

הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים*

מאת

גיא פסח**

המאמר סוקר באופן ביקורתי את שלושת התיאוריות המרכזיות אשר על בסיסן נהוג להצדיק את ההכרה בזכות יוצרים: הגישה התועלתית, התיאורית העבודה ותיאוריית האישיות. במסגרת ניתוח הגישה התועלתית, המאמר בוחן הן את הקשר בין ההכרה בזכות יוצרים לבין עידוד היצירה וההפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי והן את היתרונות השונים אשר נובעים ממהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית סחירה ומקיומו של מנגנון שוק לסחר בטובין מופשטים. מן הצד השני של המתרס, נדונים המחיר החברתי אשר נלווה להכרה בזכות יוצרים וגבולות היכולת לבסס את ההכרה בזכות יוצרים על יסוד שיקולים תועלתיים. בהמשך המאמר, מנותחות גישות אחרות אשר מבססות את ההכרה בזכות יוצרים על זכויות ואינטרסים פרטיים של היוצר עצמו. גישה אחת כזו, אשר עליה נמנים תיאוריית העבודה וסיעון הגמול, היא גישה הרואה בזכות היוצרים גמול הולם המגיע ליוצר עבור המאמץ והמשאבים שהשקיע בהפקת היצירה המוגנת. גישה זו מבוססת בעיקרה על שיקולים של צדק ושל הגינות. הגישה השנייה – תיאוריית האישיות, מתמקדת במהותה של היצירה המוגנת כביטוי חיצוני לאני הפנימי של היוצר, ובהמשך לכך, כחלק בלתי נפרד מאישיותו. על-פי גישה זו, זכות היוצרים מגנה על זכותו של היוצר לשלמות אישיותית. כעולה מן המאמר, ביסוס זכות היוצרים על-יסוד תיאוריית האישיות מוגבל למקרים בהם קיימת זיקה אישית וקשר בלתי אמצעי בין היוצר לבין עבודתו ולאותן זכויות המתחייבות במסגרת קשר מסוג זה. כפועל יוצא, בניגוד לגישה התועלתית ולתיאוריית העבודה, מעבר לביסוס זכותו האישית-מוסרית של היוצר עצמו, תיאוריית האישיות מתקשה להצדיק את ההכרה בזכויות הכלכליות המהוות חלק מזכות היוצרים. לאחר סקירת וניתוח התיאוריות השונות להצדקת ההכרה בזכות יוצרים, המאמר מסכם ומציע קווים מנחים כלליים לקביעת היקף זכות היוצרים על בסיס כל אחת מהתיאוריות השונות.

א. מבוא. ב. גישות תועלתיות להצדקת ההכרה בזכות יוצרים. 1. כללי; 2. המחיר החברתי הנלווה להכרה בזכות יוצרים; 3. הביקורת על סיעון התמריץ; 4. סיעון מנגנון השוק; 5. גבולות סיעון התמריץ וסיעון מנגנון השוק; ג. תיאוריות המתיתסות לזכות

* המאמר זכה בפרס ע"ש משה דוכן ז"ל.

** תלמיד מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר מבוסס על חומרים שנאספו לצורך עבודת דוקטורט אשר נמצאת בשלבי כתיבה. תודתי נתונה לפרופ' יהושע ויסמן – מנתה עבודת הדוקטורט, על הדרכתו.

היוצר בעבודתו. 1. כללי; 2. תיאוריית העבודה וסיעון הגמול (Desert); (א) תיאוריית העבודה; (ב) סיעון הגמול (Desert); (ג) הביקורת על תיאוריית העבודה ועל סיעון הגמול; (ד) אינטרס הציפייה של היוצר ודיני עשיית עושר ולא במשפט; (ה) חשיבותה של זכות היוצרים כזכות קניין מנקודת מבטו של היוצר; 3. תיאוריית האישיות; (א) כללי; (ב) גבולות תיאוריית האישיות; ד. סיכום.

א. מבוא

זכות היוצרים מעניקה לבעליה בלעדיות בכל הקשור לניצול יצירות, ביטויים וטובין מופשטים נוספים המוגנים על ידיה באופנים המפורטים בחוק. זכות זו, על שלוחותיה השונות (דוגמת "זכות משרד" ו"זכות מבצע") חלה על חומרים כתובים, יצירות אמנות ואומנות, יצירות מוזיקליות, צילומים, שידורי רדיו וטלוויזיה, סרטים ועוד. מטרת המאמר היא לסקור באופן ביקורתי את שלוש התיאוריות המרכזיות שעליהן נהוג לבסס את ההכרה בזכות היוצרים: הגישה התועלתית, תיאוריית העבודה ותיאוריית האישיות. הפרק השני במאמר מתמקד במה שניתן לכנות, בהכללה, הגישה התועלתית לדיני זכויות יוצרים¹. גישה זו מבססת את ההכרה בזכות היוצרים על הרצון לקדם את הרווחה הכלכלית-חברתית. במסגרת זו נבחן את הקשר בין ההכרה בזכות היוצרים לבין עידוד היצירה וההפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. כמו כן, נעמוד על היתרונות השונים הנובעים ממהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית סתירה ומקיומו של מנגנון שוק לסחר בטובין מופשטים. מצדו השני של המתרחש נתייחס למחיר החברתי הנלווה להכרה בזכות היוצרים ולגבולות היכולת לבסס את ההכרה בזכות היוצרים על שיקולים תועלתניים. הפרק השלישי במאמר דן בשתי גישות המבססות את ההכרה בזכות היוצרים על זכויות ואינטרסים פרטיים של היוצר. הגישה הראשונה, שבה נמנים תיאוריית העבודה וסיעון הגמול, רואה בזכות היוצרים גמול הולם המגיע ליצרן עבור המאמץ והמשאבים שהשקיע בהפקת היצירה המוגנת, והיא מבוססת בעיקרה על שיקולים של צדק ושל הגינות. הגישה השנייה – תיאוריית האישיות – מתמקדת במהותה של היצירה המוגנת כביטוי חיצוני לאני הפנימי של היוצר, ולפיכך כחלק בלתי נפרד מאישיותו. על פי גישה זו, זכות היוצרים משמשת כאמצעי להגן על זכותו של היוצר לשלמות

1 כאן המקום לציין, כי תכלית המאמר היא להתמקד אך ורק בבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים. המאמר אינו עוסק בבסיס העיוני להצדקת זכויות קניין רוחני אחרות דוגמת פטנט או מדגם. אין להבין מהמאמר קביעה משתמעת, לפיה התיאוריות השונות שהוא סוקר מתמצות אך ורק בביסוס ההכרה בזכות יוצרים מבלי שיש להן תפקיד גם במסגרת ביסוסן של זכויות קניין רוחני נוספות. שתיים מבין התיאוריות להצדקת ההכרה בזכות יוצרים אשר נסקרות במסגרת המאמר – הגישה התועלתית ותיאוריית העבודה, משמשות גם כבסיס להצדקת ההכרה בזכויות קניין רוחני נוספות, דוגמת פטנט או מדגם. הדיון בשאלה, מה מייחד את זכות היוצרים מכל יתר זכויות הקניין הרוחני, חורג ממסגרת וממטרת המאמר, ואנו לא נתייחס לשאלה זו.

אישיותית. כפי שנראה, ביסוס זכות היוצרים על תיאוריית האישיות מוגבל למקרים שבהם קיימת זיקה אישית וקשר בלתי אמצעי בין היוצר לבין עבודתו ולאותן זכויות המתחייבות במסגרת קשר מסוג זה. כפועל יוצא, בניגוד לגישה התועלתית ולתיאוריית העבודה, מעבר לביסוס זכותו האישית-מוסרית של היוצר עצמו מתקשה תיאוריית האישיות להצדיק את ההכרה בזכויות הכלכליות המהוות חלק מזכות היוצרים.

בפתח הדברים ראוי להבהיר את גבולות הדיון במסגרת המאמר. תכלית המאמר היא להתמקד אך ורק בבסיס העיוני להכרה בזכות היוצרים. המאמר אינו עוסק במראה פניה הרצוי של זכות היוצרים, בהיקפה או בתוכנה. באופן דומה, המאמר אינו כולל התייחסות לדיני זכויות היוצרים הנהוגים בישראל ובשיטות משפט נוספות, כמו גם למגננים שונים – דוגמת דרישת המקורות, ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי והגנת השימוש ההוגן – הקובעים את תוכנה ואת היקפה של זכות היוצרים בפועל. לעניות דעתנו, על אף המסגרת המצומצמת והמוגבלת של הדיון במסגרת המאמר, יש חשיבות ללימוד הציודקים השונים שבבסיס ההכרה בזכות היוצרים. בצד מתן משקל ראוי לשיקולים ולאינטרסים נוספים העשויים לעמוד על הפרק, תוכנה והיקפה של זכות היוצרים צריכים להיקבע בראש ובראשונה בהתאם לתכליות ההכרה בה, ומכאן חשיבות הצורך בחקר הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים. דברים אלה מקבלים משנה תוקף על רקע מהותה של זכות היוצרים כזכות המתייחסת לנכסים מופשטים, ולא לנכסים מוחשיים בעלי ממשות פיזית.² מעבר לעצם חשיבותם של הנימוקים להכרה בזכות היוצרים במסגרת קביעת תוכנה והיקפה, נימוקים אלה מניחים גם את אמות המידה הבסיסיות לקביעת גבולות הנכס המופשט נושא זכות היוצרים.³

ב. גישות תועלתיות להצדקת ההכרה בזכות יוצרים

1. כללי

אחת הגישות הרווחות להצדקת ההכרה בזכות יוצרים מבוססת על שיקולים תועלתיים. על פי גישה זו, שנהוג לכנותה "סיעון התמריץ", תכלית ההכרה בזכות יוצרים היא לעודד יצירה והפצה של ביטויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים בעלי ערך חברתי.⁴

2 W.J. Gordon, "Of Harms and Benefits: Torts, Restitution, and Intellectual Property", 21 *J. Legal Stud.* (1992) 449; D. Lange, "Recognizing the Public Domain", 44 *L. & Contemp. Probs.* (1981) 147. ראו גם רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביודים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 339-341.

3 J. Litman "The Public Domain" 39 *Emory L.J.* (1990) 965, 971. ראו

4 P.E. Geller, "Must Copyright Be For Ever Caught between Marketplace and Authorship Norms?", in *Of Authors and Origins* (B. Sherman & A. Ströwé eds., 1994) 159, 161-166. להצגת סיעון התמריץ בדין הישראלי ראו ע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד

תכלית זו מושגת בדרך של מתן תמריץ כלכלי, המתבטא בהענקת זכות יוצרים. הצדקת ההכרה בזכות יוצרים על-יסוד שיקולים תועלתיים קיבלה ביטוי במשפט האנגלי-אמריקני מאז ימיהם הראשונים של דיני זכויות היוצרים.⁵ גם כיום, חלק גדול מהספרות העוסקת בזכות היוצרים נשענת על פיתוחים חדשים ומתוחכמים של הגישה התועלתית, הנובעים, בחלקם, מהגישה הכלכלית למשפט.⁶

- מד (4) 16, 21 מול האות ו'; ע"א 513/89 Interlego A/S 'Exin-Lines Bros. S.A', פ"ד מח (4) 133, 154, 163 (להלן: "עניין אינטרלגו"); ת"א (תל-אביב) 24478/87 קרן נ' שביט, פ"מ תשנ"א (א) 139, 149 מול האות ו'. הצדקת ההכרה בזכות היוצרים על-יסוד סיעון התמריץ קשורה קשר הדוק לעקרון חופש הביטוי: הערך התברתי, אשר סמון ביצירה ובהפצה של טובין מופשטים, נובע בחלקו הגדול מתרומתם של אותם טובין מופשטים להגשמת תכליות עקרון חופש הביטוי: גילוי האמת, קיומו של תהליך דמוקרטי תקין וקידום ערך האוטונומיה של הפרט. מנגד, כעולה מן האמור בסעיף ב.2 להלן, זכות היוצרים גם מגבילה את אפשרויות השימוש בביטויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים המוגנים על-ידיה. כפועל יוצא, יתכנו נסיבות, אשר בהן ההכרה בזכות יוצרים ואכיפתה עלולים לפגוע ביכולת להגשים את תכליות עקרון חופש הביטוי יותר מאשר לתרום למימושן של תכליות אלה. מעבר להערה קצרה וחלקית זו, שאלת היחס בין זכות היוצרים לבין עקרון חופש הביטוי היא סוגיה מורכבת וסבוכה, אשר הדיון בה חורג מנושא המאמר.
- 5 כבר בחוק זכויות היוצרים הראשון באנגליה, חוק אן (The Statute of Anne) ניתן ביטוי לתכלית עידוד היצירה והלמידה. כותרת החוק קבעה, כי תכליתו היא: "For the Encouragement of Learning Men to Compose and write useful Books." 8 Anne, ch. 19 (1710). לסקירת חוק זה והתכליות, אשר עמדו ביסודו, ראו L. Patterson & S. Lindberg, *The Nature of Copyright* (1991) 27-30; A.C. Yen, "Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession" 51 *Ohio St. L.J.* (1990) 517, 526; G.K. Hadfield "The Economics of Copyright: An Historical Perspective" 38 *Copyright L. Symp.* (1992) 1, 9. ביטוי מוקדם נוסף לגישה התועלתית מצוי בסעיף 1 לחוקה האמריקאית. סעיף זה מסמיך את הקונגרס לקדם את הפיתוח של המדעים ושל האימוניות בדרך של הענקת זכות בלעדיות, מוגבלת בזמן, למחברים ולממציאים בכל הנוגע ליצירותיהם ולתגליותיהם. הסעיף קובע, כי לקונגרס יש סמכות לחוקק חוקים במטרה: "...To promote the progress of science and the useful arts, by securing for limited time to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries". U.S. Const. Art. 1, § 8. לסקירה הסטורית של הגישה התועלתנית לדיני זכויות יוצרים ראו Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 18-32. ראו גם: S.N.S. Cheung, "Property Rights and Invention" 8 *Res. L. & Econ. - The Economics of Patents and Copyright* (1986) 5. Cheung עומד על הקשר המסורתי בין דיני זכויות יוצרים לבין תיאוריות כלכליות מאז ימיהם הראשונים של זכות היוצרים. כעולה מסקירתו, כבר בכתביהם של אדם סמית, ג'רמי בנתם וג'ון סטיוארט מיל ניתן ביטוי להכרה בזכות יוצרים, ובמונפול הגלום בה, כמכשיר רצוי לעידוד יצירה והפצה של עבודות בעלות ערך חברתי.
- 6 נהוג לראות את מאמרו של Landes & Posner, כמאמר המרכזי הראשון, אשר הציג ניתוח כלכלי מקיף של דיני זכויות יוצרים. אם כי, כאמור, הרעיון הבסיסי, אשר פותח על-ידם בהתייחס לכללים השונים המהווים חלק מדיני זכויות יוצרים, לא היה בגדר חידוש. ראו W.M. Landes & R.A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law," 18 *J. Legal Stud.* (1989) 325. עוד להיבטים תועלתניים וכלכליים של דיני זכויות יוצרים ראו P. Drahos *A Philosophy of*

על פי הגישה התועלתית, ביסוד ההכרה בזכות יוצרים מונח בראש ובראשונה הרצון לקדם את הרווחה הכלל-חברתית. נקודת מוצא זו משפיעה במישרין על מעמדה, על תוכנה ועל היקפה הראוי של זכות היוצרים. כעיקרון, על פי הגישה התועלתית יש להכיר בזכות יוצרים אך ורק במקרים שבהם הדבר מיטיב עם החברה בכללותה ולא במקרים שבהם הדבר עלול לפגוע בה⁷. דברים אלה קשורים קשר הדוק ליחסה הבסיסי של הגישה התועלתית כלפי מעמדו של היוצר – זה שמוענקת לו זכות היוצרים. הגישה התועלתית רואה את היוצר בעיקר כאמצעי לקידום אינטרס של הציבור ולא כאובייקט עצמאי הראוי להגנה⁸. ההכרה בזכותו הרכושית של היוצר אינה מבוססת על כיבוד אינטרס פרטי המיוחס לו, אלא על רצון לקדם את רווחת הציבור, המפיק תועלת מיצירה ומהפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי. חוסר ההכרה באינטרס הפרטי של היוצר מאפשר לגישה התועלתית לנקוט גמישות רבה בכל הנוגע לעיצוב זכות היוצרים ולקביעת הסייגים לה: אלה ייקבעו בהתאם לאינטרס הציבורי ובלי לשקול שיקולים הנוגעים לאינטרסים של היוצר עצמו.

Intellectual Property (1996) 119-144; R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics* (2nd ed., 1997) 119-128; J.W. Harris, *Property and Justice* (1996) 296-299; R.M. Hurt & N. Schuchman, "The Economic Rationale of Copyright," 56 *Am. Econ. Rev.* (1966) 421; G.S. Lunney Jr., "Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm," 49 *Vand. L. Rev.* (1996) 483; S.E. Sterk, "Rhetoric and Reality in Copyright Law," 94 *Mich. L. Rev.* (1996) 1197, 1204; E.C. Hettinger, "Justifying Intellectual Property," 18 *Phil. & Pub. Aff.* (1989) 31, 47; N.W. Netanel, "Copyright and a Democratic Civil Society," 106 *Yale L.J.* (1996) 283, 285; A.C. Yen, "The Legacy of Feist: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics of Public Goods," 52 *Ohio St. L.J.* 519-518. בעמ' 1343, 1364. ראו גם Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 518-519.

7 ראו 10, 12 *L.E. Seltzer, Exemptions and Fair Use in Copyright* (1978).

8 שם, בעמ' 8-12. ביטויים מובהקים של עמדה זו מצויים בשיטת המשפט האמריקאי. כך, לדוגמא, בית המשפט העליון בארצות הברית (להלן פרשת *Feist*) ציין, כי:

"The primary objective of copyright is not to reward the labors of authors, but to promote the Progress of Science and useful Arts... To this end copyright assures authors the right to their original expression." *Feist Pubs. Inc v. Rural Tele. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 349-350 (1991).

וראו גם את דברי ועדת הקונגרס האמריקאי בנושא חקיקת חוק זכויות יוצרים משנת 1909, לפיהם:

"The enactment of copyright legislation by congress under the terms of the Constitution is not based on any natural right that the author has in his writings.....but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted.....Not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public, such rights are given." H. Report No. 2222 60th Cong., 2d Sess, as quoted in Seltzer, *supra* note 5, at 10.

כאמור, על פי הגישה התועלתית, זכות הבלעדיות, המגולמת בזכות היוצרים מיועדת להעניק תמריץ ליצירה ולהפצה של ביטויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים. הקשר בין זכות הבלעדיות לבין הבטחת קיומו של תמריץ כזה נובע ממהותם של טובין מופשטים כטובין ציבוריים.⁹ לטובין ציבוריים יש שני מאפיינים מרכזיים: חוסר יכולת מעשית למנוע מכל אדם שימוש והנאה בהם, והעובדה כי שימושם של אדם אחד בטובין הציבוריים אינו גורע מיכולתו של אדם אחר להשתמש בהם. ממאפיינים אלה של הטובין הציבוריים נובע כשל שוק: למרות הערך החברתי הפוטנציאלי הרב של הטובין הציבוריים, כל פרט רציונלי יעדיף שלא להשתתף מרצונו החופשי ביצירתם או במימנם. זאת, משום שצריכתם אפשרית גם עבור פרטים שלא השתתפו בעלות ייצורם. בעיה זו, שנהוג לכנותה "בעיית הנוסע החופשי" (Free Rider), גורמת לכך שרק אותו חלק קטן מהתועלת החברתית של הטובין הציבוריים – זה שמגיע לידי הגורם המייצר – מופנם ונשקל על ידו. כפועל יוצא מכך מנגנון השוק החופשי אינו מגיב למלוא הביקוש שיש לטובין ציבוריים, ואף אינו מוביל לייצור מספיק שלהם.¹⁰

במקרה של יצירות, ביטויים ומשאבים מופשטים נוספים, מהותם כטובין ציבוריים משתקפת בשני היבטים מרכזיים: ראשית, באפשרות לעשות שימוש ביצירה או בביטוי שפורסמו ללא צורך מעשי בקבלת היתר מהיוצר ובלי שהדבר יגרע מאפשרותו של כל אדם אחר להשתמש בהם. בניגוד למשאבים מוחשיים, שאפשרות השימוש בהם מותנית על פי רוב בקבלת חזקה פיזית, השימוש במשאבים מופשטים אינו דורש קבלת חזקה כאמור. שנית, כמעט תמיד עלות ההעסקה של ביטוי או יצירה היא זולה בהרבה מהעלות של מעשה היצירה עצמו. מסיבה זו, בעיית הנוסע החופשי חולשת – בהקשר של משאבים מופשטים – לא רק על עצם צריכת הטובין הציבוריים אלא גם על ייצורם כאמצעי צריכה. כל יצרן ראשון של משאב מופשט נאלץ להתמודד עם החשש שהמשאב שאותו ייצר בהשקעה של עלות ראשונית מסוימת יועתק ויימכר על ידי יצרנים נוספים. יצרנים אלה נדרשים לשאת אך ורק בעלות השולית של העתקת המוצר, ולא בעלות הראשונית של עצם מעשה היצירה. לפיכך, היצרנים הנוספים יכולים להסתפק במחיר נמוך מזה

9. למהותם של ביטויים, יצירות ומשאבים מופשטים נוספים כטובין ציבוריים ראו Posner & Landes, לעיל הערה 6, בעמ' 326; Schuchman & Hurt, לעיל הערה 6; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 125-120; Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 493-498, ובעמ' 581-580; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 43; Yen, לעיל הערה 6, בעמ' 1367-1366; Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 33-34; ד' לוינסון-זמיר, "סיקולים כלכליים כהגנה על המצאות" משפטים יט (תשמ"ס), 143, 147-145; עניין אינטרלוגו, לעיל הערה 4, בעמ' 154, 163-161. ראו גם J. Boyle, *Shamans, Software, and Spleens* (1996) 30-31; P. Croskery, "Institutional Utilitarianism and Intellectual Property" 68 *Chi-Kent L. Rev.* (1993) 631.

10. לדיון כללי במהותם של טובין ציבוריים ראו Cooter & Ulen, לעיל הערה 6, בעמ' 100-103; א' פרוקצ'יה, "זה תוזה? זה חפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ח), 395, 409-411; ד' לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון (תשנ"ה) 34.

שדורש היצרן הראשון, ובדרך זו לנגוס בחלק גדול מנתח השוק שלו. בניגוד ליצרן הראשון, המחיר שידרשו היצרנים הנוספים ישקף אך ורק את העלות השולית של העתקת המוצר – ולא את העלות הראשונית שהייתה כרוכה בעצם יצירתו. על רקע זה, ללא מציאת פתרון משפטי לבעיית הטובין הציבוריים, במקרים רבים התמריץ ליצירת משאבים מופשטים יהיה נמוך מהערך החברתי הכולל הגלום בהם. ייתכנו גם מקרים שבהם לא ניתן יהיה לכסות את עלות יצירתו של המשאב המופשט, ואז גם לא יהיה תמריץ לעצם יצירתו.

ההכרה בזכות יוצרים מספקת פתרון לבעיית הטובין הציבוריים, שכן זכות היוצרים מקנה ליוצר שליטה בלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת. היו מי שדיברו בהקשר זה על כעין עסקת חליפין (quid pro quo) מטאפורית בין היוצר לבין הציבור הרחב: בתמורה להעשרת מאגר הנכסים הרוחניים של הציבור ולהגדלת רווחת הכלל מקבל היוצר, לפרק זמן מוגבל, זכות שליטה בלעדית על דרכי השימוש והניצול של המשאב המופשט שיצר¹¹. היוצר זוכה בחלק גדול מהערך הכלכלי הטמון ביצירה המוגנת, ולפיכך יש לו תמריץ ליצור – תמריץ שלא היה קיים לולא ההכרה בזכות יוצרים¹².

כאן המקום לציין, שכעיקרון אומנם ניתן להציע שני סוגים נוספים של תמריצים ליצירה של ביטויים ושל יצירות בעלי ערך חברתי, אולם אף אחד מהם אינו מספק תחליף נאות לתמריץ שמעניקה זכות היוצרים. סוג אחד של תמריצים מתייחס למה שניתן לכנות בהכללה "מניעים אישיים" של היוצר. עם אלה נמנים מניעים כמו רצון למימוש עצמי, יוקרה אישית, פרסום, קידום מקצועי וכיוצא באלה. מקובל לחשוב שמניעים אלה אכן מספקים תמריץ מסוים לפעילות יצירתית. עם זאת, הם אינם נותנים מענה – בוודאי לא מלא – לכשלים הכלכליים שזכות היוצרים מתמודדת עמם. מסיבה זו, ההנחה היא שלמרות קיומם של המניעים האישיים, לפחות חלק מהפעילות היצירתית לא היה מתקיים

11 ראו Patterson & Lindberg, לעיל הערה 5, בעמ' 52 ו-138. ראו גם Litman, לעיל הערה 3, בעמ' 1013-1014, וכן J. Litman, "Revising Copyright Law for the Information Age," 75 Or. L. Rev. (1996) 19, 33; L.R. Patterson "Private Copyright and Public Communication: Free Speech Endangered," 28 Vand. L. Rev. (1975) 1161, 1167. לתיאור דומה ראו עניין א.ש.ר., לעיל הערה 2, בעמ' 341-342.

12 להצגת סיעון התמריץ ראו את המקורות, אשר מוזכרים בהערה 6 לעיל. ראו גם S.J. Liebowitz, "Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination," 8 Res. L. & Econ. – The Economics of Patents and Copyright (1986) 181. מבחינה היסטורית, ההצדקה הכלכלית להכרה בזכות יוצרים נשענה פחות על סיווג ביטויים ויצירות כ"טובין ציבוריים" ויותר על העובדה, כי הדפסתה של יצירה והוצאתה לאור היו כרוכים בעלויות ייצור גבוהות מאוד. נשיאה בעלויות אלה לא השתלמה, אלא אם נמכרה כמות גדולה מאוד מהמוצר המוגמר. המונופול, אשר הוענק עלי-פי חוק למוציאים לאור, ביקש להבטיח תמורה הולמת כנגד אותן עלויות ייצור גבוהות. ראו Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 14.

לולא ההכרה בזכות יוצרים והתמריץ הנובע ממנה¹³. סוג שני של תמריצים הוא תמיכות שלטוניות לעידוד יצירה של ביטויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים בעלי ערך חברתי. לכאורה לא מתקיים בדרך זו החיכוך המרכזי הכרוך בזכות היוצרים – המחיר החברתי של הגבלת הגישה והגבלת אפשרות השימוש ביצירות מוגנות¹⁴. עם זאת, הדעה הרווחת היא כי הפתרון של תמיכות שלטוניות אינו מהווה תחליף גאות לזכות היוצרים, משני נימוקים מרכזיים. הנימוק הראשון הוא ההשפעות השליליות הרבות שיש לתלות של יוצרים במערכת השלטונית. תלות זו עלולה להקשות על קיומה של יצירה עצמאית, מגוונת ובלתי תלויה ברשויות נשלטון, יצירה אשר לה חשיבות רבה מזווית הראייה הדמוקרטית¹⁵. הנימוק השני נגד מנגנון של תמיכות שלטוניות מתייחס לחוסר היעילות הכלכלית של מנגנון מסוג זה. להלן, בפרק ב.4, נרחיב על אודות תרומתו של מנגנון השוק החופשי להקצאה יעילה של משאבים בתחום היצירה וההפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי. בשלב זה נציין, כי בעוד שמנגנון השוק החופשי תורם בדרך כלל להקצאה יעילה של משאבים, כל מנגנון של תמיכות שלטוניות טומן בחובו חשש להקצאה לא יעילה של משאבים. זאת, הן בשל בעיות של שיקולים זרים ובעיקר בשל בעיות של חוסר מידע כיצד יש להקצות את המשאבים בצורה יעילה¹⁶.

