

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

תמר גדרון*

- א. מברא
- ב. עניין חסמב"ה
 - 1. העובדות
 - 2. המסגרת המשפטית
 - 3. הדיון המשפטי
- ג. *Gone With the Wind v. The Wind Done Gone*
 - 1. העובדות
 - 2. ההליך המשפטי
 - 3. העילה
 - 4. ההגנה – "שימוש הוגן"
 - א. על "השימוש"
 - ב. הגינות "השימוש"
- ד. *After the Rain v. Peter Pan (Emily Somma v. GOSH)*
 - 1. הסיפור
 - 2. ההליך המשפטי
- ה. על "הטיפול/ השימוש ההוגן" במשפט הישראלי ועל ה-Fair Use במשפט האמריקני
 - 1. פרודיה כ"שימוש הוגן" – מתי ועל פי מה
 - 1.1 על ייחודה של הפרודיה כביקורת
 - 1.2 פרודיה בהבדל מסאטירה
 - 1.3 הפרודיה והגנת "שימוש הוגן"

* דוקטור למשפטים. דיקן בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. תודות לעו"ד קלדרון, לגיא אופיר, עוזר המחקר שלי, לירון בנטוב שעשה לילות כימים בעבודת עריכה ושיפורן, ולד"ר חיים זנדברג שניצח על העבודה. תודות גם לכל יתר חברי מערכת המשפט ובעיקר ליוסי רחמים, שי ארז, עידן דיין ואורי וולובלסקי.

2. פרודיה סרת טעם

נ. ובחזרה לחסמב"ה

1. שתי הערות על מה שיש ועל מה שאין בפסק הדין

1.1 סוגיית ההעתקה

1.2 פרודיה? סאטירה? ביקורת? למאי נפקא מינא

ז. "זכות מוסרית"

1. מקורה ומהותה של הזכות המוסרית

2. היקף ההגנה על הזכות המוסרית – לפרשנותו של סעיף 4א(2) לפקודה

3. הזכות המוסרית, חופש הביטוי והגנת השימוש ההוגן

4. משך חיותה של הזכות המוסרית

ח. עלילות נוספות או אלטרנטיביות

ט. אחרית דבר

א. מבוא

להפיכתו של "אוליבר טוויסט"¹ סוחט הדמעות למחזמר מצליח התרגלנו כבר, כך יש להניח, כולנו.

כך גם ללייזה דוליטל שיצאה בשירה מתוך דפי "פיגמליון"² ועלתה בריקודים על כימות התאטראות באנגליה, בארצות-הברית וגם בארץ.

אך מסתבר שתחום הספרות הפופולרית, הזרה והמקומית, עדיין טומן בחובו חידושים נוספים.³

אחד מחידושים אלו, ולא בהכרח המבורך שביניהם, לא זכה לחשיפה מספקת, לפחות בכל הנוגע לסוגיות המשפטיות שהוא מעורר. מדובר בכתיבת פרודיה על יצירה ספרותית מוכרת, אהודה, פופולרית וחסרת יומרות אמנותיות יוצאות דופן. והמתכון פשוט – לוקחים ספר ידוע ו"מכיר" והופכים את הסוף להתחלה, את השתור ללבן, את התמים למרושע ואת היפה למכוער, והרי לפנינו יצירה ספרותית חדשה, שבדרך כלל ימצא גם מי שיטען כי יש מסר חברתי בחובה.

מי מאתנו הקוראים, לפחות המבוגרים יותר שבינינו, אינו זוכר את עלילות "חסמב"ה" (חבורת סוד מוחלט בהחלט⁴). עוד טרם היווצרה של הגרסה המוסרטת

1 צ' דיקנס אוליבר טוויסט ('ו' רון-רר תרגום, תשנ"ה) (פורסם במקור ב-1838).

2 כ' שו פיגמליון ('ט' קשת תרגום, תשנ"ד) (פורסם במקור ב-1941).

3 חידוש מעניין, דומה במידת מה לאלו שבהם נדון בהמשך, ועם זאת שונה, חדשני ומעורר מחשבה הוא הז'אנר המתאפיין בכתיבתו של ג'ספר פורד (Jasper Ford) שתוך שימוש במרכיבים קנוניים מן הספרות הבינלאומית הוא יוצר עולם חדש שבתוכו מככבות דמויות ידועות-אמיתיות ופרי דמיון ספרותי. ראו, למשל, לאחרונה ג' פורד פרשת ג'יין אייר ('ח' ידור-אבני תרגום, 2004). על הספר ראו ד' בורובסקי "חזרה מזורה לספרות טובה" מעריב 6.8.2004. ראו עוד מ' הנדלולץ "לקרוא את עצמכם לתוך הספר" הארץ 6.8.2003.

4 ראו הספר הראשון בסדרה: 'ו' מוסינזון חסמבה או חבורת סוד מוחלט בהחלט (תש"ו).

הייתה לכל אחד מהקוראים הנאמנים תמונה פרטית שיצר בדמיונו – של ירון זהבי ותמר חברתו, אהוד השמן ומנשה התימני. בארץ גדל אז דור שלם של ילדים שחיכו בקוצר רוח לצאתו של ספר חדש המתאר את עלילות החבורה בימי טרום טלוויזיה וטרום מחשבים. והנה, בשקט יחסי, הוצא למכירה בחנויות הספרים ברחבי הארץ לפני כשלוש שנים ספר ששמו "לא תשווה"⁵, פרי עטה של שפרה האפרתי. בספר מתוארות עלילות בני החבורה בזקנתם, המביישת, כך במפורש, את צעירותם, ומספרת על מעלליהם במהלך השנים שחלפו מאז היו צעירים יותר, יפים יותר ומוצלחים יותר. אלמנתו של יגאל מוסינזון, אבי סדרת "חסמב"ה", הגישה תביעה נגד האפרתי, ובה ביקשה למנוע את פרסום הספר. התביעה נדחתה על ידי השופט זפט בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בת"א (ת"א) 1437/02 מוסינזון נ' האפרתי⁶. על פסק הדין לא הוגש ערעור.

השוואת פסק הדין בעניין חסמב"ה להלכה ולפסיקה הקיימת בנושא בארצות-הברית, וניתוחו לאור הוראות החוק בארץ, מעוררת תחושה של החמצה. החמצה משפטית והחמצה מוסרית.

מקרה דומה נדון בארצות-הברית לפני כארבע שנים. שם הגיש עיזבונה של הסופרת מרגרט מיטשל תביעה ובה בקשה לצו שימנע הוצאתו לאור של ספר ששמו "The Wind Done Gone"⁷, שהיה, לטענת המחברת, אליס רנדל (Randall), פרודיה על ספרה הידוע של מיטשל "חלף עם הרוח" – "Gone With the Wind"⁸. גם תביעה זו נדחתה.

למרות הזהות הלכאורית, ואף כי בשני פסקי הדין לא הוצאו צווי מניעה ובשניהם ניתן הכשר ליצירה החדשה, קשה שלא לעמוד על ההבדלים המהותיים בין שני פסקי הדין בכל הנוגע לדרך ניתוח הסוגיה המשפטית הכבדה והמורכבת שעמדה במרכזו של הטיעון בשניהם. אף קשה שלא להעלות הרהור נוסף על התוצאה שהייתה מתקבלת – או לפחות על מסכת הנימוקים התומכים בתוצאה זו – בעניין חסמב"ה, אילו נחקרו ונותחו כאן לעומק מכלול השאלות העקרוניות, הערכיות, המוסריות, הספרותיות והחוקתיות שהועלו, נדונו והוחלטו בעניין חלף עם הרוח.

5 ש' האפרתי לא תשווה (י' עכנאי עורכת, תשס"ב). בפסק הדין ובדיווח בתקשורת נקרא הספר בטעות "לא שווה". הספר יצא בהוצאת "תמוז".

6 ת"א (ת"א) 1437/02 מוסינזון נ' האפרתי (טרם פורסם, החלטה ניתנה ביום 29.5.2003), דינים מחוזי לג' (8) 717 (להלן: עניין חסמב"ה).

7 A. Randall *The Wind Done Gone* (Boston, 2001).

8 M. Mitchell *Gone With The Wind* (New York, 1936) (להלן: "חלף עם הרוח" או *Gone With The Wind*); כן, ראו החלטתה של הערכאה הראשונה: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 136 F.Supp.2d (2001) 1357 (להלן: *Suntrust Bank case*); כן ראו החלטת בית המשפט לערעורים, אשר ביטל את הצו שהוציא קודמו והכשיר את הוצאת הספר למכירה: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 268 F.3d (11th Cir. 2001) 1257 (להלן: עניין חלף עם הרוח או *Suntrust Bank appeal*). העניין לא הגיע לבית המשפט העליון.

מקצת מהשאלות שנדרונו בעניין חלף עם הרוח והוחמצו בעניין הסמב"ה הועלו לאחרונה פעם נוספת בפני בית משפט בקליפורניה, בעניין סיפור עלילותיו של "פיטר פן", פרי עטו של ג' מ' ברי (Barrie)⁹. שאלת זכויות היוצרים של ספר זה עלתה לדיון לאחר שפורסם לו "ספר המשך" בשם "After the Rain, A New Adventure For Peter Pan" על ידי הסופרת הקנדית אמילי סומה (Somma)¹⁰ (להלן: עניין פיטר פן). הזדמנות פז זו שיצרה ההתדיינות בעניין פיטר פן, להבהיר כמה נקודות חשובות שנותרו מעורפלות בסיומו של הדיון בעניין חלף עם הרוח, לא נוצלה, כפי שנראה בהמשך.

המשפט הישראלי עדיין מחכה להזדמנות שכזו.

חלק מהסוגיות הסבוכות שעוררו עניין הסמב"ה, עניין חלף עם הרוח ועניין פיטר פן: המתח בין זכויות היוצרים לבין חופש הביטוי, בין זכות המחבר היוצר לבין אינטרס הציבור, בין הפרת זכות היוצר כהגדרתה בחוק לבין חריג "הטיפול/השימוש ההוגן" ובין זכות הקניין הרוחני לבין זכותו המוסרית של היוצר; ההבחנה שבין סאטירה לבין פרודיה; השוני בין קני מידה משפטיים לבין קריטריונים ספרותיים המתגייסים לעזרת בית המשפט — בכל אלו אנסה לגעת בקצרה במטרה להעלות את השאלות הרלוונטיות על סדר היום ולהתוות קווים מנחים להתמודדות עמן.

ב. עניין הסמב"ה

1. העובדות

סדרת ספרי "סמב"ה" — המונה 44 ספרים — פרי עטו של הסופר יגאל מוסינזון ז"ל, פורסמה בארץ במשך 44 שנים. הספר הראשון פורסם ב-1949. שורת דמויות קבועות, בעלות קווי אופי מובהקים ומוכרים עומדות במרכזם של כל הספרים, שכל אחד מהם עוסק במאבק "למען מטרות נאצלות, ובסופה של העלילה מנצחים הטובים את הרעים"¹¹. ניתן בהחלט לומר — וזו הייתה גם הנחת העבודה של הצדדים במשפט — ש"סמב"ה" היא יצירה מוכרת, ידועה, שבהמשך התבססו עליה גם מחזות וסרטים, דורות רבים של ילדים גדלו עליה, והיא "שמשה מקור השראה לרבים בבחירת שמות ילדיהם"¹².

עם פטירתו של הסופר עברו זכויות היוצרים בספרים לאלמנתו, חנה מוסינזון. והנה מסתבר שבין קוראיה הנאמנים של הסדרה הייתה גם ילדה בשם שפרה האפרתי, שלאחר שבגרה החליטה — בניגוד לקוראים פסיביים אחרים — לעשות מעשה ו"להשאיר אחריה מכתב"¹³ בדמות יצירה ספרותית שתבדוק מה

9 J.M. Barrie *The Adventures of Peter Pan* (1904)

10 J.E. Somma *After the rain, A New adventure For Peter Pan* (2002)

11 עניין הסמב"ה, לעיל הערה 6, בפסקת העובדות לפסק הדין.

12 שם, שם.

13 האפרתי, לעיל הערה 5, בע' 131.

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

עלה בגורלם של חברי "חסמב"ה", או בלשון המחברת עצמה: "איפה הם עכשיו". תקציר עלילות "לא תשווה" כפי שתומצת על ידי השופט זפט הוא כדלקמן¹⁴:

"בספר [...] מתוארים בני החבורה לעת זקנתם. ירון [זהבי, מנהיג החבורה, שהיה בספר המקורי יפה תואר, אמיץ ובעל ערכי מוסר מפותחים] הנו גבר מזדקן בעל נטייה לטיפה המרה עם נטיות הומוסקסואליות. תמר [סגניתו היפה, בעלת הגומות והצמות שהייתה מאוהבת בו במהלך הרפתקאותיהם המשותפות] היא אישה מבוגרת ועשירה, ששערה נשר, והיא מנהלת בית אבות מצליח, אחרי שהתגרשה מירחמיאל [עוד דמות ידועה מהסדרה המקורית] בעקבות חזרתו בתשובה. אהוד [השמן, האמיץ והלץ] הוא גבר מבוגר שהתעשר וירד מנכסיו, לקה בשבץ ורוחק לצמיחות לכסא גלגלים. מנשה [התימני העליז] מתואר בספר כאדם דכאוני העוסק בכתיבת שירה מזרחית, הממתין לחילוץ מאי בודד אליו נסחפה ספינתו ממנה נהג לשדר את שיריו. עוזי [הרזה] מתואר בספר בדמותו של אדם מזדקן, משמין, הסובל מנכות רגשית, שניהל רומן עם שלומית [החובשת] ונטש אותה, ומגדל לבדו ילד לאחר שגרם לדריסת אמו. שלומית עצמה מתוארת בספר כרוצחת סדרתית שריצתה בכלא מאסר של 22 שנה והיא מאתרת ומחסלת את האיש שהביא לחשיפתה בבית האבות המנוהל על ידי תמר".

בספר נעשה שימוש נרחב במילים בוטות ובתיאורי מין ואלים, וקווי המתאר של העלילה ומתווי האופי של הדמויות הם ניגוד קיצוני במכוון לאלו שבסדרה המקורית.

"לא תשווה" – שם הספר – הוא "אחרון הדברות שאי פעם ייכתבו על לוח אבן", במקום עשרת הדיברות המקוריות, שאת הלוח שעליו נחקק שוכר מנשה התימני לקול בכיו של אלוהים-התינוק, לקראת סיום עלילת הספר¹⁵. לא פלא הוא שאלמנתו של המחבר, חנה מוסינזון, מיהרה להגיש תביעה לבית המשפט המחוזי הן בטענה לפגיעה בזכויות היוצרים שלה, הן בטענת התעשרות שלא כדין והן בטענה שיצירתה של האפרתי גורמת לזילות כבודו של הסופר המנוח – המכונה במהלך הספר "אידיוט" ו"סופר כושל" – שדמותו הופכת לגלענת בעליל ככל שהמחברת משתמשת בה לקידום עלילת ספרה.

2. המסגרת המשפטית

עילתה הראשונה והעיקרית של התובעת נסמכה על חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: "חוק זכות יוצרים"). מהיותה של "חסמב"ה" "יצירה ספרותית" כהגדרת החוק¹⁶,

14 עניין חסמב"ה, לעיל הערה 6, בפסקת העובדות לפסק הדין.

15 האפרתי, לעיל הערה 5, בע' 125, כן ראו רשימת הדיברות בע' 124.

16 ס' 1(1) לחוק זכות יוצרים.

מוקנית לתובעת "זכות יחיד" לנהוג בה מעשה בעלים¹⁷. זכות זו כפופה למגבלה שבסעיף 7(ב)(1) לפקודת זכות יוצרים, 1924 (להלן: "פקודת זכות יוצרים" או "הפקודה"), הקובע כי לא קיימת זכות יוצרים ברעיון. זכות היוצרים תיראה כמופרת אם "שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים [...] [עושה אדם אחר] מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה לבעל זכות היוצרים"¹⁸. סעיף 2(1) לחוק מונה את הסייגים לזכות היוצרים ("טיפול הוגן" כמפורט שם).

העילה בגין התעשרות שלא כדין, מקור החבות השני שנטען כאן, מעוגנת בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר"). העילה המבססת את זכותו המוסרית של היוצר על יצירתו, מקור החבות השלישי במקרה זה, מעוגנת בסעיף 4 לפקודת זכות יוצרים¹⁹ הקובע, לענייננו, כי "מחבר זכאי שלא ייעשה ביצירתו כל סילוף, פגימה או שינוי אחר, או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה [...] פגיעה בזכות על פי סעיף זה היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [...] יחולו עליה"²⁰.

3. הדין המשפטי

לגולו הראשון של התיק הסתיים בפסק דין לטובת התובעת מאחר שבא כוח הנתבעת לא הגיש את סיכומיו במועד. רק לאחר שהגיש זה בקשה לביטול פסק הדין והוכיח סיכויי הצלחה בתיק נהפך פסק הדין הראשון²¹, והספר הותר לפרסום²².

במסגרת הניתוח המשפטי, המוביל את בית המשפט בסופו של דבר למסקנה כי מדובר בפרסום מותר, מתמקד השופט זפט בשני נושאים: ראשית, בשאלה אם "לא תשווה" מפר את זכות היוצרים של התובעת ב"חסמב"ה", ושנית, אם עומדת לזכותה של הנתבעת טענת הגנה שלפיה "לא תשווה" מהווה "שימוש הוגן" ב"חסמב"ה", שימוש שמטרתו מחקר או ביקורת, שאז השימוש ב"חסמב"ה" לא ייחשב כהפרת הזכות. על השאלה הראשונה עונה בית המשפט בשלילה. נדבכי החלטתו זו הנם כדלקמן: דמויות המפתח בספרי "חסמב"ה", דמויות דמיוניות, וירטואליות, המתוארות באופן מילולי, אכן ראויות עקרונית להגנה. זוהי הגנה שההגנה שבת המשפט העליון הכיר בה מפורשות לא מכבר על דמויות המוצגות באופן גרפי, ציורי-תמונתי-טכני, דוגמת דמות הנווד של צ'רלי צ'פלין בפרסומת

17 הגדרת "זכות יוצרים" שם, בס' 1(2).

18 שם, בס' 2(1).

19 ס' 4 לפקודת זכות יוצרים. הסעיף הוסף לפקודה בחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 4), תשמ"א-1981.

20 ס' 4(2) ר-3 לפקודת זכות יוצרים.

21 פסק הדין המקורי בוטל ביום 10.4.2003 בבש"א (ת"א) 7225/03 האפרתי נ' מוסינזון (טרם פורסם) (עותק שמור במערכת). לפסק הדין הסופי ראו עניין חסמב"ה, לעיל הערה 6.

22 פסק הדין ניתן ביום 29.5.2003.

עיֵדן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

של מפעל הפיס²³ ודמות הברווז דונאלד דאק בציוריו של דודו גבע²⁴. הגנה זאת מותנית בכך שיוצר הדמות הספרותית הצליח לצקת בה – באמצעות תיאוריו המילוליים – אופי בעל ייחוד ותווים סיפוריים מקוריים, כך שהדמות אינה עוד רעיון ערטילאי גרידא, אלא יש לה ביטוי מוחשי מקורי ומאפייני אישיות ייחודיים ברמה המאפשרת את זיהויה הקונקרטי²⁵. בהחלטתו זו הולך השופט בתלם שבו הלך בית המשפט העליון בפסיקתו האמורה, ואף מרחיב אותו בקבעו כי הגם שעניין מפעל הפיס עסק בדמות "משוחקת" ועניין גבע עסק בדמות "מצוירת", ניתן בהחלט לקבוע כי גם דמות "מסופרת", שמקור חיותה בתיאור מילולי ביצירה ספרותית, ראויה להגנה זהה לפי החוק, בנפרד מההגנה על זכות היוצרים ביצירה הספרותית עצמה.

חרף זאת מגיע השופט זפט למסקנה כי דמויותיה של האפרתי ב"לא תשווה" אינן מהוות העתקת דמויות "חסמב"ה" המקורית, וכי לא הופרה כאן זכות היוצרים של מוסינזון המנוח. וכל כך למה? הואיל ודמויות הגיבורים ב"לא תשווה" עוצבו על דרך הניגוד המוחלט לדמויות "חסמב"ה", ו"לבד משיתוף השם אין לדמויות דבר במשותף [...] המעשים אינם אופייניים [...] [...] [ה]תכונות הן כאמור היפוכן של תכונות". משל למה הדבר דומה, למי שיצייר דמות מכוערת בעליל ויקרא ליצירתו "מונה לזיה" על שם ובהיפוך מוחלט להתגלמות היופי המושלם ב"מונה לזיה" המקורית²⁶.

האם מי שיצייר את הדמות המכוערת, ה"מנוגדת", העתיק את יצירת המקור? שואל השופט זפט, והוא עונה: "דומה שאיש לא יחלוק כי התשובה לכך –

23 ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577 (להלן: עניין מפעל הפיס).

24 רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (להלן: עניין גבע). השוו: R. Zissu "Copyright Luncheon Circle: The Interplay of Copyrights and Trademark Law in the Protection of Characters Rights With Observations on Dastar v. Twentieth Century Fox Corp." 51 J. Copyright Soc'y U.S.A. (2004) 453. פסק הדין Dastar עצמו אינו עוסק בתנאים להיווצרות עילת תביעה אלא בגורלה של היצירה עם תום תקופת ההגנה על יוצריה דרך ניתוח סדרת הטלוויזיה "קמפיין מלחמת העולם השנייה באירופה", שבוססה על ספרו של גנרל אייזנהאור מ-1948 על אודות הקמפיין של כוחות הברית באירופה, ערב כניסתה של ארצות-הברית למלחמה.

25 כסימן היכר לדמות שחגה מגדר "רעיון גרידא" והיא זכאית, לפיכך, להגנה, מציע השופט זפט כסימן היכר את האפשרות לצפות את מעשיה ותגובותיה בתחום הרלוונטי ליצירה ולייחס אותם אליה. ראו עניין חסמב"ה, לעיל הערה 6, בפסקה ב' לפסק הדין. מבחן פשוט ופשוטי זה מתאים, אולי, למקרה שבפנינו – כפי שמוכיח יישומו על ידי בית המשפט שם – אולם אין בו, לדעתי, ממש כמבחן משפטי או ספרותי הניתן לתחולה על יצירות המשקפות רמת כתיבה מקורית יותר שחלק ניכר מייחודן נובע דווקא מחוסר האפשרות לצפות את מעשיהן ותגובותיהן האופייניות של הדמויות העומדות במרכזן.

עוד בנושא זה ראו ש' פרזנטי ו' סיוון "זכויות יוצרים בדמויות דמיוניות" רשימות בנתבי קנייני הרוח השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה (2004, כרך א) 103.

26 עניין חסמב"ה, לעיל הערה 6, בפסקה ג' לפסק הדין.

לאו רבתי". ומכאן המסקנה המתבקשת בעיניו: "אין כאן העתקה, גם לא העתקה בשינוי, כי אם עיצוב מחדש של דמויות גיבורי סידרת חסמבה"²⁷. לחלופין – וזו תשובתו של השופט זפט לשאלה השנייה – גם לו הייתה כאן הפרת זכות יוצרים ודמויות "חסמב"ה" אכן הועתקו, גם אז עומדת להאפרתי טענת ההגנה שלפיה מדובר ב"טיפול הוגן" ביצירה המוגנת, ולפיכך דין התביעה נגדה להידחות.

מדובר כאן, לגישת השופט, ב"סיפור עלילה המשמר את הצורה האומנותית של היצירה המבוקרת ומשנה את תוכנה"²⁸ – זאת ותו לא. "לא תשווה" היא "ביקורת" לגיטימית; זהו "טיפול הוגן"; ומכאן שזוהי יצירה שפרסומה מותר על פי החוק. למטה מהעניין קובע עוד השופט זפט כי זילות כבודו של מוסינזון, מכלול תיאורי המין והאלימות העומדים בניגוד משווע לרוחם ולאפיים של ספרי "חסמב"ה", וה"התגרות הפרובוקטיבית באלמנטים דתיים מקודשים"²⁹ – כל אלו מוגנים ביצירתה של האפרתי על ידי עקרון חופש הביטוי, ולפיכך דין היצירה להתפרסם. עילת עשיית עושר לא נדונה,³⁰ וזכותו המוסרית של היוצר לא אוזכרה כלל.

ג. *Gone With the Wind v. The Wind Done Gone*

1. העובדות

מרגרט מיטשל כתבה את ספרה "חלף עם הרוח" בשנת 1936. הספר נמכר בעשרות מיליוני עותקים, וזכה בפרס פוליצר בשנת 1937. הספר הוסרט וזכה בעשרה פרסי אוסקר.

הספר, ששמו המקורי היה "Tomorrow Is Another Day"³¹, מספר את סיפור מלחמת האזרחים בארצות-הברית מנקודת ראותה של הגיבורה, סקרלט או'הרה, בתו של בעל אחוזה לבן, ומתאר את המוצאות אותה, את משפחתה וסדרה ארוכה של דמויות משנה ציוריות, על רקע העיר אטלנטה הבווערת באש והדרום המתמוטט, המתמודד לא רק עם ההינגפות בשדה הקרב אלא גם עם שינוי הערכים ותפיסת העולם הנכפית עליו עקב המלחמה והתבוסה בה. זהו סיפור אהבה אפי שבסופו התפכחות כואבת שבה שזור משפט הסיום המפורסם: "I'll think of it tomorrow. After all, tomorrow is another day"³². הספר יצא לאור בסופו של דבר תחת השם "Gone With the Wind". את השם הזה שאלה מרגרט מיטשל מיצירתו המפורסמת של ארנסט

27 שם, שם. השונו בנקודה זו: M.B. Nimmer et al. *Cases and Materials On Copyright* (Minnesota, 4th ed., 1991) 80.

28 עניין חסמב"ה, לעיל הערה 6, בפסקה ד' לפסק הדין.

29 שם, בפסקה ה' לפסק הדין.

30 שם, שם.

31 Note: "Gone With the Wind Done Gone: Re-writing and Fair Use" 115 *Harv. L. Rev.* 1193 (2002).

32 *Mitchell, supra* note 8, at p. 1024.

