

זכויות תרבותיות וזכויות אדם: כלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות יוצרים בישראל

מאת

אורית פישמן-אפורי*

מעמדן של הזכויות התרבותיות כזכויות אדם מעוגן בדין הבינלאומי. הזכויות התרבותיות כוללות את זכות היוצר לשמירה על האינטרסים החומריים והמוסריים ביצירתו וכן את זכותם של הכול להשתתף בחיי התרבות. על פי העמדה המוצעת במאמר, תפיסת הזכויות התרבותיות כזכויות אדם עשויה לתרום לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל. כזכויות אדם, זכות היוצרים והזכות להשתתף בחיי התרבות עלולות להתנגש, ולדעתנו אין לקבוע נוסחת איזון קבועה מראש למצבים אלה. האיזון בין שתי הזכויות התרבותיות הללו משקף אף את המתח הקיים תדיר בדיני זכויות היוצרים בין מתן שליטה על היצירה למתן גישה חופשית ליצירות; אף על פי כן, קיימת תועלת רבה בהחדרת האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם לתוך הדין הפנימי. דיני זכויות היוצרים גדושים נורמות פתוחות, שלכל היותר מתוות את המסגרת הכללית לעריכת איזון האינטרסים – אולם אינן מכריעות בו באופן מוחלט. האיזון בין האינטרסים במקרים אלה נעשה על ידי בתי המשפט בכל מקרה לגופו. שיח הזכויות התרבותיות עשוי לשמש מצפן בפרשנותן של נורמות פתוחות אלה, ובכך לסייע לבתי המשפט להכריע במקרים השונים באופן ראוי וצודק. התועלת הכרוכה בזכויות התרבותיות לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל היא מעל ומעבר לכך: הזכויות התרבותיות עשויות להדגיש אינטרס שלא ניתן לו ייצוג הולם בתהליך החקיקה; להעשיר את הרובד התאורטי שבבסיסם של דיני זכויות היוצרים; לשחרר את בתי המשפט מנטייתם הבלתי-מאוזנת להשקיף על זכות היוצרים כזכות קניינית מוחלטת; ולהעלות את המודעות לנושא הזכויות התרבותיות המתנגשות בקרב מעצבי המדיניות והציבור בכללותו. היות שהזכויות התרבותיות מסווגות כסוג של זכויות אדם כלכליות-חברתיות, הן מביאות עמן מטען ערכים שונה מזה הנהוג בשיח זכויות יוצרים הקיים, ולכן בכוחן לשמש את בתי המשפט ככלי לפריצת ההלכות המסורתיות ולכינון הסדרים צודקים וראויים יותר בענף. שיח הזכויות התרבותיות עשוי לתרום להשגת כל היתרונות הללו באמצעות השפעתו על עיצוב דין זכויות היוצרים מראש והן על פרשנות הדין הפנימי בדיעבד, באופן המתיישב עם הערכים הרב-ממדיים שבבסיס הנורמה הבינלאומית.

* ד"ר למשפטים. מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. ברצוני להודות לפרופ' פרנסס רדאי, לד"ר יובל שני, לד"ר גיא פסח, למשתתפי הסדנה בקניין רוחני שהתקיימה באוניברסיטה העברית בירושלים ביום 9 בנובמבר 2005, ולחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם המועילות.

מבוא. א. זכויות תרבותיות וזכויות אדם. 1. הצגת הנורמה הבינלאומית: סעיף 27 להכרזה האוניברסלית וסעיף 15 לאמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות; 2. מעמד הנורמה הבינלאומית; 3. הזכות להשתתף בחיי התרבות (או זכות "הגישה וההשתתפות"); 4. זכות יוצרים כזכות אדם; 5. הזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות חברתיות ובדולן מחופש הביטוי ומזכות הקניין; 6. הזכויות התרבותיות ככלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות יוצרים בישראל. 1. החדרת האיוון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם אל השיח הפנימי בדבר זכויות יוצרים; 2. הדרכים להחדרת האיוון בין הזכויות התרבותיות אל המשפט הישראלי; 3. דוגמאות מהפסיקה ליישום העמדה המוצעת; 4. זכות היוצר ביצירתו כזכות כלכלית-חברתית; 5. סיכום.

מבוא

פוטנציאל רב לפיתוחם של דיני זכויות היוצרים בישראל טמון בנורמה הבינלאומית מתחום זכויות האדם. עמדה זו עשויה להישמע תמוהה: מה בין זכויות אדם לבין זכויות יוצרים? ואכן, מאמר זה עוסק בזכויות אדם שנותרו זנוחות במחקר ובעשייה המשפטית. למעשה, המשפט הבינלאומי הפומבי מעגן סל של זכויות אדם שעניינו זכויות הפרט בקשר לעולם התרבות והיצירה – זכויות המכוננות "זכויות תרבותיות". ההכרה בזכויות התרבותיות נשענת על המטען התאורטי מתחום זכויות האדם ואינה נובעת דווקא מהשיח הפנימי של תחום זכויות היוצרים. על כן, להערכתנו, הזכויות התרבותיות כזכויות אדם יכולות וצריכות להזרים "דם חדש" לתוך מערכת השיקולים הפנימית של דיני זכויות היוצרים.

חלקו הראשון של המאמר יתמקד בהצגת התשתית הנורמטיבית. בשני הפרקים הראשונים בחלק זה תיערך היכרות עם שתי זכויות תרבותיות – זכות היוצר ביצירתו וזכותם של הכול להשתתף בחיי התרבות והיצירה. זכויות אלו מעוגנות בשני מקורות של המשפט הבינלאומי: ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם¹ והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.² מקורות אלה מחייבים את מדינת ישראל. בהמשך, בפרק השלישי, נכיר מקרוב את הזכות להשתתף בחיי התרבות ונעמוד על מורכבותה. כהכללה, נראה כי הזכות להשתתף בחיי התרבות מעניקה לפרט הן זכות פסיבית להיחשף לתוצרי תרבות והן זכות אקטיבית ליטול חלק בחיי התרבות על ידי פעילות יצירתית והעברתה ("תקשורה") לזולת. בפרק הרביעי נדון בסיווגה של זכות היוצרים כזכות אדם. על סיווג זה נמתחה ביקורת נוקבת, שנסקור בתמצית. נוכח הקשיים

1 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3d Sess., Supp. No. 16, at 71, U.N. Doc. A/810 (1948).

2 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (להלן: ההכרזה האוניברסלית), כ"א 31 (נפתחה לחתימה ב-1966).

הטמונים בסיווג זה, מסקנתנו היא שאין זהות בין תוכנה של זכות היוצרים המוכרת במשפט הפרטי לבין תוכנה של זכות היוצרים המוכרת כזכות אדם, וכי עצמת ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם עשויה להשתנות ממקרה למקרה. בפרק החמישי נעמוד על היחס בין הזכויות התרבותיות האמורות לבין שתי זכויות אדם נוספות – זכות הקניין וחופש הביטוי. ליבונה של סוגיה זו יעמיק את הבנתנו בקשר למהותן של הזכויות התרבותיות ולתפקיד שהן יכולות למלא. המסקנה המרכזית היא שהזכויות התרבותיות מסווגות כסוג של זכויות כלכליות-חברתיות, ומסיבה זו, בין היתר, הן נבדלות מזכות הקניין ומחופש הביטוי שהן זכויות "מסורתיות". כפי שיוסבר, זכויות האדם הכלכליות-חברתיות מתמקדות בתנאים הכלכליים והחברתיים הקונקרטיים למימושן של חירויות יסוד שונות. בהתאם לכך, סיווג הזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות ממקד את תכליתן בהבטחת התנאים (הכלכליים והחברתיים) שהם הבסיס לשמירה על האינטרסים הרלבנטיים בעולם התרבות והיצירה. פועלן זה של הזכויות התרבותיות עשוי להיות מגוון ביותר, החל ביחסים שבין בעלי זכויות היוצרים לבין הציבור המבקש לצרוך מוצרי תרבות, וכלה ביחסים שבין היוצרים לבין גורמים כלכליים שונים שבאמצעותם מופקות היצירות (בחלק השני של המאמר יוצגו דוגמאות להמחשה).

בחלק השני של המאמר נדון בעמדה המוצעת, ולפיה הזכויות התרבותיות – זכויות אדם – יכולות וצריכות לשמש לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל. ההכרה בזכויות התרבותיות כזכויות אדם טומנת בחובה מגוון רב של אפשרויות עבור המשפט הישראלי, ומאמר זה ודאי שאינו יכול למצות את הדיון בנושא. במאמר נתמקד באיזון האינטרסים שבין הזכויות התרבותיות לבין עצמן. ההכרה בזכויות אדם מגוונות, הן של יוצרים הן של משתמשים ביצירות, מחייבת לאזן ביניהן במקרה של התנגשות: הכוונה היא לאיזון בין אינטרס הפרט בתוצר הרוחני שיצר לבין האינטרס של כל אחד מהפרטים בציבור להשתמש באותו התוצר וליהנות ממנו. למעשה, איזון כזה ממש מצוי בבסיסם של דיני הקניין הרוחני כולם, ודיני זכויות היוצרים בפרט. אף על פי כן, מטעמים שונים, יש משום תועלת וחיידוש בבחינת המתח היסודי בין האינטרסים האמורים דווקא במשקפי הזכויות התרבותיות כזכויות האדם.

ראשית, עמדה מקובלת היא כי דיני זכויות היוצרים כוללים מלכתחילה את האיזון בין האינטרסים המתמודדים על הבכורה, אולם השקפה זו אינה מדויקת. דיני זכויות היוצרים גדושים בנורמות פתוחות, המספקות לכל היותר מסגרת כללית לעריכת איזון האינטרסים הנדרש, אולם הדין אינו מציע הכרעה סופית: מלאכת ההכרעה הקונקרטית מוטלת על בתי המשפט. התרומה של איזון האינטרסים מתוצרת הזכויות התרבותיות נעוצה בהשפעה על האופן שבו יעוצב ויפורש הדין הפנימי.³ על פי העמדה המוצעת,

3 בעניין זה ראו גם Paul L. C. Torremans, *Copyright as A Human Right*, in COPYRIGHT AND HUMAN RIGHTS, FREEDOM OF EXPRESSION – INTELLECTUAL PROPERTY – PRIVACY 1, 1-3 (Paul L.C. Torremans ed., 2004).

הנורמה הבינלאומית צריכה להשפיע על דין זה לכל הפחות בכך שתשמש כמצפן בפרשנותו. ניתן לתאר את המכניזם המוצע באופן הבא: איזון האינטרסים מתוצרת מערך זכויות האדם החיצוני משפיע על המתחם הפרשני בדין זכויות היוצרים הפנימי, ומספק "מצפן" המכתיב הכרעה פרשנית במקרים קשים. להערכתנו, החשיבות המרכזית בהחדרת האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם לתוך המערכת הפנימית של דיני זכויות היוצרים טמונה בכך שהיא עשויה לחזק דווקא את קולם של הטוענים לזכות להשתמש ביצירות וליהנות מהן. למעלה מזאת: תרומתן של הזכויות התרבותיות לשיח הפנימי של דיני זכויות היוצרים עשויה להיות רבת חשיבות אף – ואולי בעיקר – מן הטעם שזכויות אדם אלו מסווגות כזכויות כלכליות-חברתיות. בחינה של האינטרסים המצויים על כפות המאזניים במשקפים של זכויות אדם כלכליות-חברתיות עשויה לחלץ את בתי המשפט ממערכת ההנמקות המסורתית בתחום זכויות היוצרים, ולציידם בכלי המסייע לעשיית צדק במקרה נתון.

החדרת איזון האינטרסים מתוצרת הזכויות התרבותיות לדין הפנימי בדרך המוצעת יכולה לשמש לתיקון כשלים שונים בדין הפנימי, הנובעים מסיבות מגוונות. אחת הסיבות המרכזיות לכשלים אלה היא שעיבוד הדין הפנימי ופרשנותו מושפעים מאוד מבעלי-עניין שונים, ועל כן לוקים בהיעדר איזון. בעניין זה יש להדגיש כי אף הנורמה הבינלאומית בתחום הקניין הרוחני הממוסד – המכתיבה בתורה את הדין הפנימי – מושפעת רבות מקבוצות של בעלי-העניין, ועל כן גם היא לוקה באותם כשלים. עיצוב הזכויות התרבותיות כזכויות אדם מנותק ממעגל ההשפעה של קבוצות בעלי-העניין המכריעות בעיצוב הנורמה בתחום זכויות היוצרים, ועל כן ביכולתן של הזכויות התרבותיות לעתים לשמש מנוף לתיקון הליקויים שבדין הפנימי.⁴ על פי העמדה המוצעת, דין זכויות היוצרים הפנימי – שממילא מוכתב במידה רבה על ידי הדין הבינלאומי – צריך להתפרש תוך שקלול כלל הדין הבינלאומי, לרבות הזכויות התרבותיות כזכויות אדם. נוסף על כשל זה, שעניינו חקיקה פנימית בלתי-מאוזנת נוכח ההשפעה של בעלי-העניין, ניתן לזהות סיבות נוספות לכשלים בדין הפנימי: העדפה דוגמטית של הצדקה תאורטית לזכות היוצרים ודחייה של הצדקות אחרות, דבקות בחיזוק מעמדה החוקתי המוגן של זכות יוצרים מתוקף סיווגה כזכות קניין, תוך

4 איננו טוענים כי קביעת זכויות האדם בנורמה הבינלאומית חפה ממאבקים פוליטיים ומקידום אינטרסים של בעלי עניין, אלא כי האינטרסים הצרים של קבוצות בעלי העניין המסורתיות, המשפיעות באופן ישיר ותמידי על חקיקת הקניין הרוחני הממוסד, אינם מוצאים את ביטויים בקביעת הנורמה בעניין זכויות האדם. לסקירה של המחלוקות שנתעוררו בקשר לעיגון זכות הקניין הרוחני כזכות אדם, ראו Peter K. Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, 5-20, available at ssrn.com/abstracts=927335. לדיון בפגמים הנובעים מתהליך חקיקה שתדלני, אף שהוא חלק מ"המשחק" הדמוקרטי, ראו להלן ה"ש" 179-185 והטקסט המלווה.

התעלמות מאינטרסים מתחרים שאף הם בעלי מעמד מוגן. להערכתנו, נטיות בלתי-מאוזנות כאלה לעתים ניתנות לריפוי באמצעות החדרת משנתן של הזכויות התרבותיות כזכויות אדם לדין הפנימי.

מעבר להשפעה המעשית הפוטנציאלית של החדרת משנתן של הזכויות התרבותיות לדין זכויות היוצרים הפנימי, ניתן לציין גם את התפקיד ה"חינוכי" שיש להיכרות עם אותן זכויות תרבותיות ככלי להטמעת ערכים בקרב הציבור – דבר שעשוי לתרום לפיתוח מאוזן יותר של דין זכויות היוצרים. אין להפחית מחשיבות היבט זה של שיח הזכויות התרבותיות, אף אם הוא רטורי בעיקרו, שכן ביכולתו להביא להגברת המודעות הציבורית לצורך לחזק את השמירה על אינטרס הציבור הרחב בתהליך קביעתה של הנורמה המחייבת במישור הלאומי ובמישור הבינלאומי.

בהמשכו של החלק השני נדון בכלים המשפטיים האופרטיביים להחדרת משנתן של הזכויות התרבותיות כזכויות אדם למשפט הישראלי. הכלי הראשון הוא פרשנות: כאשר הוראת חוק ניתנת לפירושים שונים יש לבכר את הפרשנות המתיישבת עם הנורמה הבינלאומית ושמוציאה אל הפועל את איוון האינטרסים מתוצרת הזכויות התרבותיות כזכויות אדם. הכלי השני הוא הכרה במעמדן החוקתי המוגן של הזכויות התרבותיות והכפפת הדין הפנימי לאיוון האינטרסים החוקתי. שני הכלים הללו מזינים זה את זה, וכיכולתם לשרת את בתי המשפט בהכרעות רבות הנדונות בפניהם בתחום זכויות היוצרים. נדגים שימוש כזה לגבי כמה פסקי דין שניתנו בישראל בשנים האחרונות. להערכתנו, שיח הזכויות התרבותיות כזכויות אדם צריך היה להשפיע בכל אחד מהם על ההכרעה הסופית, ויכול היה לתמוך דווקא בהכרעה לטובת אינטרס הגישה וההשתתפות בחיי התרבות.

את חלקו השני של המאמר נחתום בדוגמה נוספת הממחישה את הפוטנציאל הטמון בהחדרת משנתן של הזכויות התרבותיות לדין זכויות יוצרים. דוגמה זו עניינה ב"חימוש" היוצרים בזכות אדם ככלי מגן ביחסיהם עם הגורמים הכלכליים השונים המוציאים אל הפועל את מלאכת היצירה, וזאת לשם חלוקה צודקת של התגמול הכלכלי. אפשרות זו נסמכת אף היא על הממד הכלכלי-חברתי של הזכויות התרבותיות שעניינו, כאמור, הבטחת תנאים קונקרטיים למימוש חירויות היסוד במטרה להשיג צדק חלוקתי. שימוש נוסף זה יאוזכר מכיוון שהוא ממחיש שאין בזכויות התרבותיות הגנה דוגמטית על צד מסוים (היוצר או ציבור הצרכנים של היצירות) אלא תכליתן היא קידום זכויות האדם כולן.

א. זכויות תרבותיות וזכויות אדם

1. הצגת הנורמה הבינלאומית: סעיף 27 להכרזה האוניברסלית וסעיף 15 לאמנה בדבר זכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות

מקור מרכזי להכרה בזכויות האדם מצוי בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם.⁵ ההכרזה האוניברסלית היא מסמך האב והחוקה של התנועה לזכויות האדם, והיא בעלת מעמד סמלי-אידאולוגי מרכזי.⁶ למעשה, התאוריה הכללית בדבר זכויות אדם מתורגמת בהכרזה האוניברסלית למונחים של זכויות קונקרטיות.⁷ לא כאן המקום לעמוד על מהותן של זכויות האדם ועל התשתית התאורטית שבבסיסן; לצורך ענייננו בלבד נציין כי זכויות האדם העולמיות עוסקות בזכויות טבעיות של הפרט,⁸ אשר "קיימות" לכל אדם באשר הוא.⁹ על פי תפיסה זו יש להכיר בכמה אינטרסים החיוניים להבטחת האוטונומיה של הפרט, ביטחונו ועצמאותו. אינטרסים אלו אינם נסוגים מפני טובת החברה בכללותה, והשמירה עליהם צריכה להיות הדוקה. ההכרה באינטרסים החיוניים לפרט הובילה לצמיחת המושג של "זכות טבעית" ולגיבוש תאוריות בדבר זכותו הטבעית של הפרט.¹⁰ ביטוי לזכויות האדם האוניברסליות מצוי בחוקותיהן של מדינות שונות¹¹ וכן באמנות והצהרות בינלאומיות שונות, אך ביטוי המרכזי מצוי בהכרזה האוניברסלית.¹² סעיף 27 להכרזה האוניברסלית מעגן סל של זכויות המכונות "זכויות תרבותיות". סעיף 27(1) מכריז על זכות בסיסית ואוניברסלית:

- 5 ראו ההכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 1.
- 6 HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS: TEXT AND MATERIALS 139 (2d ed. 2000).
- 7 Louis Henkin, *The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets*, 25 BROOK. J. INT'L L. 17, 18-19 (1999); Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI-KENT L. REV. 841, 869-870 (1993).
- 8 LOUIS HENKIN, THE AGE OF RIGHTS 1-2, 6, 31 (1990); Jerome J. Shestack, *The Jurisprudence of Human Rights*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW: LEGAL AND POLICY ISSUES 69, 70-74 (Theodor Meron ed., 1985). יצחק, כי תאוריית הזכויות הטבעיות הייתה גורם מרכזי – אם כי לא בלעדי – בהתפתחות זכויות האדם האוניברסליות; ראו שם בעמ' 101-85.
- 9 רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 29 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 10 JEREMY WALDRON, THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY 13 (1988).
- 11 HENKIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19-26.
- 12 STEINER & ALSTON, לעיל ה"ש 6.

Everyone has the right to freely participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.¹³

חלקו הראשון של סעיף 27(1) מתייחס בין היתר לזכות (החופש) ליצור, וחלקו השני מתייחס לזכות ליהנות מיצירות קיימות.¹⁴ סעיף 27(1) נועד להבהיר כי התרבות צריכה להיות בהישג ידו של כל המעוניין, ולשם כך יש לאפשר גישה אליה וכן יש לאפשר להשתתף ביצירתה. לכן, לעתים, זכות זו מכונה זכות "הגישה וההשתתפות" (להלן גם "הזכות להשתתף בחיי התרבות").

בצד ההכרזה על הזכות היסודית של הכול "לגישה ולהשתתפות" בחיי התרבות, סעיף 27(2) להכרזה האוניברסלית מעגן את השמירה על האינטרסים החומריים והמוסריים של היוצר ביצירתו:

Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.¹⁵

עולה, אפוא, כי סעיף 27 להכרזה האוניברסלית מעניק סל של זכויות תרבותיות: הזכות להשתתף בחיי התרבות, חופש היצירה, הזכות ליהנות מתרבות, הזכות ליהנות מתוצרי הקדמה המדעית, חופש המחקר המדעי וכן זכות היוצר ביצירתו.¹⁶ לאחר קבלת ההכרזה האוניברסלית החליטה העצרת הכללית של האו"ם לנסח אמנות של ממש בסוגיות הנדונות בהכרזה. בשנת 1966 הציע האו"ם שתי אמנות: האחת עוסקת בזכויות אזרחיות ומדיניות¹⁷ והאחרת עוסקת בזכויות כלכליות, חברתיות

13 ההכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 1. בתרגום שלי לעברית: "לכל אדם זכות להשתתף באופן חופשי בחיי התרבות של הקהילה, ליהנות מן האמנות ולקחת חלק בקדמה המדעית ובתרבותה".

14 Francois Dessemontet, *Copyright and Human Rights*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION LAW, ESSAYS IN HONOUR OF HERMAN COHEN JEHOAM 113, 117 (Jan J.C. Kabel & Gerard J.H.M. Mom eds., 1998).

15 ההכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 1. בתרגום שלי לעברית: "לכל אדם זכות ליהנות מהגנה על האינטרסים החומריים והמוסריים הנובעים מכל הפקה מדעית, ספרותית או אמנותית שהוא מחברה". Ragnar Adalsteinsson & Pall Thorhallson, *Article 27 – The Universal Declaration of Human Rights*, in THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS – A COMMON STANDARD OF ACHIEVEMENT 575, 575 (Gudmundur Alfredsson & Asbjorn Eide (eds., 1999), Yoram Dinstein, *Cultural Rights*, 9 ISRAEL YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS 58, 58 (1979).

17 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

ותרבותיות.¹⁸ סל הזכויות התרבותיות שבסעיף 27 להכרזה האוניברסלית עוגן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 (להלן: "האמנה"); סעיף 15(1) לאמנה קובע:

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: (a) To take part in cultural life; (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications; (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.¹⁹

בסעיף 15(3) נקבע:

The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.²⁰

מדינת ישראל היא צד לאמנה זו.²¹

2. מעמדה של הנורמה הבינלאומית

ההכרזה האוניברסלית אינה אמנה בינלאומית שהמדינות הן צד לה: זוהי הכרזה המצהירה על זכויות אוניברסליות שכל אדם בכל חברה זכאי ליהנות מהן. ההכרזה אינה מיועדת לחייב מדינות דווקא, כי אם את החברה בכללותה.²² קיים ויכוח באשר למעמדה

18 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2. נוסף על שתי אמנות אלו ניתנה בשנת 1966 הכרזה נוספת בעניין הצורך בשיתוף פעולה בינלאומי בנושאי תרבות; ראו Declaration of the Principles of International Cultural Co-operation (Proclaimed by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization at its fourteenth session, on 4 November 1966), in 1 HUMAN RIGHTS – A COMPILATION OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS 595 (1994).

19 נוסחו של הסעיף בעברית הוא כדלקמן: "מדינות שהן צד באמנה מכירות בזכותו של כל אדם: א. להשתתף בחיי התרבות; ב. ליהנות מיתרונות הקידמה המדעית ושימושיה; ג. ליהנות מן ההגנה על הזכויות המוסריות והחומריות הנובעות מכל יצירה מדעית, ספרותית או אמנותית שהוא מחברה". האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 213.

20 נוסחו של הסעיף בעברית הוא כדלקמן: "מדינות שהן צד באמנה מחייבות לכבד את החופש החיוני למחקר מדעי ולפעילות יוצרת"; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 214.

21 האמנה אושרה ביום 3 באוקטובר, 1991.

