תאשר הכנסת חוק זכויות יוצרים כללי. בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת זכות היוצרים (מס' 2), תשכ"ו-1966, נאמר כי למדינה אינטרס כי ההוצאות הכרוכות בהפעלת טלוויזיה חינוכית בבתי הספר לא יעלו על הסביר מבחינה אובייקטיבית, ועל כן מוצע שגובה התמלוגים ייקבע על פי הסכם בין הצדדים, ובהיעדר הסכם על ידי ועדה מטעם משרד המשפטים, כאשר ועדה זו מוסמכת שלא לחייב בתשלום תמלוגים במידה והשימוש הנו בחלק בלתי מהותי של היצירה. כן מודגש בהצעת החוק כי אין בה פגיעה בזכות לגבות תשלומים בעד השמעת השידור החינוכי שלא בין כותלי בית הספר. הצעת חוק לתיקון פקודת יוצרים(מס' 2), ה"ח 690, תשכ"ו 110.

85 *22 U Dayton L. "Dealing With Overlapping Copyrights on the Internet" 547 Rev. (1997)*

להתמודד עם ביקוש גדול במיוחד בקורסים מבוקשים. נוהג זה שהיה מקובל ברחבי העולם חסה בצלן של הוראות הטיפול ההוגן המאפשרות שימוש ביצירה לצורך "לימוד עצמי"⁸⁶.

המעבר ממכונות שכפול וצילום מכניות להוצאה לאור דיגיטלית ולמחשבים ביתיים חולל שינוי מרחיק לכת בכלכלת העותקים. למעשה אין עוד צורך לשכפל את חומר הלימוד עבור ציבור הסטודנטים, ודי בהעלאת עותק אחד לאתר הקורס ברשת האינטרנט ובמתן גישה לתלמידי הקורס. מערכת התדפיסים האלקטרונית ("שמורים דיגיטליים") מעוררת סוגיות חדשות. היצירה נשמרת כקובץ דיגיטלי על גבי שרת מחשב. לעתים היצירה שמורה כקובץ דיגיטלי במקור, ובמקרים אחרים יש להמירה מפורמט אנלוגי לדיגיטלי. התלמידים יכולים להתחבר לשרת באמצעות רשת האינטרנט, לעיין בחומר הלימוד מן המחשב שבביתם, לשמור אותו כקובץ או להדפיסו. אמנם העותקים הנוצרים בידי התלמידים לצורך לימוד עצמי עשויים להוות טיפול הוגן על פי החוק, אולם ספק אם מערכת התדפיסים האוניברסיטאית, שהפעלתה כרוכה ביצירת עותקים והפיכתם לזמינים להעתקה בידי אחרים, נהנית מהגנת החוק הקיים. שמירתן של יצירות המוגנות בזכות יוצרים על גבי שרת מחשב תהווה הפרה של הזכות הבלעדית להעתיק את היצירה אם נעשתה ללא רישיון⁸⁷. העלאתן של יצירות לאתר אינטרנט עלולה להוות הפרה גם על פי סעיף 10(5) לתזכיר 2003 בהיותה העמדה לרשות הציבור (Making Available), דהיינו "העמדתה כך שתהיה ליחידים מקרב הציבור גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם האישית"⁸⁸.

שאלת ההפרה בעקבות ההעמדה לרשות הציבור באינטרנט נדונה לאחרונה בבית המשפט העליון הקנדי⁸⁹. בית המשפט דן בשאלה אם יש להטיל אחריות לתשלום תמלוגים על ספקי שירות אינטרנט, בגין יצירות מוזיקליות המועברות דרכם מאתרי אינטרנט הממוקמים במדינות זרות. נטען כי ספקי השירות מפרים את זכותו הבלעדית של בעל זכות היוצרים ביצירה להעמיד את היצירה לרשות הציבור. נפסק כי מי שעושה שימוש באמצעי תקשורת סבירים ונדרשים כדי ליעל את תהליך העברת המידע, מבחינה טכנית, ואינו מעורב ישירות בתכנים המועברים, אלא משמש כצינור להעברת מידע בלבד, ייחנה מהגנת הפטור מאחריות להפרת זכויות יוצרים⁹⁰. לפיכך קבע בית המשפט כי ספק שירותי אינטרנט המפעיל שרתי

86 ובלבד שהיקף ההעתקה לא חרג ממסגרת הגינות הטיפול, ראו ס' 1(1)2 לחוק זכות יוצרים.

87 ס' 1(2) לחוק זכות יוצרים. אחסון יצירות מוגנות על גבי שרת מחשב מוגדר כהעתקה גם בס' 1(1) לתזכיר 2003.

88 ס' 14 לתזכיר 2003.

89 *Canadian Association of Internet Providers v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2004 SCC 45.

90 שם, שם. עם זאת, נקבע בפסק הדין כי ייתכן שתוטל אחריות על ה-ISP לפי חוק זכויות היוצרים הקנדי אם לשידור האינטרנטי יש קשר ממשי ומהותי לקנדה (בית המשפט קבע

Caching לאחסנה זמנית של קבצים כדי לייעל את הגישה אליהם, לא יישא באחריות להפרת זכויות יוצרים בגין תכנים מפריס המאוחסנים על גבי שרתים אלה. שאלה נוספת היא אם מותר להפיץ קובץ מקורות על גבי תקליטור? העתקה בדרך של יצירת קבצים דיגיטליים מחייבת רישיון כמו כל יצירת עותק פיזי של היצירה. גם הוראות פטור אשר תוקנו בחקיקה בשנים האחרונות אינן נותנות מענה לסוגיה זו. הוראות הפטור שהוגדרו באופן צר ומדויק בחקיקה, מחייבות פרשנות לשם החלתן בסביבה הדיגיטלית. סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים מתיר יצירת עותק מקלטת לשימוש פרטי וביתי⁹¹. הוראת פטור זו חלה על העתקת קלטות בלבד כהגדרתן בפקודה⁹², ואף שבמקרים מסוימים היא עשויה לפטור העתקות שבוצעו באופן עצמאי על ידי תלמידים, אין בה כדי לפטור יצירת עותקים בידי מרצים או ספרנים במוסדות להשכלה גבוהה.

בנוסף, עשויים תקליטורים להיות כפופים לאיסור השאלה והשכרה לצורכי מסחר אשר נקבע בסעיף 13 לפקודת זכות יוצרים⁹³. עם זאת, לאחרונה פסק בית המשפט העליון כי ספרייה ציבורית המשאילה תקליטורים למנוייה איננה מבצעת "השאלה או השכרה לצורכי מסחר" ולכן איננה מפרה זכויות יוצרים בהשאילה תקליטורים ללא רישיון מבעלי הזכויות⁹⁴. סעיף 16(2) לתזכיר 2003 מאמץ הסדר זה לחקיקה וקובע במפורש כי השכרה על ידי ספרייה ציבורית או על ידי ספרייה של מוסד חינוך, לא תיחשב כהשכרה לצורכי מסחר.