דוסון – *Non Sum Qualis Eram Bonae Sub Regno Cynarae*,³³ יצירה מלנכולית שבמרכזה סיפור אהבה בלתי ממומש וגעגוע לאהובה שאיננה – סינארה (Cynara). אליס רנדל קראה את הספר "חלף עם הרוח" בהיותה בת 12 ואהבה אותו מאוד. רק שנים לאחר מכן, משקראה בו שוב, החליטה שעליה לעשות מעשה ולנסות לתקן את העוול החברתי-תרבותי שגרם הספר, לדבריה, בהציגו סטראוטיפ גזעני ותמונה מעוותת, שקרית, לעגנית ומזלזלת של דמויות השחורים בדרום ארצות-הברית, ועקב כך השפיע קשות על תפיסת מיליוני הקוראים של "חלף עם הרוח", שקיבלו את הספר כמשקף אמת היסטורית, תרבותית וחברתית של אותה תקופה.³⁴

העיוות ההיסטורי והרצון להציג את הדברים באור נכון יותר³⁵ הניעו את רנדל, כותבת תסריטים ומחברת שירי קנטרי³⁶, לכתוב את "The Wind Done Gone", שגיבורת העלילה בו היא סינארה (אותה אהובה אבודה בשירו של דוסון, שממנו נלקח, זכור, שם יצירתה של מיטשל), אחותה למחצה של סקרלט, פרי אהבתם של אביה של סקרלט והאומנת הכושית גדולת הממדים, מאמי. כאן, בספר החדש, הנכתב כיומן על ידי סינארה, התהפכו היוצרות: גיבורי הסיפור הם המשרתים כהי העור, שניחנו בחכמה, בערמומיות ובראיית הנולד, היודעים "לתמרן" את בעליהם לבני העור לפי רצונם וצורכיהם; סינארה היא היפה מבין שתי האחיות למחצה, ואילו בעלה של סקרלט, רט בטלר, נוטש את סקרלט, הקרה והאוהבססיבית, למען סינארה, שמצדה זונחת אותו בסופו של סיפור למען חבר קונגרס כהה עור. בסופו של דבר, בעולם החדש שבו תופסים כהי העור את מקומם הנכון, ממננת ירושתה של סקרלט את בחירתו לקונגרס של צאצאה של סינארה.

הסיפור, בעיקר בחלקו הראשון, בנוי על מצבים ועל אירועים שמקורם ב"חלף עם הרוח". חמש-עשרה דמויות, ששמותיהן שונו בחלקם, הופכות את עורן ומתנהגות ההפך מהמצופה מהן כפי הסטראוטיפ שהורגלנו לו בספרה של מיטשל. אהוב חלומותיה של סקרלט הוא הומוסקסואל. מאמי, האומנת הרואגת ושופעת החום במקור, היא כנראה, שותפה לפגיעה פיזית בילדי משפחת או'הרה. השחור הוא לבן והלבן שחור ביותר ממוכן אחד בספר זה. עלילת הספר בנויה בעיקרה על עובדות האמורות להיות ידועות לקורא, ולכן, בחלק גדול מן המקרים, הן מוזכרות רק בחצי פה, תוך אזכור אגבי של פרטים שהמחברת אינה טורחת לפרטם בשל היכרותו המוקדמת של הקורא אתם בעבר.

33 השורה הראשונה בבית הרביעי של השיר היא שהיותה את מקור שם הספר – "I have forgot much, Cynara! Gone with the wind"

34 בהקדמה לספר מאזכרים שני תאריכים שבהם לקתה פריסי, שבידיה הופקר יומנה של סינארה, בהתמוטטות עצבים: 1936 – עם צאת הספר "חלף עם הרוח" ו-1940 עם צאתו של הסרט לאקרנים, ראו: Randall, *supra* note 7, at p. 5; עוד ראו: Mitchell, *supra* note 8, at p. 1028.

35 ראו במיוחד: J. Rubinfeld "The Freedom Of Imagination: Copyright's Constitutionality" 112 *Yale L. J.* (2002) 1, 3-4.

36 D. Mehegan "Wind' Chill Freedom of Expression, Big Money, and Margaret Mitchell's Legacy Are At The Heart of A Publishing Standoff" *The Boston Globe* (Apr. 18, 2001).

פרט לשימוש בשמות אנשים ומקומות, אזכור אירועים ופרטים זהים אחרים, המבוססים על ספר המקור, מרבה רנדל להשתמש במהלך ספרה במשפטים המזכירים באופן ישיר משפטי מפתח ידועים מ"חלף עם הרוח"³⁷. במהלך העלילה הולכות לעולמן שתי דמויות מפתח – סקרלט ומאמי – ובסיומה מתה גם סינארה עצמה. עד כאן סיפור תמצית העלילה שאין ספק בדבר הקשר בינה לבין ספרה של מרגרט מיטשל.

2. ההליך המשפטי

אף כי בעבר כבר פורסמו ספרי המשך/חיקוי/פרודיה ל"חלף עם הרוח", רק אחד מהם פורסם ברשות בעלי הזכויות³⁸. במהלך השנים הקפידו בעלי זכויות היוצרים שכל רישיון לעשיית שימוש בספר יותנה באיסור להזכיר תופעות כמו הומוסקסואליות ונישואי תערובת, וכן בכך שאסור יהיה "להרוג" את דמותה של סקרלט³⁹. ספרה של רנדל מפר את כל האיסורים כולם.

בעלי זכויות היוצרים על ספרה של מרגרט מיטשל, הגישו תביעה לצו מניעה נגד רנדל ונגד הוצאת הספרים שפרסמה את ספרה. בערכאה ראשונה הוצא הצו לבקשת התובעים⁴⁰, אולם בית המשפט לערעורים ביטל את הצו וקבע כי לנתבעת סיכוי טוב לשכנע בקיום הגנת "השימוש ההוגן", ולכן דין הבקשה לצו למניעת הפרסום להידחות⁴¹. המקרה לא נדון לגופו, ולא ניתן בו פסק דין סופי, שכן הצדדים הגיעו לידי הסדר שלפיו יתרמו הנתבעים סכום כסף שגובהו לא צויין, למוסד חינוכי לילדים באטלנטה, ובתמורה יוכל הספר להיות מופץ למכירה חופשית ועל עטיפתו כיתוב בולט המכתיר את היצירה כ-"An Unauthorized Parody"⁴².

3. העילה

שתי הערכאות שדנו במקרה קבעו כי רנדל הפרה את זכויות היוצרים של יורשיה של מיטשל בכך שספרה עושה שימוש מהותי בתכנים, בשמות ובאירועים דמיוניים הלקוחים מספרה של מיטשל והראויים להגנה על ידי החוק. הטענה שמדובר

37 כך חוזרת המחברת (Randall) על משפט הפתיחה לספר המקורי של Mitchell בשינויים מזעריים: "She was not beautiful, but men seldom recognized this", ומשפט הסיום בספר, המתייחס גם הוא למשפט הסיום בספר המקורי – "For all those we love for whom — tomorrow will not be another day". Randall, *supra* note 7, at pp. 1, 208. ראו: להשוואה ראו ד' שליט "בכנות, יקירתי, יהיה אפשר לתת יחס יותר הוגן לשחורים" גלובס 23.2.2005, לפחות חמישה ספרים נכתבו כפרודיה על "חלף עם הרוח" ראו: Mehegan, *supra* note 36; A. Ripley *Scarlet* (New York, 1st ed., : הגרסה שכן אושרה: (1991).

39 A. Gerhart "Frankly Scarlett Give a ...; Copyright Winds Are Blowing Mightily Over .New 'Gone' Novel" *The Washington Post* (Apr. 12, 2001).

40 Suntrust Bank case, *supra* note 8

41 *Ibid*

42 "Gone with the Wind Lawsuit Settled" *Nashville Business J.* (May 9, 2002)

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

בשימוש ברעיון גרידא נדחתה בתוקף על ידי שתי הערכאות, שקבעו כי אף על פי שאין קו ברור וחד-משמעי המבדיל בין "ביטוי" (Expression), הזכאי להגנה על פי החוק, לבין "רעיון" (Idea), שאינו זכאי להגנה כזו⁴³, הרי במקרה זה צורת השימוש ותוכני השימוש שרנדל נעזרה בהם ב-"The Wind Done Gone" אינם מהווים שימוש ברעיונות אבסטרקטיים גרידא מתוך "Gone With The Wind", אלא מדובר בשימוש בלתי מורשה בשמות, באירועים, ברצף עלילתי, בהעמדת סצנות ואף בביטויים מילוליים ממש, שכולם התגבשו לכדי מכלול שיצא כאופן מובהק מגדר "רעיון" בעלמא והפך לביטוי ספרותי מוחשי ובשל הראוי להגנה על פי החוק⁴⁴. שימוש זה של רנדל ביצירתה של מיטשל מהווה הפרת זכויות היוצרים של האחרונה ומקנה ליורשיה עילת תביעה.

4. ההגנה – "שימוש הוגן"

א. על "השימוש"

ואף על פי כן, מגיע בית המשפט לערעורים, בניגוד לקביעת קודמו, למסקנה כי כתיבתה של רנדל לא תיחשב כהפרת החוק. זאת, הן בשל חשיבותה, הגדולה יחסית, של ההגנה החוקתית על חופש הביטוי במקרים של פרודיה, שבהם זכות היוצרים, הפרטית ביסודה, חייבת לסגת מפני האינטרס הציבורי העומד מולה⁴⁵, והן לאור הגנת "השימוש ההוגן" ש-"The Wind Done Gone" ראוי ליהנות ממנה. הגנה זו מאיינת כאן את ההפרה ומכשירה את השימוש⁴⁶. כיצד?

חוק זכויות היוצרים האמריקני משנת 1976 קובע כי "שימוש הוגן" (Fair Use) למטרות ביקורת, מחקר, תגובה, חיווי דעה, דיווח עיתונאי וזווראה אינו מהווה הפרת זכות היוצרים⁴⁷. על מנת לקבוע מהו "שימוש הוגן" קובע החוק ארבעה מבחנים, שאינם מהווים רשימה ממצה אלא דוגמאות מנחות בלבד⁴⁸, אשר התגבשו בפסיקה האמריקנית⁴⁹ טרם הפיכתם לחוק כתוב, ואלו הם: 1. מטרת השימוש

43 Nimmer et al., *supra* note 27; *Suntrust Bank appeal*, *supra* note 8, at p. 1266

44 הניתוח נעשה בהתאם לקביעתו המפורסמת של הנד (Judge Learned Hand) בעניין *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119, 121 (2nd Cir. 1930). (להלן: *Nichols case*).

45 *Suntrust Bank appeal*, *supra* note 8, at p. 1263

46 השופט בירץ' (Birch) מציר כי בעיניו השימוש ההוגן מקנה זכות אפירמטיבית למשתמש ולא רק הגנה גרידא, אבל מילתיו של החוק מגבילות אותו בפרשנותו זו, *Ibid.*, at p. 1260 n. 3.

47 Copyright Act 1976, 17 U.S.C & 107 (1982).

48 *Harper & Row Publishers, inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 549 (1985)

49 *Weissmann v. Freeman*, 868 F.2d 1313, 1323 (2nd cir. 1989); השור עוד: *Harper case* *Maxtone-Graham v. Burtchaell, Andrews & Mcmeel Inc.*, 803 F.2d 1253, 1259 (2nd cir. 1986).

49 אחד המקורות הראשונים למבחני המשנה הוא פסק דינו של השופט סטורי (Story) בעניין

Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342, 348 (D. Massachusetts Cir. Court 1841); *Campbell aka*

Campbell או *luke skywalker v. Acuff-Rose Music inc.*, 510 U.S. 569 (1994) (להלן: עניין *Campbell* או

Campbell case).

ואופיו, בעיקר תוך התייחסות לשאלת היותו שימוש מסחרי; 2. אופייה ומהותה של היצירה המוגנת; 3. היקף השימוש המפר ביצירה המוגנת ומהותו; 4. השפעת השימוש על השוק מבחינת היצירה המוגנת.

יישומם של מבחנים אלו ואחרים שנוספו על ידי הפסיקה, שכולם מערבים שאלות של חוק ועובדה⁵⁰, מושפע באופן ישיר מתוכנה ומאופייה של היצירה המפירה.

מהו אפוא סיווגו של "The Wind Done Gone"?

ספרה של רנדל הוא פרודיה – כך קובע השופט בירץ' ללא היסוס. ובשכנוע פנימי, המעוגן בתפיסת עולם חדורת אמונה בצורך לשינוי הדין הקיים, הוא מרחיב את הגדרת בית המשפט העליון האמריקני למונח הספרותי "פרודיה" כפי שנקבעה בעניין *Campbell* – המקרה הבולט ביותר עד כה שבו נדונה על ידי בית המשפט העליון לעומק שאלת השימוש בפרודיה כ"שימוש ההוגן" – וקובע:

"Courts should not judge the quality of the work or the success of the attempted [...] humor in discerning its parodic character; we choose to take the broader view. For purposes of our fair use analysis, we will treat a work as a parody if its aim is to comment upon or criticize a prior work by appropriating elements of the original in creating a new artistic as opposed to scholarly or journalistic work"⁵¹.

קביעתו זו של בית המשפט, שהפרודיה אינה מחייבת מעצם הגדרתה קיומם של אלמנטים הומוריסטיים, קביעה שאינה נקייה כשלעצמה מספקות, מאפשרת לו להתחמק באלגנטיות מאחד הפחים היקושים שנקרו עד כה בדרכו של מי שאמור היה להכריע בדבר תחולתה של הגנת "השימוש ההוגן". אם בגדר הפרודיה נכללת כל יצירה שיש בה משום "הערה" או "ביקורת" על היצירה הספרותית המוגנת, כי אז פטור השופט מהצורך לאתר הומור בגוף היצירה שבמחלוקת, והוא יכול להכניסה תחת כנפי ההגנה של "שימוש הוגן" גם אם היא נעדרת לחלוטין כל סממן שהוא של חיוך, צחוק, לעג או שמחה לאיד. זוהי הקלה גדולה מבחינתו של בית המשפט, ש"נפטר" באחת ממבחנים "ספרותיים" סובייקטיביים, קשים מבחינתו. הומור, מטבע הדברים, הוא עניין סובייקטיבי. כך גם כל הערכה אמנותית של כל יצירה ספרותית העומדת לדין משפטי שהיא סובייקטיבית ביסודה⁵². אפילו בעניין חלף

50 *Harper case, supra note 48*

51 *Suntrust Bank appeal, supra note 8, at pp. 1268–1269*

52 ראו בעניין זה גם בשאלת הפרסומים הוולגריים וחסרי הטעם (Distasteful) שההגדרה החדשה מתמודדת עם רצונם של בתי המשפט לצנזר אותם: V. Soto "The Scale Tips in Favor of Parodists and Freedom Of Speech Advocates, as 'Other' Version of Gone With Wind Held Fair Use Under Copyright Law: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*" 18 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* (2002) 405, 414–415 n. 68–74

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

עם הרוח נטען, למשל, כי בית משפט שאינו מורכב משופטים אפרו-אמריקנים, לעולם לא יוכל להבין את ההומור החבוי בין דפיו של ספרה של רנדל ללא עזרת מומחה.⁵³ פרשנותה הסובייקטיבית של הגנת "השימוש ההוגן" היוותה מאז ומתמיד קושי אמיתי בהכנתה ובניתוחה של הגנה זו על ידי בתי המשפט השונים בארצות-הברית ואף ביישומה בפועל. מקושי זה "הציל" כאן השופט בירץ' את הפסיקה האמריקנית.⁵⁴ הוא קבע כי פרודיה תיחשב ככזו גם אם כל מה שיש בה הוא אמירה ביקורתית המתייחסת לעבודת אמנות קודמת תוך שימוש באלמנטים הלקוחים מהיצירה המוקדמת והפיכתם לישות אמנותית חדשה, שאיננה מחקר עיתונאי או אקדמי בלבד. בכך הרחיב בית המשפט באופן ניכר, כאמור, את הגדרת הפרודיה, הפך את הגנת "השימוש ההוגן" לאובייקטיבית יותר, ובהמשך לכך הקל גם את יישומה.⁵⁵ ועוד נעסוק בכך בהמשך.

על בסיס רחב זה ממשיך בית המשפט ומבסס את הגנתה של רנדל ואת זכותה לבקר את "חלף עם הרוח", ככל ז'אנר ספרותי לגיטימי, ולא דווקא באמצעות מאמר אקדמי מלומד, כמתבקש לכאורה מהמונח "ביקורת", אלא בכל אמצעי אחר לרבות דרך כתיבת יצירה ספרותית דמיונית, בעלת אלמנטים פרודיים נעדרי הומור, המהווים ביקורת על יצירת המקור וחוסים בצלה של הגנת "השימוש ההוגן".

ב. הגינות "השימוש"

זו נבחנת, כאמור, על פי ארבעה מבחני עזר עיקריים, בלתי ממצים, שהוכנסו על ידי המחוקק האמריקני לסעיף 107 לחוק זכויות היוצרים מ-1976, והם מהווים גיבשה של הפסיקה שבאמצעותה התוו בתי המשפט את הדרך בנושא זה. יישומם של מבחנים אלו על המקרה הנדון מניב את המסקנות כדלקמן:

מדובר ביצירה בעלת אופי טרנספורמטיבי אמיתי, שיש בה חדשנות רבה. יש בה גם מסר חברתי חשוב שהיא מנסה להעביר לקורא באמצעות פרודיה. ולכן, אף כי מדובר ב"מוצר מסחרי" שהמחברת תגרוף לכיסה כסף רב בגינו בלא ששילמה למחברת המקורית דבר⁵⁶, ואף כי היקף השימוש היה נרחב והאלמנטים שנלקחו מתוך "Gone With The Wind" היו מרובים, משמעותיים ובעלי מוניטין רב במיוחד – וכלל לא ברור שהיה צורך בהיקף כזה לבניית הפרודיה הטרנספורמטיבית – הרי לאור חשיבות המסר החברתי הן ביצירה המוגנת והן ביצירה המפרה, ולאור היעדרו של חשש שהיצירה המפרה תפגע בשוק של היצירה המוגנת, מגיע בית המשפט למסקנה שהתובעת לא הראתה סיכוי חזק דיו לזכות בתביעתה,

53 *Suntrust Bank appeal, supra* note 8, at p. 1269 n. 23.

54 יש לזכור כי מדובר בהחלטת בית משפט לערעורים, ובפסק דין שלא ניתן לגופו של סכסוך, אלא בשאלת ביניים.

55 כפי שנראה, ספק אם לכך התכוון בית המשפט העליון בעניין *Campbell* וספק אם מבחנים והגדרות ספרותיות יתמכו בפרשנותו זו של בית המשפט.

56 *Suntrust Bank appeal, supra* note 8, at p. 1269.

ולפיכך דינו של צו המניעה להתבטל. כך, מבחני האיזון בין זכות היוצרים המונופוליסטית, שמקורה בחוקה האמריקנית, מחד, לבין חופש הביטוי, שגם לו בסיס קונסטיטוציוני מובהק, מאידך – מבחנים שמנסים ליישם את ההבדל בין "רעיון" ל"ביטוי", בין הפרה אסורה של זכות היוצרים לבין הפרה שהגנת "השימוש ההוגן" חלה עליה – הובילו להכשרתו של "The Wind Done Gone" ואפשרו את הוצאתו לחנויות למרות ערכו הספרותי השנוי במחלוקת.⁵⁷ כאמור, הדיון כולו הסתיים בשלב המקדמי שלו, והפשרה שהושגה בין הצדדים מנעה העמדתה של הסוגיה המשפטית במבחן מחודש.

ד. After the Rain v. Peter Pan (Emilly Somma v. GOSH)

1. הסיפור

בימים אלו מלאו 100 שנה להולדתו של פיטר פן. אותו ילד נצחי שסירב להתבגר, מבית היוצר של ג' מ' ברי⁵⁸, הופיע לפני כשנתיים בלבוש חדש, בתקופה חדשה ובספר חדש שבמרכזו ילדה בת המאה ה-21, קריסטל מקפרלנד שמה, שיחד עם חבריה באדי וסין מצילה את פיטר פן מילדות ללא סוף בארץ נברלנד (Neverland), שבה חי 99 שנה, על מנת שיוכל להתבגר סוף סוף. הספר "After the Rain, A New Adventure For Peter Pan", שנכתב על ידי סומה⁵⁹ ויצא לאור ללא רעש תקשורתי בטורונטו ב-1000 עותקים בלבד, הגיע אל כותרות העיתונים כאשר חפצה המחברת להוציאו לאור גם באנגליה ובארצות-הברית. בשלב זה התעוררו בעלי זכות היוצרים על הספר – GOSH, בית חולים לילדים בלונדון שקיבל את הזכויות מהמחבר עם פטירתו – והודיעו לגב' סומה כי זכות היוצרים על הספר היא בידם ללא מגבלת זמן (על פי חקיקה מיוחדת) באנגליה ועד שנת 2023 בארצות-הברית (לפי חקיקה מ-1976), וכי הם מתנגדים לפרסום ספרה אף כי היא עצמה הודיעה מראש כי היא מוכנה לתרום מרווחי הספר לטובת בית החולים⁶⁰. בסופו של דבר הייתה זו הסופרת שהגישה תביעה נגד בית החולים בטענה

57 השוו בין חלק ממאמרי המערכת שלהם זכתה הוצאתו של הספר, בין השאר, ב-National Review: T. Teachout "Entitlement Publishing" *Nat. Rev.* (Aug. 20, 2001); D.D. Kirkpatrick "A Writer's Tough Lesson in Birthing" a Parody" *N.Y Times* (Apr. 26, 2001), לבין ציטוטי הביקורת המהללת את היצירה על עטיפת הספר.

58 Barrie, *supra* note 9.

59 ראו לעיל הערה 9. על גלגולי התביעה והרקע לספר המקור וספר ההמשך, ראו: Mcdonough "Perpetual boy turning 100" *The Holland online Sentinel Entertainment* (Oct. 25, 2004); C. Seville "Peter Pan's Rights; To Protect or Petrify?" 33 *The Cambridge Quarterly* No. 2 (2004) 119.

60 *Somma v. Great Ormind Street Hospital Civil Case No. 02-5889 EMC*. לסקירת המקרה כולו על ידי הקליניקה המשפטית של אוניברסיטת סטנפורד (http://cyberlaw.stanford.edu/about/cases/emily_somma_v_; ראו: (for Internet and Society http://cyberlaw.stanford.edu/about/cases/emily_somma_v_; last visited on 6.10.2005).

כי "פיטר פן" הוא כבר נחלת הכלל (Public Domain), וזכותה להשתמש בו כראות עיניה. גם כאן, כמו בעניין חסמב"ה ובעניין חלף עם הרוח – בנויה עלילת הספר על הדמויות המוכרות והאהובות של פיטר פן, וונדי, טינקרבל ואחרים, שלהם חברו פיות חדשות ושודדים חדשים. אולם המחברת, הטווה עלילה קסומה, תמימה ושובת לב, מבקשת גם – ואולי בעיקר – לבקר ולשנות את תפיסת העולם שבספר המקורי על ידי ביקורת פרודית שבסופה הופך פיטר פן האגדי לדמות ארצית המהווה מקור הזדהות אמיתי ורצוי יותר, לדעת המחברת, לדור הילדים החדש ובעיקר לאמותיהם המעדיפות – כך יש להניח – את סוף סיפורה של סומה על פני סופו בנברלנד של פיטר פן הילדותי לנצח, שבסיפור המקורי.

2. ההליך המשפטי

כמו בעניין חלף עם הרוח, כך גם כאן, נמצא בסופו של דבר הסדר שבעקבותיו שוב נותרו השאלות המשפטיות הסבוכות ללא פתרון משפטי מוסמך⁶¹. עם זאת, ובוודאי לצורך השוואה למקרים שנדונו בעניין חלף עם הרוח ובעניין חסמב"ה, מעניין להציג – ולו גם בקליפת אגוז – את עמדות הצדדים בשאלות אלו. סומה וחסידיה התמקדו בשאלה אם היצירה שכתב ברי מצויה כיום ב-Public Domain ומהווה "נכס ציבורי" שניתן להשתמש בו לטובת הכלל, או שבית החולים לילדים – הנהנה כמובן ממעמד מועדף בעיני רוב הציבור, שבעיניו אין דבר טבעי יותר מהישארותו לנצח של פיטר פן בממלכת הילדים (אפילו מדובר בבית חולים לילדים ולא בממלכת נברלנד) – הוא עדיין בעליהן החוקי של זכויות היוצרים ביצירה. לאור הפשרה שהושגה בין הצדדים, נותרה בעיה זו ללא מענה משפטי. לצד סוגיה עקרונית זו עולות כמובן סוגיות נוספות. ראשית, סוגיית השמות והדמויות. השם "פיטר פן" עצמו, מקורו, כך נראה, בדמויות האגדתיות של המיתולוגיה היוונית (פן); הדמות במקורה, כנראה, שאובה בין השאר מ"פוק" מחלום ליל קיץ של שייקספיר ומרובין הוד; ואילו לדמויות הפיראטים דמיון רב הן לדמויות פיראטים אמיתיים והן לדמויות פיראטים יצירי ספרות מתקופתו של ברי⁶². שנית, סוגיית היותה של היצירה החדשה פרודיה על יצירת המקור, או לפחות ביקורת ו"ראייה מחדש" של היצירה הרמיונית ואולי ה"לא חינוכית" של ברי. סוגיה זו דומה לסוגיה שבה דנו בשני המקרים האחרים, אף כי לתחושתו היא מתעוררת כאן בעצמה פחותה. גם שאלה זו ויישומה על עובדות המקרה במדויק לא קיבלה מענה משפטי מוסמך, אף כי מנוסח הפשרה ניתן להביך כי בית החולים

61 להצגת טיעוניה של סומה ראו על ידי הקליניקה המשפטית של אוניברסיטת סטנפורד: [http://cyberlaw.stanford.edu/about/cases/Amended%20Complaint%201-07-03.pdf] (last visited on 6.10.2005). ראו עוד: "Peter Pan Goes to Court in Copyright Dispute" (Jan. 2, 2003). בנוסח הפשרה נאמר כי הצדדים הגיעו להסדר ידידותי לסיום ההתדיינות ביניהם. פרטי ההסכם נותרו חסויים.

62 Stanford Law School, לעיל הערה 60 בסעיף 7.

קיבל את עמדתה של סומה שמדובר ב"שימוש הוגן" בדמויות ובשמות השאובים מספריו וממחזותיו של כרי⁶³.

הגשת התביעה בעניין פיטר פן על ידי סומה גררה גל תגובות, לא רק של אנשי משפט וספרות. לצד הקולות שקראו לאפשר את פרסומה של היצירה החדשה, נשמעו גם קולות אחרים אשר תוך כדי ביקורת על ההחלטה בעניין חלף עם הרוח, ביקשו לצמצם את הגנת ה"פרודיה" ולהחזירה לממדיה המקוריים. תוך כדי כך הסכימו הכול כי "בשאלת מדיניות" עסקינן⁶⁴.

כאמור, גם ההזדמנות שנתן לנו עניין פיטר פן להבהיר ולשנות – ודווקא במקרה שבו אין מדובר על פרודיה וולגרית, סרת טעם או כוז שיש בה כדי לעורר מחלוקת שעניינה ביקורת על רמת היצירה – נסתיימה בדממה דקה, וספרה של סומה פורסם בארצות-הברית, אף כי בהצלחה חלקית בלבד⁶⁵. יתור על כן, בית החולים עצמו ערך לאחרונה תחרות בינלאומית על מנת לאתר סופר שיכתוב ספר המשך לספרו של כרי. מתוך מאה מתחרים שניגשו לתחרות נבחרה סופרת בשם ג'ירלדין מקופרין שתנסה אולי – והפעם ברשות ובזכות – לרענן, לחדש ולהלביש את פיטר פן בלבוש דומה לזה שתפרה לו סומה⁶⁶.