22 מחברי ההכרזה האוניברסלית התחבטו בשאלה אם ראוי לעצבה כאמנה בינלאומית המחייבת מדינות או שמא כהצהרה בעלת תוקף מוסרי בלבד. לבסוף, בתמיכת מדינות שונות, ובכללן ארצות-הברית וברית-המועצות דאז, נבחרה האפשרות השנייה; ראו ASHILD SAMNOY, HUMAN RIGHTS AS

המחייב של ההכרזה האוניברסלית,²³ אולם ויכוח זה אינו בעל חשיבות רבה בנוגע למדינות שהן צד לאמנות הבינלאומיות השונות שבהן עוגנו הזכויות שבהכרזה.²⁴ כאמור, ישראל היא צד לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות,²⁵ ולכן השאלה הרלבנטית לענייננו היא חובת הקליטה של סל הזכויות

- INTERNATIONAL CONSENSUS, THE MAKING OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS 1945-1948, 57-67 (1993). עוד לעניין זה ראו Dessemontet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 32, 45.
- 23 מעמדה המחייב של ההכרזה האוניברסלית שנוי במחלוקת: יש הסבורים כי על אף חשיבותה המוסרית היא אינה מחייבת את המדינות ואילו אחרים סבורים כי היא משקפת כללי משפט מחייבים, אם מכות פרשנותה כמסמך גלוי ל U.N. Charter ואם מכוח היותה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי; ראו PAUL SIEGHART, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS 53 (1983). לעניין מעמדה של ההכרזה האוניברסלית במשפט הפנימי של המדינות השונות, ולעניין העמדה כי היא משקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי, ראו Hurst Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, 25 GA. J. OF INT'L & Edward D. Re, *The Universal*; COMP. L. 287, 298, 301, 304-307, 322-324 (1995). *Declaration of Human Rights and The Domestic Courts*, 14 ST. THOM. L. REV. 665 (2002).
- עוד ראו SAMNOY, לעיל ה"ש 22, בעמ' 130-128; Richard B. Lillich, *Invoking International Human Rights Law in Domestic Courts*, 54 U. CIN. L. REV. 367, 394 (1985). כן ראו לעניין מעמדה של ההכרזה האוניברסלית במשפט האמריקני RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES, Sec. 701-702. אולם, נראה כי גם חומכי העמדה שלפיה אין להכרזה האוניברסלית תוקף מחייב יסכימו כי עיגונה של זכות כלשהי בהכרזה האוניברסלית הוא ראיה תומכת לכך שהזכות נהפכה לחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. כמו כן, אף אם ההכרזה האוניברסלית לא נהפכה לחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, לכל הפחות צריכה להיות לה השפעה פרשנית על הדין הפנימי במדינות השונות; ראו Pieter Van Dijk, *The Universal Declaration is Legally Non-Binding; So What?*, in REFLECTIONS ON THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, A FIFTIETH ANNIVERSARY ANTHOLOGY 108 (Barend van der Heijden and Bahia Tahzib-lie eds., 1998). לעניין מעמדה של ההכרזה האוניברסלית כמקור השראה מעשי ולא תאורטי בלבד ראו Tony Blair, *The Universal Declaration as a Source of Inspiration*, in REFLECTIONS ON THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, A FIFTIETH ANNIVERSARY ANTHOLOGY 65 (Barend van der Heijden and Bahia Tahzib-lie eds., 1998). מכל מקום, ההכרזה האוניברסלית מעגנת זכויות אדם מגוונות, החל בחירויות יסוד וכלה בזכויות כלכליות וחברתיות. מכאן שההכרזה האוניברסלית אינה עשויה כמקשה אחת, ויש לדון בשאלת מעמדה של כל אחת מהזכויות בנפרד; ראו Lillich, שם.
- 24 ראו לעיל ה"ש 17 ו-18 והטקסט הנלווה אליהן. לדוגמה, ארצות-הברית אינה צד לאמנות אלה. לעניין נפקות אפשרית של סעיף 27 להכרזה האוניברסלית בנוגע למשפט האמריקני ראו Orit Fischman Afori, *Human Rights and Copyright: Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law*, 14 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 497 (2004).
- 25 ראו לעיל ה"ש 21.

התרבותיות המעוגנות באמנה זו לדין הישראלי.²⁶ ככלל, סעיף 2(1) לאמנה קובע כי המדינות מתחייבות לנקוט את הצעדים הדרושים ליישום הזכויות המעוגנות באמנה בכל האמצעים המתאימים, ובמיוחד באמצעות תחיקה.²⁷ באופן ספציפי, בנוגע לסל הזכויות התרבותיות המעוגנות בסעיף 15(1) לאמנה, סעיף 15(2) לאמנה קובע כמפורש שכל המדינות מחויבות לפעול לקידום הזכויות האמורות.²⁸ הוראה זו מתיישבת עם מדיניותה הכוללת של האמנה, לפיה הזכויות במדינות החברות אינן "מובטחות" וכי על המדינות החברות לנקוט צעדים למימושן כחלק מתהליך מתמשך.²⁹ בכך מובחן עניינו של סעיף 15(3) לאמנה, המדגיש כי המדינות מחויבות – באופן מיידי – לכבד את חופש המחקר והיצירה. עם זאת יצוין, שכל הזכויות ה"מוחלטות" לכאורה שבאמנה כפופות כולן ל"פסקת ההגבלה" שבסעיף 4 לאמנה, שעל פיה ניתן לקיים חריגים לזכויות ככל שאלה מעוגנים בחוק, תואמים את טבעה של הזכות ומטרתם היא אך ורק קידום הרווחה בחברה דמוקרטית.³⁰

עמדתה הרשמית של מדינת ישראל היא שהוראות הדין בישראל משקפות את הוראות האמנה.³¹ בנובמבר 1997, במסגרת חובת הדיווח המוטלת על המדינות שהן צד לאמנה, הגישה מדינת ישראל דו"ח ובו פירוט האמצעים שהיא נוקטת ליישום האמנה. בכל הנוגע ליישום סעיף 15 לאמנה נאמר בדו"ח כי השמירה על זכויות של יוצרים בנוגע

26 לדין כללי בחובת הקליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי ראו רות לפידות, אונה בן נפתלי ויובל שני "חובת הקליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי" נייר עמדה 1, מכון קונקורד לחקר יחסי הגומלין בין הדין הבינלאומי למשפט הישראלי, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל, בעמ' 7-14.

27 לפרשנות סעיף זה ראו לפידות, בן נפתלי ושני, שם, בעמ' 22-24. כן ראו MATTHEW C. R. CRAVEN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS. A PERSPECTIVE ON ITS DEVELOPMENT 106, 152 (1995).

28 בסעיף 15(2) לאמנה נקבע: "הצעדים שינקטו מדינות שהן צד באמנה זו כדי להשיג את מימושה המלא של הזכות האמורה יכללו אותם צעדים הנדרשים לשם קיום המדע והתרבות, פיתוחם והפצתם", האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 214.

29 ראו CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 106-152; D. M. Trubek, *Economic, Social, and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Program*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW: LEGAL AND POLICY ISSUES 205, 210, 212-214 (Theodor Meron ed., 1985).

30 ראו האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 206.

31 COMBINED INITIAL AND SECOND REPORT OF THE STATE OF ISRAEL CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF THE UNITED NATIONS COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (Michael Atlan & Shahar Goldman eds., 1997) (להלן: Atlan & Goldman). כן ראו לפידות, בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 26, בעמ' 25.

ליצירותיהם נעשית באמצעות הדינים הישראליים בדבר זכויות יוצרים. בפתיח לתיאור דיני זכויות היוצרים בישראל מובא ציטוט מפסק הדין בעניין גבע,³² שעל פיו זכות היוצרים בישראל חוסה תחת ההגנה החוקתית לקניין. בדו"ח נטען כי זכות זו הועמדה במשפט הישראלי במעמד שווה לזכות לחופש ביטוי.³³ להלן נראה כי לעתים עמדה זו אינה עומדת במבחן המציאות. עם זאת, בכוונתנו להצביע על הדרכים שבהן ניתן להיעזר בעמדה רשמית זו לעתיד, כדי לפתח את דיני זכויות היוצרים בישראל. לדעתנו, אם נקבל את ההנחה כי הוראות החוק במשפט הישראלי מעגנות את סל הזכויות התרבותיות שבסעיף 15(1) לאמנה, הרי שמרכז הכובד עובר משדה החקיקה לשדה של פרשנות החוק, הנעשית על ידי בתי המשפט. כך, על בתי המשפט להתחשב בערכים שמבטא סעיף 15(1) לאמנה בבואם לפרש את החקיקה הרלבנטית בישראל. בהקשר זה יש לציין את "חזקת ההתאמה הפרשנית", שלפיה כאשר מפרשים חוק קיים יש לעשות זאת לאור החזקה כי המחוקק לא נתכוון לסתור התחייבויות בינלאומיות.³⁴

כדי להבין את הפוטנציאל הרב הטמון בהחדרת הזכויות התרבותיות כזכויות אדם לדיני זכויות היוצרים בישראל, נפנה עתה לבחון שתיים מתוך הזכויות בסל זה – הן הזכות להשתתף בחיי התרבות וזכות היוצר ביצירתו.

32 רע"א 2687/92 גבע נ' וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 269 (1993).

33 Atlan & Goldman, לעיל ה"ש 31, בעמ' 255.

34 לעניין "חזקת ההתאמה הפרשנית" בדין הישראלי ראו יובל שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה שימוש בתי המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן?" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 297, 337-341 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). כן ראו לעיל ה"ש 23 והטקסט הנלווה אליה. ליישום חזקת ההתאמה הפרשנית בתחום הקניין הרוחני ראו ע"א 784/88 Anheuser-Budvar, Narodni Podnik, Ceske Budejovice נ' Anheuser-Busch Inc. 376/90 פ"ד מד(2) 531 (1990); פ"ד מו(4) 843 (1992). עוד לעניין השקפת מלומדים מן המשפט האמריקני כי בפרשנות הדין הקיים יש להתחשב בנורמה הבינלאומית ובכללה בזכויות האדם, ולעניין תפקידים המרכזי של בתי המשפט בהחדרת הדין הבינלאומי לדין הפנימי באמצעות כלי הפרשנות, ראו STEINER & ALSTON, לעיל ה"ש 6, בעמ' 248, 275; Lillich, לעיל ה"ש 23, בעמ' 408-411; Re, לעיל ה"ש 34, בעמ' 680-681, 686; כן ראו Louis Henkin, *International Human Rights Standards in National Law: The Jurisprudence of the United States*, in INTERNATIONAL STUDIES IN HUMAN RIGHTS: ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS 189, 198 (Benedetto Conforti & Francesco Francioni eds., 1997); Ann I. Park, *Comment, Human Rights and Basic Needs: Using International Human Rights Norms to Inform Constitutional Interpretation*, 34 UCLA L. REV. 1195, 1243-1246 (1987).

3. הזכות להשתתף בחיי התרבות (או זכות "הגישה וההשתתפות")

הזכות "להשתתף בחיי התרבות" כלולה בסל הזכויות התרבותיות המעוגן בסעיף 27(1) להכרזה האוניברסלית ובסעיף 15(1) לאמנה. המחקר בנושא הזכות להשתתף בחיי התרבות הוא דל ביותר,³⁵ ועל כן הבהרת תוכנה של הזכות נעשה בעיקר תוך הסתייגות בהצהרות ובאמנות בינלאומיות שונות.³⁶ התייחסות לתוכנה ולפרשנותה של הזכות

35 ראו Janusz Symonides, *Cultural Rights*, in HUMAN RIGHTS: CONCEPT AND STANDARDS 175, 175 (Janusz Symonides ed., 2000); Asbjorn Eide, *Cultural Rights As Individual Human Rights*, in ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS 289, 289 (Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas eds., 2001). יש אף שתיארו את מצב המחקר בתחום כהזנחה מוחלטת; ראו STEINER & ALSTON, לעיל ה"ש 6, בעמ' 248. להרחבה בעניין זה ראו גם Fischman, Afori, לעיל ה"ש 24.

36 יצוין כי קיימות אמנות והצהרות רבות בנושא הזכויות התרבותיות. לסקירה של האמנות והצהרות שגובשו על ידי אונסק"ו במטרה לקדם את הזכויות התרבותיות ראו Symonides, שם, בעמ' 176-179. חרף קיומן של אמנות והמלצות אלה נטען כי הגופים הבינלאומיים האחראים על יישומן לא עשו מאמצים לפרשן ולקיים שיח בינלאומי בעניינן; ראו Audrey R. Chapman, *A Human Right Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress, And Access to the Benefits of Science*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 127, 134 (1998). להלן נפרט כמה הצהרות ואמנות מרכזיות המתייחסות לסוגיה:

א. ההצהרה על עקרונות בינלאומיים לשיתוף פעולה תרבותי קובעת, בסעיף 1(2), כי לכל אדם זכות וחובה לפתח את התרבות. סעיף 1(7) להצהרה קובע כי הפצה נרחבת של ידע ורעיונות, המבוססת על שיתוף וחליפין חופשיים, היא חיונית לפעילות יצירתית, לרדיפת האמת ולפיתוח האישיות. ראו Declaration of the Principles of International Cultural Co-operation (Proclaimed by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization at its fourteenth session, on 4 November 1966), in I HUMAN RIGHTS – A COMPILATION OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS 595 (1994). התייחסות דומה לזכויות תרבותיות קיימת אף בהצהרות של ארגוני מדינות אמריקה, אפריקה וערב; ראו לעניין זה Sieghart, לעיל ה"ש 23, בעמ' 28-29, 337-338.

ב. בשנת 1980 נתקבלה המלצה של אונסק"ו בעניין מעמד האמן, ובה הצהרה על מחויבותן של המדינות להגן על אמנים, לסייע להם ולהבטיח את חופש היצירה, בין היתר באמצעות עיגון זכויות אלה בחקיקה לאומית ובינלאומית שעניינה זכויות האדם; ראו Recommendation Concerning the Status of the Artist Part III, 21st Sess (Oct. 27 1980). ראו גם Stephen P. Marks, *Education, Science, Culture And Information* UNITED NATIONS LEGAL ORDER 576, 613-614 (Oscar Schachter & Christopher C. Joyner eds., 1995).

ג. ההצהרה על "הזכות לפיתוח", משנת 1986, קובעת בסעיף 1(1), בין היתר, כי הזכות לפיתוח היא זכות אדם שאיננה ניתנת להעברה ומעניקה לכל אדם זכות להשתתף בקדמה התרבותית; ראו Declaration on The Right to Development 1986, United Nations General Assembly Resolution 41/128 of 4 December 1986.

קיימת בהמלצת אונסק"ו משנת 1976, בעניין השתתפות בני האנוש בחיי התרבות. בהמלצה זו נקבעו שני מונחי המפתח בהקשר זה: ³⁷ "גישה לתרבות" ו"השתתפות בחיי התרבות".

"גישה לתרבות" מוגדרת כשוויון הזדמנויות קונקרטי – לרבות יצירת תנאים סוציו-אקונומיים – להשגה חופשית של מידע, ידע, הכשרה והבנה וכן של הנאה מערכי תרבות ונכסי תרבות; "השתתפות בחיי התרבות" מוגדרת כשוויון הזדמנויות קונקרטי המובטח לכול – פרט או קבוצה – לביטוי עצמי חופשי, לתקשר, לפעול ולנטול חלק בפעילות יצירתית לשם פיתוח מלא של האישיות, חיים הרמוניים וקדמה תרבותית של החברה. עולה, אפוא, כי זכות הגישה וההשתתפות כוללת שני מרכיבים מרכזיים: האחד פסיבי באופיו, שעניינו הזכות להיחשף למידע, לרעיונות וכיו"ב; המרכיב האחר הוא אקטיבי באופיו, ועניינו נטילת חלק פעיל בחיי התרבות על ידי פעילות יצירתית והעברתה ("תקשורה") לזולת.

למעשה, המלצה זו עומדת על הקשר שבין שמירה על הזכויות התרבותיות של הפרט והאוכלוסייה לבין ערובות לקיומה של חברה דמוקרטית-מודרנית.³⁸ ההכרה היא באינטרסים של כלל חברי הציבור – כל אחד כפרט בודד – להשתתף בחיי התרבות בדרך זו או אחרת, ועל כן מדובר בזכות אדם של הפרט.³⁹ כפי שיוסבר להלן, המלצה זו מדגישה גם את הפן הכלכלי-חברתי של הזכות,⁴⁰ ומספקת הסבר אפשרי לתכליתה של הזכות להשתתף בחיי התרבות – פיתוח ומימוש של אישיות האדם.⁴¹

סוגיה מרכזית בעניין הזכות להשתתף בחיי התרבות היא הקשר שבינה לבין "חופש היצירה". כאמור, "זכות ההשתתפות" כוללת מרכיב אקטיבי באופיו, שעניינו נטילת חלק בפעילות היצירתית עצמה. כפועל יוצא מההכרה בזכות להשתתף בחיי התרבות כזכות לפעילות יצירתית הוכרה אף הזכות "לחופש היצירה" – החופש הנחוץ למימושה של הזכות לפעילות יצירתית.⁴² כאמור, סעיף 15(3) לאמנה מעגן בנפרד את הזכות לחופש

37 Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It Sec. I Par. 2. (Nov. 26 1976, in UNESCO's Standard Setting Instruments, Sec IV. B.7) (Nairobi Recommendation) עור ראו Marks, שם, בעמ' 599.

38 Marks, לעיל ה"ש 36, בעמ' 576, 600-601.

39 Göran Melander, Article 27, in THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY 429, 430 (Asbjørn Eide et al. eds., 1992).

40 ראו להלן ה"ש 115-118 והטקסט המלווה.

41 תכלית זו של פיתוח האישיות קשורה לזכות האדם לכבוד, שעל פי הפתיח להכרזה האוניברסלית היא היסוד לזכותו של האדם לחירות; ראו Adalsteinsson & Thorhallson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 575-576. חיזוק לכך מצוי בסעיף 22 להכרזה האוניברסלית, ה"ש 1, המעגן את זכותו של אדם למימוש זכויותיו הכלכליות, חברתיות ותרבותיות החיוניות לכבודו ולפיתוח אישיותו, ושלאורו יש לפרש את יתר סעיפי ההכרזה האוניברסלית.

42 בטיוטה מוקדמת לסעיף 27(1) להכרזה האוניברסלית, שם, הוצע לקבוע כדלקמן: "Everyone has

היצירה, ומדגיש שכיבוד חייב להיות מידי בכל המדינות החברות.⁴³ בכך יש להדגיש את החשיבות הרבה המיוחסת לחופש היצירה, בהיותו תנאי הכרחי ומוקדם למימוש הזכות להשתתף בחיי התרבות.

הבהרת תוכנה של הזכות להשתתף בחיי התרבות מחייב לבחון גם את המושג "תרבות". על פי המלצת אונסק"ו מדובר במושג רחב ביותר, שאינו מכון דווקא ליצירות אמנות או לתוצרי האליטה החברתית כגון יצירות המוצגות במוזיאון, אלא גם ליידע, לדרך חיים ולתקשורת.⁴⁴ מכל מקום, המושג הרחב "תרבות" הוא קשה – או בלתי-ניתן – להגדרה מדויקת; וככלל מקובל לכלול בגדרו שפה, ספרות, דת, אמנות, מדע, וכן ידע באופן כללי וכל "מאמץ אינטלקטואלי" (spiritual endeavour).⁴⁵ באופן זה ניתנת למושג

"...the right to participate in the cultural life of the community". לאחר דיונים הוחלט להוסיף את המילה 'freely' לפני המילה 'participate', שכן נטען כי בלא חופש יצירה מלא לא תיחכן יצירה המכבדת את האדם; ראו Adalsteinsson & Thorhallson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 578-579.

43 ראו לעיל ה"ש 20, 30.

44 במבוא להמלצת אונסק"ו, לעיל ה"ש 37, מתואר או מוגדר מושג ה"תרבות" כתופעה חברתית הנובעת מהשתתפות של הפרטים ומשתתף הפעולה ביניהם בפעילות יצירתית. במאמר מוסגר יצוין כי על פי עבודת ההכנה להכרזה האוניברסלית, הכוונה במונח "תרבות" הייתה דווקא לתרבות "עילית", קרי: תרבות כפי שנתפסת על ידי האליטה החברתית; ראו Adalsteinsson & Thorhallson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 579. אף על פי כן דומה כי כיום פרשנות רחבה של המונח "תרבות" היא מובנת מאליה, והפרשנות הצרה והאליטיסטית היא בבחינת אנקדוטה היסטורית. עוד יצוין בהקשר זה כי הביקורת הפוסט-מודרניסטית על ערכי ההשכלה, כפי שנתפסו על ידי החברות המערביות עד למחצית הראשונה של המאה ה-20, הביאה בסופה של המאה ה-20 להעלאת ערכים של תרבויות ולאומים שונים, תוך הדגשת הפלורליזם חוצה הגבולות; ראו CHARLES JENCKS, WHAT IS POST-MODERNISM? 11-12 (4th ed., 1996); מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פורדיגמה מחקרית חדשה" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן צבי ז"ל 545, 579-581 (רוזן שמיר עורך, 1998). כיום, נפקות מרכזית לפרשנות רחבה של המונח "תרבות" כחלק מ"הזכות להשתתפות" נוגעת להכרה בזכויותיהם התרבותיות של קבוצות מיעוט לא מפותחות. בעשור האחרון מתקיים דיון ער בסוגיית ההגנה על תרבות הפולקלור או על הזכויות התרבותיות של מיעוטים אתניים כקבוצה; ראו בעניין זה, לדוגמה, Carol M. Rose, *The Several Futures*, *Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems*, 83 MINN. L. REV. 129; Rodolfo Stavenbagen, *Cultural Rights: A Social Science Perspective*, in ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas eds., 2001 85); John Mugabe, *Intellectual Property Protection and Traditional Knowledge*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 97 (1998) Recommendation on Safeguarding of Traditional Culture and Folklore, in אונסק"ו; ראו UNESCO's Standard Setting Instruments, Sec IV. B (1989). עם זאת, יש לשים לב לכך שזכות "ההשתתפות בחיי התרבות" כזכות אדם חלה ביחס לפרטים באשר הם, ואינה מיועדת להעניק זכויות לקבוצות אתניות שונות; ראו Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 75.

45 Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 74-75. עוד לעניין ההגדרות השונות למושג תרבות ראו Symonides,

"תרבות" משמעות גמישה העשויה לכלול הן אמנות והן מדע, על פי הקשר הדברים.⁴⁶ בהתאם לכך, השמטת המונח "אמנות" מסעיף 15(1) לאמנה – אף שהופיע בהכרזה האוניברסלית⁴⁷ – אינו משקף את העמדה כי אין להכיר בזכות ליהנות מאמנות, אלא את העמדה כי ציון המונח הוא מיותר והואיל ו"אמנות" ממילא נכללת ב"תרבות".⁴⁸ סוגיה נוספת שבעבר הצריכה הבהרה היא אם יש לתחום את תחולתה של הזכות להשתתף בחיי התרבות לתרבותה של קבוצה חברתית כלשהי. סעיף 27(1) להכרזה האוניברסלית קובע כי הזכות היא להשתתף בחיי התרבות "של הקהילה" ("of the community"): מינוח זה החליף את המילים "של החברה" ("of the society"), שהופיעו בטיוטה מוקדמת להכרזה האוניברסלית. כיום, לאור התפיסות הרחבות והפלורליסטיות באשר למושג "תרבות",⁴⁹ העמדה המקובלת היא כי אין לפרש את המונח "קהילה" כמגביל את תחולת הזכות, ועל כן השימוש במונח "קהילה" בהכרזה האוניברסלית הוא מיותר.⁵⁰ בהתאם להשקפה זו אכן הושמט המונח "קהילה" מסעיף 15(1) לאמנה.⁵¹

4. זכות יוצרים כזכות אדם

סעיף 27(2) להכרזה האוניברסלית, ובעקבותיו סעיף 15(1) לאמנה, מעגנים את מעמדן של הזכויות החומריות והמוסריות של היוצר ביצירתו כזכות אדם. על תוכן של גורמות אלה נמתחת ביקורת נוקבת, ועל פיה אין להעלות את זכויות הקניין הרוחני בכלל ואת זכויות היוצרים בפרט לדרגה של זכות אדם אוניברסלית. להלן נסקור בקצרה את הטענות המרכזיות נגד סיווג זכות היוצרים כזכות אדם ואת המענה האפשרי להן; עם זאת, ועל אף הבעייתיות הטמונה בהכרה בזכות היוצרים כזכות אדם, אין לראות הכרה זו כ"תאונה" בלבד.⁵² זכויות האדם המעוגנות במשפט הבינלאומי הפוזיטיבי, המנהגי וההסכמי, הן מחייבות, ועל כן יש להעניק נפקות ותוכן כלשהם לסיווג של זכות היוצרים כזכות אדם. לפיכך, בהמשך נציע פתרון להכרה הפוזיטיבית בזכות היוצרים כזכות אדם – פתרון המתיישב עם הביקורת האמורה. המסקנה שאליה נגיע היא כי תוכנה

לעיל ה"ש 35, בעמ' 179-181. מנקודת מבט אנתרופולוגית הוצע להגדיר "תרבות" כמכלול של הפעילויות הרוחניות והמוחשיות וכן של התוצרים של קבוצה חברתית נתונה, המבחינים בינה לבין קבוצה אחרת; ראו Eide, לעיל ה"ש 35, בעמ' 290.

46 Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 74.

47 "to enjoy the arts...", ראו לעיל ה"ש 13 והטקסט המלווה.

48 Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 75.

49 ראו לעיל ה"ש 44.

50 Adalsteinsson & Thorhallson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 579; Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 76-77.

51 Adalsteinsson & Thorhallson, שם.

52 כפי שהיטיב לבטא זאת תורמנס; ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.

של זכות היוצרים כזכות אדם אינו חופף לתוכן הזכות במשפט הפרטי, וכי למעשה מרכיבים מסוימים בלבד מזכות היוצרים שבמשפט הפרטי הם שנהנים ממעמד מוגן.

