

## אשם בדיני זכויות יוצרים : נטע זר או שיקול תקף ?

### יעל ניסן-אלון\*

מאמר זה בוחן את משטר האחריות החמורה החל בדיני זכויות היוצרים ואת מידת התאמתו למציאות בת ימינו. השאלה נבחנת בפרספקטיבה רחבה של המשפט האזרחי הישראלי, תוך התמקדות בדיני הקניין ובדיני הנזיקין, נוסף על דיני זכויות יוצרים. המאמר מצביע על כך שחקיקת חוק זכות יוצרים 2007 סללה דרך להכיר באשם כשיקול תקף, ללא צורך בעריכת שינוי כולל של משטר האחריות החמורה. ניתן להשתמש בכלים המשפטיים הקיימים, בשילוב עם דוקטרינות אשר השתרשו במשפט האזרחי הישראלי, כדי ליישם שיקולי אשם במסגרת הדיון בסעד בגין הפרת זכות יוצרים. בהקשר זה נעשית הבחנה בין סעד הפיצוי לסעד המניעה. מוצע שפסיקת פיצוי בגין הפרת זכות יוצרים שתותנה בהוכחת אשם מצד המפר. בעניין סעד המניעה מוצע לאמץ עמדה פרגמטית, ולקבוע כי שיקולי אשם יימנו עם השיקולים שבית המשפט יהיה רשאי לשיקול בהפעלת סמכותו להימנע ממתן צו מניעה, על פי סעיף 53 לחוק זכות יוצרים.

א. מבוא. ב. משטר האחריות בדיני זכויות יוצרים – רקע ומגמות.  
ג. שיקולי אשם בהיבט הקנייני; 1. זכות היוצרים כזכות קניין; 2. הכרה בתוקף שיקולי הגינות בדיני הקניין; 3. טשטוש ההבחנה בין חיובים לזכויות קניין; 4. סיכום ביניים – ההיבט הקנייני. ד. שיקולי אשם בהיבט הנזיקי; 1. העולות הקנייניות; 2. שיקולים בקביעת הסדר אחריות חמורה בגין נזקי גוף בנזיקין; 3. סיכום ביניים – שיקולי אשם בהיבט הנזיקי. ה. שיקולי אשם בדיני זכויות יוצרים. ו. סיכום ומסקנות.

\* עורכת דין בתחום המשפט האזרחי. אני מבקשת להודות לד"ר אורית פישמן אפורי על יחסה המצוין, על העידוד וההנחיה המקצועית. כן אני מבקשת להודות לחברי מערכת כתב העת על הערותיהם המועילות. ככל שיש טעויות במאמר זה, הן על אחריות המחברת בלבד.

## א. מבוא

תחום זכויות היוצרים עבר שינויים והתפתחויות מרחיקי לכת בעשורים האחרונים. בעבר היה תחום היצירה שמור ליוצרים בודדים, ואילו בימינו, הכול שולחים ידם ביצירה מסוג זה או אחר. תחומי היצירה המסורתיים התפתחו באורח ניכר, וכך גם האמצעים שבהם ניתן לבטא יצירה. כמו כן, הנגישות של המידע והאופן שבו ניתן להפיצו התפתחו מאוד. הודעת דואר אלקטרוני מאדם לרעהו עשויה להתפשט כאש בערוצי האינטרנט בהיקף גלובלי. מה שהחל כזיכיונות שנועדו לשמור על זכויותיהן של הוצאות ספרים, חובק כיום תחום נרחב מאוד של פעילות אנושית. שינויים כה משמעותיים בזכות המוגנת על פי דיני זכויות היוצרים ובאופן ביטוייה, מעוררים את הצורך לבחון מחדש מושכלות יסוד בתחום זה של הדין ולשקול את נכונותן ומידת התאמתן לימינו.

משטר האחריות החל בדיני זכויות היוצרים, הוא משטר של אחריות חמורה. משטר אחריות זה, המכונה גם "אחריות ללא אשם", מתאפיין בהיעדר דרישה להוכחת קיום יסוד נפשי כלשהו אצל הנתבע, כתנאי לצמיחת האחריות. במאמר זה אטען כי ראוי להכיר באשם כשיקול משפטי תקף בשיח זכויות היוצרים. אבקש להצביע על כך שחקיקתו של חוק זכות יוצרים 2007<sup>1</sup> סללה דרך להכיר באשם כשיקול תקף, ללא צורך בשינוי כולל של משטר האחריות החמורה. ניתן להשתמש בכלים המשפטיים הקיימים, בשילוב דוקטרינות אשר השתרשו במשפט האזרחי הישראלי, כדי ליישם שיקולי אשם בתחום דיני זכויות היוצרים במסגרת הדיון בסעד בגין הפרת זכות יוצרים.

המאמר בוחן את נושא האשם מזווית המבט של שלושה דינים: דיני הקניין, דיני הנזיקין ודיני זכויות יוצרים. דיני הקניין הכלליים מהווים מקור נורמטיבי המשפיע על עיצוב זכויות היוצרים; ואילו עקרונות יסוד של דיני הנזיקין חלים על הפרת זכות יוצרים, משזו הוגדרה כעוולה אזרחית בסעיף 52 לחוק זכות יוצרים; צירוף הפרספקטיבות הקניינית והנזיקית למערכת השיקולים הייחודית של דיני זכויות יוצרים, בהתאמה לרוח הזמנים ולמצב החוקי העדכני בישראל, הוא אשר מוביל אל המסקנה ואל הפתרון המוצע.

בחלק הראשון אציג את הרקע להתפתחות משטר האחריות החמורה בדיני זכויות יוצרים ואת השיקולים הנובעים מההתפתחויות הטכנולוגיות והתרבותיות מרחיקות הלכת שחלו בחברה מאז ההכרה בזכויות היוצרים<sup>2</sup>. משטר האחריות החמורה נקבע עוד בראשית ההכרה בזכויות יוצרים, על רקע התפתחותו ההיסטורית של הדין ובהתאם לתפיסה

1 חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: "חוק זכות יוצרים").

2 המאמר דן אך ורק ביסוד האחריות האזרחית בגין הפרת זכות יוצרים, להבדיל מהאחריות הפלילית, שלא אעסוק בה כלל.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

שהשתרשה, שלפיה זכויות יוצרים הן זכויות קניין<sup>3</sup>. השינויים המשמעותיים שחלו בשנים האחרונות בהיקף העיסוק ביצירה, באופן השימוש בה ובחשיפה לה, מעלים לדיון את השאלה אם משטר האחריות החמורה אכן מגשים את תכלית הדין לעודד פעילות יצירתית המיטיבה עם החברה ומקדמת את התרבות, את הידע, את חופש הביטוי וההגשמה העצמית של הפרטים בחברה. המתנגדים למשטר האחריות החמורה גורסים כי הוא אינו מגשים את מטרות הדין, אלא גורם להרתעת יתר מעיסוק ביצירה ומשימוש בה<sup>4</sup>. לפיכך מוצעים מודלים חלופיים של משטרי אחריות. שינוי כולל של משטר האחריות מחייב בחינה מחדש של מערכת התמריצים לעסוק ביצירה, והכרעה בשאלה אם ראוי להעדיף כלל אחריות (המפצה על נזק) על פני כלל קניין (האוכף את הזכות) לשם הגנה על זכות היוצרים. דרך חלופית, המוצעת במאמר זה, אינה מבכרת משטר אחריות זה על פני משנהו, ומבקשת להחדיר שיקולי אשם לדיני זכויות יוצרים דרך הערוצים הקיימים כבר עתה בדין, ללא עריכת שינוי כולל של משטר האחריות.

בחלק השני של המאמר אדון בנושא מנקודת המבט של דיני הקניין הכלליים. על פי התפיסה אשר השתרשה למן ההכרה בזכויות יוצרים, זכות היוצרים נחשבת לזכות קניין. מנגד, עולות קריאות להשתחרר מתפיסת זכות היוצרים כזכות קניינית, לנוכח מאפייניה הייחודיים, המבדילים אותה מזכות קניין מוחשי. גישה אחרת אינה קוראת תיגר על סיווג זכות היוצרים כזכות קניין, אך מכירה בצורך לעצב את הדין בהתאם למאפייניה הייחודיים של זכות היוצרים. בהתאם לגישה זו, אעמוד על מאפייני זכות היוצרים הרלוונטיים לשקילת שיקולי אשם.

אף במסגרת דיני הקניין הכלליים רוחשות מגמות של שינוי. התחזקות התפיסה הליברלית, המטילה על בעל הקניין אחריות חברתית ומאפשרת הגמשה והרחבה של כללי הקניין לשם השגת מטרות ציבוריות ראויות, מקרבת את דיני הקניין הכלליים למטרות דיני זכויות יוצרים, לקדם את התועלת המצרפית של החברה על ידי עידוד היצירה והשימוש בה. מגמה בולטת נוספת שראוי להצביע עליה, היא חדירת שיקולי הגינות ושיקולי מדיניות חברתית לשיח הקנייני. בשנים האחרונות הולכת וגוברת ההכרה בתקפותם של שיקולי

3 Wendy J. (להלן: "חוק המלכה אן"); The Statute of Anne, 1709 8 Ann., c. 19 (Eng.) Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory*, 41 STAN. L. REV. 1343, 1390–1391 (1989); Justin Hughes, *Copyright and Incomplete Historiographies: of Piracy Propertization and Thomas Jefferson*, 79 S.C. L. REV. 993 (2006)

4 Shyamkrishna Balganesh, *Foreseeability and Copyright Incentives*, 122 HARV. L. REV. 1569 (2009); Dane S. Ciolino & Erin A. Donelon, *Questioning Strict Liability in Copyright*, 54 RUTGERS L. REV. 351, 410–411 (2002)

הגינות במסגרת דיני הקניין, מכוח סעיף 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין") וכן מכוח עקרון תום הלב הכללי. הנושא נדון בהרחבה בפרשת רוקר<sup>5</sup>, והפסיקה שבעקבות פסק דין זה אכן מיישמת שיקולי הגינות בהכרעה במקרים ראויים. מגמה נוספת שעליה אצביע היא של טשטוש ההבחנה בין חיובים לבין זכויות קניין, לנוכח חשיבותו העולה של החיוב בחיי המסחר המודרניים. עם זאת, בשונה מקניין, בהגנה על חיוב כלפי צד שלישי נדרשת הוכחת אשם, וזאת, בעטיים של קשיי מידע בנוגע לקיום החיוב והיעדר רישום. קשיים דומים קיימים גם בנוגע לזכויות יוצרים ותומכים במתן התייחסות דומה. צירוף שיקולים ומגמות אלו והשלכתם על זכויות יוצרים, תומך, לטענתי, בהכרה בשיקולי אשם גם בתחום זכויות היוצרים.

בחלק השלישי של המאמר אדון בשאלה מן הפרספקטיבה של דיני הנזיקין. סקירת השיקולים הרלוונטיים מתחום דיני הנזיקין מחזקת את המסקנה כי ראוי להכיר בשיקולי אשם בזכויות יוצרים. הסדר האחריות החל בעולות אשר עניינן הגנה על זכויות קניין, הוא של אחריות חמורה. אולם על רקע קריאות חוזרות של מלומדים לשינוי, מוצע בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות<sup>6</sup> לקבוע דרישה להוכחת אשם כתנאי להטלת חבות בפיצוי בגין הפרת עולה קניינית. כך יבוא לקצו הפער בין הגנה על רכוש שאינה מחייבת הוכחת אשם, לבין הגנה על גוף, המחייבת הוכחת אשם. אטען כי ראוי ליישם שינוי זה גם בזכויות יוצרים.

עוד אבחן את מערכת השיקולים המנחה בדיני הנזיקין, בנוגע לקביעת משטר אחריות חמורה. זאת, לנוכח הדמיון בין השיקולים והתמריצים הנשקלים בדיני הנזיקין לאלו הנשקלים בדיני זכויות יוצרים. שיקולים אלו אינם תומכים בקביעת הסדר של אחריות חמורה בזכויות יוצרים. לא ניתן לראות את פעילותם של המשתמשים ביצירות, כמכלול, כפעילות מסוכנת ובלתי־רצויה, ותפיסה זו עלולה לגרום להרתעת יתר. שיקולי הגינות ופיזור נזק אף הם אינם ישימים. בחינת הנושא בראיית ההשקפה הכלכלית, מצביעה על כך שהמפר הפוטנציאלי אינו תמיד המונע הזול, או בתמונת ראי – היוצר אינו תמיד מייצר התועלת המיטבי לעומת המשתמש. נוסף על כך, שיקולי מדיניות כלליים נשקלים כיום בניחות היסוד העובדתי של הפרת זכות יוצרים, ועל כן אין מניעה לשלבם גם בקביעת היסוד הנפשי. עלויות ההתדיינות המשפטית, אינן צפויות לגדול, לדעתי, אלא אף להצטמצם, אם תיקבע דרישה להוכחת אשם.

5 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

6 תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (להלן: "תזכיר הצעת חוק דיני ממונות")  
[www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/)  
 mamonot.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.7.2011).

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

בחלק הרביעי של המאמר אצביע על כך שהכרה בשיקולי אשם מתיישבת עם הוראות חוק זכות יוצרים ואינה סותרת אותו. סעיף 53 לחוק זכות יוצרים, המסמיך את בית המשפט להימנע ממתן צו מניעה אם ראה טעמים המצדיקים זאת, עשוי לשמש ככלי משפטי אשר יאפשר לבית המשפט לשקול את אשם הצדדים, כשיקול המצדיק הימנעות ממתן צו מניעה במקרים ראויים. סעיף 56(ב)(8) לחוק זכות יוצרים, המסמיך את בית המשפט לשקול בפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק את תום לבו של הנתבע, מהווה ערוץ נוסף להחזרת שיקולי אשם. אף מתן פירוש מרחיב להגנת המפר התמים הקבועה בסעיף 58 לחוק זכות יוצרים, עשוי לשמש ככלי משפטי בחלק מהמקרים. הגנת השימוש ההוגן, אשר תחום פרישתה הורחב בחוק החדש על ידי מעבר לסטנדרט פתוח, אינה מנוגדת להכרה בשיקולי אשם. היא אף מחזקת את הצורך להכיר בשיקולים אלו, בין היתר לנוכח חוסר הוודאות בקשר להיקף תחולתה ולאור ההכרה במשתמש כגורם הראוי להגנת החוק. ההכרה בדוקטרינת האשם התורם משתלבת עם ראיית אשם של בעל הזכות והמפר גם יחד. שיקולי אשם אינם אפוא נטע זר בחוק זכות יוצרים.

מסקנתי היא כי יש להכיר באשם כשיקול תקף וחשוב בזכויות יוצרים. עם זאת, לא מוצע לשנות את משטר האחריות החמורה, אלא לפתוח את הפתח לשקילת שיקולי אשם במסגרת הדיון בסעד הניתן בגין הפרת זכות יוצרים. לדעתי, פתרון זה הולם יותר את תחום זכויות היוצרים, מכיוון שהוא מותיר בידי בית המשפט שיקול דעת ומאפשר התאמה של הסעד, לאור שיקולי אשם, לכל מקרה על פי נסיבותיו ובהתאם לשיקולי המדיניות המנחים בתחום זה. אני מציעה להבחין בעניין זה, בין סעד הפיצוי לבין סעד המניעה. לדעתי, ראוי לפסוק פיצוי בגין הפרת זכות יוצרים אך ורק בהתקיים אשם מצד המפר, בהתאם לדין המוצע בנוגע לעולות הקנייניות. אשר לסעד המניעה – לדעתי, אין לקבוע כלל חד־משמעי הדורש אשם או מתעלם מאשם. אני מבקשת להתבסס על הגישה הפרגמטית המשתקפת מהכלל החדש שבסעיף 53 לחוק זכות יוצרים, המעניק לבית המשפט שיקול דעת להימנע ממתן צו מניעה. אני מציעה לקבוע כי שיקולים הנוגעים לקיומו של אשם בהתנהגות מי מהצדדים או היעדרו, עשויים לחבור לשיקולים רלוונטיים נוספים, או אף לעמוד בפני עצמם, כשיקול המצדיק הימנעות ממתן צו מניעה במקרים נקודתיים מתאימים. הכרה בשיקולי אשם תאפשר לדעתי לבתי המשפט להגיע לתוצאות ראויות וצודקות יותר, הן ברמה הפרטנית והן ברמה הכלל חברתית.

**ב. משטר האחריות בדיני זכויות יוצרים – רקע ומגמות**

ההכרה המשפטית הפורמלית בזכויות יוצרים צמחה לראשונה באירופה במאה החמש-עשרה, בעקבות המצאת הדפוס<sup>7</sup>. בשלב הראשון העניק השלטון רישיונות הדפסה בלעדיים לבעלי בתי הדפוס<sup>8</sup>, כדי להבטיח את השקעתם בהבאת ספרים לדפוס והוצאתם לאור<sup>9</sup>. השיטה שירתה אינטרס כפול של השלטון: גביית תשלום כספי בעד הזיכיון וכן שליטה באמצעי יעיל להנהגת צנזורה<sup>10</sup>. חוקי הזיכיון חלו רק על הדפסת ספרים, ובאו לידי ביטוי בזכות בלעדית להוצאה לאור והדפסה, המוגבלת בזמן<sup>11</sup>. הזיכיון ניתן למוציאים לאור, ואילו הסופר עצמו נאלץ להתקשר בהסכם עם הגילדה של המוציאים לאור לשם הדפסת ספרו והפצתו<sup>12</sup>. בשלב ראשוני זה, זכותו של היוצר לא עמדה כלל על סדר היום. מטרתם הבלעדית של הזיכיונות הייתה קידום האינטרסים של קבוצות כוח – המוציאים לאור והשלטון, ועל כן אשמו של מי שפגע באותם אינטרסים, לא היווה שיקול רלוונטי כלל ועיקר.

אולם בהדרגה השתנו הזמנים, ותקופת ההשכלה הביאה עמה התנגדות לחוקי הזיכיון, הן נוכח הצנזורה השלטונית שהופעלה באמצעותם והן מפאת היעדר ההגנה על זכויות הסופרים<sup>13</sup>. תאוריית העמל של הפילוסוף ג'ון לוק<sup>14</sup>, אשר הצדיקה הכרה בזכות הקניין, אומצה בעניין זכויות יוצרים<sup>15</sup> והיוותה כוח מניע לדרוש הכרה חוקית בזכות הסופרים<sup>16</sup>. בשנת 1709 נחקק באנגליה חוק זכויות יוצרים הראשון, חוק המלכה אן<sup>17</sup>. החוק הגן על

- 7 1 WILLIAM F. PATRY, COPYRIGHT LAW AND PRACTICE 4 (1994); טוני גרינמן **זכויות יוצרים** 4 (2003).
- 8 W.A. COPINGER & SKONE JAMES, ON COPYRIGHT 4 (12<sup>th</sup> ed. 1980), הזיכיון הראשון באנגליה ניתן בשנת 1556.
- 9 גרינמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4-5; שרה פרזנטי **דיני זכויות יוצרים** (מהדורה שלישית, 2008).
- 10 PATRY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6; COPINGER & JAMES, לעיל ה"ש 8, בעמ' 7-9. בתביעתם לקבל בלעדיות, הדגישו בעלי בתי הדפוס את העמל שהשקיעו בלימוד הדפוס וברכישת המיומנות והמומחיות ב"מדע" זה. כורכי הספרים הדגישו אף הם את רצונם להבטיח את פרנסתם.
- 11 פרזנטי, לעיל ה"ש 9. הפרת הזכות הקנתה סעדים של קנסות, תפיסה והחרמה.
- 12 PATRY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8.
- 13 שם, בעמ' 10.
- 14 JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (Yale University, 2003), תאוריה זו מתמקדת באינטרס הפרטי-האישי של היוצר עצמו, ומכירה בזכותו הטבעית של היוצר בפרי עמלו. עם זאת, התאוריה מכירה במידה מסוימת באינטרס החברתי, בכך שהיא מסייגת את זכות הקניין באופן שאין לגרום לבזבוז של נכסים, ויש להותיר ברשות הכלל די והותר נכסים לשימוש הזולת. ראו שם, פרק 5, פס' 26, 32 ו-39.
- 15 שם; PATRY, לעיל ה"ש 7, בעמ' 10.
- 16 Lior Zemer, *The Making of a New Copyright Lockean*, 29 HARV J. L. & PUB. POL'Y. 891 (2006).
- 17 חוק המלכה אן, לעיל ה"ש 3.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

זכויותיהם של הסופרים והגביל את כוחם של המו"לים<sup>18</sup>. ההכרה בזכות היוצר בפרי עמלו הכניסה אפוא לתמונה שחקן נוסף: היוצר, וסיפקה לראשונה הצדקה תאורטית להכרה בזכות זו. אולם התפיסה הבסיסית של האחריות החמורה לא השתנתה, נוכח אופייה הקנייני של הזכות. ההתבססות על תאוריית העמל של ג'ון לוק לשם הכרה בזכות היוצרים של הסופרים, השרישה את ההקבלה בין זכויות יוצרים לבין זכויות קניין מוחשי, ואת התפיסה שלפיה פגיעה בזכות יוצרים אינה דורשת הוכחת אשם מצד המעוול<sup>19</sup>. בהתאם לתפיסה האמורה, החוק לא הציב דרישת אשם כתנאי להטלת חבות על המפר – המדפיס ספר, מדפיס ספר מחדש, מייבא ספר או מי שגורם לאמור לעיל – ללא הסכמת בעל זכות היוצרים<sup>20</sup>.

המודל האנגלי של דיני זכויות יוצרים, ובכלל זה האחריות החמורה, אומץ בחקיקה אמריקנית מוקדמת, ונותר על כנו בחקיקה שבאה לאחר מכן<sup>21</sup>. בישראל עמדו בתוקפם עד לאחרונה, חוק זכויות יוצרים 1911, שהוא חוק אנגלי שהוחל על ארץ ישראל המנדטורית בשנת 1924 וכן פקודת זכויות יוצרים משנת 1924, שתוקנה כמה פעמים. החוק קבע משטר של אחריות חמורה. ביום 19.11.2007 התקבל בכנסת חוק זכות יוצרים החדש<sup>22</sup>, והוא נכנס לתוקף כעבור חצי שנה. החוק אינו סוטה ממשטר האחריות החמורה שהיה קיים עד כה. משטר האחריות החמורה היה מותאם להשקפת העולם, לערכים ולאיינטרסים שהיו תקפים בעת ההכרה הראשונית בזכות היוצרים. שיקולי אשם אכן היו זרים למציאות זו, הרחוקה מרחק שנות אור מהקדמה בת ימינו. אולם השינויים שחלו מאז הם כה מרחיקי לכת עד שלא ניתן להניח כמובן מאליו, כי השיקולים שהיו תקפים בעבר, תקפים גם כיום. עלינו לבחון מחדש אפוא את התאמת משטר האחריות למציאות בת זמננו.

קפיצת המדרגה אשר הביאה להכרה החוקית הפורמלית בדיני זכויות יוצרים, הייתה כאמור התפתחות טכנולוגית דרמטית: המצאת הדפוס, שהביא לתפוצה רחבה של ספרים בציבור. עד לאותה עת ספרים היו יקרים ונדירים, נחלתם של מעטים. מאז חלו התפתחויות רבות והדרגתיות בדיני זכויות יוצרים, שהותאמו להתפתחויות טכנולוגיות ותרבותיות שחלו בעולם, כגון הכרה ביצירות מוזיקליות ודרמטיות, באמנות חזותית ובתכנת מחשב

18 אולם המו"לים עדיין לא אמרו נואש, והעלו טענה, שהתקבלה בבתי המשפט, כי החוק לא ביטל את זכויותיהם הקודמות על פי המשפט המקובל, וכי אלו ממשיכות לחול עם תום התקופה הקבועה בחוק. רק בשנת 1774, בפסק דין *Donaldson v. Beckett*, 1 E.R. 837 (1774), דחה בית המשפט את טענת המו"לים, וקבע כי הזכויות על פי המשפט המקובל לא יחולו עוד. בכך העמיד את זכותם של הסופרים כזכות המרכזית המוגנת בזכויות יוצרים.

19 *Ciolino & Donelon*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 365–366, *PATRY*; לעיל ה"ש 7, בעמ' 3.

20 חוק המלכה אן, לעיל ה"ש 3.

21 *Ciolino & Donelon*, לעיל ה"ש 4, *PATRY*; לעיל ה"ש 7, בעמ' 3.

22 לעיל ה"ש 1.