ה. על "הטיפול/השימוש ההוגן" במשפט הישראלי ועל ה-Fair Use במשפט האמריקני

"Copyright Law is a Kind of Giant First Amendment Duty Free Zone"⁶⁷, קבע עורך דינה של רנדל כמאמר שפרסם בזכות חופש הביטוי. האומנם? זכות היוצרים אינה זכות מוחלטת. היא מסויגת בסייגים ומוגבלת בהגנות. הגנות אלו בעיקרן נובעות משיקולי איזון בין הפרטי לציבורי ומהשלכותיה של הזכות לחופש הביטוי על זכותו של היוצר כמו גם על זכותו של המפר. כך אף הגנת ה"טיפול/השימוש ההוגן", המצמצמת בכירור את זכות היוצרים הקניינית שענים של כותבי הפרודיות כה צרה בה. מהי נקודת האיזון בין זכות היוצרים מחד לבין "זכות הביקורת" מאידך – ננסה לברר להלן.

63 ראו: *Joe Gratz.net*, (Mar. 3, 2005) [<http://www.joegratz.net/archives/2005/03/>] (last visited on 6.10.2005).

64 C. Seville "Peter Pan's Rights: 'To Die Will Be an Awfully Big Adventure'" *J. Copyright* 51 n. 1 (2003) p. 44. בהמשך לכך ראו גם: Seville, *supra* note 59, at pp. 119-154.

65 בית החולים היה מעורב במחלוקת נוספת בנושא זכויותיו של פיטר פן, והפעם מול חברת דיסני שביקשה לפרסם Prequel (היינו יצירה שהסיפור בה מוקדם לזה המסופר ביצירותיו של כרי) ששמו – "Peter Pan and the Starcatchers". ראו סקירה בנושא באתר – Stanford Center for Internet and Society מיום 12.10.2004 [http://cyberlaw.stanford.edu/about/cases/emily_somma_v_gosh_peter_.html] (last visited on 6.10.2005).

66 ראו "בחזרה לארץ לעולם לא" הארץ 1.9.2005. 67 Rubinfeld, *supra* note 35, at p. 3.

כדי לזכות בהגנת סעיף (1)2 לחוק זכות יוצרים, חייב הנתבע לשכנע את בית המשפט בקיומם של שני תנאים: האחד הוא שהשימוש נעשה למטרות לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית, והשני, שדרך הטיפול בחומר המוגן לצורך השימוש האמור יהיה הוגן. רשימת מטרות השימוש המופיעה בחוק היא רשימה ממצה, ושני התנאים המנויים בסעיף הם תנאים נפרדים שרק בהתקיימם תובטח ההגנה⁶⁸. כך המצב גם לפי החוק האנגלי⁶⁹.

החוק האמריקני, כפי שפורט לעיל בהקשר להליך המשפטי בעניין חלף עם הרוח, דומה בעיקרו, וגם הוא קובע רשימת מטרות ששימוש הוגן לצורך השגתן יכשיר לגביהן את הנטילה שבמחלוקת. רשימת מטרות השימוש, שמקורה בתקדימים שיצרה הפסיקה האמריקנית, אינה רשימה סגורה, ההיררכיה בין תנאי ההגנה אינה מחייבת, והגדרתם של מרכיבי ההגנה נעשית באופן רחב יחסית⁷⁰, כך שבסופו של דבר בולטת כאן גמישות יתר ושיקול דעת נרחב יותר של בתי המשפט⁷¹.

בין שההבדל בין חוק זכות יוצרים לדין האמריקני הוא סמנטי בלבד ובין שקיים ביניהם הבדל של ממש — ברור שבשני המקרים חייב הנתבע לשכנע את בית המשפט הן שמדובר בביקורת (או במטרה מוכרת אחרת) והן שביקורת זו מהווה טיפול או שימוש הוגן ביצירה המוגנת.

הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה–2005⁷² הולכת בעקבות המשפט האמריקני, סוטה מדרך הפרשנות שנקטה הפסיקה המקומית וקובעת גם היא "רשימה פתוחה" של מטרות שלשמן מותר השימוש ההוגן ביצירה. הצעת חוק זכות יוצרים מאמצת את התפיסה שלפיה "רבותגויות השימושים הרצויים שניתן לעשות ביצירות [...] מקשה על קיבוע רשימה סגורה של שימושים בחקיקה"⁷³. בנוגע לבחינת הוגנות השימוש, גם כאן אימצה הצעת החוק — בעקבות הפסיקה המקומית — את

68 השופט מלץ, בעניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 270–271; לסקירה כללית של ההגנה ראו ש' פרונטי דיני זכויות יוצרים (תש"ס, כרך ב) 925–1003.

69 M.F. Flint et al. *Intellectual Property — The New Law* (London, 1989) 43–44; W.H. Copinger & S. James *On Copyright* (London, 13th ed., S. James et al. eds., 1991) 247.

70 Nimmer et al., *supra* note 27, at pp. 473–474.

71 הפסיקה האמריקנית אינה אחידה בגישתה ואינה מדברת בקול אחד בכל הנוגע להגנת השימוש ההוגן בכלל והשימוש הפרודי בפרט, ולעתים מגוון הדעות המיוצג בה אינו מאפשר כלל מסקנה חד-משמעית מבוססת. ואולי זה טבעו של נושא מורכב זה, שעליו כבר אמר מרק טוויין (Mark Twain), מי שתורמתי להתפתחות דיני הקניין הרוחני בארצות-הברית הייתה רבה ומכרעת: "Only one thing is impossible to God, to find any sense in any copyright: law on this planet" — *Mark Twain's Notebook* (New York, 2nd ed., A.B. Payne ed., 1935) 381 כפי שמצוטט אצל: R.J. Kapelke "Comment, Piracy or Parody: Never the Twain": 38 *U. Colo. L. Rev.* (1966) 550. עוד על תרומתו של מרק טוויין בתחום זה ראו אצל: S. Vaidhyathanathan *Copyrights and Copywrongs* (New York, 2001) 35–80.

72 הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה–2005, ה"ח 1116 (להלן: "הצעת חוק זכות יוצרים" או "הצעת החוק").

73 ראו דברי ההסבר לס' 19 (א) להצעת החוק.

הוראות החוק האמריקני, וקבעה ארבעה שיקולים עיקריים שיש בהם כדי להנחות את בית המשפט בבחינת השאלה אם השימוש שעשה המפר הנו הוגן – ולפיכך מוגן ומותר – אם לאו. גם כאן מדובר ב"רשימה פתוחה", וניתן להביא בחשבון שיקולים נוספים לאלו המנויים בה.⁷⁴

לאור הדמיון ברציונל הבסיסי, כמו גם הדמיון בתוכן הוראות החוק בשתי שיטות המשפט; ובהיעדר הנחיה כלשהי בחוק זכות יוצרים בעניין המבחנים המנחים לקביעת הגינות השימוש; ובהתחשב בעובדה שהצעת החוק מתשס"ה אימצה מפורשות את ההסדר האמריקני – ניתן ורצוי להיעזר בדין ובפסיקה האמריקנית לצורך הגדרת "טיפול/שימוש הוגן" ביצירה ספרותית. אף אפשר ומומלץ להשתמש ברשימת המבחנים שאומצו שם, תוך התאמתם לנסיבות כל מקרה ומקרה,⁷⁵ כפי שכבר עשה בית המשפט במקרים דומים בעניין מפעל הפיס ובעניין גבע וכפי שקובעת, כאמור, הצעת החוק עצמה.

1. פרודיה כ"שימוש הוגן" – מתי ועל פי מה

1.1 על ייחודה של הפרודיה כביקורת

משנשאלה אליס רנדל, מחברת "The Wind Done Gone", מה היה המניע לכתיבת הספר, ענתה שעשתה כן "belly laugh together".⁷⁶ לקורא פתרונים אם אכן כך. אין ספק, עם זאת, שהפרודיה היא מכשיר חשוב לקידום מכירות, בעיקר של סופר בלתי ידוע המפרסם "פרודיה" על יצירה מפורסמת,⁷⁷ ומאידך היא גם מכשיר חשוב לקידום היצירה האנושית בכלל, ויש לה חשיבות לא מבוטלת כז'אנר ספרותי-תרבותי.⁷⁸

74 ראו ס' 19 (ב) להצעת החוק דברי ההסבר לסעיף. ס' 19 (ב) קובע כי: "לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין השאר, כל אלה: (1) מטרת השימוש ואופיו (2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש (3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה (בשלמותה) (4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק בפוטנציאל שלה".

75 עניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 271. ראו עוד סקירתו המקיפה של השופט טל שחר בת"א (שלום-ח"א) 24595/97 בס נ' כתר הוצאה לאור בע"מ (לא פורסם, החלטה ניתנה ביום 2002.10.27), דינים שלום יט, 972. ראו בעיקר סעיפים 71–91 בפסק הדין המנתחים לעומק את מרכיבי ומבחני "השימוש ההוגן".

76 A. Neuharth "Is 'Wind Done Gone' a Parody or a steal?" *USA Today* (Jun. 22, 2001) 77 מ"ב 13 ביוני 2001 ועד 10 במאי 2002 נמכרו 150,000 עותקים בכריכה רכה ו-60,000 עותקים בכריכה קשה. ראו אצל: B.S. Murphy "The Wind Done Gone: Parody or Piracy?" 19 *Ga. St. U. L. Rev.* (2002) a comment on *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company* 132 n. 584, 567.

באינטרנט נמכרו ספרים בתקופת צו המניעה ב-240 דולר לספר. ראו נתונים בכתבתו של: Kirkpatrick, *supra* note 57; ראו עוד: Teachout, *supra* note 57. כתבה שבה היא מבקרת בחריפות את ספרה של רנדל ומכנה את הוצאתו לאור בשם "Entitlement Publishing". ניתן כמובן לומר, מנגד, שלעתים מקדמת הפרודיה את מכירת ספר המקור תוך שהיא מעוררת בו עניין מחודש.

78 שיר הלל לפרודיה ראו אצל: P.T. Lehr "The Fair Use Doctrine before and after 'Pretty Woman's' Unworkable Framework: the Adjustable Tool for Censoring Distasteful Parody"

הבעיה שעמה מתמודדת כל שיטה משפטית היא האיזון בין שני האינטרסים. מחד, איש אינו אוהב ביקורת בלתי אוהדת. הכול מכירים את אמרתו המפורסמת של סומרסט מוהם, בספרו בכבלי אנוש: "People ask for criticism but they only want praise"⁷⁹. יתרה מזו, ביקורת בלבוש של פרודיה היא נשכנית ועוקצנית במהותה, ייתכן שאף יותר מביקורת עיתונאית, אקדמית או מחקרית, והיא קשה למחבר יצירת המקור בעיקר כשמחבר הפרודיה עושה שימוש נרחב וחופשי בחלקים נרחבים מהיצירה המוגנת. מאידך, ידועה גם החרדה מפני הענקת מונופולין מלא למחבר, לתקופה ארוכה, באופן שישתיק כל ביקורת על יצירתו ויפגום בפיתוח החשיבה והיצירה התרבותית תוך העדפת אינטרס היוצר על פני אינטרס הציבור⁸⁰. ביקורת באמצעות פרודיה יכולה ללבוש צורות שונות – ב"לא תשווה" שאותו כינתה, כזכור, המחברת "פרודיה", מדובר בספר המשתמש הן בדמות המחבר, יגאל מוסינזון, והן בדמויות המקור ב"חסמב"ה", בעלילה המתרחשת שנים רבות לאחר מכן באופן המדמה את היצירה ל"ספר המשך" (Sequel). ואילו ב"The Wind Done Gone" הופכת דמות שלא הייתה קיימת בספר המקור – סינארה – לדמות המרכזית בספר החיקוי⁸¹, ש"מתחילה לדבר" בדרך של כתיבה בגוף ראשון (Literary Ventriloquism)⁸². כתיבה כזו אינה בהכרח פרודיה, וערכה הספרותי אינו בהכרח נופל מספר המקור עצמו⁸³. ניתן למעשה לומר שפרודיה יכולה ללבוש כל

- 46 *Fla. L. Rev.* (1994) 443. על רשימת פרודיות ידועות מקדמת דנה, כמו פרודיות מפרי עטו של שייקספיר, לואיס קרול, ג'יימס ג'ויס ואחרים, כמו גם דוגמאות אחרות שקובצו בשנת כרכיו של וולטר המילטון שפורסמו ב-1880 ראו: C.J. Brown "Comment: A Parody of a Distinction: The Ninth Circuit's Conflicted Differentiation Between Parody and Satire" 20 *Santa Clara Computer & High Tech.L.J.* (2004) 721.
- 79 S. Maugham *Of Human Bondage* (1992) 241.
- 80 Z. Chafee "Reflections on the Law of Copyright: I" 45 *Colum. L. Rev.* (1945) 503, 511; W.G. Phelps "Parody as Trademark or Tradename; (1945) 503, 511 Dilution or Infringement" 179 *A. L. R. Fed.* (updated June 2003) 181. כאן ניתן למצוא את הפסיקה האמריקנית המתלבטת בין הפרודיה וחשיבותה לבין זכויות הקניין הרחוני בכלל וסימני מסחר בפרט.
- 81 זאת, בשונה ממרבית המקרים המאפיינים ז'אנר זה שבו הדמות המרכזית בספר החיקוי היא דמות ספרותית קיימת, אף כי משנית לחלוטין בספר המקור.
- 82 M. Garber "The Chapter After 'The End'" *N. Y. Times* (Apr. 8, 2001); S. Rebikoff "Restructuring the Test for Copyright Infringement in Relation to Literary and Dramatic Plots" 25 *Melbourne Univ. L. Rev.* (2001) 340, 370; Gerhart, *supra* note 39.
- 83 ראו לדוגמה: "רדונקנרז וגילונסטון מתים" של ט' סטופרד על רקע סיפורו של המלט, מאת שייקספיר; "לוליטה" של ו' נבוקוב שהפכה ל-"Los Diary" של P. Pera (בסופו של דבר הספר התפרסם ב-1999 עם "הקדמה" של בנו של נבוקוב, דימיטרי); הסיפור המקדים (Prequel) של ג' ריס – "The Wide Sarasoga Sea" לספרה של ש' ברונטה "גיין אייר"; "הקוות גדולות" של צ' דיקנס שהפך לסיפורו של ג'ק מאגס, פרי עטו של P. Carrey; חזקה פרס פוליצר "A Thousand Acres" של J. Smiley שמקורו ב"King Lear". כל אחד עושה שימוש אחר בסוג כתיבה זה, שיש המכנים אותו Re-Quel, ראו: 31 *supra* note Thursday כתובה יצאת דופן בהקשר זה היא כתיבתו של פורד יוצר הגיבורה הספרותית Next שבפרודיה מיוחדת במינה מאפשר לגיבורה לחדור לעלילות ספרה של ברונטה, "גיין

מבנה ספרותי אפשרי, ומגוון האפשרויות הרחב לצד היעדר הגדרה מדויקת למונח פרודיה עצמו מרחיב במאוד את טווח תחולתה הפוטנציאלי של הגנת הטיפול ההוגן, כפי שנראה בהמשך.

כאמור, הן ב"לא תשווה" והן ב-"The Wind Done Gone" קבע בית המשפט שמדובר ב"פרודיה", אף כי ספק אם הגדרה זו הייתה זוכה לאישור מומחה שמקצועו בכך⁸⁴. לקביעה מרחיבה זו של בית המשפט האמריקני חשיבות מרובה על התפתחות הדין המשפטי בנושא, שכן, כפי שנראה בהמשך, להגדרתה של יצירה מפרה כ"פרודיה" יש נפקות מידית מבחינת מבחני "השימוש ההוגן", תוכם, יישומם וההייררכיה ביניהם⁸⁵.

1.2 פרודיה בהכדל מסאטירה

במשפט הישראלי נכללות הן הפרודיה והן הסאטירה, כמו גם הביקורת האקדמית, בגדר המונח "ביקורת" שבסעיף 2(1) לחוק, לפחות לצורך סיווג מטרת השימוש⁸⁶. בית המשפט העליון קבע כי הרעיון העומד בבסיסה של ההגנה שבסעיף 2 והרצון לאפשר קידום התרבות והערכים החברתיים הגלומים בה, תקפים באופן זהה הן לגבי הפרודיה והן לגבי הסאטירה. גם הגדרתו המילולית של המושג "ביקורת" היא כללית וניטרלית בדרך כלל — "הערכה וניתוח של דברים מתוך נקודות ראות שונות"⁸⁷.

עם זאת, הפרודיה, הסאטירה והביקורת הניטרלית נבחנות לעניין הגינות השימוש כל אחת באופן שונה, על פי השיקולים המיוחדים לה, המוכתבים ממהותה היא מחד ומשנותה מהאחרות מאידך. לפיכך חשובה ההבחנה ביניהן. אף כי הפרודיה, כז'אנר ספרותי, צוינה בתקיקה האמריקנית כדוגמה מפורשת ל"שימוש הוגן"⁸⁸, קשה, בעיקר כיום, לאחר פסק הדין בעניין חלף עם הרוח, ובעטייו, לחלץ מהפסיקה הגדרה חד-משמעית שלה, לפחות בכל הנוגע להגנה המוקנית לה מפני תביעה על הפרת זכויות יוצרים⁸⁹.

אירי, ולהתערב ולשבש את עלילתו. ראו מ' הנדלזלץ "הם דיברו על ספרים: כמה הם קראו!" הארץ 10.9.2003; ראו גם הנדלזלץ, לעיל הערה 3.

84 ראו הצעתו של: Rebikoff, *supra* note 82, at p. 359; לעשות שימוש במבחנים ספרותיים הן לצורך השוואה בין היצירות והן לעניין "השימוש ההוגן".

85 היותה של הכתיבה שבמחלוקת פרודיה משנה את השימוש המקובל בכל מבחני המשנה המקובלים וכן עושה גם הרחבת המושג פרודיה. ראו אצל: Murphy, *supra* note 77, at pp. 599–601. Lehr מציע במאמרו מבחנים להגדרת הפרודיה במקום מבחני השימוש ההוגן שבסעיף 107 לחוק האמריקני. Lehr, *supra* note 78.

86 עניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 275; השו' לחוק האנגלי משנת 1988 הכולל בגדר "ביקורת", הן ביקורת על היצירה עצמה (פרודיה) והן ביקורת על יצירה אחרת: Copinger, *supra* note 253 at p. 69; ראו גם עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 23, בע' 597.

87 א' אבן שושן המלון החדש (תשמ"ה, כרך א) 268.

88 17 U.S.C. & 107 (1982) — Historical and Revision Notes

89 Soto, *supra* note 52, at p. 414; וכן: 1268–1269 *Suntrust Bank appeal, supra* note 8, at pp.

עיזן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

קודם למתן פסק הדין בעניין חלף עם הרוח, היה מקובל שביצירה הטוענת להגדרה כפרודיה צריך להיות לכל הפחות "אלמנט קומי/הומוריסטי" כלשהו. כך הוגדרה שם בעבר הפרודיה כ –

"Work that transforms all or significant part of authorship into a derivative work by distorting it or closely imitating it, for comic effect, in a manner such that both the original work of authorship and the independent effort of the parodist are recognizable"⁹⁰⁹¹.

הצורך באלמנט הקומי חלף עם הרוח בעניין חלף עם הרוח. כאן, כאמור, נמנע בית המשפט מלהגדיר את "The Wind Done Gone" כיצירה בעלת אלמנטים קומיים או נלעגים⁹², ובכל זאת קבע כי מדובר בפרודיה. הוויתור על האלמנט ההומוריסטי הופך את הערכת בית המשפט לאובייקטיבית יותר, ליחסית פחות ולרצויה ונכונה יותר מבחינה משפטית.

לעומת גישה חדשנית זו שמפגינה הפסיקה האמריקנית לפחות חלקית, בארץ מצריכה עדיין הגדרתה הקלאסית של ה"פרודיה", קיומם של מאפיינים קומיים או נלעגים, לגלגניים או משדרי זלזול⁹³. ה"ביקורת" לעומתה מוגדרת באופן רחב בהרבה כ"העמדתה של יצירה אמנותית בקונטקסט חדש, המאיר אותה באופן מפתיע ובלתי צפוי וחושף בה רבדים סמויים וצדדים נסתרים"⁹⁴. הביקורת המחויכת, ה"פרודיה", על פי הגדרות אלו, גם היא באה, כמוכן, בגדרה של ה"ביקורת".

אשר להבחנה בין הפרודיה לסאטירה⁹⁵ מקובל לומר כי הפרודיה שמה במרכז את היצירה שהיא מבקרת, ואילו הסאטירה, מטרתה ביקורת חברתית/תרבותית, כללית באופייה, שהיצירה המוגנת משמשת לה רק אמצעי למטרת ביקורת מקיפה

על חוסר הבהירות בהגדרה ועל הדעות בעד ונגד הרחבת הגדרת הפרודיה ראו: Murphy, *supra* note 77, at p. 594 n. 207

90 להגדרות נוספות, שכולן מכילות מרכיב כזה או אחר של דרישת הומור או צחוק ראו: R.P. Merges et al. *Intellectual Property in the New Technological Age* (Gaithersburg, 2nd ed., 484 (2000). ראו עוד על הגנת ההומור הפרודיה, הבורלסקה והסאטירה במסגרת "השימוש ההוגן" ובאמצעות עולות נוספות: V.S. Netterville "Copyright and Tort Aspects of Parody, Mimicry and Humorous Commentary" 35 *S. Cal. L. Rev.* 225 (1961–1962).

91 M.A. Clemmons "Author v. Parodist: Striking a Compromise" 46 *Ohio State. L. J.* (1985) 3,12. והשוו להגדרתו החד-משמעית של פוזנר: R.A. Posner "Parody as imitation When is Parody Fair Use?" 21 *J. Legal stud.* (1992) 67.

92 השוו: *Campbell case, supra* note 48, at p. 580. המגדיר פרודיה באמצעות המילים "Comic effect or ridicule", כן ראו פסק דין: *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 309–310 (2nd Cir. 1992). המרחיב את ה"Social commentary" ל"נלעגות" (Ridicule) – המקור המוגן. עניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 275.

93 שם, בע' 276.
94 השוו להגדרת המונח "פרודיה" ב-"Encyclopaedia Judaica", שלפחות לעניין הספרות היהודית המוקדמת מציגה את הפרודיה, שסממני ההומור הן מעיקריה, כ" One of the keenest weapons of satire". ראו: *Encyclopaedia Judaica* (Jerusalem, vol. xiii) 124–140, 124. "Parody, Hebrew"

יותר⁹⁶. נוכל להדגים זאת באמצעות המקרה הידוע שבו נעשה שימוש בסגנון כתיבתו הייחודי של תיאודור גיזל, מחבר ספרי "ד"ר סוס" המוכרים והחביבים, לצורך "פרודיה" בשם "The Cat NOT in the Hat", שמטרתה הייתה להביע דעה על רמת משפטו של או ג'יי סימפסון (O.J. Simpson) שהדיווח על משפטו עמד באותה עת במרכז תשומת הלב הציבורית. תביעתו של תיאודור גיזל הפגוע נגד החקיקין התקבלה. בית המשפט פסק כי "The Cat is NOT in the Hat" אינו יכול להיחשב פרודיה כלל, שכן היצירה המוגנת, המקורית, יצירתו הידועה של גיזל, "ד"ר סוס", אינה משמשת לו כ"מטרה" אלא כ"אמצעי" לשים ללעג תופעה אחרת, חיצונית ליצירת המקור, שנגדה יצא המחבר⁹⁷. יש טוענים בהמשך להבחנה זו, כי הפרודיה ראויה להגנה רק כשהיצירה המוגנת היא המטרה (Target) ולא אמצעי (Weapon)⁹⁸. זאת, הואיל וכשמדובר בפרודיה, למחבר היצירה הנטענת כמפירה אין כל סיבה להשתמש דווקא ביצירה המוגנת לצורך השגת מטרתו הספרותית/ביקורתית, פרט לסיכוי להתפרסם על חשבון היצירה המוגנת. הוא יכול היה לעשות שימוש בכל יצירה אחרת שהפכה כבר לנחלת הכלל, ושיכולה הייתה לשמש, מההיבט האמנותי, לאותה מטרה באופן לא פחות מוצלח⁹⁹. כך, אותו הרכב בית משפט שנתן את ההחלטה בעניין ד"ר סוס קבע מספר שנים לאחר מכן כי שיר בשם "Barbie Girl" של להקת "Aqua" אינו פוגע בסימן המסחרי של חברת "מאטל", בעלת הזכויות בכובת ברבי הידועה, מהיותו של השיר פרודיה על ברבי: "השיר הוא על ברבי ועל מה שהיא מיצגת", קבע שם בית המשפט, וגרר שטף רב של ביקורת שבסופה קריאה לכיטול ההבחנה הקשה שבין פרודיה לסאטירה¹⁰⁰.

96 להגדרת פרודיה כללית ראו אצל: Posner, *supra* note 91, at p. 68.

97 *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997) (להלן: עניין ד"ר סוס).

98 ראו: Posner, *supra* note 91, at p. 71; P. Goldstein *Copyright: Principles, Law and Practice* (London, 1st ed., 1989, vol II) 211–212; Nimmer et al., *supra* note 27.

99 יש המפרשים את הגדרתו הרחבה של המונח פרודיה בעניין חלף עם הרוח כאילו ביטל גם מגבלה זו, המעדיפה הגנה על פרודיה על פני הגנה על סאטירה. העניין אינו נקי מספק, ויש גם לזכור שמדובר בערכאת ערעור בלבד: Murphy, *supra* note 77, at p. 600; H.K. Dorsen "Satiric Appropriation and the Law of Libel, Trademark and Copyright: Remedies without Wrongs" 65 *B. U. L. Rev.* (1985) 923, 954–961.