(א) הביקורת על סיווגה של זכות היוצרים כזכות אדם

הביקורת על סיווגה של זכות היוצרים כזכות אדם נעוצה בראש ובראשונה בהסתייגות מעצם סיווגן של זכויות קניין כזכויות אדם. להסתייגות זו טעמים שונים כגון הטעם שאין מדובר בזכויות מוחלטות אלא בזכויות הכפופות לאינטרסים ציבוריים;⁵³ טעם שגור אחר הוא שזכות הקניין אינה ראויה להגנה אוניברסלית מכיוון שהיא יוצרת פערים בחברה.⁵⁴ דיון בשאלה אם זכות הקניין היא זכות אדם חורג מדיוננו, אולם מובן כי יש לדיון זה השפעה על השאלה אם זכות היוצרים היא זכות אדם. מלבד הקושי הכללי והראשוני להכיר בזכות הקניין כזכות אדם, עולות השגות ספציפיות בקשר להכרה בזכויות של קניין רוחני כזכויות אדם בשל מאפייניהן המיוחדים. כך, למשל, הגבלת

53 בקליפת אגוז נסביר כי ניתן למיין את זכויות האדם לזכויות שהן חירויות יסוד, שכל בני האדם זכאים להן כגון הזכות לחיים ולחופש, ולזכויות יסוד שכל בני האדם הם בעלי האפשרות לזכות בהן כגון זכות הקניין. חירויות היסוד מהסוג השני עלולות שלא לבוא לידי מימוש כך, למשל, לא כל בני האדם יזכו בפועל בזכות הקניין. מתן אפשרות לכול לזכות בזכות מסוג זה יטיל חובות על החברה, ויצריך נקיטה של פעולות שונות כגון גיוס משאבים. משכך, זכויות אלו אינן אבסולוטיות ומימושן מותנה בהתקיימותם של תנאים שונים כגון הקצאת משאבי המדינה; ראו, LAWRENCE C. BECKER, *PROPERTY RIGHTS, PHILOSOPHIC FOUNDATIONS* 76 (1977). כן ראו WALDRON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 4-5, 20; CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 14.

טענת היסוד נגד הכרה בזכות הקניין כזכות אדם היא שאין זו זכות אוניברסלית ומוחלטת, ורשימת זכויות האדם העולמיות צריכה לשקף זכויות בסיסיות ומוחלטות שלא ניתן לסייגן מעת לעת; ראו CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 6-16; Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS* 13, 25-27 (1998); Michel Vivant, *Authors' Rights. Human Rights?*, 174 *REVUE INTERNATIONALE DU DROIT* 60, 84 (trans. by Margaret Platt-Hommel, 1997). דוגמה לביקורת מהמשפט הישראלי על סיווגה של זכות הקניין כזכות אדם בסיסית, בין היתר משום שהיא גסוגה מפני אינטרסים ציבוריים אחרים, מצויה במאמרו של יוסף מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיונית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח 469, 461 (1997).

54 ראו CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 11; Catarina Krause & Gudmundur Alfredsson, *Article 17 – The Universal Declaration of Human Rights*, in *THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS – A COMMON STANDARD OF ACHIEVEMENT* 359, 359-361, 378 (Gudmundur Alfredsson & Asbjorn Eide eds., 1999). החשש כי ההכרה במעמדה של זכות הקניין תכביד על הסדרת נושאים שונים כגון תכנון ובנייה, יחסי עבודה, מיסוי, וכיצד באלה נושאים הובילו להתנגדות לעיגונה כזכות חוקתית במדינות שונות, דוגמת קנדה; ראו יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 259, 260 (1992).

קיומן של זכויות הקניין הרוחני לפרק זמן מסוים מחזקת את העמדה שאין מדובר בזכויות מוחלטות ועל כן אין מדובר בזכות אדם בסיסית.⁵⁵ להערכתנו, חרף ההשגות הללו ניתן לסווג את זכות היוצרים כזכות אדם מ"דור שני", שהולדתה ברעיונות פוליטיים ובתפיסות משפטיות שהתפתחו בעת החדשה. זכויות האדם המוחלטות לכאורה הן זכויות אדם מ"דור ראשון", שעוצבו במאות ה-18 וה-19.⁵⁶ כך, למשל, הזכויות האזרחיות הבסיסיות – כגון הזכות לחיים, לחירות מעבדות או לחופש תנועה – הן זכויות אדם מהדור הראשון;⁵⁷ הזכויות הכלכליות והחברתיות השונות – כגון הזכות לתנאי מחיה מינימליים⁵⁸ – בדרך כלל מסווגות כזכויות אדם מהדור השני.⁵⁹ הזכויות מהדור השני מתאפיינות בעיקר בכך שהן אינן מוחלטות, ומימושן אכן כפוף לאינטרסים ציבוריים שונים;⁶⁰ זכויות אלה מתאפיינות גם בכך שהן אמצעי למימוש זכויות אדם אוניברסליות אחרות כגון חופש הביטוי או הזכות לכבוד עצמי.⁶¹ סיווג זה עשוי להתאים אף לזכות היוצרים.⁶²

למעלה מכך: כידוע, זכויות האדם הן מטבען יחסיות ולא מוחלטות. ניסוח של זכות אדם כזכות מוחלטת נובע מכך שהיא משקפת עיקרון מנחה ולא כלל ספציפי. יישום העיקרון הטמון בהכרה בזכות אדם כלשהי נעשה תוך הצבת הגבלות על הזכות, אף אם הגבלות אלו לא פורשו בניסוח הזכות.⁶³ לכן, העובדה כי זכות היוצרים אינה מוחלטת

55 Drahos, לעיל ה"ש 53, בעמ' 30.

56 CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 8, 10.

57 ראו סעיפים 6, 8 ו-9, לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 17.

58 ראו סעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2.

59 לדיון בעניין הזכויות החברתיות בפסיקת בית המשפט העליון בישראל ראו, למשל, אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל 79 (בעריכת מנחם מאוטנר עורך, 2000); גיא מונדלק "זכויות חברתיות וכלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון כרך ב 183 (2000); יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון כרך ב 45 (2000). כן ראו בג"צ 5578/02 מגור ג' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004); רע"א 4905/98 גמזו נ' נעמה, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001).

60 לעניין החלוקה של זכויות האדם לדורות שונים, ולנחיתות שמהן סובלות זכויות האדם מהדור השני, ראו שני, לעיל ה"ש 34, בעמ' 302-305.

61 לטענה כי הזכויות הכלכליות החברתיות והתרבותיות כולן הן אמצעי למימוש חירויות האדם הבסיסיות ראו CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 13.

62 Drahos, לעיל ה"ש 53, בעמ' 32; Vivant, לעיל ה"ש 53, בעמ' 78; Peter Drahos, *Intellectual Property and Human Rights*, 3 I. P. Q. 349, 367-371 (1999).

63 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג 369-373 (1994); פנינה להב ודוד קרצ'מר "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?" משפטים 154, 160-164 (1976).

כן ראו Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 79.

וכי מוצבים לה גבולות שונים – לרבות הגבלת זמן – אינם שוללים מראש את האפשרות לסווגה כזכות אדם.

קושי נוסף בסיווגה של זכות יוצרים כזכות אדם נעוץ בכך שסיווג כזה מחייב לכאורה את אימוץ ההשקפה כי מדובר בזכות טבעית, שכן זכויות האדם הן זכויות טבעיות. עמדה זו שנויה במחלוקת: אין די בכך שמשפט הטבע השפיע על עיצובם של דיני הקניין הרוחני, ויש לשאול אם הזכות לקניין רוחני היא טבעית או שמא היא יציר הדין בלבד.⁶⁴ הצדקה רווחת לזכות יוצרים מבוססת על שיקולים תועלתניים כגון שהזכות נועדה לקדם את רווחת החברה בכללותה.⁶⁵ אף שזכות יוצרים מוכרת ככלל ברחבי העולם, קיימים הבדלים משמעותיים ביסודות התאורטיים שעליהם מבוססת הזכות בכל שיטה, ולכן קיים קושי מעשי להתייחס אליה כאל זכות אדם בסיסית.⁶⁶ טענה דומה מושמעת ביחס

64 למשל, ראו את עמדת השופט חשין, שלפיה הקניין הרוחני הוא יציר החוק בלבד, בעניין רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא ייצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 340-339 (1998). לעומתו, השופט זמיר ביכר באותו עניין את ההשקפה כי הקניין הרוחני הוא זכות טבעית; שם, בעמ' 490.

65 לסקירת ההצדקות השונות לזכות היוצרים, ובכללן ההצדקה התועלתית, ראו ע"א 513/89 S/Interlego A נ' Lines Bros S.A – Exin, פ"ד מח(4) 133, 160-167 (1994); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359 (2000); אורית פישמן אפורי היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים 35-29 (2005). כן ראו Wendy J. Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory*, 41 GILLIAN DAVIES, COPYRIGHT AND THE PUBLIC; STAN. L. REV. 1343, 1438 (1989) INTEREST, 7-11 (1994).

66 ראו Vivant, לעיל ה"ש 53, בעמ' 70, 84; Robert L. Ostergard, *Intellectual Property: A Universal Human Right?*, 21 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 156, 161-162 (1999). התאוריות המצדיקות את זכותו הטבעית של היצרן ביצירתו מהוות נרדף מרכזי בדיני זכויות יוצרים במשפט הקונטיננטלי; ראו STEPHEN M. STEWART, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS 6 (1989); ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, MARK A. LEMLEY & THOMAS M. JORDE, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE 4 (1997). במשפט האנגלו-אמריקני נעשה בעבר שימוש בתאוריות הזכויות הטבעיות, בצד השימוש בתאוריה התועלתית, כבסיס להקניית זכות יוצרים; ראו Benjamin G. Damstedt, *Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine*, 112 YALE L. J. 1179, 1179 (2003); Jane C. Ginsburg, *Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information*, 90 COLUM. L. REV. 1865, 1874 (1990); Alfred C. Yen, *The Interdisciplinary Future of Copyright Theory*, in THE CONSTRUCTION OF AUTHORSHIP, TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE 159, 161-162 (Martha Woodmansee & Peter Jaszi eds., 1994); Diane Leenheer Zimmerman, *Information as Speech, Information as Goods: Some Thoughts on Marketplaces and the Bill of Rights*, 33 WM. & MARY L. REV. 665, 690-703 (1992); Stuart. E. Sterk, *Rhetoric and Reality in*

לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות אחרות – שאין להכיר בהן כזכויות אדם מאחר שההצדקה להן אינה נעוצה במשפט הטבעי.⁶⁷ קושי זה בסיווג זכות היוצרים כזכות אדם עשוי היה לבוא על פתרונו אם ניתן היה לאמץ את ההשקפה שההכרה בזכויות אדם שונות מהדור השני – בהן הזכות לקניין ולקניין רוחני – אינו נעוץ דווקא במשפט הטבעי כי אם בגישות תועלתניות.⁶⁸ השקפה זו אינה זוכה לאהדה בספרות.⁶⁹ על כן, נראה כי פתרון לקושי האמור עשוי להימצא בהכרה שזכות היוצרים – ולמצער חלקה שניתן לאפיון כ"גרעין הקשה" וכמכנה המשותף לזכויות הפוויטיביות בשיטות המשפט

Copyright Law, 94 MICH. L. REV. 1197, 1199 (1996); MERGES, MENELL, LEMLEY & JORDE, שם; Gordon, לעיל ה"ש 65. התפנית במשפט האמריקני נעוצה בפסק הדין בעניין *Feist*, שבו נדחתה ההצדקה הטבעית להקניית זכויות יוצרים והודגשה התכלית התועלתית של הזכות; ראו *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991) מסקנה זו התבססה במידה רבה על ההוראה בחוקת ארצות הברית המסמיכה את הקונגרס לחוקק את חוק זכויות יוצרים לשם קידום המדע והאמנות, דהיינו: לשם קידום תועלת החברה; ראו U.S. CONST., art. I § 8, cl. 8. לעומת זאת, באנגליה ובשיטות המשפט המבוססות על המשפט האנגלי, ההצדקות הטבעיות ממשיכות לשמש בסיס להקניית זכות יוצרים; ראו WALTER ARTHUR COPINGER & E.P. SKONE JAMES, CUPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT 27 (15th ed., 2005); *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 W.L.R. 273, 277-278. כן REPORT OF THE COMMITTEE TO CONSIDER THE LAW ON COPYRIGHT AND DESIGNS, 3 (1977) (the Whitford Report). לאחרונה, בית המשפט באוסטרליה, בערכאת ערעור, הכריע כי יש להמשיך ולאמץ את הדין האנגלי הנוהג שלפיו הצדקת העמל הטבעית משמשת מקור להקניית זכויות יוצרים; ראו *Desktop Marketing Systems Pty Ltd. v. Telstra Corp. Ltd.* (2002) 192 A.L.R. 433. לעומת זאת, בית המשפט בקנדה, בערכאת ערעור, נקט לאחרונה גישה ביניים – בין זו האמריקנית לבין זו האנגלית – בקשר ליסודות הנדרשים להקניית זכויות יוצרים; ראו *CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 350.

67 ראו CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 10.

68 ראו CRAVEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 10-12. אכן, יש הסבורים כי זכות היוצרים היא זכות אדם, אף שההצדקה לה נעוצה דווקא בתאוריות התועלתניות (ראילו משפט הטבע מספק הצדקה בעיקר לזכויות המוסריות); ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12-13, 16-17.

69 לסקירה של ההצדקות השונות לזכויות האדם, ולדחיית העמדה שלפיה הגישה התועלתית-כלכלית הטהורה יכולה לשמש הצדקה לזכויות האדם, ראו Jerome J. Shestack, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, in HUMAN RIGHTS: CONCEPTS AND STANDARDS 31, 46 (Janusz Symonides ed., 2000). בהקשר זה מעניין לציין את עמדתו של אדרעי כי יש להבחין בין זכויות חוקתיות "דקלרטיביות", המשקפות את זכויות האדם הטבעיות הקונצנזוסיות, לבין זכויות חוקתיות "קונסטיטוטיוביות", המשקפות זכויות שההצדקה להן תועלתנית ושיקולים של מדיניות ראויה הביאו למעמדם החוקתי המוגן. עוד לשיטתו של אדרעי, זכות הקניין אינה מסווגת כזכות טבעית "דקלרטיבית" כי אם כזכות שההצדקה לה תועלתנית, והיא נועדה לכל היותר להגן על זכויות האדם הדקלרטיביות-בסיסיות; ראו אדרעי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 498-499.

השונות – היא זכות טבעית.⁷⁰ נוסף על אלה, השגה שגורה נוספת על סיווגה של זכות היוצרים כזכות אדם נוגעת לפער שבין דיני זכויות היוצרים הרווחים כיום לבין זכויות וחירויות תרבותיות שונות שעליהן הצהירו המוסדות הבינלאומיים.⁷¹ דוגמה לפער שבין ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם עולמית לבין דיני זכויות היוצרים הקיימים היא ההסדרה של סוגיית ההגנה על יוצרים שלא במדינתם באמנות הבינלאומיות. נטען, כי אם זכות היוצרים היא זכות אדם אזי אין צורך בהתוויית כללים בשאלה אימתי יזכה יוצר להגנה מחוץ למדינתו, שכן הזכות צריכה להינתן לאדם באשר הוא.⁷² פער זה נובע, בין היתר, כתוצאה מכך שהדין הנוהג מוכתב במידה רבה על פי האינטרסים הכלכליים של המדינות המפותחות. הכתבה זו באה לידי ביטוי בכללים נוספים שבדין הנוהג. כך, לדוגמה, עולה הטענה כי דיני הקניין הרוחני אינם מעניקים הגנה לידע מסורתי – שהוא נחלתן של המדינות הלא מפותחות – ולכן הם מפלים לרעה חלק מאוכלוסיית העולם, ובכך נשמת הבסיס המוסרי תחת ההכרה בזכויות אלו כזכויות אדם אוניברסליות.⁷³ מעבר לדוגמאות אלה, בבסיסה של השגה זו עומדת ההשקפה כי באמנות הבינלאומיות המסדירות את ההגנה על הקניין הרוחני ניכרת מגמה המרחיבה את ההגנה על הקניין הרוחני ומגדילה את רשימת הערכים שיהנו מהגנה, וזאת עקב לחצם של בעלי העניין – והדבר אינו מתיישב עם זכויות תרבותיות אחרות שתכליתן הגדלת ההפצה של יצירות.⁷⁴ לפיכך, אף שזכויות היוצרים מוכרות באופן אוניברסלי הן אינן משקפות זכויות אדם

70 בהתאם לכך ניתן לאפיין את ההצדקה לזכות היוצרים כמעורבת, שכן היא מושתתת הן על תאוריות תועלתניות הן על תאוריות בדבר משפט טבע; ראו בעניין זה ההלכות מן המשפט האנגלי, האוסטרלי והקנדי, לעיל ה"ש 67; כן ראו פסח, לעיל ה"ש 65. עוד לטיעון בדבר ההצדקה המעורבת לזכות היוצרים, ואפילו כמשפט האמריקני, ראו Fischman Afori, לעיל ה"ש 24.

71 Peter Drahos, *Edited Transcript Of Discussion – Intellectual Property and the Right to Culture*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 59, 63 (1998); Rochelle Copper Dreyfuss & Diane L. Zimmerman, *Convenors' Introduction: The Culture and Economics of Participation in an International Intellectual Property Regime*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1, 1-9 (1997).

72 Silke Von Lewinski, *Intellectual Property, Nationality, and Non-Discrimination*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 175, 176-177, 188, 193 (1998). צרין כי בצרפת, במקרה אחד, בית המשפט הסיק קיומה של זכות מוסרית לטובת תובע שלא היה אזרח צרפתי מכוח ההכרה האוניברסלית, לעיל ה"ש 1 (בתביעה זו נטען כי זכויות היוצרים בסרט אילם שבו שיחק צ'רלי צ'פלין הופרו בגין הוספת פס קול בלא קבלת רשות); ראו Dessemontet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 115-114 (בהערה 7 – Societe Roy Export Company Establissement et Charlie Chaplin – v. Societe Les Films Roger Richebe, RIDA 28 (July 1960)).

73 ראו Drahos, לעיל ה"ש 53, בעמ' 30-29, Mugabe, לעיל ה"ש 44, בעמ' 111-112. כן ראו לעיל ה"ש 44.

74 ראו Drahos, לעיל ה"ש 53, בעמ' 29-28, Eide, לעיל ה"ש 35, בעמ' 297.

אוניברסליות. כדי שזכות תוכר כאוניברסלית לא די בכך שהיא מוכרת בכל העולם, ונדרש כי יהיו לה גם מאפיינים מוסריים.⁷⁵ המענה המתבקש לטענות אלה – בדומה לאמור לעיל בדבר הכרה בזכות היוצרים כזכות טבעית – הוא שאולי ניתן לזהות בזכות היוצרים המוכרת בדין הפוזיטיבי "גרעין קשה" של מרכיבים, המתיישב עם מכלול האינטרסים המוכרים בסל הזכויות התרבותיות, ואינו משקף דווקא מגמה של הגדלת ההגנה על האינטרסים הכלכליים של בעלי העניין. להלן נעמוד על זיהויו של מרכיב זה בזכות היוצרים.

במאמר מוסגר יצוין כי מכל מהטעמים האמורים נגד ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם, בטיוטה מוקדמת של ההכרזה האוניברסלית לא נכלל סעיף 27(2): סעיף זה הוסף על אף עמדת המדינות המתנגדות – בהן אנגליה וארצות-הברית – כי זכויות היוצרים והזכויות הקרובות להן אינן זכויות אדם;⁷⁶ גם הוספתן של זכויות הקניין הרוחני (ובהן זכות היוצרים) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, משנת 1976 הייתה שנויה במחלוקת.⁷⁷ הסבר נוסף לכריכה הקיימת בהכרזה האוניברסלית משנת 1948 בין זכויות בתרבות, ביצירות ובמדע לבין זכויות אדם עולמיות הוא היסטורי: ההכרה בקניין הרוחני כזכות אדם הוספה להכרזה על אף הכעייתיות המשפטית הטמונה בכך בעקבות מאורעות מלחמת העולם השנייה והדיון הציבורי שנערך לאחריה בדבר קוד מוסרי עולמי שיסדיר את השימוש בפירות המדע ובנכסי תרבות.⁷⁸

(ב) תוכנה האפשרי של זכות היוצרים כזכות אדם

בצד הביקורת האמורה על סיווגה של זכות היוצרים כזכות אדם עדיין עולה השאלה מהי המשמעות של ההכרה בזכות יוצרים כזכות אדם, מה הם קווי הגבול של זכות זו ומהו תוכנה. תשובה אפשרית היא שזכות היוצרים עשויה לכלול מאפיינים המצדיקים את ההכרה בה כזכות אדם אוניברסלית ככל שמדובר במאפיינים ייחודיים לתחום היצירה ולא במאפיינים קנייניים טהורים דווקא;⁷⁹ במילים אחרות: תוכנה של זכות היוצרים

75 ראו Drahos, לעיל ה"ש 53, בעמ' 30.

76 ראו Dessemontet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 117; Adalsteinsson & Thorhallson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 579. לעניין ההתנגדות הכללית להכללת זכויות כלכליות (ובהן גם זכויות קניין) בהכרזה האוניברסלית ראו לעיל ה"ש 53; כן ראו SAMNOY, לעיל ה"ש 22, בעמ' 85-79.

77 ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9. לתיאור מפורט של המחלוקת שנחשורו בנוגע לאימוץ סעיף 15(1)(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, תרבותיות וחברתיות ראו Yu, לעיל ה"ש 4, בעמ' 10-20.

78 ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6-7; Chapman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 131-132. לעניין ההשפעה הכללית שהייתה למאורעות מלחמת העולם השנייה על עיצוב ההכרזה האוניברסלית ראו SAMNOY, לעיל ה"ש 22, בעמ' 79.

79 בהקשר זה רלבנטי לציין כי זכות הקניין אינה מגינה ברשימת זכויות האדם באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, וכך יש אולי כדי לחזק את העמדה כי זכות היוצר ביצירתו מוכרת

המוכרת כזכות אדם אינו חייב להיות זהה לתוכנה של זכות היוצרים המוכרת במשפט הפרטי והפוזיטיבי, וייתכן כי ניתן לבדוד מתוך הזכות שבמשפט הפרטי מרכיבים שמעמדם הנפרד מצדיק לראותם כזכות אדם. עמדה זו קיבלה לאחרונה חיזוק משמעותי במסמך פרשני של האו"ם הן בתוכנו של סעיף 15(c)(1) לאמנה. במסמך זה נכתב כי היקף ההגנה על האינטרסים החומרים והמוסריים של היוצר על פי סעיף 15(c)(1) לאמנה אינו חייב לחפוף את זכויות הקניין הרוחני הממוסדות, המעוגנות באמנות בינלאומיות ובחוקיהן של המדינות.⁸⁰

אחת התאוריות המבססות את זכותו הטבעית של יוצר ביצירתו היא תאוריית האישיות. על פי תאוריה זו, יש להכיר בזכותו הטבעית של אדם לשלוט בנכסים שונים שכן שליטה זו מעניקה ביטוי לאישיותו ולרצונו הפנימי, והיא נחוצה למימוש של חירותו, של ביטחונו ושל האוטונומיה שלו כאדם.⁸¹ כדי להבטיח פיתוח עצמי ראוי הפרט נזקק לשליטה על משאבי הסביבה, ולעתים הגדרתו העצמית מתגבשת באמצעות אובייקטים החיצוניים לו.⁸² כמובן זה, הכרה בזכות הקניין היא מענה לציפיותיו של אדם להמשך שליטתו על זהותו החיצונית.⁸³ כוחה של תאוריית האישיות להצדיק זכויות קניין ביחס לנכסי מיטלטלין ומקרקעין הוא מוגבל, ונפקותה בשדה הקניין המוחשי היא ביחס לנכסים ספציפיים שמקובל וסביר שבני אדם יפתחו קשר אישי עמם כגון בית מגורים, טבעת נישואין וכיוצא באלה.⁸⁴ לעומת זאת, תאוריית האישיות משמשת הצדקה מרכזית להכרה בזכות היוצרים, שכן היצירה היא נכס ייחודי שבאמצעותו היוצר מבטא את הווייתו הפנימית. במקרים רבים היצירה משקפת את ביטוי האישי של היוצר, את רצונו ואת זהותו בעולם החיצון, ולפיכך יש להעניק ליצר שליטה על היצירה, המהווה

זכות אדם בשל מאפייניה האחרים, הבלתי-קנייניים. עם זאת, זכות הקניין – כמו גם זכות היוצר ביצירתו – מכרות בהכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 1. עוד בעניין זה ראו להלן ה"ש 123-128 והטקסט המלווה.

80 ראו, Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, Thirty-fifth session (2005), GENERAL COMMENT NO. 17 (2005) The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author of (article 15, paragraph 1 (c), of the covenant), E/C.12/GC/17, par. 2. (12 January 2006).

81 ראו Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 957-959 (1993) וכן ראו MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY, 44-48 (1982); WALDRON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 377-378.

82 ראו Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L. J. 287, 333 (1988) וכן ראו WALDRON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 352-355; Radin, לעיל ה"ש 81, בעמ' 961-962.