כיצירה<sup>23</sup>. אולם עתה נאלץ הדין להתמודד עם קפיצת מדרגה אבולוציונית דרמטית נוספת: התפתחות הטכנולוגיה הדיגיטלית ובייחוד – האינטרנט. התפתחויות אלו יצרו נגישות מהירה וקלה למידע בהיקף עצום, בתפוצה עולמית. מצד אחד, התפתחות מופלאה זו מקדמת את האנושות על כל רובדי פעילותה. מצד אחר, נלוות לכך תופעות שליליות, ובהן פגיעה חמורה בזכויות יוצרים, המתבטאת בהענקת מרובות המופצות בנקל בתפוצה נרחבת ומהירה.

דעה רווחת היא שעל הדין להתאים את עצמו לתמורות אלו, אולם ישנן דעות מנוגדות באשר לתגובה הראויה. יש התובעים החמרת התנאים, כדי להעניק הגנה מרבית על זכויות יוצרים<sup>24</sup>. מנגד, יש הגורסים שיש לצמצם את היקף ההגנה על זכויות יוצרים למען האינטרס הציבורי, שכן זכות היוצרים יוצרת מונופולין ומעכבת את הגישה לידע ואת הפצתו<sup>25</sup>. המחזיקים בדעה זו מנמקים את עצמדתם בכך שהענקת זכויות יוצרים עלולה לפגוע בהתקדמות המדעית והטכנולוגית, בחופש הביטוי ובתחרות החופשית, ולהדיר את רגלי הציבור מההטבה הכלכלית, כמו גם מהמעורבות בקביעת מדיניות ציבורית<sup>26</sup>. כן

23 Copinger & James, לעיל ה"ש 8, בעמ' 12-14; ס' 2א לפקודת זכות יוצרים (תיקון מס' 5), תיקון התשמ"ח-1988, ס"ח 171.

24 David Ladd, *The Harm of the Concept of Harm in Copyright*, 30 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 421 (1983), המכריז בעמ' 421 כי: "זכויות היוצרים כיום נמצאות במתח. הן תחת מתקפה". לדעת לאד, ראוי כי הממשלה תימנע מהתערבות כלשהי בזכויות יוצרים, בין באמצעות רישיונות כפייה ובין בהגבלת היקף ההגנה בזכויות יוצרים, שכן בכך היא תפגע בתגמול הניתן ליוצרים ותהפוך את היצירה לבלתי-כדאית.

25 אורית פישמן אפורי **היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים** 32-33 (2005); מיגל דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר** 25-37 (2002); Christophe Geiger, *Copyright and Free Access to Information: For a Fair Balance of Interests in a Globalised World*, 28 E.I.P.R. 366 (2006).

26 בש"א (ת"א) 11646/08 **The Football Association Premier League נ' פלוני**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת אגמון גונן (פורסם בנבו, 2.9.2009) (להלן: פרשת **פרימיירליג**); ניבה אלקין-קורן "זכויות יוצרים בעידן המידע – יעדים ותיקים בעידן חדש" **שערי משפט** א 155 (התשנ"ח); ראו גם: [creativecommons.org/about/](http://creativecommons.org/about/) (נבדק לאחרונה ב-22.7.2011) – ארגון ללא כוונת רווח שמטרתו להרחיב את תחום היצירות הנגישות לציבור לשם שימוש, פיתוח ויצירה באורח חוקי, על ידי הענקת רישיונות חינם. וכן פרויקט "גנו", אשר בשירותיו עושים שימוש נרחב משתמשים רבים במערכות הפעלה של מחשבים ברשת האינטרנט ומשתמשי קצה. מדובר במערכת הפעלה הפתוחה לשימוש משתמשים בחינם, ללא מגבלת זכויות יוצרים, תוך דרישה שגם כל פיתוח של המערכת יעמוד לרשות משתמשים בחינם. John Gilmore, [www.gnu.org/copyleft/copyleft.html](http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html) (נבדק לאחרונה ב-22.7.2011); *What's Wrong with Copy Protection?* (2001) [www.logosfoundation.org/copyleft/whatswrong.html](http://www.logosfoundation.org/copyleft/whatswrong.html) (נבדק לאחרונה ב-22.7.2011); גרינמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 37.



אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

מודגשת חשיבות השמירה על נחלת הכלל, שממנה שואבים האמנים את השראתם לתהליך היצירה<sup>27</sup>. בהקשר זה עולה, בין היתר, השאלה אם משך ההגנה על הזכות עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, מכיוון שמתן בלעדיות לגורם אחד למשך תקופה ממושכת עלול לגרום לעיכוב הפיתוח וייקורו במקרים של סירוב דווקני להעניק הרשאה<sup>28</sup>. עריכת איזון בין מכלול השיקולים העומדים על הפרק, אינה משימה קלה<sup>29</sup>.

ראוי לציין את גישת התכנון החברתי ("just and attractive culture"), הגורסת שיש לעצב זכויות קניין באופן המקדם את ההתפתחות החברתית והתרבותית הראויה באמצעות איזון בין התמריץ הניתן לפרט לבין תועלת החברתית. פישר מתאר את חזונו באשר להתממשות גישה זו, המשקיפה על הטוב החברתי בראייה כוללת ורחבה מאוד<sup>30</sup>. על פי חזונו, חשיפה למגוון רחב של מידע, רעיונות וסוגי בידור, מעשירה את חייו של האדם, וכן מהווה אמצעי חשוב להגשמת הגדרה עצמית וביטוי עצמי, שהם המפתח לחיים טובים. יצירת גיוון תרבותי תאפשר לכל פרט בציבור ליטול חלק פעיל ביצירת הרעיונות והסמלים בתרבות שבה הוא חי, ולא להיות צרכן פסיבי של תרבות. כך תיווצר אווירה דמוקרטית של שיתוף חברתי<sup>31</sup>.

בשנים האחרונות מלומדים מבקרים את משטר האחריות החמורה החל בזכויות יוצרים, בנימוק שהוא גורם להרתעת יתר ואינו מקדם את תועלת החברה בצורה נאותה<sup>32</sup>. משטר האחריות החמורה מצמצם מאוד את מרחב התמרון של בית המשפט ואת האפשרות לשקול

SIVA VAIDHYANATHAN, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS: THE RISE OF INTELLECTUAL PROPERTY AND HOW IT THREATENS CREATIVITY 185–189 (2001) 27

דויטש, לעיל ה"ש 25. 28

אורית פישמן-אפורי "זכויות תרבותיות וזכויות אדם: כלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות יוצרים בישראל" משפטים 560, 552–549, 539, 499 (2007). 29

WILLIAM W. FISHER III, *Property and Contract on the Internet (Symposium on the Internet and Legal Theory)*, 73 CHI.- KENT. L. REV. 1203, 1222–1225 (1998) 30

WILLIAM W. FISHER III, בספרו: PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT (2004). ראו גם: Geiger, לעיל ה"ש 25. גייגר, משפטן צרפתי, מדגיש את העובדה שזכויות היוצרים פוגעות בעיקר במדינות המתפתחות, בכך שהן מגבילות את הגישה של תושביהן לידע שאלמלא המחשב והאינטרנט לא היו יכולים להיחשף לו. לדבריו, יש להביא בחשבון גם את צורכיהן של מדינות אלו ולא לאמץ גישה כוללת. גייגר מדגיש כי גם במדינות המשפט הקונטיננטלי, ההכרה בזכויות יוצרים עוד בתקופת ההשכלה, לא נועדה רק לקידום אינטרס הפרט, אלא גם לקידום אידאל חברתי: הפצת רעיונותיהם של הסופרים. לכן גייגר קורא להכיר בשתי עמדות השוות בחשיבותן: מצד אחד, זכות היוצר (שהיא זכות "רכושית" ואישית) ומצד אחר, חופש הביטוי, חופש המדע, חופש המידע, חופש האמנות וכיוצא באלו. הוא מציע הצעות שונות לשינוי הדין באופן שישמר את האיזון המיטבי בין האינטרסים הללו. 31

Balganesh, לעיל ה"ש 4. 32

וליישם שיקולים חשובים של תועלת חברתית, של עידוד יצירה והנגשת יצירות. שיקולים אלו אמנם נשקלים כיום בעת הטלת חבות, אך לא בקשר ליסוד הנפשי. דרישת האשם משקפת עמדה מוסרית, שלפיה ראוי שאדם יישא באחריות לתוצאות מעשיו, ככל שהן בגדר ידיעתו וצפייתו (הכול בהתאם ליסוד הנפשי הנדרש)<sup>33</sup>. על כן ראיית אשמו של המפר הפוטנציאלי כשיקול רלוונטי בזכויות יוצרים, תסייע לשמר בידי הציבור את חופש הפעולה ליצור, להיחשף ליצירות ולהשתמש בהן. כאשר האחריות אינה נבחנת רק במבחן התוצאה הסופית ובדיעבד, וניתן משקל גם ליחסו הנפשי של המשתמש במהלך השימוש, אנו מתמרצים את הציבור לעשות שימוש מועיל ויצירתי ולהעשיר את החברה.

מבקרי משטר האחריות החמורה גורסים כי ההקבלה בין זכויות יוצרים לדיני הקניין הכלליים אינה הולמת, וכי ההקבלה לעוולת הסגת הגבול בקניין המוחשי אינה ראויה<sup>34</sup>. הועלו הצעות שונות לשינוי הסדר האחריות בדיני זכויות יוצרים, בין היתר על ידי התבססות על מודל של מטרד<sup>35</sup>, דרישת צפיות של נזק לתובע כתנאי לחיוב<sup>36</sup> ודרישת צפיות כתנאי לאי-החלת הגנת שימוש הוגן<sup>37</sup>; יישום מודל של התעשרות שלא כדין או מודל של רשלנות<sup>38</sup>. גישה אחרת מתייחסת באופן נקודתי לזכויות יוצרים באינטרנט. פישר מביע דעתו כי אין לעצב כללים קבועים ונוקשים בעניין הסדרת זכויות קניין רוחני באינטרנט, מכיוון שהאינטרנט משתנה במהירות. לגישתו, הטלת אחריות ללא אשם בגין פרסום באינטרנט תגרום להטלת אחריות על פעילויות רבות שאינן גורמות פגיעה ממשית באינטרסים של היוצרים. על כן הוא מציע, בין היתר, להטיל חבות בנוגע להפרת זכויות

33 'אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנוזיקין : תורת הנוזיקין הכללית 129 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טדסקי עורך, התשל"ז).

34 Wendy J. Gordon, *Trespass* – בעמ' 370–369 ; *Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4*, *Copyright Parallels and the Harm – Benefit Distinction*, 122 HARV. L. REV. 62, 63–65 (2009); Balganesch ; לעיל ה"ש 4.

35 Christopher M. Newman, *Infringement as Nuisance*, 59 CATH. U. L. REV. 61 (2009).

36 Christina Bohannon, *Copyright Harm, Foreseeability, and Fair Use*, 85 WASH. U. L. REV. 969, 974–976, 983–985 (2007).

37 Balganesch, לעיל ה"ש 4.

38 Wendy J. Gordon, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary*

Wendy J. ; (Gordon, *On Owning Information : (להלן) Impulse*, 78 VA. L. REV. 149 (1992)

Gordon, *Symposium: When Worlds Collide: Intellectual Property at the Interface*

*Between Systems of Knowledge Creation: Keynote Address: Harmless Use: Gleaning*

*from Fields of Copyrighted Works*, 77 FORDHAM L. REV. 2411, 2414–2435 (2009)

(להלן: *When Worlds Collide*) ; (Gordon, *When Worlds Collide*) ; לעיל ה"ש 4 ; Assaf Jacob

M. & Avihay Dorfman, *Copyright as a Tort*, 12 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 59

(2011).

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

יוצרים באינטרנט רק על מי שמפרסם בכוונה או בחוסר זהירות חומר המוגן בזכויות יוצרים<sup>39</sup>.

דיון בשאלה אם יש לשנות מן היסוד את הסדר האחרייות החל בדיני זכויות יוצרים, מחייב התמודדות עם השאלה אם ראוי שיחול בתחום דיני זכויות יוצרים כלל קניין או כלל אחרייות. על פי ההבחנה שנערכה על ידי קלברזי ומלמד<sup>40</sup>, כללי קניין מעניקים לנפגע סעד של מניעת השימוש בזכות שלו, ואילו כללי האחרייות מעניקים לנפגע פיצוי כספי בגין הפגיעה בזכות. על פי קלברזי ומלמד, כאשר עלויות העסקה נמוכות, הצדדים ינהלו ביניהם משא ומתן יעיל ויגיעו להסכמה בדבר ניצול המשאב. לכן גם ראוי להחיל כלל קניין, המונע את השימוש במשאב ומחייב את הצדדים לנהל משא ומתן. אולם כאשר עלויות העסקה גבוהות מדי, ספק אם יתנהל משא ומתן בין הצדדים ואם תושג ביניהם הסכמה, ובמקרה זה כלל אחרייות הוא שיאפשר השגת תוצאה יעילה וניצול המשאב, כשבית המשפט פוסק פיצוי בגין ניצול המשאב ללא רשות<sup>41</sup>. על פי הדעה הרווחת, כלל קניין הוא הכלל המיטבי לניצול משאבים (ובכלל זה – יצירות) בחברה<sup>42</sup>. ברם, יש גם החולקים על עמדה זו<sup>43</sup>, ואף בעניין של זכויות יוצרים, מושמעות דעות נוגדות. כך, למשל, וונדי גורדון מציעה ניתוח התנהגותי של מערכת התמריצים בזכויות יוצרים<sup>44</sup>. לפי ההיפותזה שהיא מציעה, אנשים נוטים יותר להגן על זכויותיהם מפני גרימת נזק, מאשר ליזום פעולות שיגבירו את התועלת שהם מפיקים מרכושם. בזכויות יוצרים, בשונה מקניין מוחשי, ניתן לעשות שימושים מועילים רבים (על ידי אחרים) שאינם מסבים נזק לבעל זכות היוצרים. אך לאור הנחת היסוד שממנה גורדון יוצאת, היא מעריכה כי בעלי זכויות יוצרים ייטו פחות להעניק רישיונות שימוש שיביאו תועלת לזולת. נטייה זו אף תגבר לנוכח הקשר האישי שלהם ליצירתם, שעלול לגרום לתמחור יתר בהתאם לערך הסובייקטיבי שהם מייחסים ליצירה.

39 FISHER, לעיל ה"ש 30.

40 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972)

41 נושא זה חורג מגדרי מאמר זה. לדיון בעניין זה בהרחבה ראו אורית פישמן אפורי "שיקול דעת שיפוטי במתן סעד המניעה: המהפכה השקטה" **יוצרים זכויות קריאות בחוק זכות יוצרים** 529, 545–548 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2008) (הספר להלן: **יוצרים זכויות**).

42 שם.

43 Lemley A. Mark & Weiser Phil, *Should Property or Liability Rules Govern Information?*, 85 TEX. L. REV. 783 (2007); Jake Phillips, *eBay's Effect on Copyright Injunctions: When Property Rules Give Way to Liability Rules*, 24 BEREKELY TECH. L.J.

(2009) 405, 434; פישמן אפורי, לעיל ה"ש 41.

44 Gordon, לעיל ה"ש 34.

לפי גישה זו, מנגנון השוק לא יתקן באופן יעיל שימושים בלתי מועילים בקניין רוחני, באותה מידה כפי שנעשה בקניין המוחשי, ולפיכך יש מקום להתערב במערכת התמריצים. גורדון קוראת אפוא לחקור משטרי אחריות אלטרנטיביים בדיני זכויות יוצרים אשר יביאו בחשבון את הניתוח ההתנהגותי האמור. ניתוח שונה מוצע על ידי אביחי דורפמן ואסף יעקב, המשווים בין מאפייני הזכות הקניינית המוחשית לזכות היוצרים, ומסיקים שלנוכח מאפייניה של זכות היוצרים, ובשונה מקניין מוחשי, הצדדים אינם יכולים לעשות שימוש יעיל במנגנון השוק, או שעלויות העסקה יהיו גבוהות מדי. לפיכך הם טוענים שאין מקום לתמרץ את הצדדים באופן מלאכותי להשתמש במנגנון השוק על ידי הטלת אחריות חמורה, אלא ראוי להחיל על הפרת זכות יוצרים את משטר הנזיקין החל על תאונות.<sup>45</sup>

שינוי משטר האחריות בדיני זכויות יוצרים צפוי אפוא להשפיע על מערכת התמריצים לקידום היצירה בחברה. על שינוי כזה להצביע על כך שהמעבר מכלל קניין לכלל אחריות אכן יסייע בהגשמת האיזון. ההכרעה בשאלות אם ראוי להחיל כלל אחריות במקום כלל קניין וכיצד ישפיע השינוי על מערכת התמריצים בתחום זכויות היוצרים, לא תידון במאמר זה, לאור מסקנתי כי הפתרון המיטבי אינו שינוי כולל של משטר האחריות, כי אם פתיחת פתח לשקילת שיקולי אשם במסגרת הסעד. דיני זכויות יוצרים אוצרים בחובם כיום מגוון עצום של פעילות אנושית, שבה עוסקים כמעט הכול, בין כיוצרים ובין כמשתמשים ובשני הכובעים גם יחד. כן חלים שינויים טכנולוגיים עצומים מיום ליום, במיוחד בנוגע לטכנולוגיות הקשורות לאיסוף מידע, לשמירה עליו ולהפצתו. שינויים אלו משליכים על אופן השימוש ביצירות והיקפן<sup>46</sup>. כל ניסיון לאלץ את הפעילות העצומה והמגוונת בתחום זה, להידחס בגדרו של משטר אחריות אחד, עלול לדעתי לחטוא לציבור נרחב. לפיכך ניתן למצוא את שביל הזהב להתאמת הדין לתמורות אלו על ידי הותרת שיקול דעת וגמישות בידי בתי המשפט, בעניין יישום שיקולי אשם בעת הכרעה בעניין הסעד שיינתן על ידי בית המשפט. ההבחנה המוצעת בין סעד הפיצוי (אשר יותנה באשם מצד המפר) לבין סעד המניעה (בנוגע אליו יהיה לבית המשפט שיקול דעת לשקול שיקולי אשם), מותרת מרחב

45 Jacob & Dorfman, לעיל ה"ש 38.

46 ניבה אלקין-קורן "הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה" **המשפט** י' 65, 103-104 (2005); לעניין ההשלכות של התפתחות האינטרנט על דיני זכויות יוצרים ראו: Eric Schlachter, *The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could Be Unimportant .on the Internet*, 12 BEREKLEY TECH. L.J. 15 (1997).

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

תמרון המאפשר עריכת איזון מיטבי בין שיקולי המדיניות המנחים, לאור נסיבותיו של המקרה המסוים.<sup>47</sup>

הטיעון הנטען במאמר מתבסס על בחינת היישום של שיקולי אשם בדיני זכויות יוצרים, באמצעות הפריזמה של דיני הקניין והנזיקין. דינים אלו משמשים כמקורות נורמטיביים חשובים, שמהם ניזונים דיני זכויות יוצרים. על כן, הדיון מחייב התייחסות לשני הדינים כאל מקורות השראה. עם זאת, לדעתי, אין מקום לאמץ משטר אחריות המתבסס באופן מלא על אחד מדינים אלו ולבכר את המשטר הנוהג בו על פני השני, אלא יש לגבש כלל ייחודי המתאים למאפייני זכות היוצרים. לפיכך אין בטיעון כדי לחתור תחת הזיקה של דיני זכויות יוצרים לדיני הקניין הכלליים, אך עם זאת הוא מכיר בשוני בזכויות המוגנות על ידי כל אחד מהדינים. אין בטיעון גם משום שאיפה לשעתק את דיני הנזיקין אל דיני זכויות יוצרים, אלא לשאוב הבנה מתאוריות רלוונטיות מדיני הנזיקין. במאמר אני חותרת לגיבוש הצעה לכלל המשפטי הרצוי, המכירה בעצמאותם וייחודם של דיני זכויות יוצרים. היתרון בהצעה זו הוא דווקא היעדר מהפכנות. ההצעה מתבססת על הכלים הקיימים בחוק זכות יוצרים ועל עקרונות ודוקטרינות הנוהגים במשפט האזרחי הישראלי, ואינה מבקשת לעשות שינוי קיצוני במשטר האחריות הנוהג כיום. זוהי גישה פרגמטית, השואפת להביא לתוצאה ראויה וצודקת וכן ליצור אחדות והרמוניה במשפט האזרחי הישראלי.

## ג. שיקולי אשם בהיבט הקנייני

### 1. זכות היוצרים כזכות קניין

המסגרת הנורמטיבית של דיני הקניין הכלליים משפיעה השפעה עמוקה על עיצוב דיני זכויות יוצרים<sup>48</sup>. קיימת מחלוקת בין מלומדים באשר לשאלה אם אכן ראוי לסווג את זכות

47 השו: Roger D. Blair & Thomas F. Cotter, *Strict Liability and its Alternatives in Patent*: Law, 17 BERKELEY TECH. L.J. 799, 829–840 (2002). המאמר עוסק בדיני פטנטים, וכותביו מציעים, בין היתר, לשקול להתנות את הטלת הסעד בידיעה בפועל שהתנהגותו מהווה הפרת פטנט או קבלת הודעה על כך.

48 רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה ישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625 (2003); חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות, לעיל ה"ש 41, 39, בעמ' 40–49; דברי הסבר לס' 55 בהצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 196: "יודגש כי ההפניה לדיני הנזיקין אינה גורעת מהאופי הקנייני של זכות היוצרים בהיותה זכות בלעדית לעשיית פעולות ביצירה"; Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 366–369 (המתייחסים להשתרשות ההיסטורית של האנלוגיה הקניינית במשפט האמריקני, ומבקרים אנלוגיה זו בהיותה בלתי-מתאימה לדיני

היוצרים כזכות קניין ובאיזו מידה ראוי שעקרונות דיני הקניין ישפיעו על דיני זכויות יוצרים, נוכח השוני בין זכויות אלו<sup>49</sup>. המתנגדים לראיית זכות היוצרים כזכות קניין סבורים כי האנלוגיה הקניינית מחדירה לדיני זכויות יוצרים את התפיסה הקניינית הקלאסית ה"בלאקסטוניאנית". תפיסה זו רואה בבעל הקניין ריבון בעל שררה, השומר מכל משמר על קניינו, וחירותו לעשות בקניינו היא חסרת גבולות, בגדר שרירות בעלים<sup>50</sup>. יישום תפיסה זו של אבסולוטיות בדיני זכויות יוצרים, גוררת עמה הגנת יתר על בעלי זכויות יוצרים, צמצום תחום נחלת הכלל ואי-התחשבות באינטרסים ציבוריים חשובים, כגון חופש הביטוי<sup>51</sup>. ואולם השפעתה של התפיסה הקניינית הבלאקסטוניאנית של שרירות בעלים, נחלשה גם בעולם הקנייני. התפיסה הליברלית רואה את בעל הקניין כיחיד המקיים יחסי גומלין עם בני הקהילה שעמה הוא נמנה. גישה זו מטילה על בעל הקניין אחריות חברתית כלפי כל מי שמושפע מקניינו<sup>52</sup>, ורואה אותו מחויב לשתף פעולה עם הזולת ולקדם גם את אינטרס הכלל<sup>53</sup>. תפיסה זו מביאה עמה מגמה של הגמשת כללי הקניין והרחבתם, ואף יצירת סוג ייחודי של זכות קניין, לצורך הגשמת תכליות ציבוריות ראויות<sup>54</sup>.

זכויות יוצרים); החוק האנגלי קובע כי זכות יוצרים היא זכות קניין: Copyright, Designs and Patents Act, 1988, c. 48, sec. 1 (Eng.); COPINGER & JAMES, לעיל ה"ש 8, בעמ' 4: "אין דבר הראוי יותר להיקרא רכושו של אדם, מאשר פירות מוחו".

49 Michael A. Carrier, *Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm*, 54 DUKE L. J. 1, 5 (2004); Mark Lemley, *Romantic Authorship and the Rhetoric of Property*, 75 TEX L. REV. 873, 902 (1996); Richard A. Epstein, *Liberty versus Property: Cracks in the Foundation of Property Law*, 42 SAN DIEGO L. REV. 1 (2005); Frank H. Easterbrook, *Intellectual Property is Still Property*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 108, 113 (1990).

50 חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 26–23 (2005).

51 דגן, לעיל ה"ש 48; 3, מצייין כי שופטים ומחוקקים לעתים "מהופנטים" על ידי תפיסת זכות היוצרים כקניין (property), ולכן נוטים להעניק לזכויות יוצרים הגנה יתרה. על כן, לדעתו, יש להיזהר שלא להעניק למושג "קניין", בהקשר של זכויות יוצרים, משמעות המובילה לתוצאות שגויות.

52 דגן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 51–58.