13 הנחה זו מקבלת משנה תוקף על רקע העובדה, כי כמפורט להלן התמריץ הכלכלי, אשר זכות היוצרים מעניקה, מיועד להניע לא רק את היוצר עצמו, אלא גם יומים וגורמי ביניים נוספים הממלאים תפקיד מרכזי בהפקת ובהפצת היצירה המוגנת. גורמים אלה, אשר ממלאים תפקיד מרכזי במערך היצירה וההפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי, מונעים בעיקר, אם לא רק, על-ידי מניעים כלכליים. אשר לגורמים אלה, סיעון המניעים האישיים של היוצר כלל אינו תופס. לדיון בנימוק המניעים האישיים של היוצר כתמריץ ליצירה ראו Landes & Posner, לעיל הערה 4, בעמ' 331; Schuchman & Hurt לעיל הערה 6, בעמ' 425; Geller, לעיל הערה 4, בעמ' 174-175; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 9, בעמ' 145, אשר דגה בעניין זה מההיבט הדומה של דיני פטנטים.

14 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסעיף ב.2 להלן.

15 ההנחה בהקשר זה הינה, כי יצירה והפצה של מידע וביטויים בעלי ערך חברתי, באופן עצמאי ובלתי תלוי ברשויות השלטון, תורמים רבות לתקינות התהליך הדמוקרטי. לפיכך, זיקה ותלות בין פעילות בתחום היצירה לבין רשויות השלטון עשויה לפגוע בתהליך הדמוקרטי. בהקשר זה, יש המדברים גם על זכות היוצרים כעל בעלת תפקיד מוסדי בשיטה הדמוקרטית. על-פי עמדה זו, תפקידה של זכות היוצרים הוא להבטיח, כי תתקיים מערכת עצמאית של יוצרים ומפיצים, אשר אינה תלויה ברשויות השלטון (ראו Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 288, 347, 352, 357, 362). בעיית חוסר המידע מתייחסת הן לשאלת מידות הגורמים, אשר להם יש להקצות את המשאבים, והן לשאלת כמות המשאבים, אשר יש להקצות לכל אחד מהגורמים השונים. ראו לעניין זה Netanel, שם, בעמ' 285, 339; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 49; Yen, לעיל הערה 6, בעמ' 1367; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 9, בעמ' 151-154, אשר דגה בעניין זה מההיבט הדומה של דיני פטנטים. ראו גם: S. Breyer "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs" 84 Harv. L. Rev. (1970) 281, 283, 287, 306-308.

מעבר למתן תמריץ כלכלי ליוצר עצמו, זכות היוצרים מספקת תמריץ כלכלי גם למכלול הגורמים השונים המעורבים בהכנה ובהפצה של טובין מופשטים מסוגים שונים – מוציאים לאור, מפיקי סרטים, רשתות שידור וגורמים נוספים. גורמים אלה מתחלקים עם היוצר ברווח הכספי הנובע מקיומה של זכות היוצרים; במקרים רבים הם אף רוכשים מהיוצר את זכות היוצרים והופכים להיות אלה שנהנים ממכלול ההטבות הכספיות הגלומות בה. בדרך זו מבססת ההכרה בזכות יוצרים מנגנון כלכלי שלם, התומך ומדרכן ליצירה ולהפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי.

מאחר שהגישה התועלתית מדגישה את הפתרון להעדר התמריץ להשקעת משאבים בייצור טובין ציבוריים, ההכרה בזכות יוצרים בהתאם לגישה זו עשויה להתבקש לגבי מתחם רחב מאוד של מקרים. לפחות כנקודת מוצא, על פי הגישה התועלתית, ההכרה בזכות יוצרים עשויה להתבקש הרבה מעבר למקרים שבהם הדבר נועד לעודד יצירתיות, השראה או סגולה מיוחדת מכל סוג אחר. זכות היוצרים עשויה להידרש בכל מקרה – פרוזאי ככל שיהיה – שלגביו יש צורך במתן תמריץ כלכלי לייצור טובין מופשטים בעלי ערך חברתי¹⁷. כך, על פי הגישה התועלתית, צריכה זכות היוצרים לחול גם על תומרים דוגמת שרטוטים טכניים למיניהם, ספרי טלפונים וליקוטים נוספים של מידע ועובדות גרידא, מאגרי נתונים וכן צילומים או חומרים אחרים המתעדים את המציאות. במישור הדין המצוי, דברים אלה מקבלים ביטוי מרכזי במסגרת המדיניות הנוהגת כלפי דרישת המקוריות: נהוג להתנות את ההכרה בזכות יוצרים בקיומה של "מקוריות" ביצירה שלהגנתה מתבקשת ההכרה בזכות היוצרים¹⁸. דרישת המקוריות זכתה לשתי פרשנויות מרכזיות. פרשנות אחת רואה במרכיב של יצירתיות (Creativity) חלק בלתי נפרד מדרישת המקוריות ותנאי לקיומה¹⁹; הפרשנות האחרת רואה במקוריות דרישה פחות מחמירה, המתייחסת אך ורק לרמה בסיסית של השקעת משאבים, עבודה ושיקול דעת בהפקת היצירה המוגנת²⁰. יישום הגישה התועלתית – במיוחד הדגש שהיא שמה על

17 ראו Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1120; Yen, לעיל הערה 6, בעמ' 1348.

18 כך, לדוגמא, בישראל, סעיף 11(1) לחוק זכות יוצרים, 1911 קובע, כי הגנת זכות היוצרים חלה על יצירות ספרותיות, דרמטיות, מוסיקאליות ואמנותיות, אשר מקיימות את דרישת המקוריות (דרישת המקוריות, אשר נשמטה מן התרגום לעברית של החוק מופיעה בנוסח המחייב של החוק באנגלית).

19 מקורה של גישה זו הוא בשיטות משפט קונטיננטליות. בשיטות משפט אלה יסודותיה של זכות היוצרים מצויים בתיאורית האישיות אשר מתיישבת עם הפרשנות האמורה של דרישת המקוריות (ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסעיף 3.ג. להלן). בשנים האחרונות גישה זו החלה לחלחל גם לשיטות משפט אנגלו-אמריקאיות. פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת Feist, לעיל הערה 8, קבע, כי מרכיב של יצירתיות הוא תנאי הכרחי להכרה בזכות יוצרים. גישה דומה אומצה בפסק דינו של בית המשפט העליון הישראלי בעניין אינטרלוגו (לעיל הערה 4) אשר קבע, כי מרכיב היצירתיות הוא חלק בלתי נפרד מדרישת המקוריות ותנאי לקיומה.

20 גישה זו הייתה מקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי, אם כי, כאמור בהערה 19 לעיל, מאז פסק

פתרון בעיית העדר התמריץ להשקעת משאבים בייצור טובין ציבוריים – מלמד כי מנקודת ראותה יש להעדיף את הפרשנות השנייה של דרישת המקוריות, ולהכיר בזכות יוצרים גם לגבי טובין מופשטים החסרים מרכיב של יצירתיות אולם טמון בהם ערך חברתי²¹.

2. המחיר החברתי הנלווה להכרה בזכות יוצרים

בצד העובדה כי זכות היוצרים מעודדת יצירה והפצה של טובין מופשטים, יש לה גם מחיר חברתי. זכות היוצרים מטילה מגבלות ועלויות על כל גורם – למעט בעל הזכות – המבקש לעשות שימוש ביצירה המוגנת. עלות מרכזית אחת היא עלות הנגישות ליצירות מוגנות; עלות מרכזית אחרת היא עלות היצירה וההפצה של ביטויים ויצירות נוספים, שבמסגרתם נעשה שימוש ביצירות מוגנות קודמות²². כפועל יוצא משתי אלה, החל בהיקף מסוים וברמה מסוימת, ההכרה בזכות יוצרים עלולה להוביל לתת-תפוקה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי²³: אלה הם ההיקף והרמה שמעבר להם המחיר החברתי

דינו של בית המשפט העליון בפרשת *Feist*, בארצות הברית גישה זו אינה מקובלת עוד. בדיון זכויות היוצרים האנגלי זוהי עדיין הגישה המקובלת. ראו לעניין זה את סקירתם של Laddie, P. Prescott & M. Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (2nd ed., 1995) 46-60.

21 על רקע זה, פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אינטרלוגו, לעיל הערה 4, מעורר קושי מסוים בכך שלצד נטייתו לבסס את ההכרה בזכות יוצרים על יסוד הגישה התועלתית, בית המשפט הוסיף וקבע, כי הגנת זכות היוצרים צריכה לחול אך ורק לגבי חומרים הכוללים מרכיב של יצירתיות. דיון מלא בנקודה זו חורג ממסגרת המאמר. נציין רק, כי יש קושי בעמדת פסק הדין (ראו עמודים 164–167 לפסק הדין), לפיה התנאת ההכרה בזכות יוצרים בקיום מרכיב של יצירתיות היא הדרך הנכונה להשגת איזון ראוי בין התמריץ המוענק על-ידי זכות היוצרים לבין המחיר החברתי הכרוך בה (לעניין המחיר החברתי הכרוך בזכות היוצרים ראו את הדברים האמורים בסעיף ב.2 להלן). עמדה זו מתעלמת מכך שישנם טובין מופשטים רבים בעלי ערך חברתי רב אך נעדר מרכיב של יצירתיות אשר ללא ההכרה בזכות יוצרים לא יהיה תמריץ כלכלי ליצירתם ולהפצתם.

22 ראו Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 48; Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 296; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1205 ו-1209; Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 494–498. לעלות היצירה וההפצה של ביטויים ויצירות נוספים, אשר בהם נעשה שימוש ביצירות קודמות המוגנות על-ידי זכות יוצרים, מספר היבטים: היבט אחד מתייחס לעצם עלות השימוש בחומר מוגן על-ידי זכות יוצרים. היבט שני מתייחס לעלויות עסקה וניהול משא ומתן עם בעל זכות היוצרים. היבט שלישי מתייחס לעלויות החיפוש והיצירה העצמאית, אשר כרוכים בניסיון להימנע מתשלום עבור שימוש בחומר מוגן על-ידי זכות יוצרים.

23 הגדלת עלות השימוש ביצירות ובביטויים קיימים מפחיתה את התמריץ ליצירה ולהפצה של יצירות וביטויים, אשר עושים שימוש ביצירות ובביטויים קודמים. ראו Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 285, 296; Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 496. ראו גם: I.E. Novos & M. Waldman "The

של זכות היוצרים עולה על ההטבה החברתית הנובעת ממנה²⁴. היו מי שדיברו בהקשר זה על פרדוקס: הרצון לעודד יצירה והפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי מחייב הענקת בלעדיות, שהיא כשלעצמה עלולה לפגוע ביצירה והפצה של ביטויים ויצירות²⁵. המחיר החברתי הכרוך בזכות היוצרים מקבל משנה תוקף על רקע מהות היצירה של טובין מופשטים. מהות זו מחייבת מרחב פעולה לשימוש ביצירות ובביטויים קיימים²⁶, שכן תומר הגלם של היצירה הרוחנית הוא לעתים קרובות יצירות וביטויים קיימים²⁷ – שבאמצעותם ניתן להמשיך ליצור, לחדש ולהגיב על הקיים, וכך לתרום ולקדם את הרווחה הכלל-חברתית²⁸.

עמדה נוספת, יותר מרחיקת-לכת בכל הנוגע למחיר החברתי הכרוך בזכות היוצרים, היא העמדה הרואה את זכות היוצרים כזכות בלעדיות המעניקה לבעליה כוח של מונופול כלכלי. בהקשר זה, העלות החברתית הכרוכה בזכות היוצרים מתוארת במונחים של עלות הנובעת מכוחו של מונופול כלכלי²⁹. ההגדרה הכלכלית של מונופול מתייחסת לגורם היכול לשנות את מחירו של מוצר באמצעות שינוי כמות המוצר המוצעת למכירה. לבעל המונופול יש נתח שוק שאינו מאפשר לצרכנים לרכוש את כל הכמות הדרושה להם

Effects of Increased Copyright Protection: An Analytic Approach" 92 *J. Pol. Econ.* 236 (1984).

24 ראו Landes & Posner, לעיל הערה 6, בעמ' 332. היו מי שטענו בהקשר זה, כי זכות היוצרים אינה גובה כל מחיר חברתי. זאת, משום שממילא לולא ההכרה בה, הסובין המופשטים המוגנים על-ידה, כלל לא היו באים לעולם (להצגת טיעון זה ראו Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 24–28). ספק אם ראוי לקבל את הטיעון האמור. מנקודת ראות כלל חברתית, ההנחה היא, כי כל הגבלת גישה או שימוש בסובין מופשטים, מעבר לזו, אשר נדרשת לעצם מתן התמריץ ליצירתם ולהפצתם של אותם טובין, היא בכחינת עלות חברתית. ואילו בהקשר הגדון הסענה הינה, כי במקרים רבים זכות היוצרים מגבילה את הנגישות ואת אפשרות השימוש ביצירות מוגנות מעבר להיקף הנדרש לשם הענקת תמריץ באמור.

25 ראו Boyle, לעיל הערה 9, בעמ' 29; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 48.
26 ראו P. Goldstein "Copyright" 55 (Part II) *Law & Contemp. Prob.* (1992) 79, 85.
גם עניין אינטרלגו, לעיל הערה 4, בעמ' 163–165.
27 ראו Landes & Posner, לעיל הערה 6, בעמ' 332. ראו גם: Lange, לעיל הערה 2; Litman, לעיל הערה 3, בעמ' 966–967.
28 בהקשר זה, ידועה אמרתו של Chafee:

"The World goes ahead because each of us builds on the world of our predecessors.
'A dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself',
Z. Chafee "Reflections on the Law of Copyright" 45 *Colum. L. Rev.* (1945) 503, 511.

ראו גם עניין א.ש.י.ר, לעיל הערה 2, פסקה 85 לפסק דינו של השופט חשין, המצטט מקבץ אמירות דוגמת זו של Chafee.

29 ראו, לדוגמא, Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 497; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1205 ו-1206, אך ראו גם הערה 45 שם; Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 293 בסמוך להערה 29 שם, אך ראו גם את האמור בהערה 30 שם.

מגורמים אחרים זולתו. מסיבה זו, מחיר הטובין אינו מחיר שיווי המשקל בין עקומת ההיצע לבין עקומת הביקוש, אלא מחיר הנגזר מהכמות המוצעת למכירה על ידי בעל המונופול. על פי העמדה האמורה, כוח המונופול מאפשר לבעליה של זכות היוצרים למכור את הטובין המופשטים בכמות קטנה ובמחיר גבוה מאלה שהיו נקבעים להם בשוק תחרותי³⁰. אופן פעולה זה של בעל המונופול גורם להפסד חברתי, הבא לידי ביטוי בשני מישורים: ראשית, בתשלום מחיר גבוה מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי; שנית, במעבר של הצרכנים לרכישת תחליפים, שעלות ייצורם לחברה גבוהה מעלות ייצור הטובין הנמכרים על ידי בעל המונופול. בנסיבות אלה, הבעיות הנובעות מהגבלת הנגישות ואפשרות השימוש ביצירות מוגנות הן משמעותיות הרבה יותר מהמחיר החברתי הכללי הכרוך בזכות היוצרים³¹.

עמדה זו – כי זכות היוצרים מעניקה לבעליה כוח של מונופול כלכלי – הוטלה בספק³², ואכן ספק אם יש בה ממש. זכות היוצרים אכן מעניקה לבעליה בלעדיות, אולם זכות בלעדיות זו, כשלעצמה, אינה מקנה לבעליה את כוח השוק הדרוש כדי להפוך אותו למונופול כלכלי. במקרים רבים יש מוצרים מתחרים ותחליפי שוק שונים לטובין המוגנים

30 בעל המונופול יעדיף למכור את איתו כמות, אשר בה הרווח הכולל שלו מסך כל היחידות הנמכרות הוא הגבוה ביותר. כאמור, מאחר שמדובר בבעל מונופול, הרי שעומדת לו האפשרות לקבוע את הכמות הנמכרת. כל אשר נדרש ממנו הוא לאתר את אותה נקודה על עקומת הביקוש, אשר בה, לפי המחיר המוצע ליחידה, הרווח הכולל שלו הוא הרווח המירבי.

31 היו מי שסענו, כי סיווג זכות היוצרים כזכות בלעדיות, המקנה לבעליה כוח של מונופול כלכלי, עשוי ללמד על השלכה נוספת: מנקודת מבט כלכלית-משקית, החל בהיקף מסוים, ההכרה בזכות יוצרים עשויה לפגוע בהקצאה יעילה של משאבים לפעילויות אחרות במשק, וזאת משום שבשל רוחויו העודפים של המונופול, אנשים יעדיפו להקצות משאבים לפעילות הנהנית מכוח של מונופול כלכלי. כך, גם אם הערך החברתי של השקעת אותם משאבים בתחומים אחרים גדול יותר.

ראו Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 487-491. ראו גם Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 286, 337. ראו Seltzer, לעיל הערה 7, בעמ' 6 והערה 20 שם; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 146; Goldstein, לעיל הערה 26, בעמ' 84; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 9, בעמ' 167, אשר נוקטת בעמדה דומה לגבי תחום הפטנטים. ראו גם: K.W. Dam, "Some Economic Considerations in the Intellectual Property Protection of Software," 24 J. Legal Stud. (1995) 321, 335-336; S.L. Carter, "Owing What doesn't Exist," 13 Harv. J.L. & Pub. Pol'y (1990) 99, 104; Note, "Clarifying the Copyright Misuse Defense: The Role of Antitrust Standards and First Amendment Values," 104 Harv. L. Rev. (1991) 1289, 1297-1301; R. Hanna, "Misusing Antitrust: The Search for Functional Copyright Misuse Standards," 46 Stan. L. Rev. (1994) 401, 414-415, 427.

נושא זה נדון, בין היתר, במסגרת משפט הקהילייה האירופית. שם נקבע, כי כשלעצמה עצם הבעלות על זכות קניין רוחני אינה מלמדת על כך שלבעל זכות היוצרים כוח שוק מהותי (dominant position), כמובנו של זה בסעיף 86 לאמנת רומא. סעיף זה דן באיסור על שימוש לרעה בכוח שוק מהותי. ראו D.B. Winn *European Community and International Media Law* (1994) 202-203.

על ידי זכות היוצרים. לפיכך, בעל זכות היוצרים אינו שולט על נתח שוק בהיקף גדול עד כדי כך שהוא מקנה לו כוח של מונופול כלכלי. לפיכך, ככלל אין לתאר את זכות היוצרים כזכות המקנה כוח של מונופול כלכלי. לפחות במישור זה, מרכיב הבלעדיות, המאפיין את זכות היוצרים, אינו שונה ממרכיב הבלעדיות הקיים לגבי זכויות קניין במשאבים מוחשיים.³³

מנקודת מבט תועלתית, המחיר החברתי הכרוך בזכות היוצרים מתרכז אפוא בעלויות הנובעות מהגבלת השימוש ביצירות מוגנות. על רקע זה, דיני זכויות היוצרים נאלצים להתמודד עם המתח המתמיד בין הצורך להכיר בזכות יוצרים כאמצעי לעידוד יצירה והפצתה, לבין המחיר החברתי הכרוך בה³⁴. חלק גדול מהכללים המרכיבים את דיני זכויות היוצרים – דוגמת ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, ויחוד ההגנה שמעניקה זכות היוצרים לדרך ביטוי מסוימת בלבד – הם כללים המבקשים ליישב את המתח האמור. תכליתם היא למצוא את נקודת שיווי המשקל בין המחיר החברתי הכרוך בזכות היוצרים לבין תרומתו החברתית של התמריץ שמעניקה זכות היוצרים³⁵. ספק רב אם ניתן למצוא – בין באופן אמפירי ובין באופן אנליטי – נקודת שיווי משקל כזו³⁶; אולם דומה כי יש חשיבות רבה גם לעצם הצגת קיומו של המתח האמור ולהפנמת הצורך להתמודד עמו במסגרת קביעת היקף זכות היוצרים, תוכנה והתריגים לה³⁷.

33 ראו Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 146; Carter, לעיל הערה 32, בעמ' 104. לאמירה דומה בתחום הפטנטים ראו E.W. Kitch, "Patents: Monopolies or Property Rights?", 8 Res. L. & Econ. – The Economics of Patents and Copyright (1986) 31.

34 ראו Chafee, לעיל הערה 28, בעמ' 506; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 48; א' גולדנברג, "הגנת העיצוב התעשייתי", ספר לגדודי (בעריכת א' ברק וא' מזוז, תשנ"ה 1159, 1161–1160. להצגת המתח האמור במסגרת הדין הישראלי ראו פרשת הרפז נ' אחיטוב, לעיל הערה 4, 21, בעמ' מול האות ז', 22 מול האותיות א'–ב'; עניין אינטרגלו, לעיל הערה 4, בעמ' 148 מול האות א', 154, 155 מול האותיות ד'–ו', 157 מול האות ה', 163, 164, 166–167; עניין א.ש.י.ר, לעיל הערה 2, בעמ' 341–342.

35 ראו Boyle, לעיל הערה 9, בעמ' 37.

36 ראו לעניין זה את הדברים האמורים אצל Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 486, 559–556, 564–561, 568. Lunney עומד על הפרדוקס, על-פייו הן הצורך במתן תמריץ ליצירה והן הצורך בגישה חופשית לטובין מופשטים ובאפשרות עשיית שימוש בהם, עומדים ביחס ישר לחשיבות החברתית של איתם הטובין. לדעתו, הדבר מוביל לטאויסולוגיה, אשר אינה מאפשרת לקבוע מהו ההיקף הרצוי של זכות היוצרים על-ידי השוואה בין חשיבות הצורך במתן תמריץ ליצירה לבין חשיבות הצורך בגישה חופשית לטובין מופשטים ובאפשרות עשיית שימוש בהם. זאת, מאחר שהן חשיבות הצורך להכיר בזכות יוצרים ולהקנות זכות בלעדיות לגבי טובין מופשטים ממיימים והן חשיבות קיומה של אפשרות גישה ושימוש חופשיים לגבי אותם הטובין נגזרים מאותו המדד – החשיבות החברתית של היצירה המוגנת. בנוסף לכך, Lunney עומד על הקושי המעשי לאמוד ולכמת את הנתונים, אשר נדרשים על-מנת להכריע בנושא זה. ראו גם את האמור בסעיפים 3.2 ו-3.5 להלן, אשר דנים בביקורת על הגישה התועלתית לדיני זכויות יוצרים.

37 ראו Landes & Posner, לעיל הערה 6, בעמ' 326, 333, 347; Netanel, לעיל הערה 6,

אחת ההצעות שהועלתה על רקע המחיר החברתי הכרוך בזכות היוצרים הייתה לקבוע את היקפה של זכות היוצרים, ככל שהדבר ניתן מבחינה מעשית, בדיוק בגבולות המבטיחים את קיומו של תמריץ ליצירה ולהפצתה. במונחים כלכליים מדובר בעיצוב זכות היוצרים בהיקף שאמור לכסות את עלות היצירה בתוספת של רווח סביר ליוצר, ולא יותר מכך. גישה זו מבוססת על ההנחה כי החל מהנקודה שבה כוסתה עלות היצירה – לרבות רווח סביר ליוצר – זכות היוצרים גורמת אך ורק לעלות חברתית, ללא כל הטבה בצידה³⁸. מעבר לקושי המעשי הבסיסי בכימות ערכם של טובין מופשטים, ובעיצוב היקפה של זכות היוצרים ותוכנה באופן המכסה את עלות היצירה בתוספת רווח סביר ליוצר בלבד³⁹, חסרונה המרכזי של ההצעה האמורה נעוץ בכך שהיא אינה מתחשבת בסיכון הכרוך בייצורם של ביטויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים⁴⁰. במקרים רבים קיים חוסר ודאות משמעותי לגבי סיכויי ההצלחה של יצירות, ביטויים וטובין מופשטים נוספים. כך, לדוגמא, בחלק משוקי הספרים, מרבית הספרים יוצאים לאור בהפסד כספי, ועלותם ממומנת על ידי מספר מועט של רביי-מכר⁴¹. חוסר ודאות זה הוא מרכיב בעלויות, שהגורם האחראי להפקת ולהפצת הטובין המופשטים מתחשב בו. במקרים רבים, כאשר מדובר בגורם מסחרי, תחשיב העלויות נעשה על בסיס חשבון רווח והפסד המתייחס למכלול הביטויים והיצירות שאיתו גורם מעורב בהפקתם. כאמור, במסגרת כזו ייתכן שהפסד במקרה אחד יכוסה על ידי רווח במקרה אחר. אם כן, זכות היוצרים משמשת לא רק כאמצעי ישיר לעידוד היצירה, אלא גם כאמצעי להתמודד עם מרכיב חוסר הוודאות המאפיין את שוק הביטויים והיצירות⁴²: אם זכות היוצרים תעוצב בהיקף שיכסה אך ורק את עלות הפקת היצירה בתוספת רווח סביר ליוצר בלבד, כי אז לא תהיינה השקעות ביצירות ובביטויים עם סיכון של חוסר הצלחה מסחרית⁴³. הדבר עלול

בעמ' 294. ראו גם: R.V. Bettig, *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property* (1996) 104-105; P. Jaszi, "Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of 'Authorship'," 1991 *Duke L.J.* 455, 463-464; J. Litman, "Copyright and Information Policy," 55 *L. & Contemp. Probs.* (1992) 185

38 להצגת גישה זו ראו Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 338; Yen, לעיל הערה 6, בעמ' 1368;

Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 571; Goldstein, לעיל הערה 26, בעמ' 82-83.

39 ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בסעיף 5. להלן בכל הנוגע לקשיים המעשיים אשר יש בעיצוב כללים משפטיים בהתבסס על שיקולים תועלתניים.

40 ראו Hurt & Schuchman, לעיל הערה 6, בעמ' 427; Landes & Posner, לעיל הערה 6, בעמ' 328; Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 39; Hanna, לעיל הערה 32, בעמ' 426.

41 ראו Goldstein, לעיל הערה 26, בעמ' 82-83. לעניין דומה ראו עניין א.ש.י.ר, לעיל הערה 2, בעמ' 480.

42 לעניין דומה בתחום הפטנטים ראו לויןסון-זמיר, לעיל הערה 9, בעמ' 146-147.

43 בהקשר זה בעיית ה-free riders, אשר הועלתה ביחס לטובין ציבוריים, רק מתעצמת: כאשר לא קיימת כל תמורה כספית בגין חוסר הוודאות, איך כרוך ביצירת ובהפצת טובין מופשטים חדשים בעלי סיכון מסחרי, כל יצרן יעדיף "לשבת על הגדר" ולהמתין, כי הדבר יעשה על-ידי יצרן אחר. ראו Landes & Posner, לעיל הערה 6, בעמ' 328.

להביא לכך ששוק היצירות והביטויים יהיה מקובע, דל ובלתי מגוון, שוק שאינו ממצה את הערך החברתי הטמון בהתחדשותם של ביטויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים. מעבר לכך, שוק כזה יאופיין בקשרי פטרונויות ובתמיכה אך ורק ביוצרים המספקים מענה ודאי לביקוש קיים מצד הקהל⁴⁴.