100 *Mattel Inc. v. MCA Records Inc.*, 296 F. 3d. 894 (9th Cir. 2002) (להלן: עניין ברבי) וראו ניתוח שני המקרים וההשוואה ביניהם תוך הצעה לכיטול ההבחנה הקשה והרחבת הגנת השימוש בהוגן אצל: Brown, *supra* note 78. ראו עוד על מלחמותיה של חברת מאטל ביוצרי הפרודיות למיניהם בסקירתה של א' רביב "בריונית ושמה ברבי" מעריב 7.7.2004, הסוקר את ההחלטה האחרונה של בית המשפט העליון בארצות-הברית שדחה את תביעתה של חברת מאטל נגד טום פורסיית, אמן מאיידהו, שצילם סדרת תמונות שבה הציג את ברבי בתנוחות שונות ומוזרות. ראו גם: G. Younge "Mattel Loses Court Battle to Defend Barbie's Honour" *Guardian Unlimited Online* (Jun. 29, 2004) [<http://www.guardian.co.uk/usa/story/0,12271,1249456,00.html>] (last visited on 6.10.2005); "Mattel Loses to Barbie — mocking artist" *The Washington Times.com, United Press International* (Aug., 2004)

עידן הפרודיה – על “חסמב”ה”, “חלף עם הרוח”, “פיטר פן” ועל מה שביניהם

ואכן, מבחן זה של מטרה-פרודיה, לעומת אמצעי-סאטירה, לא רק שגבולותיה המשפטיים-תאורטיים מעורפלים, אלא שהוא גם קשה ליישום. לא בכדי היה מי שאמר שהבחנה בין ה-Fair Use לבין ה-Infringing Goats היא כמעט בלתי אפשרית¹⁰¹. ודי בשתי דוגמאות מפורסמות כדי להדגים קשיי יישום אלו: ראשון, המקרה המפורסם שבו נטען כי תמונתה של השחקנית הידועה דמי מור, שצולמה בעירום בהיותה בהיריון מתקדם וכאית להגנה מפני חיקוי בדמותו של השחקן לסלי נילסון, בפרסומת לסרטו “Naked Gun”, שצילום ראשו הולבש על גופה העירום של דוגמנית אנונימית שהייתה, גם היא, בהיריון מתקדם. האם זו פרודיה על יצירתה של לייבוויץ האמנית התובעת שיצרה את תמונתה של דמי מור או שמדובר בסאטירה על תמימות ושינוי ערכים¹⁰²?

ושני, ולא פחות מפורסם, הוא מקרהו של הזמר המפורסם רוי אורביסון ש”יצירה” מוזיקלית גסת תוכן בסגנון הראפ, הבנוי במתכונת המילולית של שירו הידוע “Oh, Pretty Woman” נטענה מחד להיות סאטירה חברתית על העולם הלבן והתמים כפי שהוא מתבטא בליריקה הקלאסית של הזמר, ומאידך היה מי שסיווג אותה כפרודיה על שיר המקור העדין והרומנטי¹⁰³.

אין ספק שההכרעה אינה קלה, ההתלבטות רבה, ובתי המשפט שבים ומציינים, בצדק, כי במקרים רבים יש קושי רב בהבחנה בין סאטירה לפרודיה, בין ביקורת היצירה המקורית עצמה לביקורת חברתית רחבת טווח, ובין אמצעי למטרה, ויש לפעמים, במקרים לא מועטים, שאותה יצירה תכיל אלו לצד אלו אלמנטים סאטיריים ופרודיים בכפיפה אחת בלא שתהיה אפשרות להפריד או לקבוע הייררכיה ביניהם¹⁰⁴.

ואם ההכרעה במשפט האמריקני אינה קלה, גם אצלנו המצב לא פחות מורכב. בדין הישראלי, המשולל – לפחות בשלב זה – מבחנים חקוקים, לא הוצאה

[<http://washingtontimes.com/upi-breaking/20040628-064541-5315r.htm>] (last visited on 6.10.2005); B.M. Gallo “Barbie’s Life in Plastic: It’s Fantastic for First Amendment Protection — or is it? *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.* 296 F.3d.894 (9th cir. 2002)” 29 *Dayton L. Rev.* 405. המחבר מבקר את פסק הדין בטענה כי אף אם ההחלטה נכונה לגופה, אין בה כדי לספק קווי היכר מספקים משפטית להיקף ההגנה על הקניין הרוחני במקרים דומים.

A. Bridy “Sheep in Goats Clothing: Satire and Fair use after *Campbell v. Acuff-Rose* 101 *Music Inc.*” 51 *J. Copyright Soc’y U.S.A.* (2004) 257. המחברת מציעה כמבחן עזר, תחת זה שנקבע בעניין *Campbell*, מבחן שהועלה על ידי פרופ’ ז’ בן פורת – מבחן שאינו מבחין בין פרודיה לסאטירה אלא בין “Directly Satirical Parody”, שכנראה לא תהיה זכאית להגנת ה”שימוש ההוגן”, לבין “Indirectly Satirical Parody”, שכנראה, לאור מצב הפסיקה האמריקנית כיום, כן תהיה זכאית להגנה כזו. *Ibid.*, n. 122.

Leibovitz v. Paramount Picture Corp., 948 F. Supp. (S.D.N.Y. 1996) 1214, 1218 102

Campbell case, *supra* note 49 103

ראו קביעתו הנחרצת של השופט מלץ בעניין גבע, לעיל הערה 24, שהמקרה שלפניו הנו, אם בכלל, סאטירה בלבד. 104

הסאטירה באופן מוחלט מגדר תחולתו של "הטיפול ההוגן" מחד, אך מאידך אין מובטחת לה בהכרח הגנה גורפת בכל מקרה. ההכרה בקיומו של אינטרס ציבורי חברתי בעידוד הסאטירה לצד הצורך במגבלות שלא תאפשרנה פגיעה רחבה מדי בזכות היוצרים המוגנת, הביאה את בתי המשפט לשכיל הביניים שלפיו "כשהפגיעה ביוצר המקורי אינה קשה יהיה זה ראוי לסווג גם שימוש סאטירי כהוגן על בסיס מכלול השיקולים"¹⁰⁵.

משכך הם פני ההלכה, ברור כי ההכרעה הסופית בעניין הגינות השימוש והטיפול, בשתי שיטות המשפט, תלויה לא רק במבחנים שבסעיף 107 לחוק האמריקני, מבחנים הפועלים בשלב זה כשיטתנו כדין רצוי גרידא (אך יש לזכור שהם אומצו כדין מצוי בהצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה–2005) ולא רק בקני מידה נוספים בתולדות הפסיקה האמריקנית¹⁰⁶ והמקומית, אלא, ואולי בעיקר, בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה וגם בנטיית לבו, בהשקפת עולמו ואף ב"חושיו הספרותיים" של מי שיושב בדין ולפתחו מוטלת משימת סיווג היצירה וקביעת רמת ה"הוגנות" שבפרסומה, שגם הוא, בדרך כלל ומטבע הדברים, חסר כלים אובייקטיביים מקצועיים כדי להבחין בין גווניה השונים של הביקורת לסוגיה¹⁰⁷.

כובד משקלו של תפקיד השופט, שלצורך הכרעה אם מדובר בטיפול הוגן אם לאו צריך להכריע מהו סוג היצירה שבמחלוקת, ולקבוע מסמרות אמנותיים, עלול לא רק להביא לתוצאות בלתי הגיוניות אלא גם להיות מסוכן, כפי שהזהיר כבר בזמנו השופט הולמס (Holmes): "A dangerous undertaking for persons trained only to the law"¹⁰⁸. השופט אינו מצויד דיו כדי להבחין בין הניואנסים הדקיקים של סוגי הביקורת, בין הסאטירה לפרודיה, בין מטרה לבין אמצעי ובין מותר לאסור כפי שהוכיחו כבר ההחלטות בעניין ד"ר סוס ובעניין ברבי. בסופו של דיון ובסיומו של טיעון יכריע (גם) כאן — כך יש להניח — רף הסטייה ממערכת ערכיו האישיים ואולי גם חוש ההומור, הפתיחות והסובלנות הספרותית, ואולי בעיקר גם המחויבות לחופש הביטוי על מכלול גווניו והיבטיו של היושב בדין. ואולי לא יהיה זה מופרך להניח שכאן גם טמון ההסבר לדרך שבה הסתיים הדיון בעניין חלף עם הרוח ובעניין פיטר פן. ואם אכן כך הוא — אולי אף ניתן להניח שעניין חסמב"ה לא היה מסתיים בדרך זו לו נדון בבית משפט אמריקני.

1.3 הפרודיה והגנת "שימוש הוגן"

פרודיה ככזו אינה חסינה מפני תביעה בגין הפרת זכויות יוצרים ואינה זוכה מעצם טיבה וטבעה להגנה בשם חופש הביטוי¹⁰⁹. ההגנה על הפרודיה, עם כל חשיבותה

105 שם, בע' 284.

106 הצעה לשלושה מבחנים חלופיים במקרים של פרודיה ראו אצל: Lehr, *supra* note 78, at p. 477.

107 *Ibid.*, at p. 475 n. 236, 239.

108 *Ibid.*, *ibid*.

109 *Walt Disney Productions v. The Air Pirates*, 581 F.2d 751, 758–759 (9th Cir. 1978) (להלן: "להלן").

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

של זו, אינה הגנה מוחלטת. היקף ההגנה על כותבי הפרודיות נתון במחלוקת, ובאחרונה נשמעים יותר ויותר קולות הקוראים לצמצם את ההגנה הניתנת להם, בעיקר לאור הרחבת ההגדרה של סגנון ספרותי זה¹¹⁰.

מאידך, יש טוענים, כאמור, כי דווקא במקרה של כתיבה פרודית יש להרחיב את תחולתה של הגנת השימוש ההוגן, הן בגלל חשיבותה התרבותית-חברתית והן משיקולים כלכליים.

דוגמה למחלוקת הנתלית בשיקולים מהסוג האחרון ניתן למצוא בכתיבה המבססת את ההצדקה להגנת "השימוש ההוגן" על אדנים של איוון בין אינטרסים כלכליים מנוגדים. הגנת "השימוש ההוגן", כך נטען, צריכה לחול רק מקום שבו מתקיימים שני תנאים מצטברים: ראשית, מצב של כשל שוק, ושנית, מצב שבו עדיפים האינטרסים של המפר על פני הפגיעה ביוצר¹¹¹. הואיל וכך, ממשיכים הדוגלים בשיטה זו וטוענים – תוך שהם מתמקדים בכתיבה הפרודית – כי כאשר היוצר מתנגד להרשות למפר הפוטנציאלי לפרסם פרודיה על יצירתו לא בגלל שיקולים כלכליים אלא מחשש לפגיעה בשמו הטוב, ונוצר מצב של כשל שוק, כי אז, בהנחה שהפרודיה אינה פוגעת באופן בלתי הפיך ביוצר ויש לה חשיבות מבחינה חברתית, יש להעניק לה את הגנת "השימוש ההוגן" ולהכשיר את פרסומה תוך העדפת האינטרס הציבורי שבפרסום על פני האינטרס הפרטי של היוצר¹¹².

מחלוקת ערכית זו, בדבר חשיבותה החברתית-תרבותית-כלכלית של הפרודיה והשלכתה על דיני זכויות יוצרים, משקפת את התפיסה המתלבטת המאפיינת את

עניין *Krofft Television Production Inc. v. Mcdonald's*; (*Air Pirates* case 1A *Air Pirates*à *corp.*, 562 F.2d 1157, 1170 (9th Cir. 1977)) מאידך גם ההפך אינו נכון ו"לפרודיה אין מעמד מיוחד בחוק". ראו עניין *גבע*, לעיל הערה 24, בע' 273. ראו עוד על התפתחות הנושא אצל *Seville*, *supra* note 37.

110 Posner, *supra* note 91; W.M. Lands & R.A Posner "An Economic Analysis of Copyright Law" 18 *J. of Legal Studies* 329, 359-360 (1989). פוזנר מציע לתת הגנה לכותבי פרודיות על פי נוסחה כלכלית הבודקת עלות מול תועלת, וזאת במטרה להגביר את "ייצור" הקניין הרוחני. לעומתו מברכים אחרים על הרחבת ההגדרה וקוראים להרחבת ההגנה בהתאם: J.D. Grossett "The Wind Done Gone: Transforming Tara into a Plantation Parody" 52 *Case West. Reserve. L. Rev.* (2002) 1113, 1127; Rubinfeld, *supra* note 35. התהומי" בעיניו בין חופש הביטוי לבין ההגנה על זכויות יוצרים.

111 W.J. Gordon "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the *Betamax Case* and its Predecessors" 82 *Colum. L. Rev.* (1982) 1600.

112 שאלת האיוון הנכון בין הצדדים ושקילת חשיבותו של הפרסום המפר היא שאלה סובייקטיבית קשה. על פי גורדון (Gordon): *Ibid*, at p. 1637 n. 201. נדחתה טענת השימוש ההוגן בעניין *Air Pirates* בגלל היעדר חשיבות חברתית או תרבותית לפרסום המפר. לאחרונה נתקלה התאוריה של גורדון בדבר כשל שוק, בביקורת נוקבת במאמרו של G.S. Lunney "Fair Use And Market Failure: Sony Revisited" 82 *B. U. L. Rev.* (2002) 975. על מאמר ביקורת זה השיבה גורדון בקצרה תוך שהיא מסבירה שחלק מהתאוריה שלה אכן לא הוכח כפועל ב: W.J. Gordon "The 'Market Failure' and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney" 82 *B. U. L. Rev.* (2002) 1301. שם היא חוזרת וטוענת כי פרודיות משקפות כשל שוק וראויות להגנה.

הפסיקה האמריקנית. תפיסה זו, שבה הוגדרה סוגיית השימוש ההוגן כ־"The most troublesome [doctrine] in the whole law of copyright",¹¹³ גרמה לבתי המשפט בארצות-הברית להימנע מלהציע מבחן חד וחלק (Bright Line Rule) לקביעה מתי ראויה הפרודיה להגנה ומתי יש לאסור את פרסומה.¹¹⁴

תחת זאת מסתפקת הפסיקה האמריקנית בהוראה שלפיה יש לבחון כל מקרה לגופו לפי נסיבותיו והשוואתו למקרים דומים.¹¹⁵ עם זאת, קיימים כאמור בחוק עצמו, כמה קווים מנחים, שהחשובים בהם, שהועתקו, כאמור, להצעת חוק זכות יוצרים שלנו, הם כדלקמן:

א. אופי השימוש ומטרות ("מטרת השימוש ואופיו" בגרסה הישראלית) – פרודיה ספרותית משמשת בדרך כלל למטרה מסחרית. בין שהיא מצליחה בכך – וכבר היו דברים מעולם – ובין שהיא מהווה כישלון חרוץ במובן הספרותי, ברור לחלוטין כי בדרך כלל כוונתו המקורית של מחבר הפרודיה היא להפיק רווח מהמוניטין של היוצר המקורי בלא לשלם תמורת השימוש במוניטין זה. ברור גם שבדרך כלל נכתבות פרודיות על יצירות שיש להן מוניטין רב. האופי המסחרי של הפרודיה והמטרה השיווקית שביסודה משחקים בדרך כלל לרעת מחבר הפרודיה בכל הנוגע לשאלה אם מדובר ב"שימוש הוגן". עם זאת, מוכנים בתי המשפט לאזן את השלילה הראשונית הנובעת מהאופי המסחרי של השימוש באמצעות יישום שני שיקולי נגד: ראשית, מידת הטרנספורמציה ביצירה החדשה,¹¹⁶ כך, ככל שמידת הטרנספורמציה גבוהה יותר, ככל שהחדשנות והמקוריות, "הלבוש החדש" שבו עוטפת הפרודיה את היצירה המקורית, רבות יותר, כך פוחתת חשיבותו של ההיבט המסחרי והשפעתו השלילית מתמתנת.¹¹⁷ שנית, מידת התרומה שיש ביצירה החדשה לקידום מטרת חברתיות-תרבותיות. ככל שתרומה זו גדולה ובעלת משמעות רבה יותר, כן תקטן חשיבותה של מסחריות השימוש.¹¹⁸

¹¹³ *Dellar v. Samuel Goldwyn Inc.*, 104 F.2d 661, 663 (2nd cir. 1939)

¹¹⁴ בעבר הייתה הצעה ליישום מבחן ה"הסכמה מכללא" שעיקרו בשאלה אם יוצר סביר היה מסכים לפרסום. ראו הסבר ומקורות אצל: 227–228 n. 111, *supra* Gordon.

¹¹⁵ *Harper case*, *supra* note 48, at p. 560

¹¹⁶ קודם לדרישת היותו של הפרסום המפר בעל אופי טרנספורמטיבי, דרשה הפסיקה האמריקנית שהוא יהיה בעל אופי "פרודוקטיבי" – "Judge Leval's Transformation Standard: Can It Really Distinguish Foul From Fair?" 51 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* (2003)

¹⁰¹ המחבר מבקר את מבחן הטרנספורמציה של השופט לכל ואת הקושי ליישמו – וראו גם: *Ibid*, at p. 129, הסיפור על אודות הסימפחיון שנערך באוניברסיטת דיוק (Duke), שבמסגרתו התקשו חברי הפאנל המכובד, לרבות השופט לכל עצמו, להגדיר טרנספורמציה מהי. דוגמה לטרנספורמציה אמיתית (שימוש בקטעים מתכנית טלוויזיה לצורך פרסומת מסחרית) ראו בעניין: *Kane v. Comedy Partners*, 2003 U.S. Dist. Lexis 18513

¹¹⁷ W.F. Patry & S. Perlmutter "Fair Use and Misconstrued: Profit, Presumptions, and Parody" 11 *Cardozo Art & Entertainment L. J.* (1993) 667, 678–679; Posner, *supra* note 91;

Suntrust Bank appeal, *supra* note 8

¹¹⁸ עניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 277.

לצד אלו אל לנו להתעלם משיקול נוסף שיש בו כדי להשפיע על פרשנות המושג "שימוש הוגן" ככל שהוא נוגע לפרודיה ובעיקר ככל שהוא נוגע לתנאי הראשון. אמת, בעל הפרודיה עושה שימוש מסחרי ביצירתו המקורית של היוצר ללא הסכמתו, ולכן, לכאורה, נוטות כפות המאזניים נגדו לפחות לגבי התנאי הראשון. אולם בדרך כלל אין ממילא ולו גם שמץ של סיכוי למי שבכוונתו לכתוב פרודיה לקבל את הסכמתו – אפילו בתמורה – של היוצר ש"על חשבון" יצירתו עומדת להיכתב הפרודיה. לכן סביר להניח כי פרודיות אכן תתפרסמנה במרבית המקרים ללא הרשאה מצדו של בעל זכות היוצרים. אם יכביד בית המשפט את ידו על המפר במקרה כזה, יהיה בכך משום מתן לגיטימציה ליוצרים לצנזר כל ביקורת שאינה נראית להם ולהשתיק כל דעה הנוגדת לדעתם. והרי בדיוק נגד תופעות כאלו כוונה הגנת השימוש ההוגן.

בצומת שיקולים אלו בדיוק מצויה הבעייתיות שבאיזון האינטרסים המנוגדים מקום שהפרת זכות היוצרים נעשית באמצעות פרודיה. דווקא משום שהפרודיה נחשבת על ידי רבים לבעלת תפקיד ביקורתי רב-משמעות מההיבט החברתי והתרבותי, יש לתת לה, לטענתם, הגנה מתאימה גם אם הרחבת ההגנה על כותבי הפרודיה עלולה להרתיע יוצרים מקוריים מכתיבה מחשש שיצירתם תעמוד לביקורת מלגלגת והומוריסטית שפגיעתה רעה, פוגעת ואף מעליבה¹¹⁹. עם זאת, כאמור, עצם העובדה שמדובר בפרודיה אינה מכשירה, כשלעצמה, את הפרת הזכות. הפרודיה צריכה להיות הוגנת ומידתית, ועליה לעמוד ביתר התנאים והמכחנים המצטברים שרק בהתקיימם יוכשר פרסומה.

ב. היקף השימוש ומהותו ("היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה" בגרסה הישראלית) – לאור העובדה שהפרודיה משתמשת בחלקים גדולים יותר של היצירה ה"מבוקרת" לצורך השגת מטרתה, אחת הבעיות שעל בית המשפט להתמודד אתן היא אם כמות החומר המקורי שבה נעשה שימוש היא סבירה והוגנת¹²⁰, וזאת כחלק מהשאלה הכללית בדבר קיומם של "תום לב" ו"סבירות והגינות", המתחייב ממהותה של הגנת השימוש ההוגן¹²¹. בתי המשפט מוכנים להכשיר שימוש נרחב יחסית¹²² בתנאי שיש לו הצדקה ובתנאי שהוא אכן דרוש באופן ישיר להשגת המטרה המידית של הפרודיה¹²³. כזכור, בעניין חלף עם

119 *Fisher v. Dees* 794 F.2d 432–438, *supra* note 8 Suntrus Bank appeal, מצטט בעניין זה את: (להלן: *Fisher case*). (9th cir. 1986).

120 *Air Pirates case*, *supra* note 109, at p. 758; *MCA Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 185 (2nd Cir. 1981); *Fisher case*, *supra* note 119, at p. 438.

121 *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130, 146 (S.D.N.Y. 1968).

122 לעניין שימוש זה שכונה על ידי בתי המשפט "The Conjure Up Test" ראו: *Air Pirates case*, *supra* note 109, at p. 757; *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d 541 (2nd Cir. 1964).

123 על ההבדל בהיקף השימוש בין פרודיה לסאטירה ועל הדעות החלוקות בעניין זה ראו גם עניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 284, שם משאיר השופט מלץ שאלה זו בצריך עיון.

הרוח היה הדין אמור לחזור לבית המשפט המחוזי לצורך החלטה בשאלה אם השימוש הרחב שעשתה רנדל ביצירה המוגנת היה אכן דרוש באופן ישיר להשגת מטרתה המיידית של הפרודיה.

ג. תוכן היצירה המוגנת ומהותה ("אופי היצירה שבה נעשה השימוש" בגרסה הישראלית של הצעת החוק) — תנאי זה הוא ה"מקופח" ביותר מבחינת הפסיקה והכתיבה המשפטית, וכמעט אין דוגמאות ישימות לגביו של מקרים של פרודיות ספרותיות¹²⁴. הכוונה כאן בעיקר למהות היצירה ולמהותה — האם מדובר בכתבה עיתונאית, ביצירה ספרותית, בדיווח חדשותי, במחקר אקדמי או בתרבות פנאי¹²⁵. יש טוענים כי ההחלטה בעניין חלף עם הרוח נבעה מאופיין המיוחד של שתי היצירות הנוגעות בדבר. מחד, "חלף עם הרוח", שעיצב דעות ותפיסות יסוד חברתיות והיסטוריות בחברה האמריקנית, ומאידך, ספרה של רנדל שטוענת לזכותה לעשות צדק חברתי, לתקן את העוול ולשנות את תפיסת העולם הגזענית המעוותת לטובתם ולרווחתם של הקוראים, שכבודם יושב להם והאמת ההיסטורית תחזור ותתגלה להם לאחר קריאתה של הפרודיה שכתבה¹²⁶. אחרים מציעים כי במסגרת שיקול זה ייבחן גם היקף הפרסום של היצירה המוגנת. לבחינה זו תהיינה שתי תוצאות אפשריות: במקרים מסוימים תזכה יצירה ידועה להגנה עודפת על פני יצירה אנונימית בגלל פרסומה ובגלל הצורך המיוחד להגן על יוצרה המפורסם, כך שהגנת השימוש ההוגן תידחה; ואילו במקרים אחרים דווקא תוכשר יצירה פרודית ביקורתית בגלל הפרסום והמוניטין של היצירה המבוקרת כשהמגמה תהיה להאיר את המקור המפורסם באור אחר ולפתוח בפני הציבור צוהר נוסף להבנתה של היצירה המקורית, המוכרת והאהובה, והגנת השימוש ההוגן דווקא תתקבל¹²⁷.

ד. השפעת השימוש על ערך היצירה המוגנת ועל השוק הפוטנציאלי שלה (כנוסחו של סעיף 19(ב) להצעת חוק זכות יוצרים) — מבחן זה¹²⁸ עוסק הן בפוטנציאל הנזק שגורם השימוש הבלתי מורשה להיקף המכירות הצפוי של היצירה המקורית והן להשפעתו השלילית על השימוש הלגיטימי שיוכל היוצר לעשות ביצירתו בעתיד — שמא יהווה השימוש הבלתי מורשה תחליף גם בעתיד לטובות הנאה שיכול היה היוצר להפיק מיצירתו¹²⁹. למשל, כתיבה פרודית יכול

J.W. Andrews "The Fine Art of Copyright Protection: A Suggestion for Change in the Application of the Fair Use Doctrine" 36 *U.S.F. L. Rev.* (2002) 759, 775

Ibid at p. 775 n. 156

Grossett, *supra* note 110, at pp. 1127–1128

ראו: *supra* note 31. המחבר מצדיק את התוצאה בעניין חלף עם הרוח על בסיס היותה של היצירה בעלת חשיבות גדולה מבחינה חברתית ותרבותית. בעניין חלף עם הרוח דחה בית המשפט מפורשות את הטענה כי ככל שהיצירה מפורסמת יותר היא זכאית להגנה מקיפה יותר.

מבחן זה הוכתר כ"מבחן החשוב ביותר בנושא השימוש ההוגן" (גישה שזכתה לביקורת מאוחרת) בעניין *Stewart v. Abend, DBA Authors Research Co.*, 495 U.S. 207, 212 (1990).

Patry & Perlmutter, *supra* note 117, at pp. 686–698

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

שתצמצם בעתיד את יכולתו של היוצר להרשות – תמורת תשלום, כמובן – כתיבת פרודיה לגיטימית על יצירתו. גם כאן, לעובדה שאנו עוסקים בסוג מיוחד של כתיבה, בפרודיה, יש השלכה ישירה על כללי הפרשנות של מבחן זה ולהיותו של השימוש בפרודיה "שימוש הוגן". פרודיה בדרך כלל אינה מהווה תחליף ליצירת המקור, ולכן אינה יכולה להקטין את דרישת השוק למקור, אלא אם כן היא גורמת לתוצאה זו עקב התוכן הביקורתי הכלול בה שמוריד באופן לגיטימי את היקף הרכישות של יצירת המקור. ייתכנו אף מקרים שבהם יעורר פרסום הפרודיה עניין מחודש ביצירה המקורית שהעניין בה דעך במהלך השנים. מאידך, הואיל ויצורים אינם נוטים בדרך כלל להרשות שימוש פרודי ביקורתי ביצירותיהם, הרי בדרך כלל לא תהיה לפרודיה השפעה שלילית על השוק שבו "נסחרת" היצירה המקורית, לא בעת פרסומה של הפרודיה ואף לא לאחר מכן.

וכבר אמרנו שדווקא בשל רעיתם של היוצרים ממתן הרשאה לכתיבת פרודיה על יצירתם יש מקום להכיר בפרודיה כ"שימוש הוגן". אם לא נעשה כן, יינתן ליוצר מונופול מוחלט שבאמצעותו הוא יוכל למנוע כל כתיבה ביקורתית על יצירתו¹³⁰, ונמצאנו מסכלים את עיקר מטרתה של הביקורת, שעל חשיבותה כבר עמדנו לעיל, הן מן ההיבט של חופש הביטוי והן מההיבט של קידום היצירה התרבותית.