53 קרול רוז מבטאת בכתביה עמדה שלפיה הקניין צריך לשאוף להגשים אינטרסים פרטיים וציבוריים כאחד, ראו למשל: Carol M. Rose, *The Comedy of the Commons*, 53 U. CHI. L. REV. 711, 713, 723 (1986).

54 Carol M. Rose, *Possession as the Origin of Property*, 52 U. CHI. L. REV. 73 (1985). בהקשר של הגמשת כללי הקניין לשם הגשמת אינטרסים ציבוריים, ניתן לציין לדוגמה את הדין בזכויותיהם של ילידים, שבטים נודדים המהווים מיעוט ברחבי העולם, לממש את

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

לאור ההכרה בחשיבות האינטרס הציבורי גם בדיני הקניין הכלליים, צומחת עמדה שלפיה אין מניעה לראות את זכות היוצרים כחלק ממוסד רחב של קניין, שכן ההכרה באינטרס הציבורי מתיישבת גם עם מטרות דיני זכויות יוצרים<sup>55</sup>. על פי גישה זו, אף ראוי לאמץ דוקטרינות מדיני הקניין הכלליים, ככל שאלו יתרמו להשגת מטרות דיני היוצרים<sup>56</sup>, ואין צורך להיאבק בהקבלה הקניינית, מכיוון שעתה קיימת הרמוניה ערכית בין הדינים<sup>57</sup>. עם זאת, יש להישמר מפני הומוגניות תאורטית בנוגע לכל סוגי הקניין: יש לזהות את המאפיינים הייחודיים של הקניין שבו מדובר ולבחון את השאלה אם מאפיינים אלו מחייבים התייחסות שונה בהתאם להקשר<sup>58</sup>. בהתאם לתפיסה זו, נקודת המוצא של מאמר זה היא שדיני הקניין הכלליים עודם מקור נורמטיבי בעל חשיבות המזין את דיני זכויות היוצרים, אך לצד זאת, ראוי להכיר במאפיינים השונים של זכות היוצרים, ולהתאים את היישום הנורמטיבי למאפיינים אלו.

במישור התאורטי ראוי לציין כי למרות ההתקרבות הערכית בין הדינים, ניתן עדיין להצביע על שוני במטרות אשר דיני הקניין ודיני זכויות יוצרים חותרים לקדם. לעומת דיני

זכותם באדמות, באמצעות דיני הקניין. דיני הקניין המסורתיים לרוב אינם מאפשרים להכיר בזכויותיהם של הילידים, לנוכח הדרישה לסימון זכויות הקניין ולגידורן. תפיסת העולם של הילידים הייתה (ובמקרים מסוימים עודה) של חיים בהרמוניה עם הטבע. כחלק מתפיסה זו, הם לא ניסו לשלוט בטבע, לסמנו ולהטביע בו את חותמם, אלא שאפו להשתלב בו ונדרו ממקום למקום. אולם במסגרת הכללים הנוקשים שנקבעו בדין הקניין, מי שלא עיבר את הקרקע ולא הטביע בה את חותמו, אינו זכאי לתבוע בה זכויות בעלות. עקב כך, זכויות הילידים נדחקו הצדה. בשנים האחרונות עולה לדיון האפשרות להגמיש את חוקי הקניין באופן שיאפשר הכרה מסוימת בזכויות ילידים בנוגע לקרקעות שבהן החזיקו במשך דורות. ראו החוק האוסטרלי: Native Title Act, 1993 (Cwlth) Section 223, ראו עוד: [www.nntt.gov.au/What-Is-Native-Title/Pages/What-is-Native-Title.aspx](http://www.nntt.gov.au/What-Is-Native-Title/Pages/What-is-Native-Title.aspx) (נבדק לאחרונה ב־22.7.2011).

David Fagundes, *Crystals in the Public Domain*, 50 BOSTON COLLEGE L. REV. 139 55  
(2009). ראו גם דגן, לעיל ה"ש 48, בעמ' 44–49.

Michael James Arrett, *Adverse Possession of Copyright: A Proposal to Complete* 56  
*Copyright's Unification with Property Law*, 31 IOWA J. CORP. L. 187, 192–194 (2005)  
הגורס כי יש לקבל את התפיסה הרווחת כי זכות יוצרים היא זכות קניין, ולהחיל בזכויות יוצרים את דוקטרינת החזקה הנוגדת.

ראו Fagundes, לעיל ה"ש 55; דגן, לעיל ה"ש 48, בעמ' 44–49.

Brian M. Hoffstadt, *Dispossession*, ; Fagundes, לעיל ה"ש 55; Hughes, לעיל ה"ש 3; Fagundes, לעיל ה"ש 55; Hughes, *Intellectual Property, and the Sin of Theoretical Homogeneity*, 80 S.CAL. L. REV. 909, 914–917 (2007); יהושע ויסמן **דיני קניין (חלק כללי)** 47 (1993): "ואכן למונח 'זכות קניינית' אין משמעות אחידה ומוסכמת. יש בו מה שהיה עניין ליצוק לתוכו, ויצקו לתוכו מה שנראה היה כמועיל להשגת תכליות ידועות, בהתאם לנסיבות הזמן המשתנות."

הקניין הנפתחים עתה לשקילת שיקולים ציבוריים, נוסף על האינטרס האישי של בעל הקניין, הרי דיני זכויות יוצרים מעמידים את האינטרס הציבורי במרכז הבמה. הצדקה מרכזית להכרה בזכויות יוצרים היא ההצדקה התועלתית, הרואה את מטרת זכות היוצרים לעודד הפצה של ביטויים ויצירות בעלות ערך חברתי, על מנת לקדם את התועלת המצרפית של החברה. על כן ניתן תמריץ לעוסקים ביצירה, בדרך של הגנה על יצירתם<sup>59</sup>. גישה זו מעמידה במרכז את האינטרס הכלל חברתי, ומעדיפה אותו על פני אינטרס הפרט – היוצר. יוטעם כי התועלת החברתית אינה נבחנת אך ורק במונחים כלכליים, ועומדות מאחוריה גם הצדקות ערכיות נכבדות, ובכלל זה: עידוד חופש הביטוי, העשרת הידע האנושי, קידום ערכי הדמוקרטיה וחופש הביטוי<sup>60</sup>. ההגנה על זכויות יוצרים משרתת את הציבור כולו בכך שהיא מאפשרת שיח אינטלקטואלי ותרבותי והפצת רעיונות. הגישה התועלתית חותרת לעידוד הקדמה, הנבנית נדבך על נדבך. מתן בלעדיות על שלב כלשהו, עלול למנוע את

59 בראשית דרכו של המשפט הישראלי, תאוריית העמל קיבלה דגש בפסיקת בתי המשפט. פסק הדין שניתן על ידי כבוד הנשיא שמגר בע"א 513/89 *Interlego v Exin-Lines Bros. S.A.* (להלן: עניין אינטרלגו), חוללה תפנית, בקביעה כי השיקול החברתי התועלתית הוא הציודק העיקרי להכרה בזכויות יוצרים בישראל, היות שמטרתן של זכויות יוצרים היא לעודד את הגיוון בביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים. בפסיקה שבאה לאחר מכן המשיכו בתי המשפט לדון הן בהצדקה התועלתנית והן בתאוריית העמל, וכיום שתי ההשקפות מיושמות יחדיו בפסיקה הישראלית; ע"א 136/71 *מדינת ישראל v אחימן*, פ"ד כו(2) 259 (1972); ע"א 360/83 *סטרוסקי בע"מ v גלידת ויטמן בע"מ*, פ"ד (3) 340 (1985); ע"א 326/00 *עיריית חולון v אן. א. סי מוסיקה בע"מ*, פ"ד נז(3) 658 (2003); ע"א 3616/92 *דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ v חשב היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול*, פ"ד נא(5) 348, 337 (1997); פרשת *פרימיירליג*, לעיל ה"ש 26; גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות היוצרים" 361–367, 359 *משפטים* לא (התשס"א); פישמן אפורי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 29; מיכאל ד' בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" *עלי משפט* ב 347, 387–409 (2002).

60 בירנהק, שם, בעמ' 355; ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" *יוצרים זכויות*, לעיל ה"ש 41, 327, בעמ' 342–345; ע"א 723/74 *הוצאת עתון "הארץ" בע"מ v חברת החשמל לישראל בע"מ*, פ"ד לא(2) 281, 285 (1974): "זכות היסוד של חופש הביטוי היא בעלת חשיבות מכרעת בקביעת אפיו של המשטר השורר במסגרת מדינית או חברתית נתונה. יתירה מכן, היא יסוד מסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האחרות; הווה אומר, בלעדית מתערעת יציבותן של זכויות יסוד אחרות, כגון חופש הדת וקמות ועולות סכנות למימושן הלכה למעשה. יתירה מזאת, אפיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד-על משפטי". Wendy Gordon, *Copyright, Norms and the Problem of Private Censorship*, in *COPYRIGHT AND FREE SPEECH: COMPARATIVE AND INTERNATIONAL ANALYSIS* 69 (Jonathan Griffiths & Uma Suthersanen eds., 2005).



אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

הגישה לאבני היסוד הנדרשות לצורך בניית השלב הבא<sup>61</sup>. על כן התפיסה התועלתית טומנת בחובה מעין מעגל שוטה, שכן הרצון לעודד יצירה מחייב מתן בלעדיות ליוצר כדי לתמרץ אותו ליצור. אך מנגד, הגבלת חופש הפעולה בחברה, עלולה לעכב את התפתחות היצירה והתקדמותה, מכיוון שהיצירות הקיימות מהוות חומר הגלם המעניק השראה (ולעתים אף מהווה רכיב חיוני) להמשך התפתחות היצירה וקידום התועלת החברתית<sup>62</sup>. לתפיסה זו השלכה על יסוד האשם. ככל שיושם דגש על תפיסה הרואה בזכות היוצרים תגמול על עמלו של היוצר, כך גם תיטה הכף לטובת מתן הגנה חזקה לזכות אישית, בדומה לדיני הקניין הכלליים. בהתאם לכך, תפיסה התומכת במתן הגנה מרבית לבעל זכות היוצרים, מתישבת עם ויתור על ראיית יסוד האשם כשיקול רלוונטי; ואילו ככל שטובת הכלל עומדת לנגד עינינו, כך מתרחב המבט ומקיף את כל יתר ה"שחקנים" המשתתפים בפעילות זו, הן בעלי הזכויות והן המפרים הפוטנציאליים. השקפה רחבה זו מחייבת נקיטת זהירות מפני הרתעת יתר, אשר עלולה לסכל את מטרת החברה, את פיתוח היצירה וזרימתו החופשית של המידע. המפרים הפוטנציאליים הם המשתמשים ביצירות ויוצרים פוטנציאליים בפני עצמם, והטלת אחריות על פעולות שהם מבצעים ללא אשם, עלולה להרתיעם מעיסוק בפעילות הרצויה לחברה.

נוסף על הפער בהיבט התאורטי, לזכויות יוצרים מאפיינים ייחודיים השונים מזכויות הקניין המוחשי הרלוונטיים לדיון ביסוד האשם.

**היעדר תיחום ברור של זכות היוצרים** – הקניין המוחשי מוגדר ותחום מעצם היותו גשמי. שאלות המתעוררות בנוגע להיקף הזכות ולסוג הזכות, למיחות הבעלים וכיוצא באלה – מקבלות על פי רוב מענה לנוכח קיומם של סימנים פיזיים גלויים, כגון שילוט, גידור ותיחום פיזי, וניתנות לרוב לבירור בנקל. תיחום ברור של הבעלות בקניין מקדם את הסחר ומצמצם סכסוכים המבזבזים משאבים. כשזכות הבעלות תחומה באופן ברור ואינה ניתנת לוויכוח, כל הצדדים יוצאים מרווחים מכיוון שכך אפשר לסחור ברכוש ולהשתמש בו בשוויו המקסימלי<sup>63</sup>.

בשונה מקניין מוחשי, זכויות יוצרים אינן ניתנות לתיחום ולסימון ברורים, וקשה לגבש מערכת סימנים ברורה להבחנה בבעלות שתהא מובנת לכול<sup>64</sup>. על אדם המבקש לעשות

61 בירנהק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 363–364.

62 פסח, לעיל ה"ש 59, בעמ' 369; פישמן אפורי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 31–35, 56–57.

63 Rose, לעיל ה"ש 54; Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 374.

64 Rose, לעיל ה"ש 54; Wendy J. Gordon, *Of Harms and Benefits: Torts, Restitution, and*; 3, *Intellectual Property*, 21 J. LEGAL STUD. 449, 469 (1992); וכן Gordon, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1381; Arrett, לעיל ה"ש 56; Elkin-Koren Niva, *Exploring Creative Commons: A*

שימוש ביצירה, להעריך אם הוא פועל כדין או מפר זכויות יוצרים. אולם התשובה לשאלה זו עלולה להיות אפופה חוסר בהירות. במקרים רבים, יש מידה רבה של חוסר ודאות בנוגע לשאלות שונות ובהן: האם יצירה היא אכן יצירה מוגנת; האם תוכר על ידי בית המשפט כעונה על דרישת המקוריות; מיהו בעל זכות היוצרים; היכן עובר קו הגבול בין רעיון לבין ביטוי או בין העתקה לבין יצירה חדשה; האם מדובר בשימוש מפר; והאם נעשה ביצירה שימוש מותר, בכלל זה שימוש הוגן<sup>65</sup>. התשובה הוודאית לשאלות אלו עלולה להגיע רק בתום התדיינות משפטית ממושכת ויקרה<sup>66</sup>.

עקב היעדר תיחום ברור של זכויות יוצרים, עלול להיווצר אפקט של הרתעת יתר<sup>67</sup>. בעלי זכות ביצירה עלולים לקבל בפועל הגנה רחבה מכפי שהם זכאים לה, על ידי איום בנקיטת הליכים משפטיים. כאשר יחסי הכוחות הכלכליים בין הצדדים אינם שווים, עלול בעל זכות היוצרים לנצל לרעה את יתרונו הכלכלי על פני הצד השני. במקרים אלו, די באיום מצד בעל הזכות על המפר הפוטנציאלי בנקיטת הליך משפטי כדי להרתיעו, אף אם אין ודאות כי הוא אכן מצוי בתחום ההפרה<sup>68</sup>. לעתים המפר הפוטנציאלי עלול להגביל עצמו יותר מהנדרש אף ללא איום מצד הבעלים, בעטייה של אי-הבהירות בנוגע להיקף חבותו

*Skeptical View of a Worthy Pursuit, in THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN 326 (P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault eds., 2006).*

65 ראו למשל בירנהק, לעיל ה"ש 59, לעניין השיקולים וחוסר העקביות של הפסיקה בנוגע לדרישת המקוריות; MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT (2009), בס' 13.03 מציין נימר כי קביעת מידת הדמיון המהווה דמיון מהותי המפר זכות יוצרים, היא אחת הסוגיות הקשות בדיני זכויות יוצרים. בס' 2.01 הוא מתייחס לגלגולי דרישת המקוריות במשפט האמריקני ובס' 2.03 לעניין ההבחנה בין רעיון לדרך ביטוי; פישמן אפורי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 291–292 מציינת כי המבחנים לדמיון מהותי מעניקים למעשה הגנה לרעיונות הטמונים ביצירה ומגבירים את האי-ודאות המשפטית בעניין היקף ההגנה על היצירה. ראו גם: שם, בעמ' 155–156 לעניין הקושי שמעוררת זכות הגזירה ביישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי; ניל נתנאל "שימוש הוגן ישראלי מנקודת מבט אמריקאית" יוצרים זכויות, לעיל ה"ש 41, 377, לעניין שיקול הדעת הרחב המסור לבית המשפט בעניין תחולת הגנת השיקול ההוגן; טוני גרינמן "הזכות המוסרית – מ-droit moral ל-moral rights" יוצרים זכויות, שם, 439, בעמ' 470–479, המבקר את ההסדר בחוק החדש המודיש את סבירות פעולתו של המשתמש ביצירה.

66 Rose, לעיל ה"ש 54; Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 388–391.

67 Fagundes, לעיל ה"ש 55, בעמ' 143–144, נותן דוגמה הממחישה יפה את הקושי: תארו לעצמכם עד כמה יהיה זה בלתי-יעיל אם הגבול בין חלקות שכנות יתואר כך: מותר לציבור להשתמש בחוף הים הציבורי, אך ורק מבלי להתקרב באופן בלתי סביר לשטח הגובל עמו. 68 שם. על השימוש לרעה בזכויות יוצרים כדי להגביל את חופש הביטוי ראו: Gordon, לעיל ה"ש 60.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

ובשל חששו מחבות משפטית. כך נוצרת הרחבה יתרה של היקף ההגנה הניתנת לבעל הזכות על פי החוק, מפאת העמימות באשר להיקף תחולת זכות היוצרים. יש הגורסים כי עמימות זאת היא בלתי נמנעת נוכח האופי השונה והבלתי מוחשי של זכות היוצרים<sup>69</sup>. כמו כן מועלית הטענה כי העמימות נחוצה כדי לקדם את תכליות דיני זכויות היוצרים, וכדי להימנע מהרתעת יתר של משתמשים, בין היתר מכיוון שהיא יוצרת תמריץ לניהול משא ומתן בין הצדדים ומותירה פתח לשימושים קטנים ובלתי-מזיקים ולשימושים המקדמים את חופש הביטוי<sup>70</sup>. מנגד, מועלית טענה כי העמימות אינה משרתת מטרת אלה, אלא רק מעצימה את עמדתם של בעלי הכוח מול האדם הקטן, ועל כן יש לשאוף להגדיר ולתחום את מרחב הזכות באופן ברור יותר, בהתאמה לקניין המוחשי, כדי למנוע הרתעת יתר הפוגעת בחופש המידע ובחופש היצירה<sup>71</sup>.

**היעדר רישום** – שוני נוסף בין זכות קניין מוחשי לזכות היוצרים הוא שניתן לבצע רישום בנוגע לקניין המוחשי (בייחוד מקרקעין), ואילו זכויות יוצרים אינן טעונות רישום

69 Fagundes, לעיל ה"ש 55, בעמ' 161; Dan L. Burk, *Muddy Rules for Cyberspace*, 21 CARDOZO L. REV. 121 (1999).

70 Fagundes, לעיל ה"ש 55, בעמ' 161–168; Burk, לעיל ה"ש 69. אחד הטיעונים המועלים בעניין זה הוא שהעמימות מהווה תמריץ לצדדים, שאינם בטוחים בתוצאה הסופית, להגיע לעסקה רצונית ללא התדיינות משפטית. כנגד טיעון זה משיבים, כי במקרים רבים לבעל זכות היוצרים יתרון כלכלי משמעותי על פני המפר הפוטנציאלי, ועל כן אינו נרתע מהתדיינות משפטית יקרה. טענה נוספת היא שהעמימות מביאה לכך שמקרים יגיעו להכרעה בית המשפט, וכי בית המשפט צפוי להביא במסגרת שיקוליו גם שיקולים של אינטרסים ציבוריים, שלא יובאו בחשבון על ידי הצדדים במשא ומתן ביניהם. כנגד זאת נטען, כי המקרים לאו דווקא יגיעו לבית המשפט, אלא ייושבו בין הצדדים בצורה בלתי-הוגנת, וכי גם אם יידונו בפני בית המשפט, אין להניח כי שופטים ייטיבו לשקול את טובת הציבור. טענה נוספת גורסת שהגבולות העמומים מאפשרים למשתמשים לעשות שימושים קטנים ובלתי-מזיקים בזכויות יוצרים, המיטיבים עם החברה ועם התחום שבו מדובר. אולם כנגד זאת נטען כי בעלי זכויות יוצרים אינם משקיפים על טובת הענף, כי אם על האינטרסים הכלכליים המידיים שלהם. טענה נוספת היא כי בעלי זכויות יוצרים ייטו לנהל משא ומתן יעיל, מכיוון שהגלגל עשוי להתהפך, והם יהפכו למשתמשים הזקוקים לרישיון. כנגד זאת נטען כי חילופי התפקידים אינם כה נפוצים, ולרוב מדובר בגוף כלכלי חזק בענף העומד מול משתמש קטן וחלש. עוד נטען כי הגבולות העמומים תורמים לעידוד חופש הביטוי, אך גם כנגד זאת מועלית הטענה כי לבעלי זכויות יוצרים יש סובלנות נמוכה כלפי כל הפרה, גם קטנה ובלתי-מזיקה.

71 Fagundes, לעיל ה"ש 55. פגונדס מציע, בין היתר, מעבר מסטנדרטים לכללים; קביעת דרישות פורמליות להכרה בזכות, כל עוד לא יעמדו בסתירה לאמנת ברן; וכן יצירת אפשרות של הכרעה מקדמית (pre-ruling) בעניין מחלוקת בדבר הפרה, על ידי המשרד לענייני זכויות יוצרים.

ולא קיים מרשם בנוגע אליהן. אמנת ברן<sup>72</sup> אוסרת התניית ההגנה על זכויות יוצרים בתנאים פורמליים, כגון חובת רישום והודעה. בעקבות הצטרפותה לאמנה זו בשנת 1989 זנחה ארצות-הברית את חובת הרישום וההודעה<sup>73</sup>, ובעקבות זאת מועלית הטענה כי ביטול חובת הרישום וההודעה אך העצימו את חוסר הבהירות האופף את זכויות היוצרים<sup>74</sup>. עם זאת, יש לתת את הדעת לכך שגם יצירת רישום אינה יכולה לפתור חלק מהעמימות האינהרנטית לזכויות יוצרים, למשל בהכרעה אם יצירה מהווה העתקה מהותית או אם עומדת למשתמש הגנת שימוש הוגן<sup>75</sup>. כמו כן, הטלת חובת רישום והודעה כרוכה בעלויות גבוהות אשר עלולות לפגוע במטרת הדין לעודד פעילות יצירתית<sup>76</sup>.

הבדלים אלו בין הקניין המוחשי ובין זכויות יוצרים, תומכים במתן משקל לאשם הצדדים. ככל שהתיחום של הזכות עמום יותר, כך גדל מרחב הטעות – בנוגע לקיום הזכות, להיקפה או להגנות אשר עשויות לעמוד למפר הפוטנציאלי. כהגדרתה של קרול רוז, על בעל זכות הקניין "לצעוק" צעקה חזקה וברורה דיה כדי שאחרים ישמעו ויבינו כי הוא בעל הזכות<sup>77</sup>. הטלת אחריות ללא אשם במקרה שהסימנים לבעלות אינם ברורים דיים, יוצרת אי-ודאות וגורמת להרתעת יתר. יש בכוחה של ההתייחסות לשיקולי אשם המפר כדי לנטרל את חוסר הודאות, וזאת, על ידי מתן הגנה למי שפעל בתום לב ולמי שלא היה מודע לקיומה של הזכות או להפרתה<sup>78</sup>.

**מאפיין ייחודי נוסף של זכות היוצרים הוא שזכות היוצרים היא טובין ציבוריים.** בניגוד לקניין המוחשי, השימוש בזכות היוצרים אינו בלעדי ואינו מונע מאחרים שימוש בזכות<sup>79</sup>. זכות היוצרים אף אינה מתכלה<sup>80</sup>. מאפיין זה הוא מאפיין בסיסי של זכות

72 'ס' 5 (2) לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, כ"א 1, 259 (נפתחה לחתימה ב-1886).

73 Berne Convention Implementation Act of 1988, march 1, 1988, 102 Stat. 2853.

74 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 376; Fagundes, לעיל ה"ש 55, בעמ' 154-155; Bernard R. Sorkin, *The Futility of a Future without Formalities*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 589, 591 (1995).

75 Fagundes, לעיל ה"ש 55.

76 Rose, לעיל ה"ש 54. רוז מציינת כי גיבוש מערכת של סימנים משניים המעידה על הבעלות, ותחזוקה של מערכת כזו, יקרים, כפי שגם יקר לגבש מבנה של סימנים ראשוניים לחזקה. כלכלנים מצביעים על כך שישנן עלויות כמעט בכל שיטה קניינית. עלויות אלו עלולות אף למנוע התפתחות של שיטה קניינית כלשהי במקרים שבהם הצורך שלנו בהשקעה בטוחה אינו גדול כמו העלות שכרוכה ביצירת הסימנים ההכרחיים של חזקה.

77 ש.ם.

78 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 374-375.

79 Gordon, לעיל ה"ש 34, בעמ' 66; Hoffstadt, לעיל ה"ש 58; Stephen L. Carter, *Owning*; *What Doesn't Exist*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 99, 102 (1990).