4.3 אתרי אינטרנט לקורסים מתוקשבים

כאמור, יצירת אתר אינטרנט התומך בקורס הופכת בשנים האחרונות חלק בלתי נפרד מההוראה בקורסים הניתנים במוסדות להשכלה גבוהה. אתר הקורס יכול בדרך כלל סילבוס וחומר רקע על הקורס, אשר במקרים רבים נכתב בידי מרצה

כי האינטרנט חוצה גבולות, וכי אין צורך שמקור התכנים ינבע משרתים הממוקמים באותה מדינה כדי לקבוע שתתקיים תקשורת בקנדה).

91 ראו ס' 3 לפקודת זכות יוצרים הקובע כי "לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים לטבוע או לשעתק יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות".

92 ס' 3 לפקודת זכות יוצרים מגדיר "קלטת" – התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב"; לכאורה הסיפה עלולה להתפרש כמוציאה מגדר הפטור תקליטורים, הניתנים לשימוש גם במחשב. אולם בע"א 326/00 עיריית חולון נ' א.א.מ.סי מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 658 (להלן: עניין עיריית חולון), החיל בית המשפט את המונח קלטת גם על התקליטורים נשוא התביעה.

93 ס' 13 לפקודת זכות יוצרים קובע כי "השאלה או השכרה, לצורכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי, היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים".

94 עניין עיריית חולון, לעיל הערה 92. לביקורת על פסק הדין ראו א' יעקב "משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית" עיוני משפט כז (תשס"ג) 367. למאמר חשובה לביקורת זו ראו מ' ד' בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית: בעקבות ע"א 326/00 עיריית חולון נ' א.א.מ.סי. מוסיקה בע"מ ובתשובה לאסף יעקב" עיוני משפט כז (תשס"ד) 885.

הקורס. בנוסף יכולול האתר הפניות לחומרי לימוד ולאיתי אינטרנט אחרים העוסקים בנושא הנלמד, באמצעות קישוריות, ולעתים אף את חומר הלימוד עצמו. כמו כן, יכולול האתר פורום לדין בין הסטודנטים להחלפת רעיונות בנוגע לחומר הלימוד וכפלטפורמה נוספת המקבילה להשתתפות פעילה בדיון בכיתה.

ברומה למערכת התדפיסים הדיגיטלית, העלאה (Uploading) ללא הרשאה של יצירות המוגנות בזכות יוצרים לאתר הקורס עלולה להוות הפרה של זכות העתקה⁹⁵, ועל פי תזכיר 2003, גם הפרה של זכות ההעמדה לרשות הציבור⁹⁶. כמו כן, היווצרותם של עותקים זמניים במהלך הגלישה עלול גם הוא להוות הפרת זכות ההעתקה⁹⁷.

הניסיון להימנע מהעלאת עותקים מן היצירות לאתר והפניה ליצירות שפורסמו במקומות אחרים ברשת האינטרנט באמצעות קישוריות גם הוא אינו נקי מבעיות. קישור ליצירות המוגנות בזכות יוצרים עלול לעורר מספר סוגיות משפטיות. ראשית, עצם יצירת הקישור עלולה לעתים לפגוע בזכויותיו של האתר המקושר. עמדת בתי המשפט ברחבי העולם בנושא קישורים איננה אחידה. אחדים פסקו כי עצם יצירת הקישור מהווה הפרת זכות יוצרים⁹⁸, ואילו בתי משפט אחרים סירבו לראות בכך העתקה או תצוגה של היצירה וראו בקישור הפניה גרידא⁹⁹. שנית, הקישור לעותק מפר של היצירה הקיים ברשת, למשל לאתר שבו שמורים עותקים מפרים של יצירות מוזיקליות, עלול להטיל על האתר המקושר אחריות עקיפה להפרת זכות יוצרים¹⁰⁰.

95 הכנת עותק מהיצירה ללא רישיון מהווה הפרה לפי ס' 1(2) לחוק זכות יוצרים. אחסון יצירות מוגנות על גבי שרת מחשב מוגדר כהעתקה גם בס' 11(1) לתזכיר 2003.

96 העלתן של יצירות לאתר אינטרנט ללא רישיון תהווה הפרה גם על פי ס' 10(5) ו-14 לתזכיר 2003 בהיותה העמדה לרשות הציבור (Making Available), דהיינו "העמדתה כן שתהיה ליחידים מקרב הציבור גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם האישית".

97 ראו דיון לעיל הערות 77-81 והטקסט הנלווה להן.

98 הטענה שקישור מהווה הפרה של זכות יוצרים מניחה שהקישור יוצר עותק (זמני) של היצירה. לרחיית טענה זו ראו: *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir., 2003) (להלן: פרשת *Kelly*); *Ticketmaster v. Tickets.com*, 2000 U.S. Dist. Lexis 12987.

99 *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934 (9th Cir., 2002), שם נקבע כי קישור לתמונות ממוזערות שבבעלות התובע הנו שימוש הוגן, ואילו קישור לתמונות בגודל מלא מהווה הפרת הזכות לתצוגה בפומבי. ערכאת הערעור אישרה את הקביעה כי קישור לתמונות הממוזערות הנו שימוש הוגן, אולם ביטלה את הקביעה כי הקישור לתמונות בגודל מלא מהווה הפרת הזכות לתצוגה בפומבי מטעמים דיוניים. ראו פרשת *Kelly*. מנגד, בדנמרק נקבע כי קישור עמוק מפר את חוק זכויות היוצרים הדני. ראו: *Danish Newspaper Publishers' Association (DDF) v. Newsbooster.com* (Copenhagen, July 5, 2002). כן ראו נ' אלקין-קורן "כיצד מעצב המשפט את סביבת המידע ברשת" טכנולוגיות של צדק משפט, מדע וחברה (ש' לביא עורך, תשס"ג) 223, 271-274.

100 הניתוח המשפטי בהקשר זה מניח כי האתר המקושר מסייע לפעולות ההפרה של הגולש אשר במהלך הגלישה יוצר עותק זמני של היצירה המפרה באתר המקושר. לניתוח זה ראו: *Intellectual Reserve v. Utah Lighthouse Ministry*, 75 F.Supp. 2d 1290 (D. Utah, 1999).