2. פרודיה סרת טעם¹³¹

בחלק ניכר מהמקרים טוען בעל זכות היוצרים כי הפרודיה על יצירתו מכילה אלמנטים וולגריים, פורנוגרפיים ואלימים, שיש בהם כדי לפגוע ביצירה המוגנת, ולכן אין מקום להכשירה תחת הגנת "השימוש ההוגן". בתי המשפט בארצות-הברית מפגינים גישת שבשבת לטענה זו, בניסיונם לנווט בין דרישות חופש הביטוי, החשש מצנזורה בלתי רצויה ודרישות הטעם הטוב והאחריות הציבורית. בנסיבות קיצוניות, כמו במקרה שבו פורסמה סדרת קומיקס למבוגרים שבה תוארו דמויות ידועות מיצירות וולט דיסני – דמויות שבמקורן הן התגלמות התמימות והתום – כצרכניות סמים אובססיביות אלימות, דחה בית המשפט האמריקני את הגנתו של יוצר החיקוי¹³². כך גם נאסר בעבר, במשפט בעניין סימני מסחר, השימוש בשם "טרזן" ו"ג'ייין" בירחון למבוגרים שאמור היה להיקרא "Monkeying around with Tarzan and Jane", ותוכנו אמור היה לכלול תיאורי מין ושיחות ארוטיות על רקע מגורי הזוג בג'ונגל האקזוטי¹³³. מאידך, במקרים אחרים, נדחתה הטענה לגופה,

Fisher case, *supra* note 119, at pp. 437–438; *Association of Am. Medical Colleges v. Cuomo*, 928 F. 2d (2nd cir. 1991) 519, 525; *Arica Inst. Inc. v. Palmer*, 970 F.2d (2nd cir. 1992) 1067, 1078.

131 באופן כללי ראו: *Lehr*, *supra* note 77.

132 *Air Pirates case*, *supra* note 109.

133 *Edgar Rice Burroughs Inc. v. High Soc. Magazine Inc.*, 7 Media L.Rep. (BNA) 1862 (S.D.N.Y. 1981). והשוו עניין ברבי, לעיל הערה 100.

תוך קביעה כי התוכן אינו קיצוני דיו כדי להצדיק דחיית הגנת "השימוש הוגן" אף כי ברמת העיקרון הייתה הסכמה שיש תכנים שעצם מהותה של הגנת "השימוש ההוגן" אינו מתאים להם¹³⁴. אין ספק כי ברוב רובם של המקרים נמנע בית המשפט מפסילת ההגנה גם אם לטעמו מדובר בשימוש סר טעם ובוטה. זאת משום שעם כל ההבנה ללבו של בעל היצירה המעוותת – ולעתים כגודל התרם והתמימות במקור כן גודל הסחי והמיאוס שבפרודיה – שומה עלינו לזכור כי בית המשפט אינו מבקר אמנות, תפיסתו את הפרודיה שלפניו היא סובייקטיבית גרידא¹³⁵ ודיני הקניין הרוחני אינם אמורים לסייע לו או לחברה בכלל להשיג מטרות שאין להן ביסוס רעיוני בדינים אלו¹³⁶.

עם זאת, יש קווים אדומים שבית המשפט חייב להיזהר מלאפשר חצייתם. כשהוולגריזציה היא המסר, השימוש אינו יכול להיות לגיטימי אלא כנסיבות יוצאות דופן בחשיבותן החברתית או התרבותית¹³⁷. כשמתבקש בית המשפט להחיל את "עקרון חופש הביטוי בהדרו" על גסויות בעלמא, יש בכך "ולו במעט – משום איבוד חוש המידה"¹³⁸. וכבר מצינו כי "ניבול הפה כריח הפה, ששניהם בוקעים מן הפה ושניהם פגיעתם רעה"¹³⁹, ולכן "נרחק מריח רע – ריח־של ריח וריח־של דיבור"¹⁴⁰.

בהמשך אבקש לטעון כי מקומה של פסילתן של "יצירות" אלו, עדיף, נכון והוגן שתיעשה לפחות גם במסגרת ההגנה על זכותו המוסרית ושמו הטוב של היוצר¹⁴¹.

Fisher case, supra note 119, at p. 437; *Pillsbury Co. v. Milky Way Products Inc.*, 215 134

.U.S.P.Q. 124, 131 (1981); *Party & Perlmutter, supra* note 117 at pp. 718–719 n. 224

ראו גם: 256: *University of Notre Dame Du Lac v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 301, 307 (1965) N.Y.S.2d.

136 השוו בעניין זה לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה–1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

137 השוו לגישתו של Lehr: Lehr, *supra* note 77, at pp. 460–473.

138 בהשאלה מפסק דינו של השופט חשין בבג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 26.

139 שם, בע' 32.

140 שם, בע' 33. השופט חשין היה במיעוט באותו פסק דין, ודבריו שם נגעו לפרסומת מסחרית ולא ליצירה אמנותית המנסה לחסות תחת כנפי הגנת "השימוש ההוגן". השוו עוד לביטול סימן מסחרי הפוגע ברגשות והביקורת "בשמו" של חופש הביטוי: C. Smith "Squeezing the Juice(r) out of the Washington Redskins(r): Intellectual Property Rights in 'Scandalous' and 'Disparaging' Trademarks after *Harjo v. Pro-Football Inc.*" 77 *Wash. L. Rev.* (2002) 1295. מעניין להשוות את פסק דינו של השופט זפט בעניין חסמב"ה לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין לוני הרציקוביץ ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558 (להלן: עניין הרציקוביץ), שכונה "עכבר ביביס" כפי כתב "העיר". גם כאן קובע הנשיא ברק כי כאשר הסאטירה תגלוש להשמצה פרועה והפרודיה תגלוש מעבר להגבלותיו של "השימוש ההוגן" יובס חופש הביטוי. ראו מ' גורלי "להוציא את ירון זהבי מהארון מותר. אבל מה אסור?" הארץ 9.3.2004.

141 *Posner, supra* note 91, at p. 75 n. 15

1. ובחזרה לחסמב"ה

1. שתי הערות על מה שיש ועל מה שאין בפסק הדין

1.1 סוגיית ההעקה

קביעתו של בית המשפט, שלפיה האפרתי לא העתיקה את דמויות "חסמב"ה", מעוררת תהיות. די בעיון מרפרף ב"לא תשווה" – כמובן תוך היכרות מוקדמת עם דמויות "חסמב"ה" המקוריות – כדי להיווכח שמדובר לא רק בזהות בשמות הנפשות הפועלות, כפי שקבע השופט זפט. הספר החדש בנוי ומבוסס מראשיתו ועד סופו על רעיון ההנגדה וההקצנה של האתוס המקורי של "חסמב"ה" – על היפוך תכונות האופי של הגיבורים; על עיוות מערכות היחסים ביניהם; על חולשותיהם המקוריות המוקצנות; על תמימותם המושמת ללעג; על שינוי תפקידיהם ומעמדם (ירון), המנהיג בספרי המקור, שהופך ב"לא תשווה" להומוסקסואל מזדקן ונלעג, שלומית החובשת שהופכת לרוצחת); על צורתם החיצונית כפי שצוירה בסדרה המקורית (אהוד השמן, שהמציא תרופה להרזיה, ותמר היפה, בעלת הצמות שהיום היא קירחת); על מוצאן (מנשה התימני); ועל מאפייני פעילותם כמי שנלחמו בכוחות הרשע ויכלו להם בסדרה המקורית ואילו עתה הם מייצגים את הרשע, העיוות והכיעור בעצמם, במהותם ובפעילויותיהם.

על הבסיס המוכר לקוראי "חסמב"ה" המקורית, ומתוך הנחה שאת החסר ישלים הקורא מדמיונו, שעוצב במהלך שנות קריאה ארוכות, בונה המחברת עלילת המשך דמיונית, תוך שהיא מנתצת ללא רחם את מאפייני עלילות החבורה, את אופי הדמויות ואת רוח הספרים המקוריים לטובת תיאור מוקצן ומגזם בעליל של חולשות האופי האנושי, תיאורי התנהגות מופרעת, אלימה וחולנית, וכעיסה בכל המוסכמות החברתיות, המוסריות והתרבותיות שעליהן בוססו הן הדמויות והן העלילות המקוריות של חבורת "חסמב"ה" לכל אורך שנות קיומה של הסדרה.

המחברת אינה מסתפקת בשימוש בשמותיהן של דמויות "חסמב"ה" המקוריות בספרה "לא תשווה". לכן גם "משל המונה לזיה" של השופט זפט אינו עניין לכאן כלל וכלל. לא רק בשל העובדה שהאפרתי לקחה יותר מאשר את שמותיהן של דמויות "חסמב"ה", אלא גם הואיל וקשה להשוות "חיקוי ספרותי" כמו זה שלפנינו ל"חיקוי גרפי/ציורי" כמו בדוגמה שמביא השופט זפט. משל למה הדבר דומה, להשוואת "סונטת קרויצר" של בטהובן ל"סונטת קרויצר" של טולסטוי.

האפרתי עושה שימוש נרחב, משמעותי ומתמשך בסיפורי "חסמב"ה" של מוסינזון ובסימני ההיכר האופייניים לסדרה ולדמויות המככבות בה לכל אורכו של "לא תשווה". היא שוזרת את דמותו של מוסינזון המנחה אל תוך העלילה ומטילה עליו תפקיד מפתח לייצר המשך או סוף חדש לעוללות יצירי דמיונו התמימים והצעירים. "צריך לכתוב להם סוף טוב", אומר אלוהים למוסינזון: "אתה תצטרך

לחבר אותם יחד, שוב, אמר אלוהים, זה לא יהיה קל, אבל עד שלא תדאג לכולם, לא תגיע לגן עדן"¹⁴².

המוטיב של בנייה על הידוע והמוכר לצורך יצירת העלילה החדשה, חוזר לאורך הספר כולו. ואפילו הקריאה המפורסמת "חסמב"ה חסמב"ה חסמב"ה" מצויה כאן¹⁴³.

אכן, המחברת מגישה לנו כאן מתכון הפוך — "טרנספורמציה" של הדמויות ו"טוויסט" של העלילה, אך אין בכך כדי לחפות על ההעתקה. אין בכך כדי להכשיר את הזהות, ואין בכך די לבסס קביעה חד-משמעית כמו זו של השופט שלפיה לא הועתקו דמויות "חסמב"ה", ולכן לא הופרה זכות היוצרים שבהן. הן הפסיקה המקומית¹⁴⁴ והן הפסיקה האמריקנית, בעיקר בהשוואה לעניין חלף עם הרוח ואולי גם לניצני הדיון ונוסח הפשרה בעניין פיטר פן, מלמדות כי השימוש שעשתה האפרתי בדמויות "חסמב"ה" המקוריות הוא שימוש מפר שיש בו העתקה ממשית של היצירה המוגנת¹⁴⁵.

1.2 פרודיה? סאטירה? ביקורת? למאי נפקא מינא

אמנם בעמוד השער כותבת האפרתי: "זוהי פרודיה. כל קשר בין הדמויות והאירועים המתוארים כאן לבין דמויות ואירועים המתוארים בספרים אחרים ו/או בין המציאות הוא על אחריות הקורא בלבד". אולם הגדרה עצמית זו אינה מחייבת לא את הקורא ובוודאי לא את בית המשפט. בית המשפט חייב לבדוק בעצמו, באמצעות כלים ספרותיים, לשוניים ומשפטיים את היצירה שבפניו אם אמנם פרודיה היא או שמא סאטירה, או "סתם ביקורת", וזאת על מנת לבחור, בשלב הבא, את דרך יישום מבחני הגנת "הטיפול ההוגן" על המקרה שלפניו. גם אם ההבחנה בין הסאטירה לפרודיה קשה והשופט אינו מצויד בכלים המתאימים ליישם אותה, גם אם שתיהן עונות על הגדרת "ביקורת" ולפיכך נכנסות להגדרת "טיפול" ראוי להגנה — גם אז ברור כי לא ניתן לברוח מסיווג היצירה המפרה לצורך בחינת ה"הוגנות" שבטיפול.

פסק דינו של השופט זפט מסתפק בקביעה חד-משמעית כי בפנינו פרודיה מוגנת: "טיבה של פרודיה שהיא שומרת על הצורה האומנותית של היצירה המקורית תוך שינוי התוכן, באופן שנוצר ניגוד משונה מלעייג", מצטט השופט זפט את המילון החדש של אבן שושן כפסק דינו¹⁴⁶. הפרודיה, כמו גם הסאטירה,

142 האפרתי, לעיל הערה 5, בע' 20.

143 שם, בע' 115.

144 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 23, בע' 591, הדין ב"גזילת יסודות מקוריים בראיה כוללת".

145 השוו לשימוש שנעשה בדמויות הספר "חלף עם הרוח", בפסק הדין של: *Suntrust Bank*

appeal, *supra* note 8.

146 א' אבן שושן המלון החדש (תשמ"ה, כרך ה) 2141. הגדרה זו ויישומה במקרה שלפנינו

אינן מתיישבות עם קביעתו הקודמת של השופט בדבר היעדר העתקה בספרה של האפרתי.

הפרודיה מעצם טיבה וטבעה מעתיקה תוך יצירת שינוי, טרנספורמציה, ניגוד לעג או

ביקורת. השופט אינו עומד על חוסר בהירות זה בפסק דינו.

עידן הפרודיה — על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

היא "ביקורת", הוא ממשך וקובע. הביקורת המוגנת על ידי החוק אינה בהכרח שלילית במהותה ובתוכנה. ומשכך, גם מסקנתו של השופט היא חדר־משמעית — "לא תשווה" מקיים אחר הגדרת הפרודיה: בחירתה של האפרתי להראות את גלגולן המגווחך של דמויות "חסמב"ה", ההיפוך שמחכה להן לאורכה של הדרך ובסיומה, הלעג, המוזרות וההנגדה המצויים בכתיבתה כשפע, גם אם אינם מחויבים כשלעצמם מהגדרת הפרודיה, הם המאפיינים את סגנונה של האפרתי ככתיבה פרודית, ומהיותה כזו היא מותרת ומוגנת כחריג לזכות היוצרים של מחבר היצירה המקורית נשוא הפרודיה שבמחלוקת.

פסק הדין אינו עוסק באופי השימוש שעשתה האפרתי ביצירה המוגנת. הוא אינו בוחן אם הטיפול בחומר המוגן במסגרת ה"ביקורת" המותרת — בין שמדובר בפרודיה ובין שמדובר בסאטירה — הוא הוגן. והואיל ומדובר בתנאים מצטברים¹⁴⁷, כנדרש כיום מפורשות גם בסעיף 19 להצעת חוק זכות יוצרים¹⁴⁸, המבחן שיושם בפסק הדין אינו שלם, והמסקנה אינה מבוססת. במסגרת בדיקה זו צריך היה לברר, בין השאר, הן את מעמדה, חשיבותה היחסית ותרומתה התרבותית של היצירה המוגנת, "חסמב"ה", והן את ערכה החברתי של היצירה שלטובתה בוצעה ההעתקה, "לא תשווה", בעיקר לאור העובדה שהשימוש של האפרתי היה שימוש מסחרי מובהק¹⁴⁹. ואם לא די בכך, גם היקף ההעתקה לא נבחן, ואף לא השאלה אם היקף השימוש הנרחב שירת באופן ישיר את המטרה החברתית המוצהרת של היוצרת ביצירתה.

לצד כל אלו בולטים בחסרונם דיון — ולו גם חלקי, והתייחסות — ולו גם במשורה, לטענה החוזרת ונשנית של התובעת בדבר הפגיעה בזכותו המוסרית, בכבודו כאמן ובשמו כיוצר של מוסינזון הסופר.

ז. "זכות מוסרית"

נוסף לטענה כי ב"לא תשווה" הופרה זכות היוצרים של מוסינזון על ספרי "חסמב"ה", הושתתה תביעתה של אלמנתו של מוסינזון גם על הזכות המוסרית של בעלה המנוח על ספרי "חסמב"ה". התביעה טענה כי האפרתי עשתה שימוש בדמותו של מוסינזון כאדם וכיוצר בטקסט עצמו (למוסינזון תפקיד מפתח בעלילת הספר) באופן בלתי חוקי ופוגע, ואף השתמשה בעלילות ספרי "חסמב"ה" בצורה שיש בה כדי לפגוע ביוצר וביצירתו. עילה זו לא נדונה על ידי בית המשפט המחוזי.

ניתוח הזכות המוסרית במשפט הישראלי מצריך יריעה רחבה ודיון מעמיק החורג מגדר רשימה זו, וזאת, בשל הסוגיות המורכבות שזכות זו מעוררת והגישות

147 עניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 270; עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 23, בע' 597.
148 גם תנאי הוגנות השימוש נשקלים במצטבר, אף כי לאף אחד מהם אין משקל מכריע, וכובד משקלו של האחד יכול לקזז את חולשתו של האחר. סעיף 19(ב) להצעת החוק קובע כי "לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לענין סעיף זה, יישקלו, בין השאר, כל אלה".
149 עניין גבע, לעיל הערה 24, בע' 278-279.

השונות הקיימות לגביה בשיטות המשפט השונות. אשתדל להצביע בפרק זה רק על המאפיינים הבולטים של הזכות ועל הבעיות המיוחדות שצריך היה, לטעמי, לנתח במסגרת הדין בעניין הסמב"ה.

1. מקורה ומהותה של הזכות המוסרית

הבסיס הפילוסופי של זכויות היוצרים במשפט האנגלו-אמריקני משקף במהותו תפיסה כלכלית-קניינית¹⁵⁰, והמסגרת המשפטית להסדר הזכויות בתחום זה היא תועלתנית בעיקרה. מטרתה היא קידום האינטרס הפרטי של היוצר ובאמצעותו קידום האינטרס הציבורי¹⁵¹, שבמקרה זה, בהבדל ממקרים אחרים שבהם נוצר צורך לאזן בין הפרטי לציבורי, קיימת ביניהם התאמה מרובה¹⁵². הציניקים יכנו את זכות היוצרים, שתוצאתה ביצירת מונופול חוקי ליוצר הפרטי – "מכשיר צנוורה יעיל"¹⁵³.

כבר לפני מאתיים שנה הדגיש לורד מנספילד:

"We must take care to guard against two extremes equally prejudicial; the one, that men of ability, who have employed their time for the service of the community, may not be deprived of their just merits, and the reward of their ingenuity and labour; the other, that the world may not be deprived of improvements, nor the progress of the arts be retarded"¹⁵⁴.

על בסיס רעיוני זה ובהתאמה אליו, לפחות חלקית, מוכרת ומוגנת זכות היוצר

J.M. Treece "American Law Analogues of the Authors 'Moral Right' " 16 *Amer. J. Comp. Natural* (rights) והגל (Personhood) ראו אצל: M. Leaffer *Understanding Copyright Law 1-3* (3rd ed. 1999). לצד זאת מעניין לבחון את גישתה של ה־Universal Declaration of Human Rights שהתקבלה בדצמבר 1948 ושכס' 27 קובעת את הזכות הכלכלית והמוסרית של היוצר ביצירתו ומעגנת אותה במסגרת זכויות האדם במובחן ממסגרת דיני הקניין הרוחני. ראו גם: A.R. Chapman "The Human Rights implications of intellectual Property Protection" 5(4) *J. of Internat. L. & Econ.* (2002) 861, 867

Chafee, *supra* note 76, at p. 511; Posner, *supra* note 87; *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984) "איחוי קרעים: המגילות הגנוזות ומונופול מחקרי, בעקבות ע"א 2790/93, 2811/93 Eisenman נ' קימרון (טרם פורסם)" הארת דין (2004) [http://lawatch.haifa.ac.il/heb/month/h_d_sep_2000.htm] (last visited on 6.10.2005) Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (להלן: עניין קימרון) ההחלטה שבע"א 2811/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (להלן: עניין קימרון) כהחלטה שמסיטה את מרכז הכובד מהתובנה הכלכלית ערכית שהיא ביסודם של דיני זכויות יוצרים לכיוון "זכות טבעית" שמקורה בעבודה שהשקיע היוצר ביצירתו.

מדיסון (James Madison), כפי שצוטט אצל: Vaidhyathan, *supra* note 71, at p. 22.

Ibid, at p. 37. בציטוט של ג' מארקס.

Sayer v. Moore (1785) 154. כפי שצוטט בהערת שוליים ב: *Cary v. Longham* 1 East 358, 362. n. (b), (1801).

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

ביצירתו כזכות קניינית המעניקה לו בלעדיות קניין ושימוש למשך כל תקופת קיומה של הזכות¹⁵⁵.

לצדה של הזכות הקניינית או תחתיה מוכרת במדינות אירופה, ובעיקר בצרפת ובגרמניה, וכן במידה פחותה, בקנדה, בארצות-הברית, באנגליה, כמו גם בישראל, זכות מוסרית – Droit Moral, Moral Right – המעוגנת, בין השאר, גם באמנת ברן ובחקיקת האיחוד האירופי¹⁵⁶.

במובחן מהזכות הקניינית, הזכות המוסרית היא זכות הקשורה ומתמקדת באישיותו של האדם-היוצר, ואף נובעת ממנה. היא מנותקת מהאינטרס הכספי שלו ביצירה, והיא אישית, בלתי מוגבלת בזמן, בלתי ניתנת להעברה בחיים ויש לה הן עדיפות מוסרית והן תוקף משפטי כנגד זכות קניינית וחוזית של צד ג' ביצירה¹⁵⁷. זוהי זכות בעלת מאפיינים שבעיקרו של דבר אינם כלכליים במהותם¹⁵⁸, והיא דומה מבחינה זו לזכות לפרטיות¹⁵⁹, לזכות לשם טוב ולזכות לאוטונומיה: שכולן

155 על כללי הבסיס של עילת התביעה בגין פגיעה בזכות יותרים במשפט הישראלי ראו ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כ"ד(1) 829, 829.

156 A.S. Katz "The Doctrine of Moral Right and American Copyright Law-A Proposal" 24 *So. Calif. L. Rev.* (1951) 375-376; R. Sarraute "Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists under French Law" 16 *Amer. J. Comp. L.* (1968) 465, 466-467; B.T. McCartney "'Creepings' and 'Glimmers' of the Moral Rights of Artists in American Law" 6 *UCLA Ent. L. Rev.* (1998) 35, 71 n. 262-264 את מקורות הזכות בקנדה ובמדינות נוספות תוך השוואה לגישתו של המשפט האנגלי לסוגיה זו. עור באשר למשפט האנגלי והקנדי ראו: D. Vaver "Moral Rights Yesterday, Today and Tomorrow" 7 *IJL&IT.* (1999) 270, 275-277 n. 17-18. כאן מסכם המחבר את כתיבתו המוקדמת בנושא זה, ומציע בסיס תאורטי לחיזוק תפיסת האינטרס הציבורי העומד בבסיסה של "הזכות המוסרית" לצורך הקלת קליטתה בשיטת המשפט האנגלו-אמריקני. לסקירת התפתחות הזכות ראו אצל פרוזטי, לעיל הערה 68, בע' 847-920. ראו גם: Chapman *supra* note 150, על היותה של הזכות חלק מזכויות האדם במובחן מהיותה זכות כלכלית במסגרת דיני הקניין הרוחני.

157 R.J. DaSilva "Artists' Rights in France and the U.S." 28 *Bull. Copyright Soc'y* (1980) 1, 4, 53.

158 לזכות המוסרית יש, כמובן, גם השלכה כלכלית בהיותה מייצגת מחד ושומרת מאידך על המוניטין של היצירה ושל יוצרה, אולם כאינטרס מוגן היא מייצגת בבידור היבטים בלתי רכושיים. השוו לעניין קימרון, לעיל הערה 151, בע' 844-845. השופט טירקל מגדיר שם את הפיצוי בגין הפרת הזכות כפיצוי עבור נזקים בלתי ממוניים, כאשר אופי הפיצוי מעיד על אופי האינטרס שנפגע. ראו אצל: S. Ricketson *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (London, 1987) 456 רוחנית ואישית (non-economic, spiritual, personal) השוו ל' *supra* note 156, at p. 466. השוו עור לגישה המתייחסת גם לזכות היוצרים בהיבט הכלכלי שלה מנקודת מבט של חשיבות חברתית: Chapman, *supra* note 150, at p. 867.

159 ראו והשוו: G.P. Smith "The Extent and Protection of the Individual's Personality Against Commercial Use: Toward A New Property Right" 54 *S. C. L. Rev.* (2002) 1; E.J. Bloustein "Privacy as An Aspect of Human Dignity An Answer to Dean Prosser" 39 *N.Y.U. L. Rev.* (1964) 962; W.L. Prosser "Privacy" 48 *Calif. L. Rev.* (1960) 383.

מתנקזות ומתמקדות בסופו של דבר בערך העליון מכולם, הוא כבוד האדם במובנו ה"נקי", הטהור המקורי. הזכות מעניקה הגנה משפטית לקשר האישי, הרוחני, האינטימי והייחודי¹⁶⁰, הקשר "המקודש" יש המכנים אותו, הקיים בין אישיותו של היוצר לבין יצירתו, המוגדרת כילדו הרוחני (Spiritual Child)¹⁶¹. ההגנה היא הן על אישיותו של היוצר והן על יצירתו במובן כפול – ראשית, הזכות שהיצירה תיקרא על שמו של יוצרה – Right of Paternity. שנית, הגנה מפני עיוות ושינוי היצירה ומפני כל פעולה אחרת שיש בה כדי לפגוע באישיותו של היוצר כפי שהיא מתבטאת ביצירתו – Right of Integrity.

למרות הגדרתה כ"זכות מוסרית" מקנה החוק תרופה על הפרתה, ולפיכך יש המעדיפים לכנותה, בעקבות השופט חיים כהן ז"ל, "זכות רוחנית"¹⁶² או זכות "אישית"¹⁶³.

הזכות המוסרית במובנה ובלבושה המשפטי, מקורה כאמור בפסיקה הצרפתית של המאה התשע-עשרה, וניצגה אף קדומים יותר¹⁶⁴. לכן גם ברור מדוע הגישה הקונטיננטלית אוהדת אותה הרבה יותר בהשוואה לגישה האנגלו-אמריקנית, הן בהכרה בעצמת הבסיס הערכי שלה, הן בהגדרתה הרחבה והן בגמישות מבחני החבות לבדיקת קיומה¹⁶⁵. אמנם בעקבות ההצטרפות המסיבית לאמנת ברן, שבה יש אזכור מפורש, כזכור, לזכות המוסרית, ניכרת תזוזה חיובית בכיוון ההכרה המשפטית בקיומה של הזכות המוסרית גם באותן מדינות שעד כה דגלו רק בהכרה בזכות היוצרים במובנה הקנייני¹⁶⁶, אולם עדיין, אפילו כיום, מפגינה הפסיקה האנגלו-אמריקנית-קנדית, הססנות בלתי אופיינית וחוסר בשלות בולטת בכוונה לתת תוקף מעשי לזכות וסעד משפטי ליוצר¹⁶⁷. במידה רבה ההכרה בזכות

D.E. Long "First, 'Lets Kill All the Intellectual Property Lawyers!': Musings on the Decline and Fall of the Intellectual Property Empire" 34 *J. Marshall. L. Rev.* (2001) 851, 853.