83 Radin, שם, בעמ' 968; Hughes, לעיל ה"ש 82, בעמ' 333.

84 Radin, שם, בעמ' 986-988; RADIN, לעיל ה"ש 81, בעמ' 51-56.

ביטוי חיצוני של אישיותו.⁸⁵ כך, למשל, תאורית האישיות היא נדבך מרכזי בהצדקות לזכות היוצרים במשפט הקונטיננטלי.⁸⁶

זיקה בין זכות היוצרים לבין תאוריית האישיות, שלפיה זכות היוצרים מגנה על ההשתקפות החיצונית של אישיות היוצר ביצירתו, עשויה להצדיק את ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם.⁸⁷ ההכרה בצורך להגן על הזיקה האישית שבין היוצר ליצירתו הובילה בשיטות משפט רבות להקניית זכויות (פוזיטיביות) אישיות ליוצר היצירה, אף אם העביר את זכות היוצרים ביצירה לאחר. זכויות אלה מכונות "זכויות מוסריות", ובדרך כלל הן כוללות את הזכות לייחוס היצירה ליוצרה ואת הזכות לאיסלוף היצירה ולשלמותה.⁸⁸ הזכויות המוסריות מעניקות הגנה ליוצר מפני פגיעות אישיות שונות, וייתכן שנכון יותר לסווגן כזכויות בנזיקין המגנות מפני עוולות אזרחיות, ולא דווקא כזכויות קניניות.⁸⁹ לכן לא מתעורר קושי לסווג את ההיבטים הבלתי-קנייניים של זכות

85 רעיון זה מיוחס בספרות המשפטית בעיקר להוגה הרעיון הגל; ראו HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHTS (translated with notes by T. M. Knox, 1942). לסקירה תמציתית של משנתו של הגל ראו HUNTINGTON CAIRNS, LEGAL PHILOSOPHY FROM PLATO TO HEGEL 517-523 (1967). לעניין הצדקת זכות היוצרים על ידי התאוריה שפיתח הגל ראו PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY 73-90 (1996). כן ראו WALDRON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 20; Sterk, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1239-1242; Hughes, לעיל ה"ש 82, בעמ' 332-338. לא בכל יצירה משתקפת אישיותו של המחבר, ולכן יש שניסו לפתח כללים שיסייעו בתחומת החלקים הראויים להגנה שביחס אליהם אכן קיים אינטרס אישי מיוחד למחבר; ראו J.H. Spoor, W.R. Cornish & Peter F. Nolan, *Copies in Continental Copyright*, in COPIES IN COPYRIGHT 14-15, 55 (1980); DAVID SAUNDERS, *AUTHORSHIP AND COPYRIGHT* 117-118 (1992); Russell J. DaSilva, *Droit Moral and the Amoral Copyright: A Comparison of Artists' Rights in France and United States*, 28 BULL. COPYRIGHT SOC'Y 1, 10-11 (1980).

86 ראו לעיל ה"ש 66.

87 Drahos, לעיל ה"ש 53, בעמ' 31.

88 שתי זכויות אלו מעוגנות בסעיף 6א לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, 1886 (כתב מתוקן: שטוקהולם, 10 ביולי 1967), כ"א 21, 581 (להלן: "אמנת ברן"), ובישראל בסעיף 4א לפקודת זכות יוצרים, חא"י כרך א' 364.

89 את הזכות המוסרית, המגנה על היוצר מפני פגיעות "אישיות", ניתן להשוות להגנה על הפרטיות (סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128) או להגנה מפני הוצאת לשון הרע (סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240), ועל כן סיווגה המתאים יותר הוא כזכות בנזיקין (המעניקה הגנה מפני עוולה אזרחית) מאשר כזכות קניין. לתמיכה בהשקפה זו ראו Dane S. Ciolino, *Moral Rights and Real Obligations: A Property-Law Framework for the Protection of Authors' Moral Rights*, 69 TUL. L. REV. 935, 958-959 (1995). בהקשר זה יש לציין כי מאפיין נוסף של הזכות המוסרית, העשוי לגרוע מסיווגה כזכות קניין, הוא אי-עבירותה: זכויות הקניין הן עבירות מטבען. עם זאת, חשיבותה של העבירות לשם סיווג זכות כקניינית שנויה במחלוקת, ולעתים עבירותה של הזכות הקניינית אינה מוחלטת. לעניין מרכיב העבירות כחלק מזכות

היוצרים כזכות אדם.⁹⁰ בהקשר זה יצוין כי בשיטות משפט רבות, בהן השיטה האנגלו-אמריקנית, דיני זכויות היוצרים ממילא נוהגים על פי השיטה הדואלית, היינו: קיימת בהן הפרדה בין זכויות מוסריות לבין זכויות "כלכליות".⁹¹ למעלה מכך: תאוריית האישיות משפיעה על התפתחותה של זכות היוצרים אף מעבר להכרה בזכויות המוסריות. הזכויות הכלכליות השונות הנכנסות בגדרה של זכות היוצרים (כגון הזכות הבלעדית להעתיק את היצירה או להפיק על בסיסה יצירות נגזרות) משמשות אף הן להגנה על האינטרסים האישיים של היוצר ולא רק לשם גריפת רווח.⁹² לדוגמה,

הקניין בכלל ראו יהושע ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" משפטים יא 41, 71 (1981); יהושע ויסמן "בעלות", "נכסים" ועבירות של זכויות קנייניות: ליבונה של מחלוקת הפרקליט לט 231 (1989). תכונת העבירות של זכויות הקניין נובעת מכך "שאין הזכות הקניינית קשורה קשר הדוק באישיותו המסוימת ובמעמדו האישי של בעליה", ראו ויסמן, שם. לעניין הגבלת העבירות של זכות כחלק מההגנה על אישיותו של בעל הזכות, ראו Margaret Jane Radin, *Market Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987); Neil Netanel, *Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law*, 12 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1 (1994); Neil Netanel, *Copyright Alienability Restrictions And The Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation*, 24 RUTGERS L. J. 347 (1993).

עוד בהקשר זה נציין כי המלומדים קלברוי ומלמד סבורים כי לעתים יש להגביל בחוק את יכולת העבירות של זכות קניין משיקולים תועלתיים גרידא כגון הכרעה פטרנליסטית בנוגע לטובת הכלל; ראו Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Indalienability: One View of The Cathedral*, 85 HAR. L. REV. 1089, 1112-1113 (1972).

חיוק לעמדה כי ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם נובעת מהזיקה האישית בין היוצר ליצירתו מצוי בטיטוה מוקדמת להכרזה האוניברסלית, שבה התמקד הסעיף בזכותו המוסרית של המחבר כזכות אדם; ראו Vivant, לעיל ה"ש 53, בעמ' 92. בהקשר זה ניתן להפנות גם לסעיף 22 להכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 1, המעגן את זכותו של אדם לממש את זכויותיו הכלכליות, החברתיות והתרבותיות החיוניות לכבודו ולפיתוח אישיותו. יצוין, כי אף ההצדקה להכרה בזכות הקניין הכללית כזכות אדם עשויה להיות נעוצה בתאוריית האישיות, שעל פיה האדם נזקק לשליטה על נכסים אישיים שונים לשם השגת ביטחון ועצמאות. בעניין זה ראו לעיל ה"ש 80-82 והטקסט המלווה; כן ראו מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 302 (2002); JAMES W. NICKEL, MAKING SENSE OF HUMAN RIGHTS: PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS 152 (1987).

אף דיני זכויות היוצרים בצרפת נוהגים על פי השיטה הדואלית. לעומת זאת, במשפט הגרמני דיני זכויות היוצרים נוהגים על פי השיטה המוניסטית, שאינה מבחינה בין הזכויות המוסריות לאלה הכלכליות; ראו Paul Edward Geller, *International Copyright: An Introduction*, in 1 INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE (Paul Edward Geller general ed., 2002).

לעניין זה ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 93-95. לעמדה כי האינטרסים האישיים מקבלים הגנה באמצעות הזכויות "הכלכליות" השונות ראו גם Paul Goldstein, *Adaptation Right and Moral Rights in the United Kingdom, The United States and The Federal Republic of*

היוצר עשוי לבקש למנוע הפקת של עותקים מרובים מיצירתו כדי להימנע מזילותה (ואגב כך למנוע פגיעה אישית בו ובמוניטין שלו כיוצר); דוגמה אחרת היא כי יוצר יבקש למנוע הפקת של יצירות חדשות המתבססות על יצירתו (יצירות נגזרות) משום שלדעתו הדבר יעוות את המסר שביקש להעביר ביצירתו, או יגרום לזילות של יצירתו (ומכאן גם לפגיעה בשמו הטוב כיוצר). התוצאה היא שיש לתאוריית האישיות משקל של ממש בהצדקות לזכות היוצרים, וזאת בניגוד למשקלה בהצדקות לזכויות הקניין "הרגילות" באשר לנכסי מיטלטלין ומקרקעין. במילים אחרות: זכות היוצרים אמנם מאופיינת בזכות קניין, אולם טיב הנכס המוגן על ידה – יצירתו של אדם – משפיע על השיקולים שיש לשקול בבואנו לבחון את כוחה ומעמדה של הזכות. מיקוד ההכרה במעמדה של זכות היוצרים (הכוללת את הזכויות המוסריות והזכויות הכלכליות) כזכות אדם בכל הנוגע להיבט השמירה על אישיות היוצר מתיישבת עם ההשקפה שמוצדק ככלל להכיר בזכות הקניין כזכות אדם – ככל שהיא נועדה לשמור על כבודו של האדם, ולא דווקא מפאת הצורך לשמור על מה ש"יש" לאדם מפני פגיעה.^{93, 94}

Germany, 14 INT'L REV. INDUS. PROP. & COPYRIGHT L. 43, 45-46, 49-50, 53-54 (1983); Paul Edward Geller, *Must Copyright Be For Ever Caught Between Marketplace and Authorship Norms?*, in OF AUTHORS AND ORIGINS, ESSAYS ON COPYRIGHT LAW 159, 193-195 (Brad Sherman and Alain Strowel eds., 1994); Henry Hansmann & Marina Santilli, *Authors and Artists Moral Rights: a Comparative Legal and Economic Analysis*, 26 J. LEGAL STUD. 69, 112-113 (1997); Jane C. Ginsburg, *Copyright Legislation for the "Digital Millenium"*, 23 COLUM-VLA J. L. & ARTS 137, 159 (1999); Justin Hughes, *Suppression and Liberty: The Line Between Work And Framework, Text And Context*, 19 Merges, Menell, Lemley & Jorde ; CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 19, 30-32 (2001) לעיל ה"ש 66, בעמ' 438; Netanel, *Alienability Restrictions and the Enhancement of Author* ; 438 בעמ' 44-42. *Autonomy in United States and Continental Copyright Law*, לעיל ה"ש 89, בעמ' 44-42.

93 לדין בשאלה מה הם הצידוקים להכרה במעמדה המוגן של זכות הקניין – שמירה על כבוד האדם (וצדק חלוקתי) או שמירה על רכושו של אדם מפני נטילה – ראו, לדוגמה, Frank I. Michelman, *Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property*, 72 IOWA L. REV. 1319 (1987). כן ראו דין בנושא אצל ברק: אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד 357, 368 (1998); דויטש, לעיל ה"ש 90. עוד לעניין הזיקה בין זכות היוצרים והשמירה על כבודו של האדם ראו להלן בחלק השני פרק ב' סעיף (ב) הכרה במעמד חוקתי).

94 בהקשר זה נציין, במאמר מוסגר, כי הסבר נוסף להכללתן של זכויות כלכליות שונות (בהן זכות היוצר ביצירתו) בהכרה האוניברסלית, למרות ההתנגדות שהייתה לכך, נעוץ בתובנה כי יש לזהות אזורים בשדה הכלכלי שבהם שיקולים מוסריים חזקים מספקים הנחיה הן להתנהגות הפרט והן להתנהגות מוסדית. על פי תפיסה זו, באזורים אלו לא ראוי לבסס החלטות אך ורק על פי מונחים של רווח כלכלי; ראו NICKEL, לעיל ה"ש 90, בעמ' 49. במילים אחרות, זכות האדם ה"כלכלית" נועדה להעשיר את השיקולים השונים שיש לשקול בעיצוב הנורמה הקונקרטית על ידי הוספת רובד מוסרי

נעיצת ההצדקה להכרה בזכות היוצרים כזכות אדם בויקתה לתאוריית האישיות מחייבת הערה לעניין זכויות הקניין הרוחני האחרות. קיים שוני רב במידת ההשפעה שיש לתאוריית משפט הטבע בכלל ולתאוריית האישיות בפרט על ההכרה בזכויות הקניין הרוחני השונות, כגון זכות היוצרים וזכות הפטנט. לכן, אין להתייחס אל זכויות הקניין הרוחני כמקשה אחת אלא יש לבדוק את ההצדקות התאורטיות של כל זכות ותת-זכות בפני עצמה.⁹⁵ כך, לדוגמה, בבסיס ההצדקה להכרה בזכות היוצרים עומדות כאמור גם הצדקות מתחום משפט הטבע ותאוריית האישיות,⁹⁶ בעוד שההכרה בזכות הפטנט מושתתת בעיקרה על הצדקות תועלתניות.⁹⁷ לפיכך הועלתה ההבחנה כי אם זכות היוצרים תוכר כזכות אדם אך זכות הפטנט לא תוכר ככזו, יש בכך כדי להגיש שההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם אינה נובעת דווקא ממאפייניה הקנייניים אלא מויקתה לפעילותו המקורית/יצירתית של אדם ומההשלכה שיש לפעילות זו על אישיותו.^{98, 99}

לזה התועלתני. מכאן, שבעיצוב הנורמה הפנימית יש לנסות וליישב בין השיקולים השונים עד למציאת האיזון הראוי, ולא לדחות כליל את השיקולים המוסריים.

95 Drahos, לעיל ה"ש 53, בעמ' 30-31.

96 ראו לעיל ה"ש 66 ו-70.

97 WILLIAM R. CORNISH, INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHTS, TRADEMARKS AND ALLIED RIGHTS 129 (4th ed., 1999); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 37-39 (6th ed., 2003); Edmund W. Kitch, *Property Rights in Inventions, Writings, and Marks*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 119, 121 (1990); Arnold Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, 1 ECONOMICA 30, 32 (1934).

98 וראו Vivant, לעיל ה"ש 53, בעמ' 74-76, 88-90. לעמדה כי אין להכיר בזכות הפטנט כזכות אדם, בשל הצדקתה הבסיסית על ידי גישות תועלתניות בלבד, ראו Rochelle Cooper Dreyfuss, *Patents and Human Rights: Where is the Paradox?*, available at www.ssrn.com/abstract=929498. לעומת זאת, ממסמך הפרשנות של האו"ם לסעיף 15(1)(c) לאמנה עולה במפורש כי אף פטנטים נופלים בגדר הסעיף, שכן נכתב בו שהערך המוגן בזכות האדם המדוברת כולל תוצרים מדעיים (scientific productions), וברשימת הדוגמאות הממחישות נכללו המצאות (=innovations); ראו GENERAL COMMENT NO. 17, לעיל ה"ש 80, סעיף 9. כמו כן, בהמשך מסמך זה מודגש הצורך לערוך איזון בין זכות הפטנט כזכות אדם לבין זכויות אדם מתנגשות כגון הזכות לבריאות; ראו שם, בסעיף 35.

99 במאמר מוסגר נציין כי הסתייגות מיוחדת – להכיר דווקא בזכות הפטנט כזכות אדם – נעוצה אף בכך שלעתים קרובות זכות זו מגבילה את השימוש החופשי בצרכים החיוניים לחייו ובריאותו של אדם, ואילו זכות היוצרים בדרך כלל איננה חורצת גורלות. זכות הגישה לידע היא חשובה עד כדי כך שיש הטוענים כי אין הצדקה להכרה בזכויות קניין רוחני כזכויות אדם טבעיות אם אלו מגבילות את אפשרות השימוש בידע החיוני לחיי האדם. דוגמה שכחה לכך היא זכות הפטנט על תרופה אשר מרעה באופן יחסי, את מצבם של חולים שידם אינה משגת לרכוש את התרופה. עם זאת, בעיית הגישה לידע החיוני לחיי האדם אינה מתעוררת בדרך כלל בנוגע לזכות יוצרים, ולכן נטען כי ההכרה בזכויות קניין רוחני כזכויות אדם לא צריכה להיעשות כמקשה אחת אלא בהתאם למידת הפגיעה

אם ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם אכן נובעת מתאוריית האישיות, מתעורר קושי בכל המקרים שבהם זכות היוצרים איננה מגנה בפועל על אישיות היוצר. הכוונה, למשל, למקרים שבהם זכות היוצרים אינה מצויה בבעלות היוצר,¹⁰⁰ או למקרים שבהם מדובר בהפקה של יצירה "תעשייתית" שאינה מערבת כל ביטוי אישי.¹⁰¹ ניתן ליישב קושי זה בכך שאין מניעה להכיר בזכות היוצרים כזכות אדם רק במקרים שבהם היא משרתת אינטרס "אישיותי" של היוצר;¹⁰² דהיינו: במקרים שבהם זכות היוצרים אינה משרתת אינטרס "אישיותי" של היוצר תיוותר רק ההגנה מן המשפט הפרטי, בלא הערך המוסף שממנו נהנות "זכויות האדם". עמדה זו מקבלת חיזוק במסמך הפרשני של האו"ם בשאלת תוכנו של סעיף 15(1)(c) לאמנה, שבו נכתב כי המוטב של זכות האדם המדוברת הוא אדם טבעי (או קבוצת אנשים) – במובחן מאישיות משפטית מלאכותית (תאגיד).¹⁰³ פרשנות זו מחזקת את עמדתנו שכן רק לאדם טבעי יש אינטרסים אישיותיים. עולה, אפוא, כי ההכרה בזכות יוצרים כזכות אדם היא עניין יחסי ולא מוחלט, ועצמת ההכרה בה תשתנה ממקרה למקרה בהתאם לטיב היצירה המדוברת (מידת היותה ביטוי אישי/ יצירתי) ולזהות של בעלי הזכויות ביצירה.¹⁰⁴ כך, תוכנה של זכות היוצרים המוכרת כזכות אדם אינו צריך לחפוף לתוכנה של הזכות המוכרת במשפט הפרטי, וניתן לבדוד מרכיבים מהזכות המוכרת במשפט הפרטי ולהעניק רק להם מעמד מוגן. מסקנתנו זו תשמש בהמשך באיזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות, שכן בכל מקרה נתון יהיה צורך להעריך את מידת קיומו של אינטרס מתחום זכויות האדם ביחס לזכות היוצרים הפוזיטיבית שמבקשים לאכוף.

בצרכי אדם חיוניים; ראו Robert L. Ostergard, *Intellectual Property: A Universal Human Right?*, 21 HUM. RTS. Q. 156, 161, 169, 175-176 (1999) הפטנטים בנוגע לבריאות האוכלוסייה בעולם ראו גם Silvia Salazar, *Intellectual Property and the Right to Health*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 65 (1998) טענה נוספת היא כי זכויות הקניין התעשייתיות, ובכלל זה זכות הפטנט, מגדילות את הפערים בין המדינות המפותחות לבין המדינות הנחשלות והמתפתחות, או למצער מנצחות פערים אלה; ראו Eide, לעיל ה"ש 35, בעמ' 297-298.

100 Vivant, לעיל ה"ש 53, בעמ' 94.

101 כגון קטלוגים מקצועיים, תוכנות מחשב וכיוצא באלה. להבחנה בין יצירה "אמנותית" לבין יצירה "שימושית", ולשוני במידת האינטרס האישי הקיים בנוגע לכל אחד מסוגי היצירות, ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 157-161, 276-272.

102 יישום זכויות אדם יסודיות באופן "מדורג" אינו כה חריג. כך, למשל, אף הזכות לחופש ביטוי מיושמת ב"עצמה" שונה בהתאם לסוג הביטוי; ראו Vivant, לעיל ה"ש 53, בעמ' 100-102.

103 ראו GENERAL COMMENT No. 17, לעיל ה"ש 80, סעיף 7. יצוין, כי במסמך זה לא ניתן הסבר תאורטי למסקנה זו; המסקנה נתמכה בלשון האמנה, הנוקטת את מונח "מחבר", ומתוך התחקות משוערת אחר כוונת מנסחי האמנה.

104 Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.

מעבר למסקנות אלה בדבר סיווגה של זכות היוצרים כזכות אדם, ניתן להכיר במעמדה זה של הזכות באמצעות שיוכה לקבוצת זכויות אדם שעניינן קידום הזכויות הכלכליות-חברתיות של הפרט. בכך נדון בפרק הבא.

5. הזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות ובידולן מחופש הביטוי ומזכות הקניין

לאחר שעמדנו על מהותן של הזכות להשתתף בחיי התרבות וזכות היוצרים כזכויות אדם, מתעורר הצורך להבחין בין לבין זכויות אדם יסודיות אחרות שאולי טומנות בחובן הגנה על אותם אינטרסים ממש. כך, למשל, מתעוררת השאלה אם ההכרה בזכות היוצרים ובזכות "הגישה וההשתתפות" כזכויות אדם אינה מיותרת אל נוכח ההכרה שבהכרזה האוניברסלית במעמדן המיוחד של זכות הקניין הכללית וחופש הביטוי.¹⁰⁵ כפי שיוסבר להלן, מסקנתנו היא שאפשר וצריך להבחין בין הזכויות התרבותיות לבין יתר הזכויות, וזאת מכמה סיבות: ראשית, ניתן להצביע על הבדלים בין האינטרס המוגן על ידי הזכויות התרבותיות לבין זה המוגן באמצעות זכות הקניין וחופש הביטוי; שנית – ודומה שבזאת העיקר – הבידול של הזכויות התרבותיות מזכות הקניין וחופש הביטוי נעוץ בסיווגן כזכויות כלכליות-חברתיות ולא כזכויות אזרחיות-פוליטיות.¹⁰⁶ נסביר ביתר פירוט.

(א) זכות "הגישה וההשתתפות" וחופש הביטוי

זכות ההשתתפות בחיי התרבות חובקת זכויות-משנה רבות כגון הזכות לביטוי עצמי, הזכות לקבל מידע והזכות להשתמש בשפה. כל זכויות-המשנה הללו מאפשרות לנהנה מהן להשתתף בחיי התרבות שבקהילתו. זכויות אלה חוסות תחת הגנתן של זכויות אדם אחרות, ולכן יש לעמוד על מהותה העצמאית של הזכות להשתתף בחיי התרבות. כך, למשל, עולה השאלה אם ניתן לממש את הזכויות התרבותיות המבטיחות "גישה והשתתפות" – לפחות באופן חלקי – באמצעות שמירה על חופש הביטוי.¹⁰⁷ בהכללה ניתן לומר שחופש הביטוי נועד, בין היתר, להגן על אינטרס הציבור בגישה למידע כחלק מהתהליך הדמוקרטי והחתירה לגילוי "האמת", וכן להגן על אינטרס הפרט להביע דעתו

105 סעיף 17 להכרזה האוניברסלית, לעיל ה"ש 1, מעגן את מעמדה של זכות הקניין, וסעיף 19 להכרזה האוניברסלית מעגן את מעמדו של חופש הביטוי. בהקשר דברים זה ניתן לציין שקיימת חפיפה בין זכויות האדם השונות במקרים נוספים.

106 להבדל בין סוגי הזכויות השווה בין האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2, לבין האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 17. לבחינה ביקורתית של ההבחנה בין סוגי הזכויות ראו מונדלק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 212-216.

107 Chapman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 140; Christine Steiner, *Intellectual Property and the Right to Culture*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 43, 48-49 (1998).

כחלק מהגשמתו העצמית.¹⁰⁸ לכן, ככלל, חופש הביטוי עשוי להגן על אינטרסים של גישה לתרבות והשתתפות בחיי התרבות והיצירה. עם זאת, קיימים לפחות שני נימוקים התומכים בכך שהזכות להשתתף בחיי התרבות אינה נבלעת במלואה בחופש הביטוי ועל כן טעונה הכרה והגנה משל עצמה.

הנימוק הראשון הוא שלא קיימת חפיפה מלאה בין הערכים המוגנים בשתי הזכויות. ההבדל ביניהם נעוץ בחופש היצירה שהוא, כאמור, חלק הכרחי ומקדמי בזכות להשתתף בחיי התרבות.¹⁰⁹ אף שלעתים רבות היצירה מהווה אמצעי להבעת דעה, חופש היצירה אינו נכלל במלואו בחופש הביטוי, מטעמים שונים – למשל, אופיין של יצירות מסוימות כנעדרות "ביטוי" או "מסר", כמשמעם בעקרון חופש הביטוי.¹¹⁰

108 ראו ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 8-23 (1985); FREDERICH SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 15-86 (1982).

109 ראו לעיל ה"ש 42-43 והסקט המלווה.