מסיבות אלה, הצעה זו, שנועדה להגדיל את אפשרויות הגישה והשימוש ביצירות ובביטויים, עלולה לגרום להקטנה משמעותית במגוון היצירות והביטויים הקיימים, ולכן ספק אם יש מקום לקבלה במתכונתה זו. עם זאת, ניתן לנסות ולשכלל בה גם את המרכיב הנוסף של סכסוד צולב – הדרוש כדי להבטיח עצמאות, גיוון ופלוורליזם יצירתי. בכפוף לכך נראה, כי מנקודת מבט תועלתית⁴⁵ יש היגיון בטענה, שלפיה המחיר החברתי של זכות היוצרים מחייב לנסות ולעצב אותה בגבולותיו של ההיקף העונה על הציפיות הסבירות לרווח מפעילות בתחום היצירה והביטוי. ההנחה היא, כי זכות יוצרים בהיקף כזה תצליח לשמור על התמריץ הדרוש להפקה ולהפצה של יצירות וביטויים רבים ומגוונים, מבלי להיות כרוכה במחיר חברתי העולה על המתחייב. אמנם, בהקשר זה קיים קושי ממשי לתרגם נוסחה עמומה – דוגמת "קביעת זכות יוצרים בהיקף העונה על הציפיות הסבירות לרווח מפעילות בתחום היצירה והביטוי" – לכלל משפטי מעשי. קושי זה רק מתעצם על רקע העובדה (כמפורט להלן בפרק ב.4), כי למאפייני הקניינים של זכות היוצרים (תכונות הבלעדיות והעבירות) ולמנגנון השוק לסחר בטובין מופשטים (שקיומו תלוי במאפיינים אלה) יש חשיבות רבה, בפרט בכל הנוגע להקצאה יעילה של משאבים בתחום היצירה וההפצה של טובין מופשטים. זאת, בעוד שגישה המבקשת לתחום ולגדר את זכות היוצרים להיקף המכסה אך ורק את עלות היצירה, בתוספת רווח סביר ליוצר, מחייבת קביעת סייגים וחריגים רבים לזכות היוצרים (דוגמת רישיונות כפייה), המשמשים כתחליף למנגנון השוק תוך שהם פוגעים במאפייני האמורים של

44 ראו Goldstein, לעיל הערה 26, בעמ' 82-83. הצעה נוספת היא ההצעה לצמצם את ההכרה בזכות יוצרים אך ורק לאותם תחומים, אשר בהם המניע ליצירה הוא התמריץ הכלכלי של זכות היוצרים. על-פי הצעה זו, אין מקום להכיר בזכות יוצרים לגבי תחומים, אשר בהם מעשה היצירה נעשה ממניעים אחרים, וזאת ההסתמכות על זכות היוצרים. לשענת המצדדים בהצעה זו, הכרה בזכות יוצרים במקרים אלה כרוכה בעלות חברתית, אשר אינה נדרשת על-מנת להעניק תמריץ ליצירה (ראו Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1213-1215, אשר מביא כדוגמא לכך את המקרה של פרסומות מסתירות). כעולה מן האמור בהמשך הדברים, הצעה זו מתעלמת משורה של צידוקים נוספים, לרבות צידוקים כלכליים (סיעון מנגנון השוק. ראו סעיף ב.4 להלן), אשר עומדים ביסוד ההכרה בזכות יוצרים. מסיבה זו, יהיה קשה ליישם אותה בפועל. עם זאת, גם אם לא מקבלים את ההצעה במתכונתה הגורפת, עדיין, יש סעם בטענה, כי מנקודת ראות תועלתית קיומו של תמריץ זולת זה של זכות היוצרים עשוי לדרך את הצורך בהגנת זכות יוצרים. לעניין זה ראו גם את האמור אצל: W.J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory," 41 *Stan. L. Rev.* (1989) 1343, 1438-1448.

45 וכפי שנראה בסעיף ג.2(ד) להלן, גם מנקודת ראות, אשר מבקשת להגן על אינטרס הציפייה של היוצר לגמול הולם עבור יצירתו.

זכות היוצרים כזכות קניינית סחירה⁴⁶. עם זאת, כל עוד נשמרת המסגרת הקניינית של זכות היוצרים, אמת-המידה של הגשמת הציפיות הסבירות לרווח מפעילות בתחום היצירה והביטוי כן עשויה לסייע בקביעת היקף זכות היוצרים ותוכנה.

3. הביקורת על טיעון התמריץ

על רקע המחקר החברתי הכרוך בזכות היוצרים, היו מי שהטילו ספק עד כמה כדאי להכיר בזכות יוצרים מנקודת מבט תועלתית⁴⁷. הטענות שהועלו בהקשר זה התייחסו להעדר מתאם ברור בין המחקר החברתי שגובה ההכרה בזכות יוצרים לבין תרומתה של זכות היוצרים לעידוד יצירה והפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי. נטען, כי הרווח הכספי (ולפיקך, במשתמע, גם המחקר החברתי) הנובע מההכרה בזכות יוצרים עולה במקרים רבים על התמריץ הכלכלי לעידוד יצירה והפצה של טובין מופשטים; עוד נטען, כי הגנת זכות היוצרים רחבה מדי וכי היא חלה גם במקרים שלגביהם כבר מתקיים תמריץ כלכלי ליצירה ולהפצה של טובין מופשטים, גם בלעדי זכות היוצרים⁴⁸; לבסוף נטען כי אין כל ידיעה אמפירית בדבר ההשפעה בפועל של ההכרה בזכות יוצרים על עידוד היצירה וההפצה של טובין מופשטים⁴⁹.

ביקורת זו היא במידה רבה ביקורת מדומה: היא אינה מתנגדת להנחת המוצא של הגישה התועלתית, לפיה יש מקום להעניק תמריץ כלכלי ליצירה ולהפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי; היא גם מסכימה לחשיבות הבסיסית של ההכרה בזכות יוצרים כאמצעי למתן תמריץ כאמור⁵⁰. עיקר הביקורת בהקשר זה מכוונת כנגד היישום בפועל של הנחות מוצא אלה וכנגד היקפה המצוי של זכות היוצרים. למעשה, ביקורת זו חוזרת ומיישמת את אותן אמות-מידה שנוקטת הגישה התועלתית עצמה, היינו: הצורך למצוא את נקודת שיווי המשקל המתאימה בין המחקר החברתי הכרוך בזכות היוצרים לבין

- 46 ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בסעיף ג.2(ה) להלן באשר לחסרונות הכרוכים במנגנון של "כלל אחריות". כלומר, כלל המתיר שימוש חופשי בחומר מוגן על-ידי זכות יוצרים ובלבד שישולם ליוצר, בדיעבד, סכום המבטא את הגמול המגיע לו בגין הערך המוסף הנובע מעבודתו.
- 47 להצגת הביקורת ראו Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 36-39; Schuchman & Hurt, לעיל הערה 6, בעמ' 424-431.
- 48 להצגת טיעון זה ראו Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 287; Schuchman & Hurt, לעיל הערה 6, בעמ' 429; Liebowitz, לעיל הערה 12. ראו גם את האמור בהערה 44 לעיל.
- 49 ראו Cheung, לעיל הערה 5, בעמ' 11; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 51; Litman, לעיל הערה 3, בעמ' 998. ראה גם G.L. Priest, "What Economics can tell Lawyers about Intellectual Property," 8 Res. L. Econ. – The Economics of Patents and Copyright (1986) 19. אך ראו גם את האמור אצל Seltzer, לעיל הערה 7, בעמ' 6-7, אשר סוקר את השגשוג התרבותי והיצירתי במדינות, אשר אימצו שיטה של זכויות יוצרים. לטענתו, מנגד, עד היום לא הצליחו להעמיד הצעה חלופית הולמת להשגת התמריץ, אשר מוענק על-ידי זכות היוצרים.
- 50 ראו לעניין זה Bettig, לעיל הערה 37, בעמ' 104-105; Breyer, לעיל הערה 16, בעמ' 322; Lunney, לעיל הערה 6.

תרומתו החברתית של התמריץ שהיא מעניקה. לפיכך, נכון יותר לראות בטענות אלה של המבקרים פיתוח נוסף של הגישה התועלתית ולא ביקורת חיצונית עליה. מסיבה זו בחרנו לדון בהיבטים המהותיים של טענות המבקרים (בפרק ב.2 לעיל⁵¹) כחלק אינטגרלי מטיעון התמריץ והגישה התועלתית לדיני זכויות יוצרים. כפי שראינו שם, טענות המבקרים נכונות בצורה חלקית, לפחות במישור המושגי. עם זאת, טענות אלה סובלות מאותה חולשה כללית, המאפיינת את הגישה התועלתית לדיני זכויות יוצרים⁵² – חוסר יכולת לספק כלים מעשיים לתיחום ולגידור של זכות היוצרים בדיוק בהיקף המתבקש מתכליתתה. בסופו של דבר, אנו חוזרים לאותה נוסחה כללית ועמומה בדבר הצורך לאזן בין ההטבה החברתית שמעניקה זכות היוצרים לבין המחיר החברתי הכרוך בה.

סוג אחר של ביקורת, יומרני יותר, קרא תגר על עצם הצורך הבסיסי להכיר בזכות יוצרים. על פי ביקורת זו, גם אם הדין לא יכיר בזכות היוצרים, עדיין קיימות שתי דרכים מרכזיות אחרות שבאמצעותן יכולים הגורמים הפועלים בשוק הטובין המופשטים להבטיח לעצמם רווח כספי ראוי⁵³. דרכים אלה יפורטו מיד; מכל מקום, הטיעון הוא כי לפחות בחלק גדול מהמקרים ניתן להשיג את התמריץ הכלכלי המצדיק את זכות היוצרים גם מבלי לשאת במחיר החברתי הכרוך בה⁵⁴.

הדרך הראשונה מתייחסת לניצול היתרון הנובע ממרכיב הראשוניות בשיווק ובמכירת טובין מופשטים חדשים. על פי הטענה, היצרן המקורי של טובין מופשטים חדשים נהנה מיתרון ראשוניות המותיר בידיו די זמן להפקת רווח כספי בסרם תתחיל התחרות באותם טובין מופשטים. זאת, במיוחד אם מדובר בטובין מופשטים בעלי משך חיים קצר או בשוק ריכוזי מאוד⁵⁵. דרך משלימה לניצול יתרון הראשוניות מתייחסת להפליית מחירים בין סוגי צרכנים שונים, כדי לנצל את מלוא פוטנציאל הרווח עוד לפני כניסתם של המתחרים לשוק. יתכן שבעבר אומנם היה למרכיב הראשוניות בשוק משקל מסוים –

51 וראו גם את האמור בהערה 44 לעיל.

52 ראו לעניין זה סעיף 5. להלן.

53 להצגת טענה זו ראו Breyer, לעיל הערה 16, בעמ' 292–302; Schuchman & Hurt, לעיל הערה 6, בעמ' 428; Gordon, לעיל הערה 44, בעמ' 1436. ראו גם: S.J. Liebowitz "Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals" 93 *J. Pol. Econ.* (1985) 945.

54 ראו Breyer, לעיל הערה 16, בעמ' 282. לביקורת על הטיעונים הכלכליים והעובדתיים, אשר מציג מאמרו של Breyer, ראו B. Tyerman "The Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books: A Reply to Professor Breyer" 18 *UCLA L. Rev.* (1971) 1100. במאמר תגובה למאמר ביקורת זה, Breyer חזר בו מן האמירה, אשר השתמעה ממאמרו הראשון, לפיה במקרים מסוימים יש לשקול לבטל את ההכרה בזכות יוצרים. Breyer טען, כי ביקורתו על דיני זכויות יוצרים נוגעת יותר ליד הקמוצה, אשר יש לנקוט בה כאשר מעצבים את היקף זכות היוצרים ואת תוכנה. ראו S. Breyer "Copyright: A Rejoinder" 20 *UCLA L. Rev.* (1972) 75.

55 ראו Breyer, לעיל הערה 16, בעמ' 299.

כאשר פרק הזמן שנדרש להכנת העתקים מהיצירה המוגנת היה ממושך והעלות הראשונית הקבועה לביצוע ההעתקה הייתה גבוהה יחסית. עם זאת, כיום ההנחה הרווחת היא, כי ההתפתחויות הטכנולוגיות הפחיתו מאוד את פרק הזמן הדרוש להכנת העתקים של יצירות מוגנות, כמו גם את העלות הראשונית הקבועה הכרוכה בביצוע העתקה. על רקע זה מקובלת הסברה, כי טיעון הראשוניות איבד הרבה מהמשקל שניתן היה לייחס לו בעבר⁵⁶, ודאי לגבי מקרים שבהם היקף ההשקעה הגבוה ביצירה מקורית או בכמה יצירות מקוריות מחייב פרק זמן ממושך להחזרת ההשקעה באותן יצירות.

הדרך השנייה שנהוג להציע כתחליף להכרה בזכות יוצרים היא התניה ושימוש באמצעים חוזיים. כך, לדוגמא, ניתן להעניק רישיונות שימוש ליצירה או לביטוי תוך קביעה כי בעל הרשיון עצמו לא יהיה רשאי ליצור, או לאפשר לאחרים ליצור, העתקים מהיצירה. ההצעה לשימוש באמצעים חוזיים לוקה אף היא בכמה קשיים, המטילים ספק ביכולתה המעשית לשמש כתחליף נאות לזכות היוצרים ולתמריץ שהיא מעניקה⁵⁷. קושי אחד מתייחס לעלויות של ניהול משא ומתן ולעלויות האכיפה במקרים שבהם ניתנים רישיונות רבים. קושי נוסף נובע מהעובדה שמדובר, לפחות לכאורה, בדרך המחייבת חתימה על התחייבות חוזית עוד לפני הצגת הטובין המופשטים: צרכנים רבים יסרבו לדרישה כזו, או שישכמו לקיימה רק אם המחיר שיתבקשו לשלם יהיה נמוך. גם כאן מתעוררת בעיית ה־free rider, כאשר כל רוכש פוטנציאלי יעדיף לחכות לפרסום חופשי של היצירה ולא להיות זה שרוכש אותה תמורת תשלום. מעל לכל, הדרך החלופית של שימוש באמצעים חוזיים מאופיינת בחיי מדף קצרים מאוד. ללא הגנה קניינית, השימוש בדרך זו יהיה בלתי ישים כמעט לחלוטין החל ברגע שבו היצירה או הביטוי יפורסמו וייעשו לציבור הרחב. מסיבה זו, ספק אם ניתן לראות את השימוש באמצעים חוזיים כדרך חלופית מעשית לגבי מקרים שבהם הטובין המופשטים מיועדים להפצה רחבת היקף או ארוכת טווח⁵⁸.

שתי הדרכים החלופיות האמורות סובלות מכמה חסרונות נוספים. ראשית, מדובר בדרכים המעדיפות טובין מופשטים מסוגים שלגביהם ניתן יהיה לעשות שימוש באמצעים חוזיים או ביתרון הראשוניות. מסיבה זו, השימוש בדרכים אלה, שאינן ישימות לגבי מכלול הטובין המופשטים, עלול לגרום להקצאה לא יעילה של משאבים. הקצאת

56 ראו Landes & Posner, לעיל הערה 6, בעמ' 330–331. לדיון דומה בתחום הפטנטים ראו אצל לוינסון-זמיר, לעיל הערה 9, בעמ' 147–148.

57 ראו Landes & Posner, לעיל הערה 6, בעמ' 330–331.

58 מעבר לכך, הדרך של התניה ושימוש באמצעים חוזיים עשויה להיתפס ככעייתית באותם המקרים בהם היוצר עושה בה שימוש כדי להקנות לו זכויות מסוג ובהיקף אשר חורגים ממה שנדרש כדי להגן על הציפייה הסבירה שלו לרווח בגין המשאבים והמאמץ שהשקיע בהפקת היצירה המוגנת. באופן דומה לדברים האמורים בסעיף 2. לעיל, במצב דברים זה, המחיר החברתי, אשר כרוך בהגבלת הגישה ואפשרויות השימוש ביצירה המוגנת, אינו ניתן להצדקה על יסוד טיעון התמריץ או על יסוד האינטרסים הפרטיים הראויים להגנה של היוצר, ולפיכך קשה למצוא לו הצדקה עניינית מנקודת ראותה של הגישה התועלתית.

המשאבים לשוק היצירות והביטויים תיקבע לא רק על סמך מדד ענייני, המתייחס לערך חברתי של יצירות וביטויים ולדרגת הביקוש לגביהם, אלא גם על פי מידת ההתאמה של הטובין לשימוש בדרכים האמורות. חיסרון שני מתייחס לניגוד בין האמצעים שנוקטות דרכים אלה לבין תכלית זכות היוצרים כאמצעי לעידוד ההפצה והפרסום של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי. כאמור לעיל, תכלית זכות היוצרים אינה אך ורק לעודד את עצם מעשה היצירה, אלא גם לעודד את הפצתה ואת פרסומה. שתי הדרכים האמורות מחייבות את היוצר להסתיר את היצירה ולמנוע את פרסומה עד לרגע שבו ניתן יהיה להפיק ממנה את מרב הרווח הכספי. בהתחשב בכך שעם פרסום היצירה או הביטוי נחשף היוצר למעשי העתקה, כל פרסום מוקדם "מדי" של היצירה ימנע מהיוצר מיצוי מלא של פוטנציאל הרווח הכספי הטמון בה. נמצא, כי השימוש בדרכים אלה עלול לגרום להשהיית פרסום ביטויים או יצירות, גם אם טמון בפרסומם המידי ערך חברתי רב.

על רקע זה, ספק אם יש מקום לקבל את הביקורת הרואה באמצעים חוזיים וביתרון הראשוניות תחליף הולם לזכות היוצרים. במישור יותר כוללני ניתן לומר כי שתי הדרכים האמורות הן מעין אמצעי גידור הדרושים לשם הגנה על הטובין המופשטים. כמו כל אמצעי גידור גם השימוש בדרכים אלה כרוך בעלויות, וכפי שראינו, זה המצב גם במקרה הנדון. השימוש בדרכים אלה כרוך: בעלויות של משא ומתן ובעלויות אכיפה, בעלות החברתית הנובעת מהקצאה לא יעילה של משאבים לייצור טובין מופשטים מסוג מסוים בלבד, ובעלות החברתית הנובעת מהשהיית מועד הפרסום של הטובין המופשטים. אחת התכליות של זכות הקניין בכלל, ושל זכות היוצרים במקרה של טובין מופשטים בפרט, היא להנהיג משטר משפטי המייתר את הצורך לנקוט אמצעי גידור פרטיים על כל ההוצאות והעלויות הכרוכות בהם⁵⁹. גם מסיבה זו נראה כי אין לוותר על זכות היוצרים ולהסתפק באמצעי גידור פרטיים, פחות יעילים. טיעון מנגנון השוק, שיוצג מיד, מחזק אף הוא את העמדה כי התמריץ הכלכלי ליצירה ולהפצה של טובין מופשטים צריך להינתן בדרך של זכות רכושית ולא בדרכים אחרות.

4. טיעון מנגנון השוק

טיעון התמריץ מדגיש את בעיית הטובין הציבוריים ואת הצורך במתן תמריץ כלכלי להשקעה ביצירות וביטויים בעלי ערך חברתי. בצד טיעון התמריץ נשענת ההצדקה התועלתית להכרה בזכות יוצרים על טיעון נוסף, שניתן לכנותו "טיעון מנגנון השוק". טיעון זה מדגיש את היתרונות הנובעים ממהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית סחירה⁶⁰. במידה רבה מדובר ביישום הטיעון הכללי בדבר החשיבות של זכויות קנייניות,

59 ראו Croskery, לעיל הערה 9, בעמ' 649. ראו גם א' פרוקצ'יה, "הגנה חוקתית על קניין בראי התיאוריה הכלכלית", משפטים כח (תשנ"ז) 621, 644.

60 להצגת טיעון זה ראו Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 306-314; Goldstein, לעיל הערה 26; Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 41-42, 45.

ושל מנגנון השוק שבו הן נסחרות, להשגת יעילות חלוקתית⁶¹. טיעון מנגנון השוק גורס, בתמצית, כי משטר של זכויות קנייניות מאפשר שימוש והקצאה יעילים של משאבים. הטעם לכך נעוץ בשתיים מהתכונות המאפיינות את הזכות הקניינית: תכונת הבלעדיות (השליטה הבלעדית על המשאב ועל דרכי השימוש בו) ותכונת העבירות. תכונת הבלעדיות מעניקה לכל אדם שרכש זכות קניינית במשאב את הוודאות כי המשאב, לרבות הערך הכספי הטמון בו, יהיו נתונים לשליטתו הבלעדית. כתוצאה מוודאות זו, בעל הזכות הקניינית במשאב מסוגל להפנים את מלוא הערך הטמון בו. ההנחה היא כי לבעל זכות הקניין, שהוא הנהנה הבלעדי מהמשאב ומפרותיו, יש את התמריץ הטוב ביותר לשלוט באופן יעיל על אותו משאב – דהיינו: להשיא את התועלת שניתן להפיק מהנכס ומפרותיו, בין בדרך של שימוש עצמי ובין בדרך של מכירתו לאדם אחר. תכונת העבירות מאפשרת להעביר את המשאב נושא הזכות הקניינית מאדם אחד לאדם אחר, ובסופו של דבר – למי שמעריך אותו בערך הגבוה ביותר. כתוצאה מכך, מנגנון שוק החליפין – שבו נסחרות זכויות הקניין במשאבים – מאפשר לקבוע את ערכם של המשאבים השונים ולהקצות אותם לפעילויות שערכן החברתי הוא הגבוה ביותר⁶².

טיעון כללי זה בדבר החשיבות של זכויות קנייניות ושל מנגנון השוק, הותאם ונטען גם לגבי זכות היוצרים: תכליתה של זכות היוצרים אינה אך ורק להעניק תמריץ ליצירה, אלא גם להניח תשתית ליצירת מנגנון שוק לסחר בביטויים, ביצירות ובטובין מופשטים נוספים. זכות היוצרים הופכת אותם למשאבים סחירים, שניתן להעבירם מיד ליד. למנגנון השוק האמור יש כמה השלכות חיוביות: ראשית, הוא מאפשר לקבוע את ערכם של הטובין המופשטים השונים, ולנתב את ההשקעה בתחומי היצירה וההפצה של טובין מופשטים לשימושים המוערכים יותר מבחינה חברתית⁶³. באמצעות מנגנון השוק ניתן,

61 ראו Gordon, לעיל הערה 44, בעמ' 1393–1394. למעשה, גם טיעון התמריץ הוא במידה רבה מקרה פרטי של הטיעון הכללי, על-פי ללא וודאות ובטחון להנאה מתמשכת מנכסים, לפרט לא יהיה כל תמריץ להשקיע בהם. ראו לעניין זה י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג, כרך א) 22; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 83–84.

62 להצגה כללית של טיעון מנגנון השוק בהקשר של זכויות קניין; ולחשיבות ההכרה בזכויות קניין על-מנת להבטיח יעילות חלוקתית, מניעת החצנות, וניצול יעיל של משאבים ראו Cooter & Ulen, לעיל הערה 6, בעמ' 69–110; Harris, לעיל הערה 6, בעמ' 145–149; ויסמן, לעיל הערה 61, בעמ' 20–23; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 83–84; א' חביב-סגל "על מהותה של החברה המסחרית" עיוני משפט יס (תשנ"ד) 13, 24–27; פרוקצ'יה, לעיל הערה 59, בעמ' 644–647. ראו גם: R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston, 4th ed., 1992) 32–35; H. Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights," 57 *Am. Econ. Rev.* (1967) 347; Y. Barzel, *Economic Analysis of Property Rights* (1989); J. Waldron, *The Right to Private Property* (1988) 6–13; S.R. Munzer, *A Theory of Property* (1990) 191–226; L.C. Becker, *Property Rights* (1977) 67–74; C.R. Sunstein, "On Property and Constitutionalism," 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 907, 911–913.

63 ראו Goldstein, לעיל הערה 26, בעמ' 82; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 126.

לפחות במרבית המקרים⁶⁴, לאתר את היצירות והביטויים שיש להם ביקוש ושמוערכים מבחינה חברתית. שנית, מנגנון השוק מגדיל את הוודאות של היוצר – ושל שאר הגורמים המעורבים ביצירת ובהפצת הטובין המופשטים – כי ניתן יהיה לממש את הרווח הכספי הטמון בטובין המופשטים ולהחזיר את ההשקעה שהושקעה ביצירתם ובהפצתם. נמצא, אם כן, כי הפיכתם של הטובין המופשטים לנכסים סחירים (תכונת העבירות) מגדילה את הסיכויים למיצוי הערך הכספי הטמון בהם, ואילו מרכיב השליטה הבלעדית (תכונת הבלעדיות), המהווה חלק מזכות היוצרים כזכות קניינית, מקנה את הוודאות הדרושה כי ניתן יהיה למצות את הערך הכלכלי הטמון בטובין המופשטים על אף אפיונם כטובין ציבוריים⁶⁵. בנקודה זו חובר טיעון מנגנון השוק לתכלית העומדת ביסוד טיעון התמריץ. ההשפעות החיוביות האמורות של מנגנון השוק מפחיתות את הסיכון הכרוך בהשקעת משאבים בתחום הטובין המופשטים, וכתוצאה מכך גדל התמריץ להשקעת משאבים בתחום זה.

עד הלום התמקדנו ביישום הטיעונים המקובלים – בדבר חשיבות ההכרה במשטר של זכויות קניין ובתרומתן של זכויות אלה להגדלת הרווחה הכלכלית – על זכות היוצרים כזכות קניין. דומה, כי בכל הנוגע לטובין מופשטים דוגמת יצירות וביטויים, הצורך להלביש עליהם כסות של זכות קניינית מקבל משנה תוקף. בכל הנוגע לטובין מוחשיים די בממשות הפיזית של הטובין כדי להעניק להם, באופן טבעי, דרגה מסוימת של בלעדיות ועבירות. הממשות הפיזית של הטובין, כשלעצמה, מאפשרת להעבירם מיד ליד. כמו כן, עד דרגה מסוימת ובכפוף להשקעה באמצעי גידור, הממשות הפיזית של הטובין גם מבטיחה כי המחזיק בטובין המוחשיים הוא זה שישלוט על דרך ניצולם. הדבר שונה לגבי טובין מופשטים, שאין להם כל ממשות פיזית. במקרה של טובין מופשטים, הכרה בקיומה של זכות קניינית בטובין היא הכרחית כדי להקנות להם תכונות של בלעדיות ושל עבירות. רק כך ניתן להפוך את הטובין המופשטים למשאבים סחירים ולממש לגביהם את היתרונות הקיימים במנגנון שוק⁶⁶.

ניתן לראות, כי טיעון מנגנון השוק הוא טיעון רחב ומקיף יותר מטיעון התמריץ. על פי טיעון מנגנון השוק, ההכרה בזכות יוצרים מבוססת על צורך מוסדי ביצירה ובהפעלה תקינה של מנגנון שוק לסחר בטובין מופשטים. בהתאם לכך, נחיצותה של זכות היוצרים אינה מוכרעת אך ורק לפי תוצאת ההשוואה בין היקפו של התמריץ הישיר שזכות היוצרים מעניקה לבין המחיר החברתי הכרוך בה. מנקודת המבט של טיעון מנגנון השוק, הדרישה להכרה בזכות יוצרים היא גם דרישה מערכתית. במסגרת זו קיימת חשיבות כללית לשמירה על תכונותיה של זכות היוצרים כזכות קניינית סחירה בעלת חריגים

64 ישנם מקרים, אשר בהם קיים כשל שוק ומנגנון השוק אינו מפנים את מלוא הערך החברתי הטמון בטובין מופשטים. ראו את האמור בסעיף 5.5 להלן.