לבסוף, האינטראקטיביות שמאפשרת המדיה הדיגיטלית עלולה לעורר שאלות בנוגע לאחריותו הישירה והעקיפה של המוסד להשכלה גבוהה להפרת זכויות יוצרים בידי תלמידי הקורס. למשל, אתרי קורס רבים כוללים אפשרויות של ניהול פורומים, צ'טים ופלטפורמות להעלאת קבצים. אמצעים טכנולוגיים אלו נועדו לאפשר ניהול דיון בסוגיות המתעוררות בשיעור גם מחוץ לזמן ההרצאה המוגבל ולעודד את תלמידי הקורס לשתף את חבריהם ברעיונות ולעתים בחומרים שעשוי להיות בהם עניין לכלל (למשל, כתבות שהתפרסמו בעיתון, שיר או קטע מסיפור, מאמר או יצירה מוזיקלית). חומרים אלו עלולים כמובן להיות מוגנים בזכויות יוצרים. קיומם של עותקים מפרים של יצירות על גבי שרתי המחשב של המוסד להשכלה גבוהה עלול ליצור אחריות ישירה להפרת זכות יוצרים, ובמקרים מסוימים אחריות עקיפה להפצת עותקים מפרים, אם ניתן להראות שהמוסד ידע כי היצירות מפרות.¹⁰¹

4.4 מדיה דיגיטלית

לצד הרחבת היקף הזכויות וצמצום היקף הפטורים, מקנה הפורמט הדיגיטלי יכולת שליטה רבה יותר לבעלי זכויות היוצרים ולמפיצים. מחד מתן גישה ליצירות בפורמט דיגיטלי מאפשר העתקה בעלות זניחה, מאידך הייצוג הדיגיטלי פותח פתח לשליטה פיזית בשימוש ביצירה. קבצים מוצפנים ומערכות הגנה טכנולוגיות יכולים להקשות על ההעתקה ולייקר אותה. פורמט דיגיטלי מאפשר למפיץ להימנע מהפצת עותקים פיזיים של היצירה — כגון ספרים וכתבי עת מודפסים — ובמקומם לאפשר גישה ליצירה בכפוף לתנאים מוסכמים מראש. כך, למשל, ספרייה הרוכשת כתב עת בפורמט דיגיטלי לא תקבל בתמורה לדמי המנוי תדפיסים כרוכים של המאמרים שהופיעו בכתב העת, אלא סממת גישה בלבד.

המעבר להפצה בדרך של מתן גישה ורישיונות מאפשר למפיצים להטיל הגבלות חדשות, כגון הגבלת השימוש ביצירות לפרק זמן מוגבל, רישיון לעיון בספרייה אך לא להצגה בכיתה, איסור שימוש לצורכי הדגמה, איסור שימושים דיגיטליים ומקוונים או הגבלת מספר המשתמשים. הגבלות חוזיות עשויות גם להיות מקודדות בפלטפורמה שמשמשת להפצה (Digital Rights Management — "DRM"): למשל, עותק של מאמר המופץ כקובץ PDF ואינו מאפשר העתקה של הטקסט או הדפסתו. הסדרה טכנולוגית מסוג זה מוגנת בחוק בארצות-הברית ובאירופה שם נקבע איסור על גישה ליצירות תוך עקיפת מערכת ההגנה הטכנולוגית.¹⁰² יש הסוברים כי הסדרה זו נחוצה נוכח המרוץ המתמיד המתקיים בין מערכות הגנה טכנולוגיות למערכות

101 ס' 2(2) לחוק זכות יוצרים. ראו לעניין זה דיון באחריות עקיפה לעיל הערות 70–71 והטקסט הנלווה להן.

102 Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Codified as 17 U.S.C. §§1201–1205; הדיקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים, לעיל, הערה 44.

פיצוח ועקיפה. ההסדר בחוק אוסר את פיתוחן והפצתן של טכנולוגיות שנועדו לעקוף הגנה טכנולוגית ליצירות המוגנות בזכות יוצרים וכן גישה ליצירה מוגנת כזו. הגבלות פיזיות וחוזיות עשויות לסטות כמובן ממערך האיזונים שקובע החוק ולהגביל גם שימושים לצורכי לימוד עצמי שהותרו במסגרת החריג ההוגן¹⁰³.

שינויים אלו יוצרים תלות מתמשכת של הספריות האוניברסיטאיות במוציאים לאור ומשנה את יחסי הכוחות בין הצדדים. למשל, ספרייה שרכשה מינוי לכתב עת במשך מספר שנים והפסיקה את המינוי, תוכל עדיין לספק גישה לאוסף כתבי העת שכבר נרכש. אולם מינוי לכתב עת דיגיטלי אינו אלא רישיון שימוש במאגר מידע.

אם לא יחודש הרישיון תישלל מן הספרייה (וממנוייה) גישה גם לאוספי העבר. בהקשר זה ראוי לציין כי בשנים האחרונות חל חיזוק במעמדם של המוציאים לאור שהפכו לחברות רב-לאומיות רבות עצמה. זכויות היוצרים החליפו ידיים – הבעלות בזכות היוצרים עברה בעשורים האחרונים מן היוצר הבודד לידיהם של תאגידים רב-לאומיים – מוציאים לאור, חברות סרטים, חברות תקליטים וחברות תכנה – המפיקים תוכן בייצור המוני¹⁰⁴.

ייצוגה של היצירה בפורמט דיגיטלי, המחייב העתקה לצורכי שימוש, מקנה לבעל זכות היוצרים גם יכולת שליטה משפטית על כל שימוש ביצירה, שכן לא ניתן לקרוא את היצירה, לצפות בה או להאזין לה ללא יצירת עותק זמני. עותק כזה עלול לחייב רישיון.

מובן שהפורמט הדיגיטלי גם חושף את היצירה להעתקות ולשינויים שלא היו אפשריים קודם לכן ביצירות שהוטבעו במדיה פיזית כגון ספרים שהודפסו על נייר או סרטים שהופצו בפילם. רבות כבר נכתב על הקלות והיעילות שבה ניתן ליצור במדיה דיגיטלית עותקים מושלמים למקור, עותקים שאינם יורדים באיכותם, עלות הכנתם זניחה וההעתקה איננה מחייבת כל ציוד מיוחד אלא ניתנת לביצוע בכל עת מן המחשב הבסיסי ביותר. כאשר מעלים יצירה לאתר הקורס היא הופכת זמינה לכל הגולשים באינטרנט ברחבי העולם. כל משתמש, גם מי שאינו רשום בקורס, יכול להשתמש ביצירה. יתרה מזאת, הפורמט הדיגיטלי מאפשר יצירת עותקים אין ספור מן היצירה המקורית, בצורתה המקורית או תוך הכנסת שינויים ושלובה עם יצירות אחרות. במילים אחרות, מתן גישה ליצירות בפורמט דיגיטלי, כמוהו כפתיחת "מפעל שכפול" של היצירה אצל כל אחד מן המשתמשים. מצב זה חושף כמובן את היצירה להעתקות ולשינויים בידי ציבור רחב של משתמשים. בכך מתן גישה ליצירה בפורמט דיגיטלי (בין שמדובר בטקסט ובין שמדובר בקובץ מוזיקלי או בסרטון) שונה באופן מהותי מהקרנת סרטון, מהשמעת קטע מוזיקלי בכיתה וגם מחלוקה של מאמר לקריאה במסגרת השיעור.

103 ראו נ' אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319, 334-340.