היוצרים, והוא גם טעם מרכזי להכרה בבלעדיות בזכות. בעולם ללא זכויות יוצרים, מיד עם רכישתו של עותק אחד מרשות היוצר, היה כלל הציבור חופשי להעתיקו ולנצל את היצירה ללא כל מגבלה. היוצר היה נאלץ לגלם את מלוא שווייה של היצירה באותו עותק אחד, אולם איש לא היה רוכש אותו, מכיוון שכולם היו מבכרים להימנות עם הרוכבים החופשיים ("תופעת הטרמפיסט"), וכך ליוצר לא היה תמריץ ליצור. הענקת בלעדיות בזכות היא אפוא אשר מתקנת את כשל השוק המתואר<sup>81</sup>. עם זאת, על הבלעדיות ליצור תמריץ נאות ליצירה, ולא יותר, ואין הכרח להסיק כי על הבלעדיות הניתנת ליוצר להשתוות לזו הניתנת לבעלים של קניין מוחשי<sup>82</sup>. במקרים רבים שימוש ביצירה בידי אחרים מסב לבעל זכות היוצרים נזק מצומצם מאוד, או אף אינו גורם נזק כלשהו, ואינו פוגע בתמריץ ליצור, אך מביא תועלת למשתמש ולחברה בכללותה<sup>83</sup>. במקרים אלו, קיים טעם להכיר בהגנת השימוש ההוגן<sup>84</sup> או להימנע ממתן צו מניעה נגד המפר<sup>85</sup>. בהקשר זה נכנס לתמונה גם יסוד האשם: כאשר אין בשימוש הפרעה של ממש לבעלים, ספק אם מוצדק לחייב משתמש שפעל בתום לב<sup>86</sup>. בניגוד לקניין המוחשי, יצירות משמשות לעתים חומר גלם ליצירת יצירות חדשות. לנוכח מטרת דיני זכויות יוצרים להעשיר את עולם הביטויים ולתעל את הקדמה<sup>87</sup>, נודעת חשיבות עליונית להנגשת השימוש ביצירות ולשמירה על נחלת הכלל<sup>88</sup>. מטעמים אלו, בניגוד לקניין מוחשי, הבלעדיות המוענקת לבעל זכות היוצרים אינה מוחלטת, ובנסיבות

- William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659, 80  
 Hoffstadt ; 1700 (1988), לעיל ה"ש 58.
- W.M. Landes & R.A. Posner, *An Economic of Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL 81  
 STUD. (1989) 325, 327. להסבר בהרחבה ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 31–32.
- Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 371. מציינים שבניגוד לקניין מוחשי, נכסי קניין 82  
 רוחני הם טובין ציבוריים, ובדרך כלל הם בלתי-מתכלים (nonexcludable and inexhaustible). ככאלו, ניתן להשתמש בהם על ידי משתמש שני בעלות נמוכה או ללא עלות והשימוש הנ"ל לא פוגע בערך הזכות. מכיוון שכך, זכויות ביצירה מוגנת הן חלשות באופן משמעותי מזכויות קנייניות רגילות; Gordon, לעיל ה"ש 34, בעמ' 72; Glynn S. Lunney, *Reexamining Copyright's Incentives – Access Paradigm*, 49 VAND. L. REV. 483(1996).
- Gordon, לעיל ה"ש 34, בעמ' 72. 83
- Bohannan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 974–976, 983–985. 84
- Phillips, לעיל ה"ש 43, בעמ' 434. 85
- Gordon, *When Worlds Collide*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 2429. 86
- Bohannan, לעיל ה"ש 36, בעמ' 974–976, 983–985; Balganes, לעיל ה"ש 4. הטענים כי 87  
 יש להעניק משקל לצפיות הנזק לתובע, בעת קביעת חבות בגין הפרת זכות יוצרים ומהענקת הגנת שימוש הוגן. וכן ראו: Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1610–1611 (1982), לעיל ה"ש 81.
- בירנהק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 366–363. 88

מסוימות, הוא אינו יכול למנוע מאחרים להשתמש ביצירתו. הזכויות הנובעות מזכות היוצרים נתונות להגבלות שונות הן בבלעדיות שהן מקנות והן במשך זמן קיומן<sup>89</sup>. המאפיינים הייחודיים שנסקרו לעיל מבחינים בין זכות היוצרים לבין זכויות קניין מוחשי, ומחייבים אותנו לשקול אם ראוי לתת לה אותה מידה של הגנה ואותו סוג של הגנה שמקבל הקניין המוחשי<sup>90</sup>. עמדה זו אינה מחייבת אותנו להעמיד את זכות היוצרים כזכות חשובה או חזקה פחות מהקניין המוחשי ואינה מחייבת שלילת אופייה הקנייני של זכות היוצרים. אף בגדר התפיסה הקניינית, ניתן להכיר בזכות היוצרים כבעלת מאפיינים ייחודיים המחייבים אותנו "לתפור" הסדר אחריות המותאם לגזרתה ולמידותיה, ולא להוליכה על פס הייצור הסטנדרטי של הקניין המוחשי.

## 2. הכרה בתוקף שיקולי הגינות בדיני הקניין

סעיף 14 לחוק המקרקעין קובע כדלקמן: "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". בשנים האחרונות הולכת וגוברת ההכרה בכך שראוי ליישם שיקולי הגינות במסגרת דיני הקניין. זאת, מכוח סעיף 14 לחוק המקרקעין וכן מכוח עקרון תום הלב הכללי, המעוגן בסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"), המהווה "מטרייה נורמטיבית הפרוסה על כל הוראות חוק המקרקעין"<sup>91</sup>. יוטעם כי בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות – עקרון תום הלב נכלל בין עקרונות היסוד של דיני הממונות<sup>92</sup>. ההכרה בשיקולי אשם החלה במידה מצומצמת גם בעבר הרחוק, בהתפתחות דוקטרינת השתק מחמת רשלנות<sup>93</sup>. מגמה זו הולכת וצוברת תאוצה בשנים האחרונות. יישום שיקולי הגינות מרכז ומעדין את ההגנה על הקניין.

89 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 373; Gordon, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1380; דויטש, לעיל ה"ש 25, בעמ' 25-37.

90 ראו גם: Gordon, לעיל ה"ש 60, המציינת כי יש מקום להבחין בין זכויות יוצרים לבין זכויות קניין, בין היתר מכיוון שזכויות יוצרים מסדירות התנהגות בנוגע לדפוסים, ולא בנוגע לדברים, וכן מכיוון שהפרה אינה בהכרח פוגעת בבעל זכות היוצרים, שלא כמו פגיעה ברכוש.

91 פרשת **רוקר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 276.

92 בס' 2 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 6: "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב".

93 ע"א 550/66 א' **שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ**, פ"ד כב(1) 240 (1968); ע"א 618/75 **טננבאום נ' בנק לאומי**, פ"ד לא(3) 141 (1977): דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם" ספר **זוסמן** 241 (א' ברק, י' זמיר וח' כהן עורכים, התשמ"ד). פרידמן מציין כי השפעת רעיון האשם כה עמוקה, עד שגם דין הקניין לא זכה לחסינות גמורה. כן הוא מציין, בעמ' 253, כי האפשרות שדין האשם ישתלט בעתיד הנראה לעין על דיני הקניין נראית רחוקה, אך עם זאת

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

הנושא נדון בהרחבה בפסק הדין בפרשת **רוקר**<sup>94</sup>. כל שופטי ההרכב בפרשת **רוקר** הסכימו כי ראוי עקרונית להחיל על דיני הקניין שיקולים של הגינות ותום לב, והמחלוקת ביניהם התמקדה בשאלת היקף שיקול הדעת הנתון לבית המשפט בבואו ליישם עיקרון זה. על פי עמדת הרוב, יש להעדיף את סעד המניעה, שהוא הסעד הקנייני הטבעי, וגם כאשר יש שיקול דעת לבית המשפט בבואו להיענות או שלא להיענות לבקשה של בעל זכות קניין לממש את זכותו, השימוש בסמכות זו ייעשה בצמצום, רק במקרים נדירים וחריגים, וזאת נוכח מעמדה החשוב של זכות הקניין.

השופט אנגלרד, בדעת מיעוט, סבר כי אין לקבל את העמדה שלפיה שיקול הדעת לפי סעיף 14 לחוק המקרקעין הוא מצומצם. לדעתו, מן הראוי שתשרור התאמה בין דיני הקניין לדיני הנזיקין, וככל שניתן – גם התאמה בשיקולים למתן הסעדים שמטרתם הגנה ישירה על אינטרסים קנייניים. על כן יש ליישם את מערכת השיקולים החלה מכוח סעיף 74 לפקודת הנזיקין, התשכ"ח-1968 (להלן: "פקודת הנזיקין" או "הפקודה"), בכל הנוגע להענקת צו מניעה<sup>95</sup>. מבין שופטי הרוב הייתה עמדתו של השופט חשין הקיצונית ביותר, והצדיקה שרירות בעלים<sup>96</sup>. השופט טירקל גרס כי יש לעשות שימוש נדיר וחריג בדוקטרינת תום הלב על מנת לדחות תביעתו של בעל קרקע שהוגשה כדי להגן על קניינו. בחינת תום הלב צריכה להיעשות לפי התנהגותו בשלב נקיטת ההליך המשפטי ולא בעת הפלישה. הוא פירט את השיקולים המנחים את בית המשפט בבואו להחליט אם להושיט לתובע את הסעד של השבת המצב לקדמותו. שיקולים אלו אומצו על ידי הנשיא ברק, ורוב השופטים תמכו בדעתו. אלו הם התנאים<sup>97</sup>: (1) עצמתה של הזכות הקניינית; (2) עצמתה של הפגיעה בזכות; (3) עצמת התוצאות של הסרת הפגיעה לגבי הפוגע בזכות; (4) התנהגותם של בעלי הדין<sup>98</sup>.

הנשיא ברק, שנמנה עם דעת הרוב בפרשת **רוקר**, הביע עמדה מקלה מזו של השופט טירקל. לפי גישתו, ניתן להגביל את זכותו של בעל הקניין גם בהיעדר זדון מצדו, אם

קיימים סימנים אחדים לחדירת רעיון האשם לתחום דיני הקניין בהקשרים ספציפיים ובנושאים מוגבלים בלבד; מיגל דויטש קניין כרך א 113, 119 (1997). לדעת דויטש, על אף הצורך בוודאות משפטית ובשמירה על עצמתו המוגברת של הקניין, יש להחיל גם על דיני הקניין שיקולים של הגינות ותום לב, אך יש לעשות כן בזהירות מיוחדת.

94 פרשת **רוקר**, לעיל ה"ש 5; ע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, פ"ד כה (2) 523 (1971).

95 פרשת **רוקר**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 231.

96 שם, בעמ' 259-260.

97 שם, בעמ' 242-243, וכן פסק דינו של הנשיא ברק, בעמ' 281, פסק דינו של השופט מצא, בעמ' 287-285, פסק דינו של השופט לוין, בעמ' 287 ופסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, בעמ' 288.

98 שם.

התנהגותו אינה מתיישבת עם הסטנדרטים הערכיים הראויים המרכיבים את החובה לנהוג בתום לב. כאשר בית המשפט בוחן את זכותו של בעל הקניין לקבלת הסעד המבוקש, הוא ייתן דעתו להיקף הפגיעה בזכות ולמידת זמניותה, למצבו הנפשי של הפולש בעת הפלישה ולשאלה, אם ניתן להסתפק בפיצוי כספי בנסיבות המקרה<sup>99</sup>. הנשיא ברק הדגיש כי לקניין גם היבט ציבורי: "מהותו של היחס בין בעל הקניין לבין זולתו קובעת את אינטנסיביות פעולתו של תום-הלב. הקניין נועד לבטא את שליטתו של האדם ואת אישיותו. עם זאת, לקניין היבט ציבורי. 'הקניין מטיל חובות' – קובע סעיף 14(2) לחוקה הגרמנית – 'השימוש בו צריך לשרת את אינטרס הציבור'. תום-הלב צריך לתת ביטוי לצורך זה לאזן, בגדריו של הקניין פנימה, בין אינטרס הפרט לאינטרס הכללי"<sup>100</sup>.

קיים חוסר אחידות ביישום פסק הדין בפרשת רוקר בפסיקה שבאה לאחור מכן. חלק מהשופטים בוחרים לאמץ את גישתו של השופט טירקל, ואחרים בוחרים בעמדתו המקלה יותר של הנשיא ברק. אף שעמדת הרוב בפרשת רוקר הורתה על מתן צו ההריסה, בתי המשפט החלו ליטול לעצמם חירות להפעיל שיקולי הגינות במקרים שונים, כדי למנוע עמידה דווקנית ובלתי צודקת על זכות קניינית<sup>101</sup>. התנהגות בעלי הדין מקבלת אפוא הכרה כשיקול בר תוקף בנוגע למתן זכות. ההתייחסות למצבו הנפשי של הפולש מכוונת ישירות ליסוד האשם. המושג "התנהגות הצדדים", אף שמתייחס ליסוד העובדתי-ההתנהגותי, מכוון למעשה לשאלת תום לבם, ולאשמתם המוסרית של הצדדים, כפי שהם משתקפים מהתנהגותם. כך גם השיקול הנוגע לעצמתה של הזכות הקניינית – פותח לדעתי פתח להתייחסות למאפייניה הייחודיים של זכות היוצרים. פסק הדין בפרשת רוקר דן בשאלה אם יש מקום להעניק צו עשה (השבת המצב לקדמותו ברכוש המשותף), כשהוכח קיומה של זכות קניינית. החדרת שיקולי תום לב ואשם לתחום הסעדים הקנייניים המובהקים של השבת המצב לקדמותו או מניעה, ודאי סוללת את הדרך להכיר בתוקף שיקולים אלו בנוגע לפסיקת פיצוי בגין פגיעה בזכות קניינית.

### 3. טשטוש ההבחנה בין חיובים לזכויות קניין

99 שם, בעמ' 280.

100 שם.

101 ראו ע"א (מחוזי י-ם) 2232/08 חברת אליק נכסים והובלות בע"מ נ' דדש (פורסם בנבו, 16.12.2008); ת"א (מחוזי ת"א) 2498/04 גליה נ' עזבון טואשי (מיום פורסם בנבו, 2.3.2008); ע"א (מחוזי נצ') 1274/06 אורי נ' שירותי בריאות (פורסם בנבו, 15.7.2007); ת"א (מחוזי חי') 675/04 עטווה נ' קאדרי (פורסם בנבו, 11.9.2006); ת"א (מחוזי חי') 727/03 זינגו נ' גבע (פורסם בנבו, 5.3.2006); בש"א 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' הרב ביטון (פורסם בנבו, 27.7.2006); ת"א 14701/06 (שלום י-ם) מילר נ' שפר (פורסם בנבו, 5.1.2009).



אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

מן העבר השני, ראוי לציין כי ההבחנה בין זכויות קניין לבין חיובים הולכת ומיטשטשת, על רקע עליית חשיבותם של החיובים בחיי המסחר התקינים וערכם הכלכלי הרב. ההגנה על החיובים הולכת ומתחזקת, וכך מתקרבת להגנה על זכויות קניין, גם אם היא עדיין פחותה<sup>102</sup>. לא תמיד ניתן להצדיק הגנה רחבה יותר על קניין מההיבט הכלכלי, שכן החיוב מהווה גם הוא אינטרס כלכלי חשוב של הנושה<sup>103</sup>. התהליכים של סיוג האבסולוטיות של הזכות הקניינית וצמצומה, בד בבד עם עליית כוחו של החיוב, גרמו לכך שהפערים בין ההגנה הניתנת לזכות הקניינית כלפי צדדים שלישיים לבין ההגנה הניתנת לזכות האישית צומצמו במידה ניכרת, אם כי עדיין קיים פער משמעותי ביניהן<sup>104</sup>. ההבחנה בין זכויות אישיות ובין זכויות קניין אינה עוד דיכוטומית וחד־משמעית. ישנן זכויות כלאיים, הנמצאות בתווך בין קטגוריית זכויות קנייניות ובין קטגוריית הזכויות האישיות. כמו כן, לזכויות המשתייכות לאחת הקטגוריות מאפיינים שונים, ומיוחסות להן דרגות שונות של עצמה<sup>105</sup>.

עמדה המעצימה את החיוב במידה משמעותית מאוד והופכת את ההבחנה בין קניין לזכות אישית, למשמעותית פחות, הובעה על ידי חלק מהשופטים בעניין **בנק המזרחי**.

102 דניאל פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב" דיני חיובים – חלק כללי 5 (דניאל פרידמן עורך, 1994).

103 נילי כהן **התערבות ביחסים חוזיים** 3, 5 (מהדורה שנייה, 1986); פרידמן, לעיל ה"ש 102, בעמ' 5–15. פרידמן עומד על מגמה זו ומציין כי מאפיינים שמקובל היה לראות כמבחינים בין חיובים לזכויות קניין, אינם תקפים עוד. הגדרת חיוב כקשר אישי לעומת קניין כרכוש, אינה קיימת עוד. מאפיין אחר שלפיו חיוב הוא ערטילאי, לעומת קניין, שהוא מוחשי, אינו רלוונטי אף הוא לנוכח קיומו של קניין רוחני. גם כשמדובר בקניין מוחשי, הזכות היא ערטילאית. גם העבירות אינה יסוד מבחין, מכיוון שגם חיובים ניתנים להעברה. ההבחנה שלפיה זכות קניינית יפה כלפי כל העולם והזכות האישית יפה רק כנגד החייב גם היא השתנתה מאוד, מכיוון שישנה הגנה רחבה על חיוב כלפי צדדים שלישיים. הבחנה אחרת, שעדיין בעלת משמעות, היא שבעל זכות קניין יכול לרוב לממש את זכותו ללא תלות בזולת (אף כי ההבחנה לא תמיד נכונה). הבחנה נוספת, שהיא הרלוונטית ביותר לגישתו, היא אופי הסיכון של הנושה לעומת הסיכון של בעל הקניין. בעל קניין חושש מסיכון שרכושו יאבד או יינזק, ואילו נושה חושש שהחייב לא יוכל לקיים את החיוב שלו.

104 פרידמן, שם, בעמ' 5–15.

105 שם, בעמ' 16–18. פרידמן מציין שיש זכויות אישיות חזקות יותר מאחרות וזכויות קניין חזקות יותר. בין הדוגמאות שהוא מביא: זכות רשומה של נהנה חזקה מזכות לא רשומה; זכות הנובעת מעסקת מקרקעין שלוותה בהערת אזהרה חזקה מזו שלא נתמכה בהערת אזהרה; הזכות האישית מחוזה הימורים חלשה מהזכות האישית הנובעת מהבטחת נישואין; הזכות לשירות אישי חלשה מהזכות לקבל נכס שכן אינה מקנה בדרך כלל זכות לאכיפה; הזכות לקבלת נכס ספציפי במסגרת דיני עסקאות נוגדות חזקה יותר מזכות אישית שאינה לקבלת נכס ספציפי ואשר אינה בגדר דיני עסקאות נוגדות.

בפסק דין זה נדונה השאלה אם זכות אובליגטורית (חוב כהגדרתו בחוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), נכללת בגדר "קניין" על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן חוסה בתחום הגנתו של חוק היסוד. חלק מהשופטים סברו כי יש לפרש את המושג קניין בצורה מרחיבה, החורגת מגדר המובן הקלאסי של זכויות קניין וכוללת גם זכויות אובליגטוריות כלכליות<sup>106</sup>.

צמצום הפער בין חיוב לבין זכות קניין וטשטוש ההבחנה ביניהם, מחזקים לדעתי את העמדה שלפיה סיווגה של זכות היוצרים כזכות קניין או כזכות בעלת מאפיינים קנייניים, אינו מחייב את המסקנה כי יש להחיל עליה את כל משטר דיני הקניין הכלליים. ניתן להכיר באלמנטים קנייניים של הזכות, מבלי לפגוע במאפייניה כזכות עצמאית. יש לבחון את זכות היוצרים על פי מאפייניה הייחודיים ולקבוע את העקרונות שיחולו בדין זה בהתאם לכך ולא על פי קטגוריזציה פורמלית.

ההבדל בין ההגנות הניתנות לזכות קניינית ולחיוב, בא לידי ביטוי, בין היתר, ביסוד הנפשי הנדרש. עוולת גרם הפרת חוזה – סעיף 62 לפקודת הנזיקין – מטילה חובה שלא לגרום להפרת חוזה בודעין. כך גם ההגנה על החיוב ביחסי שליחות (סעיף 9 (ב) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965) – מותנית בידיעה; גם סעיף 14 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק הנאמנות") שעניינו ביטול פעולת נאמן שנעשתה תוך הפרת חובת נאמנות, מותנה בידיעה בפועל או בכוח של הצד השלישי. נילי כהן מסבירה כי ההגנה על חיוב מותנית בדרך כלל במודעות בפועל או בכוח לגבי קיומו של החיוב, ואילו הגנת הקניין אינה מסויגת<sup>107</sup>. ההסבר לכך, לדבריה, הוא שהחיוב הוא פרטי ואינו בהכרח ידוע לזולת מלבד לגורמים שהתקשרו ביניהם, ועל כן אין זה ראוי לחייב צד שלישי לכבד חיוב שלא היה מודע לקיומו. ואילו כשהחיוב נרשם או שהוא מלווה בחזקה, הרי ההגנה עליו מתחזקת, מכיוון שהרישום מבטיח ידיעה. היבט אחר של יחסיות ההגנה הניתנת לחיוב הוא שבמקרים מסוימים, בית המשפט מוסמך להפעיל שיקול דעתו אם להעדיף את החיוב שנפגע או את

106 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); גיא פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר עידן המידע" עלי משפט ב 297, 309 (2002) (ובמיוחד ניתוח עניין בנק המזרחי בה"ש 40); וכן יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין הפרקליט מב 258, 267 (1995); וכן: ויסמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 72. ויסמן עומד בספרו על נטיית בתי המשפט (בארצות הברית ובישראל) להרחיב את המסגרת של דיני הקניין כדי שניתן יהיה להעניק את ההגנה הניתנת לזכויות קניין, גם לזכויות אחרות. ויסמן העריך נכונה שלנוכח חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בתי המשפט יגלו נטייה לתת למונח קניין פירוש רחב, כדי למנוע פגיעה בזכות.

107 כהן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 10.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

הזכות הנוגדת, ובמסגרת איזון האינטרסים, תישקל גם מידת אשמו של הזר, וזאת מכוח מונח השסתום "ללא צידוק"<sup>108</sup>. שיקולים אלו ראויים לתשומת לב גם בדיני זכויות יוצרים, שכן הטעמים להצבת דרישה ליסוד נפשי בהגנה על החיוב, הם קשיי המידע של הצד השלישי בנוגע לקיום החיוב וכן היעדר רישום בנוגע לחיוב. אף בנוגע לזכות היוצרים קיימים קשיי מידע, מפאת תיחום לא ברור והיעדר רישום של הזכות. מאפיינים אלו, הדומים למאפייני החיוב, תומכים בהעמדת היסוד נפשי על סדר היום גם בזכויות יוצרים.

#### 4. סיכום ביניים – ההיבט הקנייני

השוואת זכות היוצרים לזכות הקניין המוחשי מובילה אפוא לשתי מסקנות עיקריות. המסקנה הראשונה היא שתפיסת זכויות יוצרים כ"קניין", אינה מחייבת את המסקנה שהשיקולים הרלוונטיים לגבי פגיעה בזכות קניין מוחשי יהיו תקפים לגבי זכויות יוצרים. נהפוך הוא: השוני בין הזכויות מחייב פתיחת פתח לשיקולי אשם בתחום דיני זכויות יוצרים. המסקנה השנייה היא שדווקא ההכרה בדיני הקניין המוחשי כמקור נורמטיבי חשוב, מלמדת כי אין מקום להדיר את רגליהם של שיקולי האשם מתחום זכויות היוצרים, היות ששיקולים אלו כבר חדרו לתחום דיני הקניין.

צירוף המגמות שנסקרו בפרק זה והשלכתן על דיני זכויות יוצרים מובילים, לדעתי, למסקנה כי לא ניתן עוד להתבצר מאחורי חומת הקניין בצורה ולהתנער משיקולי אשם, שנתפסו בעבר כשיקולים הזרים לקניין. זכויות קניין אינן עשויות מקשה אחת. הן בעלות דרגות משתנות של עצמה, ובעלות גמישות שלא אפיינה אותן בעבר. הן אינן עוד ייחודיות בהעמדת בעל זכות הקניין מעל לכול, והן כפופות, בין היתר, לשיקולי הגינות ולשיקולים כלל חברתיים. קביעת הסדר האחריות ההולם את דיני זכויות היוצרים צריכה להיעשות תוך הבנת מאפייניה של זכות הקניין ומערכת השיקולים שבאה בגדרה, כמו גם תוך הבנת המאפיינים הייחודיים של זכות היוצרים, המבחינים אותה מן הקניין המוחשי. בהבנת המכלול האמור, המושג אשם אינו נראה זר ומנוכר לזכויות היוצרים. היקף המודעות והיחס הנפשי של המפר לתוצאה, מתגבשים בהתאם למאפייניה של הזכות. ככל שמושקלם של שיקולי ההגינות וטובת החברה גובר, כך גם גובר הצורך לשקול את היסוד הנפשי, המניע את הצדדים, ולא רק את היסוד העובדתי של מעשיהם והנסיבות. בתקופה שבה מיוחסת חשיבות רבה להשלטת נורמות של הגינות בין הצדדים גם במסגרת דיני הקניין, ראיית

108 שם; ס' 14 לחוק הנאמנות; ס' 9 לחוק המקרקעין; ס' 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן: "חוק המיטלטלין").

היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של התנהגות הצדדים גם יחד, היא אשר תאפשר נקיטת עמדה מוסרית ראויה.

עם זאת, יוטעם כי גם במסגרת תחום זכויות היוצרים ישנן כיום יצירות אשר בנוגע אליהן העמימות היא פחותה<sup>109</sup> ואפשר שבעתיד העמימות אף תפחת ככל שתאומץ העמדה הקוראת להבהרת הכללים<sup>110</sup>. חוסר אחידות זה מהווה לדעתי שיקול נגד עריכת שינוי כולל של משטר האחריות. מנגד, הוא תומך בהנהגת כלל פרגמטי בנוגע ליישום שיקולי אשם במסגרת מתן הסעד בגין ההפרה, המותר בידי בית המשפט שיקול דעת. על כך אעמוד בהמשך.

#### ד. שיקולי אשם בהיבט הנזיקי

סעיף 52 לחוק זכות יוצרים, קובע כי "הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] חלות עליה, בשינויים המחוייבים ובכפוף להוראות חוק זה"<sup>111</sup>.

בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים<sup>112</sup>, צוין בין היתר כי "המסגרת החוקית הכללית בשאלות של אשם, אחריות, פיצויים וצווי מניעה מצויה בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לפיכך כדי להשוות את דינה של הפרת זכות יוצרים לדין של עוולות אחרות מוצע לקבוע כי הוראות פקודת הנזיקין יחולו גם על הפרת זכויות יוצרים, בכפוף להוראות החוק המוצע. יודגש כי ההפנייה לפקודת הנזיקין אינה גורעת מהאופי הקנייני של זכות היוצרים בהיותה זכות בלעדית לעשיית פעולות ביצירה". הוראת סעיף 52 לפקודה מחילה אפוא על הפרת זכות יוצרים דוקטרינות ועקרונות מדיני הנזיקין, בין היתר בנושא אשם, כל עוד אלו אינם עומדים בסתירה לחוק. על כן אדון בפרק זה בשיקולים בקביעת יסוד האשם בנזיקין, ובמידת ישימותם על זכויות יוצרים.

109 Jacob & Dorfman, לעיל ה"ש 38, בעמ' 30, 33.

110 ראו: Fagundes, לעיל ה"ש 55.

111 ס' 6 לחוק זכות יוצרים 1911, שקדם לו, קבע כי "אם הופרה זכות-יוצרים באיזו יצירה, הרי אם לא נקבעה הוראה אחרת בחוק זה יהא בעל זכות היוצרים זכאי לכל התקופות האזרחיות, בדרך צו-מניעה, צו-איסור, תביעת דמי נזק, חשבונות, ובכל דרך אחרת, הכול לפי שמקנה או שיקנה החוק בשל הפרת זכות".

112 ראו דברי הסבר לס' 55 בהצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 48.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

רעיון האשם<sup>113</sup> כתנאי לחיוב אדם בנזיקין, עולה בקנה אחד עם תפיסות אנושיות בסיסיות של צדק, שלפיהן לא יחויב אדם בגין סיכון שיצר, אלא אם כן היה לו יחס נפשי כלשהו ליצירת הסיכון<sup>114</sup>. המשפט המקובל המסורתי לא ייחס חשיבות לאחריות המוסרית של המעוול, והטיל לאחריות בנזיקין בגין גרימה, ללא דרישה של אשם<sup>115</sup>. בהדרגה החל משפט הנזיקין להבחין בין דרגות שונות של לאחריות מוסרית, ובמאה התשע-עשרה, עם צמיחת השקפת עולם ליברלית-אינדיבידואליסטית<sup>116</sup>, החל מבחן האשם להשתרש כמבחן מרכזי להטלת לאחריות אזרחית<sup>117</sup>. במאה העשרים, עם צמיחת הסוציאליזם, החלה להתפתח הכרה מחודשת ברעיון האחריות החמורה בתחומי פעילות מסוימים, כאמצעי להגשמת טובת החברה בכללותה.

ניתן להצביע על שלוש קבוצות כלליות של הסדרי אחריות, בהתאם ליסוד הנפשי הנדרש:

(1) **עוולות האשמה המוסרית** (*intentional torts*): עוולות אלו מטילות אחריות בגין מודעות, ידיעה בפועל של המעוול כי הוא יוצר סיכון<sup>118</sup>; (2) **אחריות על בסיס אשמה חברתית** (*social fault*): בעוולות אלו, שהעיקרית בהן היא עוולת הרשלנות (סעיף 35 לפקודת הנזיקין), ייבחן האשם על פי הסטייה מסטנדרט הזהירות של האדם הסביר; (3) **עוולות האחריות החמורה** (*strict liability*): אלו הן עוולות שאינן דורשות ידיעה, אף לא ידיעה בכוח. הסדר של אחריות חמורה (המכונה גם "אחריות ללא אשם"), מתאפיין בהיעדר דרישה להוכחת קיום יסוד נפשי כלשהו אצל הנחבע, כתנאי לצמיחת האחריות. ניתן לחלק עוולות אלו לשתי קטגוריות: **הקטגוריה ראשונה** כוללת עוולות הקובעות הסדר של

113 "אשם" מוגדר בס' 64 לפקודת הנזיקין. האשם כולל יסוד עובדתי ויסוד נפשי. היסוד העובדתי מתייחס למעשהו של המעוול או למחדלו, ולנסיבות החיצוניות של האירוע, ואילו היסוד הנפשי מורכב מפנ שכלי (מידת המודעות לסיכון) ומפנ רגשי (היחס הרגשי לאפשרות התממשות הסיכון). ההתייחסות למושג אשם (או אשמה) בספרות ובפסיקה מתמקדת על פי רוב ביסוד הנפשי, וזהו המובן שבו עוסק מאמר זה; אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 33.

114 שם, בעמ' 129. וכן ראו: SALMOND & HEUSTON, ON THE LAW OF TORTS 24 (19<sup>th</sup> ed. 1987).

115 JOHN G. FLEMING, THE LAW OF TORTS 9 (9<sup>th</sup> ed. 1998).

116 שם. השקפת עולם זו, המעמידה את החירויות והאינטרס העצמי במרכז מעייניו וסדר עדיפויותיו של אדם, תשמר את מרחב פעולתו כל עוד לא נפל פגם מוסרי בהתנהגותו. בהתאם, אין זה ראוי להטיל על אדם חבות המגבילה את חירותו, בהיעדר אשם מצדו.

117 שם.

118 דוגמה לעוולות אלו הן: שקר מפגיע (ס' 58 לפקודה) ונגישה (ס' 60 לפקודה) הדורשות זדון; תרמית (ס' 56 לפקודה) ותקיפה (ס' 23 לפקודה) הדורשות יסוד כוונה; גרם הפרת חוזה (ס' 62 לפקודה) הדורשת ידיעה.

אחריות חמורה על יסוד של שיקולי מדיניות מודרניים (שעליהם אעמוד בהמשך)<sup>119</sup>.  
**הקטגוריה השנייה** היא של עוולות העוסקות בפגיעה באינטרס קנייני<sup>120</sup>. אדון בעוולות אלו להלן כ"עוולות הקנייניות".

הדיון בשיקולי אשם בזכויות יוצרים לאור דיני הנזיקין, יתחלק אפוא לשניים. בחלק הראשון של הפרק אדון בדרישת האשם בעוולות שנועדו להגן על אינטרסים קנייניים. לאור אפיונה הקנייני של זכות היוצרים, הרי שעוולות אלו מהוות נקודת התייחסות טבעית וראויה להבנת הסדר האחריות בדיני זכויות יוצרים. בהמשך הפרק אדון בהצדקות המוכרות בדיני הנזיקין להטלת אחריות חמורה בגין גרימת נזק. כמו כן אבחן את השאלה אם יישום הצדקות אלו בשינויים המחויבים בדיני זכויות יוצרים, תומך בקביעת הסדר של אחריות חמורה.

## 1. העוולות הקנייניות

חוקי הקניין בישראל (חוק המקרקעין וחוק המיטלטלין) מסדירים, בין היתר, את זכות הבעלות בנכס בהיבט המהותי וכן את הסעדים הנוגעים לאכיפת הזכות ולהגנה עליה, אך הם אינם מסדירים את הזכות לפיצוי בגין נזק הנובע מפגיעה בזכות הקניין. פקודת הנזיקין היא אשר מקנה לתובע סעד של פיצוי בגין פגיעה בזכותו הקניינית, וכן סעדים אחרים. הפיצול האמור מוסבר בכך שהמשפט המקובל האנגלי התפתח באופן היסטורי תוך הכרה בצורות תביעה. המשפט המקובל לא הכיר באופן פוזיטיבי בזכויות, כגון זכות הבעלות, וניתן היה להסיק על קיומן של זכויות רק מההכרה בזכות התביעה ומהתרופה שהוקנתה לנפגע. העוולות הקנייניות בנזיקין נועדו לשרת תפקיד כפול של הגנה על הזכות וכן מתן פיצוי על הנזק שנגרם בשל הפגיעה בזכות. על כן אומץ הסדר של אחריות חמורה, שנועד להפסיק את הפגיעה בזכות, ללא התחשבות ביסוד הנפשי של המפר<sup>121</sup>. פקודת הנזיקין היא נוסח חדש של פקודה מנדטורית שחוקקה על פי הדין האנגלי, ואימצה את העוולות הקנייניות. ואילו חוקי הקניין, המכירים בזכויות קניין באופן פוזיטיבי,

119 בקטגוריה זו נמנים, בין היתר, היזק על ידי כלב (ס' 41 לפקודה); חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980 (להלן: "חוק האחריות למוצרים פגומים") וחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: "חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים").

120 ובכלל זה הסגת גבול (במקרקעין ס' 29 לפקודה; ובמיטלטלין ס' 31 לפקודה), עיכוב נכס שלא כדיון (ס' 49 לפקודה), גזל (ס' 52 לפקודה), מטורד (לציבור – ס' 42 לפקודה וליחיד – ס' 44 לפקודה), והפרעה לאור שמש (ס' 48 לפקודה).

121 יצחק אנגלרד "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים – בעיות ומגמות" משפטים ה' 564, 572 (1975). מישאל חשין מיטלטלין בדין הנזיקין 182-190 (התשל"א); שירלי דגן סוגיות בדיני נזיקין 211 (2002).

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

נחקקו בישראל בהשראת הדין הקונטיננטלי<sup>122</sup>. העולות הקנייניות מהוות אפוא יציר כלאיים בין דיני הקניין לדיני הנזיקין, בכך שהן משמשות בשני כובעים: הראשון, קנייני מובהק – הגנה על הזכות הקניינית, נוסף על חוקי הקניין; השני, נזיקי – פיצוי בגין הנזק. בעקבות פיצול זה נוצרה גם כפילות מסוימת בסעדים. סעד הפיצוי בגין פגיעה בזכות קניין מוסדר כאמור באופן בלעדי על ידי פקודת הנזיקין, אך לסעדים אחרים (כגון צו מניעה או צו לביצוע בעיץ) מתייחסים באופן דומה בשני הדינים, ובעקבות זאת התעוררה השאלה מה היחס בין הדינים. השאלה נדונה, אך לא הוכרעה בפסיקה<sup>123</sup>.

העולות העוסקות בפגיעה בזכות קניין בפקודת הנזיקין, הן הסגת גבול (במקרקעין ובמיטלטלין), עיכוב נכס שלא כדין, גזל, מטריד והפרעה לאור שמש<sup>124</sup>. עולות הגזל עוסקות בשלילת הבעלות מבעלי הנכס, ואילו עולות הסגת גבול מתמקדת בפלישה לתחום החזקה הבלעדית של הבעלים. היות שזכות היוצרים מתאפיינת בכך שהשימוש בזכות אינו בלעדי ואינו מונע מאחרים שימוש בזכות, הרי שבהקבלה לתחום הקניין המוחשי, עולות הסגת הגבול היא העולה ההולמת ביותר להשוואה<sup>125</sup>.

עולות המטריד והסגת הגבול נתפסות כעולות מעורבות, העוסקות הן בנטילת רכוש והן בגרימת נזק. ההתייחסות ליסוד הנפשי הנדרש בעולות אלו, אינה עקבית והן אינן קובעות אחריות חמורה באופן גורף. לעתים מוטלת אחריות בגין עולות אלו ללא דרישת אשם, ובמקרים אחרים נדרש אשם כתנאי לקיום אחריות. מלומדים הרבו לעסוק בנושא זה, כפי שאפרט להלן.

ד"ר אמנון גולדנברג גרס כי יש לקבוע שעולות הסגת הגבול מחייבת יסוד נפשי של רשלנות, כחלק אינהרנטי של היסוד "שלא כדין", כדי לפתור את האנומליה הנוצרת בעקבות מתן הגנה חזקה יותר על פגיעה ברכוש (אחריות חמורה), מאשר פגיעה בגוף (כוונה או רשלנות)<sup>126</sup>. הוא ביסס עמדתו על ניתוח מקיף של הפסיקה האנגלית. פרופ'

122 ש.ם.

123 פרשת רוקר, לעיל ה"ש 5.

124 ראו ה"ש 120 לעיל.

125 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4 בעמ' 364; Gordon, לעיל ה"ש 34.

126 אמנון גולדנברג "התפתחות אלמנט הרשלנות בעולות הסגת גבול" 333 הפרקליט כ (1964). במאמר מקיף הוא סוקר את הדין האנגלי מראשיתו, ומציין כי במאה התשע-עשרה התחוללה מהפכה בהכנסתו מחדש של היסוד הנפשי בתביעות הסגת גבול, פסיקה שתאמה את הגישה החברתית הליברלית שהייתה רווחת באותה עת, ועודדה פעילות היחיד מבלי לחשוף אותו לאחריות נטולת צידוק מוסרי. גולדנברג מגיע למסקנה כי עולות הסגת הגבול אינה עולות אחריות חמורה, אלא דורשת התרשלנות כתנאי לקיום אחריות. בדין הישראלי מגולמת דרישה זו, לטענתו, ביסוד "שלא כדין", הנוגע לאלמנט הנפשי של העולה. הוא מוסיף וכותב "אין זה אולי למותר להוסיף שפירוש זה רצוי מבחינה חברתית, משום שבחברה המעודדת פעילות

אנגלרד ופרופ' טדסקי הביעו דעתם שאין בעוולות הקנייניות כל יסוד המצדיק ויתור על עקרון האשם השלט בדיני הנזיקין<sup>127</sup>. פרופ' אנגלרד הציע להבחין בין התפקיד הקנייני של העוולה (אז אין דרישה של אשם) לבין תפקידה הנזיקי. כאשר מדובר בחובת פיצוי בגין נזק, הטלת אחריות חמורה אינה מוצדקת<sup>128</sup>. על כן הוא הציע לפרש את המונח "שלא כדין" כ"שלא כתוצאה מתאונה בלתי נמנעת", וכך להכיר בהגנה של הסגת גבול בלתי-מכוונת כדי להימנע מהטלת אחריות חמורה על כל פגיעה ברכוש, להבדיל מפגיעה בגוף<sup>129</sup>. גם פרופ' פרידמן מסביר את חוסר האחידות בהתייחסות ליסוד הנפשי בעוולת המעורבות, בכך שכשהעוולה מתייחסת למעשה שבעיקרו גרימת נזק, הרי שהחבות בגינו תותנה באשם, ואילו כשמדובר בנטילת רכושו של הזולת, אין האחריות בעוולות הסגת גבול או בעוולת מטרד מותנית באשם<sup>130</sup>. כך גם בהקשר של עוולת המטרד, פרופ' קרצ'מר הציע לקבוע כי לא תוטל אחריות בגין עוולת המטרד, אלא אם כן הוכח אשם, במובן זה שהנתבע צפה או היה צריך לצפות את גרימת ההפרעה הבלתי סבירה הנובעת ממעשהו<sup>131</sup>.

בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות<sup>132</sup> מוצע לפתור את חוסר האיזון בין היקף האחריות בגין פגיעה ברכוש ובין היקף האחריות בגין פגיעה בגוף, בכך שהחבות בפיצויים בגין העוולות הרכושיות תוגבל למצבי אשם. סעיפים 394 ו-399 להצעת החוק קובעים כי התרשלות המזיק תהא תנאי לחבות בפיצוי בעוולות הסגת גבול, מטרד ומניעה תמיכה.

ויצירה אין זה הולם להטיל חבות בנזיקין מעבר לתחום המוצדק מבחינה מוסרית". בסוף המאמר הוא מציין כי מסקנותיו עשויות להפתיע את מי שהיו רגילים לראות בעוולת הסגת גבול עוולה הנמנית עם קבוצת עוולות האחריות המוגברת, וכי "ניתן אולי לתאר התפתחות זו כטרנספורמציה מתביעה בעלת אופי קנייני לתביעה בעלת אופי נזיקי". שם, בעמ' 354.

127 שם; כן ראו גד טדסקי "תביעת הבעלים למסירה ופקודת הנזיקין" 44, 53 הפרקליט לא (1989); דגן, לעיל ה"ש 121, בעמ' 222-234.

128 אנגלרד, לעיל ה"ש 121.

129 שם.

130 דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** 418 כרך א (1982).

131 דוד קרצ'מר **מיטרדים** 71-80 (**דיני הנזיקין – העוולות השונות בעריכת ג' טדסקי**, 1979). הנימוקים שהוא מעלה בתמיכה להצעתו הם שלושה: ראשית, הגישה הכללית של דיני הנזיקין היא להטיל אחריות על יסוד אשם. שנית, הוא מעלה את בעיית האנומליה שהוצגה לעיל, בכל הנוגע לאי-התאמה בין עצמת ההגנה על האינטרס הרכושי ועל שלמות הגוף. שלישית, הוא מציין כי עוולות הנזיקין אינן חלות באופן ייחודי, וישנם מעשים רבים הנופלים בגדרן של כמה עוולות. ראוי כי תהיה התאמה, ואין זה רצוי שהתוצאה הסופית תוכתב על ידי השאלה אם התובע בחר בעילה המחייבת הוכחת אשם, אם לאו. קרצ'מר מבחין בין מטרד במעשה – אז יחול הכלל האמור, לבין מטרד במחדל, הנובע מאי-נקיטת אמצעים סבירים למניעת ההפרעה. במצב דברים זה, אחריות הנתבע תהיה מבוססת על התרשלות, על סמך מבחן ההתנהגות הסבירה.

132 לעיל ה"ש 6.



אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

בדברי ההסבר לסעיף 394 מצוין כי: "בעוד שהדין הקיים מטיל אחריות מוחלטת, הסעיף המוצע קובע, כי תנאי להטלת חובה לפצות את הניזוק היא התרשלות מצד המזיק. הנחת היסוד היא, שאין זה ראוי שהגנת הרכוש תעלה בעצמתה על זו של הגנת הגוף. כידוע, האחריות כיום בגין פגיעה בגוף היא על בסיס אשם. לפיכך, נקבע כי הזכאות לפיצויים מותנית בקיומה של התרשלות (סעיף 394). עם זאת, אין צורך בקביעת התרשלות לצורך קבלת סעד אחר, כגון צווים שונים"<sup>133</sup>. עוד מובהר בדברי ההסבר, כי המונח התרשלות כולל מצבים של אשם סובייקטיבי ואשם אובייקטיבי, בהתאם להגדרת הרשלנות בסעיף 387 להצעה. הסדר זה, אם יאומץ, יביא את הקץ להתחבטות ממושכת בסוגיה זו<sup>134</sup>.  
על כן, ככל שההנמקה להטלת אחריות חמורה בזכויות יוצרים מתבססת על אפיונה של זכות היוצרים כזכות קניינית, הרי נימוק זה אינו תקף עוד, משפני העוללות הקנייניות אלי שינוי. לעניות דעתי, ראוי להחיל את השינוי המוצע בקודיפיקציה גם על זכויות יוצרים. הטעמים לאימוץ הסדר זה מתקיימים אף ביתר שאת לאור מאפייניה הייחודיים של זכות היוצרים, שעליהם עמדתי לעיל.

## 2. שיקולים בקביעת הסדר אחריות חמורה בגין נזקי גוף בניזיקין

הן דיני הנזיקין והן דיני זכויות יוצרים מציבים בין יעדיהם העיקריים את קידום תועלת החברה, בין במובנים כלכליים ובין במובנים אחרים. בשני הדינים קיימת חתירה מתמדת להשגת איזון מיטבי בין האינטרסים של הצדדים השונים. אולם עניינם של דיני זכויות יוצרים בקניין רוחני ולא בגרימת נזק. מהי אפוא משמעות ההשוואה? וונדי גורדון מסבירה

133 דברי ההסבר לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/BA8660-8E-5CDA-4EA9-BA1D-F41C0CA0C74E/0/mamonot\\_hesber2.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/BA8660-8E-5CDA-4EA9-BA1D-F41C0CA0C74E/0/mamonot_hesber2.pdf) (נבדק לאחרונה ב-22.7.2011).

134 ראו ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" **משפטים** לו 761, 801–803 (2006). גלעד מציע לסייג את השינוי המוצע בהצעת הקודיפיקציה, ולא להחילו על הסגת גבול במקרקעין ועל מטריד סביר. בנוגע לעוללות הסגת גבול, הוא גורס שכאשר מסיג גבול תמים גורם נזק, עדיין יש להעדיף את אינטרס הניזוק, בעל הנכס התמים, על מנת לשמר את תחושת הביטחון של אדם בביתו. אשר למטריד, הוא גורס כי משיקולים של צדק חלוקתי, אין לפטור את הגורם למטריד סביר מחובת פיצוי. שלילת הפיצוי בגין מטריד סביר מותירה בידי הניזוק רק אפשרות לתבוע סעד של מניעה. אולם הפעילות הגורמת למטריד סביר רצויה חברתית, וכך הניזוק מנותב דווקא לתוצאה שאינה מועילה לחברה. הנימוקים המועלים על ידו נוגעים אפוא למקרים שבהם יש להעדיף את אינטרס הניזוק לקבל פיצוי. השיקולים אינם רלוונטיים לדעתי לזכויות יוצרים. אמנם במסגרת האנלוגיה הקניינית נהוג להשוות בין עוללות הסגת גבול להפרת זכות יוצרים, אולם, כאמור, השוואה זו אינה נקייה מספקות. כמו כן העדפה חד-משמעית של אינטרס הבעלים אינה תואמת את ההשקפה הציבורית-תועלתית של דיני זכויות יוצרים.

כי דיני הנזיקין מהווים בסיס חשוב לאנלוגיה לזכויות יוצרים, היות שיש בהם אלמנטים שהם בבחינת תמונת מראה של דיני זכויות יוצרים<sup>135</sup>. היא מצביעה על קווי הדמיון הבאים: דיני הנזיקין מתמקדים במניעת נזקים שעלותם אינה מוצדקת, ואילו זכויות יוצרים מתמקדות במתן תגמול ליוצר עבור יצירה שתועלתה לציבור עולה על מחירה; דיני נזיקין מתמקדים במתן תמריצים לשינוי התנהגות הנתבעים, ודיני זכויות יוצרים מתמקדים במתן תמריצים לשינוי התנהגות התובעים (בעלי זכויות יוצרים); בדומה למבחן הסיבתיות העובדתית בנזיקין, ההפרה בדיני זכויות יוצרים היא היסוד שבלתו אין חבות; כשם שתחולת דיני זכויות יוצרים מוגבלת, למשל בכך שרעיון אינו מוגן, כך גם דיני הנזיקין אינם מחייבים הפנמה מלאה של כל הנזקים. בשני הדינים, הטלת חבות כבדה מדי על כתפיו של אחד הצדדים עלולה לפגום בתמריצי הצד השני; בשני הדינים תיתכן חלוקת אחריות בין הצדדים; ישנה הקבלה בין משך הזמן המוגבל של ההגנה על זכות היוצרים לבין עקרון צפיות הנזק בנזיקין.