65 דראוס, לעיל הערה 6, בעמ' 129.

66 לסענה, כי ההכרה בזכות יוצרים מאפשרת הפיכה של משאבים מופשטים לנכסים סחירים, ראו שם, בעמ' 114.

מועטים ככל האפשר (משום שהם עלולים לפגוע בפעילותו התקינה של מנגנון השוק לסחר בטובין מופשטים)⁶⁷.

נמצא, כי על פי גישה זו, הדגש בקביעת היקפה של זכות היוצרים צריך להיות בקביעת זכות כללית, ברורה, עם מעט חריגים. כאמור, על פי טיעון מנגנון השוק, התמריץ לייצור טובין מופשטים מצוי לא רק בתמורה הכספית הישירה שתגיע לידיו של בעל זכות היוצרים, אלא גם במכלול הכלים השונים שמנגנון השוק מספק להשקעה יעילה בתחום זה. מסיבה זו, אל מול המחיר החברתי הכרוך בהגבלת אפשרות הגישה והשימוש ביצירות מוגנות, יש להציב לא רק את עצם התמריץ הכספי הישיר של בעל זכות היוצרים אלא גם את כל שאר היתרונות הנובעים ממהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית. במובן זה, טיעון מנגנון השוק מטיל ספק בנכונות של נוסחת האיוון שמציע טיעון התמריץ⁶⁸. לפיכך, ההכרה בזכות יוצרים עשויה להיות מוצדקת גם בהיקף הכולל מקרים ומצבים שבהם הדבר אינו נדרש במישרין כדי לספק תמריץ כספי לייצור טובין מופשטים. זאת, כל עוד ההכרה בזכות יוצרים נדרשת כדי לשמור על היתרונות השונים הנובעים ממהותה הקניינית, והיא אינה גובה מחיר חברתי בלתי סביר ביחס ליתרונות אלה.

5. גבולות טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק

טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק מניחים יסודות איתנים לקשר בין ההכרה בזכות יוצרים לבין הגדלת הרווחה הכלל-חברתית. עם זאת, בשלושה מישרים מרכזיים ראוי לקבוע גבולות לשימוש בטיעון התמריץ ובטיעון מנגנון השוק כאמות-מידה מנחות לקביעת היקפה ומעמדה המשפטי של זכות היוצרים.

המישור הראשון מתייחס למקרים שבהם יש כשלים בדרך הפעולה של מנגנון השוק. במקרים אלה, גם מנקודת מבט תועלתית, יש לקבוע חריגים למנגנון השוק ולמשטר זכויות הקניין המתחייב ממנו. בין היתר, מנגנון השוק מתקשה להתמודד עם הבעיות ועם הצרכים הבאים⁶⁹: הצורך להפנים תועלות כלל-חברתיות שאינן מקבלות ביטוי מלא

67 ראו Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 306, 310 ו-314. מסיבה זו, במסגרת טיעון מנגנון השוק ניתנת העדפה למשטר של כללי רכוש על-פני משטר של כללי אחריות.

68 ראו את האמור בסעיף ב.2 לעיל. כאמור שם, נוסחה זו מבקשת למצוא את נקודת שיווי המשקל בין התמריץ, אשר זכות היוצרים מעניקה, לבין המחיר החברתי, אשר נובע מהגבלת הגישה ואפשרות השימוש ביצירות מוגנות על-ידי זכות יוצרים.

69 סוג נוסף של כשלים מתייחס לפער בין התנהגותם האמיתית של הפרטים, אשר פועלים בשוק הסובין המופשטים, לבין הנחות המוצא של טיעון מנגנון השוק, בדבר התנהגותם של פרטים אלה. כך, לדוגמא, "אפקס והענקת" גורם לפרטים להעריך נכסים, אשר מצויים ברשותם, במחיר גבוה מנכסיהם, אשר הם מעוניינים לרכוש. ואילו, השימוש בבכחן הנכונות לשלם גורם להטיה של טיעון מנגנון השוק לסובת בעלי הממון. ראו לעניין זה Boyle, לעיל הערה 9, בעמ' 45; Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 545. ראו גם T.F. Cotter, "Pragmatism, Economics, and the Droit Moral,"

כחלק מהתועלת העצמית של הפרטים הפועלים בשוק הטובין המופשטים; עלויות עסקה גבוהות, המונעות ביצוע עסקאות בשוק החופשי⁷⁰; ריכוזיות וחוסר שוויון, הפוגעים בתחרות החופשית בשוק⁷¹; ושימוש לרעה בזכויות קניין, הפוגע בתחרות החופשית ובהגדלת הרווחה הכלכלית⁷². דיון מפורט בכל אחד מהכשלים האמורים חורג מנושא המאמר. אנו נסתפק באמירה הכללית, כי כל משטר של זכויות יוצרים המבוסס על הגישה התועלתית חייב לתת מענה גם לכשלים שיוצר מנגנון השוק או שעמם הוא אינו מסוגל להתמודד. במובן זה, גבולות ההכרה בזכות יוצרים מכוח טיעון מנגנון השוק, הם כגבולות יכולתו של טיעון מנגנון השוק להשיג את תכלית עידוד היצירה וההפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. בכל המקרים שבהם מנגנון השוק פוגע בתכלית זו, יהיה מקום לשקול חריגים למשטר של זכויות יוצרים⁷³.

המישור השני מתייחס לקשיים המעשיים הכרוכים בעיצוב כללים משפטיים המבוססים על שיקולים תועלתיים. בהקשר זה, מעבר לעצם ההצדקה הבסיסית להכרה בזכות יוצרים, טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק מתקשים לספק מדדים מדויקים בכל הנוגע להיקף הראוי של זכות היוצרים⁷⁴. לפיכך נראה, כי עיקר תרומתם של טיעון תמריץ ושל טיעון מנגנון השוק אינה בהקניית כלים מעשיים לקביעת היקפה המדויק של זכות היוצרים: תרומתם היא כללית יותר, והיא מסתכמת בהארת כמה הדגשים שראוי לשים לב אליהם במסגרת עיצוב זכות היוצרים וקביעת מעמדה המשפטית⁷⁵. ההדגשים הנובעים מטיעון התמריץ ומטיעון מנגנון השוק הם התכלית החברתית של זכות היוצרים, המחיר החברתי הכרוך בה, וחשיבות ההגנה על התמריץ ליצירת טובין מופשטים דווקא בדרך של הכרה בזכות קניינית. כמו כן, טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק מסייעים להבין את דרך הפעולה של שוק הטובין המופשטים. טיעונים אלה מבהירים את תרומתם הרבה של גורמי ביניים שונים – דוגמת מוציאים לאור, מפיקים ורשתות שידור – ליצירה

70. *N.C. L. Rev.* (1997) 1, 79-84. להצגת "אפקט ההענקה" ראו גם פרוקצ'ה, לעיל הערה 59.

בעמ' 651. וכן: C.R. Sunstein, "Legal Interference with Private Preferences," 53 *Univ. of Chicago L. Rev.* (1986) 1129, 1150-1152.

71. דראוס, לעיל הערה 6, בעמ' 125.

72. דראוס, לעיל הערה 9, בעמ' 45; דראוס, לעיל הערה 6, בעמ' 125.

73. דראוס, שם, בעמ' 131 ו-134.

74. לעניין דומה, לגבי זכויות קניין בכלל, ראו R.A. Epstein, "Property and Necessity," 13 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* (1990) 2, 7.

75. ראו לעניין זה Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 542-546, אשר דן בנקודה זו לגבי טיעון התמריץ. Yen מציינ, כי בעיות של חוסר מידע, ולחילופין, העלות הכרוכה בהשגתו, מסכלות את האפשרות המעשית לקבוע את היקף זכות היוצרים בהתבסס על כללים תועלתיים. נימוק נוסף, אשר מקשה על יישום בפועל של כללים תועלתיים, נובע מתנודות מחיר השוק של יצירות מוגנות. תנודות המחיר מקשות על עיצוב כלל, אשר מורה על היקף קבוע של זכות היוצרים בהתבסס על טיעון התמריץ. ראו גם W.W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine," 101 *Harv. L. Rev.* (1988) 1661, 1718.

76. דראוס, לעיל הערה 74, בעמ' 1719.

ולהפצה של טובין מופשטים. מכאן גם נובעת המסקנה כי עיצוב היקפה של זכות היוצרים צריך להתבצע מתוך הכרת הצרכים ודרכי הפעולה של גורמים אלה. זאת, להבדיל מנקודת ראות צרה המתייחסת אך ורק לתמריץ שיש להעניק ליוצר עצמו. המישור השלישי מתייחס לביקורת הכללית כנגד תפיסות תועלתיות – דוגמת טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק – המבקשות לבסס כללים משפטיים על שיקולים של יעילות כלכלית⁷⁶. בתמצית רבה ניתן לומר, כי הביקורת נגד גישות תועלתיות מתרכזת בנקודות הבאות: התמקדות הגישה הכלכלית בהשאת הרווחה הכלכלית-חברתית כרוכה בהתעלמות ממעמדו של כל אדם פרטי כיצור אוטונומי בעל רצון וערך עצמי ומזכויותיו בתור שכזה; התעלמות ממעמדו של זכויות יסוד וערכים נוספים זולת השאת הרווחה הכלכלית-חברתית; התעלמות משיקולים של צדק חלוקתי ושוויון; וחוסר יכולת ממשית להתמודד עם הכרעות שאינן יכולות להתקבל על יסוד שימוש במדדים כמותיים וכספיים. לענייננו, ביקורת כללית זו עוזרת להבהיר את גבולות טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק כאמות-המידה לקביעת היקפה ומעמדה המשפטי של זכות היוצרים. שני טיעונים

76 לביקורת על הגישה התועלתית ועל הגישה הכלכלית למשפט ראו Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 13-12; Cotter, לעיל הערה 69, בעמ' 84-79; Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 546-539; Fisher, לעיל הערה 74, בעמ' 1696 ו-1698; ע' ולצברגר, "על הפן הגורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט", משפטים כב (תשנ"ג) 261, 280 ואילך; א' זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 114-115; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 80-82. ראו גם: L.H. Tribe, "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency," 98 Harv. L. Rev. (1985) 592, 602, 606, 620; R.M. Dworkin, "Is Wealth a Value?," 9 J. Legal Studies (1980) 191; A.T. Kronman, "Wealth Maximization as a Normative Principle," 9 J. Legal Studies (1980) 227; A. Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism," 60 Va. L. Rev. (1974) 451; C.G. Veljanovski, *The New Law-and-Economics* (1982) 39-44; C.E. Baker, "Starting Points in Economic Analysis of Law," 8 Hofstra L. Rev. (1980) 939; G. Calabresi, "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin," 8 Hofstra L. Rev. (1980) 553; R. Dworkin, "Why Efficiency?," 8 Hofstra L. Rev. (1980) 563; D. Kennedy, "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique," 33 Stan. L. Rev. (1981) 387; C. Fried, "Rights and the Common Law," in *Utility and Rights* (R.G. Frey ed., 1985) 215. גם בית המשפט העליון בישראל נקט בגישה המסתייגת מ"גישה סהרנית כלכלית" תוך שהוא מדגיש, כי "גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חזות הכל", כאשר ישנם ערכים מוסריים אחרים, דוגמת צדק מתקן וקיום הבטחות אשר יש לתת להם משקל ולעתים גם להעדיף אותם על פני שיקולים כלכליים (ראו ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ (טרם פורסם), פסקה 23 לפסק דינו של השופט אנגלרד. ראו גם ד"נ 20/82 אדרס המרי בגין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, 237, 278; ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 77-78. לדיון ביקורתי בגישתו של פסק הדין בפרשת אדרס כאשר למעמדו של שיקולי יעילות במסגרת הכרעות שיפוטיות ראו ח' דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601, 605-618.

אלה מבוססים על תכלית אחת ויחידה: השאת הרווחה הכלל-חברתית⁷⁷. לפיכך, לגבי כל שיטת משפט הרואה ברווחה הכלל-חברתית אך ורק ערך אחד מבין שורה של ערכים ראויים להגנה ולקידום, טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק אינם אלא ראשית הדרך. היקפה ומעמדה של זכות היוצרים, כפי שהם מתחייבים מטיעונים אלה, יהיו חייבים לעבור כוד היתוך נוסף, אשר יתחשב בכל אותם ערכים נוספים ראויים. ערכים אלה – כגון ערכים דמוקרטיים ושיקולים המתייחסים לערך האוטונומיה של הפרט – אינם מופנמים, באופן טבעי, כחלק ממערך השיקולים של טיעון התמריץ ושל טיעון מנגנון השוק⁷⁸.

ג. תיאוריות המתייחסות לזכות היוצר בעבודתו

1. כללי

בצד הגישה התועלתית קיים סוג שני של תיאוריות המבססות את ההכרה בזכות יוצרים, והן עוסקות בזכות היוצר בעבודתו. על פי תיאוריות אלה, הבסיס להכרה בזכות יוצרים מצוי באינטרסים הפרטיים של היוצר – או בזכות הטבעית – שיש ליוצר בעבודתו. בניגוד לגישה התועלתית, תיאוריות אלה אינן רואות את זכותו של היוצר כתומך ביד האינטרס הציבורי, אלא כאינטרס פרטי הראוי להגנה כשלעצמו. לפיכך, על פי תיאוריות אלה, ההכרעה בדבר היקף זכות היוצרים מושפעת בראש ובראשונה ממעמד האינטרס הפרטי של היוצר. לעומת אינטרס זה, האינטרס החברתי במתן גישה ליצירות מוגנות ובהתרת השימוש בהן עשוי להיתפס כמרכיב חיצוני, המבקש למתן את זכותו של היוצר בעבודתו ואף עומד בניגוד לה⁷⁹. אם-כך, כפי שנראה להלן, גם תיאוריות

77 דברים אלה אינם מדויקים עד סופם. כאמור בהערה 4 לעיל, מנגנון שוק לסחר ביצירות, כביטויים ובטווח מופשטים נוספים תורם רבות גם לקידום שורה של ערכים דמוקרטיים, אשר ספק אם ניתן לראות בהם חלק מהמשמעות הרווחת של המונח "רווחה כלל חברתית". עם זאת, במשמעותם המקובלת בספרות המשפטית, טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק מתמקדים בהשאת הרווחה הכלל-חברתית ולא בקידום תכליות דמוקרטיות. ודאי לא בקידום זכויות דמוקרטיות, אשר מתמקדות בפרט ולא בתועלת מצרפית כלל-חברתית. מסיבה זו, נכון לסווג את טיעון התמריץ ואת טיעון מנגנון השוק כטיעונים, אשר מתמקדים בקידום הרווחה הכלל-חברתית.

78 ראו Netanel, לעיל הערה 6, בעמ' 310.

79 בעשור האחרון שורה של חוקרים ביקשו לקרוא תגר על הסענה, כי זכות היוצרים נוצרה על-מנת להגן על אינטרסים פרטיים של היוצר. לטענתם של חוקרים אלה, הלכה למעשה, מאז ימיה הראשונים, זכות היוצרים שימשה אמצעי להגנה על אינטרסים כלכליים של מוציאים לאור, יזמים למיניהם וגורמים כלכליים נוספים, אשר עסקו בשיווק ובמכירת יצירות ספרות (המדובר בעיקר במוכרי הספרים, ה"book sellers של המאה ה-18). הסענה היא, כי מושג הזכות הטבעית של היוצר בעבודתו שימש כר נוח ומשכנע על-מנת לקדם את האינטרסים הכלכליים של כל אותם גורמים, ולפיכך הם פעלו לביטולן של תיאוריות המצדיקות את זכותו הטבעית של היוצר

המתמקדות בזכות היוצר בעבודתו מכירות בחשיבות של האינטרס החברתי בהתרת גישה ליצירות מוגנות ושימוש בהן. חלקן של תיאוריות אלה אף כולל אמצעים ומנגנונים שונים, המגבילים את היקף זכותו של היוצר בעבודתו ואת תוכנה, וזאת כדי להבטיח שמירה על האינטרס הציבורי.⁸⁰

באופן גס ניתן לחלק את התיאוריות המתייחסות לזכות היוצר בעבודתו לשתי

בעבודתו. המחקרים השונים, אשר מתייחסים בעיקר לשיטת המשפט האנגלית, מראים כיצד, היסטורית, ביסוסה של הסענה בדבר זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו, כמו גם מושג ה"מחבר" (Authorship), היו תוצאה של שתדלנות וניהול הליכים משפטיים על-ידי כל אותם גורמים כלכליים ולא על-ידי היוצרים עצמם. מחקרים נוספים (ראו Edelman, להלן הערה 79) מראים, כיצד הגדרת המונח "יצירה מקורית", אשר ראויה להגנת זכות יוצרים, הושפעה בעיקר משיקולים מסחריים-כספיים, ולא משיקולים של רצון אמיתי להגן על היוצר. כך, לדוגמה, מלכתחילה, צילום ודגדר בפעולה טכנית של שעתוק המציאות, אשר איננה עולה כדי "יצירה מקורית". רק לאחר היווצרות האפשרות להפקת רווח כספי מסחרי מתחום הצילום החלו להכיר בו כ"יצירה מקורית", אשר ראויה להגנת זכות יוצרים. נראה, כי גם אם כל אותן סענות אכן נכונות היסטורית, עדיין, הן אינן מהוות נימוק הסולל את תקפות הסיעון בדבר הצורך להגן על האינטרסים הפרטיים של היוצר ועל זכותו הטבעית בעבודתו. כשלעצמה, העובדה, כי זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו שימשה כאמצעי לקידום אינטרסים כלכליים של גורמים אחרים, אינה שוללת את עצם תוקפה של ההצדקה להכרה בזכות יוצרים על-ידי אינטרסים פרטיים של היוצר, אם וככל שהצדקה זו אכן ראויה. זאת, בפרט, כאשר בהקשר זה האינטרסים של היוצר ושל כל יתר הגורמים, אשר עסקו ביצירה ובהפצה של יצירות וביטויים, היו אינטרסים משותפים ולא אינטרסים מנוגדים. מעבר לכך, הגם שלא זו הייתה כוונתם, המחקרים האמורים מחזקים, באופן אמפירי, את סיעון התמריץ ואת סיעון מנגנון השוק. התיאור, כיצד כוחות כלכליים מסחריים הם אלה אשר עמדו מאחורי המאבק להכרה בזכות יוצרים, רק מוכיח את התמריץ הכלכלי שזכות היוצרים מעניקה ואת תרומתה ליצירה ובעיקר להפצה של יצירות וביטויים. לעניינים אלה ראו Patterson & Lindberg, לעיל הערה 5, בעמ' 19-46; Jaszi, לעיל הערה 37, בעמ' 471 ו-500. ראו גם: K. Bowrey, "Who's Writing Copyright's History?," 18 *Euro. Intellectual Property Rev.* (1996) 322; M. Rose, *Authors and Owners – The Invention of Copyright* (1993); R. Chartier, "Figures of the Author," in *Of Authors and Origins*, supra note 4, at 7, 13; B. Edelman, *Ownership of the Image – Elements for a Marxist Theory of Law* (E. Kingdom trans., 1979); M. Woodmansee & P. Jaszi, "Introduction," in *The Construction of Authorship* (M. Woodmansee & P. Jaszi, ed., 1994) 1, 7; P. Jaszi, "On the Author effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity," in *ibid.* at 29, 31-34; T. Streeter, "Broadcast copyright and the Bureaucratization of Property," in *ibid.* at 303, 305-306; M.E. Price & M. Pollack, "The Author in copyright: Notes for The Literary Critic," in *ibid.* at 439, 440.

80 ראו Jaszi, לעיל הערה 37, בעמ' 457 ו-466; Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 521 ו-546-557. כמפורט בסעיף 2.ג(א) להלן, חלק מהגישות, אשר מבססות את זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו, דוגמת תיאורית העבודה, מודעות למתח בין האינטרס הפרטי של היוצר לבין אינטרס החברה בכללותה. לפיכך, הן כוללות בחובן מרכיבים מסוימים, אשר ממתנים את משקל מעמדה של הזכות הפרטית ומכפיפים היבטים מסוימים שלה למתחייב מהאינטרס הציבורי.

קטגוריות מרכזיות⁸¹. הקטגוריה הראשונה, שפותחה בעיקר במשפט האנגלו-אמריקני, מתרכזת בהגנת האינטרסים הכלכליים של היוצר⁸². הקטגוריה השנייה, המזוהה בעיקר עם שיטות משפט קונטיננטליות, מתמקדת בהגנה על זכויותיו האישיות של היוצר לאוטונומיה, למימוש עצמי, לשליטה על חייו ובמסגרת זו גם בהגנה על מה שנתפס כשיקוף של אישיותו הפנימית – היצירה⁸³. בניגוד לגישה התועלתית, שתי הקטגוריות האמורות מדגישות במובהק את מושג ה"מחבר" – ה-Authorship – כאחד היסודות להצדקת ההכרה בזכות יוצרים⁸⁴. ראינו, כי הגישה התועלתית נוקטת עמדה תכליתית שלפיה, מבחינה עקרונית, ניתן להכיר בזכות יוצרים לגבי כל סוג של טובין מופשטים

- 81 ראו D. Saunders, *Authorship and Copyright* (1992) 117.
- 82 בהקשר זה, ההגנה על האינטרסים הכלכליים של היוצר נעשתה בעיקר באמצעות תיאוריות, דוגמת תיאורית העבודה, אשר מכירות בזכותו הטבעית של היוצר ביצירה פרי עמלו. ההנמקה, אשר מבססת את ההכרה בזכות היוצרים על זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו, מלווה את דיני זכויות היוצרים במשפט האנגלו-אמריקאי עוד מראשיתם. פסק הדין המנחה בעניין זה במשפט האנגלי הוא פסק הדין בעניין *Miller v. Taylor*. שם בית המשפט הצדיק את ההכרה בזכות יוצרים, בין היתר, בנימוק, כי: "It is just, that an author should reap the pecuniary profits of his own ingenuity and labour.", 98 Eng. Rep. 201, 252 (1769). גם במשפט האמריקאי הנמקה, אשר רואה בזכות היוצרים ביטוי לזכותו הטבעית של היוצר בעבודתו, נשמעה מאז ראשית ימי ההכרה בזכות יוצרים. פסק הדין המנחה בעניין *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834). פסק הדין הקבוע בחוק בדרך של שימוש בעקרונות המשפט המקובל. עם זאת, פסק הדין אימץ את הקביעה העקרונית, לפיה זכות היוצרים היא ביטוי לזכותו הטבעית של היוצר בעבודתו. כעקרון, סענה בדבר זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו עשויה לחול גם על אינטרסים אישיים של היוצר בעבודה. עם זאת, בהקשר זה, הדגש במשפט האנגלו-אמריקאי וושם בעיקר על האינטרסים הכלכליים של היוצר, דהיינו, על זכותו של היוצר להפיק את הרווח הכספי הסמוך ביצירה פרי עמלו. ראו לעניינים אלה Yen, לעיל הערה 5; Patterson & Lindberg, לעיל הערה 5, בעמ' 11, ו-110; ראו Hadfield, לעיל הערה 5, בעמ' 10; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1227 ואילך. ראו גם P. Goldstein, *Copyright Highway* 11, 37, 39 (1994).
- 83 היו מי שביקשו לטעון, כי היסטורית גם מאחורי תחילת התפתחות התיאוריות הקונטיננטליות, אשר מתמקדות בזכויותיו האישיות של היוצר, עמדו שיקולים כלכליים גרידא. במקרה זה של היוצרים עצמם, אשר ביקשו לממש את הרווח הכספי הסמוך ביצירה. הסענה היא, כי היוצרים עשו זאת באמצעות פיתוח תיאורית האישיות, אשר, בשלב ראשון, גיבשה גם את זכויותיהם הכלכליות ביצירה. בדומה לאמור בהערה 79 לעיל, נראה, כי גם אם יש ממש באותן טענות היסטוריות בדבר הקשר בין התפתחות תיאורית האישיות לבין רצונם של היוצרים להבטיח את עתידם הכלכלי, עדיין, הדבר אינו גורע מאום מעצם תקפות תיאורית האישיות כשלעצמה, אם וככל שהיא מבוססת על נימוקים משכנעים. להצגת הטיעון, עלינו בראשית תיאורית האישיות התפתחה עקב רצונם של יוצרים להבטיח לעצמם את הרווח הכספי הסמוך ביצירתם, ראו M. Woodmansee "The Genius and Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'", 17 *Eighteenth Century Stud.* (1983-1984) 425.
- 84 לדיון במושג ה-Authorship ובקשר בינו לבין הנימוקים להצדקת ההכרה בזכות יוצרים ראו

בעלי ערך חברתי, ללא כל תלות מובנית בדרגת היצירתיות, ההשראה או הסגולה המיוחדת שמגולמים בטובין המופשטים. לעומת זאת, נקודת המוצא של תיאוריות המתייחסות לזכות היוצר בעבודתו היא רומנטית יותר. תיאוריות אלה רואות בזכות היוצרים מכשיר משפטי ייחודי להגנה על יצירות מקוריות, פרי עבודתם של יוצרים. הדגש בהקשר זה הוא על הזיקה הבלתי-אמצעית בין היוצר לבין עבודתו, ועל היצירה המוגנת כביטוי מסוים לעולמו הפנימי של היוצר. התוצאה מכך היא שהיקפה של זכות היוצרים אליבא תיאוריות אלה עלול להיות צר מהיקפה על פי הגישה התועלתית. דברים אלה נכונים בעיקר לגבי תיאוריית האישיות (שתוצג להלן, בפרק 3.2); והם עשויים להתגלות כפחות נכונים לגבי תיאוריות אחרות (דוגמת תיאוריית העבודה⁸⁵), העשויות להצדיק הכרה בזכות יוצרים גם לגבי טובין מופשטים נעדרי מרכיב של יצירתיות ושל מקוריות. ואכן, שיטות המשפט – דוגמת המשפט האנגלו-אמריקני – שהתמקדו בהגנה על האינטרסים הכלכליים של היוצר, הרחיבו מאוד את משמעות המושגים "מחבר" ו"יצירה מקורית". הן הרחיבו מושגים אלה עד לגבולות שביטאו הגנה על האינטרס של בעל זכות היוצרים לרווח כספי, ולא עוד תפיסה הרואה בזכות היוצרים מכשיר ייחודי להגנה על היצירה כביטוי לעולמו הפנימי של היוצר⁸⁶.

2. תיאוריית העבודה וטיעון הגמול (Desert)

(א) תיאוריית העבודה

הצדקה אחת לזכות היוצר בעבודתו מבוססת על זכותו הטבעית של היוצר לפרי עמלו – היצירה. יסודותיה העיוניים של טענה זו קשורים קשר הדוק לתיאוריית העבודה של John Locke⁸⁷, שהיא אחת התיאוריות המקובלות להצדקת ההכרה בזכות הקניין באופן

L.C. Becker, "Deserving to Own Intellectual Property," 68 *Chi-Kent L. Rev.* (1993) 609, 612-621.

85 לפירוש תיאוריית העבודה ראו סעיף 2.1(א) להלן.