Ricketson, *supra* note 158, at p. 456 161

ע"א 528/73 אטינגר נ' אלמגור, פ"ד כט(2) 116, 118.

י' ויסמן "הזכות האישית (droit moral) כדיני זכויות יוצרים" מחקרי משפט ז (1989) 51; ג' טרסקי "הקניין הרוחני והזכויות האישיות" משפטים י (תש"ס) 392.

על ההיסטוריה וההתפתחות ראו אצל: Ricketson, *supra* note 158, at pp. 456–476 n. 435–540; R.R. Kwall "'Author Stories': Narrative's Implications for Moral Rights and Copyright's Joint Authorship Doctrine" 75 *S. Cal. L. Rev.* (2001) 1, 18.

DaSilva, *supra* note 157, at p. 55.

J.C. Ginsburg "A Tale of Two: להשוואה כללית בין הדין הצרפתי למשפט האמריקני ראו: Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America" 64 *Tul. L. Rev.* (1990) 991.

McCartney, *supra* note 156 at p. 40; *Seshadri v. Kasraian*, 130 F.3d 798, 803–804 Ty, 167 (7th Cir. 1997); *Inc. v. GMA Accessories, Inc.*, 132 F.3d 1167 (Cir. 1997) בשני המקרים האחרונים קבע השופט Posner כי ישנם "Glimmers" של הזכות המוסרית במשפט האמריקני וכי התאוריה "זוחלת לאטה" ("Creeping") לתוך עקרונות דיני זכויות היוצרים שם. השווה *Choe v. Fordham University School of law*, 920 F.Supp. 44.

המוסרית, אם בכלל, נשארה אות מתה, וההגנה עליה נעשית בדרך כלל באמצעות הוראות חוק אלטרנטיביות¹⁶⁸.

הזכות המוסרית יובאה לארץ בעקבות הצטרפותה של ישראל לאמנת ברן¹⁶⁹, ועוגנה בסעיף 4 לפקודת זכות יוצרים. הסעיף מגן על זכות המחבר ששמו ייקרא על יצירתו ועל זכותו שלא ייעשה ביצירה שינוי, סילוף או פגימה "או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה". זכות זו של המחבר אינה תלויה בזכותו החומרית ביצירה, והוא זכאי לקבל פיצוי גם אם לא יוכיח שנגרם לו נזק ממון. הפגיעה בזכות הנה עוולה אזרחית הכפופה להוראות פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנוזיקין").

הצעת חוק זכות יוצרים לכשתתקבל, בשינויים כאלו ואחרים, ותחליף גם את חוק זכות יוצרים וגם את פקודת זכות יוצרים, תגבש מסגרת מודרנית, רחבה וגמישה להסדרת כל היבטיה של זכות היוצרים, ותסדיר, כמובן, גם את הזכות המוסרית. הפרק השביעי להצעת החוק מגדיר את הזכות המוסרית כנפרד ובמובחן מזכות היוצרים הבסיסית, הכלכלית, המוגדרת בהרחבה בפרק השלישי להצעת החוק¹⁷⁰. בעיקרו של דבר יש כאן חזרה, תוך מתן הבהרות ותשובות, על עיקרי סעיף 4 לפקודה.

המסגרת המשפטית הנאותה להגנה על הזכות המוסרית נתונה לפרשנויות רבות. באנגליה, למשל, הייתה ההגנה מעוגנת עד לא מכבר במסגרת העוולה הכללית של הפרת חובה חקוקה שבדיני נזיקין. במשפט האמריקני בוססו חלק ניכר מפסקי הדין שבהם זכתה הזכות המוסרית להכרה על עוולת לשון הרע והפגיעה בפרטיות. דרך משפטית אחרת נקט הזמר הידוע ג'ון לנון שהצליח לעצור הפצת אחד מתקליטיו, שעריכתו היירודה לא השביעה את רצונו, על בסיס עילת ה-Misappropriation, ואילו להקת מונטי פיטון הצליחה למנוע פגיעה בזכותה המוסרית בין השאר באמצעות חוקי המסחר ההוגן¹⁷¹. בנסיבות מסוימות ובהתקיים תנאים מיוחדים ניתן למצוא להגנה על הזכות המוסרית אכסניה גם במסגרת דיני החוזים¹⁷². לצד אלו, ובעיני רבים באופן עדיף, עיגונה של הזכות המוסרית בחיקם החמים

(New York southern dis., 1995). יש הטוענים כי הססנות זו שמפגינה הפסיקה האמריקנית

כנונה לגבי כל תחום זכויות היוצרים שלגביה הנימה השלטת היא: "Lets Kill all Intellectual

Law Lawyers". Long, *supra* note 160, at p. 851

Nimmer et al., *supra* note 27, at pp. 602–603 168

ראו סקירה בהרחבה בח"א (ח"י) 977/86 טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ,

פ"מ תשנ"ב(3) 89, 106–107 (להלן: עניין טאו) וכן ויסמן, לעיל הערה 163.

ראו ס' 46–48 להצעת חוק זכות יוצרים.

DaSilva, *supra* note 157, at pp. 45–47 171

לאכסניה זו משמעות בעיקר בכל הנוגע לפגיעה בזכויות יוצרים באינטרנט אך גם בעניינינו

ניתן לתאר נסיבות רלוונטיות: "Could Fair Use Equal Breach of Contract?: An Analysis of Informational Web Site User Agreements and Their Restrictive Copyright

Provisions" 58 *Wash & Lee L. Rev.* (2001) 1625

של חוקי זכויות היוצרים דווקא, ולא במחוזות הקניין או הנוזיקין, יכולה לתרום רבות לקידומן ולפיתוחן הן של הזכות המוסרית עצמה והן של אחותה הבכורה, הזכות הכלכלית. ראיית זכות היוצר באספקלריה כללית ורחבה, לא רק מנקודת המבט המסחרית-רכושית המאפיינת את זכות היוצרים הכלכלית, ולא רק מנקודת המבט המוסרית, אלא על בסיס מכלול היבטיה של הזכות, שהנה למעשה אחת מזכויות היסוד הבסיסיות של היוצר כאדם ולא רק כבעל קניין, תתרום רבות לעשיית שימוש נכון בהגנה שהחוק מעניק לזכות כפי המתבקש, בין השאר, מלשונו המפורשת של סעיף 4ב לפקודה ומלשונו הברורה לא פחות של סעיף 47 להצעת החוק. ואכן, המשפט הישראלי נוטה בבירור לראות בזכות המוסרית חלק מדיני הקניין הרוחני, והכללת ההגנה עליה בהצעת החוק החדשה כמו גם הדרך שבה נעשה הדבר מוכיחות זאת בעליל. עם זאת, טוב עשה המחוקק כשבחר להשלים את ההגנה על הזכות המוסרית ולאפשר מתן פיצוי בגין נזק שנגרם לה גם באמצעות הפנייה לכללים שהתגבשו בפקודת הנוזיקין¹⁷³. כך, הן בפקודת זכות יוצרים והן בהצעת החוק מוגדרת הפרת הזכות המוסרית כעוולה. באופן זה חלים עליה כללי הפרשנות ועקרונות היסוד של דיני הנוזיקין, שלצד הענקת פיצוי ללא הוכחת נזק – כפי שקובעות הפקודה וההצעה שבעקבותיה¹⁷⁴ – משלימים את ההגנה הקניינית שמעניקים לה דיני הקניין הרוחני. ייתכן שניתן היה להגיע לתוצאה זוה גם בלא אמירה מפורשת כזו ותוך עשיית שימוש בעולות הפרת חובה חקוקה שבסעיף 63 לפקודת הנוזיקין, כפי שנעשה באנגליה, למשל, אך נשאר סוגיה זו לדיון נפרד לעת מצוא בעתיד.

זכות המוסרית של היוצר נדונה בפסיקה הישראלית פעמים רבות, ברובן אגב אורחא, וההתייחסות אליה הייתה, ברוב המקרים, כאל זכות משנית בחשיבותה, שמהיותה מוגדרת במושגים מופשטים יש קושי מיוחד להציב קריטריונים לקביעת מהותה, טיבה והיקפה¹⁷⁵.

173 ראו ס' 55 להצעת חוק זכות יוצרים, ודברי ההסבר לסעיף. אלו גם הצעתו וניתוחו של ויסמן, לעיל הערה 163, בע' 54–56. אינני סבורה כפרופ' ויסמן שיש צורך לשנות את הוראת סעיף 4א לפקודת זכות יוצרים ולוותר על הגדרת ההפרה כעוולה ועל תחולת פקודת הנוזיקין. מאידך, ביטול הגדרת הפרת הזכות כעוולה תפתח פתח, אולי, להחלת הגנת "טיפול הוגן" על הזכות המוסרית, דבר שנראה בלתי רצוי בעליל. השוו לעניין המסגרת אצל: Ricketson, *supra* note 158, המדבר על ההגנה באמצעות לשון הרע ועוולות מסחריות אחרות כמו גם דיני הקניין והחוזים ואצל: Sarraute, *supra* note 156, at p. 484.

174 ראו ס' 59 להצעת חוק זכות יוצרים.

175 כך סברה השופטת שטרסברג-כהן בעניין טאו, לעיל הערה 169, בע' 109. כן ראו ת"א (ת"א) 76426/95 נאדר נ' מועצה אזורית גליל עליון, פ"ש נט(3) 107; ת"א(ת"א) 2014/99 זרדי נ' שנקמן (טרם פורסם), תקדין מחוזי לב(4) 616; 46017/01 קפלנסקי נ' הרויך (טרם פורסם), תקדין שלום 2004(3), 1864. פסק הדין ניתן על ידי השופט אסדג"י בבית משפט השלום בת"א יפו ביום 28.7.04. וראו גם עניין קימרון, לעיל הערה 151, בע' 1817.

2. היקף ההגנה על הזכות המוסרית – לפרשנותו של סעיף 4א(2) לפקודה לשון סעיף 4א(2) לפקודה כפשוטה מעוררת מחלוקת. האם הפעולות המנויות בחלקו הראשון – "סילוף", "פגימה" או "שינוי" – תיחשבנה כעוולה אזרחית גם אם אין צפויה פגיעה בכבודו או בשמו של המחבר והן אסורות, לפיכך, תמיד כאופן מוחלט? ולעומתן, האם ה"פעולה" המנויה בחלקו השני של הסעיף תהווה עוולה רק מקום שבו קיימת פגיעה בשמו או בכבודו של המחבר; או שמא כל הפעולות המנויות בסעיף זה, מותנות בפגיעה כזו. פרופ' ויסמן סבור כי שגגה יצאה תחת ידו של המחוקק וכי יש לפרש את הסעיף בדרך ביניים, כך ששינויים ביצירתו של מחבר יהיו מותרים אם ההתנגדות להם הנה בלתי סבירה¹⁷⁶. לעומתו סבורה השופטת שטרסברג-כהן כי יש לפרש את סעיף 4א לפקודה כקובע שגם הרישה שלו כפופה למגבלת הסיפה, דהיינו, שכל עשייה ביצירה כפופה למבחן הפגיעה בכבודו או בשמו הטוב של המחבר¹⁷⁷.

דעתי כדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, אף כי בעיני המחלוקת כולה מצטמצמת למוכנו של המונח "שינוי אחר" האמור ברישה של הסעיף, שכן בשני המונחים האחרים – "סילוף" ו"פגימה" – יש ממילא קונוטציה שלילית (תחליף ל"הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה" המצטרפת ל"פעולה" שבחלקו השני של המשפט) המשליכה על תוצאות המעשה הן מבחינת היוצר והן מבחינת היצירה. פרשנות זו של החוק המצוי מקבלת עתה גם את אישורו של המחוקק באמצעות ניסוחו של הדין הרצוי. בסעיף 47 להצעת חוק זכות יוצרים, נקבע מפורשות כי "זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר [...] (2) כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש בהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר". עינינו הרואות – תנאי הפגיעה בכבוד, תנאי הכרחי ויסודי הוא. שינוי שאינו מביא לתוצאה זו, אין בו כדי להוות פגיעה בזכותו המוסרית של היוצר¹⁷⁸.

176 ויסמן, לעיל הערה 163, בע' 53.

177 עניין טאו, לעיל הערה 169.

178 כך שח לי דן אלמגור במכתב ששלח אלי לאחר פרסום רשימה זו, בנוסחה המקוצר, לפני כשנה וחצי, ביום 21.7.04 (עותק מכתבו שמור במערכת): "בשנת 1974, זמן לא רב אחרי מלחמת יום הכיפורים והענקת "אות מלחמת יוה"כ" למשה דיין ונלן שמעון פרס, כתבתי טור מחורז סטירי בשם 'מרגש הכסף' הכתוב כפראפרזה מכוונת על שירו של משורר שהיה נערץ על דיין ופרס – נתן אלתרמן (שמת ארבע שנים קודם לכן), שאת שמו ציינתי בתת-כותרת [לטור]. 'מעריב' ו'ידיעות' סירבו לפרסם את טורי. 'הארץ' פירסם, בעמ' 2, ורק אז נראתו שני עיתוני-הערב להדפיסו כמודעה בתשלום מטעם איגוד ההורים השכולים". אלמגור זומן ל"משפט חברים" על ידי מנחם דורמן, שהיה אחראי לעזבונו של אלתרמן. "משפט החברים" בארגון אקו"ם נערך בפני ועדה בת שלושה חברים. הוועדה קיבלה את טיעוני אלמגור וביטלה חד-משמעות את תביעת נציגו של אלתרמן והגנה על זכות הפרודיה. עד כאן עיקרי מכתבו של דן אלמגור. למותר לציין כי אין בדוגמה זו, לדעתי, כדי להשליך על הטיעון בדבר הפגיעה בזכות היוצרים ובזכות המוסרית של יגאל מוסינזון על ידי מחברת הספר "לא תשווה".

הוראה זו מצמצמת את הזכות המוסרית ומגבילה אותה רק למקרים שבהם תוצאת השינוי ביצירה עלולה לגרום לפחיתות כבודו או מעמדו של בעל הזכות, כאמור בסעיף 4א(2), המשקף את הדין הקיים, ובסעיף 47(2) להצעת החוק, המשקף את הדין הצפוי. את התוצאה הקיצונית מדי העלולה לגבוע אליבא דפרופ' ויסמן מהוראה זו ניתן למנוע בדרך של פרשנות ממתנת המתאימה את עצמה לאיזון האינטרסים החברתיים והתרבותיים, הגמישים והמשתנים, שבמסגרתם יש לפרש את התיבות "כבודו" ו"שמו הטוב" של המחבר. ככל שתורחב פרשנותן של אלה, תועמק ותתרחב ההגנה על הזכות המוסרית בהתאמה ובהתחשב בנסיבות הזמן והמקום, כראות עיניו והשקפתו של בית המשפט באשר להגנה הראויה והיחס בינה לבין זכות היוצרים הכלכלית מחד והזכות לשם הטוב, לפרטיות, לכבוד ולאוטונומיה מאידך¹⁷⁹.

שתי בעיות עיקריות מציב בפנינו סעיף 4א(2):

ראשית, התפיסה המקובלת רואה את זכותו של אדם לשם טוב כחלק מזכותו לכבוד. עקב כך מוגנת זכות היוצר בשמו הטוב ממילא הן על ידי סעיף 4א עצמו ("העלולה לפגוע בכבודו או בשמו"), הן על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן, כמוכח, על ידי חוק איסור לשון הרע. האם בהגנה זוהי, משולשת, על אינטרס זהה ועל זכות זהה עסקינן, או שיש ליתן לכל אחת מהוראות החוק את הפרשנות המיוחדת לה — בכל הנוגע לאינטרס העומד במרכזה — בהתחשב בסביבת חיותה, בהקשר המאפיין אותה ובתכליתה המיוחדת;

ושנית, האם יש הכדל בין היקף ההגנה המוענקת באמצעות כל אחד מהחיקוקים השונים; והאם, בהמשך לכך, זהים המבחנים לקיומה של לשון הרע שבפקודת זכות יוצרים למבחנים המקובלים לעניין סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.

בעניין טאו¹⁸⁰ קבעה השופטת שטרסברג-כהן, לגבי שתי השאלות כאחת, כי אין לנסות להגדיר את הפגיעה בכבודו או בשמו הטוב של המחבר או להציב קריטריונים לקביעת מהותה, טיבה והיקפה של הזכות, אלא יש לפסוק בכל מקרה לנסיבותיו; וכי לא רק שאין חפיפה בין תוכני המושג "כבודו ושמו הטוב" שבפקודת זכות יוצרים לבין תוכנו בחוק איסור לשון הרע, אלא שגם לא ניתן להשתמש בפרשנותו של חוק איסור לשון הרע לצורך פרשנותו של מושג זה בפקודה. לעניין הפגיעה בכבודו של האדם קבעה כי אין די במבחן אובייקטיבי, אלא יש להעמיד את ההיפגעות הסובייקטיבית במבחן אובייקטיבי של סבירות¹⁸¹. אין ספק ששתי השאלות האמורות מחייבות מחקר מעמיק שאין מקומו כאן. אסתפק בכמה הערות בלבד: לעניין השאלה הראשונה — שמו הטוב של היוצר

179 על השיקולים, התהליכים והדעות השונות ראו עוד אצל: Ricketson, *supra* note 158, at p. 473 n. 523-528.

180 עניין טאו, לעיל הערה 169.

181 שם, בע' 109.

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

כיוצר הוא חלק בלתי נפרד משמו הטוב ה"כללי", מאישיותו, על מגוון מרכיביה ורבידה, מה"אני" החברתי שלו. מהיותו כזה יש לפקודת זכות יוצרים אפקט כפול בהגנה על שמו הטוב של היוצר. מחד, היא מבודדת רכיב אחד מבין מכלול מרכיבי שמו הטוב של האדם¹⁸², רכיב המאפיין סוג מסוים של בני אדם בלבד, ונותנת לו הגנה נוספת לזו הקיימת בחוק איסור לשון הרע. היא מתמקדת בהגנה על אינטרס אחד בלבד מבין מגוון האינטרסים שעליהם מגן חוק זה – הגנה על שמו הטוב של היוצר כיוצר וכאדם יוצר¹⁸³. מאידך, מעניקה פקודת זכות יוצרים ליוצר הגנה נוספת על זו שמעניק לו חוק איסור לשון הרע ומוסיפה לה נדבך נוסף. כיצד? אמנם הפקודה משתמשת במינוח זהה לזה שבחוק איסור לשון הרע – "כבוד" ו"שם טוב" – ונמנעת מאזכור מפורש של "אינטרסים מוסריים וספיריטואליים", כפי שהיה בכוזנת משתתפי ועידת בריסל לעשות בנסחם את הסעיף המקביל באמנת ברן¹⁸⁴. אולם לא יכול להיות ספק בכך שהתיבה "שמו הטוב" של היוצר בפקודת זכות יוצרים, כשהיא מתפרשת על רקע הרציונל העומד בבסיסה של הזכות המוסרית של היוצר, כוללת בחובה רכיב מיוחד, ההופך את האינטרס המוגן על ידה לבעל אופי שונה מיתר האינטרסים המוגנים בחוק איסור לשון הרע. אינטרס זה דומה יותר במהותו לאינטרסים המוגנים על ידי הזכות לפרטיות על מגוון היבטיה וצורותיה¹⁸⁵ וכמוה גם הזכות לאוטונומיה, ששלושתן ושכמותן הן זכויות "אישיות סובייקטיביות" פרסונליות שהגוון ה"חברתי-אובייקטיבי" שבהן הרבה פחות דומיננטי ופחות משמעותי בהשוואה לזכויות אחרות שב"כבוד האדם"¹⁸⁶. זהו מקור השוני וההבדל בין הגנה על שמו הטוב של היוצר מכוח פקודת זכות יוצרים לבין ההגנה על שמו הטוב "כאחד האדם" לפי חוק איסור לשון הרע וחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו.

כידוע, חוק איסור לשון הרע מגן בעיקר על מערכת יחסיו החברתית-תרבותית של הפרט ועל זכותו להשתייך, ככל המוכנים, לתכרה שבמסגרתה סובבים מעגלי חייו¹⁸⁷. המבחן לקיומה של פגיעה, לפי תפיסה זו, הוא מבחן אובייקטיבי

182 על ה-Property, Dignity and Honour ראו אצל: R.C. Post "The Social Foundation Of Defamation Law, Reputation and the Constitution" 74 *Cal. L. Rev.* (1986) 691.

183 על הגנת היוצר כיוצר וכאדם ראו: Ricketson, *supra* note 158, at p. 471, ולעומתו ראו: Laddie et al. *The Modern Law Copyright and Designs* (London, 3rd ed., 2000, vol. I) 595-596, הקובע כי ברין האנגלי ההגנה היא רק על היוצר ככזה ולא על אישיותו כאדם, אלא אם כן היא משתקפת ביצירתו.

184 Ricketson, *supra* note 158, at p. 471.

185 להשוואה בין אפקט אחד של הזכות המוסרית והזכות לפרטיות ראו אצל: L. Lee "Toward an American Moral Right in Copyright" 58 *Wash & Lee L. Rev.* (2001) 795, 826.

186 על ההבחנה בין ההיבט הפנימי לחיצוני בפגיעה בשמו הטוב של אדם ראו: Laddie et al., *supra* note 183, at p. 155, הטוען כי פרודיה כמעט תמיד לא תיחשב כפגיעה בזכות המוסרית, הואיל וזו אינה מכסה עלבון ופגיעה ברגשות אלא רק פגיעה בהערכת הציבור. לפיכך היא זהה, לעמדתו, ללשון הרע.

187 J.H. Skolnick "Foreword: The Sociological Tort of Defamation" 74 *Cal. L. Rev.* (1986)

המיושם באמצעות חושיו של מקבל הפרסום הסביר, ובהמשכו נבדקת ההשלכה שיש לפרסום זה על ההערכה שרוחשת החברה לפרט המושמץ. לפיכך, עלבון ופגיעה ברגשות, שהן תחושות סובייקטיביות במהותן, אינן זכאיות להגנה במסגרת חוק איסור לשון הרע¹⁸⁸. והנה, כאן, ודווקא כאן, אמורה להיכנס לתמונה ההגנה הנוספת שמספקת פקודת זכות יוצרים ליצור הנעלב והפגוע. דווקא ההיבטים האישיים והסובייקטיביים, האידאליסטיים והרומנטיים אולי¹⁸⁹, של האינטרס של האדם בשמו הטוב, אלו שחוק איסור לשון הרע מתנכר להם, הם שאמורים לעמוד במרכזה של ההגנה המוסרית שמספקת פקודת זכות יוצרים¹⁹⁰.

כאן מותר הפקודה על החוק. כאן עדיפה הגנת דיני הקניין הרוחני¹⁹¹ על הגנת דיני הנוזיקין ה"רגילים"¹⁹². ומכאן, שבמסגרת ההגנה על הזכות המוסרית של היוצר ימצאו הגנה גם אינטרסים סובייקטיביים של הנפגע ולא רק אינטרסים אובייקטיביים, שלעתים חשיבותם מבחינת הנפגע בטלה בשישים בהשוואה לאלו הסובייקטיביים: "The real and most important reason for our obsession with perfection is in our pride. These are our names out there for everyone to see and judge", אומר הבמאי הידוע מילוש פורמן בעדותו בפני ועדת הסנאט בעניין פטנטים וזכויות יוצרים בארצות-הברית בשנת 1990¹⁹³, וממחיש, למי שזקוק היה להמחשה כזו, עד כמה פגיע הוא היוצר ומה רבה חשיבותה של ההגנה העודפת שאמורה הפקודה להקנות, לעמדתו, בהשוואה להגנה ה"רגילה" הקיימת בחוק איסור לשון הרע.

כאבו של מילוש פורמן היוצר — שאת סיפור גלגולי המחזמר שלו "שיער" הוא פורש בפני הוועדה האמורה — כמו גם כאבם של יוצרים אחרים שביצירתם נעשה שימוש פוגם, הוא סובייקטיבי. ולכן, גם אם הפגיעה בכבודו האובייקטיבי אכן תימדד בערכים אובייקטיביים תוצרת בית המשפט או האדם הסביר, זכותו

677; Notes: "The Community Segment in Defamation Actions: A Dissenting Essay" 58 *Yale L.J.* (1948-1949) 1387; L.B. Lidsky "Defamation, Reputation, and the Myth of Community" 71 *Wash. L. Rev.* (1996) 1 משפט וממשל ב(1) 235.

C. Gately Gately on Libel and Slander (London, 8th ed., P. Lewis ed., 1981) 31-42 188

DaSilva, *supra* note 157, at p. 51 189

ראו אצל: 1-2 pp. 595-596 n. 183, at pp. Laddie et al., *supra* note 183, והמחלוקות בפסיקה האנגלית והקנרית המאוזכרות שם. 190

191 "בעזרת" דיני הנוזיקין, שהרי פגיעה בזכות המוסרית היא עולה בנוזיקין.

192 P.R. Handford "Damages for Injured Feelings: The Australian and the Myth of Moral Damage in Australia" 5 *U. New South Wales L. J.* (1982) 291, 292; P.R. Handford "Moral Damage J. Cottrell in Germany" 27 *Internat. Comp. L.Q.* (1978) 849 "What Does 'Defamatory' Mean? Reflections on Berkoff v. Burchill" 6 *The Tort Law Rev.* (1998) 149. ראו גישה מנוגדת אצל: 595-596 pp. Laddie et al, *supra* note 183, המפרש את ההגנה כזהה לזו המוענקת בחוק איסור לשון הרע, ללא פגיעה ברגשות וללא מבחנים סובייקטיביים.

193 Kwall, *supra* note 164, at pp. 16 n. 60, 25-28

עידן הפרודיה — על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

המוסרית, האישית, חייבת — מעצם טבעה וטיבה, כמתחייב מנכונותו של המחוקק להכיר בה ולהגן עליה — להימדד לפחות גם בערכים סובייקטיביים תואמים¹⁹⁴. המסקנה הנובעת מתפיסה זו היא כדלקמן: הואיל ופרשנותו של סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע היא אובייקטיבית; והואיל ומאידך פרשנותו של סעיף 4 לפקודת זכות יוצרים, מן הראוי שתאפשר גם שימוש במבחנים סובייקטיביים; ובהנחה — שנראית לי מבוססת והגיונית — שלפיה המבחנים האובייקטיביים שבחוק איסור לשון הרע זהים למבחנים האובייקטיביים שבפקודת זכות יוצרים, נמצא כי פגיעה שיש בה משום הפרת חוק איסור לשון הרע תיחשב תמיד, פרט למקרים קיצוניים בודדים, כפגיעה לעניין הזכות המוסרית שבפקודת זכות יוצרים¹⁹⁵. היפוכה של מסקנה זו, לעומת זאת, לא יהיה בהכרח נכון תמיד — לא כל פגיעה בזכות המוסרית שבפקודה תיחשב בהכרח ככזו הפוגעת באינטרסים המוגנים על ידי חוק איסור לשון הרע. כך, ההגנה על הזכות המוסרית באמצעות פקודת זכות יוצרים, לגישתי, הנה רחבה יותר, סובייקטיבית באופייה ובמרכז מעייניה היוצר, יצירתו, הקשר המיוחד ביניהם, ה־dignity הסובייקטיבי שלו. לעומתה, ההגנה הכללית על שמו הטוב של אדם — גם היוצר — על הכבוד ועל המוניטין שלו מצומצמת יותר, אובייקטיבית במהותה, ומתרכזת יותר בתחושת הכבוד שהסביבה מייחסת ליוצר ופחות לכבוד הפנימי, האישי, הסובייקטיבי שלו¹⁹⁶.