104 B.R. Barber *Jihad vs. McWorld, How Globalism and Tribalism Are Reshaping the World* 104 (New York, A. Schulz ed., 1995).

5. לקחים מן המשפט האמריקני

בארצות-הברית התקבלה לאחרונה חקיקה ייחודית שנועדה לתת מענה לבעיות המתעוררות בהוראה מרחוק. ה"Technology, Education and Copyright Harmonization Act" (המכונה TEACH Act)¹⁰⁵ נכנס לתוקף בנובמבר 2002. החוק מגדיר את התנאים שבהם מוסד אקדמי מוכר, שלא למטרות רווח, רשאי להשתמש ביצירות המוגנות בזכות יוצרים לשם הוראה מרחוק, כולל אתרי אינטרנט ואמצעים דיגיטליים אחרים, מבלי לקבל את רשותו של בעל זכות היוצרים ומבלי שיהיה חייב בתשלום תמלוגים.

הנחת העבודה שבבסיס ה-TEACH Act הייתה כי יש להרחיב את פטור ההוראה כך שיחול לא רק על שימוש במסגרת שיעור פנים אל פנים אלא גם על הוראה מרחוק. הפטור להוראה שבסעיף 110(1) לחוק האמריקני בדבר זכויות היוצרים, כפי שהוגדר קודם לתיקון החוק, אפשר ביצוע (Performance) ותצוגה (Display) של יצירה המוגנת בזכות יוצרים במהלך שיעור פנים אל פנים, ללא צורך בהסכמת בעל הזכות. חריג זה לא נתן מענה לצרכים המיוחדים של הוראה מרחוק, כמו למשל העלאת יצירות מוגנות לאתר האינטרנט של הקורס, הפצת היצירות לציבור רחב ומתן אפשרות לשמור את היצירות במחשבו של כל סטודנט¹⁰⁶.

התיקון החדש מתיר תצוגה וביצוע פומבי של מגוון רחב של יצירות, ואינו מוגבל לקטגוריות ספציפיות¹⁰⁷, אך אוסר שימוש ביצירות המהוות חומרי לימוד מסחריים או חומר הלקוח מספרי לימוד הנרכשים בצורת הלימוד המסורתית על ידי הסטודנט, כמו גם ביצוע יצירות בידיעה שהן מפרות¹⁰⁸. כמו כן החוק הרחיב את קשת מקומות הקבלה האפשריים ובכך התיר שימוש במסגרת הוראה מרחוק תוך קבלת חומר הלימוד בכל מקום שבו מצוי הסטודנט. עם זאת, אפשרויות אלו פתוחות רק בפני העומד בדרישות המקדמיות הבאות:

1. תחולת הפטור על מוסדות מוכרים: מוסד ממשלתי או מוסד חינוכי מוכר (כולל בתי ספר ולא רק מוסדות להשכלה גבוהה) שאינו למטרות רווח ("Government Body" or "An Accredited Nonprofit Educational Institution").
2. מדיניות אכיפה והסברה: על המוסד החינוכי לאמץ מדיניות בנוגע לזכות יוצרים. החוק אינו מגדיר מהו תוכן הכללים שעל המוסד לאמץ. על המוסד לנקוט פעולות הסברה: לספק מידע בנוגע לזכויות יוצרים ולחוקים בנושא ולהפיצו

105 Technology, Education and Copyright Harmonization Act, P.L. 107-273 (2001)
 106 K.D. Crews "New Copyright Law for Distance Education: The Meaning and Importance of the TEACH Act", [http://www.ala.org/Template.cfm?Section=Distance_Education_and_the_TEACH_Act&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=25939] (last visited on 8.9.2005)

107 Ibid. הפטור חל על ביצוע יצירת ספרותיות, מוזיקליות, יצירות דרמטיות ואודיו-ויזואליות (ובלבד שנלקחו מהן קטעים בכמות סבירה).

108 The American Copyright Act, art. 110(1)(4)

לפקולטות, לאנשי הסגל ולסטודנטים. כמו כן המוסד נדרש להודיע לסטודנטים כי חלק מחומר הלימוד שבו הם משתמשים מוגן בזכות יוצרים.¹⁰⁹

3. הגבלת הגישה: יצירות המוגנות בזכויות יוצרים והנכללות בחומר הלימוד יהיו נגישות אך ורק לסטודנטים הרשומים לקורס. הגבלת גישה זו אינה מאפשרת העברת חומר הלימוד ושיתופו עם אוניברסיטאות אחרות כחלק מהחופש האקדמי או מהמחקר האקדמי. כן מוגבלת הגישה בזמן אך ורק לפרק הזמן הדרוש למטרה הלימודית.

4. הגנה טכנולוגית: על המוסד החינוכי לנקוט את הצעדים הדרושים (מבחינה טכנולוגית) על מנת למנוע העברת היצירה לגורמים נוספים.

5. הגבלת השימוש: השימוש ביצירה מהווה חלק אינטגרלי מחומר הלימוד ונעשה בפיקוח המרצה. המרת חומר לימוד אנלוגי לדיגיטלי אסורה, אלא בהתקיים התנאים הבאים: א. היקף היצירה המומר לפורמט דיגיטלי מוגבל להיקף שהיה נעשה בו שימוש, לביצוע או להצגה, בטרם החוק, בשיטת הלימוד המסורתית. ב. פורמט דיגיטלי של היצירה אינו נגיש למוסד החינוכי, או נגיש, אך מוגן בטכנולוגיה שאינה מאפשרת העברתו בהוראה מרחוק.

החוק האמריקני מבטא את התפיסה כי הוראה מרחוק מגלמת סיכון וסיכוי. מצד אחד הוא מבטא הכרה בחשיבותה של ההוראה מרחוק ומצד אחר מבטא את ההשקפה שהוראה מרחוק עלולה לסכן את האינטרסים של בעלי הזכויות. יותר מכול מבטאת החקיקה את תפיסה שמרנית של הוראה מרחוק, הרואה בה יישום טכנולוגי גרידא להרצאה המסורתית. לפיכך, הפטור מותנה בכך שהוראה מרחוק תיעשה במסגרת פרקי זמן מוגבלים וקבועים ובאופן הדומה במידה רבה להרצאה המסורתית. דוגמה אחרת היא הגבלת הפטור לתצוגה של יצירות אודיו-ויזואליות באותה כמות שבה הייתה היצירה מוצגת בשיעור מסורתי, פנים אל פנים.¹¹⁰ האמצעים הדיגיטליים מאפשרים העברת שיעור בדרך א-סינכרונית, תוך שילוב בין הוראה פעילה, ללימוד עצמי כסביבת העבודה המקוונת ברשת, אך תנאי הפטור עלולים לעצב את השימוש ביישומים אלו בדמותה של ההוראה המסורתית. דוגמה מיבשת אירופה היא חוק זכויות היוצרים הגרמני שאומץ לאחרונה במסגרת יישום הוראות הדיקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים,¹¹¹ ומגדיר חריג