עם זאת, גורדון מציינת כי ישנן מגבלות לאנלוגיה, ויצירת תמריצים להתנהגות בני אדם עשויה לקבל אופי שונה בתחומים שונים, ולהצריך התערבות מסוג שונה. בהתאם לכך, נקודת המוצא של מאמר זה היא שהאנלוגיה הנזיקית תורמת להבנת יישום שיקולי אשם בדיני זכויות יוצרים, אך עם זאת, איני סבורה כי יש מקום ליישם בזכויות יוצרים משטר אחריות החל על תאונות<sup>136</sup>. מעבר למשטר אחריות בגין תאונות, מהווה מעבר מכלל קניין לכלל אחריות ומתעלם ממרכזיותו של סעד המניעה בדיני זכויות יוצרים<sup>137</sup>, סעד הקשור לאופייה הקנייני של זכות היוצרים. כפי שצוין לעיל, אף על פי שזכות היוצרים שונה באופייה מזכות הקניין המוחשי, לדעתי אין מקום לנטוש לחלוטין את הזיקה העמוקה לדיני הקניין, כמודגש גם בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, ההפניה לפקודת הנזיקין אינה גורעת מהאופי הקנייני של זכות היוצרים.

אחריות חמורה בנזיקין, בהצדקתה המודרנית, מוטלת על פעילויות שונות היוצרות סיכון ומושתתת על שיקולים חברתיים וכלכליים<sup>138</sup>. שתי ההצדקות העיקריות לאחריות חמורה הן שיקולי הגינות ופיזור עלותן של תאונות בין מי שמפיק תועלת מהפעילות הגורמת לתאונות<sup>139</sup>. יישום ההצדקות המודרניות המוכרות בדיני הנזיקין לקביעת הסדר

135 ראו Gordon, לעיל ה"ש 60, בעמ' 92-95.

136 Jacob & Dorfman, לעיל ה"ש 38.

137 פישמן אפורי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 545-548; והשוו לשיקול הדעת השיפוטי במתן צו מניעה על פי ס' 73-74 לפקודת הנזיקין בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).

138 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" 421 משפטים כב (1993).

139 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 28-29; FLEMING, לעיל ה"ש 115, בעמ' 369-370.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

אחריות חמורה, בעניין זכויות יוצרים, מוביל אף הוא למסקנה כי אין מקום לקביעת הסדר זה.

**הגדרת הפעילות כפעילות מסוכנת:** אחריות חמורה מוטלת בנוזקין על פעילויות הכרוכות בסיכון גבוה, שאף נקיטת אמצעי זהירות סבירים אין בכוחה למנען<sup>140</sup>. אפיון הסיכון כסיכון גבוה עשוי לנבוע מחומרת הנזק הנגרם בעטיו, או מתדירות הנזק. קיימים שלושה נתיבי מדיניות עיקריים שהחברה עשויה לנקוט בנוגע לפעילות מסוכנת נתונה<sup>141</sup>: איסור מוחלט של הפעילות; התרת הפעילות, בהיותה רצויה לחברה, תוך קביעת תנאים המגבילים אותה; או התרת הפעילות, בתנאי שהעוסק בה ישלם על הנזקים הנגרמים בגינה, וזאת בין שהוא נקט אמצעי זהירות נאותים ובין שלא עשה כן. על פי האפשרות האחרונה, למרות הסיכון הגבוה שהפעילות יוצרת, אין מקום להגדירה כאסורה וכרשלנית, ועל כן הסדר של אחריות חמורה הוא ההולם אותה<sup>142</sup>. הסדרי אחריות חמורה בנוזקין חלים על תחומים מוגדרים ועל תחומים של פעילויות מסוכנות, כגון מוצרים פגומים או נהיגה ברכב<sup>143</sup>.

הנמקה זו, היפה כשמדובר ביצרן הגורם נזק, אינה הולמת כשמדובר בזכויות יוצרים. משמעותה ראיית פעילותם של כל המפרים הפוטנציאליים, כרצויה חברתית אך ורק אם תוטל עליהם מלוא החבות לפצות את היוצר על השימוש המפר. הטלת אחריות חמורה מבטאת העדפה מוחלטת של אינטרס היוצר על פני זה של המשתמש. דיני זכויות יוצרים מסדירים פעילות אנושית נרחבת ומגוונת מאוד, שעניינה ביטוי והחלפת מידע, שכמעט הכול שולחים בה יד, הן כיוצרים והן כמשתמשים, באופנים ובאמצעים מגוונים מאוד. המפרים הפוטנציאליים הם לא פעם גם היוצרים הפוטנציאליים, השימוש במקרים מסוימים הוא הוגן ורצוי, והגבול בין פעילות רצויה ופעילות שאינה רצויה חברתית הוא דק. כיום הולכת וגוברת ההכרה כי שימוש ביצירה הוא פעילות חשובה מאוד לחברה וכי רצוי לקדמו זכות העומדת בפני עצמה<sup>144</sup>. השימוש בסמלים ובטקסטים מוכרים בתרבות חשוב לביטוי

Rylands v. Fletcher [1868] L.R. 3 H. L. 330.(1866); Restatement (Third) of the Law of 140  
Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1, April 6, 2005)  
מחקר השוואתי הסוקר את הדין במדינות אירופה, וגם בישראל: FRANCESCO D. BUSNELLI,  
HELMUT KOZIOL & BERNHARD A. KOCH, UNIFICATION OF TORT LAW: STRICT LIABILITY  
(2002) 396–403, 407–408.

FLEMING, לעיל ה"ש 115, בעמ' 303–307; דניאל מור "אחריות למוצרים פגומים – שיקולי 141  
מדיניות" עיוני משפט 78, 79 (1978).

שם. 142

143 חוק האחריות למוצרים פגומים; חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

144 פרק ד' לחוק זכות יוצרים; אלקין-קורן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 327; Gordon, לעיל ה"ש 60, בעמ' 91, הגורסת כי ברגע שבעל זכות יוצרים החדיר דבר אל התרבות העממית, הקהל אינו

ולמימוש עצמי של הפרטים בחברה, עד כדי כך שבמקרים מסוימים ניתן לראות אותו כמופקע מידי היוצר והופך ל"רכוש" המשתמשים<sup>145</sup>. השקפה זו אינה עולה בקנה אחד עם העדפה חד-צדדית של אינטרס היוצר.

קביעה כי פעילותם של כל המפרים הפוטנציאליים כמוה כסכנה חמורה, וכי עליהם לשאת בכל נזק הנובע ממנה, אינה סבירה, אינה רצויה לחברה ומרתיעה יתר על המידה, שכן היא עלולה לגרום למפר הפוטנציאלי להימנע כליל מביטוי אישי על מנת להימנע מסיכון של חיוב בדין. אמנם הטלת אחריות חמורה בנוזיקין מעודדת את המזיק לנקוט אמצעי זהירות כדי להימנע מגרימת נזק, אולם כפי שצוין לעיל, כאשר תחומה של זכות היוצרים אינו ברור דיו, קיימת סכנה ממשית של זהירות יתר מצד המשתמש ושימוש לרעה בכוחו של בעל זכות היוצרים.

**שיקולי הגינות:** הנמקת ההגינות גורסת כי הוגן שאדם העוסק בפעילות מסוכנת ומרוויח ממנה, יישא במחיר הנזקים שהיא גורמת<sup>146</sup>. ההנמקה המקבילה בדיני זכויות יוצרים, תגרוס כי היוצר עוסק בפעילות רצויה חברתית, ולכן הוגן שהוא יפוצה בגין כל שימוש מפר שנעשה ביצירתו. ככלל, ההשקפה מתאימה לשאיפה לתמרץ את היוצר לעסוק ביצירה. עם זאת, העדפה זו אינה תמיד נכונה, וקיים חשש שיוצרים ייהנו מהתעשרות (windfall) החורגת מגדר התמריץ הנדרש להם כדי ליצור, ואילו המשתמשים, שהם גם יוצרים פוטנציאליים בעצמם, יירתעו מעשיית שימוש המשרת את החברה<sup>147</sup>. לא ניתן לסמן את כלל ציבור המשתמשים כגורם שהאינטרס שלו נדחה מפני זה של היוצרים. מאזן ההגינות נעשה באמצעות הגנת השימוש ההוגן, אשר תחול על אותם מקרים שבהם הנמקת ההגינות המעדיפה את אינטרס היוצר, לא תעמוד. אולם הגנה זו אינה מביאה בגדר שיקוליה את מי שפעל ללא אשם.

**פיזור נזק:** מטרת פיזור הנזק אף היא אינה מושגת באמצעות הסדר האחריות החמורה בזכויות יוצרים. מנגנון פיזור יעיל מאפשר למזיק הפוטנציאלי לפזר את הנזק שעליו לשאת בעלותו על פני כלל הציבור המשתתף בפעילות המסוכנת, על ידי קביעת מחיר גבוה יותר,

יכול עוד לעקרו מזיכרונותיו. היוצר שינה את התרבות העממית ויגרום לה נזק של ממש אם ימנע את הגישה אליה כאשר אמנים חדשים מבקשים לערוך אינטגרציה, להעריך השפעות אלה ולהגיב להן. גורדון מציעה לפרש את ההצדקות המוכרות לזכויות יוצרים כמקנות גם זכויות לקהל המשתמשים.

145 פישמן אפורי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 510-511, Gordon; לעיל ה"ש 60, בעמ' 69: "בדומה, אנשים זקוקים לסמלים וטקסטים שהם מזהים הדדית, ואם דיני זכויות יוצרים ימנעו מן הציבור את היכולת להשתמש בסמלים בהקשרים המועדפים עליהם, עלול הדבר לעוות את היכולת שלהם לעצב את התרבות שבה הם חיים".

146 2 DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 964-966 (2005)

147 Balganes, לעיל ה"ש 4.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

המגלם את עלות הנזק. כך נמנע מצב שבו אדם יחיד צריך לשאת בנטל כבד של פיצוי בסכום גבוה<sup>148</sup>. ניתן להגשים פיזור של הנזק באמצעות ביטוח ובאמצעות מנגנון השוק. אולם בעניין זכויות יוצרים, ביטוח אינו מהווה אופציה, ואף אין פיזור באמצעות מנגנון השוק. המפרים הפוטנציאליים של זכות היוצרים אינם מצויים בעמדה שבה יוכלו לפזר את נזקייהם על פני ציבור כלשהו. מחירה הגבוה של היצירה המוגנת אינו נובע מפיזור הנזק, אלא הוא תוצאה של המונופול המוענק לבעל היצירה המוגנת. לא בכל מקרה ניתן לרכוש רישיון כדי להימנע מסיכון של חיוב בגין הפרת זכות יוצרים<sup>149</sup>.

**הגישה הכלכלית – המונע הזול:** הבנה נוספת מספקת הגישה הכלכלית למשפט, השואפת להגדיל את הרווחה המצרפית באמצעות דיני הנזיקין, בהתחשב בשלושה מרכיבים: הרתעה יעילה, פיזור הנזק ועלות ההתדיינות המשפטית. יוטעם שמכיוון שאחת ממטרותיהם המוצהרות של דיני זכויות יוצרים היא קידום התועלת המצרפית הכללית (ובכלל זה, הכלכלית), הרי ששיקולים אלו אכן ישימים גם בעניינינו<sup>150</sup>. ההנחה היא שאנשים פועלים באופן רציונלי כדי להגדיל את רווחתם האישית, עד למקסימום האפשרי, ולכן יתעלמו מנזק שהם גורמים לאחרים ויחצינו אותו. הרתעה יעילה בנזיקין מבקשת למנוע נזקים שאינם יעילים לחברה, על ידי הפנמה, העברת הנזק מהניזוק למזיק<sup>151</sup>. דיני הנזיקין מפנימים אפוא החצנות שליליות (נזק). בדומה, דיני זכויות יוצרים שואפים להפנים החצנה חיובית, בכך שהם מתמרצים את היוצר לעסוק בפעילות מועילה (יצירה)<sup>152</sup>.

- 148 DOBBS, לעיל ה"ש 146, בעמ' 964-966; אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 33; BUSNELLI, Koziol & Koch, לעיל ה"ש 140, בעמ' 411.
- 149 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 415-416; פישמן אפורי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 551; אלקין-קורן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 329-333; Gordon, לעיל ה"ש 87, בעמ' 1610-1611.
- 150 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 376, המציינים שאחת ההצדקות לאחריות חמורה בזכויות יוצרים היא התאוריה שלפיה יעיל יותר להטיל על מפרים את עלויות ההפרה מאשר על בעלי הזכויות בדומה לעיקרון המונע הזול בדיני הנזיקין; PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT; Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833, 1859 (2000).
- 151 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 134-140 (1970); Wendy J. Gordon *Copyright As Tort Law's*; 454 בעמ' 138, גלעד, לעיל ה"ש 140 (1970); Wendy J. Gordon *Mirror Image: "Harms," "Benefits," and the Uses and Limits of Analogy*, 34 MCGEORGE L. REV. 533, 534-535 (2003). גורדון מציינת כי הן דיני הנזיקין והן דיני זכויות יוצרים משרתים פונקציה של תמריצים בכך שהם מבקשים להפנים את מה שהוחצן. בדיני הנזיקין המעוול הוא המונע הזול ויש לתמרצו לנקוט אמצעי זהירות, ואילו בדיני זכויות יוצרים, היוצר הוא מייצר התועלת המיטבית, ולכן יש לתמרצו ליצור על ידי מתן תגמול.
- 152 Gordon, שם.

קושי מרכזי העולה מהשגת ההרתעה היעילה באמצעות הסדר האחראיות בנוזיקין, טמון בבעיית המידע. כדי שהסדר אחראיות ישיג את מטרת ההרתעה היעילה, עליו לאתר את המונע הזול, ולהטיל עליו את עלות הנזק. המונע הזול הוא הגורם שבכוחו למנוע את הנזק בצורה היעילה והזולה ביותר המגשימה את תועלת החברה<sup>153</sup>. אם המונע הזול לא יהיה מודע לכך שפעילותו יוצרת סיכון, או אם הוא יוכל לגלגל את הנזק לפתחו של גורם אחר (כגון יצרן המגלם את הנזק במחיר המוצר), הרי שלא תושג הרתעה יעילה, מכיוון שהוא לא הפנים את הנזק ולא יכלול אותו במסגרת שיקוליו. בדומה, בדיני זכויות יוצרים היוצר הוא מייצר התועלת המיטבי, ולכן יש לתמרץ אותו ליצור על ידי מתן תגמול<sup>154</sup>.

המלומדים חלוקים ביניהם באשר למידת ההתאמה בין דרישת האשם בדיני הנוזיקין (המבחינה, בין היתר, בין הסדר אחראיות חמורה לרשלנות) לבין מאפייני ההרתעה היעילה. על פי גישתו של קלברזי<sup>155</sup>, דרישת האשם עניינה הערכת מוסריות ההתנהגות, ועל כן טומנת בחובה שיקולי צדק; ואילו שיקולי הרווחה המצרפית של החברה אינם באים לידי ביטוי באמצעות דרישת האשם. לגישתו, דרישת האשם אינה מביאה בהכרח להטלת חבות על המונע הזול. על כן, לשיטתו, יש לבכר הסדר אחראיות חמורה, המגדיל את יעילות המניעה. הסדר האחראיות החמורה קובע קביעה קולקטיבית באשר לקבוצה שהיא בעלת היכולת הטובה ביותר למנוע את הנזק ובעלויות נמוכות, ומטיל עליה את האחראיות, מתוך הנחה שבהערכה כלל חברתית, יביא הדבר להרתעה יעילה.

אולם איתור המונע הזול אינו משימה קלה, וקלברזי דן בהרחבה בשאלה כיצד ניתן לבחור את המונע הזול. מתוך הכרה בקושי, הוא הציע, בין היתר, לצמצם את הפעלת ההרתעה הכללית לתחומי פעילות צרים<sup>156</sup>.

מנגד, פוזנר<sup>157</sup> גורס כי ישנה התאמה בין דרישת אי-הסבירות במסגרת עוללת הרשלנות ובין המטרה – מניעה יעילה. מי שפעל באופן בלתי-סביר הוא גם מי שיכול היה למנוע

153 שם. וכן ישראל גלעד "אחראיות חמורה למוצרים: חוק האחראיות למוצרים פגומים התש"ם-1980" *מחקרי משפט* ח 179, 185-186 (1990).

154 Gordon, לעיל ה"ש 151.

155 CALABRESI, לעיל ה"ש 151; גלעד, לעיל ה"ש 153, בעמ' 186; G. Calabresi, *Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Cost*, 33 LAW & CONTEMP. PROBS. 429, 436-439 (1968).

156 CALABRESI, לעיל ה"ש 151, בעמ' 145-147, 155-154; Gordon, לעיל ה"ש 60, בעמ' 94. גורדון עומדת על כך שכשם שהנתבע בנוזיקין אינו נמצא תמיד בעמדה המיטבית למנוע את הנזק, כך גם בזכויות יוצרים מסוכן להסתמך על סיווג פורמלי, ורצוי לקבוע חבות על פי ההקשר.

157 Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972); גלעד, לעיל ה"ש 153, בעמ' 186.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

ביעילות את הנזק. בהסדר של אחריות בגין רשלנות, שיקולי היעילות הכלכלית נשקלים בכל מקרה ומקרה לגופו. בית המשפט הוא אשר מכריע בחבות המזיק הקונקרטי, על פי אשמו, קרי, סבירות התנהגותו. ככל שקריטריון הסבירות אמור לשקף גם את יכולת המניעה היעילה, הרי על בית המשפט לקבוע אם המזיק אכן היה המונע היעיל. לצורך קביעה זו נעזרים בתי המשפט ב"נוסחת הנד", הקובעת שסיכון ייחשב כבלתי-סביר, כאשר עלות הסיכון לחברה כפול ההסתברות להתרחשותו, גדול מעלות מניעת הנזק (ולחפך)<sup>158</sup>. אולם לבית המשפט הדין במקרה שלפניו, יש קושי להשיג את המידע הנוגע לשינוי הרווחה שייגרם בעקבות הטלת האחריות, ולעבד מידע זה. על כן הוא עלול לטעות בהערכת יעילות ההרתעה. לא כל דרכי המניעה שהמזיק יכול היה לנקוט ניתנות למדידה, ובדרך כלל בית המשפט בוחר התנהגות נקודתית, ואינו בוחר פעילות רחבת היקף שגם אי-אפשר למדדה<sup>159</sup>.

לבעיית המידע שהוצגה לעיל משנה תוקף ביישום של משטר אחריות חמורה בדיני זכויות יוצרים<sup>160</sup>. כאמור, קלברזי היה מודע לבעיית המידע, והציע להגביל את הסדרי האחריות החמורה לתחומי פעילות צרים<sup>161</sup>, ואילו דיני זכויות יוצרים מאגדים במסגרתם היקף נרחב מאוד של פעילויות בתחומי יצירה שונים וסוגים שונים ומגוונים של שימוש, המבוצעים על ידי כלל האוכלוסייה. הכללה היא מסוכנת. קושי נוסף הקשור לבעיית המידע הוא היעדר תיחום ברור של זכות היוצרים. קושי זה יוצר קבוצה גדולה של אנשים הנמצאים במרחב הטעות, אלו שסברו כי הם פועלים במסגרת המותר אך טעו בהערכתם. קושי זה מהווה לדעתי טיעון כבד משקל נגד קביעת הסדר אחריות חמורה בדיני זכויות יוצרים, מכיוון שהכללה קולקטיבית תחטא כלפי קבוצה גדולה של אנשים, דבר שמפחית, אם לא מסכל, את יעילות ההרתעה<sup>162</sup>.

158 United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2<sup>nd</sup> Cir. 1947); ע"א 94/5604 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 518 (2004); ע"א 01/2906 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.2006).

159 אריאל פורת "דיני נזיקין: עולות הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל 373, 385 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ו).

160 Clarisa Long, *Information Costs in Patent and Copyright*, 90 VA. L. REV. 465, 489 (2004): "פריטים הנתונים להגנת זכויות יוצרים בחברה המודרנית, הם בעלי יכולת להימצא בכל מקום בו-זמנית וקל ליצור אותם וליצור אותם מחדש. גודל הציבור אשר באופן סביר צפוי להפר זכויות יוצרים, גם אם בהיסח הדעת, הוא גדול באופן יחסי יותר מן הציבור אשר צפוי באופן סביר להפר זכויות המוגנות בפטנט. לאור תוכן הזכות המוגנת, הקלות שביצירה ויכולתם של טובין המוגנים בזכויות יוצרים להימצא בכל מקום בו-זמנית, הרי שסך עלויות המידע הכרוכות בטובין אלו הן משמעותיות".

161 CALABRESI, לעיל ה"ש 151, בעמ' 145-147, 154-155; גלעד, לעיל ה"ש 138, בעמ' 479.

162 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 376-379; Gordon; לעיל ה"ש 60, בעמ' 94.

בדיני זכויות יוצרים, בשונה מהסדר רגיל של אחריות חמורה, כבר עתה נשקלים שיקולי התועלת המצרפית במסגרת הדיון במקרה הקונקרטי. כך, למשל, באמצעות דרישת המקוריות, בית המשפט קובע אם יצירת התובע ראויה להגנה בין היתר על פי שיקולים כלליים חברתיים (רכיב המקור – נבחנת השאלה אם מקור היצירה הוא ביוצר עצמו, ונעשית הבחנה בין יצירה המעשירה את עולם הביטויים לבין כזו שאינה ראויה להגנה מכיוון שהיא העתקה בלבד, או שימוש במרכיבים שהם נחלת הכלל)<sup>163</sup>. כך גם הקביעה אם חלה הגנת השימוש ההוגן נגזרת משיקולי מדיניות<sup>164</sup>. שקילת שיקולי תועלת בכל מקרה לגופו, עומדת כאמור בניגוד להסדר האחריות החמורה, שכן הסדר זה קובע קביעה כוללנית באשר לזהות המונע הזול של הנזק. כך נוצר מתח מסוים בין היסוד העובדתי של העוולה, שבמסגרתו נעשית הערכה אם ראוי להטיל חבות במקרה הקונקרטי לאור שיקולי מדיניות כללים, לבין היסוד הנפשי, שלגביו יש קביעה כוללנית של חבות, ללא שיקול דעת. מתח זה אכן בא לידי ביטוי בכך שתביעות רבות תלויות על חוט השערה בהוכחת היסוד העובדתי: האם התקיימה דרישת המקור, אם לא; האם נעשה ביצירה שימוש הוגן, אם לא וכיוצא באלה. קביעה חיובית מביאה להטלת אחריות מלאה ולחיוב בכל הסעדים הקבועים בדין.

כפי שצוין, על פי חוק זכות יוצרים, עקרונות דיני הנזיקין יחולו על הפרת זכות יוצרים בשינויים המחויבים וכל עוד אינם מנוגדים לחוק. לדעתי, היות ששיקולי היעילות ממילא נשקלים בדיני זכויות יוצרים כמעט בכל מקרה ומקרה בנוגע ליסודות אחרים של העוולה, אין כל מניעה לשקול שיקולים אלו גם במסגרת היסוד הנפשי, שכן השיקולים, אותם שיקולים הם. גישה זו מיישבת ומשלבת היטב בין שני הדינים, כמצוות החוק.

יוטעם ששיקולי היעילות כלכלית אינם חזות הכול בדיני הנזיקין, וקיים מתח בין שיקולים אלו לבין שיקולים חשובים אחרים ובעיקר שיקולי צדק (שיקולי חלוקה). בתי המשפט מבכרים שיקולי מדיניות מסוימים על פני אחרים ומאזנים ביניהם, בעת הכרעה במקרה ספציפי או בסוגיה ספציפית, כדי להגשים את מטרות הדין<sup>165</sup>. אף במסגרת דיני זכויות יוצרים, הגישה התועלתית כשלעצמה אינה משקיפה רק על היעילות הכלכלית, אלא עומדת מאחוריה השקפה ערכית, ויש לאזן בין אינטרסים מתנגשים. כן קיימות הצדקות ערכיות נוספות להכרה בזכויות יוצרים, אשר יישומן משפיע על ההכרעה בכל מקרה ומקרה. במצב דברים זה, אין מקום ליישום הסדר אחריות חד-ממדי הקובע נחרצות כי קבוצה אחת היא

163 עניין אינטרלגו, לעיל ה"ש 59.

164 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 361; פרשת פרימיירליג, לעיל ה"ש 26, בעמ' 23–25.

165 ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785, 808–813 (1976); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח נ. אבו חנא, פס' 32–42 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 27.9.2005).



אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

אשר תישא בנזק ללא הוכחת אשם. הכללה כזו אינה עולה בקנה אחד עם הגישה הכללית של דין זה, המחייבת עריכת איזון עדין.