86 ראו Yen, לעיל הערה 6, וכן: J.C. Ginsburg, "Creation and Commercial Value: Copyright: Protection of Works of Information," 90 *Colum. L. Rev.* (1990) 1865, 1870. לשינוי, אשר חל בהקשר זה בעמדת הדין האמריקאי, ראו הערה 19 לעיל וכן הערה 91 להלן. ובהקשר זה, אכן, נשאלת השאלה: האם לגבי התכליות הכלכליות של זכות היוצרים המושגים "מחבר" ו"דרישת המקוריות", במשמעותם הטבעית והמקובלת, יכולים לשמש קנה מידה מתאים לקביעת תוכנה של זכות היוצרים, היקפה וסוגי הנכסים, אשר עליהם היא חלה. אם מבקשים להחיל באופן דווקני את המשמעות המקובלת, אשר מתבקשת ממונחים אלה, כי אז מקרים רבים של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי יותרו ללא הגנת זכות יוצרים. במצב דברים זה, לצד וכתוצאה מהפגיעה באינטרס הציפייה לרווח כספי של היוצר, נפגע גם התמריץ ליצירתם של טובין מופשטים מאותו סוג.

87 ראו ג' לוק, המסכת השנייה – על הממשל המדיני (מהדורה שנייה, תרגם י' אור, תשי"ט) 21-39.

כללי⁸⁸. למרות ש-Locke עצמו כלל לא התייחס לקניין רוחני במסגרת כתביו, הדנים בתיאוריית העבודה⁸⁹, חוקרים רבים ראו את תיאוריית העבודה שלו כאחת ההצדקות המרכזיות לזכותו הקניינית של היוצר בעבודתו⁹⁰. גם בפסיקת בתי המשפט ניתן למצוא אמירות לא מעטות ברוח תיאוריית העבודה, המכירות ב"זכות היוצר לפרי עמלו" ורואות בנימוק זה את אחת ההצדקות המרכזיות להכרה בזכות יוצרים⁹¹.

88 לסקירה ולדין במעמד תיאוריית העבודה כאחד הצידוקים להכרה בזכות הקניין ראו Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 137-252; Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 32-56; Munzer, לעיל הערה 62, בעמ' 254-291; Harris, לעיל הערה 6, בעמ' 182-212; ויסמן, לעיל הערה 61, בעמ' 18-19; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 61-64. ראו גם: J.E. Penner, *The Idea of Property in Law* (1997) 187-201.

89 ראו Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 47; Bettig, לעיל הערה 37, בעמ' 20.
90 לסקירה ולדין במעמד תיאוריית העבודה כאחד הצידוקים להכרה בזכות יוצרים ראו Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 37 ואילך; Yen, לעיל הערה 5; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1234 ואילך; Hurt & Schuchman, לעיל הערה 6, בעמ' 422-423; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 41-72. ראו גם J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property," 77 *Georgetown L.J.* (1988) 287, 296-300; B. Friedman, "From Deontology to Dialogue: The Cultural Consequences of Copyright," 13 *Cardozo Arts & Entertainment L.J.* (1994) 157, 160-167; W.J. Gordon, "A Property Right in Self Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property," 102 *Yale L.J.* (1993) 1533, 1553.

91 ראו Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 527-538, אשר מביא לעניין זה דוגמאות מפסיקת בתי המשפט באנגליה ובארצות הברית. כעולה מסקירתו, תיאוריית העבודה שימשה את בתי המשפט הן על-מנת להצדיק את עצם ההכרה בזכות יוצרים והן לצורך פירוש חלק ממונחי היסוד של דיני זכויות יוצרים. כך, לדוגמא, במשך תקופה ארוכה דרישת המקוריות בדין האמריקאי פורשה בצמצום, מתוך מגמה להכיר בזכות יוצרים ככל מקרה, אשר לגביו ניתן היה להוכיח השקעת עבודה ומשאבים ביצירת סובין מופשטים. זאת, כמעט ללא שום קשר לדרגת היצירתיות, אשר היו בסובין. מגמה זו נהפכה בשנת 1991 עם מתן פסק הדין בפרשת *Feist* (לעיל הערה 8), אשר דחה את ביסוס ההכרה בזכות היוצרים על יסוד תיאוריית העבודה וקבע, כי תכלית ההכרה בזכות היוצרים היא לעודד יצירתיות. לפיכך, קבע פסק הדין, לא די בעצם השקעת עבודה כדי להצדיק הכרה בזכות יוצרים. גם בדין הישראלי שורה של פסקי דין נתנו ביטוי למעמדה של תיאוריית העבודה כאחת מההצדקות להכרה בזכות יוצרים. ראו לעניין זה ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 756 מול האות ד', 757 מול האותיות ו-ז; ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויסמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 מול האות ה'; ע"א 15/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד לו(2) 813, 822 מול האותיות ד-ה; ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד(1) 825, 829 מול האות ו'; ע"א 448/60 לב נ' המשביר המרכזי בע"מ, פ"ד טז(4) 2688, 2697 מול האותיות ב-ו'; הרפו נ' אחיטוב, לעיל הערה 4, 21 מול האות ו'; רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 267 מול האות ה'; ה"פ (ת"א) 931/92 Tele-Event Limited נ' ערוצי זהב ושות', פ"מ תשב"ד (2) 328, 337 מול האות ו'; קרן נ' שביט, לעיל הערה 4, 149 מול האות ז', 153 מול האותיות ב-ג; ת"א (ת"א) 1457/89 בוקשפן נ' גיב, פ"מ תשב"ג (2) 353, 359 מול האותיות ו-ז; ע"א (ת"א) 779/77 אקורם בע"מ נ' חברת אהרון ברמן, ארגמן בע"מ, פ"מ תש"ם (1) 441, 457

על פי תיאוריית העבודה, לכל אדם זכות טבעית בפרי עמלו. נקודת המוצא היא שלכל אדם זכות בעלות על גופו, זכות נגזרת לעבודת גוף, וכן חירות לעשות שימוש חופשי בנחלת הכלל שאינה בבעלות הזולת. מזכויות אלה גוזרת תיאוריית העבודה את זכות הבעלות שיש לכל אדם בתוצר עבודתו ואת אפשרות השימוש בנחלת הכלל. עם זאת, תיאוריית העבודה מציבה שתי מגבלות על ההיקף המותר של רכישת בעלות בנכסים. מגבלה אחת היא כי אין לגרום לבזבוז של נכסים⁹², והמגבלה האחרת היא כי ייותרו בנחלת הכלל די והותר נכסים לשימושו של הזולת⁹³. מגבלות אלה מלמדות, כי גם זכות טבעית מעמדה של זכות קניין איננו מוחלטת. תוכנה והיקפה מושפעים מצורכי הכלל ומהמחיר התברתי הכרוך בהכרה בה⁹⁴.

על רקע יסודות אלה של תיאוריית העבודה ניתן להבין – לפחות במישור האינטואיטיבי – מדוע תיאוריית העבודה שימשה כר נוח להצדקת ההכרה בזכות היוצרים. זכות היוצרים נתפסה כמקרה המובהק ביותר שבו ניתן להכיר בזכות קניין על יסוד תיאוריית העבודה⁹⁵. ראשית, עקב הזיקה הטבעית והישירה בין עבודת היוצר לבין הנכס המוגן על-ידי זכות היוצרים; ושנית, בשל ההנחה – שאינה מדויקת במלואה – כי הנכס נושא הגנת זכות היוצרים אינו נכס קיים, שנלקח מנחלת הכלל, אלא נכס חדש המתווסף לצובר הנכסים הקיים, בבחינת יש מאין, בשל עבודת היוצר⁹⁶.

הגם שתיאוריית העבודה מבססת את ההכרה בזכות היוצרים על זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו, קביעת תוכנה של זכות היוצרים והיקפה, על פי עקרונותיה של תיאוריה זו, מתייבים גם התחשבות באינטרס הציבורי ובמחיר התברתי הכרוך בהכרה בזכות היוצרים. כאמור, תיאוריית העבודה מציבה שתי מגבלות על ההיקף המותר של רכישת בעלות על נכסים: מגבלה אחת היא שאין לגרום לבזבוז של נכסים, והמגבלה השנייה

מול האותיות ה-ג. עם זאת, בעניין אינטרגל, לעיל הערה 4, 164-170, נראה, כי מגמת בית המשפט העליון הייתה לזנוח את תיאוריית העבודה, כבסיס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים, ולהתמקד במעמדו של סיעון התמריץ. בית המשפט קבע, כי תכלית זכות היוצרים היא לעודד יצירתיות ולא לשמש, באופן כללי, כגמול הולם בגין השקעת עבודה ביצירת טובין מופשטים. לפיכך, לא די בעצם השקעת עבודה כדי להצדיק הכרה בזכות יוצרים. בכך, הלך בית המשפט אחר מגמת בית המשפט העליון בארצות הברית, כפי שזו באה לידי ביטוי בפרשת *Feist* (לעיל הערה 8, בעמ' 169). ראו לעניין זה גם מ' דויטש, קניין (תשנ"ו) א, 79.

92 לדיון במגבלה זו ראו Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 161 ו-208.

93 לדיון במגבלה זו ראו Waldron, סם, בעמ' 139 ו-209 ואילך.

94 ראו Friedman, לעיל הערה 90, בעמ' 163-165, 167-166, Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 8, 41, 49.

95 ראו Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 300; Becker, לעיל הערה 84, בעמ' 610; ויסמן, לעיל הערה 61, בעמ' 19.

96 ראו Hurt & Schuchman, לעיל הערה 6, בעמ' 422; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1235. הנחה זו רחוקה מלהיות מדויקת עד סופה. במקרים רבים יוצרים עושים שימוש בתומרים קיימים, אשר בלעדיהם יצירתם כלל לא הייתה באה לעולם. ראו לעניין זה את האמור בסעיף 2.2 לעיל.

היא כי בנחלת הכלל ייוותרו די והותר נכסים לשימוש על ידי הזולת. היו כותבים⁹⁷ שראו במגבלות אלה ביטוי לאיזון הראוי שמשיגה תיאוריית העבודה בין זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו לבין האינטרס הציבורי בגישה לא מוגבלת לטובין מופשטים ובאפשרות שימוש חופשית בהם. הדרישה להותיר בנחלת הכלל "די והותר נכסים לשימוש על ידי הזולת" פורשה, בהקשר זה, כדרישה המחייבת שמירה על קיומו של מאגר נכסים מופשטים חופשיים לשימוש משותף של החברה כולה. המאגר יהווה בסיס להמשך יצירה ויבטיח את זכותם השווה של כל יתר הפרטים, וזאת בעל זכות היוצרים, לעשות שימוש במשאבים הרוחניים של החברה⁹⁸.

בפועל נראה, כי עיקר תרומתן של שתי המגבלות האמורות הוא במישור הרעיוני, כלומר: גם גישה המבססת את ההכרה בזכות יוצרים על זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו מחייבת התחשבות באינטרס הציבורי ובאינטרסים של פרטים אחרים. מעבר לכך, הדרישה להותיר בנחלת הכלל "די והותר נכסים לשימוש על ידי הזולת" היא דרישה כללית ועמומה, שאיננה כוללת כל אמת-מידה מעשית לקביעת היקפה ותוכנה של זכות היוצרים. במובן מסוים, דרישה זו אינה שונה מאותן נוסחאות כלליות ועמומות המאפיינות את הגישה התועלתית. זאת, למעט בנקודה מרכזית אחת: ראינו, כי הגישה התועלתית נוקטת מבחנים מצרפיים של תועלת ועלות כלל-חברתיים. לעומתה, הדרישה להותיר בנחלת הכלל "די והותר נכסים לשימוש על ידי הזולת" ניתנת לפירוש כדרישה המבקשת לשמור על זכותו השווה של כל פרט, באשר הוא פרט, ליצור ולעשות שימוש במאגר הנכסים המופשטים של החברה⁹⁹. על פי פירוש זה, האיזון בין זכותו הטבעית של היוצר בעבודתו לבין זכותם של פרטים אחרים לעשות שימוש ביצירה המוגנת נעשה תוך התחשבות במעמדו של כל פרט כאדם אוטונומי שווה זכויות, ולא על פי תכלית של השאת תועלת כלל-חברתית.

(ב) טיעון הגמול (Desert)

טיעון נוסף להצדקת זכות היוצר בעבודתו, הקשור בתיאוריית העבודה, הוא טיעון הגמול (Desert). כאמור, תיאוריית העבודה של Locke גזרה את הזכות הקניינית בפירות

97 ראו Gordon, לעיל הערה 90; Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 546-557; Friedman, לעיל הערה 90, בעמ' 160-167; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 49, 54-55 ו-60.

98 ראו Gordon, לעיל הערה 90, בעמ' 1562-1564. ראו גם Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 546-553, אשר רואה בדרישת המקוריות ובאבחנה בין רעיון לבין ביטוי מגנונים, אשר מיישמים, לגבי המקרה הפרטי של זכות היוצרים, את הדרישה להותיר בנחלת הכלל "די והותר נכסים לשימוש על-ידי הזולת". לעמדה דומה ראו גם Gordon, לעיל הערה 90, בעמ' 1572.

99 ראו Gordon, שם, בעמ' 1568 ו-1572, אשר סבורה, כי יישום הדרישה להותיר בנחלת הכלל "די והותר נכסים לשימוש על-ידי הזולת", על המקרה של זכות היוצרים, צריך להיעשות על-פי מבחן מהותי. המבחן המוצע על-ידה הוא מבחן, אשר בוחן את דרגת הפגיעה בזכותו השווה של כל פרט ליצור אגב עשיית שימוש במשאביה הרוחניים של החברה. כל זאת, להבדיל ממבחן כמותי מצרפי, אשר בוחן את דרגת הפגיעה, ולחילופין את דרגת התועלת, מנקודת ראות כלל-חברתית.

העבודה מזכותו של כל אדם לבעלות על גופו ומהזכות לעשות שימוש בנחלת הכלל. על ההיסק, שלפיו זכות הבעלות של כל אדם על גופו מלמדת על זכותו להיות הבעלים של פירות עבודתו בנחלת הכלל, נמתחה ביקורת. נטען, כי היסק זה הוא בלתי מבוסס ובלתי מנומק. מדוע, שאלו המבקרים, יש ללמוד מזכות הבעלות של אדם על גופו כי כל אדם זכאי גם להיות הבעלים של פירות עבודתו בנחלת הכלל¹⁰⁰? ביקורת זו על תיאוריית העבודה היא, במידה רבה, ביטוי לשאלה כללית יותר: מהי התשתית העיונית המונחת ביסוד תיאוריית העבודה? כיצד ניתן להצדיק, מבחינה ערכית, את זכותו הקניינית של אדם בפרי עמלו¹⁰¹?

נהוג לבסס את תיאוריית העבודה על שני נימוקים מרכזיים¹⁰². הנימוק הראשון הוא נימוק תועלתני, התופף, במידה רבה, לחלקים ניכרים מההצדקה התועלתנית של זכות הקניין¹⁰³. הצדקה זו נדונה לעיל בפרק ב, והדברים האמורים שם תקפים גם לגבי הנימוק התועלתני של תיאוריית העבודה. הנימוק השני מבסס את תיאוריית העבודה על טיעון של גמול (Desert)¹⁰⁴. על פי נימוק זה, זכותו הקניינית של אדם בפירות עבודתו מהווה גמול עבור הערך המוסף הנובע מביצוע העבודה. ההצדקה לגמול כאמור מצויה בשילוב בין אותו ערך מוסף לבין חוסר הנוחות והמאמץ הכרוכים בביצוע העבודה¹⁰⁵. טיעון הגמול אכן מצליח לבסס – ובצורה טובה יותר משעושה זאת תיאוריית העבודה המקורית – את הקשר בין עבודתו של אדם לבין זכותו הקניינית בתוצר עבודתו. ואכן נראה, כי יהיה קשה לבסס את זכות הקניין על תיאוריית העבודה מבלי לשכלל אותה על ידי שימוש בטיעון הגמול¹⁰⁶. עם זאת, במישור המושגי, הנחות המוצא של טיעון הגמול מגבילות את היקף הזכות הקניינית שניתן להצדיק באמצעותו. מהנחות מוצא אלה, משתמע, כי חייבת להיות דרגה מסוימת של יחסיות בין ערכה של הזכות הקניינית המוענקת בגין העבודה, לבין הערך המוסף הטמון בתוצר העבודה¹⁰⁷. לא ניתן לבסס על יסוד טיעון

- 100 ראו Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 40; Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 184–191.
 101 ראו Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1235 ואילך.
 102 ראו Gordon, לעיל הערה 90, בעמ' 1544; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1235 ואילך; Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 127.
 103 ראו Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1236. ראו גם Munzer, לעיל הערה 62, בעמ' 365 ו-Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 204, אשר כורכים בין הנימוק התועלתני לבין טיעון הגמול, אשר נפרט להלן. לעניין זה ראו גם את האמור בפרק ד להלן.
 104 ראו Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 43–55; Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 201–205; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 40–43.
 105 ראו Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 204; Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 49–52.
 106 זוהי לפחות דעתם של חלק מהחוקרים המרכזיים, אשר עסקו בתיאוריות המצדיקות את ההכרה בזכות הקניין. ראו Becker, שם, בעמ' 43–56; Munzer, לעיל הערה 62, בעמ' 266–291. ראו גם Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 201–207.
 107 ראו Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 52–54; Munzer, לעיל הערה 62, בעמ' 284. לגבי המקרה הפרטי של זכות היוצרים ראו Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 41–43.

הגמול הכרה בזכות קניינית שערכה אינו עומד ביחס ישר לערך המוסף הטמון בתוצר העבודה. מעבר לכך, חשוב לשים לב להבדל משמעותי נוסף בין טיעון הגמול לבין תיאוריית העבודה המקורית: על פי תיאוריית העבודה המקורית, הזכות הקניינית בתוצר העבודה מוענקת לאדם בשל היותו מי שעבודתו הפיקה את אותו התוצר. להבדיל, על פי טיעון הגמול, הזכות הקניינית היא יותר בבחינת תמורה – גמול הולם עבור הערך המוסף הנובע מהעבודה. בהמשך לכך, היו ששאלו האם זכות קניינית היא אכן גמול מתאים למאמץ ולחוסר הנוחות הכרוכים בביצוע העבודה¹⁰⁸. שאלה זו היא מקור מרכזי לביקורת על השימוש בתיאוריית העבודה ובטיעון הגמול כבסיס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים. ביקורת אשר תידון להלן, בפרק ג.2(ג).

(ג) הביקורת על תיאוריית העבודה ועל טיעון הגמול

ביקורת לא מעטה נמתחה על השימוש בתיאוריית העבודה ובטיעון הגמול כבסיס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים. בחלקה הגדול חזרה ביקורת זו על הביקורת הכללית שהושמעה כנגד השימוש בטיעונים אלה להצדקת ההכרה בזכות הקניין. הטיעון המרכזי הוא, שעל פי טיעון הגמול אדם זכאי אך ורק לערך המוסף הנובע מעבודתו ולא לערך הנכס כולו, בעוד שזכות הקניין מעניקה לאדם זכות מלאה בנכס כולו, זכות שערכה עשוי לעלות על הערך המוסף הנובע מעבודתו של אותו אדם¹⁰⁹. עוד נטען, כי תיאוריית העבודה וטיעון הגמול אינם מספקים נימוק משכנע לכך שהגמול המגיע לאדם עבור הערך המוסף הנובע מעבודתו חייב להינתן דווקא בדרך של הכרה בזכות קניין¹¹⁰. ביקורת כללית זו יושמה גם על המקרה הפרטי של זכות היוצרים¹¹¹. נטען, כי ערכה של זכות היוצרים עולה במקרים רבים על הערך המוסף הנובע מעבודתו של היוצר, כלומר: על הגמול המגיע לו¹¹². במסגרת זו הודגשו שתי טענות: הטענה הראשונה הייתה כי ביטויים וטובין מופשטים נוספים הם מטבעם מוצרים חברתיים, שביסודם מונחת תרומה מצד גורמים רבים. מסיבה זו, כך נטען, אין זה מוצדק להעניק ליוצר זכות יוצרים, שבמהותה מגלמת את מלוא הערך הטמון בנכס, לרבות זה הנובע מתרומתם של גורמים נוספים וזלת היוצר¹¹³. טענה זו אינה מדויקת. במקרים רבים הנכס נושא זכות היוצרים הוא אכן בעל מאפיינים של מוצר חברתי, המבוסס על תרומה מצד גורמים רבים; אולם עם זאת יש לזכור, כי רובן של תרומות אלה ניתן במסגרת מנגנון השוק וכחלק

108 ראו Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 305; Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 50.

109 ראו Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 204–205; ויסמן, לעיל הערה 61, בעמ' 19.

110 ראו Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 48. אנו נדון בנקודה זו בהקשר הפרטני של זכות היוצרים בסעיף ג.2(ה) להלן.

111 ראו Breyer, לעיל הערה 16, בעמ' 285–289; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 37–39.

112 ראו Hettinger, שם, בעמ' 41–43.

113 ראו Hettinger, שם, בעמ' 38; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 51 ו-53. ראו גם Gordon, לעיל הערה 2, בעמ' 479–480.

ממנו. לפיכך, בדרך כלל, בין במישרין ובין בעקיפין, בעל זכות היוצרים נאלץ לרכוש את "תרומתם" של כל אותם גורמים נוספים ולשלם עבורה. מסיבה זו אין זה נכון לטעון כי העובדה שמדובר ב"מוצר חברתי" שוללת את זכאותו של בעל זכות היוצרים למלוא ערך השוק של הנכס. בדרך כלל רוכש בעל זכות היוצרים, תמורת תשלום, את מרבית התשומות, לרבות התשומות האנושיות, הדרושות ליצירת הנכס נושא זכות היוצרים. בדרך זו, בעל זכות היוצרים למעשה מפנים את מלוא הערך הטמון בנכס. יישום נכון של טיעון הגמול מחייב, אם כן, להכיר בגמול לא רק לגבי עצם עבודת היוצר, אלא גם לגבי העלות של מכלול התשומות השונות שנרכשו על ידו לשם ביצוע עבודתו. מסיבה זו, בדרך כלל, בעל זכות היוצרים זכאי למלוא ערך השוק של הנכס נושא הגנת זכות היוצרים.

חשוב להוסיף ולשים לב לכך, כי בהקשר זה, האופי המופשט של הטובין נושאי זכות היוצרים מאפשר לעצב את זכות הקניין בהיקף הכולל אך ורק את הערך המוסף הנובע מעבודת היוצר. ניתן וראוי שזכות היוצרים לא תחול על מרכיבים ביצירה המוגנת שמקורם בנחלת הכלל, כאלה שהיוצר עשה בהם שימוש תופשי ללא תשלום. כך, לדוגמא, בדרך כלל משתרעת זכות היוצרים אך ורק על המרכיבים המקוריים הכלולים בעבודת היוצר, ולא על מרכיבים קיימים בנחלת הכלל המשולבים ביצירה המוגנת. באופן דומה, כשם שמחברה של יצירה פלונית רשאי לעשות שימוש תופשי במרכיבים מסוימים מתוך יצירות קודמות, כך גם מחברים נוספים יוכלו לעשות שימוש תופשי במרכיבים דומים הכלולים ביצירתו. כך, לדוגמא, אם בכפוף להבחנה המקובלת בין רעיון לבין ביטוי, מחבר של יצירה מסוימת עשה שימוש תופשי ברעיונות מתוך יצירות קודמות, גם מחברים אחרים יוכלו לעשות שימוש תופשי ברעיונות שנכללו ביצירתו. במובן זה, הגם שנכון לומר כי חלק מהתשומות הכלולות ביצירה אינן תשומות שמחבר היצירה רכש ושילם עבורן, עדיין, באופן הדדי, המחבר לא יהיה זכאי לזכות קניינית – וכפועל יוצא מכך הוא גם לא יהיה זכאי לתשלום עבור תשומות דומות הכלולות ביצירתו שלו. פירוש הדבר הוא, כי ניתן וראוי לנסות לעצב את זכות היוצרים באופן המתיישב הן עם טיעון הגמול (שעל פיו היקף זכות היוצרים וערכה צריכים לעמוד ביתס ישר לערך המוסף הנובע מעבודתו של היוצר¹¹⁴) והן עם תפיסה של הדדיות ושל שוויון בין יוצרים בכל הנוגע לאפשרויות השימוש במרכיבים מסוימים מתוך יצירות קיימות. בר בבר, כאמור לעיל, עדיין ראוי שערכם של משאבים ושל תשומות שהיוצר רכש לצורך היצירה יהיה מרכיב הכלול בגמול המגיע לו.

הטענה השנייה שהועלתה כנגד השימוש בטיעון הגמול ובתיאוריית העבודה להצדקת ההכרה בזכות יוצרים היא טענה כללית יותר. על פיה, ערך השוק של המוצר – שאותו

114 ראו Yen, לעיל הערה 5, בעמ' 553–557. Yen מציין שורה של מרכיבים ביצירה המוגנת, אשר אינם זוכים להגנת זכות יוצרים דוגמת עובדות ומרכיבים לא מקוריים מעבודות קודמות. לדעתו, הדבר מלמד כיצד ניתן לעצב את זכות היוצרים בהיקף, אשר יקנה הגנת זכות יוצרים אך ורק לאותם מרכיבים של היצירה המוגנת המבטאים תרומה עצמאית משל היוצר עצמו.

מעניקה זכות היוצרים למעשה ליוצר – אינו מבטא את הערך הנובע מעצם עבודתו של היוצר. ערך השוק הוא ערך חברתי משותף, הנקבע על פי גורמים רבים כגון ביקוש, היצע, שווקים שהמדינה יוצרת וגורמים רבים אחרים, שכלל אינם קשורים לערך המוסף הישיר הנובע מעבודת היוצר. עבודת היוצר היא רק מרכיב אחד מני רבים האחראים לקביעת ערך השוק של המוצר. לפיכך, אין להעניק ליוצר זכות יוצרים המגלמת את מלוא ערך השוק של המוצר, אלא רק כזו המגלמת את הערך המוסף הישיר הנובע מעבודתו של היוצר¹¹⁵.

גם טענה זו אינה מדויקת. בניגוד למשתמע ממנה, בעל זכות היוצרים לא רק מפיק רווח מערך השוק של המוצר נושא זכות היוצרים: הוא גם כפוף לערך השוק של המוצר, ממש כשאר הגורמים האחרים הפועלים במשק. בעל זכות היוצרים רוכש את מכלול התשומות הדרושות לייצור הטובין המופשטים באמצעות מנגנון השוק ועל פי מחיר השוק שלהן. מעבר לכך, בעל זכות היוצרים כפוף לסיכון הכרוך בקבלת גמול לפי ערך השוק של המוצר נושא זכות היוצרים. לעתים עשוי ערך זה להיות נמוך ממחיר התשומות שרכש בעל זכות היוצרים כדי להפיק את היצירה המוגנת. למעשה, מתן גמול ליוצר באמצעות הקניית זכות יוצרים משלב את היוצר כחלק ממנגנון השוק כולו. בדרך זו, שיעור הגמול שהוא מקבל הופך להיות כפוף לאותה שיטת חישוב הנהוגה בכל יתר המגזרים – מנגנון קביעת המחירים של השוק החופשי. הערך המוסף הנובע מעבודת היוצר איננו עובדה פיסית. זהו מרכיב מופשט, המחייב קביעת אמות-מידה עקרוניות לכימות שיעורו. ייתכן כי ניתן לחלוק על עצם השיטה הכללית של שימוש במנגנון השוק החופשי כאמצעי לקביעת ערכם של משאבים, לרבות משאבי אנוש, אולם בהתחשב בהנחת המוצא – כי זוהי השיטה הכללית הנהוגה בחברה¹¹⁶ – כך יש לנהוג גם לגבי הגמול המגיע ליוצרים. בהקשר זה, זכות היוצרים אינה מעניקה ליוצר גמול בשיעור התורג מהמקובל עבור הערך המוסף הנובע מעבודת אדם.