הדוגמה הבאה תיטיב להוכיח: בשנת 1948 תבע המלחין הרוסי המפורסם דימיטרי שוסטקוביץ, את חברת "פוקס המאה העשרים" בגין שימוש בקטעים מיצירותיו כרקע לסרטם האנטי־קומוניסטי בעליל "מסך הברזל". אילו נדונה תביעה זו כיום במקומותינו, על פי חוק איסור לשון הרע ופקודת זכות יוצרים שלנו, לית מאן דפליג כי קביעה המכתירה את השימוש ביצירתו של שוסטקוביץ כלשון הרע, ברוח פסק הדין בעניין שאהה, הייתה מחייבת מידית הצהרה זהה לגבי הפרת זכותו המוסרית של שוסטקוביץ כיוצר. ואולם ההפך אינו בהכרח נכון. דחיית תביעת לשון הרע של שוסטקוביץ לא הייתה מחייבת בהכרח מסקנה זהה לגבי הפרת זכותו המוסרית, כשברור לכול כי רגשותיו כנתין נאמן למולדתו ולארצו וכבודו ודימויו העצמי נפגעו עמוקות עקב השימוש הבלתי מורשה שנעשה ביצירתו¹⁹⁷. עד כאן לעניין השאלה הראשונה, שאלת האינטרסים המוגנים.

¹⁹⁴ Ibid, ibid

¹⁹⁵ ההנחה היא שתוצאת יישום מבחן אובייקטיבי תיצר כמעט תמיד פגיעה אובייקטיבית וגם סובייקטיבית, לאור הסובייקטיביות של המבחנים האובייקטיביים. ראו ע"א 466/83 שאהה נ' דרדיאן, פ"ד לט' 734 (להלן: עניין שאהה), וכן אלמוג וכן זאב, לעיל הערה 187.

¹⁹⁶ השוו להגדרה אצל א' קמיר "על פרשת דרכי כבוד: ישראל בין מגמות הדרת כבוד (Honor), כבוד סגולי (Dignity), הילת כבוד (Glory) וכבוד מחיה (Respect)" תרבות דמוקרטית 9 (תשס"ה) 169; א' רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהיליה מוסרית" משפט וממשל ז (תשס"ה) 469.

¹⁹⁷ לפרטי התביעה ותוצאותיה בארצות־הברית — שם נדחתה, ובצרפת — שם נתקבלה, ראו אצל: DaSilva, *supra* note 157, at p. 1 n. 1–3.

לעניין השאלה השנייה, שאלת היקף ההגנה על שתי הזכויות האמורות — כאן כבר נובעת המסקנה מהתשובה על השאלה הראשונה שהצגנו. היקף ההגנה שמעניקות שתי הוראות החוק — פקודת זכויות יוצרים וחוק איסור לשון הרע — שונה מהותית, והגדרת הפגיעה שהן מבקשות למנוע ועליה הן באות ליתן סעד אינה זהה גם היא. כך, הרכיב (הערך) הכלכלי של זכות היוצרים עצמה והרכיב (אינטרס) החברתי-כלכלי-אובייקטיבי של שמו הטוב של היוצר חוסים הן בצל ההגנה שנותנים להם דיני זכויות יוצרים, והן תחת כנפיו של חוק איסור לשון הרע¹⁹⁸. ואילו בגדרה של הזכות המוסרית שבסעיף 4 לפקודה תבואנה הן פגיעות הנכנסות לגדר הגדרת חוק איסור לשון הרע והן פגיעות נוספות, סובייקטיביות, שאין מקומן שם. וכל שנאמר לעיל לגבי הקושי שיוצרת פרשנות זו מקום שבעל הזכות המוסרית העביר את זכותו הקניינית לאחר ואותו אחר הוא הנתבע, שנתבע בגין שינויים כלשהם ביצירה שרכש לקניינו, תקף גם כאן. במקרים מן הסוג הזה עלולה הרחבת הזכות המוסרית לרוקן מתוכן את הזכות הקניינית, ויש, לפיכך, לשים לה סייגים מתאימים, כפי שנראה להלן¹⁹⁹.

3. הזכות המוסרית, חופש הביטוי והגנת השימוש ההוגן

על חופש הביטוי, על מקורו החוקתי ועל הבסיס הפילוסופי שעליו מושתתת ההגנה המשפטית המוענקת לו בכל שיטות המשפט — החל בג'ון סטיוארט מיל (Mill) ושאיפתו לקידום חקר האמת²⁰⁰, עבור לטיעון הדמוקרטי של מייקלג'ון (Meiklejohn)²⁰¹ וכלה בגישה הליברלית מבית מדרשם של סקנלון (Scanlon)

198 שאלה נפרדת שיש להידרש לה היא מה ההבדל, אם יש הבדל, בין שני מקורות הגנה אלו.
 199 דוגמה לבעיות רבות נוספות שעמן לא אוכל להתמודד במסגרת מצומצמת זו היא סיפור המחלוקת שמצאתי בין דפיו של עיתון "הארץ" בין פרופ' ז' שביט לבין אחרים בעניין ספר הילדים הידוע "אי הילדים" (1947) שנכתב בזמנו על ידי "שטרנוביץ-אבירד ומ' לובה במשותף ו"שוכתב" לאחר מכן, כדבריה של פרופ' שביט, על ידי מ' לובה לצורך התאמתו לשוק האוסטרי, לשם עברה המחברת, תוך שינוי חלק מהדמויות "היהודיות" בספר והוצאת ה"עוקץ" מהדמויות הגרמניות שהיו שליליות בעיקרן בספר המקור על מנת להפכן לדמויות ניטרליות במהותן בספר המשוכתב. ראו ז' שביט "לא אותה סופרת, לא אותה אדרת" הארץ 3.10.2003 וכן תשובות לכתבתה של פרופ' שביט למשל מאת ת' שדה "לא זו הסופרת ולא זו האדרת" הארץ 17.10.2003. אגב, הצגת הדברים על ידי פרופ' שביט מייצרת בהחלט בסיס לגיטימי לשאלה מה דינו של אחד מבין שני מחברים משותפים העורך שינויים ביצירה המשותפת כדי להתאימה להפצה בשווקים אחרים, ולצורך זה הוא הופך את "הטובים" ביצירת המקור ל"רעים" ולהיפך באופן שפוגע בהשקפת עולמו של היוצר האחר. התגובות לכתבה, עם שהן משכנעות בכנותן, אינן מתייחסות ואינן סותרות את עובדות העולות מכתבת המקור.

200 J.S. Mill *On Liberty* (Indianapolis, E. Rapaport ed., 1982)

201 A. Meiklejohn *Political Freedom: the Constitutional powers of the people* (New York, 1965); A. Meiklejohn "The First Amendment is an Absolute" *Free Speech and Association: the Supreme Court and the First Amendment* (Chicago, P.B. Kurland ed., 1975).

עידן הפרודיה — על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

ודבורקין (Dworkin), המתמקדת באוטונומיה וכבוד העצמי של הפרט כיצור חברתי²⁰² — ועל הוויכוח הידוע והמוכר בשאלה אם זכות היוצרים מקדמת את חופש הביטוי או פוגמת בו, נכתב כבר רבות. חופש הביטוי, הזכות לכבוד²⁰³, זכות הקניין, לרבות הקניין הרוחני, וזכויותיו האישיות של היוצר, לרבות הזכות המוסרית — כולן זכויות חוקתיות הן²⁰⁴. זכות היוצרים משריינת את זכויותיו של היוצר ובכך מקדמת, לפחות בעקיפין, "דיבור" ו"יצירה" חופשית — שהם במרכז עיסוקו של הרצינול שביסודו של חופש הביטוי — מחד, אך מאידך, גם חוסמת את חירותם של יתר בני החברה להתבטא בחופשיות ולהשתמש ביצירות שיצרו קודמיהם כדי לקדם את התרבות האנושית צעד נוסף קדימה. תחת כנפיה של זכות היוצרים חוסה הן מי שחפץ בהרחבת חופש הביטוי והן מי שחפץ בצמצומו²⁰⁵. ההכרעה הסופית לגבי היקפו של חופש הביטוי והיקפה של זכות היוצרים משתנה מחברה לחברה, ממקום למקום וממקרה למקרה. כל חברה — באמצעות כתי המשפט שלה — תוך שהיא מבצעת את תרגיל שיווי המשקל הידוע בין האינטרסים השואפים לבכורה בכל מקרה שבו מתנגשת הזכות לחופש הביטוי עם זכות אדם אחרת, מוצאת לעצמה את נקודת האיזון המתאימה לה מבחינה סוציאלית, תרבותית, משפטית וכלכלית. אין ספק שבארצות-הברית, למשל, עומד חופש הביטוי בעוכריה של התפתחות הזכות המוסרית, והוא משמש שם נשק יעיל בידיהם של אלו החפצים בהרחבת ההגנות נגדה. כך נעשה, כזכור, בעניין חלף עם הרוח, שבו הורחבה הגדרת הפרודיה כחלק מהרחבת טענת "השימוש ההוגן", ועקב כך הורחבה גם תחולתו של חופש הביטוי עצמו²⁰⁶. גישה רחבה דומה בעניין יצירות אמנות, אף כי בהקשר שונה, מסתמנת בכית המשפט העליון שלנו בהחלטות מסוג זו שבבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור²⁰⁷, החלטה שיש בה שיר הלל לחופש הביטוי, אף כי על חשבון — אולי יתר על המידה לטעמי —

202 R.M. Dworkin *A Matter of Principle* (Oxford, 1985)

203 השוו את הצעתו של: Lee, *supra* note 185, at pp. 828–829, להשתית זכות מוסרית אמריקנית על הזכות לכבוד, והסקירה שהוא נותן לגבי ההגנה הקיימת במשפט האמריקני ל"כבוד" (dignity).

204 ראו התייחסות מפורשת לזכות היוצרים בס' 1 לחוקה האמריקנית.

205 E. Chemerinsky "Eldred v. Ashcroft: Intellectual Property, Congressional power, and the Constitution: Balancing Copyright Protections and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional" 36 *Loy. L.A. L. Rev.* (2002) 83, 95; לאוסף אסמכתאות בנושא חופש הביטוי במשפט הישראלי ראו אצל ת' גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע תשכ"ה–1965 נקודת איזון חדשה?" המשפט ה (תשס"א) 9–11 הערת שוליים 1–6; ד' לוינ "חופש הביטוי אל מול הזכות לשם טוב (איזונים והגנות)" ספר שמגר (מאמרים) (תשס"ג, כ"ך א) 47. גם בנושא המשיק של הגנה על סימני מסחר ניכרת אותה דילמה בדיוק — P. N. Leval "Trademark: Champion of Free Speech" 27 *Colum. J.L. & Arts* (2004) 187

206 *Suntrust bank appeal, supra* note 8

207 בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג' (3) 817.

ערכים אחרים חשובים לא פחות. ולפני שניגע בשאלה הקשה שבמרכז דיונונו בפרק זה, היא שאלת השימוש ההוגן ותחולתה על הזכות המוסרית, אולי מן הראוי לערוך אתנחתה קצרה במלל התאורטי לטובת עריכת תרגיל מחשבתי יישומי שבאמצעותו נבחן חלק ממה שאמרנו עד כה על זכות היוצרים, על השימוש ההוגן, על הזכות המוסרית ועל חופש הביטוי. לצורך זה אשתמש במכוון במקרה שבו הסתיים הדיון המשפטי ללא צורך בהכרעה לאור העובדה שהצדדים שם התפשרו כמעט מיד לאחר הגשת התביעה.

בעניין *Frederick E. Hart v. Warner Broth* תבע פרדריק הארט, פסל אמריקני רב-מוניטין שנפטר רק לאחרונה, את חברת הסרטים "וורנר" על שימוש בלתי מורשה ביצירת אמנות שלו במסגרת סרט שיוצר באולפניה ועמד להיות מופץ בגרסת וידיאו לשימוש צרכני בכתי הצופים. יצירתו המפורסמת ביותר של הארט, *Ex Nihilo* (Out of Nothing), מתארת את בריאת העולם, והיא מוצבת ב-Washington National Cathedral. היצירה, הנחשבת כפסגת הצלחתו של הארט כאמן, מתארת את מעשה הבריאה ומשקפת – לדברי האמן – חיפוש רוחני ודתי אחרי ישות אלוהית ואמונה דתית. ביצירה, שצורתה כחצי עיגול, מופיעות דמויות שמיימיות מעורטלות, חסרות זהות מינית מוגדרת המסמלות את יצירת היש מאין. הארט הקדיש ליצירה 13 משנות חייו – מאז 1974 שאז זכה בתחרות בינלאומית לתכנון הכניסה לכנסייה – שבסיומן הפך להיות קתולי מאמין. הקתדרלה שבה מוצגת היצירה היא השישית בגודלה בארצות-הברית, ומיליוני תיירים ומאמינים פוקדים אותה מדי שנה בשנה.

חברת "וורנר" הפיקה בשנת 1997 את הסרט "מלכודת לפרקליט" (Devil's Advocate) שבו מנסה אל פצינו ברמות השטן המתחזה לפרקליט צמרת, להשתלט על נשמתו ועל חייו של פרקליט צעיר מצליח, בגילומו של קיאנו ריבס, ולהדריחו מדרך הישר. על קיר משרדו של עורך הדין כפי שהוא מופיע בסרט, מעל אח הנדמה כמזבח, נתלתה רפליקה של יצירתו של הארט. בסצנת הכמעט-סיום של הסרט, כשהשטן מפתה את הפרקליט הצעיר לשכוח את ערכיו ועולמו הקודם ולהתעלס עם אחותו למחצה, גם היא בתו של הפרקליט השטן, מתחילות הדמויות שביצירת האמנות שעל הקיר להתעורר לחיים – הגבר פוקח עיניו, האישה שולחת אליו את ידיה, והם מתחילים במעשי חיזור ארוטיים מעל ראשם של השחקנים החיים עד שאש פורצת מהיצירה, והסרט מגיע לשיאו.

הארט טען כי הסרט חילל את יצירתו. הכנסייה טענה כי הסרט הוא עיוות גרוטסקי של אמנות מקודשת. השופט הפדרלי, שנתבקש להוציא צו המונע הפצת קלטות הווידיאו של הסרט, קבע כי אם הצדדים לא יתפשרו, יוצא צו למניעת הפצת הקלטות עד לשמיעת הטיעונים. עוד קבע שהדמיון בין יצירתו של הארט לבין היצירה המופיעה בסרט הוא משמעותי; כי לכאורה אמנם הופרה זכות היצרים של הארט; וכי יש בסרט כדי להשפיע על מכירות יצירות האמנות של הארט בעתיד.

עידן הפרווידה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

במסגרת הפשרה שהושגה (על כל הדיון הוצא צו איסור פרסום) שונתה הסצנה הבעייתית בקלטות הידיאו ששוחררו למכירה ועל עטיפתן הודבקה פתקית המסבירה כי היצירה המופיעה במשרדו של השטן אינה קשורה להארט או לכנסייה, והשימוש בה לא הורשה על ידם.
עד כאן סיפור המעשה.

בתרגום חופשי לענייננו ובהקשר לחופש הביטוי ולזכויות היוצרים של הארט מתעוררות השאלות הבאות: היש להעדיף את זכות היוצרים של הארט, הנשמכת, לפחות בחלקה, על אדני חופש הביטוי וזכויות חוקתיות אחרות המצדיקות את בלעדיות השימוש של הארט ואת זכותו המוסרית שלא תיעשה פגימה ביצירה ולא יוטל בה מתום ולא יוכפש שמו כיוצר וכאדם עקב כך, או שיש להעדיף את חופש הביטוי, חופש ה"פרווידה", חופש ה"תועבה", חופש היצירה של חברת הסרטים, שגם היא מעוגנת בזכויות היסוד החוקתיות, העל-חוקיות, ומטרתן לקדם את התרבות האנושית ולהציעה קדימה ללא מעצורים ומגבלות מיוחדים.

כמספר המאמרים, הכתבות והסקירות, המשפטיות והעיתונאיות שנכתבו על המוצאות את הארט ואת חברת "וורנר", כך מגוון הדעות לגבי הגורל שהיה צפוי לתיק לו המשיך בית המשפט לדון בו ולו צריך היה לתת בו הכרעה משפטית-תקדימית מחייבת.

אני משוכנעת שמגוון הדעות, השיקולים, האיזונים והניואנסים המשפטיים, המוסריים והתרבותיים שהיו נשמעים בארץ במקרה זה, לא היה נופל מזה שבארץ מקורה של ההתדיינות בענייניו של הארט. ובכך גדולתו של עקרון חופש הביטוי. במגוון ההצדקות שהוא מספק; במורכבות הבסיס הערכי שעליו הוא בנוי; באפשרות להתאימו להשקפת עולם רצויה ומתאימה בתכרה נתונה בזמן נתון ובנסיבות מתאימות ללא כל צורך לקבוע מסמרות ולדרג באופן החלטי ומחייב את הייררכיית הזכויות וסדר הקדימויות בין הזכויות המתחרות על הבכורה בנושא מורכב זה של זכות היוצר ביצירתו מחד והזכויות המתנגשות בו מאידך²⁰⁸. ומכאן בחזרה לשאלה שלא נשאלה בענייניו של הארט, אולם אין ספק שהיא בעלת משמעות מרכזית במערך האיזון בין האינטרסים השונים המתחרים כאן על הבכורה: האם יוכל הנתבע, מפר הזכות המוסרית, לגייס להגנתו את טענת ההגנה של "שימוש הוגן" ולהכשיר בדיעבד את הפגיעה המוסרית כיוצר?

פסק הדין האמריקני הידוע בעניין *Campbell*²⁰⁹ יוכל לשמש לנו כדוגמה

208 כסיפור גלגוליו של התיק בענייניו של הארט מול וורנר נעזרתי במקורות הבאים: Copyright Website: [http://www.benedict.com/visual/devil/devil.asp] (last visited on 6.10.2005); R.T. Umstead & B. Scala "PPV to get edited 'Devils Advocate' (warner bros. Editing of the pay-per-view version of the film)" *Multichannel News* (Feb. 23, 1998); M.C. Lucas "The De Minimis Dilemma: A Bedeviling Problem of Definitions and a New Proposal for a Notice Rule" 4 *J. Tech. L. & Pol'y* (1999) 2; Kwall, *supra* note 164, at p. 35 *Campbell case, supra* note 49 209

נאותה לשאלה זו. עובדותיו הן כדלקמן: על תשתית הבלדה הקלאסית "Oh, Pretty Woman", שיר חביב ומוכר שצעד בזמנו בראש "מצעדי הפזמונים" של פעם, נכתבה בארצות-הברית מוסיקת ראפ למילים (שבוטאו כדיאלקט אפרו-אמריקני) שעיקרן כדלקמן – "Big hairy woman you need to shave that stuff, Big hairy woman you know I bet its tough". המסר שניסו מחברי השיר החדש להעביר היה שלמעשה יצירת המקור התמימה, השיר העדין והרומנטי, שעסק בחיזור באמצעות יין ושושנים ולא נגע כלל – באמירה או ברמיזה – במימוש הפיזי של חלומות האהבה של האוהב עם אהובתו, היה למעשה שיר מתחסד ו"שקרי" שכיסה, שלא בהצלחה יתרה, על כוונות ארוטיות חבויות שהעדינות מהן והלאה. את "המסר החבוני" שבשיר המקור, את חשיפת "הכוונות הסמויות" שבו, העביר הנוסח החדש של השיר "Big Hairy Woman" למנגינת "Oh, Pretty Woman" בולגריות מוצהרת שהבוטות שלה היא למעשה המסר העיקרי שבה. התביעה שהגישו בעלי הזכויות בשיר המקור נדחתה, ובית המשפט העליון בארצות-הברית קבע כי מדובר בפרודיה הזכאית להגנה כ"שימוש הוגן"²¹⁰.

הואיל ובארצות-הברית ההכרה בזכות המוסרית של היוצר מצומצמת, כאמור, הרי אף כי מקובל היה על הכול כי הנתבעת, להקת הראפ "Live Crew 2", העבירה כאן מסר של וולגריות מילולית במכוון, דבר שהקציץ את הפגיעה ביצר המקורי, ואף כי הדעה השלטת הייתה כי אכן היצירה היא "hopelessly vulgar"²¹¹, שאלת זכותו המוסרית של היוצר המקורי לא הועלתה כלל על שולחן הדיונים.

ואף על פי כן, אילו נטענה ונתקבלה עילת תביעה זו, אילו נפסק כי זכותו המוסרית של היוצר נפגעה, היכולה הייתה הלהקה הנתבעת לחסות בצל ההגנה של "שימוש הוגן"?

יש הבדל בין התשובה שנותן המשפט האנגלו-אמריקני על שאלה זו ובין התשובה שנותן עליה המשפט הצרפתי. והבדל זה בין התשובות מעלה שוב את הדיכוטומיה הידועה בין הגישה הדואליסטית, הרואה בזכות המוסרית זכות נפרדת מזו הקניינית-רכושית לבין הגישה המוניסטית, הרואה את השתיים כשני היבטים של אותה זכות²¹².

החוק האנגלי משנת 1988 מכיר בקיומה של הגנת "שימוש הוגן" רק כנגד "מחצית" הזכות המוסרית של היוצר²¹³. דהיינו הוא מכיר בהגנת "השימוש ההוגן" כנגד פגיעה בזכות האבהות (Paternity) ואינו מכיר בה, לפחות לא באופן ישיר, בכל הנוגע לזכות לשלמות ולאותנטיות ביצירה (Integrity), אפילו כשמדובר בביקורת, בפרודיה או בסאטירה. ה"הגנות" היחידות נטמעות במסגרת הקשחת

Ibid 210

211 ראו אצל: Lehr, *supra* note 77, at p. 472.

212 ויסמן, לעיל הערה 163, בע' 55 רואה בהבדלים אלו סמנטיקה בלבד.

213 Laddie et al., *supra* note 183, at p. 600. המחבר מבקר מצב זה שבו הגנת שימוש הוגן

אינה עומדת כלל כנגד הזכות ל-integrity.

עידן הפרודיה — על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

מרכיבי העילה עצמה — שדורשת פגיעה מהותית, שאינה יכולה להיות מוצדקת אפילו מכוח עקרון חופש הביטוי. מאידך, המשפט האמריקני, שבו מוכרת הזכות המוסרית מלכתחילה בצורה מוגבלת ומסויגת מאוד, אינו מתייחס באופן מפורש להגנת השימוש ההוגן בהקשר של זכויות יוצרים ביצירה ספרותית כלל. ההגנה על הזכות המוסרית, ובעקבותיה הגנת השימוש ההוגן, קיימת בארצות-הברית רק לגבי אמנות פלסטית²¹⁴. לגבי יתר התחומים שאינם אמנות פלסטית, הדעות בפסיקה האמריקנית חלוקות באשר להיקף ההגנה על הזכות המוסרית, כשלעתים גוברת ההגנה על היוצר — ואז ממומשת ההגנה באמצעות שימוש בעוללות חלופיות — ולעתים גוברת ההגנה על חופש הביטוי, שהמשפט האמריקני מחויב לו רעיונית ומשפטית מכוח הוראות התיקון הראשון לחוקה האמריקנית²¹⁵. חופש הביטוי, שהוא גם מקור חיותה של הגנת השימוש ההוגן, כמובן²¹⁶, מכשיר במקרים מתאימים את הפגיעה בזכותו המוסרית ובשמו הטוב של היוצר ללא היזקקות מפורשת להגנת השימוש ההוגן שתחום חיותה מצומצם לדין בזכויות הכלכליות של היוצר בלבד.

בצרפת ובגרמניה, ששם ההגנה על הזכות המוסרית היא החזקה והערכית ביותר, מוגבלת ההכרה בזכות המוסרית למקרים שבהם הביקורת על יצירת המקור או השינוי שנעשה בה היא חמורה, רצינית ופוגעת, והשתקתה לא תהווה מגבלה מוגזמת על חופש הביטוי של המבקר הנתבע. יתרה מזאת, בית המשפט בודק היטב שהפגיעה ביוצר היא מהותית ויסודית. בדרך זו הוא מונע תביעות קלות דעת מצד היוצר הפגוע, והוא פוטר את עצמו מהצורך לעסוק בשאלות המצריכות ידע והבנה בביקורת אמנותית או ספרותית שאין מקומן כאן²¹⁷. הנה כי כן, גם בצרפת ובגרמניה, כמו באנגליה, הקשחת תנאי העילה המוסרית מייטרים את הצורך בהגנה רחבה מדי בקביעת עמדה חד-משמעית בשאלה שהצגנו.

ומה במשפט הישראלי?

לאור שתיקת המחוקק שלנו, נשאר הנושא פתוח לשיקולים ערכיים מורכבים, לפחות לעניין "הזכות לשלמות". מחד, הכרה בזכות המוסרית באופן מוחלט וללא הגנה אינה תואמת לגישת המחוקק הישראלי כלפי זכויות אישיות דומות כמו הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות. הותרת הזכות המוסרית ללא כל הגנה מגבילה תהפוך אותה לזכות מוחלטת, טובה יותר מיתר שתי "תאומותיה הרעיוניות" ללא

214 Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA)

215 לסיכום עמדתו של המשפט האמריקני ולביקורת על היעדר הגנה נאותה על הזכות המוסרית ראו: Kwal, *supra* note 164.

216 סיכום טוב של הפסיקה האמריקנית והצגת עמדתה מול הפסיקה הצרפתית ראו אצל: Lee, *supra* note 185. כן, ראו השוואת שתי הגישות באמצעות מקרה היפותטי: B.G. Williams, "James Brown v. In-Frin — JR: How Moral Rights Can Steal the Groove" 17 *Ariz. J. Int'l. & Comp. L.* (2000) 651.

217 DaSilva, *supra* note 157, at pp. 30–37. תביעה בגין פגיעה בזכות המוסרית אסור שתהיה קלת דעת (frivolous) והביקורת הפוגעת צריכה להיות קיצונית (extreme).

סיבה סבירה. מאידך, הגבלת הזכות המוסרית על ידי הגנת השימוש ההוגן, בעיקר כמשמעותה הרחבה, כמעט תרוקן אותה מתוכן, בעיקר כאשר בעל הזכות המוסרית, היוצר המקורי, יבקש לתבוע את בעל זכות היוצרים שקיבל אותה בהעברה ממנו. ללא מגבלה סבירה יוכל בעל הזכות המוסרית לשלול מבעל הזכות הכלכלית, שקיבלה, כך יש להניח, בתמורה כספית מלאה, חלק ניכר מפרות השקעתו.