109 התניית הפטור לשימוש בהוראה מרחוק בנקיטת צעדים מוסדיים זכתה לביקורת. על פי ההסדר, המוסד האקדמי נדרש להגביל את הגישה ליצירה המוגנת, להפעיל מדיניות אכיפה בנוגע להפצת יצירות מוגנות ולנקוט פעולות הסברה. החשש, טוענים המבקרים, הוא שהמוסדות האקדמיים ינהיגו הנחיות ופיקוח ריכוזיים על מנת להבטיח שכל היצירות המוגנות המועלות לרשת אינטרנט יעמדו בכל הדרישות המוטלות עליו מכוח החוק. הדבר עלול להוביל להתערבות יתרה בשיקוליהם האקדמיים של המרצים. ראו: Crews, לעיל הערה 106. מצד שני, נראה כי תהליך זה של מעורבות ופיקוח הוא בלתי נמנע לאור החשיפה המשפטית של מוסדות חינוך והוראה בגין הפרת זכות יוצרים בידי עובדי המוסד.

110 The American Copyright Act, art. 110(2).

111 הדיקטיבה איננה עוסקת אמנם במפורש בהוראה מרחוק, אך היא מתירה למדינות

רחב יחסית בנוגע להוראה מרחוק¹¹². החוק מתיר שימוש ביצירה ל-"Privileged Institutions": הכוללים בתי ספר, מוסדות להשכלה גבוהה ומוסדות מחקר ציבוריים למטרות לא מסחריות. הפטור חל על הפצה דיגיטלית של חלק קטן מהיצירה ובתנאי שהגישה לחומר תהיה מוגדרת ומוגבלת למספר מצומצם של אנשים. בשל התרעומת הרבה שעורר סעיף הפטור בקרב ארגוני היוצרים החוששים מפגיעה בשוק ה-e-books, וטוענים כי הפטור מאפשר לאוניברסיטאות, שהן גופים כלכליים, לגנוב ספרים, מתנהגת תחלתו העתידית של סעיף הפטור באישורו מחדש בשנת 2006¹¹³. הדוגמה הגרמנית מרתקת במיוחד, שכן היא מהווה פריצת דרך במשטר משפטי נוקשה במיוחד בכל מה שנוגע להגנה על זכויות היוצרים. חוק זכויות היוצרים הגרמני, בדומה לחקיקה במדינות נוספות באירופה, רואה בזכות היוצר זכות טבעית ולא אמצעי משפטי שנועד להשיג יעדים כלכליים-חברתיים. לפיכך, עצמת ההגנה על זכות היוצרים באירופה רבה יותר, וכמות החריגים לזכות והיקפם מצומצמים יחסית לאלו המקובלים בשיטת המשפט האמריקנית.

6. סיכום

הניתוח המשפטי שלעיל מדגים את סוג הבעיות המשפטיות שעמן נדרשים מוסדות חינוך והוראה להתמודד בבואם ליישם שיטות מתקדמות של הוראה מרחוק. ההגבלות שמטילים דיני זכויות יוצרים מעלות את החשש כי השימוש ביצירות לצורכי הוראה יהיה בהיקף נמוך מהרצוי ויוכתב על ידי שיקולים בלתי ענייניים לתהליך הלימודי. ציבור המרצים והמורים, מסורים להוראה ככל שהיו, יבחרו

החברות לחוקק הגבלות על זכות היוצרים לצורכי הוראה. ראו ס' (c)-(b)-2 וס' (a)-3 לירקטיבה.

A. Dietl, M. Dornseif & V. Grassmuck "Germany" [<http://www.fipr.org/copyright/guide/germany.htm>] (last visited on 8.9.2005) תרגום ס' 52a לחוק זכויות יוצרים הגרמני:

"It is permitted to make available to the public, in as much as this is required for a certain purpose and justified by non-commercial ends, small published parts of a work, works of small size and single contributions from newspapers and periodicals, for the purpose of illustration in education at schools, universities, non-commercial institutions of education and further education and institutions of vocational training, and exclusively for a delimited group of instruction participants, or published parts of a work, works of small size and single contributions from newspapers and periodicals, exclusively for a delimited group of persons for their own scientific research"

113 לטענת תומכי החוק הגרמני בדבר זכויות יוצרים, החקיקה משווה את מצבם של מורים ומרצים כסביבה הדיגיטלית למצבם בעידן חומרי הלימוד המודפסים. כפי שקודם לכן יכול היה המורה לצלם עמוד מספר ולחלקן לסטודנטים הרשומים בקורס, כיום יכול המורה להפיץ את העמוד באינטרנט תוך הגבלת הגישה אליו לתלמידים הרשומים לקורס בלבד.

ראו: B. Bollag "New German Copyright Law Pleases Scholars and Anger Academic Publishers" *The Chronicle* (Apr. 14, 2003) [<http://chronicle.com/free/2003/04/20030414Dietl, Dornseif & Grassmuck>] (last visited on 8.9.2005) 07n.htm]. לסקירת דעת מתנגדי החוק ראו: Dietl, Dornseif & Grassmuck, *supra* note 112.

בדרך כלל להימנע מחשיפה משפטית ולכן יימנעו משימוש ביצירות גם אם הדבר דרוש מבחינה פדגוגית. הדבר עלול להוביל לצמצום חומר הלימוד שהתלמידים ייחשפו לו, לבחירתו על בסיס שיקולים לא ענייניים ולהפחתת השימוש באמצעי הוראה חדשניים המהווים חלק בלתי נפרד מההוראה במאה העשרים ואחת. בשנים האחרונות מתגברת התופעה של הימנעות מלכלול בחומר הלימוד מאמרים שפורסמו בכתבי עת הגובים דמי שימוש גבוהים או אוסרים שימוש באינטרנט¹¹⁴. הדבר הופך בולט יותר ככל שמתגברים מאמצי האכיפה המשפטיים נגד מוסדות חינוך ומתרחבות ההגבלות הטכנולוגיות והחוזיות על שימוש לצורכי הוראה. אף שכותבי מאמרים מדעיים מעוניינים למקסם את הפצתם ולהגיע לקהל קוראים רחב ככל האפשר, קשה לצפות שלחץ מצד הכותבים ישפיע על האסטרטגיות השיווקיות של המוציאים לאור. הכותבים האקדמיים תלויים במידה רבה בכתבי העת המדעיים לצורך קידום האקדמי, ויכולתם לדרוש שינוי מדיניות זכויות היוצרים של המוציאים לאור מוגבלת. הפעלת לחץ אפקטיבי לשינוי המצב הקיים מחייב פעילות מאורגנת רחבת היקף (מרצים ממדינות שונות, בעלי דרגות אקדמיות שונות ומתחומי מחקר שונים).