סיכומי של דבר: בחברה המכירה במנגנון השוק כמנגנון הנוהג לקביעת ערכם של משאבים¹¹⁷, קשה לקבל את הטענה כי זכות היוצרים מעניקה ליוצר גמול בשיעור העולה על הערך המוסף הנובע מעבודתו. טענה זו הייתה אולי נכונה למציאות חברתית קדומה, שבה האדם השתמש בעיקר במשאבים השייכים לנחלת הכלל מבלי ששילם בעבורם. ספק אם טענה זו תקפה כיום, במצב שבו היוצר נאלץ לרכוש בשוק החופשי את מרבית התשומות המשמשות אותו בעבודתו. עם זאת, כפי שציינו, יישום נכון של טיעון הגמול

115 דראוס, לעיל הערה 6, בעמ' 52; Breyer, לעיל הערה 16, בעמ' 285; Hettinger, לעיל הערה 6, בעמ' 39–38; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1238; Lunney, לעיל הערה 6, בעמ' 579–572.

116 זוהי הנחת המוצא שלנו לצורך המאמר. דיון בשאלה, האם זהו אכן המנגנון הראוי לקביעת ערכם של משאבים, לרבות משאבים אנושיים, תורג ממסרת המאמר. אך ראו את האמור בסעיף ב.1 לעיל, לעניין הבעייתיות הכרוכה בכל אותן דרכים חלופיות, אשר הוצעו כאמצעי לגמול ליוצר עבור השקעתו ביצירת ביסויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים.

117 וכאמור, זוהי הנחת המוצא שלנו.

מורה כי אין להכיר בזכות יוצרים לגבי מרכיבים ביצירה המוגנת שמקורם בנחלת הכלל ושלא ניתנה תמורה עבור השימוש בהם¹¹⁸. מתן תוקף מחייב לזכות היוצרים לגבי מרכיבים אלה מבטא הכרה לא מוצדקת בזכות קניין, בהיקף העולה על הערך המוסף הנובע מעבודת היוצר. באופן דומה, ניתן וראוי לעצב את זכות היוצרים באופן המיישם גישה של הדדיות ושל שוויון בין מחברים ויוצרים נוספים בכל הנוגע לאפשרויות של שימוש חופשי במרכיבים מסוימים מתוך יצירות קיימות.

(ד) אינטרס הציפייה של היוצר ודיני עשיית עושר ולא במשפט

תיאוריית העבודה וסיעון הגמול מספקים אפוא טעם בסיסי לזכאותו של היוצר לגמול עבור הערך המוסף הנובע מעבודתו. כמפורט להלן בפרק 2.2(ה), יש גם נימוקים משכנעים בעד הענקת גמול זה דווקא בדרך של הקניית זכות קניינית – זכות היוצרים. עם זאת, תרומתם של תיאוריית העבודה וסיעון הגמול נפסקת בנקודה זו. כשלעצמם, תיאוריית העבודה וסיעון הגמול אינם מצליחים לספק אמות-מידה מנחות לקביעת היקפה ותוכנה של זכות היוצרים, באופן שיקנה ליוצר גמול התואם את הערך המוסף הנובע מעבודתו. נפרט:

ראינו, כי עקב מהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית, הלכה למעשה, הערך המוסף המבטא את הגמול המגיע ליוצר עבור עבודתו משתקף במחיר השוק של היצירה נושא זכות היוצרים. פירוש הדבר הוא, כי מנגנון השוק הוא שקובע את הערך המוסף הנובע מעבודת היוצר, כמו גם את הגמול המגיע לידיו. עם זאת, מנגנון השוק יכול לקבוע ערכים אלה אך ורק לגבי זכויות קניין מוכרות על פי דין הנסחרות בו. כשלעצמו, מנגנון השוק אינו זה שקובע מהן אותן זכויות, מה היקפן ומה תוכנן. ההכרעה בנושא זה היא היצוגית למנגנון השוק עצמו. במיוחד נכונים דברים אלה לגבי טובין מופשטים, נעדרים כל ממשות פיזית, שעצם האפשרות לסחור בהם נגזרת אך ורק מהיקפה ומתוכנה של זכות הקניין בהם, כפי שנקבעה בדין¹¹⁹. מסיבה זו, השימוש בסיעון הגמול כדי לקבוע את היקפה ואת תוכנה של זכות היוצרים (באופן שיקנה ליוצר גמול מתאים לערך המוסף הנובע מעבודתו) עשוי להוביל למעגל שוטה: על פי סיעון הגמול, היוצר זכאי לזכות קניינית בתוצר העבודה. זכות זו צריכה להיות בהיקף העומד ביחס ישר לערך המוסף הנובע מעבודתו של היוצר. אולם בפועל, כאמור לעיל, אותו ערך מוסף נקבע באמצעות מנגנון השוק – כלומר: בהתאם למחיר השוק של הזכות הקניינית שאת היקפה ואת תוכנה

118 כך, לדוגמה, מי שתרגם לעברית יצירה ספרותית זרה, אשר זכויות היוצרים בה פקעו עקב חלוף משך ההגנה הקבוע בחוק, זכאי אמנם לזכות יוצרים בעצם מעשה התרגום. יחד עם זאת, הוא אינו זכאי לזכות יוצרים בעצם סיפור העלילה של אותה יצירה ספרותית, שכן זו נלקחה על-ידו מנחלת הכלל חנם אין כסף. על רקע זה, דוברה, כי כל אדם יכול לעבד באופן חופשי את אותה יצירה ספרותית ליצירת מחול. זאת, גם אם הוא עושה זאת בהתבסס על קריאת התרגום לעברית של אותה היצירה.

119 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסעיף 4.2 לעיל.

הוא עצמו אמור לקבוע. זהו המעגל השוטה: בהתבסס על היקפה ועל תוכנה של זכות היוצרים, ערך השוק של זכות היוצרים הוא שקובע את שיעור הערך המוסף הנובע מעבודת היוצר. בה בעת, הערך המוסף הנובע מעבודת היוצר הוא שאמור לקבוע את היקפה ואת תוכנה של זכות היוצרים וגם את ערכה הכלכלי¹²⁰.

על רקע זה דומה, כי לא די באמידה כללית שלפיה היקפה ותוכנה של זכות היוצרים, אשר היוצר זכאי לה כגמול, ייקבעו על פי הערך המוסף הנובע מעבודתו. כדי לקבוע היקף ותוכן אלה, באופן שיהלום את הערך המוסף הנובע מעבודת היוצר, חייבים להשתמש באמת-מידה חיצונית למנגנון השוק שבו נסחרת זכות היוצרים. אמת-מידה זו צריכה לשקף את האינטרסים של היוצר בקבלת גמול הולם עבור עבודתו, שכן זוהי תכלית ההכרה בזכות היוצרים על פי טיעון הגמול. בהקשר זה ניתן להשתמש באמת-מידה, שלפיה היקף זכות היוצרים ותוכנה יעוצבו, בין היתר, בכפוף למתבקש על פי אינטרס הציפייה של היוצר. דהיינו: מתוך ניסיון לכסות את טווח המקרים שבהם ראוי להגן על ציפיית היוצר להפיק רווח כספי¹²¹. אמנם, ראוי לזכור, כי אינטרס הציפייה של

120 ראו לעניין דומה: F.P. Darr, "Testing an Economic Theory of Copyright: Historical Materials and Fair Use," 32 *B. Coll. L. Rev.* (1991) 1027, 1046.

121 במסגרת זו יהיה צורך, כמובן, לשקול ולהתחשב גם באינטרסים אחרים וזולת האינטרסים הכספיים של היוצר. כאמור בפתח הדברים, במאמר זה, אנו עוסקים אך ורק במעמד האינטרסים של היוצר ולא בתוצאת האיזון בין אינטרסים אלה לבין אינטרסים אחרים. לשימוש במבחן הציפייה כמבחן המתאים להגנה על האינטרסים הכספיים של היוצר ראו Seltzer, לעיל הערה 7, בעמ' 29-36, Fisher; לעיל הערה 74, בעמ' 1732. ראו גם W.J. Gordon "On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse" 78 *Virg. L.R.* (1992) 149, 189. Seltzer, אשר מפתח את הרעיון, על-פי היקף ותוכן זכות היוצרים אמורים, בין היתר, למלא את הצפייה הסבירה של היוצר להפיק רווח כספי מהיצירה המוגנת, עושה זאת בהתייחס להגנת השימוש ההוגן. עם זאת, דבריו לעניין אינטרס הציפייה של היוצר הם למעשה מסגרת כללית, אשר לתוכה הוא יוצק את הצעותיו בעניין הגנת השימוש ההוגן. מסיבה זו, נראו כי הדברים האמורים בספרו תקפים לא רק לצורך דיון בהגנת השימוש ההוגן, אלא גם במסגרת דיון כללי לגבי היקפה הראוי של זכות היוצרים. לדיון כללי בקשר בין אינטרס הציפייה לבין ההכרה בזכות הקניין, ראו F.I. Michelman "Liberties, Fair Values, and Constitutional Method" 59 *Univ. of Chicago L. Rev.* (1992) 91, 100. Munzer, לעיל הערה 62, בעמ' 28-30, 79 ו-183. Munzer עומד על כך, שאחד התפקידים המרכזיים של זכות הקניין הוא להנהיג משטר משפטי, המאפשר קיומן של ציפיות לגבי אירועים עתידיים. זכות הקניין יוצרת יציבות וודאות, אשר מאפשרים קיומן של ציפיות ובהמשך לכך השקעת משאבים לגבי אירועים עתידיים. לעניין זה ראו גם Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 196-198. Waldron מעלה את האפשרות, כי תכלית ההכרה בזכות הקניין היא כיבוד הציפיות המוצדקות של בני אדם. הוא פוסל את האפשרות האמורה בנימוק, כי היא מניחה את המבוקש. לסענתו, הציפייה היא להטבות, אשר נובעות מזכות הקניין עצמה, ולפיכך לא ניתן להצדיק את עצם ההכרה בזכות הקניין על יסוד אותה ציפייה. נראה, כי Waldron צודק בטענתו, לפיה זכות הקניין משפיעה על תוכן הציפיות של בני אדם. עם זאת, דומה, כי הוא מרחיק לכת בקביעה, לפיה זוהי מערכת יחסים חד-סטרית, אשר במסגרתה זכות

היוצר הוא רק צדו האחד של המטבע. היקפה ותוכנה של זכות היוצרים חייבים, כמובן, להיקבע גם בכפוף למתחייב ממעמדם של ערכים ואינטרסים נוספים על אלה של היוצר. אולם, בכל הנוגע לנושא הדיון הנוכחי – השימוש בזכות היוצרים כאמצעי להגנה על האינטרסים הכספיים של היוצר – נראה כי מבחן אינטרס הציפייה מסייע לקבוע את ההיקף והתוכן של זכות היוצרים בהתאם לגמול המגיע ליצרן עקב המאמץ וחוסר הגנות הכרוכים בעבודת היצירה¹²².

נותנת השאלה, מה צריך להיחשב כאינטרס ציפייה ראוי להגנה של בעל זכות היוצרים? בהכללה יהיה זה נכון לומר, כי מאחר שהציפייה היא לרווח כספי, הרי שלכאורה אינטרס הציפייה של בעל זכות היוצרים צריך להתפרס על פני מה שניתן לכנות בהכללה כ"שוק הפוטנציאלי של החומר המוגן על ידי זכות היוצרים", כלומר: דרכי השימוש והניצול של החומר המוגן, שבגינם מצפה היוצר לתמורה כספית¹²³. עוד

הקניין קובעת את הציפייה, אך לא הדיפך. בהקשר זה, מתקיימת, כפי הנראה, מערכת של הזנה הדדית. במסגרת מערכת זו, מחד גיסא, זכות הקניין משפיעה על תוכן הציפייה של בני אדם, ומאידך גיסא, הציפייה הטבעית של בני אדם משפיעה על היקפה ועל תוכנה של זכות הקניין. ראו לעניין דומה ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח, כרך א) 129–130.

לעניין הקשר בין ציפייה לבין תפקידן של זכויות קניין ראו גם את האמור בסעיף 4.4 לעיל. ראו לעניין דומה Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 52–53. למותר לציין, כי מבחן אינטרס הציפייה של היוצר קשור הדוק גם לשיקולים התועלתיים, אשר מונחים ביסוד ההכרה בזכות יוצרים, ובייחוד לסייען התמריץ, שכן בפועל התמריץ ליצירה ולהפצה של טובין מופשטים נגזר במידה רבה מדרגת ההגנה על אינטרס הציפייה של היוצר ושל כל אותם גורמים נוספים המעורבים בתהליך ההפקה והיצירה של טובין מופשטים.

לקשר בין השוק הפוטנציאלי של חומר המוגן על-ידי זכות יוצרים לבין מיצוי הרווח הכספי הסמון באותו חומר מוגן ראו Fisher, לעיל הערה 74, בעמ' 1699–1670.

הקושי הגדול, אשר סמוך בהצעה זו, נובע מכך שהיא סובלת מבעיה של העדר גבולות. אם מקבלים את ההצעה האמורה כפשוטה, כי אז כל שימוש בחומר מוגן על-ידי זכות יוצרים אמור להיכלל בשוק הפוטנציאלי של אותו חומר מוגן, וכפועל יוצא, גם במסגרת אינטרס הציפייה לרווח כספי של בעל זכות היוצרים. היו מי שניסו להציע הגדרה חלופית, לפיה יש לזהות את אינטרס הציפייה לרווח כספי של בעל זכות היוצרים עם כל אותם שימושים סבירים, אשר בעל זכות היוצרים עשוי להיות מעוניין בהם על-מנת להפיק רווח כספי מחומר המוגן על-ידי זכות יוצרים. ואולם, גם הגדרה זו אינה מקדמת אותנו רבות, שכן היא מותירה פתוחה את השאלה, מהם אותם "שימושים סבירים, אשר בעל זכות היוצרים עשוי להיות מעוניין בהם על-מנת להפיק רווח כספי", כאשר בכך, למעשה, חורנו אל נקודת המוצא ממנה התחלנו. ראו לעניין זה Fisher, שם, בעמ' 1671. ראו גם: W.F. Patry, *Copyright Law and Practice* (1994) 773–775; P. Goldstein, *Copyright* (1989) 236–237.

דיון מלא בבעיה האמורה חורג ממסגרת המאמר. בתמצית, נציין רק, כי אחד הפתרונות לבעיה זו עשוי להימצא במה שניתן לכנות כ"מרכיב השלילי של מבחן אינטרס הציפייה לרווח כספי". דהיינו, כל אותם מקרים, אשר בהם שימוש או ניצול של חומר מוגן על-ידי זכות יוצרים אינו צריך להיחשב כפגיעה באינטרס הציפייה לרווח כספי של בעל זכות היוצרים. על-פי הפתרון המוצע, כאשר קובעים את היקף ואת תוכן זכות היוצרים יש לצאת מהגדרה כללית של זכות

יש להדגיש, כי אם מבקשים לשמור על אופייה של זכות היוצרים כזכות קניינית סחירה¹²⁴, כי אז עיקר ההתחשבות באינטרס הציפייה של היוצר – כמו גם בכל יתר הגורמים המשפיעים על קביעת תוכנה והיקפה של הזכות – צריכה להיות על פי אמות-מידה כלליות, צופות פני עתיד, אשר ישקפו אינטרס ציפייה סביר ומקובל של יוצרים. יודגש, כי אין הכוונה לבדוק את אינטרס הציפייה הספציפי של כל יוצר: מצב כזה עלול לפגוע במהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית סחירה, ואפילו לרוקנה לגמרי מתוכן.

חיוזק נוסף למעמדם של אינטרס הציפייה ושל טיעון הגמול כבסיס להכרה בזכות היוצרים עשוי להימצא בעקרונות מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט. אחד העקרונות בתחום משפטי זה אוסר על אדם ליטול רווח שאדם אחר עמל להפקתו. היו שתיארו עיקרון זה כאיסור על אדם "לקצור במקום שלא זרע" (to reap where it has not sown)¹²⁵. עיקרון זה, המבוסס, בין היתר, על שיקולים של צדק מתקן¹²⁶, הוא בעל דמיון כללי לטיעון הגמול. בשני המקרים מדובר בהגנה על זכותו של אדם ליהנות מפרי עמלו. על רקע זה, היו שראו את העיקרון האמור – לאסור על אדם ליטול רווח שאדם אחר עמל להפקתו – כאחת מתכליות ההכרה בזכות היוצרים¹²⁷. במקביל, דיני עשיית

היוצרים, כזכות אשר אוסרת כל שימוש בנכס המוגן על-ידיה ללא הרשאת בעל זכות היוצרים. ואילו על נקודת מוצא זו יש להוסיף חריגים, אשר מבוססים על המרכיב השלילי של מבחן אינטרס הציפייה לרווח כספי של בעל זכות היוצרים – מקרים, אשר בהם שימוש בחומר המוגן על-ידי זכות היוצרים אינו צריך להיחשב כפגיעה באינטרס הציפייה לרווח כספי של בעל זכות היוצרים. פתרון זה אף עולה בקנה אחד עם ההכרה בחשיבות הרבה, אשר יש בשמירה על מהותה הקניינית של זכות היוצרים. דהיינו, מהותה כזכות כללית, עבירה, אשר מקנה שליטה בלעדית על דרכי השימוש והניצול של הנכס המוגן על-ידיה. מהות זו, אשר כאמור נדרשת על-מנת להפוך טובין מופשטים למשאב סחיר ולהפיק לגביהם את מכלול היתרונות הקיימים במנגנון השוק, למעשה, עומדת בסתירה לכל מגמה המבקשת להגדיר, על דרך של פירוש ממצה, מה נכלל בגדר אינטרס הציפייה לרווח כספי של בעל זכות היוצרים.

124 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסעיף ב.4 לעיל. ראו גם את הדברים האמורים בסעיף ג.2(ה) להלן.

125 ראו פרידמן, לעיל הערה 121, בעמ' 72-73. ראו עניין א.ש.י.ר, לעיל הערה 2, בעמ' 473.

126 ראו Gordon, לעיל הערה 121.

127 ראו פרידמן, לעיל הערה 121, בעמ' 130; Gordon, לעיל הערה 121; Gordon, לעיל הערה 44, בעמ' 1454-1456; Patterson & Lindberg, לעיל הערה 5, בעמ' 180; Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 306; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1230 ואילך; Patterson, לעיל הערה 11, בעמ' 1193-1196; גולדנברג, לעיל הערה 34, בעמ' 1221 ובהערה 171 שם. עוד לקשר בין דיני עשיית עושר ולא במשפט, לרבות התכליות אשר מונחות ביסודם, לבין תכלית ההכרה בזכות היוצרים, ראו: J. Coleman, "Intellectual Property and Corrective Justice," 78 Va. L. Rev. (1992) 283; E.W. Kitch, "Intellectual Property and the Common Law," 78 Va. L. Rev. (1992) 293; A. Epstein, "International News Service v. Associated Press: Custom and Law as

עושר ולא במשפט עצמם נתפסים, בין היתר, כמיועדים להגשים תכלית דומה לזו המונחת ביסוד ההכרה בזכות היוצרים – הגנה על הגמול המגיע ליוצר בגין עמלו. לכאורה, בניגוד לטיעון הגמול, דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם עוסקים בעצם ביסוס ההכרה בקיומם של זכות או של אינטרס מוגן אחר. תפקידם אמור להתמקד בהקניית סעד של השבה במצב שבו הופק רווח שלא כדין מזכות או מאינטרס מוגן המוכרים על פי דין. בהתאם לכך, ביסוס ההכרה בזכות או באינטרס המוגן אמורים להיות תיצוניים ומקדמיים לפועלם של דיני עשיית עושר ולא במשפט. על רקע זה היו שטענו כי העקרונות מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם יכולים לבסס הכרה בזכות יוצרים. על פי עמדה זו, תפקידם של דיני עשיית עושר ולא במשפט הוא, לכל היותר, לספק סעד כאשר זכות היוצרים הופרה ובנכס נושא זכות היוצרים נעשה שימוש שלא כדין לשם הפקת רווח¹²⁸. עם זאת, בפועל קיימים מקרים רבים שבהם ההתפתחות המשפטית היא כזו שבה הסעד מקדים את הזכות, ולמעשה אף מקים אותה¹²⁹. במסגרת זו, אותו עיקרון כללי מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט, שלפיו אין לקצור את אשר זרע הוזלזל ולהפיק רווח מפרי עמלו, השפיע על ההכרה בזכות היוצרים. עיקרון זה לא

Sources of Property Rights in News," 78 *Va. L. Rev.* (1992) 85; L.L. Weinreb, "Custom, Law, and Public Policy: The INS Case as an Example for Intellectual Property," 78 *Va. L. Rev.* (1992) 141; S.L. Carter, "Custom, Adjudication, and Petrushevsky's Watch: Some Notes from the Intellectual Property Front," 78 *Va. L. Rev.* (1992) 129; D.S. Karjala, "Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm," 94 *Colum. L. Rev.* (1994) 2594; H.B. Abrams, "Copyright, Misappropriation, and Preemption: Constitutional and Statutory Limits of State Law Protection," 1983 *Sup. Ct. Rev.* 509 פסק הדין המנחה בסוגיה הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *International News Service v. The Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918). באותה פרשה, סוכנות ידיעות אחת (הנתבעת) העתיקה מידע מלוחות ידיעות ומהוצאות מוקדמות של עיתונים, אשר נרכשו מסוכנות ידיעות אחרת (התובעת), ומכרה אותו לגורמים נוספים כמידע טרי וחדשותי. הגם שבאותו המקרה לא קמה עילה מכוח דיני זכויות יוצרים, דעת הרוב בפסק הדין אמצה את העיקרון האוסר על הנתבעת "לקצור במקום שלא זרעה" – "To reap where it has not sown". בית המשפט הוציא צו מניעה, איסור אסר על הנתבעת להפיץ ללקוחותיה את המידע האמור כל עוד הוא היה טרי וחדשותי. בכך, דעת הרוב ביקשה למנוע מצב של תחרות לא הוגנת, אשר בו הנתבעת נוטלת, שלא כדין, רווח שהופק בעמל התובעת. על רקע זה, מתעוררת השאלה הכללית, האם ניתן לעשות שימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כסעד משלים במקרים, אשר אינם מכוסים על-ידי דיני זכויות יוצרים (או על-ידי חקיקה נוספת מתחום הקניין הרוחני). הדיון בנושא מורכב זה, אשר נדון לאחרונה על-ידי בית המשפט העליון בעניין א.ש.ר., לעיל הערה 2, תורג ממסגרת המאמר, ולפיכך לא נדון בו.

128 ראו Coleman, לעיל הערה 127, בעמ' 283–285, 288, 292; Sterk, לעיל הערה 6, בעמ' 1232.

לעניין זה ראו גם פרידמן, לעיל הערה 121, בעמ' 130.

129 ראו שם. ראו גם Gordon, לעיל הערה 121, בעמ' 197.

רק שהגן על מערך זכויות יוצרים קיימות שקדמו לו, אלא אף היווה את אחת התכליות המונחות ביסוד ההכרה בזכות היוצרים¹³⁰.

מאמר זה איננו עוסק בדיני עשיית עושר ולא במשפט. כמו כן אין הוא עוסק בבחינת האפשרות להגן על אינטרסים ביצירות, בביטויים ובטובין מופשטים נוספים באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט. לענייננו, חשיבות הדברים האמורים לעיל מתמקדת במישור אחד בלבד: נראה, כי אותו עיקרון כללי מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט (האיסור להפיק רווח מפרי עמלו של הזולת) מחזק את התוקף הערכי של ההכרה בזכות היוצרים על יסוד סיעון הגמול. עיקרון זה נוסף לטעון הגמול שיקולים של צדק ושל הגינות. ההכרה בזכותו הקניינית של היוצר ביצירה פרי עמלו איננה אך ורק בשל עצם העבודה שהשקיע. מעבר לכך: ההכרה בזכותו הקניינית של היוצר מבוססת על חוסר הצדק הכרוך בנטילת פרי עמלו על ידי אדם אחר. מנקודת ראות זו ניתן, אם כן, לבסס את ההכרה בזכות יוצרים גם על שיקולים של צדק ושל הגינות. בצד העובדה ששיקולים אלה מגנים על האינטרסים הפרטיים של היוצר, ניתן לראות בהם גם ערכים עצמאיים, המחזקים את תוקף ההכרה בזכות היוצרים.

(ה) חשיבותה של זכות היוצרים כזכות קניין מנקודת מבטו של היוצר

הדברים האמורים עד כה מלמדים, כי תיאוריית העבודה וטעון הגמול מספקים טעם בסיסי לזכאותו של היוצר לגמול עבור הערך המוסף הנובע מעבודתו. עוד עולה מדברים אלה, כי עיקר תכליתם של תיאוריית העבודה ושל טעון הגמול היא להגן על מה שניתן לכנות, בהכללה, כאינטרסים חומריים-כספיים של היוצר. עדיין נותרת השאלה, מדוע הגמול עבור הערך המוסף הנובע מעבודתו של היוצר חייב להינתן דווקא בדרך של הקניית זכות קניינית? מדובר בגמול חומרי הניתן לכימות כספי, ולפיכך, כעיקרון, קיימות דרכים אחרות להענקתו וזולת הדרך של הקניית זכות קניינית. כמפורט לעיל, בסעיף ג.2(ג), זוהי חלק מהביקורת על תיאוריית עבודה ועל טעון הגמול. לטענת המבקרים, גם אם היוצר ראוי לגמול בשיעור הערך המוסף הנובע מעבודתו, עובדה זו כשלעצמה עדיין אינה מהווה נימוק משכנע כדי להעניק לו זכות קניינית ביצירה תוצר עבודתו, ובמיוחד על רקע המחיר החברתי הכרוך במהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית, המגבילה את אפשרות הגישה והשימוש ביצירות המוגנות¹³¹.

בהכללה, השאלה היא מדוע מה שניתן לכנות כ"אינטרס חומרי-כספי של היוצר לקבלת גמול בשיעור הערך המוסף הנובע מעבודתו" מצדיק להעניק ליוצר גם שליטה בלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה פרי עמלו¹³². לכאורה ניתן היה לגרוס,

130 ראו פרידמן, לעיל הערה 121, בעמ' 130, 440-441. ראו גם Coleman, לעיל הערה 127, בעמ' 292, וכן את המקורות אשר מאזכרים בהערה 127 לעיל.

131 ראו לעניין זה את האמור בסעיף ב.2 לעיל.

132 נהוג לראות את זכות הקניין כזכות, אשר מגנה הן על אינטרס הרווחה הכספית של בעליה והן על אינטרס הבעלים בשליטה בלעדית על דרכי השימוש והניצול של הנכס נושא הזכות. לעניין זה

כי אם תכלית ההכרה בזכות היוצרים היא לגמול ליוצר עבור הערך המוסף הנובע מעבודתו, אזי די בהקניית זכות המגנה על האינטרס החומרי-כספי שלו – מבלי להעניק לו גם את הזכות הבלעדית לשלוט על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת פרי עמלו¹³³. בפועל, מצב הדברים שונה. נראה כי יש יסוד לטענה, שלפיה הגנה ממשית על האינטרס החומרי-כספי של היוצר מחייבת – לפחות במרבית המקרים – הגנה גם על אינטרס השליטה הבלעדית שלו ביצירה המוגנת¹³⁴, כלומר: הכרה בזכות קניינית דוגמת זכות היוצרים.