110 אמנם הביטוי "הפוליטי" מצוי בלב חופש הביטוי, אולם קיימים מעגלי ביטוי נוספים שיקבלו מידות שונות של הגנה, ובהם "הביטוי האמנותי". כך, למשל, נקבע בישראל כי יש לפרש את חופש הביטוי ככולל חופש ביטוי אמנותי; ראו ברק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 374-376; אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ 5, 6, 11 (1991); בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987). עיגון להכללת הביטוי האמנותי בחופש הביטוי הרחב קיים אף בשיטות משפט אחרות, בהלכה או בחוק. להלכות השונות בארצות-הברית בעניין זה ראו JOHN HENRY MERRYMAN & ALBERT E. ELSSEN, LAW, ETHICS, AND THE VISUAL ARTS 276-277 (1987); להלכה בדין האירופי ראו Muller v. Switzerland E.H.R.R. 212, 225 13 (1988); באנגליה ראו Constitution Act (1982) Schedule Human Rights Act 1998 sec. 12(4); בקנדה ראו Aubry v. Editions, Vice-Versa Inc. [1998] 1 S.C.R. 591 (par. 55); בגרמניה ראו BARENDT, לעיל ה"ש 108, בעמ' 35; Article 5, Basic Law. עם זאת, וחרף הכללת הביטוי האמנותי בגדר חופש הביטוי, עלתה הטענה כי לעתים יצירות מסוימות אינן כוללות כל ביטוי, מילולי או בלתי-מילולי, כמשמעם בעקרון חופש הביטוי, שכן היצירה אינה מעבירה כל רעיון מוגדר, מסר או יידע – ובמקרים אלו חופש היצירה לא יוגן במלואו על ידי חופש הביטוי. למעשה, הטענה היא כי יש להבחין בין החלת חופש הביטוי על חופש הביטוי האמנותי לבין החלת חופש הביטוי על חופש היצירה באשר היא. חופש הביטוי האמנותי מערב ביטוי כלשהו, ולפיכך פרשנות חליתית מאפשרת להכלילו בעקרון חופש הביטוי הרחב; לעומת זאת, חופש היצירה אינו מערב בהכרח ביטוי כפשוטו, ולפיכך הכללתו בחופש הביטוי אינה מובנת מאליה; ראו Paul Kearns, *Postmodernism: A Critical Guide*, in THE LEGAL CONCEPT OF ART Appendix, Essay 1, 174-175 (1998). Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions In Intellectual Property Cases*, 48 DUKE L. J. 147, 210 (1998). השאלה אם חופש הביטוי והבעת הרעה כולל אף את חופש היצירה עוסקת בתיחום היקפה של הזכות לחופש ביטוי, כמובחן משאלת ההגנה על חירות אלה; ראו ברק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 371-377. השאלה היא למעשה מה נכלל בגדר המושג "ביטוי", והאם יצירות הנעדרות רעיון מוגדר עונות על הגדרתו של "ביטוי"; ראו BARENDT, לעיל ה"ש 108, בעמ' 37-67. כאמור לעיל בה"ש

יצירות כאלה, הנעדרות "ביטוי" ו"מסר", עשויות להיכלל במושג הרחב "פעילות יוצרת", כמשמעו בעקרון חופש היצירה.¹¹¹ אף על פי כן, יש להודות כי תכלית ההגשמה העצמית שבחופש הביטוי יוצרת השקה בינו לבין חופש היצירה,¹¹² ולפיכך הקשר בין שתי החירויות הללו הוא הדוק. לכן, הוצע להתייחס ל"זכות ליצור" כאל זכות "לחופש ביטוי" בשינויים המחויבים.¹¹³ התוצאה היא שניתן לראות את הזכות להשתתף בחיי התרבות – הכוללת את חופש היצירה – כסוג של חופש ביטוי, המערב אינטרסים ייחודיים לתחום היצירה. ההפרדה של זכות הגישה וההשתתפות מחופש הביטוי הכללי מאפשרת להעניק את מלוא הנפקות לאינטרסים הייחודיים לתחום היצירה.¹¹⁴

108 ובטקסט המלווה, קיימות הצדקות שונות לחופש הביטוי, וכל הצדקה מובילה להגדרה אחרת של המונח "ביטוי"; ראו Barendt, שם, בעמ' 23-8, 37-41, SCHAUER, לעיל ה"ש 108, בעמ' 91. 111 ראו לעיל ה"ש 20. לעניין התפיסה הרחבה של המושג "תרבות" ראו גם לעיל ה"ש 44-48 והטקסט המלווה. כך, לדוגמה, ציור ובו אלמנטים פשוטים כגון קו ועיגול, ציור אבסטרקט, ואולי אף "דף חלק" המוצג על קיר המוזיאון ברוח האמנות הפוסט-מודרניסטית – כל אלה בהחלט נתפסים כ"פעילות יוצרת" המוגנת באמצעות חופש היצירה; השאלה היא אם אף חופש הביטוי יגן על פעילות יוצרת זו.

112 להצגת טיעון זה וכן לטענת החולקים עליו ראו Fiona Macmillan Patfield, *Towards a Reconciliation of Free Speech and Copyright*, Y. B. MEDIA & ENT. L. 1996 199, 206 (1996).

113 Dessemontet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 117. 114 לעתים עשוי להיות שוני במסקנה שאלה נגיע אם נבחן את אותו מצב דברים במשקפי חופש הביטוי או במשקפי חופש היצירה. דוגמה לכך היא בעובדות פסק הדין בעניין Muller v. 13 (1988) Switzerland E.H.R.R. 212. במקרה זה דובר בציור תועבה שהוסר מתערוכה שנערכה בשווייץ, בהתאם לחוק כנגד הפצת דברי תועבה. לכאורה מדובר בדילמה הרגילה של חופש הביטוי – האם יש לאפשר הפצה של דברי תועבה בשם חופש הביטוי או שמא מוצדק להציב גבולות לחופש זה. בית הדין האירופי קבע כי חופש הביטוי אינו מוחלט, ומוצדק להגבילו לשם מניעת הפצה של דברי תועבה, שם בעמ' 226-229. בכך אין משום חידוש רב, וראו Barendt, לעיל ה"ש 108, בעמ' 269-272. מכל מקום, בפרשה זו התעוררה שאלה נוספת והיא אם החרמת ציור התועבה היא חוקית: בית הדין האירופי אישר את חוקיותה של ההחרמה, וקבע כי זו מתאימה עם ההגבלות המוצבות לחופש הביטוי (פרשת Muller, שם, בעמ' 229-232). השאלה הנשאלת היא אם הכרעת בית הדין הייתה וזה אילו נבחנה הסוגיה במשקפי חופש היצירה תחת חופש הביטוי? ייתכן שניתן לגזור מחופש היצירה חירות (זכות) לצייר לשמור בידי עותק מיצירתו, מבלי להציג עותק זה לעיני הציבור, אף אם מדובר בציור תועבה – שהרי האיסור חל על הפצה של דברי תועבה ולא על הפקתם ושמירתם בד' אמותיו של אדם. זוהי דוגמה לכך שאילו התמקד הדין המשפטי בחופש היצירה ובתכליתו אזי היו נשקלים שיקולים שונים מאלו שנשקלו בפועל, עקב התמקדותו של הדין המשפטי בחופש הביטוי ובהגבלתו. ההבחנה שהוצעה בין חופש הביטוי לבין חופש היצירה היא כי חופש היצירה הוא שלב מקדמי בדרך למימוש של חופש הביטוי. יישום הבחנה זו ביחס לעובדות של פרשת Muller, שם, הוא כי אף שאין לאמן זכות לחופש ביטוי במובן של חשיפת יצירתו לציבור, עדיין יש לו זכות לחופש יצירה במובן של זכות לצייר ציורי תועבה ולשמרם לעצמו; ראו Dessemontet, לעיל ה"ש

הנימוק השני לכך שזכות ההשתתפות בחיי התרבות אינה נבלעת במלואה בחופש הביטוי הוא שזכות ההשתתפות היא למעשה סוג של זכות אדם חברתית-כלכלית, ולא סוג של זכות אדם אזרחית-פוליטית.¹¹⁵ מכאן, שהיא אינה מתמקדת בכינון של חירות הביטוי היסודית אלא בתנאים החברתיים והכלכליים למימוש בפועל של חופש הביטוי.¹¹⁶ תפיסה אזרחית-פוליטית של הזכות היא כי התרבות חיונית לקיום בכבוד של האדם;¹¹⁷ לעומת זאת, תפיסה חברתית-כלכלית של הזכות מתמקדת ביצירת תנאים ריאליים ואולי אף שוויוניים במטרה לקדם "תרבות לכול".¹¹⁸ השוני בזווית הבחינה של הזכות הוא מהותי ולא רק סמנטי; בחלקו השני של המאמר נציג דוגמאות לכך. במבט רחב יותר הוצע לפרש את חופש הביטוי כזכות שאינה כוללת רק את ההיבט השליילי-המסורתי, שעניינו מניעת הגבלה על חופש הביטוי על ידי המדינה, אלא גם את ההיבט החיובי שעניינו הזכות ליטול חלק בשיח הציבורי. היבט חיובי זה של חופש

14, בעמ' 117. אם ניתן להמשיך ולזכך את ההבחנה בין חופש הביטוי לבין חופש היצירה, אזי לדעתנו ניתן לומר שחופש הביטוי עניינו באינטרס של הדובר והקהל בתקשורת הדדית; ראו Barendt, לעיל ה"ש 108, בעמ' 18; Schauer, לעיל ה"ש 108, בעמ' 91, 95. לעומת זאת, חופש היצירה עשוי להיות רלבנטי אף בלא כל רצון לתקשר את היצירה לסביבה, ולכן חופש היצירה נוגע יותר לחופש המחשבה והמצפון. בהקשר זה ראו גם Jed Rubenfeld, *Freedom of Imagination: Copyright Constitutionalism*, 12 YALE L. J. 2, 4, 34 (2004).

115 ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7; Dessemontet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 117. יש הסבורים שסיווגה הנכון של זכות ההשתתפות בחיי התרבות הוא כתת-סוג של זכויות אזרחיות ופוליטיות, וכי קישורה דווקא לזכויות כלכליות וחברתיות אינו מדויק; ראו Adalsteinsson & Thorhallsson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 577. לדעתנו, דווקא סיווג הזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות הוא שמעניק להן ייחוד, מעבר לחופש הביטוי כחירות אזרחית-פוליטית.

116 בהתאם לכך, בהמלצת אונסק"ו משנת 1976, בעניין השתתפות בני האנוש בחיי התרבות, לעיל ה"ש 37, סעיף I.2 (a), הוצהר כדלקמן: "[A]ccess to culture... [means] the concrete opportunities available to everyone, in particular through the creation of the appropriate socio-economic conditions, for freely obtaining information, training, knowledge and understanding, and for enjoying cultural values and cultural property." עוד הוצהר בסעיף I.2 (b): "... the concrete opportunities guaranteed for all—groups or individuals—to express themselves freely, to act, and engage in creative activities with a view to the full development of their personalities, a harmonious life and the cultural progress of society" (הדגשות הוספו). עוד לעניין זה ראו Symonides, לעיל ה"ש 35, בעמ' 191.

117 לדוגמה לדיון בממד האזרחי-פוליטי של הזכות ראו גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל: לחיות את הסתירות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 619, 620 (2004).

118 ראו לעיל ה"ש 116.

הביטוי כולל את היכולת הממשית של הפרט לממש את זכותו.¹¹⁹ עדיין, אף אם נפרש את חופש הביטוי באופן רחב הכולל היבט חיובי כזה, הזכות להשתתף בחיי התרבות אינה מיותרת שכן לא רק שהיא מתמקדת בשאלת התנאים למימוש הזכות, היא פורטת היבט חיובי זה לזכויות קונקרטיות.¹²⁰ פריטה זו היא חיונית, שכן היא מפיגה במעט את העמימות המלווה את הזכויות הכלכליות-חברתיות כולן.¹²¹

כיצד הפרט זכאי לממש את זכותו ליטול חלק בשיח הציבורי כחלק מחופש הביטוי? התשובה לכך, בין היתר, היא שיש לעמוד על קיומם של תנאים חברתיים-כלכליים שוויוניים שיבטיחו לכול אפשרות להשתתף בחיי התרבות. השתתפות זו יכולה להתאפשר באמצעות מתן גישה ליצירות קיימות או באמצעות מתן אפשרות של ממש ליצור יצירות חדשות. כמו ביחס לכל זכות חברתית-כלכלית, אף במקרה זה ניצב קושי במימוש הזכות אם הדבר מחייב הקצאה של משאבי ציבור.¹²² או פגיעה בזכויות קנייניות.¹²³ חיבור זה מבקש להציע דרך להעניק נפקות לזכות להשתתף בחיי התרבות באמצעות פרשנות הדין הקיים. בכך נעסוק בחלקו השני של המאמר.

(ב) זכות יוצרים וזכות קניין

אשר לבידולה של זכות היוצרים כזכות אדם, בדיונים על גיבושה של ההכרזה

119 ראו ניבה אלקין קורן "על כלל ועל" נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה (1) 9, 33 (2000); מונדלק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 213-216.

120 לעמדה כי ראוי לפתח את הממד החברתי של "החירויות הפוליטיות" כגון חופש הביטוי ראו מונדלק, שם, בעמ' 188.

121 להסבר בדבר העמימות האנהרנטית המלווה את הזכויות החברתיות ראו מונדלק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 216-219.

122 למשל, באמצעות תמיכות שלטוניות שמטרתן הפצה של יצירות בחינם או בתמורה השווה לכל נפש. בהקשר זה צוין כי ההבחנה בין זכות שלילית לזכות חיובית מניחה גם שקל יותר להימנע מפגיעה מאשר לפעול באופן אקטיבי לשם הבטחת הזכות ראו מונדלק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 213.

123 הואיל וזכות היוצרים היא זכות קניין, מסור לבעליה הכוח הבלעדי להחליט אם הוא מעוניין להחזיר שימוש ביצירתו ועבור איזו תמורה כלכלית יתיר שימוש זה. ניתן להתמודד הן עם הכוח המניעתי המסור לבעל זכות קניין והן עם הכוח לדורש תמורה גבוהה עבור מתן רשות שימוש באמצעות מנגנון המכונה "רישיון סטטוטורי". במנגנון שכזה, בעל הזכות מחויב על פי דין להחזיר שימוש ביצירה המוגנת ואף נקבעת התמורה שתשולם לו. עם זאת, הרישיון הסטטוטורי מאיץ את היסודות הקנייניים שבזכות והופך אותה לזכות לתמלוגים ראויים בלבד. הקשיים בעיצובה של זכות היוצרים כזכות לתמלוג ראוי הם רבים: במישור הפורמלי ניתן להצביע על הדין הבינלאומי, האוסר גריעה מכוחה של זכות היוצרים למעט מקרים חריגים, וראו לדוגמה סעיף 9 לאמנת בר ולהגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, לעיל ה"ש 88; במישור המהותי ניתן להצביע על התפיסה האבסולוטיסטית-ליברטריאנית של זכות הקניין כסיבה להימנעות מנגיסה בכוחה של זכות קניינית כלשהי, ולעניין זה ראו חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97, 100-104 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

האוניברסלית היו שטענו כי הסעיף המעגן את זכות היוצרים הוא מיותר נוכח קיומה של הוראה כללית בדבר זכות הקניין כזכות אדם.¹²⁴ לעומתם טענו אחרים כי הסעיף בדבר זכות הקניין הכללית אינו מכסה במלואו את הזכויות הכלכליות והמוסריות של היוצר, ולכן יש הצדקה לייחד להן סעיף נפרד.¹²⁵ כאמור לעיל, האינטרסים האישיים של יוצרים מוגנים על ידי הזכות המוסרית, וזו אינה נתפסת כזכות קניינית דווקא;¹²⁶ כמו כן, אף "הזכויות הכלכליות" הנכללות בזכות היוצרים משמשות לעתים להגנה על האינטרסים האישיים של היוצרים, ובכך הן נבדלות מזכויות קניין בנכסי מיטלטלין ומקרקעין אחרים.¹²⁷ עמדה אחרונה זו היא שנתקבלה. בהקשר דברים זה צפה ועולה הזיקה לתאוריית האישיות כבסיס להכרה בזכות היוצרים כזכות אדם, ובכך – להבחנתה מזכות הקניין הכללית: לכאורה, תאוריית האישיות משמשת להצדקה כללית של זכות הקניין אולם, כאמור, עיקר תוקפה נוגע ליצירות – במובחן מנכסים מוחשיים אחרים.¹²⁸ סוגיה זו חורגת מגדר ענייננו, אך היא משרתת את העמדה שלפיה זכות היוצרים מוכרת כזכות אדם ככל שמודגש אינטרס שמירת אישיותו של היוצר, ולכן היא נבדלת מזכות הקניין הכללית המוכרת כזכות אדם.

נוסף על כך, אף באשר לזכות היוצרים ניתן לטעון כי מיקומה – באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות – מכון לכך שמדובר בזכות כלכלית-חברתית ולא בזכות אזרחית-פוליטית. בהקשר זה יש לציין כי באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות לא כלולה זכות הקניין הכללית, ואף מסיבה זו יש מקום להוסיף את זכות היוצרים לרשימת הזכויות המוגנות באמנה.¹²⁹ קצרה היריעה מלהרחיב בשאלה איזו משמעות ניתן להעניק לסיווגה של זכות היוצרים כזכות אדם כלכלית-חברתית דווקא; עם זאת – ובתמצית – על פי התפיסה האזרחית-פוליטית, זכות היוצרים, ככל זכות קניין,

124 Chapman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 132.

125 Adalsteinsson & Thorhallson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 579.

126 ראו לעיל ה"ש 88-90 והטקסט המלווה.

127 ראו לעיל ה"ש 92 והטקסט המלווה.

128 לעניין חולשתה של תאוריית האישיות בקשר לנכסים מוחשיים שונים, ולעיקר תקפותה בקשר ליצירות, ראו לעיל ה"ש 84-85 והטקסט המלווה. כן ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 90-91. במיוחד ראו Stephen J. Schnably, *Property and Pragmatism: A Critique of Radin's Theory* (1993) 347, 384-385 *Stan. L. Rev.*; Lawrence C. Becker, *of Property and Personhood*, 45 *Stan. L. Rev.* 347, 384-385 (1993); *Too Much Property*, 21 *PHIL. & PUB. AFF.* 196, 204-206 (1992). דגן עמד על כך שתאוריית האישיות מצדיקה מתן דרגות שליטה שונות ביחס למשאבים שונים, ולפיכך היא יוצרת מדרג "זכויות"; חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 40-42 (2005). בהתאמה, יצירות הן משאבים טיפוסיים המצויים בראש המדרג, שכן יש בהן "גרעין קשה" המצדיק מחן שליטה על פי תאוריית האישיות, בעוד שאין הדבר כך לגבי נכסים מסוגים אחרים.

129 ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 8.

חיונית לקיום בכבוד של האדם ולשמירה על ביטחונו ועל עצמאותו.¹³⁰ נוסף על כך, על פי התפיסה המסורתית של זכות היוצרים כזכות קניין אזרחית-פוליטית, היא נועדה להגן על מה ש"יש" לאדם – קרי: רכושו – מפני פגיעה.¹³¹ לעומת זאת, תפיסה חברתית-כלכלית של הזכות תדגיש את הצורך לשמור על צדק חלוקתי ביחסיהם של היוצרים עם הגורמים השונים שעמם הם באים במגע,¹³² קרי: זכות היוצרים היא זכות אדם ככל שהיא נועדה לקדם צדק חלוקתי לרווחת היוצרים, בין היתר בדמות תגמול כלכלי, ולא בהיותה זכות קניין מסורתית השומרת על רכושו של אדם ולעתים מונעת כינונו של צדק כזה.¹³³ באומרנו "צדק חלוקתי" אין הכוונה בהכרח לחלוקה שוויונית של התגמול הכלכלי כי אם לחלוקה הוגנת.¹³⁴ לפרשנות זו של זכות היוצרים כזכות אדם ניתן למצוא עיגון כלשהו בלשון האמנה, שלפיה כל אדם זכאי – "To benefit from the protection of

130 התמקדות זו במעמדה של זכות הקניין היא פועל יוצא של תאוריית האישיות והתפיסה ההגליאנית של הקניין; ראו לעיל ה"ש 80-82 והטקסט המלווה. כן ראו יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258, 259 (1996).

131 לעניין תפיסה זו של זכות הקניין ראו לעיל ה"ש 93. דוגמה לדיון בהיבט זה של זכות הקניין החוקתית כזכות שנועדה לשמר זכויות קיימות ראו אצל אוריאל פרוקצ'יה "הגנה חוקתית לקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח 621 (1997). לדוגמאות מן הפסיקה המכירות רק בהיבט מסורתי זה של ההגנה על זכות יוצרים כזכות קניין מפני פגיעה ראו להלן ה"ש 199.

132 "צדק חלוקתי" עוסק בהענקה הראשונית של הזכויות לבני האדם; "צדק מתקן" עניינו תיקון הפסד שנגרם על ידי עוולות פרטיות. מטרתו של הצדק המתקן הוא לשמור על זכויות קיימות אף אם אין להן הצדקה על פי אמות-מידה של צדק חלוקתי. זאת, בעוד שהזכות לתקן את החלוקה על פי אמות-מידה של צדק חלוקתי שמורה למדינה (לרבות בית המשפט) ולא לפרט; ראו Jules L. Coleman, *Intellectual Property and Corrective Justice* 78 VA. L. REV. 283, 287 (1992); Gideon Parchomovsky, *Fair Use, Efficiency and Corrective Justice*, 3 LEGAL THEORY 347, 367-370 (1997). בהתאם לכך יש מחלוקת בשאלה מהי ההצדקה להכיר במעמד המוגן של זכות הקניין באופן כללי – האם הגנה על הזכויות הקיימות (ה"יש") או שמא כלי לשמירה על כבוד האדם באמצעות חלוקת משאבים בחברה – וראו לעיל ה"ש 93. הכרה במעמדה של זכות הקניין כזכות שנועדה לשמור על כבוד האדם תדגיש כי ההפרדה בין הזכות האזרחית-פוליטית לזכות הכלכלית-חברתית היא במידה רבה מלאכותית, שכן השנייה היא כלי ליישום קונקרטי של הראשונה. אכן, כיום מתגברת הנטייה שלא לנתק בין הזכויות השונות; ראו מונדלק, לעיל ה"ש 59 בעמ' 219-212. עם זאת, דומה כי בפועל ההגנה על הקניין עדיין מתמקדת בשמירה על הזכויות הקיימות; ראו לעיל ה"ש 93 וכן גרוס, לעיל ה"ש 59, בעמ' 79-83. משכך, נחוצה ההבחנה בין ההגנה על זכות היוצרים כזכות קניין מסורתית לבין הדגשתה כזכות כלכלית-חברתית.

133 לטענה כי זכות הקניין מונעת את כינונו של צדק בעולם ראו לעיל ה"ש 54.

134 מובן שלא ניתן לכמת במדויק את היקף הגמול שיענה על דרישת הצדק החלוקתי, אך נראה כי ניתן להצביע על חלוקה שהיא בלתי-צודקת בעליל. לבחינה ביקורתית של העמדה כי צדק חלוקתי אינו מחייב חלוקה שוויונית של משאבים, ולבחינת טיב השוויון החלוקתי, ראו אנדרי מרמור "הערך האינטרני של שוויון כלכלי" צדק חלוקתי בישראל 51 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author"¹³⁵ הציווי שבאמנה הוא לספק ליוצר יתרון או הנאה מההגנה על האינטרסים החומריים שביצירה, ולא דווקא חובה להעניק לו זכות קניינית ביצירה.¹³⁶ על כן, לדוגמה, זכות לקבלת גמול הוגן בגין ניצול היצירה עשויה לענות על הציווי שבאמנה אף שאינה בעלת אופי קנייני מובהק. פרשנות זו של זכות היוצרים כזכות אדם זכתה לאחרונה לתמיכה גורפת במסמך הפרשני של האו"ם לסעיף 15(1)(c) לאמנה: במסמך הודגש כי הסעיף אינו מכתיב את היקף ההגנה על נכסי הרוח, וכי ההגנה אינה חייבת להיות בדמות זכות קניין דווקא.¹³⁷ עוד נכתב במסמך כי כל שמתחייב מהחובה לשמור על האינטרסים החומריים של היוצר הוא לאפשר ליוצר רמת חיים נאותה (adequate standard of living).¹³⁸ הדגשת החובה לספק הנאה כלשהי מהיצירה, שאינה בדמות זכות קניין דווקא, עשויה להיות רבת-משמעות בהקשרים שונים. אף במקרה זה, הדגשת ההיבט הכלכלי-חברתי של הזכות לצורך סיווגה כזכות אדם אינו עניין סמנטי בלבד, ובחלקו השני של המאמר נדגים את הדבר.

הסבר נוסף – ואחרון – לצורך להפריד בין זכות היוצרים לבין זכות הקניין הכללית נובע מטעמים שניתן לכנותם "מכשירניים". כפי שנרחיב בהמשך, אף במשקפי זכויות האדם יש ליישב את זכות היוצרים עם אינטרסים נוספים (כגון הזכות להשתתף בחיי התרבות), ולכן הוחלט לייחד לה סעיף נפרד שידגיש את מכלול האינטרסים שעל הפרק. במילים אחרות, האינטרסים הייחודיים לעולם התרבות והיצירה מצריכים התייחסות נפרדת לזכות היוצרים, אף אם ניתן לאפיינה כזכות קניין.¹³⁹ במקרה זה אין מדובר בזכות קניין מוחלטת (ככל שזכות הקניין היא זכות שכזו, אם בכלל), אלא זכות בעלת מאפיינים קנייניים הצריכה להשתלב במארג שלם של אינטרסים, שמטרתם הכוללת היא קידום הזכויות התרבותיות כולן.¹⁴⁰

135 סעיף 15(ג) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, ראו לעיל ה"ש 2; ובעברית: "ליהנות מן התגנה על הזכויות המוסריות והחומריות הנובעות מכל יצירה מדעית, ספרותית או אמנותית שיצר".

136 ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11; Yu, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29-45. עם זאת, אין להתעלם מכך שניסוחו של סעיף 27(2) להכרזה האוניברסלית הוא שונה, שכן אינו דן בזכות "להנאה" מהזכויות ביצירות כי אם בזכות "להגנה" על הזכויות ביצירות; ראו לעיל ה"ש 15 והטקסט המלווה.

137 ראו GENERAL COMMENT NO. 17, לעיל ה"ש 80, סעיפים 10, 11, 15, 16.

138 שם, סעיפים 15, 16.

139 ראו Torremans, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7.

140 שם, בעמ' 11.

ב. הזכויות התרבותיות ככלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות יוצרים בישראל

פוטנציאל רב טמון בהכרה במעמדן של הזכויות התרבותיות כזכויות אדם. ניתן לזהות דרכי פעולה שונות שבהן הזכויות התרבותיות ישמשו ככלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל. דרך פעולה ראשונה עניינה הדגשת האיזון בין האינטרסים המנוגדים שבזכויות התרבותיות השונות, והחדרתו של איזון זה למערכת הדין הפנימית. להלן נדון בהרחבה בתפקוד אפשרי זה של הזכויות התרבותיות: נעמוד על מתווה לעריכת האיזון בין הזכויות התרבותיות במקרה של התנגשות; נדון בשאלת התועלת העשויה לצמוח מהחדרה של איזון כאמור בין הזכויות התרבותיות למסגרת הדין הפנימית (אף שלכאורה גם הדין הפנימי מטפל באותו איזון אינטרסים); נציע כלים מעשיים להחדרה של איזון האינטרסים למסגרת הדין הפנימית; ולבסוף נדגים את כל אלה באמצעות הפסיקה.