המצב המשפטי בתחום זכויות היוצרים מטיל עומס כספי כבד על המוסדות להשכלה גבוהה, הנובע מן הצורך לשלם תמלוגים גבוהים ומעלויות עסקה גבוהות. הדין הקיים מחייב ניהול משא ומתן בנפרד עם כל אחד מבעלי הזכויות הרבים לקבלת רישיון שימוש במדיה דיגיטלית. עלויות העסקה הגבוהות נובעות מן הקושי בזהויה ובאתור בעלי הזכויות, בניהול משא ומתן עם גורמים רבים ובחיוב בתמלוגים ללא תקרה¹¹⁵. במקרים רבים ייאלץ המוסד לגנוז תכניות לשיפור ההוראה והלימוד או להגביל את היקפן מפאת היעדר תקציב.

האפקט הכולל של דיני זכויות היוצרים בישראל על השימושים להוראה הוא אפקט מצנן. הדבר עומד בסתירה למטרות אשר לשמן נחקק החוק. עידוד היצירה מחייב השקעה לא רק בפיתוח השוק ליוצרים קיימים, אלא בטיפוחם של יוצרי העתיד ובעידוד תהליכי הלימוד והיצירה. תוצאה זו של צמצום השימוש ביצירות בכלל, ובהוראה מרחוק בפרט, איננה רצויה כמובן נוכח חשיבותה של ההשכלה הגבוהה לחוסנה האקדמי והחברתי של כל חברה באשר היא, ולחברה הישראלית בפרט. החינוך הוא מכשיר חברתי ממדרגה ראשונה. החינוך וההשכלה הכרחיים לחינוניותה ולהמשכיותה של כל חברה מודרנית ולתפקודה של חברה דמוקרטית¹¹⁶.

114 מצב זה היה בין היתר המניע ליזמות כגון זו של הספרייה הציבורית למדעים בארצות-הברית Public Library of Science להוציא לאור כתב עת חפשי בתחום הביולוגיה שיהיה ערוך בידי אנשי אקדמיה בכירים ויבטיח גישה מלאה לפרסומים ללא הגבלה. [http://www.plos.org] (last visited on 8.9.2005).

115 U.S Copyright Office Report on Copyright and Digital Distance Education (1999) [http://www.copyright.gov/reports/de_rprt.pdf] (last visited on 8.9.2005).

116 בתי המשפט עמדו על כך בהרחבה. ראו למשל עניין שוחרי גיל"ת, לעיל הערה 6, בע'

התפיסה כי החינוך וההשכלה הם ערכים מרכזיים באה לידי ביטוי במשפט הישראלי הן בחקיקה (בעיקר חוק חינוך חובה שנחקק עם קום המדינה)¹¹⁷ והן בפסיקה. בתי המשפט הכירו בזכותו של הפרט לחינוך כזכות אדם בסיסית, זכות יסוד ששורשיה נעוצים באמנות הבינלאומיות¹¹⁸ והן במקורות היהודיים¹¹⁹. הזכות לחינוך מוגנת כחלק מן הזכויות החברתיות, אם כי השאלה אם הזכות לחינוך כלולה בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, טרם הוכרעה.¹²⁰

רק הבטחת גישה למקורות ולחומרי לימוד עדכניים ורלוונטיים תוכל להבטיח כי קהילת המחקר בישראל תמשיך ליטול חלק בשיח האקדמי העולמי ולשמור על מקומה בחוד החנית של המחקר האקדמי. המוסדות להשכלה גבוהה הם גופים ללא כוונת רווח המתקצבים על ידי המדינה ופועלים למען מטרה ציבורית. מתן פטור למוסדות לימוד מוכרים מתיישב עם היעד של עידוד יצירתן של סביבות לימוד חופשיות.¹²¹

24. "החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה."

117 חוק לימוד חובה, תש"ט-1949. החוק קובע חינוך חובה לכל ילד וילדה עד הגיעם לגיל 15, ומגדיר את אחריות המדינה לראג למתן חינוך זה.

118 הזכות לחינוך מעוגנת בס' 26 להצהרה הבינלאומית על זכויות האדם של האו"ם משנת 1948 המצהיר על זכותו של כל אדם לחינוך, ולחינוך יסודי חנם, וכי החינוך הטכני והמקצועי יהיה מצוי לכול, החינוך הגבוה יהיה פתוח לכול במידה שווה על יסוד כישרון ויכולת, וכי מטרת החינוך יכונן לפיתוח מלא של אישיות האדם, לטיפוח יחס כבוד לזכויות האדם ולחירויות יסוד, ולהגברת ההבנה, הסובלנות והידידות בין כל העמים והקבוצות הדתיות והאתניות, ראו: Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A(III), U.N. Doc. (1984) 26 art. 71 at. p. 13 A/810 at. p. 13; 'ס' 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, מס' 1037, ע' 205, 212-213 המצהיר כי החינוך מיועד לפיתוח המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו ולחיזוק כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד, וקובעת כי חינוך היסוד יהיה חובה וזמין לכול בחינם; 'ס' 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, מס' 1038, ע' 221, 236-237. הזכות לחינוך, כזכויות תרבותיות, הוכרה על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי קטגוריה הנכללת בין זכויות האדם "Cultural Rights" Y. Dinstein (1979) 58 *Israel Yb. of Human Rights* 9.

119 עמד על כך בית המשפט בעניין יתד, לעיל הערה 6, בע' 842 "הזכות לחינוך והחובה לחנך הן אבני-יסוד, המושרשות עמוק במקורות ההלכתיים. מסורת הלמדנות והשקידה, המאפיינת את היהדות מזה אלפי שנים, מעוגנת היטב בחיובים הלכתיים מגוונים. החינוך והלימוד נקבעו כשקולים כנגד כל המצוות כולן. המצוינים שבתלמידים הופנו לחינוך ולהוראה, והמלמדים צוו לאפשר חינוך השווה לכל נפש — לבל יופלו בני העניים. ראו רמב"ם, הלכות תלמוד תורה פרק א'. בהקשר זה נאמר בתלמוד הבבלי: "היזהרו בבני עניים שמהן תצא תורה" (נדרים, פא עמוד ב)."

120 עניין שוחרי גילית, לעיל הערה 6, בע' 25-26 ומנגד ראה בג"ץ 7374/01 פלונים נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נז(6) 529, 545.

121 ראו הדיקריטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים, לעיל הערה 44, ס' 42 לדברי המבוא. בעניין

הבטחת חופש השימוש ביצירות בסביבת הלימוד והמחקר איננה מנוגדת כלל לאינטרס של היוצרים. מחברי היצירות רואים עצמם בדרך כלל כחלק משיח מדעי חברתי או תרבותי. מתן גישה ליצירותיהם מעניקה להם בימה, מאפשרת קבלת ביקורת ויוצרת הזדמנות לצבירת מוניטין.