הנימוקים שביסוד עמדה זו מבוססים במידה רבה על נימוקי ההצדקה התועלתית להכרה בזכות הקניין, לרבות טיעון מנגנון השוק¹³⁵. אולם, כעת משמשים נימוקים אלה כבסיס להגנה על האינטרסים הפרטיים של היוצר, ולא לקידום הרווחה הכללית-חברתית. הגישה התועלתית, וטיעון מנגנון השוק בפרט¹³⁶, מלמדים כי הכרה בזכותו הקניינית של היוצר היא הדרך היעילה ביותר – ואולי גם היחידה – להעניק לו את מלוא הערך המוסף הנובע מעבודתו. תכונת העבירות, הנובעת ממהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית, מגדילה את הסיכויים של היוצר לממש את הערך הכספי הטמון ביצירה. נוסף על כך, מרכיב השליטה הבלעדית מבטיח ליוצר כי יוכל למצות את הערך הכספי הטמון ביצירה על אף היותה בעלת מאפיינים של טובין ציבוריים. מסיבה זו, אם אכן רוצים

ולאבחנה בין אינטרס הרווחה הכספית לבין אינטרס השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של הנכס נושא הזכות הקניינית, ראו J. Christman, "Distributive Justice and the Complex Structure of Ownership," 23 *Phil. & Pub. Aff.* (1994) 225, 226, 230-244, 248-249; C.E. Baker, "Property and its Relation to Constitutionally Protected Liberty" 134 *U. Pa. L. Rev.* (1986) 741, 741-754. ראו גם דגן, לעיל הערה 76, בעמ' 634-636, וכן: H. Dagan, *Unjust Enrichment – A Study of Private Law and Public Values* (1997) 14-16. אבחנה זו קשורה לאבחנה המפריסמת של Calabresi ו-Melamed בין כללים של קניין (property rules) לבין כללים של אחריות (liability rules). כלל של אחריות מגן אך ורק על הערך האובייקטיבי של הנכס, ולפיכך הוא מאפשר גם העברה כפויה של הנכס כנגד תשלום פיצוי כספי בשיעור הערך האובייקטיבי של הנכס. להבדיל, כלל של קניין מגן גם על אפשרות השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של הנכס נושא הזכות הקניינית. לאבחנה של Calabresi ו-Melamed ראו G. Calabresi & A.D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089.

133 זוהי, לדוגמה, עמדתו הכללית של דגן לעניין ההגנה, אשר מתבקשת לגבי אינטרס הרווחה הכספית של אדם. דגן אומר בהקשר זה את הדברים הבאים: "דוגמה פשוטה לכך היא הסעד המניעתי. פשיטא, שסעד כזה לא יינתן אם (ורק אם) הזכאות שמדובר בה מכוונת לשמור רק על רווחתו של בעל המשאב, ולא על שליטתו בו". ראו דגן, לעיל הערה 76, בעמ' 636-637. כמפורס בגוף הסקסט, אנו חולקים על עמדה זו.

134 לעניין דומה, מן ההיבט הכללי של תכלית מרכיב השליטה כחלק מזכות הקניין, ראו Christman, לעיל הערה 132, בעמ' 244.

135 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסעיפים ב.1, ב.3 ו-ב.4 לעיל.

136 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסעיפים ב.1, ב.3 ו-ב.4 לעיל.

לאפשר ליוצר לאכוף בפועל את זכותו לגמול בשיעור הערך המוסף הנובע מעבודתו, אזי מצדיק הדבר להעניק לו גם שליטה בלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת. מסקנה זו רק מתחזקת על רקע התסרונות הכרוכים בדרכים החלופיות להגנה על האינטרס החומרי-כספי של היוצר בעבודתו. על התסרונות הנלווים לדרך של מתן תגמול כספי מטעם רשויות השלטון עמדנו לעיל, בפרק ב.¹³⁷ פתרון אפשרי נוסף הוא הפתרון של "כלל אחריות", דהיינו: חיוב כל גורם שעשה שימוש ביצירה המוגנת לשלם פיצוי כספי ליוצר. על פי פתרון זה, כל אדם רשאי לעשות שימוש חופשי ביצירה המוגנת ובלבד שישלם ליוצר, בדיעבד, סכום המבטא את הגמול המגיע ליוצר בגין הערך המוסף הנובע מעבודתו. מנקודת מבטו של היוצר, המבקש לקבל את מלוא הגמול המגיע לו בגין הערך המוסף הנובע מעבודתו, הפתרון של "כלל אחריות" לוקה בשלושה חסרונות מרכזיים: ראשית, הוא עלול לשאת בעלויות האכיפה הרבות הכרוכות בצורך לתבוע גורמים העושים שימוש חופשי ביצירה פרי עמלו; שנית, בעיות המידע הרבות אשר כרוכות בהערכת הערך המוסף הנובע מעמלו של היוצר באמצעות מנגנון מוסדי, דוגמת בית משפט (ולא באמצעות מנגנון השוק)¹³⁸; ושלישית, יש מקום לחשש כי לא ניתן יהיה להיפרע מכל הגורמים שעשו שימוש ביצירה המוגנת. פתרון המבוסס על "כלל אחריות" אינו מספק ליוצר כל ודאות כי אכן יקבל בפועל את הגמול המגיע לו. לפיכך, במקרים רבים, פתרון של "כלל אחריות" עלול לאפשר שימוש חופשי ביצירה המוגנת מבלי שהיוצר אכן יקבל בדיעבד את הגמול המגיע לו¹³⁹.

סיכומי של דבר: אם מכירים בזכותו של היוצר לגמול בגין הערך המוסף הנובע מעבודתו, כי אז יש להעניק לו כלים משפטיים שיאפשרו לו לממש ולאכוף את זכותו זו. מכאן נובעת ההצדקה – ואולי אף המחויבות – להכיר בזכותו הקניינית של היוצר ביצירה פרי עמלו ולהעניק לו את השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה. עם זאת, חשוב לשים לב, כי בהקשר זה ההגנה על אינטרס השליטה של היוצר (ההכרה בזכותו הקניינית) איננה תכלית העומדת בפני עצמה, אלא, להבדיל, אמצעי לאכיפת זכותו החומרית-כספית של היוצר. לפיכך, מעמד מרכיב השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת צריך להיגזר ממעמד אינטרס הרווחה הכספית של היוצר. במיוחד חשוב לשים לב, כי במסגרת זו, ההכרה בזכותו הקניינית של היוצר איננה נובעת מהתמקדות במעמד ערך האוטונומיה של הפרט¹⁴⁰, אלא כאמור מבוססת על אינטרס חומרי-כספי של היוצר. לנקודה זו עשויה להיות חשיבות רבה במסגרת בחינת מעמדה של זכות היוצרים ביחס לזכויות ולערכים נוספים, שכן אין בהכרח זהות בין

137 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסעיף ב.1 לעיל.

138 לעניין זה ראו גם את האמור בסעיף ב.1 לעיל. ראו גם: R.A. Epstein, "A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules," 106 *Yale L.J* (1997) 2091, 2093.

139 ראו L. Kaplow & S. Shavell, "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis," 109 *Harv. L. Rev.* (1996) 715, 720, 770.

140 כפי שהדבר לגבי תיאורית האישיות, אשר תדון בסעיף ג.3 להלן.

מעמד ערך האוטונומיה של הפרט לבין מעמד האינטרסים הכספיים של היוצר¹⁴¹. כמו כן, פירוש הדבר הוא, כי במקרים שבהם אין פגיעה באינטרס חומרי-כספי של היוצר, או שניתן להגן עליו ללא צורך במרכיב השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת, כי אז פוחתת חשיבות ההגנה על מרכיב זה, ובמקרים מסוימים אף ניתן יהיה לוותר עליה¹⁴².

141 עם זאת, חשוב להדגיש, כי ספק אם ניתן ליצור הפרדה מוחלטת בין אינטרס הרווחה הכספית של היוצר לבין מעמד ערך האוטונומיה של הפרט. לא ניתן להתעלם מהסענה, לפיה ערך האוטונומיה של הפרט חל גם על מה שניתן לכנות "הגשמת האינטרסים החומריים של האדם", כאשר במסגרת זו כלולה גם זכותו של אדם להיות אוטונומי בהשגת הרווחה הכספית הנובעת מעבודתו. במובן זה, ליוצר דרישה מוצדקת לא רק לערך המוסף הנובע מעבודתו, אלא גם לאוטונומיה בבחירת דרכי המימוש של אותו ערך מוסף. לפיכך, הציפייה המוצדקת של היוצר, וכפועל יוצא גם הגמול המגיע לו, אינם לרווחה כספית גרידא, אלא גם לזכות קניין, אשר תאפשר לו לשלוט על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת פרי עבודתו (לסענה כללית דומה ראו Becker, לעיל הערה 62, בעמ' 52-54). ואולם, גם אם יוצאים מנקודת הנחה, כי זכותו של היוצר לממש את הערך המוסף הנובע מעבודתו כוללת מרכיב של אוטונומיה, עדיין, המסגרת הכוללת היא מסגרת, אשר מתייחסת להגנה על אינטרס הרווחה הכספית של היוצר. על רקע זה, דומה, כי מעמד אותו מרכיב של אוטונומיה אינו יכול לחרוג ממעמד אינטרס הרווחה הכספית של היוצר, ולפיכך הדברים האמורים בהקשר זה בגוף הטקסט אינם מאבדים ממסקלם. לסענה, כי תכלית ההכרה בזכות חומרית איננה אך ורק להבטיח רווחה כספית, אלא גם להבטיח חירות ואוטונומיה במימוש האינטרסים החומריים אשר מוגנים על-ידי אותה זכות, ראו J.L. Coleman & J. Kraus, "Rethinking the Theory of Legal Rights," 95 *Yale L.J.* (1986) 1335, 1338-1340.

142 כך, לדוגמא, כאשר סידורו של בעל זכות יוצרים, להתיר שימוש בחומר המוגן על-ידי זכות יוצרים, אינו נובע משיקולים של הגנה על האינטרסים הכספיים שלו, אלא מתוך רצון למנוע פרסום מעשה ביטוי, הכולל שימוש בחומר המוגן, אשר הוא מתנגד לתוכנו המסוים. במצב דברים זה, על-פי אמות המידה אשר פורטו בגוף הטקסט, אין לתת תוקף מחייב לזכות היוצרים, שכן השימוש במרכיב השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת אינו מיועד כדי להגן על האינטרסים הכספיים של בעל זכות היוצרים, אלא להבדיל לשמש אותו לשם מה שניתן לכנות בהכללה כעין "צנזורה פרטית". דוגמא למצב דברים דומה מצויה בפרשת *Rosemont Enterprises Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303 (1966). באותו המקרה איל ההון Howard Hughes ניסה למנוע פרסום ביוגרפיה ביקורתית אודותיו. זאת, על-ידי רכישת זכויות היוצרים בשורה של כתבות מוקדמות יותר בעניינו, אשר כותב אותה ביוגרפיה ביקש לשלב קטעים מהן בספרו. התביעה שהגיש איל ההון בגין הפרת זכות יוצרים אמנם נדחתה משורה של נימוקים; המרכזיים שבהם הגנת השימוש ההוגן והכלל בדבר אי תחלתה של זכות היוצרים על עובדות הכלולות בחומר מוגן על-ידי זכות יוצרים. ואולם, מעבר לכך, שניים מבין שלושת השופטים ציינו נימוק נוסף כנגד הוצאת צו מניעה האוסר את השימוש בחומר המוגן (ראו עמוד 311 לפסק הדין). על-פי נימוק זה, אין להוציא צו מניעה, אשר אוסר שימוש בחומר מוגן, כאשר התכלית היחידה אשר מונחת ביסוד בקשת צו המניעה היא רצון למנוע פרסום מעשה ביטוי בשל תוכנו המסוים ובשל מידע הכלול בו. ראשית, משום שבנסיבות כגון אלה אכיפת זכות היוצרים אינה נדרשת כדי להגן על אותם אינטרסים של היוצר אשר בגינם מוכרת זכות היוצרים. שנית, משום שאכיפת זכות היוצרים בנסיבות כגון אלה מנוגדת לתכלית הבסיסית אשר מונחת ביסוד

3. תיאוריית האישיות¹⁴³

(א) כללי

תיאוריית האישיות מבססת את ההכרה בזכות היוצרים על הזיקה והקשר הבלתי אמצעי בין היוצר לבין היצירה. על פי גישה זו, היצירה נתפסת כהרחבה חיצונית של אישיות היוצר – כביטוי חיצוני לאני הפנימי של היוצר כאדם¹⁴⁴. לפיכך, ערכי האוטונומיה והחירות – כמו גם זכויות נוספות המוקנות לאדם באשר הוא אדם – צריכים להיות נתונים לו גם לגבי היצירה המהווה השתקפות חיצונית של אישיותו. נהוג לייחס את מקורותיה של תיאוריית האישיות לכתביהם של Kant, Fichte, ו-Hegel¹⁴⁵. לקראת סוף המאה ה-18 פיתחו Kant ו-Fichte תפיסה הרואה ביצירות ספרותיות ביטוי חיצוני לאישיותו הפנימית של המחבר¹⁴⁶. הם היו הראשונים שהחזיקו בתפיסה זו, שלפיה זכות היוצר בעבודתו – הזכות לשלוט על דרכי השימוש והניצול של היצירה – היא זכות טבעית

ההכרה בזכות יוצרים – עידוד היצירה וההפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי. על רקע זה, בציינם את הצורך לפרש את דיני זכויות היוצרים ברוח התיקון הראשון לחוקה ועקרון חופש הביטוי, אותם שופטים סברו, כי יש לדחות את בקשת צו המניעה בשל חוסר ניקיון כפיו של התובע ובשל העובדה, כי תביעתו מנוגדת לתכלית הבסיסית אשר מונחת ביסוד ההכרה בזכות יוצרים.

143 לדיון במעמד ובגבולות תיאוריית האישיות כבסיס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים ראו Friedman, לעיל הערה 90, בעמ' 167-171; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 73-94; Saunders, לעיל הערה 81, בעמ' 106-121; Strek, לעיל הערה 6, בעמ' 1239 ואילך; Cotter, לעיל הערה 69, בעמ' 7-9; Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 330-349. ראו גם: T.G. Palmer, "Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects," 13 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* (1990) 817, 835-849; Z. Radojkovic, "Copyright: A General Structural Survey," 3 *Copyright* (1965) 57, 61; N. Netanel, "Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law," 12 *Cardozo Arts & Entertainment L.J.* (1994) 1, 17-22.

144 ראו Hurt & Schuchman, לעיל הערה 6, בעמ' 423.

145 ראו Palmer, לעיל הערה 143, בעמ' 835-849; Saunders, לעיל הערה 81, בעמ' 106-115; Cotter, לעיל הערה 69, בעמ' 7-9; Strek, לעיל הערה 6, בעמ' 1239 ואילך; Netanel, לעיל הערה 143, בעמ' 17-20.

146 להצגת עמדתם ראו Saunders, לעיל הערה 81, בעמ' 106-115; Woodmansee, לעיל הערה 83; Boyle, לעיל הערה 9, בעמ' 55; Cotter, לעיל הערה 69, בעמ' 7-9; Netanel, לעיל הערה 143, בעמ' 17-18; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 80-81; Geller, לעיל הערה 4, בעמ' 168-169. ראו גם: P.E. Geller "Introduction" *International Copyright Law and Practice* (P.E. Geller gen. ed., Rel.9-10/97 Pub.399) § 2[2][a]; S. Stromholm "Copyright and Industrial Property" 16 (Part II) *Int. Enc. Comp. Law* 19-22 I. Kant, "Of the Injustice in Counterfeiting Books" in במסגרת המאמר

מולדת של היוצר ומהווה חלק מאישיותו. זכות זו היא חלק מזכותו של היחיד לאוטונומיה ולחירות במימוש האנושיות שבו. לפיכך, ניצול יצירה ושימוש בה ללא הרשאה מטעם היוצר נתפסים כהפרה של זכות היוצר לאישיות וכפגיעה בחירות ובאוטונומיה הנתונים לו כפרט¹⁴⁷. במובן זה, זכות היוצר בעבודתו היא חלק מתפיסה רחבה יותר הרואה באדם ערך העומד בפני עצמו, הזכאי לאוטונומיה ולחופש בחירה במימוש אישיותו והרצון העצמי שלו¹⁴⁸.

עמדה זו מבססת את ההכרה בזכות יוצרים על יסוד תיאוריית אישיות המתמקדת במישרין בהצדקת זכות היוצרים. נוסף עליה, הקשר בין זכות היוצרים לבין תיאוריית האישיות קיים גם במישור מקיף יותר, הנוגע להצדקה הכללית של זכות הקניין על יסוד תיאוריית האישיות¹⁴⁹. תפיסה זו, המיוחסת במקורה ל-Hegel¹⁵⁰, זכתה בשנים האחרונות להתרחבות מחודשת ולפיתוחים נוספים¹⁵¹. בתמצית ניתן לומר, כי תיאוריית האישיות מצדיקה את ההכרה בזכות הקניין עקב תרומתה של זכות זו לפיתוח ולמימוש עצמי של אישיות האדם. שליטת האדם על משאבים נתפסת כתנאי הכרחי להגשמה עצמית¹⁵². Hegel ראה ברצון החופשי של אדם, המבקש לממש את עצמו, את הגרעין הקשה של עצם הקיום האנושי. עוד הוא סבר, כי המימוש העצמי של הפרט נעשה בדרך של מתן ביטוי מוחשי לרצון ולאישיות, וכן על ידי קבלת הכרה מהזולת. מאחר שתהליכי הביטוי וקבלת ההכרה מהזולת נעשים בעיקר באמצעות הפעלת רצון על משאבים בעולם החיצון, הרי שהשליטה והשימוש באותם משאבים הם אלה שמפתחים את אישיות האדם. לפיכך, זכות הקניין היא המאפשרת – לגבי השימוש במשאבים – את השליטה ואת

1 Essays and Treatises on Moral, Political and Various Philosophical Subjects (W. Richardson trans., 1798) 227-239.

147 ראו Netanel, לעיל הערה 143, בעמ' 17.

148 בישראל, יתכן שהאכסניה הנאיתה לביסוס זכות היוצר, בהתייחס לאותם היבטים הנוגעים לתיאוריית האישיות, מצויה בערך "כבוד האדם", אשר מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, על רקע הוויקה הכללית בין מושג כבוד האדם לבין מעמדו של הפרט כישות רוחנית, אשר זכאית לאוטונומיה ולחופש הנדרשים כדי לפתח את אישיותה. ראו א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא (תשנ"ד), 271, 277-279; א' ברק פרטנות במשפט (תשנ"ד) ג 403-433. כמפורט להלן, תיאוריית האישיות מבססת בעיקר את מה שנהוג לכנות כ"זכות האישית" – "הזכות המוסרית" של היוצר בעבודתו. זהו, כפי הנראה, אותו ההיבט, אשר ניתן יהיה לבסס במסגרת ההגנה החוקתית על "כבודו של אדם".

149 לסקירת מעמד תיאוריית האישיות, ובפרט זו של הגל, כבסיס להצדקת ההכרה בזכות הקניין, ראו Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 4-5; Munzer, 343-389; לעיל הערה 62, בעמ' 67-85; Penner, לעיל הערה 88, בעמ' 169-186; Harris, לעיל הערה 6, בעמ' 232-237; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 76-77. ראו גם M.J. Radin, *Reinterpreting Property* (1993) 35-71; M.J. Radin, "Property and Personhood," 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 957; (Radin I להלן).

150 ראו G.W.F. Hegel, *Philosophy of Right* (T.M. Knox trans., 1967) 40-57.

151 בעיקר על-ידי Radin. ראו לעניין זה את המקורות, אשר נכתבו על-ידיה, לעיל הערה 149.

152 ראו Radin I, לעיל הערה 149, בעמ' 35.

החופש הנדרשים לאדם כדי להגשים ולממש את אישיותו¹⁵³. מעבר לכך, באמצעות השליטה והשימוש בנכסים, המהווים חלק מזכות הקניין, ניתן ביטוי אובייקטיבי לאישיות האדם המוכר על ידי סביבתו¹⁵⁴.

תיאוריית האישיות של Hegel איננה זהה לתפיסתם של Kant ו-Fichte בכל הנוגע לקשר הבלתי אמצעי בין היוצר לבין היצירה. בעוד שלדעת Kant ו-Fichte היצירה מהווה השתקפות וביטוי חיצוני לאישיות היוצר, תיאוריית האישיות של Hegel איננה רואה בחפצים ובנכסים השתקפות חיצונית של אישיות האדם: היא רואה בהם אובייקט חיצוני שעליו מפעיל האדם כוח רצון וכדרך זו מממש את אישיותו¹⁵⁵. על אף ההבדל האמור, גם תיאוריית האישיות של Hegel מבטאת רעיון בסיסי בדבר הזיקה הכללית בין משאבים לבין אישיות האדם. במסגרת זו כלולה האפשרות שמשאבים מסוג מסוים ישמשו לצורך מתן ביטוי חיצוני לאישיותו הפנימית של האדם. במובן זה, יצירות וביטויים הם מקרה מובהק להצדקת ההכרה בזכות קניין-זכות היוצרים על יסוד תיאוריית האישיות של Hegel¹⁵⁶. על פי Hegel, היצירה נתפסת כביטוי מתמשך לאני הפנימי של היוצר, ומכאן ההצדקה להכרה בזכות הקניין של היוצר ביצירתו¹⁵⁷. מעבר לכך, יצירות וביטויים הם דוגמא אופיינית לנסיבות שבהן הנכס נושא זכות הקניין משמש את האדם כאמצעי למימוש ולפיתוח אישיותו. על רקע זה נהוג לראות גם בתיאוריית האישיות של Hegel מקור להצדקת ההכרה בזכות יוצרים, מאותו היבט המתייחס ליצירה כביטוי לאישיותו של האדם ומכיר בזכות היוצר לשלוט על דרכי הביטוי והמימוש של אישיותו¹⁵⁸.

- 153 ראו Waldron, לעיל הערה 62, בעמ' 351.
- 154 ראו Waldron, שם, בעמ' 353.
- 155 ראו Drahoš, לעיל הערה 6, בעמ' 81; Netanel, לעיל הערה 143, בעמ' 19.
- 156 ראו Becker, לעיל הערה 84, בעמ' 610. ראו גם דגן, לעיל הערה 132, בעמ' 645 ובהערה 138 שם.
- 157 ראו Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 338 ו-348.
- 158 ראו Friedman, לעיל הערה 90, בעמ' 168-169; Netanel, לעיל הערה 143, בעמ' 19-20; Cotter, לעיל הערה 69, בעמ' 9; Streck, לעיל הערה 6, בעמ' 1239-1242; Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 337-349. ראו גם Drahoš, לעיל הערה 6, בעמ' 73-91, אשר מבקר את הניסיון לראות בתיאוריית האישיות של Hegel בסיס מוצק להצדקת ההכרה בזכות יוצרים. Hegel עצמו התייחס, במישור, לנושא זכות היוצרים, למעמדה ולנימוקים, אשר עומדים ביסוד ההכרה בה (ראו Hegel, לעיל הערה 150, בעמ' 50-51, 54-57). בהקשר זה, מעניין לציין, כי אמנם Hegel מציין, שהיצירה המופשטת היא ביטוי מתמשך לאישיותו של היוצר וככזו היא ראויה להיות נתונה בבעלותו. עם זאת, מרבית ההתייחסות הישירה של Hegel לנושא זכות היוצרים אינה מתמקדת בהיבטים הנוגעים לתיאוריית האישיות, אלא דווקא בהיבטים יותר פרוזאיים ושגרתיים, אשר מאפיינים את הדיון בנושא זכות היוצרים. Hegel מציין, כי זכות היוצרים היא ביטוי לגמול, אשר מגיע ליוצר עבור השקעתו, וכן תנאי להבטחת קיומו של תמריץ ליצירה. עוד הוא עומד על תרומתם של יצירות וביטויים לעידוד הלמידה. בהמשך לכך, הוא רואה במהותה של זכות היוצרים כנכס סחיר פתרון, אשר משלב בין הצורך להגן על האינטרסים הכלכליים של היוצר לבין הצורך

(ב) גבולות תיאוריית האישיות

מסקירה זו של תיאוריית האישיות ניתן להסיק כמה מסקנות לגבי גבולות היכולת לעשות שימוש בתיאוריית האישיות כבסיס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים. תיאוריית האישיות מתמקדת בקשר האישי, הבלתי אמצעי, שבין היוצר ליצירה. תכלית השליטה הבלעדית ביצירה, שאותה מבקשת תיאוריית האישיות להעניק ליוצר, איננה לשם הפקת תועלת חומרית כגון רווח כספי; התכלית היא שמירה על מה שניתן לכנות זכותו של היוצר לשלמות אישיותית. בהכללה ניתן לומר, כי תיאוריית האישיות אינה מתמקדת בביסוס זכותו החומרית של היוצר אלא בביסוס זכותו האישית¹⁵⁹. מסיבה זו קשה לראות בתיאוריית האישיות בסיס מוצק להצדקת מכלול הזכויות הכלכליות הנובעות מזכות היוצרים. תיאוריית האישיות איננה מהווה בסיס הולם להצדקת ההכרה בזכות יוצרים ובמרכיב השליטה הכרוך בה, אם וככל שהדבר נועד להגן על האינטרסים החומריים-כספיים של היוצר¹⁶⁰. מעבר לכך מתקשה תיאוריית האישיות להצדיק את ההכרה בזכות יוצרים בכל אותם מקרים שבהם לא ניתן להצביע על זיקה אישית ועל קשר בלתי אמצעי בין ה"יוצר" לבין ה"יצירה"¹⁶¹. ככל שפוחתת דרגת השתקפותו של ה"אני הפנימי" של היוצר ביצירה, כך גם פוחת משקל מעמדה של תיאוריית האישיות כבסיס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים¹⁶². לפיכך, יהיה קשה להצדיק את ההכרה בזכות יוצרים על יסוד

- לעודד את ההפצה של היצירה. ניתן לראות, אם כן, כי עיקר הקישור בין תיאוריית האישיות של Hegel לבין תכלית ההכרה בזכות היוצרים לא נעשה על-ידי Hegel עצמו, אלא דווקא על-ידי כותבים אחרים מאוחרים לו. בהקשר הפרטני של זכות היוצרים, Hegel עצמו התרכז יותר בהיבטים, אשר כיום נהוג לשייך אותם לגישות אחרות, דוגמת סיעון התמריץ וסיעון הגמול. לנקודה זו ובכלל לעמדתו של Hegel בעניינים הקשורים לזכות היוצרים ראו Strek, לעיל הערה 6, בעמ' 1241; Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 82; Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 337-349.
- 159 ראו Saunders, לעיל הערה 81, בעמ' 113-115; Netanel, לעיל הערה 143, בעמ' 17.
- 160 ביטוי לכך מצוי במה שנהוג לכנות כגישה הדואליסטית, אשר מפרידה בין הזכויות הכלכליות של היוצר לבין זכויותיו האישיות של היוצר. יצוין, כי גם במדינות, דוגמת גרמניה, בהן נזהגת שיטה מוניסטית, אשר רואה בזכות היוצרים זכות אחת מעורבת, המורכבת מזכויותיו האישיות של היוצר ומזכויותיו הכלכליות, אין זהות בין הדין החל על הזכויות הכלכליות לבין הדין החל על הזכויות האישיות. לקשר בין תיאוריית האישיות לבין היווצרות השיטה המוניסטית והשיטה הדואליסטית, ראו Saunders, לעיל הערה 81, בעמ' 117-118; Netanel, לעיל הערה 143, בעמ' 20-22. ראו גם י. ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכויות יוצרים" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 51, 55; ג' סרסקי "הקניין הרוחני וזכויות האישיות", משפטים י (תש"ס) 392, 400.
- 161 ראו Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 340-344; Geller, לעיל הערה 4, בעמ' 179. ראו גם: T.K. Dreier, "Authorship and New Technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions," 26 Int'l Rev. Industrial Property & Copyright L. (1995) 989, 994-996.
- 162 ראו Hughes, לעיל הערה 90, בעמ' 340-341. במסגרת דיני זכויות יוצרים, עיקר הביטוי לכך מצוי בדרישת המקוריות, אשר מהווה תנאי להכרה בזכות יוצרים. גישה, דוגמת הגישה הקונטיננטלית, אשר מבססת את ההכרה בזכות יוצרים על תיאוריית האישיות, תקפיד על דרגה

תיאוריית האישיות בכל הנוגע ליצירות, לביטויים ולטובין מופשטים נוספים, שעל אף המאמץ והמשאבים שהושקעו בהפקתם אין בהם ביטוי חיצוני ושיקוף לאישיותו הפנימית של היוצר. כך, לדוגמא, יהיה קשה להצדיק על יסוד תיאוריית האישיות הכרה בזכות יוצרים לגבי מוצרים שימושיים, לגבי חומרים תעשייתיים וטכנולוגיים (דוגמת מעגלים מודפסים או שרטוטים טכניים) ולגבי ריכוזי מידע ונתונים (דוגמת ספרי טלפונים או מאגרי נתונים). באופן דומה, תיאוריית האישיות מתקשה להצדיק מתן תוקף מחייב לזכות יוצרים שאינה נתונה בידי היוצר עצמו אלא בידי גורמים אחרים (דוגמת מוציאים לאור, מפיקים, מפיקים וכיוצא באלה). כאמור, על פי תיאוריית האישיות, זכותו של היוצר ביצירה מבוססת על הקשר האישי והבלתי אמצעי שבינו לבין היצירה ותוכנה: קשר זה אינו קיים לגבי גורמים אחרים וזולתו. לפיכך, קשה למצוא בתיאוריית האישיות הצדקה עניינית להקנות לגורמים נוספים זולת היוצר את אותן זכויות אישיות בטובין המופשטים המוענקות ליצר על יסוד אותו קשר אישי בלתי אמצעי¹⁶³. במובן זה, הזכויות האישיות המוענקות ליצר מכוח תיאוריית האישיות, הן במהותן זכויות בלתי עבירות הנתונות ליצר עצמו בלבד, בשל הקשר האישי הייחודי שיש בינו לבין היצירה נושא זכות היוצרים¹⁶⁴.