דרך פעולה שנייה שבאמצעותה הזכויות התרבותיות עשויות לתרום לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל עניינה הדגשת אופיין של כל אחת מהזכויות התרבותיות באופן עצמאי זכות כלכלית-חברתית, וזאת מעבר לצורך לאזן בין הזכויות לבין עצמן. כל אחת מהזכויות עשויה לצייד את קבוצת המוטבים שלה בעמדת כוח אל מול גורמים אחרים בהתמודדות המשפטית. דיון בדרך פעולה זו חורג ממסגרת מאמר זה ועל כן נסתפק בהצגת דוגמה שעניינה התערבות ביחסים חוזיים שבין היוצר לבין הגורמים המסחריים השונים שבאמצעותם מופקת היצירה. אין ספק כי היבט זה של הזכויות התרבותיות מצדיק מחקר עצמאי ונפרד; הדיון התמציתי בפרדיגמה שנייה זו יובא אך לשם המחשת מגוון האפשרויות הטמון בהחדרת מטען הזכויות התרבותיות כזכויות אדם לדיני זכויות היוצרים, וכן כדי להדגיש כי הזכויות התרבותיות אינן מקדמות באופן דוגמטי אינטרס מסוים דווקא – זה של ה"יוצרים" או זה של ה"משתמשים".

1. החדרת האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם אל דין זכויות היוצרים הפנימי

(א) איזון בין זכויות תרבותיות מתנגשות

סעיף 27 להכרזה האוניברסלית, ובעקבותיו סעיף 15 לאמנה, מעגנים שתי זכויות אדם: הזכות להשתתף בחיי התרבות (וכפועל יוצא ממנה – חופש היצירה), וזכות היוצר ביצירתו. הזכויות התרבותיות הללו חובקות בזעיר אנפין את המתח שבין זכות הקניין לחופש הביטוי, וממקדות אותו בסוגיות הגוגעות לעולם התרבות והיצירה.¹⁴¹ כך, שתי

141 ראו לעיל הדיון שבחלק הראשון פרק ה.

זכויות אדם אלו משקפות את המתח הקיים בבסיסם של דיני זכויות היוצרים – המתח שבין הענקת שליטה חומרית ומוסרית ליוצר על יצירתו לבין הענקת גישה חופשית ליצירות ולמידע הנחוצים לפיתוח התרבות. מתח יסודי זה קיים הן על פי הצדקות תועלתניות לזכויות היוצרים והן על פי הצדקות מתחום משפט הטבע לזכות היוצרים.¹⁴² מדינות שונות, בהן ארצות-הברית ואנגליה, כאמור, התנגדו להכרה במעמדה של זכות היוצרים כזכות אדם בטענה כי זכות זו אינה מתיישבת עם הזכות להשתתף בחיי התרבות.¹⁴³ ואולם, אם מכירים בכל אחת משתי הזכויות הללו כזכויות אדם מתעוררת השאלה מהו האיוון העקרוני הראוי ביניהן – ואגב כך מתעורר הצורך בגיבוש מבחנים לעריכת האיוון במקרה של התנגשות.¹⁴⁴

הדרך המתבקשת לעריכת איוון בין זכות היוצרים לבין הזכות להשתתף בחיי התרבות במקרה של התנגשות דומה לדרך שבה נערך איוון בין זכויות חוקתיות שונות. כך, בקביעת היקפה של זכות אדם מוגנת יש לאזן בינה לבין זכויות האדם האחרות.¹⁴⁵ מאיוון זה נובע אופיין היחסי של זכויות האדם, וכן נובעת התפיסה כי אין משמעות להכרה בזכותו של פרט מבלי להכיר בזכויות דומות לכל אחד מהפרטים האחרים.¹⁴⁶ מתוך כך עולה השאלה מהו היחס בין שתי הזכויות התרבותיות הללו, ובמסגרתה השאלה מהו הכלל ומהו הסייג לו: האם העיקרון הכללי הוא זכות לכול ליהנות מגישה חופשית ליצירות, למעט ההגבלות שמציבה זכות היוצרים לכך – או שמא הכלל הוא הפוך, כלומר: העיקרון הכללי הוא זכות היוצר ביצירתו, למעט המקרים בהם היצירה "שותררה" לטובת הכלל?

התומכים בקיומה הטבעי של זכות יוצרים נוטים לעצבה כזכות ראשונית המטילה חובה כללית על הזולת להימנע מפגיעה בה; חובה כללית זו מסויגת באמצעות "פטורים" נקודתיים הנובעים מהצורך לשמור על האינטרס של הזולת בהשתתפות בחיי

142 ראו, למשל, Sterk, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1209, 1239; Glynn S. Lunney, *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49 VAND L. REV. 483, 486 (1996).

143 ראו לעיל ה"ש 76.

144 כפי שמסביר הנשיא ברק, המונח "איוון" הוא מטפורי והשימוש בו אינו פוטר מהצורך לגבש את העיקרון הרציונלי המנחה ביישוב האינטרסים המתנגשים; דהיינו: יש לקבוע מהו ה"איוון" העקרוני המשקף קו מנחה ערכי; ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב 685-688 (1994).

145 ראו לעיל ה"ש 63 והטקסט המלווה; דויטש, לעיל ה"ש 90, בעמ' 141-142. דוגמה המובאת אצל להב וקרצ'מר היא של נוסח זכות "חופש היצירה" כזכות מוחלטת – שאף על פי כן תיסוג בפני עקרונות אחרים כגון קניין הפרט; ראו להב וקרצ'מר, לעיל ה"ש 63, בעמ' 166. עוד לעניין זה ראו Shestack, לעיל ה"ש 69, בעמ' 31, 32-35, 44. דינשטיין הצביע על שתי מגבלות החלות על הזכות לקניין רוחני כזכות אדם, שבמידה רבה חלות אף ביחס ליתר זכויות האדם: (א) איסור ניצול לרעה של זכות אדם (עיקרון המעוגן בסעיף 30 להכרזה האוניברסלית); (ב) סיוג זכות אדם בעת מלחמה או בשעת חירום; ראו Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 80.

146 ברק, לעיל ה"ש 63, בעמוד 381-382.

היצירה.¹⁴⁷ על פי עמדה אפשרית אחרת, ההכרזה האוניברסלית (ובעקבותיה האמנה) ממקמת את הזכות להשתתף בחיי התרבות כזכות הראשונה (סעיף 1(27) להכרזה האוניברסלית וסעיף 15(1)(a) לאמנה) – ורק אחריה מוכרת זכות היוצר ביצירתו (סעיף 15(2) להכרזה האוניברסלית וסעיף 15(1)(c) לאמנה), וסדר ציון הנורמות אינו מקרי.¹⁴⁸

147 Waldron, לעיל ה"ש 7, בעמ' 859. דוגמה לתפיסה כי זכות הקניין – ובכללה זכות היוצרים – היא הכלל, אך יש לסייגה מפאת אינטרס הציבור, מצויה במשפט הגרמני. סעיף 14 לחוק היסוד הגרמני, המענן את מעמדה של זכות הקניין כזכות חוקתית, קובע כי זכות הקניין אף מטילה חובה כלפי הציבור, שכן היא נועדה לשרת גם את אינטרס הציבור; ראו Article 14 (2), The Basic Law of the Federal Republic of Germany; Gunnar F. Schuppert, *The Right to Property, in THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 107, 107-118 (Ulrich Karpen ed., 1988). בית המשפט בגרמניה עמד על כך שהפגיעה בזכות הקניין תוצדק רק אם יועמד מולה אינטרס ציבורי הגובר במלאכת איוון האינטרסים, וכי יש לצמצם את גודל הפגיעה בהתאם למשקל האינטרס הציבורי; ראו DAVIES, לעיל ה"ש 65, בעמ' 127-121; DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 276 (1989); Werner Rumphorst, *Comment*, 3 IIC 401, 401-406 (1972). בפסק הדין הידוע בכינוי School Book Case נדון חריג בחוק הגרמני שאפשר להפיק ליקוטי יצירות לשימוש בבתי ספר ולמטרות דת וחינוך. בית המשפט בגרמניה קבע כי ההגנה החוקתית על זכות היוצרים כזכות קניין אינה מעניקה ערובה לכך שבעל זכות היוצרים יוכל למנוע כל שימוש ביצירתו, וכי על המחוקק לקבוע בחוק את האיוון הראוי בין זכות היוצר לבין הצרכים החברתיים. אינטרס הציבור בגישה חופשית לערכי תרבות מצדיק לקיים חריג כאמור, אך אין לשלול מהמחבר זכות לתשלום עבור שימוש זה; אין לחייב את היוצר לאפשר שימוש בחינם ביצירותיו בטענה שיש לו חובה כלפי הציבור, ואין לחייב יוצר להעמיד את פרי עמלו לשימוש החופשי של הציבור אף אם שימוש זה הוא למטרות חינוך; ראו Decision of the Federal Constitutional Court, July 7, 1971, File: 1 BvR 765/66 *In re Kästner et al*, English translation from: 3 IIC 394 (1972); KOMMERS, at 271-275. משמעותה של החלטה זו היא שבמקרים רבים הסייג לזכות היוצרים, המתחייב מהצורך לערוך איוון בין האינטרסים המתנגשים, צריך להיקבע כרישיון כפייה המתיר שימוש ביצירה – בכפוף לפיצוי, שכן כך נשמר העיקרון שיש להעניק ליצר גמול על פרי עמלו; ראו DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 298 (1994); Matthias Ruete, *The 'Kirchenmusik' Judgment Constitutional and Intellectual Property Rights*, 2 EUR. INTEL. PROP. REV. 198, 198-199 (1980).

148 הכלים לפרשנות של אמנות מעוגנים בהסכם וינה משנת 1969 בדבר דיני האמנות ("אמנת האמנות"). אחד מעקרונות הפרשנות של אמנות הוא העיקרון המילולי, ולפיו יש לבחון את כל ההוראות הרלבנטיות שקיבלו ביטוי באמנה בהתאם לסדר שבו נקבעו. כך יש להתחשב בהקשר הדברים, במבנה התחבירי של הסעיף ובמינוח; ראו MYRES S. McDUGAL, HAROLD D. LASSWELL & JAMES C. MILLER, THE INTERPRETATION OF INTERNATIONAL AGREEMENTS AND WORLD PUBLIC ORDER, PRINCIPLES OF CONTENT AND PROCEDURE 121, 273 (1994). עם זאת, הכלים השונים לפרשנות אמנות הם כלי עזר להתחקות אחר כוונתם האמיתית של הצדדים; ראו ARNOLD DUNCAN MCNAIR, THE LAW OF TREATIES 366 (1986). במאמר מוסגר יצוין כי ההכרזה

סדר זה תומך בעמדה שהכלל הוא זכות ההשתתפות של הציבור בחיי התרבות והסייג לו הוא זכות היוצרים של הפרט,¹⁴⁹ דהיינו: הענקת מלוא המשמעות לזכות ההשתתפות בחיי התרבות פירושה הוא הכרה בקיומה של זכות כללית (חירות) של הזולת להשתתף בחיי התרבות, למעט החובה להימנע לעשות כן במקרים מסוימים, הנובעים מהצורך לשמור על אינטרסים חומריים ומוסריים של יוצר היצירה. להכרעה בדבר סדר קדימות כזה בין הזכויות עשויה להיות נפקות משמעותית, שכן בצד ה"לחץ" להרחיב את הבלעדיות הניתנת באמצעות זכות היוצרים קם הכרח לרסן הרחבה זו נוכח הדרישה להעניק תוקף לזכות להשתתף בחיי התרבות.¹⁵⁰ עם זאת, ייתכן כי היפוך כללים זה עשוי להוביל לתוצאה הדומה לזו הקיימת בשיטה הקובעת סייגים לזכות היוצרים. יודגש, כי לתפיסה זו, התומכת בעליונות הזכות להשתתף בחיי התרבות על זכות היוצרים, אין עיגון בדין הנוהג במדינות השונות,¹⁵¹ אף שהכלים הבינלאומיים השונים מדגישים את חשיבותה של הזכות להשתתף בחיי התרבות.¹⁵²

לדעתנו, מידת הזהירות תומכת במסקנה שאין לקבוע באופן גורף איזו מהזכויות על העליונה, וכי ההכרעה צריכה להיות בכל מקרה לגופו.¹⁵³ זוהי אף העמדה הרשמית

האוניברסלית בדבר זכויות האדם אינה אמנה הנכרתת בין מדינות, אולם ניתן להסתייע בכלים לפרשנות אמנות אף בעניינה, בשים לב למעמדה המיוחד.

149 McNAIR, שם.

150 ראו Chapman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 153-156, DAVIES, לעיל ה"ש 65, בעמ' 4, STEWART, לעיל ה"ש 66, בעמ' 5; R.F. WHALE AND JERMY J. PHILIPS, WHALE ON COPYRIGHT 15 (1983).

151 Chapman, לעיל ה"ש 36, בעמ' 161-162. החוקה האמריקנית, אף שהיא מעמידה את אינטרס הציבור כעיקר, אינה משמשת דוגמה לחוקה המיישמת סדר עדיפות זה, שכן עדיפותה של זכות הציבור אינה נעוצה בהשקפה בדבר סדר העדיפות של החירויות הטבעיות כי אם בתאוריה התועלתנית; ראו Drahoš, לעיל ה"ש 53, בעמ' 30-32.

152 לסקירה של ההצהרות והאמנות השונות המדגישות את הזכות להשתתף בחיי התרבות ראו Symonides, לעיל ה"ש 35, בעמ' 176-179, 181-186, 189-190.

153 ובהתאם לסיווגו של השופט ברק מדובר בנוסחת איוון אופקית ולא אנכית, שכן אין ערך אחד הגובר בהכרח על האחר, והנוסחה דורשת ויתור מכל ערך כך שיתאפשר קיום במשותף של שני הערכים; ראו ברק, לעיל ה"ש 144, בעמ' 688-689. בהקשר זה מעניין לציין גם את ההבחנה בין "איוון פנימי" ל"איוון חיצוני" בעיצוב הנורמה החוקתית. על פי הבחנה זו, בשלב הראשון יש לערוך איוון פנימי בין זכויות היסוד השונות של הפרט, ובשלב שני יש לערוך איוון חיצוני בין זכות היסוד לאינטרס הציבור; ראו אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 961-963 (1996). בענייננו, האיוון בין זכות היוצרים לבין הזכות להשתתף בחיי התרבות כורך את האיוון הפנימי ואת האיוון החיצוני לשלב אחד, שכן הזכות להשתתף בחיי התרבות היא זכות הפרט הבודד – ובד בבד היא מייצגת את אינטרס הציבור הרחב. עוד בעניין זה ראו דויטש, לעיל ה"ש 90, בעמ' 141-142.

עמדה זו אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון של קנדה, שקבע כי הגנת השימוש ההוגן המעוגנת כדיני זכויות היוצרים משקפת את "זכות המשתמשים" ביצירות, וכי זכות זו אינה בבחינת "נגיסה" בלבד מזכות היוצרים כי אם יש לאזן בין שתי הזכויות – קרי: זכות המשתמשים וזכות

של מוסדות האו"ם לעניין היחס בין זכויות הקניין הרוחני לבין שאר הזכויות המנויות באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (כגון הזכויות לחינוך, לבריאות ולתרבות).¹⁵⁴ עיגון מעמדה של שתי זכויות האדם האמורות גם יחד צריך לשמש ערובה להחזרת שיח הזכויות התרבותיות אל דיני זכויות יוצרים הפנימיים באופן מאוזן, ולא־הטיית הכף דווקא לטובת זכות היוצר ביצירתו. משום כך יש לשאול איזו תועלת תצמח מהחזרת איזון אינטרסים חיצוני זה בין הזכויות התרבותיות אל הדין הפנימי בדבר זכויות היוצרים, החובק ממילא את איזון האינטרסים האמור.

(ב) התועלת שבהחזרת האיזון בין הזכויות התרבותיות אל דין זכויות היוצרים הפנימי עמדתנו, כאמור, היא שאין לקבוע מראש איזו מהזכויות התרבותיות גוברת במקרים של התנגשות, ושההכרעה צריכה להיעשות אר־הוק. עם זאת, עדיין קיימת תועלת מרובה בהחזרת איזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם אל תוך דין זכויות היוצרים הפנימי. להלן כמה טעמים המעידים על התועלת הטמונה בכך.

(1) הזכויות התרבותיות צריכות לשמש "מצפן" ביישום הנורמות הפתוחות שבדיני זכויות היוצרים

מקובל לומר שהמערכת הפנימית של דיני זכויות היוצרים חובקת מראש את איזון האינטרסים בין זכות הקניין לחופש הביטוי.¹⁵⁵ עמדה מקובלת זו נכונה בחלקה בלבד. ככלל, הדין אכן מכריע בשאלת איזון האינטרסים הרצוי בעצם קביעת כללי היסוד כגון בקביעתן של הזכויות הנכללות בצרור זכות היוצרים ובתחימת היקפן; כך, למשל, הכרה בזכות הבלעדית והבסיסית לשלוט בהעתקה של יצירה ספרותית מכריעה כי אינטרס

היוצרים – כדי להגיע לתוצאה הוגנת בכל מקרה לגופו; ראו CCH Canadian LTD v. Law Society of Upper Canada [2004] S.C.R. 3391.

154 ראו GENERAL COMMENT NO. 17, לעיל ה"ש 80, סעיף 35. ("State parties are therefore ... obliged to strike an adequate balance between their obligations under article 15, paragraph 1 (c), on the one hand, and under other provisions of the Covenant, on the other hand, with a view to promoting and protecting the full range of rights guaranteed in the Covenant. In striking this balance, the private interests of authors should not be unduly favoured and the public interest in enjoying broad access to their productions should be given due consideration...")

לעמדה קודמת דומה בדבר הצורך לאזן בין האינטרסים השונים, שעליה הצהירו מוסדות האו"ם מבלי לקבוע הכרעה ברורה, ראו Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, Human Rights and Intellectual Property, Twenty-seventh session, Geneva (2001) E/C.12/2001/15 par. 9 (29 November 2001).

155 ראו, למשל, עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 269; ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 791 (1988).

הקניין גובר על האינטרס הכללי להעתיק באופן חופשי יצירות ספרותיות. לעומת זאת, אי-הכרה בזכות בלעדית לשלוט על הקריאה של יצירה ספרותית והעיון בה תוחמת את היקף השליטה הקניינית לטובת חופש השימוש ביצירות. עם זאת, נורמות רבות בדיני זכויות יוצרים הן פתוחות וגמישות, ולמעשה אינן מכריעות מראש את האיזון בין אינטרס הקניין לחופש הביטוי. נורמות אלו הן בבחינת "מושגי שסתום" הקובעים את המסגרת הכללית בלבד לאיזון האינטרסים, אך אינם מכריעים בו באופן מלא. להלן נביא ארבע דוגמאות בולטות לתופעה זו. מלאכת ההכרעה הסופית בין האינטרסים המתחרים, הנעשית בתוך המסגרת הכללית של הנורמות הפתוחות הללו, מבוצעת על ידי בתי המשפט בכל מקרה לגופו. אנו מציעים את העמדה כי האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם צריך להשפיע ולסייע לבתי המשפט ביצירת תוכן לנורמות פתוחות אלה. יצירת התוכן צריכה להיעשות באופן רבי-ממדי, תוך התחשבות ברבדים השונים של הזכויות התרבותיות המוגנות כזכויות אדם. ההתחשבות בזכויות התרבותיות כזכויות אדם מתחייבת ממילא מכללי המשפט הבינלאומי,¹⁵⁶ ומעבר לכך טמונה בה תועלת לפיתוח מאוזן של הדין הפנימי. התועלת נעוצה בהזרמה של מערכת ערכים העשויה לסייע בגיבוש האיזון הקונקרטי הראוי במקרים השונים, בבחינת "מצפן" להכרעה במקרים קשים. תועלת נוספת נעוצה בכך ששיח זה יכול לשמש מנוף להתגברות על כשלים הקיימים בדין הנוהג – שעליהם נעמוד להלן – כגון העדפה דוגמטית של אינטרס מסוים או הנמקה מסוימת.

להלן נפרט ארבע נורמות פתוחות מובהקות בדיני זכויות היוצרים:¹⁵⁷

1. הגדרת "יצירה": המונח הבסיסי ביותר בדיני זכויות יוצרים אינו מוגדר באף דבר חקיקה, לא בישראל ולא במדינות אחרות. ישנם כמה תנאים לכשירותו של "משהו" להיות יצירה מוגנת בזכות יוצרים; הדרישה היסודית ביותר היא כי היצירה תהא "מקורית".¹⁵⁸ גם דרישת המקוריות אינה מוגדרת בחוק, וקיים ענף פסיקתי רחב-יריעה המתחבט בשאלה מהו תוכנה המדויק.¹⁵⁹ מכאן, כי אפילו באשר למהות הערך המוגן בדיני זכויות היוצרים מונהגת נורמה פתוחה, שניתן ליצוק לתוכה תוכן באופן שישקף איזון בין האינטרסים המגוונים.

2. ההבחנה בין ביטוי מוגן לרעיון חופשי: עיקרון יסודי בדיני זכויות היוצרים הוא שההגנה משתרעת על אופן הביטוי של היצירה ולא על הרעיון הטמון בה. עיקרון זה

¹⁵⁶ ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט המלווה, בעניין "חזקת ההתאמה הפרשנית".

¹⁵⁷ מפאת קוצר היריעה הבאנו ארבע דוגמאות בולטות בלבד, אך מובן שקיימות נוספות כגון סטנדרט ה"דמיון המהותי" הנדרש לשם שכלול הפרה של זכות ההעתקה ועוד.

¹⁵⁸ דרישה זו נשמטה מהתרגום לעברית של חוק זכות יוצרים, 1911, אך היא קיימת בנוסח המחייב בשפה האנגלית; ראו סעיף 1(1) לחוק זכות יוצרים, 1911, חא"י, כרך ג, (ע) 2633 (א) 2475.

¹⁵⁹ לעניין דרישת המקוריות ראו מיכאל בירנהאק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב 347 (2002); פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 178-179.

עוגן בדין הבינלאומי וכן בחוקיהן של מדינות רבות, כולל בישראל.¹⁶⁰ ההבחנה היסודית בין ביטוי מוגן לבין רעיון שאינו מוגן באה להגן על אינטרס הציבור בזרימה חופשית של רעיונות – בצד מתן תמריץ ליוצרים להפיק יצירות.¹⁶¹ למונחים "רעיון" ו"ביטוי" אין הגדרה בחוק, ויישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי הוא לעתים בעייתי.¹⁶² הקושי ביישום ההבחנה הוביל רבים למסקנה כי היא אינה משמשת כלי לקביעה מראש מהו תוכנה של היצירה המוגנת, כי אם כלי לביצוע חלוקה בין החלק שראוי להגן עליו ביצירה לבין החלק שראוי להותירו חופשי, בהתאם לשיקולי מדיניות.¹⁶³ מכאן, שגם ביישום הבחנה בסיסית זו בדיני זכויות היוצרים קיים מקום רב לשיקולים מגוונים באשר לאיזון הראוי בין האינטרסים המתחרים.

3. זכות הביצוע הפומבי: אחת הזכויות המרכזיות שבצורה זכות היוצרים היא זכותו הבלעדית של בעל היצירה לבצע בפומבי. ביצוע של יצירה כולל העלאה של יצירה דרמטית על הבמה; הקרנה או הצגה של סרט; השמעה של יצירה מוסיקלית – בין אם מתוך הקלטה ובין אם בהופעה חיה; והכל במישרין או בשידור.¹⁶⁴ לבעל היצירה יש שליטה רק על ביצוע פומבי של יצירתו, אולם אין בחוק התייחסות לשאלה אימתי ייחשב הביצוע לפומבי. שאלה זו העסיקה רבות את בתי המשפט בישראל ובעולם.¹⁶⁵ בפסיקה

160 בישראל ראו חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם הטריפס, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק הסכם הטריפס"), סעיף 7(ב) לפקודת זכות יוצרים, ס"ח 1721 עמ' 45. ברין הבינלאומי Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Sec. 9 ראו (2); בארצות-הברית ראו U.S.C. §102 (17b).

161 ראו אורית פישמן אפורי "זכות הגזירה וההגנה על רעיונות בדיני זכויות יוצרים" המשפט י 107, 109 (2005). כן ראו 539, 556 U.S. 471 Nation Enterprises, v. Harper and Row Publishers, Inc., (1985).

162 לקשיים הרבים שביישום ההבחנה ראו פישמן אפורי, שם.

163 ראו פישמן אפורי, שם, בעמ' 117. כן ראו במיוחד: PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT, 117 (1989) Lloyd; 513 בעמ' Lunney; PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE § 2.3.1 (1989) L. Weinreb, Copyright For Functional Expression, 111 HARV. L. REV. 1150, 1176 (1998); Robert H. Rotstein, Beyond Metaphor: Copyright Infringement and the Fiction of the Work, 68 CHICAGO KENT LAW REVIEW 725, 766-776 (1993).

164 בישראל ראו סעיפים 1(2), 35 לחוק זכות יוצרים.