אין בדרישה לפטור להוראה משום קריאה לביטול זכויות היוצרים, אלא הצעה ליצירת חריג לכללים הקיימים, אשר ישקף באופן נאמן את האינטרס הציבורי הכולל. מדינות כמו גרמניה וארצות-הברית הכירו בצורך להבטיח את הגישה ליצירות והשימוש בהן במסגרות חינוכיות, גם בסביבה הדיגיטלית.

התיקון הדרוש בחקיקה בישראל צריך לתת מענה לשתי בעיות מרכזיות שפתרוןן עלול למשוך לכיוונים מנוגדים: הבעיה הראשונה נובעת מהיעדרו של פטור כללי לשימוש ביצירות לצורכי הוראה, והשנייה נובעת מחוסר הוודאות באשר לשימושים המותרים. הצורך בפטור כללי נובע מכך שהסדר הטיפול ההוגן במשפט הישראלי צר מדי וחל על לימוד עצמי בלבד. ככל מקרה אין בחוק הקיים מענה לצרכים המיוחדים המאפיינים שימוש במדיה דיגיטלית (שימורים דיגיטליים, אתרי קורס, וקורסים מתווכי מחשב). פטור רחב ומפורש החל על כל שימוש לצורכי הוראה, עשוי היה לתת מענה לצרכים אלו. פטור כזה יחול בנוגע לכל אגד הזכויות (העתקה, הפצה, לרבות השאלה והשכרה, ביצוע פומבי, עיבוד), על כל סוגי היצירות¹²² ועל כל שימוש במסגרת הלימוד ולצורכי הוראה בלבד¹²³.

יצירת פטור כללי יכול שתיעשה בדרך של הוספת "ההוראה" לרשימת המטרות שלשמן מותר לבצע שימוש ביצירה ללא רישיון. מנגנון "השימוש ההוגן" הוא הסדר חקיקתי המקנה לבתי המשפט שיקול דעת רחב ביישומם של עקרונות למקרים ספציפיים. היתרון הבולט של הסדר חקיקתי מסוג זה הוא הגמישות הרבה ומתן הסמכות לבתי המשפט לשקול את הנסיבות המיוחדות המאפיינות כל שימוש

זה נאמר בדיוקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים כי אופיו הלא מסחרי של שימוש לצורכי לימוד ייקבע על פי אופי הפעולה. המבנה המוסדי ואופן מימון המוסד לא יהוו גורם מכריע בהכרעה זו.

122 נראה כי מוצדק להוציא מתחולת הפטור יצירות, קומפילציות, וספרי לימוד אשר הוכנו במיוחד לצורך הוראה, ושוק ההוראה הוא השוק העיקרי שלהן.

123 הצורך בפטור כללי בולט במיוחד לאור תזכיר 2003. בתזכיר נעשה ניסיון לפטור שימושים אחדים לצורכי הוראה במוסדות חינוך. החריג שהוגדר בס' 35(א) חל, בכפוף לתנאים, על העתקה בלבד ויצירת יצירות נגזרות בלבד. הואיל והחריג איננו חל על זכויות אחרות (כגון העמדה לרשות הציבור לפי ס' 10(5) לתזכיר 2003) לא יהיה בו כדי לפטור שימוש ביצירות באתרי קורס מתוקשבים. בדומה, ההיתר שהוגדר בס' 35(ג) יחול על ביצוע פומבי של היצירה, בכפוף לתנאים, אך לא על שידור לפי ס' 10(4), כך שהקצנת אותה יצירה על גבי מסך בכיתה עשויה להיות מותרת, ואילו הקצנתו על גבי צגים בכיתת מחשבים עשויה להיות אסורה. חסרונה של שיטה זו גדול במיוחד כאשר השימושים הדיגיטליים מאפשרים גמישות רבה בדרך יישומם ולכן ההבחנה ביניהם היא במידה רבה מלאכותית. בנוסף, רבים מן השימושים הדיגיטליים כרוכים בשימוש ביותר מזכות יוצרים אחת (למשל, הפעלת אתר אינטרנט כרוכה גם בהעתקה, גם בהעמדה לרשות הציבור, ולעתים עשויה להיות גם ביצוע פומבי או שידור).

ושימוש. הסדר גמיש חיוני במיוחד כאשר מדובר בטכנולוגיות המידע המשתנות חדשות לבקרים, והחקיקה איננה יכולה להדביק את קצב התפתחותן. מאפיינים אלו בולטים במיוחד במקרה של הוראה בסביבה הדיגיטלית. לא די בפטור כללי בחקיקה שפרטיו יגובשו בידי בתי המשפט. הדבר עלול להטיל נטל כבד מדי על בתי המשפט, שיידרשו לתת מענה לטכנולוגיות המשתנות חדשות לבקרים. בהיעדר עדכון והתאמה של ההסדר המשפטי הכולל בזכויות יוצרים לסביבה הטכנולוגית החדשה, עלולים בתי המשפט להתקשות בעיצוב הסדרי פטור צודקים ויעילים. בעניין ערוצי זהב חתם השופט חשין את פסק דינו בדעת המיעוט, בקריאה למחוקק לעשות לתיקונו של המצב החקיקתי בישראל, בתארו את מצוקת בתי המשפט נוכח המצב המשפטי בדיני זכויות יוצרים:

“משימה לא־קלה הונחה לפיתחנו: הוטל עלינו ליטול לדינו את חוק הקופירייט האנגלי — חוק שנחקק בשנת 1911, לפני כמעט מאה שנים — ולחפור בו למציאת פיתרון לסוגיה שנטווחה בימינו, ימי הטלוויזיה והטלוויזיה בכבלים, ימי הלוויין, המחשב והאינטרנט. נותנים בדינו כלי־מלאכה שהיו בשימוש (מועיל) בעידן רחוק, לפני כמאה שנים — כלי־חוק שנוצרו שנים רבות לפני היות הטלוויזיה ושנים רבות מאוד לפני היות הלוויין והמחשב — ומבקשים מאיתנו לפתור בהם בעיות שיוצרי הכלים אף לא חלמו עליהן. על דרך ההפלגה ניתן לומר, כי הנה זה נִתְּנוּ בידיו של רופא מנתח כלי־ניתוח שהיו בשימוש לפני מאה שנים, ומבקשים אנו אותו לבצע ניתוח הנערך בימינו באמצעות משקי־מיקרוסקופ. ... ואילו אנו, בישראל, שקטנו, ולמרות ניסיונות חוזרים ונשנים שנעשו לחדש את פני החוק להתאמתו למציאות ימינו — תִּעֲדָנָה על כך הצעות החוק השונות שהובאו לפנינו — טרם תוקן החוק, ואנו נותרנו ובידינו אותו חוק זכות יוצרים שנחקק לעת שטלוויזיה ולוויינים ומחשב נמצאו אך בספריו של ז'ול וֶורן. ובחוק זה מבקשים אותנו למצוא פיתרון לבעיה שימינו אלה עוררו”¹²⁴.