ניתן לחשוב על מספר פתרונות אפשריים. פתרון אפשרי אחד הוא בניסוח מגבלה מפורשת ומוגדרת על הזכות המוסרית. פתרון אפשרי אחר הוא להכיר בתחולתה של הגנת השימוש ההוגן גם כנגד הזכות המוסרית, אולם לפרש אותה על פי מבחנים אחרים, שונים מאלו המשמשים לבחינתה כהגנה בפני תביעה בזכויות יוצרים. זאת, באופן שיכול שהשימוש ייחשב כמוגן מקום שעילת התביעה הנה הפרת זכות היוצרים הכלכלית, ואולם אותו שימוש לא ייחשב כמוגן כשעילת התביעה היא פגיעה בזכותו המוסרית של היוצר. כך ניתן יהיה לתת משקל יתר לשיקולי הגינות, כבוד, סבירות ותום לב, כשלצדם שיקולים סובייקטיביים אחרים, מתוך התפיסה כי אכן שיקולים אלו נותנים ביטוי נכון יותר למהות הזכות המוגנת כזכות מוסרית, אישית, מצפונית, רגשית, אינטלקטואלית ופרטית²¹⁸. לצורך זה ניתן להשתמש בכלים המשפטיים שמספק לנו המחוקק עצמו בחוק זכות יוצרים ובפקודה, ולפרש את הביטויים הרלוונטיים באופן ש"שינוי", עיוות, סילוף וכיוצא באלו, הגוררים פגיעה בשמו הטוב של היוצר או בשמה הטוב של יצירתו ומולידים פגיעה בזכות המוסרית לפי סעיף 4 לפקודה, ייחשבו כטיפול הוגן המקנה הגנה לפי חוק זכויות יוצרים רק במקרים נדירים שיצדיקו, על בסיס שיקולי מדיניות מוכרים, את צמצום הזכות.

כך, הרוצה לצמצם את ההגנה ולהרחיב את הזכות יאמר מחד כי כל פגיעה ושינוי ביצירה שיש בה פוטנציאל גרימת נזק כאמור בסעיף 4, לעולם לא תיחשב כ"טיפול/שימוש הוגן", ואילו הרוצה לצמצם את גדר הזכות המוסרית מאידך ישא את דגל "חופש הביטוי"²¹⁹ וייתן לו עדיפות על פניה של הזכות בין באמצעות צמצום יסודות עילת התביעה ובין בדרך של הדגשת שיקולים ציבוריים-חברתיים-ותרבותיים דווקא והעדפתם על פני שיקולים פרטיים, הממקמים את היוצר במרכז ההגנה המשפטית ומרחיבים בכך את תחום חיותה של הזכות המוסרית. והנה, לכאורה, מתייתר כל דיונונו שלעיל לאור הפתרון שמציג בפנינו המחוקק הישראלי:

סעיף 53(ב) להצעת חוק זכות יוצרים מציע פתרון אחר וקובע כי "עשיית

218 השוו לרעיון הבסיסי לבסס זכות מוסרית במשפט האמריקני על ה"כבוד" המוגן בחוקה ובחקיקה האמריקנית ועליו לבנות איוון אינטרסים בין היוצר למפר בלא הזקקות חקייתיות ומיותרת לתאוריות של המשפט הצרפתי אצל: Lee, *supra* note 185, at p. 853, בעיקר בפרק המסקנות, בע' 854.

219 ועדיין נשמעת ביקורת נוקבת כמו זו של: Rubinfeld, *supra* note 35.

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

פעולה ביצירה הפוגעת בזכות המוסרית האמורה בסעיף 47(2) אינה מהווה הפרה של הזכות האמורה, אם הפעולה היתה סבירה בנסיבות העניין.²²⁰ ומדוע לכאורה? הואיל ונוסחו של סעיף 53(ב) משאיר, בצדק, כר נרחב לשיקול דעת לבית המשפט שידון, מכאן ולהבא, לאחר כניסתו לתוקף של החוק המוצע, בהפרת זכותו המוסרית של היוצר ביצירתו. ההסדר המוצע מהווה, מחד, מגבלה מפורשת על הזכות המוסרית ומצמצם את תחום מחייתה של עילת התביעה הנובעת ממנה, ומאידך, הוא משאיר פתח להתחשבות במהותה המיוחדת של הזכות המוסרית – הרגשית, הסובייקטיבית, האישית – לאור "אינטרסים לגיטימיים אחרים שעשויים להיות ביצירה, כמו האינטרסים הכלכליים של בעל העותק הפיזי של היצירה, אינטרסים ציבוריים וכו'", כדברי ההסבר להסדר המוצע בסעיף זה. בהמשך לכך יצטרך בית המשפט לתת תוכן למילים "סבירה בנסיבות העניין" באופן שישקף את היותה של הזכות המוסרית זכות יחסית כיתר חברותיה החוקתיות. וכפי שגם הן מוגבלות ומאוזנות מכוח ערכי היסוד שלהם מחויבת השיטה המשפטית שלנו, ניתן יהיה בעתיד, כפי שלדעתי ניתן היה גם עד כה ללא הוראה מפורשת, להחיל גם על הזכות המוסרית מגבלות יחסיות²²⁰ שתייתרנה את הצורך ברשימת הגנות מפורשת ומפורטת כזו הקיימת בחוק איסור לשון הרע ובחוק הגנת הפרטיות, תוך השגת אפקט דומה ותוך הקניית שיקול דעת רחב הדרוש לבית המשפט לצורך התמודדות עם תחום מורכב ורגיש זה²²¹.

4. משך חיותה של הזכות המוסרית

חנה מוסינון תבעה מכוח היותה יורשת של בעלה.

מה דינה של הזכות המוסרית עם פטירתו של בעליה? אמנת ברן קובעת כי משך חיותה של הזכות הוא לפחות כאורך חייה של הזכות הכלכלית. בכך נקטה האמנה גישה ניטרלית המתחייבת מהוויכוח העקרוני בין שיטות המשפט כמו המשפט האנגלו-אמריקני²²² – הרואות בזכות המוסרית ספיח טבעי של הזכות הכלכלית, ולכן משך חיותה זהה לאורך חייה של הזכות הכלכלית – לבין השיטות הרואות בזכות המוסרית, על שני מרכיביה, זכות נפרדת בעלת מקורות חיות עצמאיים ובסיס

220 על חופש הביטוי והמגבלות על הזכות לשם טוב ראו גדרון, לעיל הערה 205, שם. כן השוו: *Suntrust Bank appeal, supra note 8, at p. 1260*. על תרומתו של השופט האמריקני Learned Hand לנושא ועל הכללים המנחים שקבע ראו: *Nichols case, supra note 44, at pp. 120–122*; *Merges et al. supra*. וכן: *Mimmer "Does Copyright Abridge the First Amendment note 90, at pp. 494–495*; *M. Nimmer "Guarantees of Free Speech and Press?" 17 UCLA L. Rev. (1970) 1180, 1199*.

221 השוו להצעתו של ויסמן במאמרו, לעיל הערה 158, להשתמש בקריטריונים של סבירות בנסיבות העניין לסוגיית המבחן הראוי לקיומה של הזכות המוסרית. השוו להסדר במשפט הצרפתי המדבר על האופי "discretionary של הזכות המוסרית: C. McColley "Limitations on Moral Rights in French Droit D'auteur" 41 *Copyright L. symp. (ASCAP) (1998) 433, 442*.

222 *Laddie et al., supra note 183, at p. 860*.

תאורטי שונה, כבשיטת המשפט הצרפתי²²³. אלו האחרונות נותנות תוקף להגנה על הזכות המוסרית ללא מגבלת זמן ואף יוצרות מנגנוני הגנה ציבוריים שיאכפו זכויות אלו בהיעדר יורשים²²⁴. סעיף 6(2) לאמנת ברן קובע כי כל מדינה יכולה לקבוע תקופת הגנה — *post mortem auctoris* — לפי שיקול דעתה הן לגבי זכות האבהות והן לגבי הזכות לשלמות היצירה²²⁵. עם זאת, זכותם של היורשים או המממשים האחרים של הזכות המוסרית מוגבלת בכך שהתנגדותם לעשיית שימוש ביצירה או לשינויה תהיה רק למטרות התואמות את האינטרסים של היוצר המנוח ולא את האינטרסים של היורש עצמו²²⁶.

פקודת זכות יוצרים שותקת בנקודה זו, ואילו שתי החלטות של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, האחת בעניין חסמב"ה והשנייה בבש"א 18366/01 כרמי נ' היכל התרבות בע"מ²²⁷, שתיהן של ידי השופט זפט, מפגינות גישה דומה לגישה המתבקשת משיטת משפט הרואה בזכות המוסרית חלק מהזכות הכלכלית, דהיינו משך חיותה של הזכות המוסרית צמוד לתקופת ההגנה על הזכות הכלכלית — 70 שנה לאחר מות היוצר²²⁸. זוהי גם גישתה של הצעת החוק החדשה הקובעת בסעיף 46 כי תקופת ההגנה על הזכות המוסרית תהיה כמשך תקופת ההגנה על הזכות הכלכלית. עם זאת, מסייגת ההצעה וקובעת כי לאחר מותו של היוצר רשאים לתבוע בגין ההפרה קרובי היוצר בלבד, דהיינו בת זוגו, צאצאיו, הוריו או אחיו. לא ברור מה טעם מצא המחוקק בשלילת אפשרותו של יורש אחר שאינו נמנה עם רשימת הקרובים שמונה החוק לממש את זכותו המוסרית של היוצר שהלך לעולמו. האם סבר כי אופי הפגיעה האישית מחייבת רמת קרבה מדרגה ראשונה דווקא או שמא העריך שפגיעה בשמו הטוב של היוצר גוררת באופן טבעי גם פגיעה בשמם הטוב של קרוביו ולפיכך יש לייחד את עילת התביעה להם בלבד. דווקא בעניין היכל התרבות הביע השופט זפט את דעתו כי מטרת הקניית עילת התביעה לקרובי היוצר לאחר מותו מיועדת לשמר את כבודו של המוריש בלבד, ואין לראות בה מכשיר להגנה על אינטרסים כלכליים שבמוניטין או בקידום השם המקצועי של היוצר המנוח עצמו²²⁹.

223 Ricketson, *supra* note 158, at pp. 467, 473 n. 510.

224 Sarraute, *supra* note 156, at pp. 483–484.

225 לעיל הערה 151, שבו נדחתה בקשת גוף ציבורי בינלאומי להצטרף לדיון כ-*Amicus Curiae*.

226 לגבי הספק בשאלה אם לפי פרוטוקול שטוקהולם אין חובה להגן לפחות על אחת מזכויות,

ראו אצל: Ricketson, *supra* note 158, at p. 475.

227 ראו: Sarraute, *supra* note 156, at p. 484.

228 בש"א (ת"א) 18366/01 כרמי נ' היכל התרבות בע"מ (לא פורסם), דינים מחוזי (ג) 823 (להלן: עניין היכל התרבות).

229 השוו לזכות לשם טוב המוגבלת בתחולתה לאחר מות הנפגע לפי ס' 5 לחוק איסור לשון הרע ולזכות לפרטיות שאין לה קיום לאחר פטירתו של בעל הזכות.

229 מעניינת ההבחנה שעושה השופט זפט בין האינטרס המוגן בתביעת היורש לבין האינטרס, הכספי והכלכלי באופיו, המוגן באמצעות עילת התביעה של היוצר עצמו. עניין היכל התרבות, לעיל הערה 227, בפסקת הדיון בסעד המבוקש.

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

זוהי גם גישת המשפט הצרפתי העושה הבחנה ברורה בין הזכות עצמה, שאינה עוברת בירושה, לבין הזכות לתבוע בגין הפרת הזכות, שהיא בלבד ניתנת להורשה, ללא מגבלת זהות של היורשים²³⁰. אם כך הדבר, לא ברור מדוע יש להגביל את רשימת המממשים הפוטנציאליים של זכות זו.

יצוין כי ההסדר הנוגע לפגיעה בזכות לפרטיות ובשמו הטוב של האדם שונה לחלוטין. בכל מקרה, ההגנה על הזכות לאחר מות היוצר מעוררת בעיה של תוכן והיקף ההגנה. בהנחה שאכן הזכות המוסרית מעניקה הגנה גם לאלמנטים סובייקטיביים ולא רק אובייקטיביים, תתעורר השאלה אם יש מקום להמשיך ליתן הגנה רחבה זו גם ליורשי היוצר ולפצותם גם על הפגיעה הסובייקטיבית שנגרמה לו; או שמא תצומצם ההגנה, עם מותו של היוצר, ותינתן רק על פי מבחנים אובייקטיביים בלבד; או שנכון יהיה דווקא להבחין בין תביעה של היוצר המקורי לבין תביעת יורשיו בגין פגיעה שאירעה לאחר מותו בדרך של קביעת סכום פיצוי שונה שיבחין בין שני סוגי הפגיעה השונים, כפי שאמנם מרמז השופט זפט, בצדק, בהחלטתו האמורה בעניין היכל התרבות.

ח. עילות נוספות או אלטרנטיביות

עובדותיהם של עניין חסמב"ה, עניין חלף עם הרוח, עניין פיטר פן ואחרים, מעוררות שאלות משפטיות כבדות גם באשר לתחולתן האפשרית של עילות תביעה נוספות או חלופיות שבמסגרתן, אולי, יימצא פתרונו האופטימלי של הסוגיה המורכבת. בגלל קוצר היריעה אגע רק בחלק מהן בקצרה על מנת לשוב ולדון ביישומן האפשרי בעתיד בנפרד.

פרט לבדיקת יסודות חוק איסור לשון הרע והשוואתו לעילה שבסעיף 4 לפקודת זכות יוצרים יש לבחון את הסוגיה גם לאור סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, העוסק בשימוש בשמו של אדם למטרות עשיית רווח²³¹.

לצדן של אלה יש מקום לבחון קיומו של מרכיב ה"שלא על פי זכות שברדין" שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר. את העילה שבסעיף 63 לפקודת הנזיקין, הפרת חובה חקוקה, יש לבחון לאור השאלה אם התנאי שבסיפה של סעיף 63 אינו מונע קיומה של עילה מקבילה גם לפי פקודת הנזיקין עצמה, ואם אכן אין מניעה כזו, מה נפקות יש ל"שאיבתה" של הפגיעה בזכות המוסרית אל תוך פקודת הנזיקין והפיכתה לעוולה לכל דבר ועניין.

וכמובן, לסיום, יש בהחלט מקום לכלול את הפרת הזכות המוסרית של היוצר במסגרת עולות הרשלנות. במסגרת זו ניתן יהיה לערוך איזון מתאים בין שיקולי המדיניות שלהם תפקיד מפתח במציאת שיווי המשקל הנכון בין הצורך בהגנה על

DaSilva, *supra* note 157, at p. 14 230

231 מעניין יהיה לבדוק במסגרת זו את יישומה של הלכת אריאל מקדונלד בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 על נסיבות המקרה שבכאן.

שמו הטוב של היוצר מפני פגיעה רשלנית או מכוונת מחד²³² לבין עקרון חופש הביטוי ותחולתו על דיני זכויות היוצרים בכלל ועל הזכות המוסרית בפרט²³³. לצד כל אלו אסור לשכוח גם נושאים נושקים שבמסגרתם נדון הנושא בעיקר בארצות-הברית, ועיקרם בתחום העוללות הקנייניות ודיני סימני המסחר, שהדין בהם מחייב מסגרת נפרדת²³⁴.

ט. אחרית דבר

"מותר ללעוג, אסור להרגיז", אמר פעם גדול הסאטיריקנים שלנו, אפרים קישון, בהגדירו את ההבדל בין הסאטירה לסטירת לחי²³⁵. הדברים נאמרו בהקשר אחר אך הם טובים גם לענייננו: מה ההבדל האמיתי בין פרודיה לסאטירה והאם יש לו נפקות לעניין הגנת "השימוש ההוגן"; מהם גבולות "השימוש ההוגן" לעניין זכות היוצרים על שני היבטיה; האומנם אין גבולות לחוסר טעם, לניבולי פה ול"סטירות לחי", בלשונו של קישון, גם לעניין הזכות המוסרית; והאומנם דין עניין חסמב"ה כדין עניין חלף עם הרוח (ואולי גם כדין עניין פיטר פן לו — כך להערכתי — היה הדיון בו מגיע אל תומו בבית המשפט ולא מסתיים בהסכמת הצדדים); האם החשש שבתי המשפט יתקשו לגבש כללים אובייקטיביים ופסיקתם תשקף ערכי מוסר ושיפוט "אמנותי" סובייקטיבי מחייב הענקת חסינות כוללת לכותבי הפרודיות כולם, או שניתן וצריך לקוות שכשם שבתי המשפט השכילו כבר בעבר להתמודד עם שאלות ערכיות-מוסריות לא פחות מורכבות, כמו למשל שאלות שעניינן בהגדרת שמו הטוב של האדם, מהות זכותו לפרטיות ומרכיבי האוטונומיה שלו, כך יעלה בידם בעתיד — אף אם תוך התלבטות מתמשכת — לגבש מבחנים חברתיים-ערכיים שיסייעו בהגדרת ההגנה על זכותו המוסרית של היוצר הפגוע; האומנם קשה יותר להחליט אם תיאורו של איש ציבור כ"עכבר ביבים" מהווה לשון הרע — אפילו שהמבחן הוא אובייקטיבי גרידא — מאשר להכריע אם ספרה של האפרתי פוגע או שאינו פוגע ברגשותיו ובזכויותיו של מוסינזון או יורשיו — בעיקר כשמדובר במבחן שיש בו הרבה יותר משמץ סובייקטיביות²³⁶.

232 השוו להצעתם של: D.S. Ciolino & E.A. Donelon "Questioning Strict Liability in Copyright" 54 *Rutgers L. Rev.* (2002) 351, להשתיי את האחריות על הפרת זכויות יוצרים על בסיס של אשם ולא כאחריות חמורה ללא אשם.

233 על האפשרות לעשות שימוש בעוללת הרשלנות במקרים של פגיעה בשמו הטוב של אדם ראו ת' גדרון "לשון הרע — עוללת רשלנות?" המשפט ד (תשנ"ט) 219. במקרה של פגיעה בזכות המוסרית יש לטעון שם ביתר תוקף שכן לא תתעורר בעיית עקיפת הגנות ספציפיות ונטרול כוונת המחוקק כבמקרה הנדון שם.

234 סקירתו של: Phelps, *supra* note 80 מתמקדת בנושאים אלו כשבמרכזה נושא סימני המסחר. א' לויך "מותר ללעוג, אסור להרגיז" גלובס 1.2005.30.

236 חשוב להדגיש שוב את ההבדל האובייקטיבי בין תוכני שלוש היצירות האמורות, כאשר אין ספק שדרגת המיאוס שמעורר "חסמב"ה" והסימפטיה שמעוררת יצירתה של אמילי סומה

עידן הפרודיה – על "חסמב"ה", "חלף עם הרוח", "פיטר פן" ועל מה שביניהם

מהיותן של מרבית הסוגיות שבהן דנו לעיל משוללות, עדיין, כללים ברורים וחד-משמעיים במשפטנו המקומי, רצוי, אולי, לאמץ את הגישה שנקט המשפט האמריקני, המתמודד עם כל מקרה נתון בדרך של השוואת נסיבותיו לנסיבותיהם ולעובדותיהם של מקרים דומים שבהם פסק כבר בעבר בלא היזקקות לכלל אחד, מחייב וחד-משמעי ותוך השארת שיקול דעת רחב לבית המשפט הדין במקרה.

אין ספק שהשוואת נסיבות "לא תשווה" (עם כל הכבוד לסמליות המתבקשת משם הספר) לנסיבות "The Wind Done Gone", לנסיבות חיקוי דמות הברווז הידוע בעניין גבע, למקרה של "ד"ר סוס" ולחיקויין של דמויות וולט דיסני בעניין *Air Pirates* – מחייבת מסקנה חד-משמעית כי ב"לא תשווה" נעשתה העתקה ממשית של יצירתו של מוסינון המנוח, וזכות היוצרים שלו הופרה. זאת לעניין העילה וחלקו הראשון של פסק הדין.

אשר לטענת ההגנה ולחלקו השני של פסק הדין, כאן ספק בעיניי אם מסקנתו של כבוד השופט בדבר תחולת הגנת הטיפול ההוגן מבוססת דיה, לאור היקף השימוש הנרחב שעשתה האפרתי ביצירתו של מוסינון, המטרה המסחרית המובהקת שעמדה, בין השאר, בבסיסו של הפרסום, וחוסר הבהירות באשר למטרת השימוש ולערכה הפרודי/סאטירי/חברתי/תרבותי של היצירה האמורה.

יתר על כן, גם אם צדק השופט במסקנותיו החלופיות בעניין היעדר עילת תביעה בגין הפרת זכות היוצרים הכלכלית או קיום הגנת שימוש הוגן, עדיין ברור לחלוטין כי המקרה שבפנינו חייב דיון מעמיק לפחות גם בזכותו המוסרית של היוצר המנוח²³⁷. בעיניי, מכל מקום, זוהי השאלה העיקרית, המרכזית והחשובה ביותר במקרה זה.

והתשובה עליה מתבקשת מאליה: "טריוויליזציה של יצירה, המובילה לטריוויליזציה של היוצר ופגיעה בכבודו היא ערוכה להצלחת התביעה המבוססת על זכות מוסרית"²³⁸.

קריאת ספרה של האפרתי מראשיתו ועד סופו בהחלט ייצרה, אצלי לפחות, תחושה שמתן הסעד המבוקש ומניעת הפצתו של הספר הייתה הדרך הנכונה ביותר והמתבקשת ביותר להתמודד עם המקרה, הן מבחינה משפטית והן מבחינה מוסרית, על פי כל קריטריון אפשרי או רצוי, אפילו בהתחשב ב"הגנה" של "סבירות בנסיבות העניין" כלשונה הפורשנית של הצעת החוק.

גם אצל מתנגדיה – בולטים ביותר. ראו ביקורת אצל גורלי, לעיל הערה 140. הכתבה של גורלי מתייחסת לנוסח מקוצר של מאמר זה שפורסם בהמשפט 21, פברואר 2004. גורלי משווה בכתבתו בין עניין לוני הרציקוביץ, לבין עניין חסמב"ה. אף כי אני חולקת על התוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון בעניין הרציקוביץ, עדיין ברור לחלוטין שלתוצאה זו אין כלל נפקות לעצם ענייננו כאן.

237 בלא שנכריע בשלב זה בתחולתה או באי-תחולתה של הגנת השימוש ההוגן או הגנות אחרות.

238 בתרגום חופשי מ: Laddie et al., *supra* note 183, at pp. 595–596.

בבסיסה של הגנת השימוש ההוגן כנגד תביעה על הפרת זכות היוצרים עומד הצורך בקידום הידע האנושי. הגנה זו מכשירה שימוש ביצירה מוגנת בלא שיינתן סעד ליוצר הנפגע. זכותו המוסרית של היוצר מוגבלת גם היא באמצעות הדרישה ל"סבירות הנסיבות" שבהצעת חוק זכות היוצרים, שבבסיסה הרצון לקדם את ההתפתחות התרבותית-חברתית. הגנות אלו, כמו גם כל מגבלה אחרת המאיינת פגיעה בזכותו המוסרית של היוצר ומכשירה פגיעה בשמו הטוב כאדם או כיוצר, מתבססות כולן על התפיסה הלגיטימית ש"החדש" מבוסס על "הישן", "המודרני" מבוסס על "העתיק", שהצעד שצעדנו היום הוא רק אחד הצעדים שבין אתמול למחר. התקדמות בכל תחום שהוא מושתתת על הישגים שהושגו לפני; על "נקודת תצפית" טובה יותר של הגמד הניצב על כתפי הענק:

"The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of a giant can see further than the giant himself"²³⁹.

ואף על פי כן ולמרות זאת, בכל הנוגע ליצירה הספרותית נשוא דיונונו כאן מסופקתני אם ל"גמד" כזה פיללנו²⁴⁰.

239 "if i have seen : עושה פרפרזה על המשפט המפורסם : further than other men, it is because I have stood upon the shoulders of giants", המיוחס, באחת מגרסאותיו, לאייזיק ניוטון. הפילוסוף ברנרד מ-Charter היה, כנראה, מחבר המימרה, כך אנו למדים מתלמידו הידוע ג'יהן מסולסבורי. גלגוליו של הדימוי מפורטים בספרו של הסוציאליסט הידוע מרטון (Robert Merton): *On The Shoulders of Giants* (New York, 1965) שיצא לאור מחדש בהוצאת Chicago University Press ב-1993. על שורשיה היהודיים של המימרה סח לנו צדקיה בן אברהם ענב בצטטו את הרי"ד, ר' ישעיה די טראני: "מי צופה יותר למרחוק? הענק או הננס? הוי אומר הענק, שענינו עומדות במקום גבוה יותר מן הננס. ואם תרכיב הננס על צווארי הענק, מי צופה יותר למרחוק? הוי אומר הננס, שענינו גבוהות יותר עכשיו מעיני הענק. כך אנו ננסים ורכיבים על צווארי ענקים, מפני שראינו חכמתם ואנו מעניקים עליה, ומכוח חכמתם חכמנו לומר כל מה שאנו אומרים, ולא שאנו גדולים מהם". על המשמעות התלמודית של הפתגם, כמו גם על שורשיה היווניים של המילה "ננס", ועל סיפורים ומשמעויות נוספות של המשפט המפורסם, "Philosophy, criticism history, and even the natural, sciences require continuous reexamination of yesterday's theses", ראו אצל: Merton, *supra*, at pp. 233-243. השונו גם אצל P.N. Leval. *Toward A Fair Use Standard* 103 *Harv. L.Rev.* (1990) 1105, 1109-1110. להשוואה ראו את סיפורה של "לולייטה" – האם פרי יצרתו של נבוקוב כפי שהורגלנו לחשוב או שמה פרי עטו המקורי של פון ליכברג. ראו כתבתה של ר' אלמוג "האמנם הסופר שהמציא את לולייטה הוא באמת ולדימיר נבוקוב" הארץ 16.4.2004. כמסופר, הגיב מבקר הספרות המפורסם מרסן רייך רניצקי בריאיון ל"דר שפיגל" על הסברה ש"לולייטה" המקורי חובר על ידי פון ליכברג, באמרו כי הסיפור של פון ליכברג סביר ואילו הרומן של נבוקוב גאוני. אני מודה לפרופ' דניאל סינקלר, לפרופ' הנרי אונגר, לחברי מערכת המשפט ולשחר גדרון שעזרו לי לרדת לחקר גלגוליו של הביטוי ולגלות אוצר בלום של חכמה וידע בתחום חדש לחלוטין עבורי בסיומה של "הערת פסיקה" זו.