**עלויות ההתדיינות המשפטית:** השיקולים הנוגעים לעלויות ההליך המשפטי תומכים אף הם בהכרה באשם בזכויות יוצרים. כפי שציינתי, חוסר הבהירות של זכות היוצרים יוצר מצב של שוליים רחבים, שבהם קיים מרחב טעות בתום לב. זאת, בניגוד לתחומי פעילות אחרים המוסדרים באחריות חמורה או מוחלטת. דוגמה טובה בהקשר זה היא חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. רוב רובן של התאונות, הן באופן ברור "תאונת דרכים" כהגדרתה בחוק, כגון התנגשות בין שתי מכוניות או בין מכונית להולך רגל. שאלות החבות המורכבות מתעוררות במקרים שאינם באים באופן מובהק בגדרה של הגדרת תאונת דרכים, וקיימת בנוגע לכך פסיקה נרחבת<sup>166</sup>. מטבע הדברים, לנוכח קיומו של הסדר אחריות מוחלטת (ללא הגנות), מתנקזים לשער הכניסה לחוק כל מקרי הספק, המבקשים לחמוק מתחולת החוק. לא פעם הובעה על ידי בית המשפט ביקורת על היות ההגדרה של תאונת דרכים בלתי ברורה, למרות תיקון החוק, והדבר הגורר פסיקה ענפה ובזבוז זמן שיפוטי<sup>167</sup>.

ואילו בתחום זכויות היוצרים, אותם מקרים של ספק – הם הכלל ולא החריג. בחלק משמעותי מהמקרים המגיעים להתדיינות משפטית, עולות השאלות: האם היצירה ראויה להגנת החוק; האם השימוש שנעשה ביצירה, ככל שהיא מוגנת, אכן מהווה הפרה; והאם הוא שימוש הוגן המקנה למפר הגנה<sup>168</sup>. ההכרעה בשאלות אלו אינה פשוטה וחד-משמעית, מחייבת דיון מעמיק, השקעת זמן שיפוטי ועלויות התדיינות גבוהות. במצב דברים זה, הצדדים להתדיינות נתונים באי-ודאות רבה עד לסיום ההליך, והערכתם בנוגע לשאלת חבותם עלולה להתבדות. הסדר האחריות החמורה אינו משיג יעילות גם בהקשר זה. נהפוך הוא. ההתדיינות ממושכות ויקרות ומחייבות את הצדדים להזדקק לעורכי דין בעלי מומחיות מיוחדת בתחום<sup>169</sup>.

אשר לשאלה אם שקילת שיקולי אשם לא תסבך ותייקר את ההליכים אפילו עוד יותר, התשובה, לדעתי, שלילית. ראשית, ייתכן שהקלה מסוימת של היקף החבות, באופן שדרישת אשם תהווה תנאי לפיצוי, "תשחרר את הלחץ" בשער הכניסה, ותנתב את הצדדים לרכוז את מאמציהם בכיוונים אחרים, אשר ישיגו עבורם את התוצאה המבוקשת, או תאפשר להם לנהל משא ומתן אפקטיבי לפשרה. החדרת אשם כשיקול תקף עשויה לרכך את

166 ראו למשל רע"א 8061/95 עוזר נ' אררט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 532 (1996); ע"א 9147/05 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' צעיר (פורסם בנבו, 21.8.2007); ע"א 826/03 אוסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמג'ה, פ"ד נט(3) 541 (2004).  
167 עניין עוזר, לעיל ה"ש 166, בעמ' 544–557.  
168 Ciolino & Donelon, לעיל ה"ש 4, בעמ' 385–386.  
169 שם, בעמ' 390–391.

הקיטוב בין עמדות הצדדים. כאשר נתבע צפוי כמעט תמיד להגבלה בצו מניעה ולהטלת פיצוי ללא הוכחת נזק, הוא ירכז את מאמציו בכל דרך מילוט אפשרית ממסלול זה. לעומת זאת, כאשר מוטלת אחריות חלקית נוכח אשם הצדדים, או כאשר הגמישות בהטלת הסעדים רבה יותר, בין היתר באמצעות שקילת אשם הצדדים, קל יותר לזנוח טענות משפטיות אחרות (לפחות ככל שאינן נשענות על קרקע מוצקה). כך, למשל, ייתכן שהצדדים יגיעו בקלות רבה יותר להסכמה כי היצירה מוגנת וכי התקיימה הפרה, אם החבות בפיצוי תביא בחשבון את אשם הצדדים. כך יתאפשר לשופט לכוון בעדינות את התוצאה ולהתאימה לנסיבות המקרה, וכך יתאפשר לצדדים מרחב תמרון גדול יותר, בניהול משא ומתן.

### 3. סיכום ביניים – שיקולי אשם בהיבט הנזיקי

בחינת הסדר האחריות בדיני זכויות יוצרים, לאור העקרונות המנחים בנוגע ליסוד האשם בנזיקין, מעלה כי אין הצדקה לויתור על יסוד האשם. ככל שיש לראות הפרת זכות יוצרים כעוולה קניינית, הרי על פי התפיסה הרווחת כיום, יש לדרוש הוכחת אשם כתנאי להטלת חבות בפיצוי. בנוסף, ההצדקות המקובלות בדיני הנזיקין להטלת אחריות חמורה, אינן ישימות בתחום זכויות יוצרים. יוטעם כי השיקולים מתחום דיני הנזיקין נוגעים בעיקר לפן של גרימת נזק ולסעד הפיצוי הנובע מכך. סעד המניעה הוא סעד קנייני במהותו, וככזה, הטלתו תושפע ממערכת השיקולים הקניינית, תוך התאמה לאופיין המיוחד של זכויות יוצרים. כפי שצוין בפרק הקודם בהתייחסות להיבט הקנייני של הזכות, לא ניתן להדיר עוד את מקומם של שיקולי האשם, אף כאשר מדובר בזכויות קניין.

### ה. שיקולי אשם בדיני זכויות יוצרים

חוק זכות יוצרים מעגן הלכות משפטיות שנקבעו לפני חקיקתו וכן כולל חידושים שונים. החוק מבטא את השקפתו העדכנית של המשפט הישראלי על תחום זכויות היוצרים, ועל כן אפנה לשיקולים הנובעים מהחוק, התומכים בשקילת שיקולי אשם ואבחן את מידת ישימותו והתאמתו של הפתרון המוצע להוראות החוק.

**הימנעות ממתן צו מניעה – מעבר מכלל קניין מול כלל אחריות:** על פי סעיף 53 לחוק זכות יוצרים, רשאי בית המשפט להימנע ממתן צו מניעה אם ראה טעמים המצדיקים זאת. סעיף זה מסמיך את בית המשפט במקרים מסוימים לסטות מהמסלול הקנייני, הרואה בסעד המניעה סעד ראשוני ובעל חשיבות מדרגה ראשונה, ולהפעיל כלל אחריות, המפצה על

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

הנזק שנגרם<sup>170</sup>. חידוש תחיקתי זה משתלב בהלכי רוח בתחום הקניין הרוחני, הקוראים להתנתקות מהזיקה לכללי הקניין המוחשי ולגיבוש תפיסה עצמאית ונפרדת של זכויות היוצרים, ובפרט – הגמשה של התנאים להענקת סעד המניעה, כדי למנוע מצבים של התנהגות אסטרטגית ושימוש לרעה בסעד זה.

ד"ר פישמן אפורי מציינת במאמרה כי סעיף 53 לחוק זכות יוצרים קובע הנחת מוצא שלפיה זכות היוצרים מוסדרת ככלל של קניין, ובכך מתיישב עם דיני הקניין המסורתיים. עם זאת, הסעיף משקף פרגמטיזם משפטי, בכך שהוא מתיר מעבר לכלל אחריות במקרים נקודתיים. הגישה הפרגמטית המשתקפת בכלל החדש מסיטה את הדיון מהשאלה העיונית בדבר אופיה של זכות היוצרים אל השאלה המעשית מהם אותם שיקולים אשר עשויים להצדיק מעבר נקודתי לכלל אחריות<sup>171</sup>. ד"ר פישמן אפורי מציינת כי סעיף 53 מאפשר לאמץ מינוח ייחודי לדיני זכויות יוצרים, במנותק מדיני הקניין המסורתיים, והיא מפרטת כמה שיקולים התומכים בהימנעות ממתן צו מניעה לפי סעיף 53 הנ"ל. שיקולים אלו, המהווים נדבכים שונים של הגשמת עקרון חופש הביטוי, הם, בין היתר: מניעת התנהגות אנטי-תחרותית; קידום אינטרסים ציבוריים בעידוד הגישה ליצירה והשימוש בה; והתרת ניצול יצירות נגזרות חרף התנגדות בעל היצירה המקורית<sup>172</sup>.

קביעת הוראה זו בחוק, המאפשרת התאמה של הסעד לנסיבות לשם עשיית צדק במקרה הקונקרטי, מהווה לדעתי סמן לכך שבשלה העת להעלות גם טיעוני אשם, לשם עשיית צדק. על כן, בהמשך לגישה הפרגמטית האמורה, לדעתי, ייתכן ששיקולי אשם של מי מהצדדים או היעדרו, עשויים לחבור לשיקולים האמורים, או לעמוד בפני עצמם במקרים מתאימים, כשיקול המצדיק הימנעות ממתן צו מניעה. המקור הנורמטיבי להחלת שיקולי האשם דרך סעיף 53 הוא עקרון תום הלב הכללי, המעוגן בסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים, פסק הדין בפרשת **רוקר** ותזכיר הצעת חוק דיני ממונות<sup>173</sup>.

**פיצויים בלא הוכחת נזק:** בתחום דיני הנזיקין, הסעד העיקרי הוא של פיצוי. הפיצוי אינו עונשי, ובעולות של אחריות חמורה או מוחלטת נקבעות תקרות פיצוי<sup>174</sup>, המהוות משקל נגד להטלת אחריות ללא אשם. ואילו בדיני זכויות יוצרים, עומדת לרשות בעל הזכות שורה של סעדים רבי-עצמה: צו מניעה (סעיף 53 לחוק זכות יוצרים), פיצוי ראלי או פיצוי ללא הוכחת נזק – הכולל מרכיב עונשי – בגין כל הפרה (סעיף 56 לחוק זכות יוצרים),

170 פישמן אפורי, לעיל ה"ש 41.

171 ש.ם.

172 ש.ם.

173 ס' 2 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 6: "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב".

174 חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; חוק אחריות למוצרים פגומים.

מתן דין וחשבון (סעיף 57 לחוק זכות יוצרים) והשמדת או העברת בעלות בעותקים המפריים (סעיף 60 לחוק זכות יוצרים)<sup>175</sup>. לעניין סעד הפיצוי ללא הוכחת נזק ראוי לציין כי בחוק זכות יוצרים נקבעה תקרת פיצוי בסך 100,000 ₪ – עלייה דרסטית בתקרת הפיצוי לעומת פקודת זכות יוצרים 1924, שקבעה תקרת פיצוי ללא הוכחת נזק בסך 20,000 ₪. הסעדים העומדים לרשות בעל הזכות יוצרים אפקט הרתעתי חזק מאוד<sup>176</sup>. אמנם בתי המשפט מוסמכים להפעיל את שיקול דעתם בנוגע להיקף הסעדים, אולם שיקול דעת זה הוא מוגבל ואינו אחיד בהיותו נתון להתרשמותו וקביעתו האישית של כל שופט<sup>177</sup>. אפקט הרתעתי זה של הסעדים תומך בשקילת שיקולי אשם, שבכוחם להפחית את הרתעת היתר או לנטרלו.

סעיף 56 לחוק זכות יוצרים עוסק בפסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק. בסעיף זה מפורטת רשימת השיקולים המנויים בסעיף קטן (ב), שבית המשפט רשאי לשקול בקביעת הפיצויים<sup>178</sup>. בין יתר השיקולים, נקבע בסעיף קטן (8) – "תום לבו של הנתבע". תום לב

175 ראו פרידמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 441, שם הוא מביע דעתו כי הסעד של העברת בעלות בעותקים המפריים, ללא מתן תשלום עבור הוצאות הפקתם, הוא סעד בעל אופי עונשי שראוי שהענקתו תהא בגדר יוצא מהכלל. ס' 60(2) לחוק זכות יוצרים החדש מותיר בידי בית המשפט הסמכות לחייב את בעל הזכות בתשלום, לפי שיקול דעתו.

176 עמית אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" **יוצרים זכויות**, לעיל ה"ש 41, 573 בעמ' 585–587. אשכנזי מציין כי "כללים גמישים יותר לקביעת פיצוי מגבירים את החשיפה של המשתמש לסיכון, שכן הם מגבירים את אי הוודאות שלו לגבי היקף הסיכון שהוא נוטל על עצמו. השילוב של הטלת אחריות ללא אשם עם חשיפה לפיצוי ללא הוכחת נזק מייצר מרחב ניכר של אי וודאות". על כן הוא מציע כי בית המשפט יבחן בשני שלבים נפרדים את חלק הפיצוי בגין הנזק הממשי ואת חלק הפיצוי המוגבר או העונשי. לשם השוואה, בתחום דיני לשון הרע, החוק והפסיקה מכירים, לעניין הפיצוי, ברלוונטיות של האשם. אפשרות זאת להקל עם נתבע בשלב פסיקת הפיצוי, מהווה משקל נגד חשוב להסדר האחריות החמורה, ויש בה כדי לנטרל את ההשלכות ההרתעתיות של הסדר זה. על פי ס' 19 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, יכול בית המשפט להביא בחשבון לעניין פסיקת הפיצוי את העובדה שהנתבע היה משוכנע באמיתותה של לשון הרע או לא התכוון לנפגע. בנוסף, נפסק כי בית המשפט יקל עם הנתבע בפסיקת פיצויים, אם פעל בתום לב או ממניעים טהורים, בהיעדר טינה לתובע וללא זדון. אמנם אין בכך כדי לשלול חבות, אך התוצאה הסופית יכולה להיות כמעט שקולה לדחיית התביעה במקרה הראוי. מרחב תמרון גדול זה אכן מרכז את הוויתור על דרישת האשם בשלב האחריות. אורי שנהר **דיני לשון הרע** 392 (1997), והאסמכתאות שם: ע"א 256/57 **אפלבוים נ' בן גוריון**, פ"ד יד 1205, 1257; ע"א 90/49 **בנטוב נ' קוטיק**, פ"ד ה 593, 596, 610; ע"א 552/73 **רוזנבלום נ' כץ**, פ"ד ל(1) 589, 596 (1975). כן ראו: רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר** (פורסם בנבו, 12.11.2006), שם נפסק לתובע פיצוי בסך 1 ₪.

177 Gordon, *On Owning Information*, לעיל ה"ש 38.

178 שיקולים אלו הוכרו גם בעבר בפסיקה. וראו לעניין שקילת אשם בפסיקת פיצויים לפני התיקון: ע"א 592/88 **שגיא נ' עיזבון ניניו**, פ"ד מו(2) 254, 271–272 (1992); ע"א 9678/05

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

אינו בהכרח מקביל לאשם. עם זאת, אין ספק שסעיף זה הוא עולם ומלואו על רקע המגמות שנסקרו לעיל. סעיף זה שם על השולחן שיקול העומד בזיקה ליסוד הנפשי, ועל כן נשאלות השאלות: מדוע שיקול זה תקף רק בקביעת פיצוי בלא הוכחת נזק, והאם קיים הבדל בין תום לב לבין אשם, לעניין סעיף זה. קצרה היריעה מלהעמיק בסוגיות אלו, אך אציין כי סעיף זה מהווה צינור נוסף להחלת עקרונות של אשם, ולנטרול הרתעת יתר, וראוי להשתמש בו. לדעתי, במסגרת זו צריך להיות דיון סדור בעניין היסוד הנפשי של המפר, תוך הגדרתו המדויקת, וזאת כשיקול הכרחי ולא אופציונלי בין השיקולים בקביעת פיצוי<sup>179</sup>.

**סעיף 58 לחוק זכות יוצרים – הגנת מפר תמים:** הסעיף קובע כי "הופרה זכות יוצרים או זכות מוסרית, ואולם המפר לא ידע ולא היה עליו לדעת, במועד ההפרה, כי קיימת זכות יוצרים ביצירה, לא יחויב בתשלום פיצויים עקב ההפרה". הגנה זו אינה בגדר חידוש, והיא קיימת גם בחוק זכויות יוצרים 1911. אולם ההגנה הופעלה עד היום במשורה<sup>180</sup>. נפסק כי ההגנה לא תחול על טעות בנוגע לזהות הבעלים של זכויות היוצרים<sup>181</sup>. חשוב לציין שלפי נוסחו, הסעיף חל רק על חוסר ידיעה בנוגע לקיומה של זכות יוצרים, ולא על חוסר ידיעה כי המעשה מהווה הפרה (לדוגמה אדם שסבר כי הוא אינו מבצע העתקה, אלא יוצר יצירה חדשה, או אדם שחשב כי שימושו ביצירה אינו עולה כדי הפרה); הסעיף גם אינו חל על חוסר ידיעה בנוגע לקיומה של הגנת שימוש הוגן (אדם שהאמין בתום לב כי שימושו ביצירה הוא בגדר שימוש הוגן). סעיף 58 לחוק זכות יוצרים מהווה אינדיקציה ברורה לכך ששיקולי אשם אינם זרים לדיני זכויות יוצרים. אפשר שעד עתה הוא לא יושם לעתים תכופות גם לנוכח העמדה הכללית שלפיה משטר האחריות בדיני זכויות יוצרים הוא משטר

חב' בתימו בע"מ נ' ARRABON – HK – limited (פורסם בנבו, 3.8.2008); ע"א 2392/99 אשרוז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסכטון בע"מ, פ"ד נז(5) 255 (2003); ת"א (מחוזי חי) 977/86 טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ, פס' 30 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 2.7.1992).

179 ראו גם אשכנזי, לעיל ה"ש 176, בעמ' 594–595. אשכנזי מציע במאמרו לשיקול לעניין רכיב הפיצוי העונשי, בין היתר, את אשמו של המפר. כמפורט במאמר זה, אני סבורה כי יש מקום לראות באשם שיקול רלוונטי להטלת פיצוי בכלל, ולא רק להחמרה בפיצוי. עם זאת, אני מצטרפת לדעתו כי יש לכך חשיבות רבה במיוחד בכל הנוגע להטלת פיצוי עונשי, אך מאחר שהסעיף עוסק בפיצוי ללא הוכחת נזק, יקשה על בית המשפט לעשות הפרדה בין המרכיב העונשי לבין המרכיב המפצה על הנזק שנגרם בפועל, שכן ההפרדה תהיה כרוכה בשמיעת ראיות לעניין הנזק.

180 ת"א 1476/96 (מחוזי ת"א) Microsoft corporation נ' אפלקר שיווק מחשבים (1987) בע"מ, פס' 45 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 11.9.2005); עניין טאו, לעיל ה"ש 178, פס' 31 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; פרזנטי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1656–1658.

181 ש.ם.

ללא אשם. הגמשת השקפה זו, לאור השיקולים הנדונים במאמר זה, עשויה לאפשר מתן פירוש רחב יותר לסעיף.

**הגנת השימוש ההוגן:** הגנה זו היא למעשה כלי האיזון הקיים בדין, המהווה משקל נגד לאחריות החמורה. הדיון בתחום זה ענף מאוד, והוא מלמד על מורכבות ועל חוסר ודאות באשר לשאלה אם שימושים אלו ואחרים הם בגדר שימושים מותרים, אם לאו. חוק זכות יוצרים החדש עבר מדוקטרינת הטיפול ההוגן של המשפט האנגלי לדוקטרינת השימוש ההוגן הנהוגה במשפט האמריקני<sup>182</sup>. הגישה האמריקנית קובעת סטנדרט פתוח, ומאפשרת גמישות בהענקת ההגנה. אולם קביעת סטנדרט פתוח יוצרת אי־ודאות, ובארצות־הברית ישנה קריאה ליצור מעגנים בטוחים, קטגוריות המגדירות סוגים של שימוש הוגן<sup>183</sup>. מדובר בנושא רחב מאוד החורג מגדר מאמר זה, אך בענייננו עולה השאלה, אם לא די בכלי האיזון הנ"ל, שהוא חלק אינטגרלי ומהותי מהסדר האחריות בדיני זכויות יוצרים? שמא הגנה זו ממצה את מכלול השיקולים הרלוונטיים להטלת אחריות, ודיון באשם הוא רק ניסיון לנטוע נטע זר בדין שהתעצב כבר בהתאם לאפיוניו המיוחדים?

לדעתי, קיום הגנת השימוש ההוגן אינו מייתר את הרלוונטיות של שיקולי אשם. במסגרת הגנת השימוש ההוגן נשקלים שיקולים של תועלת מצרפית וקידום היצירה, אך זאת תוך התמקדות בתוצאה הסופית של השימוש ובמידת תרומתו לחברה<sup>184</sup>. ההגנה אינה רואה לנגד עיניה את אשמו של המפר. בכך היא כוללת בחובה רק חלק מהמקרים הראויים לפטור מאחריות. בתי המשפט נוטים לעתים להרחיב את תחולתה של הגנת השימוש ההוגן מטעמי מדיניות ציבורית, ובעניין זה מועלית הטענה כי מדובר בהרחבת יתר הגורמת לאי־ודאות משפטית<sup>185</sup>. ייתכן שהכרה ביסוד האשם תעמיד לרשות בית המשפט ערוץ נוסף לשיקול שיקולים של צדק ותועלת חברתית, שיהיה הולם יותר במקרים מסוימים, וכך לא ייאלץ להרחיב את תחולת הגנת השימוש ההוגן בחלק מהמקרים השנויים במחלוקת<sup>186</sup>. קיומה של הגנת השימוש ההוגן אף מחזק את הצורך בשקילת שיקולי אשם, שכן לא פעם אדם משתמש ביצירה מתוך הערכה בתום לב כי עומדת לו הגנת השימוש ההוגן.

- 182 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 327; נתנאל, לעיל ה"ש 65.  
 183 Gideon Parchomovsky & Kevin A. Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483 (2007).  
 184 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 342–344.  
 185 Parchomovsky & Goldman, לעיל ה"ש 183, בעמ' 1497–1498; ניבה אלקין-קורן "זכויות יוצרים במחקר והוראה" **אקדמיה** 19, 4, 6–7 (2008); רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד מח(1) 251 (1993); פרשת **פרימיירליג**, לעיל ה"ש 26.  
 186 Mark A. Lemley, *Should a Licensing Market Require Licensing*, 70 LAW & CONTEMP. PROBS. 185, 193–197 (2007) – לעניין נסיבות שבהן הגנת השימוש ההוגן לא תחול חרף קיומו של אינטרס ציבורי להגן על זכות המשתמש.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

השאלה אם אכן תעמוד למפר הגנת השימוש ההוגן, תוכרע רק בתום ההליך המשפטי, והוא עלול לגלות כי שגה בהערכתו. מגמת הרחבתה של ההגנה והמעבר לסטנדרט פתוח אך צפויים להגביר את העמימות וחוסר הוודאות בעניין זה.

הכרת חוק זכות יוצרים בשימוש ההוגן כזכות של המשתמשים ולא רק כטענת הגנה, מעמידה במרכז את המשתמש כבעל זכות הראויה להגנה ולא רק כנתבע<sup>187</sup>. ההכרה בזכויות משתמשים תומכת, לדעתי, במסקנה שלא ראוי עוד לסווג באופן קולקטיבי את ציבור המפרים הפוטנציאליים כגורם הנושא בחבות ללא קשר לאשמו, שהרי ציבור זה אינו עוד בגדר מפר בלבד, הוא גם גורם בעל זכויות פוזיטיביות הראויות להגנה על פי החוק, מטעמי מדיניות חברתית<sup>188</sup>.