מתן הסמכות לבית המשפט לקבוע בריעבד אם שימוש מהווה שימוש הוגן, עלולה לפגוע בוודאות בכל מה שנוגע להיקף השימושים המותרים. חוסר ודאות לכשעצמו, בעיקר בארגונים מסודרים כמו המוסדות להשכלה גבוהה, יוצר אפקט מצנן¹²⁵. כאשר המצב המשפטי עמום, יבחר מנהל ספרייה אוניברסיטאית להימנע מלאשר גישה לספריית המדיה באמצעות רשת האינטרנט, או להימנע מהשאלת תקליטורים לתלמידים. החשיפה המשפטית של המוסד ועובדיו תצמצם את היקף

124 עניין ערוצי זהב, לעיל הערה 82, ס' 28 לפסק דינו של השופט חשין.

125 על האפקט המצנן של חוסר ודאות משפטית בתחום הקניין הרוחני ראו נ' אלקין-קורן “על כלל ועל “נחלת הכלל”: מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט” עיוני משפט כה (תשס"א) 9.

הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה

הגישה לחומרי הלימוד. בסביבה התחרותית של הקהילייה האקדמית העולמית משמעות הדבר עלולה להיות הרסנית.

הבעיה במתן פטור כללי בלבד לשימושים בהוראה, במסגרת מושג השסתום של "שימוש הוגן" היא חוסר הוודאות המשפטי והאפקט המצנן שהוא נושא עמו. הואיל והסדר פרטני עלול להיות צר מדי, והסדר כללי – לא יבטיח ודאות, מומלץ לשלב בין השניים¹²⁶. פטור בחקיקה לשימושים בהוראה צריך אפוא לשלב בין הוראות ספציפיות שיתירו שימושים מסוימים, לבין הסדר עקרוני כולל אשר יאפשר לבתי המשפט להחיל את הפטור גם בנסיבות משתנות¹²⁷.

ה. הגבלה זו איננה נקיייה מספקות. למוסדות להשכלה גבוהה תפקיד נכבד ביצירת תשתית המחקר בישראל, בעידוד המחקר ובהפצת הידע. מתן גישה לציבור הרחב לתוצאות מחקר אקדמי, ולחומרי לימוד, עשוי לתרום לשית האקדמי, להרחבת ההשכלה ולשיח הציבורי. הצורך בהעמדת חומרי לימוד לרשות הציבור גובר במיוחד בשנים האחרונות נוכח הפערים ההולכים ונפערים בין ציבורים שונים באוכלוסייה אשר אינם זוכים להשכלה פורמלית. למרות הפער הדיגיטלי, והעובדה שרבים באוכלוסייה אינם יודעים להשתמש במחשב או לגלוש ברשת האינטרנט, עדיין הגלישה באינטרנט זמינה לציבור רחב יותר מאשר לימודים פורמליים במוסדות להשכלה גבוהה. אחת הדרכים לסייע בצמצום הפער הדיגיטלי היא להרחיב את אפשרות הגישה לבסיסי הידע הנוצרים במסגרת המוסדות להשכלה גבוהה. מנגד, למרות הפגיעה במטרות האקדמיות, הגבלת השימוש בסממה לתלמידים הרשומים לקורס תאפשר לאזן בין הרצון להגן על זכויות היוצרים לבין חשיבות השימושים למחקר והוראה. הגבלה כזו תאפשר לבודד את סביבת הלימוד ולמנוע פגיעה כלכלית קשה בבעלי הזכויות¹²⁸.

126 ניתן ללמוד מהניסיון האמריקני באימוץ כללים בלתי מחייבים (Classroom Guidelines). אף שכללים אלו היו שנויים במחלוקת, ולא שולבו בחקיקה, אומצו על ידי גופים רבים אשר ביקשו לנהל את השימוש ביצירות בסביבה המבוססת על ודאות יחסית: Guidelines for Classroom Copying of Books and Periodicals [<http://www.utsystem.edu/ogc/intellectualproperty/clasguid.htm>] (last visited on 8.9.2005) היא שבהיתן חוסר הודאות בנוגע להיקף השימושים המותרים, הפכו הכללים המנחים בפועל לכללי מקסימום ולמעשה צמצמו את זכויות השימוש. ליוזמה דומה שנועדה להגדיר כללי שימוש ביצירות לסביבה הדיגיטלית בדרך של הסכמה ראוי: CONFU: Conference on Fair Use [<http://www.utsystem.edu/ogc/intellectualproperty/permissn.htm>] (last visited on 8.9.2005). [<http://www.utsystem.edu/ogc/intellectualproperty/>] : confu.htm] (last visited on 8.9.2005).

127 ראוי להבטיח מראש התאמה בין שתי טכניקות החקיקה הללו, ולהבהיר בחקיקה באופן מפורש כי הוראות הפטור הספציפיות אינן מהוות רשימה סגורה, על מנת שלא לפתוח פתח לטענה כי מלשון ההן ניתן ללמוד על הלאו, וכל מה שלא הותר במפורש בחוק אסור לשימוש ללא היתר מבעל זכות היוצרים.

128 למשל, אם מרצה לספרות מעלה יצירות ספרותיות שלמות לאתר האינטרנט של הקורס ומאפשר גישה חופשית לאתר, הדבר עלול לפגוע באופן בלתי הפיך בבעלי הזכויות ביצירות.

גם אם יש הצדקה להתנות את הפטור בהגבלת הגישה לתלמידים הרשומים בקורסים מקוונים, יש להימנע מלהגביל את הפטור לסוג מסוים של שימוש ביצירות. הטלת הגבלות על השימוש ביצירה עלולה לפגוע במטרות ההוראה ובחופש הפעולה האקדמי שהוא חיוני לתפקודן של האוניברסיטאות כמוסדות לימוד ומחקר משמעותיים. מאותן סיבות יש להימנע מהתניית הפטור בשימוש בחלקים קטנים מן היצירה, או בשימוש בהגנות טכנולוגיות.

לבסוף, נראה כי ראוי להחיל את הפטור על מוסדות ההוראה, ולא על שימושים להוראה, שכן הללו עשויים לכלול הכשרה מקצועית לצורכי רווח במסגרות מסחריות. אין הצדקה לפטור שימוש כאמור מן החובה לשלם תמלוגים. אמנם חינוך והוראה הנם מטרות ראויות לקידום בידי כל מוסד ובכל הקשר. מצד שני, מוסדות פרטיים למטרות רווח, המתקיימים ממכירת שירותי הוראה, יכולים ביתר קלות לשאת בעלויות הרישוי ולגלמן בתחשיב השירותים שהם מספקים. נראה כי יש הצדקה לדרוש מגופים מסחריים המפיקים רווח מן היצירות, להעביר נתח מרווחיהם לבעלי הזכויות.

די בעותק אחד של היצירה ברשת האינטרנט על מנת לאפשר לכל גולש ברחבי העולם לשמור לעצמו עותק ולחסוך לעצמו את עלות רכישתו של עותק חוקי.