165 לדיון בשאלה אימתי מתקיימת דרישת הפומביות במשפט הישראלי ראו המ' (מחוזי ת"א) 6751/71 אקו"ם בע"מ נ' חברת מלון דבורה, פ"מ ע"ח 263 (1973); ע"א (מחוזי ת"א) 1000/80 בלומרס נ' הסניף הישראלי של הפדרציה בינלאומית של תעשיית התקליטים, פ"מ תשמ"ב (2) 156 (1981); בש"א 1343/99 (מחוזי נצ') קיבוץ הסוללים – קבוצת המכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, תק-מח 3297 (3) (1999); ה"ע (מחוזי ים-3574/00 הפדרציה למוזיקה ישראלית רם-תיכונית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 2004 (2) 1724, סעיפים 132-136, 147-173 לפסק הדין (2004). בארצות-הברית ראו MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 8.14 [B] (1987).

נעשה שימוש בשני מבחנים עיקריים להתוויית פומביותו של ביצוע: מבחן "הקהל המזדמן", היינו: ההבחנה בין פורום סגור, מעין-משפחתי, לבין פורום אחר;¹⁶⁶ ומבחן "התועלת למבצע", היינו: השאלה אם המבצע מפיק תועלת כלכלית מפעולת הביצוע, שאז ראוי להעביר לבעל הזכויות ביצירה חלק מרווחיו של המבצע.¹⁶⁷ ניכר, כי יישום מבחנים אלה על ידי בתי המשפט משמש מנוף להחדרת שיקולים מגוונים באשר לאיזון בין האינטרסים השונים. למעשה, בנוגע לזכות הביצוע הפומבי, מסגרת הדין הפנימי עצמה סוטה מהטכניקה הנפוצה בדיני הקניין הרוחני – קביעה של זכות רחבה המסויגת באמצעות חריגים; בהקשרנו הגדרת הזכות מלכתחילה כוללת סייג גמיש בדמות דרישת הפומביות. למעלה מזאת: אף המונח "ביצוע" אינו מוגדר בחוק, ואף בנוגע לתוכנו המדויק ניטשת מחלוקת. שאלה מרכזית המעסיקה כיום את בתי המשפט היא מהו טווח "ביצועי-המשנה" שייחשבו ל"ביצוע".¹⁶⁸ בתי המשפט יוצקים תוכן למונח "ביצוע" תוך עריכת איזון אינטרסים מורכב, ומכאן שבכל מקרה נתון יש לדון בשאלה המקדמית אם בכלל חלה עליו הזכות: ההכרעה בשאלה זו מושפעת מאיזון בין האינטרסים המגוונים.

4. הגנת השימוש ההוגן: חריג מרכזי לזכות היוצרים מכונה "הגנת השימוש ההוגן", ולפיו שימושים שונים ביצירות שונות מותרים ופטורים מתשלום אם הם הוגנים. קיימים הבדלים בעיצוב הגנת השימוש ההוגן בשיטות המשפט השונות, ואלה נוגעים למידת הגמישות ביישום ההגנה. על פי החוק דהיום בישראל, לא יראו כהפרת זכות יוצרים "כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית".¹⁶⁹ שימוש ביצירה שלא לשם אחת מהמטרות המנויות בחוק אינו יכול ליהנות מהגנת השימוש ההוגן, ומכאן ששיקול דעתו של בית המשפט נוגע בעיקר להכרעה אם הטיפול שנעשה ביצירה לשם אחת מהמטרות הקבועות בחוק הוא "הוגן". בית המשפט עשוי אף להרחיב את קשת המעשים הנהנים מהגנת השימוש ההוגן באמצעות פרשנות מרחיבה של רשימת המטרות הקבועה בחוק.¹⁷⁰ הגנת השימוש ההוגן בדין האמריקני היא גמישה יותר ואין בה כל הגבלה על מטרות השימוש; המבחן היחיד המתיר שימוש ביצירה הוא

166 ראו, לדוגמה, עניין אקו"ם בע"מ, שם.

167 ראו, לדוגמה, עניין בלומרס, לעיל ה"ש 165.

168 לדין בשאלה אימתי מתקיים ביצוע-משנה העונה על הגדרת "ביצוע" ראו עניין אקו"ם בע"מ, לעיל ה"ש 165; עניין בלומרס, לעיל ה"ש 165; עניין הפדרציה למוזיקה ישראלית ויב-תיכונית בע"מ, לעיל ה"ש 165, סעיפים 145-146 לפסק הדין; ע"א 2173/94 Tele Event Ltd נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529 (2001); דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd, פ"ד נה(6) 6 (2004).

169 סעיף 17(1)(2) לחוק זכות יוצרים.

170 לדוגמה, בפסק הדין בעניין גבע פירש בית המשפט את המונח "ביקורת" באופן רחב ככולל פרודיה או סאטירה; עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 269. להרחבה ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ'

331-340.

היותו "הוגן".¹⁷¹ הגנת השימוש ההוגן היא כלי מרכזי לעריכת איזון בין האינטרסים של בעלי הזכויות לבין אינטרסים אחרים כגון אינטרס הציבור, וכיום היא נדבך מרכזי בדיני זכויות היוצרים. נורמה פתוחה זו היא אולי הדוגמה המובהקת ביותר לכך שההסדר הפנימי שבדיני זכויות יוצרים מספק לכל היותר מתווה כללי לאיזון האינטרסים – אך אינו מכריע בו, וההכרעה נמסרת לבתי המשפט. אמנם קיימת פסיקה ענפה המתווה שיקולים מנחים לבחינת הגינות השימוש, אולם עדיין מדובר בסטנדרט גמיש למדי.¹⁷² בהמשך נביא כמה דוגמאות ליישום הצעתנו להחדרת שיח הזכויות התרבותיות כזכויות אדם למשפט הישראלי. בין היתר ישמשו דוגמאות אלו להדגמה של תפקוד הנורמות הפתוחות שבדיני זכויות היוצרים. כפי שנראה, בתי המשפט העדיפו את האינטרס הקנייני מבלי להתחשב בזכויות התרבותיות כזכויות אדם. להערכתנו, התחשבות באיזון האינטרסים מתוצרת הזכויות התרבותיות הייתה עשויה להוביל במקרים אלה להכרעה שונה מזו שנתקבלה. כך, כדוגמה לשאלה מהי "יצירה מקורית" יובא פסק הדין בעניין קמרון;¹⁷³ כדוגמה לשאלה מהם "ביטוי מוגן" ו"רעיון חופשי" יובא פסק הדין בעניין הרשקו;¹⁷⁴ כדוגמה לשאלה מהו "ביצוע פומבי" יובא פסק הדין בעניין ונדה קרן.¹⁷⁵ באשר לשאלה מהו "שימוש הוגן" דומה כי המתח הפרשני הוא מובהק, ועל כן מפאת קוצר היריעה לא נדון בדוגמה קונקרטית מן הפסיקה.¹⁷⁶ אין זה המקום לדון בסיבות לריבוי הנורמות הפתוחות בדיני זכויות יוצרים, אולם נציין בתמצית שתי סיבות עיקריות לתופעה זו. כפי שיוסבר להלן, חקיקתם של דינים בתחום זכויות היוצרים נובעת, בין היתר, מתהליכים שתדלניים של בעלי עניין.¹⁷⁷ ככלל חקיקה שאלה מקורותיה, לעתים מערך הכוחות המתמודדים אינו מאפשר להגיע להכרעה. כדי להימנע מקיפאון בחקיקה, התוצאה (הרציונלית, יש לומר) שאליה מגיעים הצדדים היא הכרעה שלא להכריע. באופן הזה חודרות לתוך החקיקה נורמות פתוחות העשויות לחבוק את האינטרסים של הצדדים כולם, ומלאכת ההכרעה הסופית נמסרת לבתי המשפט.¹⁷⁸ מובן

171 ראו U.S.C. § 107.17. כן ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 333-340. בהצעת חוק זכות יוצרים בישראל מוצע לעגן הגנה גמישה של שימוש הוגן, בדומה לזו שבארצות-הברית; ראו הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 196, 1116.

172 ראו עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 269; פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 336-340.

173 ע"א 2790/93 Eisenman נ' קמרון, פ"ד נד(3) 817 (2000).

174 עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155.

175 ת"א (שלום ת"א) 90117/99 אקר"ם אג' קומפוזיטורים בע"מ ג' קרן (טרם פורסם, 19.12.2002).

176 דוגמה מובהקת לפסק דין שבו פורשה הגנת השימוש ההוגן תוך העדפת האינטרס הקנייני היא עניין גבע, לעיל ה"ש 32. לביקורתנו על פסק דין זה, מנימוקים אחרים, ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 370-372.

177 ראו להלן ה"ש 179 והטקסט המלווה.

178 לתוצאה זו, המאפיינת תהליך חקיקה שתדלני, ראו William N. Eskridge, Jr., *Symposium on the*

שתופעה זו אינה ייחודית לענף הקניין הרוחני, אך היא נפוצה בו למדי. סיבה נוספת לריבוי של נורמות פתוחות בדיני זכויות היוצרים – וסיבה זו קשורה במידה רבה לסיבה הראשונה שלעיל – היא שבמקרים רבים איזון האינטרסים הוא מורכב עד כדי כך שלא ניתן לקבוע מראש הכרעה חד-משמעית, ולכן קביעתה של מסגרת הכרעה כללית היא הדרך הנכונה והרצויה להתוויית הדין. באופן זה, איזון האינטרסים המדויק והסופי נעשה אדר-הוק, בעוד שהדין מספק מתווה כללי בלבד. כל אחת מהדוגמאות שהובאו לעיל לנורמות פתוחות בדיני זכויות יוצרים ממחישה תופעה זו: לא ניתן לקבוע רשימה קוואסיסטית של יצירות מוגנות; לא ניתן לקבוע באופן ברור את התוכן המוגן שביצירות בלתי-מוחשיות; קשה לקבוע רשימה קוואסיסטית של שימושים ביצירות שונות שיתורו מכוח החוק וכיצא באלה. כך נולדו הנורמות הפתוחות והגמישות שבדיני זכויות יוצרים.

(2) הדגשת אינטרס שלא ניתן לו משקל ראוי בתהליך החקיקה השתדלני כאמור, החקיקה של דיני זכויות היוצרים נובעת, בין היתר, מתהליכים שתדלניים של בעלי עניין השואפים להגדיל את רווחיהם.¹⁷⁹ תהליך חקיקה כזה מאפיין אף את עיצוב ההסדרים הבינלאומיים בתחום הקניין הרוחני, ואלה מכתיבים את ההסדר הפנימי שהמדינות השונות מאמצות.¹⁸⁰ אף מבחינה היסטורית, זכות היוצרים שהותוותה באירופה הייתה מראשיתה פרי היענות לדרישותיהם של בעלי האינטרסים הכלכליים

Theory of Public Choice: Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation, 74 VA. L. REV. 275, 288 (1988)

179 לחיזור של דיני זכויות היוצרים כפרי חקיקה שתדלנית ("לוביסטית") ראו, Jessica D. Litman, *Copyright, Compromise, and Legislative History*, 72 CORNELL L. REV. 857 (1987); DAVID V. VAVR, *COPYRIGHT LAW* 296 (2000). בדרך כלל, הליקי העיקרי של ההסדר הפנימי של זכויות היוצרים הוא שאינטרס הציבור הרחב לא נשמר כיאות, שכן "קולו" לא נשמע בתהליך החקיקה השתדלני; ראו Litman, שם, בעמ' 870-882, VAVR, שם, בעמ' 296.

180 לדוגמה, הנורמה הבינלאומית המכתיבה את ההסדר הפנימי בתחום זכויות היוצרים היא אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות. הכתבה זו אינה נוגעת אך ורק לעניינים הנוגעים ליחסים בין-מדינתיים כי אם יש קביעה מפורשת באשר לטיבו המדויק של ההסדר שצריך לחול בכל מדינה שהיא צד לאמנה. מאפיין זה משותף לכל חקיקת הקניין הרוחני, שבה ההסדר ברין הפנימי מוכתב במידה רבה על ידי אמנות בינלאומיות. דוגמה מובהקת לעצמת ההכתבה של ההסדר הפנימי בתחום הקניין הרוחני על ידי ההסדר הבינלאומי היא בפרשת *Budejovicky Budvar*, ראו ע"א *Anheuser – Busch Inc.*, לעיל ה"ש 34. כך, איזון האינטרסים המשתקף בדין הפנימי אף הוא תוצר של הפשרות שהושגו בין בעלי העניין השונים שהשפיעו על גיבושן של אמנות אלה. לסקירה בעניין זה ראו גיל-עד נועם "מדינות מפותחות, מדינות מתפתחות וההגנה על קניין רוחני: היבטים בינלאומיים של הגנה על קניין רוחני" המשפט 187 (2005). לחיזור החקיקה השתדלנית במישור הבינלאומי בתחום הפטנטים ראו Andrea Koury Menescal, *Those Behind the Trips Agreement: The Influence of the ICC and the AIPPI on International Intellectual Property Decisions*, I. P. Q. 155 (2005). עוד בעניין זה ראו לעיל ה"ש 70-72 והטקסט המלווה.

השונים.¹⁸¹ התוצאה היא שהדין הפנימי אינו משקף בהכרח את איזון האינטרסים הרצוי והצודק, משום שלעתים אינטרסים "ציבוריים" שונים או אינטרסים של "חברי הציבור" לא נשמרו במידה מספקת. אמנם, יש המתארים תהליך חקיקה שתדלני כתהליך לגיטימי של "בחירה ציבורית" המממש באופן טוב ויעיל את האידאל הדמוקרטי;¹⁸² רבים אחרים סבורים כי תהליך חקיקה שתדלני לעתים – ואולי תמיד – אינו ראוי, שכן הוא מביא להעדפה של אינטרס שהיטיבו לקדמו ולא של אינטרסים ראויים, ולכן – ומסיבות נוספות – סופו לחבל בדמוקרטיה.¹⁸³ אין בכוונתנו להיכנס לשאלה נרחבת זו, ולצורך הדיון נעדיף את העמדה השנייה ונסתפק בהנחה כי חקיקת זכות יוצרים (בישראל) נגועה, לפחות במקצתה, בתהליך חקיקה שתדלני שבו נדחקים אל הפינה אינטרסים ראויים להגנה; עוד נניח כי חקיקה זו אינה משקפת בהכרח תוצאה יעילה או צודקת.¹⁸⁴

181 ראו חיבורו הקלאסי של קפלן בעניין התפתחות דיני זכויות היוצרים BENJAMIN KAPLAN, AN UNHURRIED VIEW OF COPYRIGHT 1-37 (1967).

182 לעניין הבחירה הציבורית ותפיסתם של תהליכי החקיקה הדמוקראטיים כמשא ומתן יעיל בין קבוצות של בעלי עניין ראו, Charles K. Rowley, PUBLIC CHOICE 1-8 (1979); DENNIS C. MUELLER, *The Calculus of Consent*, in DEMOCRACY AND PUBLIC CHOICE 41 (Charles K. Rowley ed., 1987). כן ראו עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב 261, 267-266, 279-278 (1993).

183 ראו, למשל, Daniel A. Farber, *Democracy and Disgust: Reflections on Public Choice*, 65 CHI-KENT L. REV 161 (1989). מחקרים רבים ונוספים תומכים במסקנה זו מתוך ניתוח כלכלי של המשפט; ראו, למשל, William M. Landes & Richard A. Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 J. L. & ECON. 875, 877 (1975); Jonathan R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation*, 86 COLUM. L. REV. 223, 228-234 (1986).

184 ניתן להביא לכך דוגמאות רבות; נציין להלן שתיים בולטות שעניינן דחיקת האינטרס הציבורי: (א) יש אינטרס ציבורי מובהק בהסדרת השימוש ביצירות לצורכי הוראה וחינוך. כיום, על פי דין זכות יוצרים בישראל, אין פטור המתיר שימוש שכזה, ושימוש כאמור מחייב קבלת הסכמה מאת בעלי זכויות היוצרים. בעניין זה ראו ניבה אלקין קורן "הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במסגרות להשכלה גבוהה" המשפט 65 (2005). (ב) יש אינטרס מובהק של כלל חברי הציבור באפשרות להעתיק יצירות לצורכי שימוש פרטי, ביח ושאינו מסחרי. כיום, על פי דין זכות יוצרים בישראל, שימוש כזה אפשרי רק בנוגע לטביעה של יצירות מוסיקליות או ויזואליות על גבי "קלטת", וקלטת מוגדרת באופן שגורא כמוציא מגדרה מדיה דיגיטלית; ראו סעיפים 33, 33, לפקודת זכות יוצרים. שתי דוגמאות אלה צוינו אף ברו"ח רשמי של ממשלת אנגליה מחודש נובמבר 2006, שבתן את השאלה אם דיני הקניין הרוחני באנגליה תואמים את צורכי הזמן והחברה. מסקנתם של כותבי הדו"ח הייתה כי חוק זכות היוצרים האנגלי סובל מחוסר-לגיטימציה בקרב הציבור, וכי יש להרחיב את החריגים השונים לזכויות – בין היתר, כדי להתיר שימושים שונים למטרות חינוך והוראה וכן למטרות העתקה פרטית וכיתית. באופן זה תושג חקיקה מאוזנת יותר; ראו GOWERS REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY 39-40, 47-48, 61-68 (2006).

משמעות הדברים היא שהחוק אינו משקף את האיוון הראוי בין האינטרסים המתנגשים. לעתים הדבר אינו ניתן לתיקון אלא באמצעות חקיקה מחדשת, ולעתים ניתן לתקן עיוות חקיקתי כזה באמצעות החדרת האיוון הראוי בין הזכויות התרבותיות וזכויות אדם אל תוך הדין הפנימי, באופן שיעניק משקל מוגבר לאינטרס ה"ציבורי" שנדחק אל הפינה. להלן נעמוד על שני כלים להחדרת איוון חיצוני זה לדין הפנימי בפועל: הכלי הפרשני והכלי החוקתי. ככל שמדובר בשאלה העקרונית בנוגע לתרומתן של הזכויות התרבותיות לדין הפנימי, העמדה המוצעת היא שלעתים הן יכולות לשמש כלי לתיקון עיוותים בחקיקה ומנוף לעקיפתה של חקיקה שתדלנית. הגישה כי ראוי לתקן את עיוותי החקיקה השתדלנית בכלים שונים, ובראשם פרשנות החוק על ידי בתי המשפט, זוכה לתמיכה רבה בספרות ונתפסת כפרגמטיזם רצוי.¹⁸⁵

(3) העשרה מחדש של הרובר התאורטי שבדיני זכויות יוצרים מראשיתם, דיני זכויות יוצרים מלווים בדיון תאורטי בנוגע להצדקה העיונית להכרה בזכות היוצרים. ייחודיותו של ענף זה בכך שלדיון התאורטי יש נפקות מעשית ישירה. הבחירה בין גישות אפשריות להצדקת זכות היוצרים עשויה להשפיע במקרים קונקרטיים על השאלה אם ניצבת בפני בית המשפט "יצירה" הראויה להגנה, ואם כן – מהו היקף ההגנה שיש להעניק לה.¹⁸⁶ ויכוח תאורטי זה לא נס לחו; כאמור לעיל, ניתן לתמצת אותו למחלוקת בשאלה אם דיני זכויות היוצרים מושתתים על הצדקות תועלתניות-מכשירניות גרידא, או שמא יש להם גם שורשים בתאוריות של משפט הטבע.¹⁸⁷ המשפט האמריקני נקט עמדה חד-משמעית לטובת הגישה התועלתנית-מכשירנית, והדבר בא לידי ביטוי בהוראה חוקתית.¹⁸⁸ לעומת זאת, המשפט האנגלי – ובעקבותיו המשפט

185 רבים תומכים בעמדה כי קיומו של תהליך חקיקה שתדלני צריך להשפיע על פרשנותו של החוק בבתי המשפט; ראו, למשל, Eskridge, לעיל ה"ש 178; Macey, לעיל ה"ש 183; Landes & Posner, לעיל ה"ש 183; Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 HARV. L. REV. 405 (1989); Richard Posner, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, 49 U. CHI. L. REV. 263 (1982); Frank H. Easterbrook, *The Supreme Court, 1983 Term Foreword: The Court and the Economic System*, 98 HARV. L. REV. 4 (1984). לביקורת על גישה פרשנית זו ראו Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L.J. 31 (1991); Edward L. Rubin, *Beyond Public Choice: Comprehensive Rationality in the Writing and Reading of Statutes*, 66 N.Y.U.L. REV. 1 (1991).

186 ראו לעיל ה"ש 158-172 והטקסט המלווה בעניין הגדרתו הפתוחה של המונח "יצירה", וכן בעניין נורמות פתוחות נוספות בדיני זכויות יוצרים.

187 ראו לעיל ה"ש 66.

188 שם.

הקנדי והאוסטרלי – ממשיכים ואוחזים בעמדה שלפיה הבסיס העיוני לזכויות היוצרים הוא מעורב.¹⁸⁹ מקומו של ויכוח זה לא נפקד אף מן המשפט הישראלי. בפסיקה המוקדמת בישראל הושתתה ההכרה בזכות היוצרים בין היתר על תאוריית העמל, המשמשת להצדקת זכויות טבעיות.¹⁹⁰ בפסק הדין בעניין Interlego הסתייג בית המשפט העליון בישראל מקבלתה של תאוריית העמל כמקור להקניית זכות יוצרים, וביכר את הגישות התועלתניות-מכשירניות – אף בהעדר ציווי חוקתי, ומתוך העדפה משפטית "חופשית".¹⁹¹ עם זאת, בהכרעות מאוחרות לעתים הכיר בית המשפט העליון בזכויות היוצרים ביצירות בעיקר על שום העמל והמאמץ שהיו כרוכים בהפקתן, ואז השתית את הכרעתו על גישות "טבעיות".¹⁹² אם כן, הבסיס העיוני לזכות היוצרים במשפט הישראלי אינו ודאי, או שנותר מעורב בהתאם למסורת המשפט האנגלי. כאמור, ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם נשענת גם – אם לא בעיקר – על הצדקות מתחום משפט הטבע.¹⁹³ לפיכך, מעמדה של זכות היוצרים כזכות אדם במשפט הבינלאומי הוא רלבנטי לוויכוח בעניין ההצדקות העיוניות לזכות היוצרים. יותר מכך: בניגוד למשפט האמריקני, המשפט הישראלי אינו כבול להוראה חוקתית המשמיעה הצדקות תועלתניות-מכשירניות לזכות היוצרים, ואף מסיבה זו ההצדקה להכרה בזכות היוצרים כזכות אדם צריכה למצוא את ביטוייה בדין הפנימי, בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי.¹⁹⁴ על כן, ככל שמדובר בשאלה העקרונית בנוגע לתרומתן של הזכויות

189 שם.

190 ראו, לדוגמה, ע"א 15/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד לו(2) 822, 813 (1982); ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 (1985); עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 267.

191 נקבע כי מטרתם של דיני זכויות היוצרים היא ליצור תמריץ להפקת יצירות, תוך שאיפה ליצור איזון בין העידוד שמקנה זכות היוצרים ליצור העכשווי לבין המגבלה שזו מטיל על יצירת ביטויים מקוריים בעתיד. לפיכך, נקבע, יש להכריע לטובת הגישה כי לא די בעמלו של יוצר כדי להעניק לו זכות יוצרים, ולשם כך נדרש קיומה של יצירתיות; ראו עניין INTERLEGO, לעיל ה"ש 65, בעמ' 154, 164-165. עם זאת נקבע כי ביטוי שמתבקשת לגביו זכות יוצרים צריך להיות "תוצר של השקעה מינימאלית של משאב אנושי כלשהו", ו"תוך שימוש מינימאלי של יצירתיות מקורית", כאשר "מקוריות" פירושה שהיצירתיות היא פרי עמלו הרוחני של היוצר – אך היא לא דווקא צריכה לחדש ביחס ליצירות קיימות; ראו עניין INTERLEGO, שם, בעמוד 173 (מול האות א).

192 ראו, לדוגמה, ע"א 3616/92 דקל שירותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית לשירותי ניהול אגודה שיתופית הקלאית בע"מ, פ"ד נא(5) 337 (1997), שם הוכרה זכות היוצרים בחוברת מחירון תשומות בניה. לאחרונה, בעניין Tele Event Ltd, לעיל ה"ש 168, סעיפים 18-19 לפסק הדין, בית המשפט העליון אישש את העמדה כי על פי הדין בישראל די ביסודות המאמץ וההשקעה כדי להצדיק הכרה בזכות יוצרים ביצירה, בחזרו על ההלכות שניתנו בטרם הלכת INTERLEGO. עמדה זו לא נבחנה בשנית בדיון הנוסף שהתקיים בפרשה, וראו דנ"א ערוצי זהב, לעיל ה"ש 168.

193 ראו לעיל פרק 4. זכות יוצרים כזכות אדם.

194 ראו לעיל פרק 2. מעמדה של הנורמה הבינלאומית.

התרבותיות לדין הפנימי, העמדה המוצעת היא שהן יכולות לשמש מקור להעשרה מחודשת של הרובד התאורטי המורכב שבדיני זכויות יוצרים.