**הפרה עקיפה:** סעיף 48 לחוק זכות יוצרים, עניינו הפרה עקיפה של זכות יוצרים. על פי סעיף זה, תוטל אחריות על מי שמכר, השכיר, החזיק למטרה עסקית, הפיץ בהיקף מסחרי, הציג לציבור בדרך מסחרית או ייבא לישראל שלא לשימוש עצמו, וזאת אם ידע כי העותק הוא עותק מפר, או שהיה עליו לדעת זאת. הוראה דומה נקבעה בסעיף 51 לחוק, בעניין הפרה עקיפה של זכות מוסרית. לצורך הטלת אחריות בגין הפרה עקיפה, נדרש אפוא יסוד של אשם, שעניינו מודעות להיות העותק עותק מפר. נשאלת השאלה, אם אכן ראוי להבחין בין המפר העקיף לבין המפר הישיר, לעניין דרישת האשם. לדעתי, אין מקום להבחנה זו. אמנם, ככלל, ניתן להניח שמי שלא ביצע בעצמו את פעולת ההעתקה, אפשר שלא יהיה מודע לכך שבידיו עותק מפר. אולם הניסיון מלמד שקיימים גם מקרים רבים הפוכים, שבהם המפר העקיף הוא היד המכוונת או גורם מודע ובעל עניין. הפרה עקיפה, עניינה אדם העוסק במכירת עותקים מפרים למטרות מסחריות. התמריץ החזק לכך הוא האפשרות למכור את העותקים במחיר זול במידה משמעותית ממחיר השוק וכך להפיק רווח ניכר. המחיר הזול מהווה אינדיקטור ברור עבור המפר העקיף, כי מדובר בעותק מפר. המפר העקיף הוא לעתים קרובות סוחר ממולח המבקש להגדיל את רווחיו. הוא אינו שה תמים שהולך שולל. **המפר העקיף** הוא גם הגורם המסב לבעל זכות היוצרים את הנזק החמור ביותר, שכן הוא המפיץ את העותקים בציבור. אכן, ייתכנו מקרים שבהם פעל המפר העקיף בתום לב, אך למען אותם מקרים, אין מקום להקל על המפר העקיף ביחס למפר הישיר. נהפוך הוא: **המפר הישיר** הוא לעתים היוצר ששגה וחשב שיצירתו אינה העתקה. הוא הגורם שהדין מבקש לתמרץ ליצור, כל עוד לא יפר זכות של אחר. המפר הישיר הוא לעתים ספרייה או איש אקדמיה הסבור, בטעות, כי הוא עושה שימוש מותר ביצירה לצורכי מחקר או לימוד.

187 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 361; פרשת פרימיירליג, לעיל ה"ש 26, בעמ' 37-39.  
188 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 60; פרשת פרימיירליג, לעיל ה"ש 26, בעמ' 23-25; פסח, לעיל ה"ש 59, בעמ' 297.

נראה אפוא ששתי הקבוצות (מפרים ישירים ועקיפים) כוללות פעילויות בנות אשם וללא אשם, כאלו הראויות לגנאי וכאלו הראויות לתמריץ. אין מקום להבחנה בין קבוצות אלו, כקבוצות, ויש מקום לבחון, לעניין האשם, כל מקרה לגופו, ואלה וגם אלה יחובו בפיצוי רק אם התנהגותם היא בת אשם.

**הזכות המוסרית ניתנת ליוצר עצמו, והיא מבטאת את הקשר האישי שלו ליצירתו.** הזכות המוסרית כוללת בעיקר את הזכות לייחוס (הזכות להיות מוכר כיוצר היצירה) ואת הזכות לשלמות היצירה כמוגדר בסעיף 46 לחוק זכות יוצרים:

”זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר –

(1) כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין;

(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 באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר.”

הזכות המוסרית, כזכות אישית של היוצר, אינה ניתנת להעברה, והיא נבדלת מן הזכות הכלכלית, המוגדרת בסעיף 11 לחוק זכות יוצרים כזכות הבלעדית לבצע פעולות ביצירה ובכלל זאת העתקה, פרסום, ביצוע פומבי, שידור, העמדה לרשות הציבור, עשיית יצירה נגזרת והשכרה.

סעיף 50 לחוק זכות יוצרים עוסק בהפרה ישירה של זכות מוסרית. אולם הסעיף קובע סייגים שונים לעניין הפרתה של הזכות. סעיף קטן (ב) קובע כי פגיעה בזכות המוסרית שלא יוטל פגם ביצירה ולא ייעשה בה סילוף או שינוי, לא יהווה הפרה, אם הפעולה הייתה סבירה בנסיבות העניין. סעיף קטן (ג) קובע שיקולים שבהם ניתן להתחשב לעניין סעיף קטן (ב). נוסח הסעיף, כשלעצמו, מצביע על כך שהזכות המוסרית זוכה להגנה חלשה מזו של הזכות הכלכלית<sup>189</sup>. גם זכותו המוסרית של יוצר כי שמו ייקרא על יצירתו מסויגת בהתאם לנסיבות: ”בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין” (סעיף 46 לחוק זכות יוצרים). הכפפת הזכות לסבירות ולנסיבות מצביעה על גמישות ולכאורה על דרישה לקיום אשם חברתי (רשלנות). כמו כן, באותם מקרים שבהם בעל הזכות המוסרית אינו בעל הזכות הכלכלית, גדל מרחב הטעות, והמפר הפוטנציאלי עלול בנקל לשגות או אף להיות מוטעה ולסבור כי בעל הזכות הכלכלית הוא גם בעל הזכות המוסרית, או שהוא עלול לעמוד בפני קושי לברר

189 גרינמן, לעיל ה”ש 65, בעמ’ 441, עומד על כך שחוק זכות יוצרים נוטל מן הזכות המוסרית את הרומנטיקה האירופית שאפפה אותה, ומקרב את ישראל למדינות האנגלו-אמריקניות המסייגות את הזכות המוסרית.



אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

מיהו בעל הזכות המוסרית. האם מוצדק כי תהיה הגנה חלשה יותר על הזכות המוסרית? על פי ההצדקות הנוהגות במשפט האנגלו-אמריקני, ייתכן שכן, אך לא כך במשפט הקונטיננטלי, המעמיד מעל הכול את זכות הסופר, זכותו האישית לאוטונומיה והגשמה אישית<sup>190</sup>. אין הכרח אפוא ליצור פער בהגנה על הזכות הכלכלית ביחס להגנה על הזכות המוסרית<sup>191</sup>. הצבת דרישה לאשם כתנאי להטלת חבות הן בגין הפרת הזכות הכלכלית והן בגין הפרת הזכות המוסרית, ובכך צמצום הפער במידת הגנה על זכויות אלו, לא ייצור אפוא סתירה כלשהי בדין.

**החלת הוראות פקודת הנזיקין**: סעיף 52 לחוק זכות יוצרים, קובע כי "הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] חלות עליה, בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות חוק זה". יש להניח כי העקרונות שנקבעו בפרשת ברזני<sup>192</sup> ינחו את בית המשפט בכל הנוגע לקשר שבין הוראותיה הכלליות של פקודת הנזיקין לבין חוק זכות יוצרים. בעניין ברזני עלתה השאלה, אם יחולו דיני הנזיקין הכלליים על עילת תביעה לפי חוק הגנת הצרכן, שהוגדרה "כדין עוולה". נפסק שפקודת הנזיקין משמשת מעטפת לכל ההסדרים שמחוץ לפקודה, אך עם זאת, ייתכן שהוראה מסוימת של פקודת הנזיקין לא תחול, אם יש מתח בין ההסדר הספציפי לבין הפקודה. וכלשון כבוד השופט חשין<sup>193</sup>: "ואולם במקום זה שומה עלינו לנהוג זהירות יתר. הואיל וענייננו כאן הוא בהשתלת איבר חדש בגופה של פקודת הנזיקין, חייבים אנו בבחינה מדוקדקת מקרוב, שמא דוקטרינה פלונית שבפקודה לא תתיישב עם יסודותיה, עם מהותה ועם בניינה של העוולה זה מקרוב באה".

לדעתי, הוראת סעיף 52 מורה לנו לשאוף להתאמה מרבית בין פקודת הנזיקין לחוק זכות יוצרים, בכך שהיא קובעת את העיקרון הבסיסי שלפיו הפרת זכות יוצרים היא עוולה אזרחית שפקודת הנזיקין תחול עליה. הסייג שבסיפה של סעיף 52, המכפיף את פקודת הנזיקין לחוק זכות יוצרים, אינו גורע מכך. המשפט הישראלי חותר להשגת הרמוניה

190 ש.ם.

191 ש.ם, בעמ' 470–479, גרינמן מבקר את ההסדר בחוק החדש המדגיש את סבירות פעולתו של המשתמש ביצירה. הוא מציע להמשיך לשים דגש בבחינת הפגיעה בזכות לשלמות היצירה, על הפגיעה הסובייקטיבית ביוצר, שעליו נועדה זכות המוסרית להגן.

192 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נז(6) 385 (2003). בזק הטעתה את הצרכנים כשפרסמה כי תחייב שיחות לחו"ל לפי זמן שיחה מדויק, ובפועל חייבה לפי יחידות מונה, ועיגלה את יחידת המונה האחרונה, שאינה מספר שלם, כלפי מעלה. התוצאה: חיוב יתר. ברזני תבע תביעה ייצוגית, אף שהוא עצמו לא הסתמך על הפרסום. העליון קבע כי אין לו עילה אישית להגיש תביעה ייצוגית, וממילא גם לא זכות לכך.

193 ש.ם, פס' 32 לפסק דינו של השופט חשין.

וקוהרנטיות בדין האזרחי<sup>194</sup>, והיות שעקרון האשם הוא עקרון יסודי בדיני הנזיקין, שיש לסטות ממנו רק בהתקיים הצדקות מתאימות, יש לראותו כרעיון שאינו זר לעולות הפרת זכויות יוצרים.

האם בכוחו של סעיף 52 לאפשר קביעת עיקרון כללי של אחריות לפיצוי שהיא תלוית אשם? או שמא ההסדר הפרטיקולרי של זכויות היוצרים יגבר? לדעתי, ניתן יהיה להגיע למסקנה שאין מניעה להחיל את עקרונות האשם של דיני הנזיקין על דין זכויות היוצרים. כאמור, צוין בהצעת חוק זכות יוצרים כי יש לפנות בנוגע לעקרונות כלליים ובהם אשם לפקודת הנזיקין. כן ניתן ללמוד על כך מסעיפים 56(ב)(8) (פיצוי ללא הוכחת נזק) ו-58 לחוק (הגנת מפר תמים), המשקפים עמדה שאינה שוללת מכול וכול שיקולי אשם ואינה רואה בהם "איבר חדש". ניתן להשתמש בסעיפים הללו כנקודת אחיזה המצביעה על היעדר הסדר שלילי בנוגע לאשם, וכך לפנות דרך סעיף 52 לחוק זכות יוצרים, אל דיני הנזיקין הכלליים.

**אשם תורם:** עם החלת פקודת הנזיקין על חוק זכות יוצרים על פי סעיף 52 לחוק, נפתחה הדרך להכיר באשם תורם בדיני זכויות יוצרים. אשמו של הניזוק מהווה שיקול רלוונטי המביא להפחתת חיוב המזיק בפיצוי על פי דיני הנזיקין. סעיף 68 לפקודת הנזיקין, עניינו אשם תורם ונקבע כי: "א) סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפרעו יופחתו בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצורך תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק".

טענת הגנה של אשם תורם מועלית כמעט בכל תביעת נזיקין המושתתת על אשם, שכן בחלק גדול מאירועי הנזיקין חטאו שני הצדדים באי-זהירות. המבחן שנקבע לכך בפסיקה הוא "מבחן האשמה המוסרית" על פיו בית המשפט מציב את "מעשי הרשלנות של המזיק והניזוק זה מול זה, כדי להשוות ולהעריך, מבחינת האשם המוסרית, את מידתם ומשקלם של מעשיו ומחדליו של כל צד"<sup>195</sup>.

בעולות של אחריות חמורה, אחריותו של המזיק אינה תלוית אשם, ועל כן התעוררה השאלה אם ניתן לייחס אשם תורם לניזוק בגין עוולה מסוג זה. הקושי העיקרי מתעורר כאשר לא היה כל אשם בהתנהגות המזיק: במקרה זה, חלוקת אחריות בין הצדדים לפי אשמתם המוסרית, תביא, לכאורה, להטלת מלוא האחריות על הנפגע, ובכך תסכל את

194 דברי ההסבר לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 133.

195 ע"א 316/75 שור נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 305, 299 (1976); ע"א 7130/01 סולל בונה בנין ותשתית בע"מ נ' תנעמי, פ"ד נח(1) 1, 21 (2003).

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

המדיניות שמלכתחילה הטילה אחריות חמורה על המזיק<sup>196</sup>. קושי נוסף המתעורר, הוא שקשה להשוות בין תופעות שונות לחלוטין: בין אשם הנפגע לבין הסיכון הכרוך בפעילות הנתבע<sup>197</sup>. למרות הקשיים האמורים, הפסיקה הכירה בהגנת אשם תורם גם בעוולות המטילות אחריות ללא אשם, אך זאת בצמצום, ולמי שמוטלת עליו האחריות המוגברת, ייחס אשם תורם משמעותי יותר<sup>198</sup>.

בהלכת EXIMIN<sup>199</sup> הידועה, הכיר בית המשפט בדוקטרינת האשם התורם בדיני החוזים, אף על פי שאחריות הצדדים לחוזה מוגדרת כמוחלטת. הנשיא שמגר קובע, בין היתר בעמוד 84: "אין ספק כמובן, שחלוקת האחריות בענייננו עולה בקנה אחד עם רעיונות של מוסר, צדק ואי עשיית עושר שלא כדין, שהמשפט הישראלי בכלל ודיני החוזים (ובכלל זה חוזי מכר) בפרט, שואבים מהם. כאשר שניים גרמו לנזק, אין זה הוגן ואין זה מוסרי שהאחד יישא במלוא נזקו של האחר. מדוע יזכה צד לחוזה בפיצוי מלא על נזק שנגרם גם עקב התנהגותו הטיפשית וחסרת תום הלב? יתר על כן, בחלוקת האחריות ביניהם יהיה כדי לעודד תום לב או זהירות מצידם של שני הצדדים לעסקה" (ההדגשות שלי – י.ג.א.).

בפסק דין מאוחר יותר, בעניין שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ<sup>200</sup>, שבו יושמה דוקטרינת האשם התורם, מציינת השופטת ביניש כי לצדדים לחוזה מטרה אחת, וכי עליהם לפעול תוך שיתוף פעולה בנאמנות ובמסירות להשגת המטרה החוזית. הפסיקה אף החילה את עקרון האשם התורם על תביעות לפי חוק השומרים. נפסק כי עקרון האשם התורם הוא רלוונטי למצבי שמירה, כי אין מניעה ששומר יעלה טענה בדבר אשם תורם מצד התובע, וכי בית המשפט מוסמך להקטין את הפיצויים שעל השומר לשלם בהתחשב במשקל אשמו של התובע<sup>201</sup>. בית המשפט מציין בהקשר זה, כי חלוקת האחריות

196 פרידמן, לעיל ה"ש 102, בעמ' 220–221.

197 שם.

198 ע"א 804/80 Sidaar Tanker Co. נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1) 393 (1985); כך גם בכל הנוגע לאחריות מעביד לפי פקודת בטיחות בעבודה הנתפסת כאחריות חמורה, הגישה לאשם תורם היא מצמצמת ראו ע"א 435/85 מחמור בע"מ נ' אטדגי, פ"ד מא(4) 524 (1987); ע"א 417/81 מלון רמדה שלום נ' אמסלם, פ"ד לח(1) 72 (1984). על פי ס' 4(ב) לחוק חוק האחריות למוצרים פגומים, מוכרת הגנת אשם תורם מצומצמת אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה. ואילו בתביעות על פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הקובע הסדר של אחריות מוחלטת, אין אשם תורם.

199 ע"א 3912/90 EXIMIN S.A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 84–85 (1993); אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 143–152 (1997).

200 ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210 (1998).

201 רע"א 9488/02 חן נ' עטיה (פורסם בנבו, 23.3.2005) והאסמכתאות המובאות שם.

מביאה לתוצאה צודקת ומוסרית יותר מהכרעה המטילה את מלוא האחריות על צד אחד בלבד, וכי לא פעם ההבחנה בין הצד המפר והצד הנפגע, אינה חד־משמעית. אף בדיני עשיית עושר ולא במשפט, המתמקדים בהעברת העושר ואינם רואים באשם הצדדים שיקול רלוונטי, הוכר אשם הצדדים כשיקול רלוונטי בנסיבות ספציפיות: נפסק כי אף על פי שחובת ההשבה אינה מבחינה בין מפר לנפגע, עשוי בית המשפט, בנסיבות מסוימות, להתחשב באשם של הצדדים לעניין שיערוך דמי ההשבה, וזאת אף על פי שדיני עשיית עושר מחייבים ככלל השבה בערכים ראליים<sup>202</sup>.

בדיני השטרות הוחל עקרון תום הלב. בית המשפט מציין, בין היתר, כי: "אכן, ככל זכות, גם הזכות השטרית צריכה להיות מופעלת בתום־לב. בהפעלתה יש לקיים את אמות־המידה של מוסר חברתי וצדק הראויים לחול ביחסים הבין־אישיים בישראל. בקביעת רמתה של אמת המידה יש להתחשב, בין השאר, באופי היחסים שבין הצדדים, ובעובדה שיחסים אלה הוסדרו ביניהם, בין השאר, באמצעות שטר"<sup>203</sup>.

מסקירה קצרה זו אני מבקשת להסיק מסקנה ישירה ומסקנה עקיפה. המסקנה הישירה נוגעת להחלת עקרון האשם התורם גם בדיני זכויות יוצרים. עם החלת פקודת הנזיקין על חוק זכות יוצרים, נפתחה דרך המלך להכיר בדוקטרינה זו גם בדיני זכויות יוצרים. הטעמים שהובאו על ידי בית המשפט ועל ידי מחברים בכל הנוגע להכרה באשם תורם במקרים אחרים של אחריות חמורה, תקפים גם בדיני זכויות יוצרים, ואולי אף ביתר שאת, לאור מאפייניה הייחודיים של זכות היוצרים ולאור השיקולים הציבוריים הבאים בגדרה. הכרה באשם תורם, אין בה כדי לגרוע מהיות הסדר האחריות הסדר אחריות חמורה, אך אין ספק שיש בה כדי להקהות במידה רבה את חודו של הסדר זה<sup>204</sup>.

המסקנה העקיפה שעליה אני מבקשת ללמוד מהסקירה שלעיל, היא למעשה המובן מאליו: ערכי צדק, מוסר הגינות, אחריות הדדית ושיתוף פעולה הדדי, חוזרים ועולים לאורכו ולרוחבו של הדין האזרחי בכל הנוגע להטלת אחריות. אין ספק שיש בכך כדי לשקף את תחושת הצדק העמוקה שלפיה ראוי שהחוב באחריות יהא כרוך בהכרעה מוסרית ביחסים בין הצדדים, ולא פורמליסטית. תובנה זו תומכת, לעניות דעתי, בראיית

202 ע"א 7211/96 SICAR S.P.A. נ' צ.מ.ל. ציוד מתקדם לבנייה בע"מ, פ"ד נב(4) 259 (1998).

203 רע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(4) 804, 812, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999).

204 בהקשר זה יש לציין את הדוקטרינה המוכרת במשפט האמריקני, שעל פיה ניתן לפטור מפר זכות יוצרים מאחריות כלפי מי שעשה שימוש לרעה בזכות היוצרים. דוקטרינה זו דומה במהותה להגנת אשם תורם, אך היא מוגבלת בהיקפה מכיוון שהיא מתמקדת בהתנהגות אנטי־תחרותית, ושונה בכך שאינה דורשת שהתנהגות התובע תופנה דווקא כלפי הנתבע. ראו: NIMMER & NIMMER, לעיל ה"ש 65, ס' 13.09.

אשם בדיני זכויות יוצרים – נטע זר או שיקול תקף?

האשם כשיקול תקף וחשוב במשפט האזרחי, שראוי להתחשב בו, אלא אם קיימים טעמים כבדי משקל להתעלם ממנו – טעמים שאינם מתקיימים בדיני זכויות יוצרים.

## ו. סיכום ומסקנות

לאור כל זאת, לדעתי אין ספק כי ראוי לשקול שיקולי אשם במסגרת קביעת האחריות בדיני זכויות יוצרים.

הסדר האחריות החמורה בדיני זכויות יוצרים, הוא תוצר של השתלשלות עניינים היסטורית, מאבקי אינטרסים והשקפות העולם שרווחו באותה תקופה. ואילו כיום, השקפות העולם הרווחות במשפט האזרחי, לרבות בתחום דיני זכויות היוצרים והקניין, מחייבות אותנו לאמץ פרספקטיבה רחבה יותר ולשאוף להשיג איזון אשר יגשים בצורה הטובה ביותר את טובת החברה, תוך יישום עקרונות של צדק והגינות בין הצדדים. עקרון האשם מתיישב עם מגמות אלו, לעומת הסדר האחריות החמורה שמהווה שריד של נוקשות מעידן שחלף. עקרון האשם אף עולה בקנה אחד עם ההצדקות המוכרות בדין הישראלי להכרה בזכויות יוצרים.

בחינת יישום עקרון האשם צריכה להישקל בנפרד, בשני מישורים: האחד, סעד הפיצוי. השני, הסעד הקנייני, הנוגע לאכיפת הזכות.

באשר לסעד הפיצוי, המהווה המרכיב הנזיקי של העוולה, לדעתי, צודק וראוי להטיל חבות בפיצוי בגין הפרת זכות יוצרים אך ורק בהתקיים אשם מצד המפר. מלומדים רבים קוראים זה שנים ליישם עיקרון זה בנוגע לעוולות הקנייניות שבעולת הנזיקין, ובכך לבטל את חוסר האיזון הצורם בין האחריות לפיצוי בגין נזקי גוף לבין האחריות לפיצוי בגין נזקי רכוש. פתרון זה אכן מופיע בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות. ראוי וצודק להחיל פתרון זה גם על דיני היוצרים, ואף מקל וחומר, לאור מאפייניה המיוחדים של הזכות, המבחינים אותה מזכות קניין מוחשי. בנוסף, בבחינת השיקולים וההצדקות המודרניים להטלת אחריות חמורה בנזיקין, מצאנו כי לא מתקיים כל טעם המצדיק הטלת אחריות חמורה בדיני זכויות יוצרים. בהתאם לכך, ראוי ורצוי להכיר גם בהגנת האשם התורם, לעניין החבות בפיצוי. הוראות חוק זכות יוצרים אכן מאפשרות לשקול שיקולי אשם במסגרת סעד הפיצוי.

התמונה מורכבת יותר באשר לסעד המניעה, סעד קנייני מובהק שהוא הסעד העיקרי של זכות היוצרים. כפי שפירטתי, קיימים טעמים חזקים התומכים בהחזרת שיקולי אשם למסגרת שיקול הדעת בנוגע להענקת סעד המניעה. לזכות היוצרים מאפיינים ייחודיים המבדילים אותה מזכות הקניין, ועל כן ההקבלה לכללי דיני הקניין הכללים אינה מחויבת המציאות. יתרה מזאת, גם ביישום זכויות קניין נעשה ניסיון להגמיש את הכללים הנוקשים

ולכפיפם לשיקולי הגינות ולשיקולים ציבוריים, כדי להגיע לתוצאות צודקות. האבסולוטיות עברה מן העולם, ועתה אנו מצויים בתחום היחסיות. חוק זכות יוצרים החדש אף מקנה לבית המשפט את הסמכות שלא להעניק סעד של מניעה, אם ראה טעמים המצדיקים זאת.

לדעתי, לא ניתן לקבוע כלל חד-משמעי הדורש הוכחת אשם או מתעלם מאשם, בכל הנוגע למתן צו מניעה. קשה להגיע למסקנה שתהיה נכונה וצודקת בכל המקרים, וזאת מפאת השוני המהותי בין המקרים הנופלים בגדר דין זכויות היוצרים. כל ניסיון לאלץ את הפעילות העצומה והמגוונת בתחום זה, להידחס בגדרו של הסדר אחריות אחד, עלול לחטוא לציבור נרחב. אכן, יש להישמר מהפעלת כוח השררה על ידי בעלי זכות היוצרים, מהרתעת יתר ומהגבלת חופש ביטוי והמידע. עם זאת, גם לא ניתן להתעלם מתדירותן ומממדיהן של העתקות מכוונות וחסרות תום לב, הגורמות פגיעה כלכלית ממשית שראויים להגנה.

מכיוון שקשה לקבוע כלל אחיד וראוי בעניין זה, הרי שייטכן ש"טיפול נקודתי", קזואיסטי, עשוי להביא לתוצאות צודקות יותר. במקרים שבהם שקלול אשם הצדדים מוביל לתחושת אי-צדק קשה במתן צו המניעה, ראוי יהיה להימנע ממתן צו מניעה על פי סעיף 53 לחוק זכות יוצרים.

מהטעמים שפורטו במאמר זה, ראוי להכיר בשיקול האשם כשיקול משפטי תקף בשיח זכויות היוצרים. ראוי לחשוף את שיקולי האשם, ולתת להם תוקף כשיקולים ראויים וחשובים, המאפשרים עשיית צדק ברמה החברתית והפרטנית. אני סבורה שהחדרת שיקולי האשם דרך הערוצים הקיימים כיום בחוק, תאפשר לבתי המשפט יתר גמישות ותאפשר לשיקול שיקולי מדיניות ראויים, אך עם זאת לא תביא לסחף ולפורקן כל עול. כך תתאפשר צעידה עקב בצד אגודל, תוך בחינה זהירה של ההתקדמות כדי להגיע לתוצאות צודקות וראויות.