ממשית של מקורות כתנאי להכרה בזכות יוצרים. ואילו, להבדיל, גישה, דוגמת הגישה האנגלו-אמריקאית, אשר מבססת את ההכרה בזכות יוצרים על סיעון התמריץ ועל סיעון הגמול, עשויה ליצוק, אל תוך מה שמכונה על-ידי "דרישת מקורות", תפיסה המסתפקת בהשקעת מאמץ ועבודה. ביטוי נוסף לחשיבות, אשר תיאורית האישיות מייחסת לקשר האישי והבלתי אמצעי בין אישיות האדם לבין הנכס נושא הזכות הקניינית, מצוי באבחנתה של Radin בין נכסים אישיים לבין נכסים נחלפים. Radin סבורה (ראו Radin I, לעיל הערה 149, בעמ' 53–65. ראו גם דגן, לעיל הערה 76, בעמ' 641–645), כי על-פי תיאורית האישיות משקלה ומעמדה של הזכות הקניינית נגזרים מדרגת הקשר האישי בין הנכס נושא הזכות הקניינית לבין בעליו. יישום גישה זו על המקרה הפרטי של זכות יוצרים מלמד אף הוא, כי מידת היכולת לבסס את ההכרה בזכות יוצרים על יסוד תיאורית האישיות נגזרת מדרגת הקשר האישי והבלתי אמצעי בין היוצר לבין היצירה נושא זכות היוצרים.

163 וכאמור לעיל, את ההכרה בזכויות הכלכליות, אשר מהוות חלק מזכות היוצרים, מלכתחילה, ספק רב אם ניתן להצדיק על-יסוד תיאורית האישיות.

164 במסגרת הדין המצוי, ניתן למצוא לכך ביטוי בשני היבטים. ראשית, בכך שהזכות האישית של היוצר – הזכות המוסרית, אשר מבוססת על הנחות המוצא של תיאורית האישיות, היא בדרך כלל זכות לא עבירה (ראו ויסמן, לעיל הערה 160, בעמ' 60). שנית, בכך שבחלק משיטות המשפט, דוגמת זו הגרמנית, אשר מקורן הוא בתיאורית האישיות, לא מכירים עד היום באפשרות הפורמאלית, כי תאגיד יחשב כבעלים ראשון או כבעלים מלא של זכות יוצרים. לכל היותר, היוצר רשאי להעניק לתאגיד רשיון בלעדי לשימוש ולניצול של היצירה המוגנת. ראו לעניין זה: A. Dietz, "Germany" *International Copyright Law and Practice* (London, P.E. Geller gen. ed., Rel.9-10/97 Pub.399) §4[1], §4[2]. על רקע זה, בשיטות משפט קונטיננטליות, אשר מבססות את ההכרה בזכות היוצרים על יסוד תיאורית האישיות, נעדר הצורך להכיר ב-"זכויות שכנות" – Neighboring Rights – זכויות קניין ביצירות, ביטויים וטובין מופשטים

על רקע זה, עיקר כוחה של תיאוריית האישיות הוא בהצדקת מה שנהוג לכנות הזכות האישית או הזכות המוסרית של היוצר¹⁶⁵. מדובר באגד של זכויות, המיועד לשמור על המתחייב מהקשר האישי בין היוצר לבין היצירה. במסגרת זו כלולות בין היתר הזכויות הבאות: זכות האבהות הרוחנית (ליוצר נתונה הזכות כי יצירתו תיוחס לו); הזכות לאי סילוף היצירה (ליוצר נתונה הזכות להגן על שלמות היצירה, ולהבטיח כי יצירותיו שברשות הזולת תישמרנה בשלמותן); זכות החשיפה (ליוצר נתונה הזכות למנוע את פרסום היצירה אם היא טרם פורסמה בהרשאתו¹⁶⁶). מעבר לכך, כוחה של תיאוריית האישיות מבסס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים הוא מוגבל למדי. כאמור, תיאוריית האישיות מסוגלת להצדיק את ההכרה בזכות היוצרים רק לגבי היוצר עצמו ורק לגבי

נוספים, אשר לגביהם לא קיים בין היוצר לבין היצירה אותו קשר אישי, אשר מתחייב על-פי תיאוריית האישיות על-מנת שניתן יהיה להכיר בזכות יוצרים.

165 לקשר בין תיאוריית האישיות לבין הזכות האישית של היוצר, ראו Cotter, לעיל הערה 69, בעמ' 10-6; ויסמן, לעיל הערה 160, בעמ' 55; עניין אינטרגלו, לעיל הערה 4, בעמ' 164 מול האותיות א-ב. ראו גם 9 R.F. King, "The 'Moral Rights' of Creators of Intellectual Property," *Cardozo Arts & Entertainment L.J.* (1991) 267, 288-301. לריון כללי בזכות האישית של היוצר, בתוכנה ובגבולותיה ראו Cotter, לעיל הערה 69; ויסמן, לעיל הערה 160; סדסקי, לעיל הערה 160. ראו גם: W. Strauss, "The Moral Right of the Author" 6 *Am. J. Comp. L.* (1955) 506; Z. Radojkovic, "The Historical Development of 'Moral Right'," 6 *Copyright* (1966) 168; Z. Radojkovic, "The Legal Character of 'Moral Right'," 1 *Copyright* (1965) 203; R. Sarraute, "Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists Under French Law," 16 *Am. J. Comp. L.* (1968) 465; R.J. DaSilva, "Droit Moral and the Amoral Copyright," 28 *Bull. Copyright. Soc'y* (1980) 1; S. Stromholm "Droit Moral – The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint" 14 *Int'l Rev. Industrial Property & Copyright L.* (1983) 1; A. Dietz, "The Artist's Right of Integrity Under Copyright Law – A Comparative Approach," 25 *Int'l Rev. Industrial Property & Copyright L.* (1994) 177; H. Hansmann & M. Santilli, "Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis," 26 *J. Legal Stud.* (1997) 95.

166 תיאוריית האישיות מגנה, איפוא, על אישיות היוצר גם מההיבס של שמירה על זכותו לפרסיות (ראו ויסמן, לעיל הערה 160, בעמ' 72). בהקשר זה, מעניין לציין, כי בארצות הברית, אשר בה עד לאחרונה כלל לא היה נהוג להכיר בזכות האישית של היוצר, זכות היוצרים מכוח המשפט המקובל כללה זכות מקבילה לזכות האישית של היוצר לחשיפה ולפרסום ראשון של יצירתו. זכות זו אכן נתפסה, בעיקרה, כאמצעי להגנה על הזכות לפרסיות של היוצר ולא כאמצעי לקדם את אותן תכליות רגילות, אשר נהוג לראות במשפט האנגלו-אמריקאי כתכליות העומדות ביסוד ההכרה בזכות היוצרים. מי שעמדו על כך לראשונה היו Warren ו-Brandeis במאמרם המפורסם על הזכות לפרסיות. ראו S.D. Warren & L.D. Brandeis, "The Right to Privacy," 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 193, 198-203. S.B. Thau, "Copyright, Privacy, and Fair Use," *L. Rev.* (1995) 179, 201-207. Hofstra L. Rev. (1995) 24.

אותו מתחם מוגבל של יצירות, ביטויים וטובין מופשטים נוספים שלגביהם קיימת זיקה אישית בין היוצר לבין תוכן היצירה¹⁶⁷.

במציאות, הנחות המוצא של תיאורית האישיות חלחלו אל תוך דיני זכויות יוצרים בכללותם, לרבות אותו ענף העוסק בהיבטים הכלכליים של זכות היוצרים¹⁶⁸. דוגמא אחת לכך מצויה בדרישת המקוריות המהווה חלק בלתי נפרד מדיני זכויות יוצרים בשיטות משפט שונות. כעיקרון, דרישה זו מבטאת את הנחת המוצא של תיאוריית האישיות בדבר הקשר האישי והבלתי אמצעי בין היוצר לבין היצירה. לפיכך, היא הייתה אמורה לחול אך ורק לגבי זכותו האישית של היוצר ולא לגבי זכויותיו הכלכליות. עם זאת, בפועל, במקרים רבים, מעבר להיותה תנאי להכרה בזכותו האישית-מוסרית של היוצר, דרישת המקוריות מהווה גם תנאי להכרה בזכות היוצרים בכללותה, לרבות היבטיה הכלכליים של זכות היוצרים¹⁶⁹. מסיבה זו, התמודדות ביקורתית עם הדין המצוי בתחום זכויות היוצרים מחייבת היכרות עם תיאוריית האישיות. במיוחד יש להיות מודעים לגבולות היכולת של תיאוריית האישיות לשמש כבסיס להצדקת ההכרה בזכות יוצרים. רק בדרך זו ניתן לבחון אם הדין המצוי בתחום זכויות יוצרים אינו סובל מיישום עודף של תיאוריית האישיות ושל הנחות המוצא שלה גם על חלקים ממנו שאינם

167 וגם במישור צר זה היו מי שמתחו ביקורת על היקף השימוש בתיאוריית האישיות כבסיס להצדקת זכות היוצר בעבודתו. לטענת המבקרים, תיאוריית האישיות מתעלמת מהעובדה, כי תהליך היצירה הוא בבחינת שיח בין היוצר לבין סביבתו ולא מונולוג חד סטרי אשר מבטא אך ורק את אישיותו הפנימית של היוצר (ראו Freidman, לעיל הערה 90, בעמ' 170). עוד נטען, כי תיאוריית האישיות משקפת גישה חד-מימדית. גישה זו, כך נטען, שמה דגש אך ורק על זכותו של היוצר לאוטונומיה ולמימוש עצמי. זאת, כאשר היא מתעלמת מהאוטונומיה הנתונה לפרטים אחרים וזאת היוצר, אשר מבקשים לעשות שימוש ביצירות, ביטויים, וטובין מופשטים נוספים המוגנים על-ידי זכות יוצרים (ראו Drahos, לעיל הערה 6, בעמ' 87-88).

168 על רקע זה, היו מי שביקרו את המצב, על-פי במושג המחבר (ה"Authorship"), אשר מבוסס ביסודו על תיאוריית האישיות, נעשה שימוש רטורי, המציג אותו כמקור להצדקת זכות היוצרים בכללותה, לרבות ההיבטים הכלכליים שבה. בדרך זו, סביב זכות היוצרים בכללותה התגבש מעטה הגנה מאוד קשיח. לטענת המבקרים, מעטה זה אולי מתאים לחשיבות הערכים המונחים ביסוד הזכות האישית של היוצר. עם זאת, להבדיל, מעמד האינטרסים הכספיים של מכלול הגורמים השונים, אשר עשויים להנות מההיבטים הכלכליים של הגנת זכות היוצרים, משתנה ממקרה למקרה והוא לא תמיד חשוב דיו על-מנת להצדיק מעטה הגנה כה קשיח. זאת, בייחוד על רקע המחיר התברתי, אשר נילוה להכרה בזכות יוצרים. ראו לעניין זה Boyle, לעיל הערה 9, בעמ' 10-14, 42, 55.

169 אם כי, כאמור בסעיף ג.1 לעיל ובהערה 91 שם, על רקע מצב דברים זה, במקרים רבים ובשיטות משפט שונות (בעיקר האנגלו-אמריקאיות), לדרישת המקוריות ניתנה פרשנות מאוד מצומצמת. לעיתים עד שלא היה כל קשר בינה לבין עצם שאלת דרגת המקוריות והיצירותיות של היצירה המוגנת. פירוש הדבר הוא, כי באותם המקרים, הלכה למעשה, דרישת המקוריות רוקנה מהתוכן המקורי, אשר תיאוריית האישיות יצקה לתוכה. זאת, תוך שהיא מתאימה את עצמה למתחייב על-פי התשתית העיונית, אשר מונחת ביסוד ההכרה בהיבטים הכלכליים של זכות היוצרים.

מבוססים על תיאוריית האישיות ואף אינם מיועדים להגשים את התכליות העומדות ביסודה.

לנקודה זו עשויה להיות חשיבות גם מהיבט נוסף. לא מן הנמנע, כי החשיבות והמשקל של האינטרס האישי של היוצר, הנתון לו מכוח תיאוריית האישיות, יהיו שונים מהחשיבות והמשקל של האינטרסים הכלכליים של היוצר או של גורמים נוספים¹⁷⁰. לפיכך, במסגרת ניתוח הדין המצוי בתחום זכויות היוצרים, חשוב לבחון, מתוך מודעות לנפקות המוגבלת של תיאוריית האישיות, האם תחת כסות של זכות אישית הנתונה ליוצר לא מסתתרת הלכה למעשה זכות כלכלית, ומהן משמעויות הדבר. יישום עודף של תיאוריית האישיות ושל הנחות המוצא שלה על היבטים כלכליים של דיני זכויות היוצרים, שאינם מיועדים להגשים את תכליות תיאוריית האישיות, עשוי להיות בעייתי בשני מישורים מרכזיים: ראשית, הדבר עשוי לצמצם את היקף הגנת זכות היוצרים באופן הפוגע בתמריץ ליצירה ולהפצה של יצירות וביטויים חשובים לקידום אינטרס הציבור והרווחה הכלכלית-חברתית, אך נעדר קשר אישי ובלתי אמצעי עם היוצר. במישור השני, הדבר עלול להעניק לבעל זכות היוצרים כוח שליטה (על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת) החורג מהשליטה הגדרשת כדי להגן על האינטרסים הכספיים שלו. מצב דברים זה עשוי להביא לפגיעה לא ראויה ולא מוצדקת באינטרסים חיצוניים שונים, אשר ההכרה בזכות יוצרים עלולה לפגוע בהם.

ד. סיכום

המאמר סקף את הבסיס העיוני להכרה בזכות היוצרים. הסקירה מלמדת, כי ביסוד ההכרה בזכות היוצרים מונח מארג של אינטרסים פרטיים ושל אינטרסים ציבוריים¹⁷¹. במישור הכלכלי-חברתי, תכלית ההכרה בזכות היוצרים היא לעודד יצירה והפצה של ביטויים, יצירות וטובין מופשטים נוספים, אשר יביאו לקידום הרווחה הכלכלית-חברתית. לצד תרומה זו, ישנו גם מחיר חברתי הנלווה למשטר של זכויות יוצרים. מחיר זה נובע מהגבלת הנגישות ליצירות המוגנות על ידי זכות יוצרים ומהגבלת אפשרויות השימוש בהן. על רקע זה, עיצוב היקף ותוכן זכות היוצרים צריך להיעשות מתוך ניסיון למצוא את האיזון הראוי בין התמריץ ליצירה ולהפצה של טובין מופשטים – שמעניקה זכות היוצרים – לבין המחיר החברתי הכרוך בהגבלת אפשרות השימוש בתומר מוגן על ידי זכות יוצרים.

170 זוהי, כאמור, לדוגמא, עמדתה של Radin, אשר מבחינה בין דרגת ההגנה, אשר יש להעניק לנכסים "אישיים", לבין דרגת ההגנה, אשר יש להעניק לנכסים "נחלפים". ראו לעניין זה את האמור בהערה 162 לעיל. ראו גם דגן, לעיל הערה 76, בעמ' 647–648.

171 ראו Goldstein, לעיל הערה 26, בעמ' 79. לדיון כללי במהותה של זכות הקניין כזכות, אשר משלבת קידום של אינטרסים ציבוריים ושל ערכים חברתיים יחד עם הגנה על אינטרסים פרטיים, ראו F.I. Michelman, "Property as a Constitutional Right," 38 Wash. & Lee L. Rev. 1097, 1102–1103 (1981).

תכלית נוספת של ההכרה בזכות יוצרים היא להגן על האינטרסים הפרטיים של היוצר. את התיאוריות הרואות בזכות היוצרים אמצעי להגנה על האינטרסים הפרטיים של היוצר, ניתן לחלק לשתי קטגוריות שונות במהותן ובתכליתן: קטגוריה אחת, הכוללת את תיאוריית העבודה ואת טיעון הגמול, מתרכזת בהגנה על האינטרסים החומריים-כספיים של היוצר. תיאוריות אלה רואות בזכות היוצרים גמול צודק והולם, אשר מגיע ליוצר בגין הערך המוסף הנובע מעבודתו וממשאבים שהשקיע ביצירת הטובין המופשטים. מעמדה של זכות היוצרים כאמצעי להגנה על האינטרסים הפרטיים של היוצר מבהיר, כי בניגוד למשתמע מהגישה התועלתית, היקף ותוכן ההכרה בזכות היוצרים אינם יכולים להיקבע אך ורק בהתאם למדד קידום הרווחה הכלל-חברתית. תיאוריית העבודה וטיעון הגמול מלמדים, כי ההכרעה בדבר היקף ותוכן זכות היוצרים צריכה להיות מושפעת גם מהאינטרסים הפרטיים של היוצר ולא רק מתוצאת האיוון בין התרומה החברתית של זכות היוצרים לבין המחיר החברתי הכרוך בה. למסקנה זו חשיבות רבה בכל הנוגע לשאלת היחס בין זכות היוצרים לבין אינטרסים ושיקולים נוגדים. פירוש הדבר הוא, כי זכות היוצרים מעמידה אל מול אינטרסים ושיקולים נוגדים אינטרס פרטי ראוי להגנה של היוצר, ולא רק תכלית כלל-חברתית הנוגעת לעידוד היצירה ולהפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. הקטגוריה השנייה מתייחסת לתיאוריית האישיות. תיאוריית האישיות רואה ביצירה ביטוי פנימי וחלק בלתי נפרד מאישיות היוצר. על רקע זה, תיאוריית האישיות מבקשת להקנות ליוצר את אותה מידה של שליטה בלעדית ביצירה הדרושה כדי למנוע פגיעה בזכותו של היוצר לשלמות אישיותית. זוהי קטגוריה מצומצמת בהיקפה, המתייחסת אך ורק לאותם מקרים שבהם ישנה זיקה אישית וקיים קשר בלתי אמצעי בין היוצר לבין עבודתו. בפועל, תיאוריית האישיות משמשת בעיקר כבסיס להצדקת ההכרה בזכות האישית-מוסרית של היוצר עצמו. מעבר לביסוס זכותו האישית-מוסרית של היוצר, תיאוריית האישיות מתקשה להצדיק את ההכרה בזכות היוצרים על ההיבטים הכלכליים השונים הכרוכים בה.

לסיכום, למעט תיאוריית האישיות, אשר מתמקדת בהצדקת זכותו האישית-מוסרית של היוצר עצמו על היבטיה הייחודיים, סקירת שאר ההצדקות להכרה בזכות יוצרים מניבה את המסקנות הבאות:

א. בפועל, זכות היוצרים מתמקדת בהגנה על האינטרסים החומריים-כספיים של היוצר. ההגנה על אינטרסים אלה נדרשת משני מניעים: ראשית, כתכלית עצמאית, המבוססת על שיקולים של צדק ושל הגינות; שנית, כאמצעי לקידום הרווחה הכלל-חברתית בדרך של מתן תמריץ כלכלי ליצירה ולהפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי.

ב. כעיקרון, התמריץ ליצירה ולהפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי הוא תמריץ חומרי-כספי. לפיכך, במישור המעשי, אמורה להיות התאמה כללית בין דרגת ההגנה על האינטרסים הכספיים של בעל זכות היוצרים לבין רמת התמריץ ליצירה ולהפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. כפועל יוצא, היקפה ותוכנה של זכות היוצרים בהתאם לתכלית התועלתית אמורים לחפוף להיקפה ולתוכנה של זכות היוצרים

בהתאם למעמד האינטרסים הכספיים של היוצר. בשני המקרים, התכלית המוגנת היא אינטרס הציפייה של היוצר לשלוט על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת כדי להפיק ממנה רווח כספי.

ג. מהותם של טובין מופשטים כטובין ציבוריים מלמדת, כי ההכרה בזכות היוצרים עשויה להתחייב לגבי מתחם רחב מאוד של מקרים. הכוונה לכל אותם מקרים שבהם המהות המופשטת של הטובין מחייבת את ההכרה בזכות היוצרים. זאת, כדי שניתן יהיה להגן על האינטרסים הכספיים של היוצר ולהעניק תמריץ גאות ליצירתם ולהפצתם של אותם הטובין. הבסיס להכרה בזכות היוצרים אינו יכול, אפוא, להיות מותנה בקיומו של קשר אישי ובלתי אמצעי בין היוצר לבין עבודתו. כל עוד הדבר נדרש כדי להעניק תמריץ וגמול הולם בעבור הטקעת עבודה ומשאבים ביצירת ובהפצת טובין מופשטים בעלי ערך חברתי, ההכרה בזכות יוצרים עשויה להתחייב גם לגבי טובין מופשטים נעדרים מרכיבים של יצירתיות, השראה, או כל סגולה מיוחדת אחרת.

ד. תכלית ההכרה בזכות יוצרים אינה מסתכמת ברצון להגן על האינטרסים הפרטיים של היוצר עצמו. הגנת זכות היוצרים עשויה להתחייב לגבי כל גורם שהשקיע עבודה ומשאבים ביצירה או בהפצת טובין מופשטים. במישור ההגנה על האינטרסים הפרטיים של אדם, קביעה זו מוצדקת מן הטעם שראוי להעניק גמול הולם וצודק לכל אדם, אשר השקיע עבודה ומשאבים ביצירת טובין מופשטים. במישור קידום הרווחה הכלכלית-חברתית, מסקנה זו מתחייבת על רקע העובדה, כי תכלית ההכרה בזכות היוצרים אינה רק לעודד את עצם יצירתם של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי, אלא גם להבטיח את הפצתם לציבור הרחב. לפיכך, הגנת זכות היוצרים עשויה לחול לגבי מכלול הגורמים המעורבים בהפקת הטובין המופשטים ובהפצתם, ולא רק לגבי היוצר עצמו.

ה. מהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית, המקנה שליטה בלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת, מתחייבת הן על יסוד האינטרסים הפרטיים של בעל זכות היוצרים והן על יסוד תכלית עידוד היצירה וההפצת טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. עמדה זו מושפעת, בראש ובראשונה, ממהותם של טובין מופשטים כטובין ציבוריים. אם מבקשים להעניק ליוצר כלים משפטיים, שיאפשרו לו לממש ולאכוף את זכותו לגמול הולם בגין הערך המוסף הנובע מעבודתו וממשאבים שהשקיע ביצירת טובין מופשטים, אזי יש להעניק לו את השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של אותם טובין. באופן דומה, מהותה של זכות היוצרים כזכות קניינית מתחייבת על רקע ההתאמה הכללית בין דרגת ההגנה על האינטרסים הכספיים של בעל זכות היוצרים לבין רמת התמריץ ליצירה ולהפצת טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. מעבר לכך, טיעון מנגנון השוק המחיש את התרומה הרבה שיש למהותה של זכות היוצרים, כזכות קניינית סתירה, לעידוד היצירה וההפצת טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. ראינו, כי מהותה הקניינית של זכות היוצרים מאפשרת יצירה והפעלה תקינה של מנגנון שוק לסחר בטובין מופשטים. במקרה של טובין מופשטים, שאין להם כל ממשות פיסית, הכרה בקיומה של זכות קניינית בטובין היא תנאי הכרחי כדי שניתן יהיה להעניק לטובין אלה תכונות של עבירות ושל בלעדיות. בדרך זו ניתן להפוך טובין מופשטים למשאבים סתירים ולממש

לגביהם את מכלול היתרונות הקיימים במנגנון שוק לסחר בטובין: מנגנון השוק מאפשר לקבוע את ערכם של הטובין המופשטים השונים ועל ידי כך לנתב את ההשקעה בתחומי היצירה וההפצה של טובין מופשטים לשימושים המוערכים יותר מבחינה חברתית. כמו כן, השילוב בין מהותה הקניינית של זכות היוצרים לבין קיומו של מנגנון שוק לסחר בטובין מופשטים מגדיל את הוודאות של היוצר ושל שאר הגורמים המעורבים ביצירה ובהפצה של הטובין המופשטים, כי הם יוכלו לממש את הרווח הכספי הטמון באותם טובין ולהחזיר את השקעתם.

ו. לצד האמור לעיל בסעיף הקודם חשוב להדגיש, כי על אף שמרכיב השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת הוא חלק בלתי נפרד מזכות היוצרים, עדיין אין הוא תכלית העומדת בפני עצמה. דברים אלה נכונים הן מנקודת מבט המתמקדת בהגנה על האינטרסים הפרטיים של בעל זכות היוצרים, והן מנקודת מבט כלל-חברתית, המתמקדת בעידוד היצירה וההפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. לגבי מכלול ההיבטים השונים של זכות היוצרים (למעט ההיבט המיוחד של תיאוריית האישיות ושל זכותו האישית-מוסרית של היוצר), השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של היצירה המוגנת אינה מהווה ערך עצמאי הראוי להגנה. מרכיב השליטה הבלעדית הוא אך ורק אמצעי לאכיפת האינטרסים הכספיים של בעל זכות היוצרים ולעידוד היצירה וההפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. לפיכך, מעמדו של מרכיב השליטה הבלעדית צריך להיגזר ממעמד האינטרסים הכספיים והאינטרסים הכלל-חברתיים שאותם הוא נועד לשרת. אין מקום להכיר במרכיב השליטה הבלעדית כאשר הדבר אינו דרוש כדי לקדם את התכליות הפרטיות או את התכליות החברתיות המונחות ביסוד ההכרה בזכות היוצרים.