(4) מעבר מתפיסה קניינית מוחלטת לתפיסה קניינית יחסית כאמור, הגישה המקובלת בבתי המשפט בארץ (ובמדינות המשפט האנגלו-אמריקני) היא שבדיני זכויות היוצרים משתקף האיזון הנדרש בין זכות היוצרים לבין אינטרס חופש הביטוי (במובנו השלילי, כחירות פוליטית-אזרחית). לפיכך, אין להיזקק לחופש הביטוי בעל המעמד המוגן כאמצעי להטלת הגבלה חיצונית על זכות היוצרים.¹⁹⁵ ניתן היה לשער, כי על פי אותו קו מחשבה יתמכו בתי המשפט גם בעמדה שבמסגרת האיזון הפנימי של דיני זכויות היוצרים אין לשקול את מעמדה המוגן של זכות הקניין; במילים אחרות: ניתן היה לצפות לעמדה שלפיה מכלול האינטרסים כבר מוצא את ביטוי בהסדר ה"פנימי". בארצות-הברית עמדה זו אכן מיושמת הלכה למעשה;¹⁹⁶ בישראל היא ננקטה בעבר במפורש בפרשת גבע,¹⁹⁷ ואף הובעה בקשר לענפים אחרים של הקניין הרוחני.¹⁹⁸ אולם, המגמה ההולכת וגוברת בקרב בתי המשפט בישראל היא זו המדגישה את קנייניותה של זכות היוצרים ותומכת בחיזוקה של זכות היוצרים מתוקף מעמדה המוגן

195 בישראל דן בית המשפט בשאלת היחס בין זכות היוצרים לחופש הביטוי היצירתי וקבע כי "מוגבלת תחולתו של עקרון חופש הביטוי לגדר דיני זכויות היוצרים החקוקים", אולם תיתכן השפעה של עקרון חופש הביטוי על עיצוב דיני זכויות יוצרים בדרך פרשנית; ראו עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 266 מול האותיות א-ב' 267-268. דין אחר נקבע כי אין לאפשר שלילה של זכויות היוצרים משיקולי מדיניות אף במקרים מיוחדים, וכי די בחריגים לשימוש ההוגן הקבועים בחוק כדי להבטיח את קיומו של חופש המחקר האקדמי; ראו עניין Eisenman, לעיל ה"ש 173, בעמ' 835. לביקורת על הלכה זו ראו להלן פרק ג 1. עוד ראו בעניין זה אלקין קורן, לעיל ה"ש 119, בעמ' 31-32. בארצות-הברית ראו Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 560 (1985); Eldred v. Ashdown v. Telegraph Group [2001] באנגליה ראו Ashcroft, 537 U.S. 186, 212-213 (2003) R.P.C. 34; בקנדה ראו Cie Generale des Etablissements Michelin v. C.A.W. [1996], 71 C.P.R. (3d) 348; ין ראו בעניין זה Ysolde Gendreau, *Copyright and Freedom of Expression in Canada*, in COPYRIGHT AND HUMAN RIGHTS – FREEDOM OF EXPRESSION, INTELLECTUAL PROPERTY, PRIVACY 21 (Paul L.C. Torremans ed., 2004).

196 הסיבה לכך היא שבארצות-הברית ההגנה החוקתית על הקניין מותווית בזכות לפיצוי במקרה של הפקעת הקניין הפרטי (הפקעה הידועה כ-"taking"); ראו U.S. CONST. AMEND. V. הפסיקה בארצות-הברית פירשה בצמצום את המקרים בהם הפקעה מחייבת פיצוי על פי החוקה; ראו Lucas v. S.C.Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992). לפיכך, בארצות-הברית במקרים רבים לא צומחת תועלת הלכה למעשה משימוש בהגנה החוקתית לקניין ככלי להגנה על הקניין הרוחני.

197 עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 266-268.

198 ע"א V & S Spirt Aktiebolag 9191/03 נ' אבסולוט שווייץ בע"מ, פ"ד נח(6) 869, סעיף 4 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2004).

של זכות הקניין.¹⁹⁹ מגמה זו יוצרת א-סימטריה בתפיסתה של מערכת דיני זכויות היוצרים כבעלת איוון פנימי: בעוד שהשימוש בחופש הביטוי כאמצעי להגבלת חיצונית על זכות היוצרים נדחה, השימוש בזכות הקניין כאמצעי לחיזוק מעמדה הולך ותופס מקום מרכזי בפסיקה. התוצאה – הטבעית, יש לומר – של א-סימטריה זו היא הפרה של האיוון הפנימי המצוי לכאורה בדיני זכויות היוצרים, וממילא הפרה של איוון האינטרסים שבסל הזכויות התרבותיות כזכויות אדם.

לגישתנו, אין מנוס מהכנסה של שיקולי חופש הביטוי לתוך המערכת הפנימית של דיני זכויות היוצרים לשם תיקון העיוות שנוצר עקב סחף השימוש במעמדה המוגן של זכות היוצרים כזכות קניין. ואם יש להכניס את מערכת הזכויות החוקתיות – קרי: זכות הקניין וחופש הביטוי – לתוך המערכת הפנימית של דיני זכויות היוצרים, אזי גם אין מנוס מהזרמה של המשנה המלווה זכויות אדם אלה. במילים אחרות: משנקבע מעמדה של זכות היוצרים בתוך מערכת השיקולים הפנימית של דיני זכויות היוצרים כזכות קניין – נפרץ המחסום, ויש להתחשב במכלול הזכויות התרבותיות – לרבות הזכות להשתתף בחיי התרבות – כזכויות רב-ממדיות (דהיינו: הן כזכויות אזרחיות-פוליטיות והן כזכויות חברתיות-כלכליות) במלאכת איוון האינטרסים.²⁰⁰

טענתנו היא למעשה כפולה: הטענה הראשונה היא שאם בית המשפט מכניס למערכת השיקולים את מעמדה המוגן של זכות היוצרים כזכות קניין, אזי שומה עליו להתחשב גם במעמדו המוגן של חופש הביטוי. טענה זו אמנם טריביאלית אך היא טרם יושמה בפסיקה. בהקשר זה יש להפנות לעמדתה הרשמית של מדינת ישראל, כאמור לעיל, שעל פיה זכות היוצרים חוסה תחת ההגנה החוקתית לקניין, וזו הועמדה במעמד שווה לחופש הביטוי.²⁰¹ טענתנו השנייה היא כי במקום שבו יש להתחשב במעמדה המוגן של זכות היוצרים כזכות קניין וכחופש הביטוי, שומה על בית המשפט לשקלל לתוך מערך האיוונים את המטען מתחום הזכויות התרבותיות כזכויות אדם; קרי: להתחשב באינטרסים המיוחדים מתחום זכויות האדם הנוגעים לזכויות התרבותיות, ובכלל זה להעניק נפקות לזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות דווקא. על בית המשפט לוודא כי בצד שמירה על זכות היוצר ביצירתו נשמר גם אינטרס הציבור בקיומם

199 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1192/96 א.א. ס. מוסיקה בע"מ נ' עיריית חולון, חק-מח 99(3) 47360, סעיף 6 לפסק דינו של השופט קלינג (1999). פסק דין זה נהפך בבית המשפט העליון, בע"א 326/00 עיריית חולון נ' א.א. ס. מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 658 (2003) ובעניין זה נרחיב להלן. ראו רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נגד תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625, סעיף 5 לפסק דינה של השופטת דורנר (2003). מלבד שתי דוגמאות בולטות אלה ישנן דוגמאות נוספות מפסיקתן של הערכאות הנמוכות.

200 רב-ממדיות במובן זה שהן כוללות לא רק את ההיבט השלילי של החירות האזרחית-פוליטית אלא אף את ההיבט החיובי של הזכות הכלכלית-חברתית; בעניין זה ראו לעיל ה"ש 119-116, 121-119 והטקסט המלווה.

201 ראו לעיל ה"ש 33 והטקסט המלווה.

של תנאים קונקרטיים ושוויוניים להשתתף בחיי התרבות, אם על ידי צריכת תרבות ואם על ידי יצירה של "מוצרי תרבות". עד כה, בחי המשפט בישראל היו ערים לכל היותר לצורך לאזן בין הזכויות החוקתיות, ככל שמדובר בממד ה"טריביאלי" של המתח בין הזכויות,²⁰² ואילו הממד הרחב – הכולל את ההיבט הכלכלי-חברתי של הזכויות התרבותיות – נזנח כליל. על כן, ככל שמדובר בשאלה העקרונית בנוגע לתרומתן של הזכויות התרבותיות לדין הפנימי, העמדה המוצעת היא שהן יכולות לשמש כלי לתיקון עיוותים פנימיים בדיני זכויות היוצרים, הנובעים מנקיטת עמדה לא מאוזנת באשר למעמדה המוגן של זכות היוצרים כזכות קניין, בלא התחשבות באינטרס המוגן של כלל חברי הציבור להשתתף בחיי התרבות, על שלל משמעותיות. במילים אחרות, הזכויות התרבותיות עשויות לשחרר את בתי המשפט מהרטוריקה הקניינית "המוחלטת" בנוגע לזכות היוצרים, ולהעביר את הדיון למונחים "יחסיים" המשקללים אינטרסים מגוונים של הפרטים בחברה.²⁰³

(5) התפקיד החינוכי של שיה הזכויות התרבותיות: כלי להטמעת ערכים
לשיח הזכויות התרבותיות כזכויות אדם יש תפקיד חשוב בהטמעת ערכים בציבור, ובמובן זה יש לשיח ערך חינוכי או רטורי. בהקשר זה, פועלן של הזכויות התרבותיות, בדומה לזכויות אדם אחרות, הוא ביצירת מודעות ציבורית לאינטרסים בעלי חשיבות. מתוך כך אף צומחת החשיבות של איזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות השונות. העלאת המודעות לצורך לאזן בין זכויות תרבותיות מתנגשות, ולשמור על אינטרס הציבור להשתתף בחיי התרבות בצד זכות היוצר כיצירתו, עשויה לשמש ערך "מחנך" ומכוון במישורים רבים – החל בתהליך החקיקה עצמו ובהבנת הצורך להציב חסמים בפני חקיקה שתדלנית, וכלה בתפיסות היסוד בקרב שופטים המעצבים את הדין הנוהג. באופן מעט ציני ניתן לומר כי שיח הזכויות התרבותיות כזכויות אדם עשויות להצמיח את הלובי הציבורי לשמירה על זכויות הציבור בשדה התרבות והיצירה.²⁰⁴
דוגמה לתפקוד חינוכי זה של הזכויות התרבותיות מצוי במהלך המתגבש בזירה הבינלאומית במטרה להביא לשינוי רדיקלי באמנות הקניין הרוחני. בסוף 2004 החלה להתגבש יזמה בהנהגתן של כריזל וארגנטינה לכינונה של אמנה בחסות ארגון האו"ם

202 ראו, למשל, בפרשת גבע, לעיל ה"ש 32.

203 להלן בפרק ב. 3 נדגים תפקוד אפשרי זה של הזכויות התרבותיות בנוגע לארבעה פסקי דין מן המשפט הישראלי.

204 ואכן, במסגרת תיאור החקיקה השתדלנית המאפיינת את דיני זכויות יוצרים הועלתה הטענה כי "קולו" של הציבור לא נשמע, או כי נציגי הממשלה האמנים על קידום אינטרס הציבור הרחב לא תמיד ביצעו את תפקידם; ראו, לדוגמה, Litman, לעיל ה"ש 179, בעמ' 870-882, VAVR, לעיל ה"ש 179, בעמ' 296. מכאן החשיבות הרבה הנודעת ליצירת "לובי" לזכות הציבור להשתתף בחיי התרבות, שכן יש בזכות זו כדי להשפיע על נציגי הממשלה ולכוונם במילוי תפקידם.

לקניין רוחני (WIPO), במטרה להטמיע את הזכויות התרבותיות בדיני הקניין הרוחני הממוסדים.²⁰⁵ מדינות נוספות הצטרפו ליזמה זו,²⁰⁶ ויחדיו הן הקימו את "קבוצת ידידי הפיתוח" ("Group Of Friends Of Development").²⁰⁷ פעילותה של קבוצה זו הולידה טיוטה ראשונית של אמנה בדבר גישה לידע (Treaty On Access To Knowledge), שהוצגה בפני ארגון האו"ם לקניין רוחני בחודש יוני 2005.²⁰⁸ מטרתה המוצהרת של האמנה המוצעת היא להגביר את ההשתתפות בענייני תרבות, חברה (civic) וחינוך, וכן שיתוף ביתרונות הקדמה המדעית. תקוותם של יוזמי האמנה היא כי זו תהווה בסיס לתיקון דיני הקניין הרוחני הממוסדים בדין הבינלאומי באופן שיבטיח את אינטרס הציבור בגישה חופשית למידע, תוך התחשבות בשוני החברתי והכלכלי הקיים בין המדינות השונות בעולם.²⁰⁹

לא נוכל להתעמק בסעיפיה השונים של האמנה המוצעת, המעוררים עניין רב, ולו רק מפאת העובדה שהיא רק בחיתוליה; אין ספק כי התפתחות זו תהווה קרקע למחקרים נוספים.²¹⁰ עם זאת, ניכר כי לפי שעה, עיקר חשיבותה של האמנה המוצעת הוא במסר החינוכי-ערכי המשוגר לעבר מערכת המשפט. טיוטה זו משקפת התעוררות של הלובי לקידום האינטרס של הציבור הרחב בחקיקת הקניין הרוחני, ולהטמעה מאוזנת של האינטרסים המורכבים הגלומים בזכויות התרבותיות. כך, לשם הדוגמה בלבד, סעיף מרכזי באמנה בדבר גישה לידע מציג חריג גמיש ופתוח לזכויות היוצרים.²¹¹ על פי סעיף זה, על הצדדים לאמנה להטמיע בחקיקה הפנימית חריג כללי לזכות היוצרים, המתיר ניצול של יצירה במקרים מיוחדים שבהם התועלת החברתית, התרבותית,

205 ראו Proposal By Argentina And Brazil For The Establishment Of A Development Agenda For WIPO, WIPO General Assembly, Thirty-First (15th Extraordinary) Session, Geneva, September 25 to October 4, 2004, WO/GA/31/11 Add.

206 המדינות התומכות ביוזמה זו הן ארגנטינה, ברזיל, בוליביה, קובה, הרפובליקה הדומיניקנית, אקוודור, מצרים, אירן, קניה, פרו, סיריה, ליאון, דרום אפריקה, טנזניה, ונצואלה; ראו לעיל ה"ש 205.

207 ראו Inter-Sessional Intergovernmental Meeting On A Development Agenda For WIPO, Second Session, Geneva, June 20 to 22, 2005, IIM/2/10/Prov. 2, Sec. 20. אין תיעוד רשמי לטיוטה זו ועל כן היא מצורפת כנספח למאמר זה.

208 ראו לעיל ה"ש 207.

209 בוועידה השנתית של ארגון WIPO, שהתקיימה ב-5 באוקטובר, 2005, הוחלט שלא לדחות את ההצעה על הסף; מונתה ועדת-משנה זמנית שתפקידה לבחון דרכים לקידום האג'נדה של "קבוצת ידידי הפיתוח", ובהתאם לכך להניח בפני הצעות קונקרטיות/ועידת הארגון בשנת 2006; ראו WIPO, Geneva, Press Release 425, 5 October, 2005.

210 לסוגיית ראשונה ראו Laurence R. Helfer, *Towards a Human Rights Framework for Intellectual Property*, available at: ssrn.com/abstracts=891303.

211 ראו סעיף 3-1, (d) לטיוטת האמנה בדבר גישה לידע, לעיל ה"ש 208.

החינוכית או כל תועלת אחרת לפיתוח עקב השימוש ביצירה עולה על המחיר הנדרש בגין שימוש זה (ובכפוף לפיצוי ראוי לבעל זכות היוצרים במקרים מתאימים). אין ספק כי זהו חריג רחב-היקף, וכבר מטעם זה ספק אם עיגונו בדין הבינלאומי יצא אל הפועל. עם זאת, דומה כי עצם ההצעה לעגן חריג כזה מושתתת על ההבנה שאינטרס הציבור בגישה לתרבות ולהשתתפות בה אינו מקבל ביטוי הולם בעיצוב הנורמה, וניכר בהצעה ניסיון התמודדות עם המגמה המתמדת של חיזוק הקניין הפרטי.²¹² מכאן, שההצעה להטמיע חריג כזה מיועדת בעיקרו של דבר להעלות את המודעות לצורך להתחשב בזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות בעיצובם של דיני זכויות היוצרים.

2. הדרכים להחדרת האזון בין הזכויות התרבותיות אל המשפט הישראלי

לאחר שעמדנו על הפוטנציאל הגלום בהחדרת איזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות לדיני זכויות היוצרים הנוהגים, יש ללבן את השאלה כיצד ניתן לבצע את הדבר. קיימות שתי דרכים עיקריות: דרך הפרשנות ודרך ההכרה במעמדן החוקתי המוגן של הזכויות התרבותיות. שתי הדרכים הללו נשענות במידה רבה על תוקפה ומעמדה של הנורמה הבינלאומית;²¹³ שתי הדרכים מזינות זו את זו, ולעתים ההבחנה ביניהן – מלאכותית.

(א) פרשנות

לעתים קרובות לשון החוק בדיני הקניין הרוחני היא עמומה.²¹⁴ הדין גרוש נורמות פתוחות ומונחי שסתום,²¹⁵ ועל בית המשפט למלא את הנורמות החוק בתוכן. כלי הפרשנות הוא הכלי המרכזי שבאמצעותו בית המשפט יכול להזרים את איזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם למשפט הישראלי, תוך הדגשת הממד החברתי-כלכלי שלהן. כאמור לעיל, מדינת ישראל היא צד לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, ולפיכך היא מחויבת לפעול למימוש הזכויות התרבותיות.²¹⁶ מימוש זה יכול לבוא לידי ביטוי, בין היתר, באמצעות הישענות על הנורמה הבינלאומית בפרשנות של דבר חקיקה ישראלי.²¹⁷ כך, למשל, כאשר הוראה בדיני זכויות היוצרים החקוקים סובלת פירושים שונים, יש להתחשב לא רק במעמדה של זכות היוצרים כזכות קניין אלא גם בזכותם של פרטים בציבור ליהנות מזכות לגישה ולהשתתפות בחיי

212 בעניין זה ראו גם הדברים בסעיפים III ו-IV להצעה שהוגשה לארגון WIPO, לעיל ה"ש 205.

213 ראו לעיל חלק א.2. (2) מעמדה של הנורמה הבינלאומית.

214 עניין V & S Spirit Aktiebolag, לעיל ה"ש 198, סעיף 4 לפסק הדין.

215 ראו לעיל ה"ש 155-178 והטקסט המלווה.

216 ראו לעיל ה"ש 21, 25-29 והטקסט המלווה.

217 ראו לעיל ה"ש 31-34 והטקסט המלווה. דוגמה ליישום פרשני שכזה בקשר לזכות לחינוך מצוי

בבג"צ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' שר החינוך, פ"ד נ"ו (5) 834, 846,

סעיף 8 לפסק דינה של השופטת דורנר (2002).

התרבות.²¹⁸ בפרשת גבע נקבע כי העמדה שלפיה המערכת הפנימית של דיני זכויות היוצרים חובקת מראש את איזון האינטרסים בין זכות הקניין לחופש הביטוי אינה סותרת את ההיזקקות לכלי הפרשנות בבוא בית המשפט ליישם את איזון האינטרסים ביחס למקרה קונקרטי נתון.²¹⁹ לדעתנו, כאמור, קיומו של איזון קבוע מראש בין האינטרסים הנוגדים הוא מראית-עין בלבד, עקב השימוש הנפוץ בנורמות פתוחות ועמומות, ובמקרים רבים האיזון נעשה הלכה למעשה על ידי בתי המשפט, המעניקים פרשנות לנורמות אלה בכל מקרה נתון.²²⁰ משמעותו של הכלי הפרשני היא הזרמה של איזון האינטרסים בין זכויות אדם – הנהנות ממעמד מוגן – לתוך המסגרת הפנימית של החוק, שלעיתים מציבה לכל היותר "מסגרת פעולה כללית" לאיזון האינטרסים המתחייב – אך אינה מכריעה בו.²²¹

יתרונותיו של הכלי הפרשני רבים. אחד מהם נעוץ בכך שהוא אינו מעמת הוראה חקוקה עם נורמה חיצונית בבחינת הוצאת "קלף מנצח",²²² אלא מחדיר את איזון האינטרסים לתוך רקמה פתוחה שבחוק עצמו. בדרך זו, הכלי הפרשני אינו יוצר זעזועים במערכת כי אם מספק השלמה רציפה לדבר חקיקה, תוך בחירה באפשרות המתיישבת עם השיטה הכוללת.²²³ יתרון אחר נעוץ ב"מחיר" הזול של כלי הפרשנות: הזכרנו לעיל את הקושי הטמון במימושה של כל זכות חברתית-כלכלית ככל שנדרשים לשם כך משאבי ציבור או פגיעה בזכויות קנייניות.²²⁴ הדרך המוצעת – להעניק תוכן לזכות להשתתף בחיי התרבות באמצעות פרשנות הדין הקיים – אינה כרוכה בהכרח בהקצאת משאבים, ועל כן קל יותר לאמצאה.²²⁵ אשר לפגיעה בזכויות הקנייניות, זוהי כאמור לב הסוגיה שבעניינו – מהו האיזון הנכון בין זכות הקניין בתוצרי תרבות לבין זכות הציבור בנוגע לאותם תוצרי התרבות. כאמור, נטייתנו היא שאין לקבוע מראש את עליונותה של

218 בית המשפט באנגליה נקט עמדה זו במפורש. נקבע, כי באותם מקרים נדירים שבהם זכות היוצרים מתנגשת עם חופש הביטוי, הפתרון הוא יישום של חוק זכות היוצרים באופן שיתיישב עם חופש הביטוי, לדוגמה באמצעות הגנת הטיפול ההוגן או בסעד שיינתן; ראו Ashdown v. Telegraph Group [2001] R.P.C. 34 (סעיפים 45, 59, 71 לפסק הדין).

219 עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 268 (מול האות ב).

220 ראו לעיל ה"ש 155-178 והטקסט המלווה.

221 שם.

222 לתפיסת זכויות האדם בדומה לנורמה חוקתית, כ"קלף מנצח", ראו Ronald Dworkin, *Rights as* *Trumps*, in *THEORIES OF RIGHTS* 153-167 (2d ed., Jeremy Waldron ed., 1984). לביקורת על

תפיסה זו ראו גביון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 30.

223 לעניין זה ראו ברק, לעיל ה"ש 144, בעמ' 417-421.

224 ראו לעיל ה"ש 122-123.

225 לעניין זה ראו עמדתו של מונדלק, שלפיה בית המשפט אמנם אינו צריך לערוך את תקציב המדינה, אולם הוא אינו צריך להסיר ידיו ממלאכת מימוש הזכויות החברתיות-כלכליות; מונדלק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 220-226.

זכות כלשהי, ובכל מקרה נתון יש לאמוד את משקלו של אינטרס מתחום זכויות האדם. כלי הפרשנות מאפשר להוציא אל הפועל מתווה זה, שבו מלאכת ההכרעה מסורה לבתי המשפט.

(ב) הכרה במעמד חוקתי

כלי נוסף להחזרה של שיח הזכויות התרבותיות למשפט הישראלי הוא הכרה במעמדן החוקתי המוגן. הכרה זו יכולה אף היא להישען על מעמדה של הנורמה הבינלאומית²²⁶ המכירה בזכויות אלה כזכויות אדם, והיא יכולה לנבוע גם מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.²²⁷ אשר לזכות היוצרים כבר נקבע, כאמור, כי היא חוסה תחת ההגנה החוקתית לקניין;²²⁸ חרף זאת ראינו כי ההכרה בזכות היוצרים כזכות אדם מעוררת קשיים שונים הנובעים דווקא מסיווגה כזכות קניין. בהתחשב בכל אלה מוצע להכיר במעמדה של זכות היוצרים כזכות אדם ככל שמדובר בשמירה על האינטרסים האישיים שיש ליוצר ביצירתו;²²⁹ ההגנה על אינטרסים אישיים אלה עשויה להיגזר אף מההגנה החוקתית על כבודו של אדם.²³⁰ קיימת זיקה הדוקה בין ההגנה על האינטרסים האישיים של היוצר לבין כבודו. כך, למשל, הזכויות המוסריות, המעגנות בדין הפוזיטיבי את ההגנה על האינטרסים האישיים של היוצר, מתמקדות בשמירה על שמו ועל כבודו של היוצר.²³¹ עם זאת, ההגנה על האינטרסים האישיים נעשית כאמור גם באמצעות "הזכויות הכלכליות", ולפיכך אין להגביל את ההגנה החוקתית רק לזכויות המוסריות הפוזיטיביות.²³² גם מעמדה המוגן של הזכות להשתתף בחיי התרבות יכול להיגזר מזכות האדם לכבוד שהרי, כאמור, תכלית הזכות היא פיתוח אישיותו של האדם ומימושה – ואלה קשורים בזכות האדם לכבוד.²³³ אמנם עמדנו על כך שקיימת השקה משמעותית בין הזכות להשתתף בחיי התרבות לבין חופש הביטוי, וזה האחרון נהנה

226 ראו לעיל פרק א.2 (מעמד הנורמה הבינלאומית).

227 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391 (תשנ"ב) 150.

228 ראו עניין גבע, לעיל ה"ש 32, בעמ' 269, וכן לעיל ה"ש 33 והטקסט המלווה.

229 ראו לעיל פרק א.4 (זכות יוצרים כזכות אדם).

230 זאת, כמובן, מתוך קבלת העמדה כי יש לפרש את זכות האדם לכבוד באופן רחב, ככוללת זכויות פרטיקולריות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד; ראו בעניין זה רובינשטיין, לעיל ה"ש 153, בעמ' 948-955. לדעה דומה בקשר לזכות המוסרית ראו גיא פסח "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי" ספר ויסמן 463, 468 (2002).

231 למשל, בסעיף 6א לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, לעיל ה"ש 88, נקבע כי ליוצר זכות למנוע סילוף, פגימה או שינוי, או כל פעולה פוגעת אחרת ביצירה, העלולים לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר. כמו כן, השופט ברק סבור כי הזכות לשם טוב – הקשורה לזכויות המוסריות – יכולה להיגזר מתוך ההגנה על כבוד האדם וחירותו; ראו ברק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 427.

232 ראו לעיל ה"ש 88-94 והטקסט המלווה.

233 ראו לעיל ה"ש 41 והטקסט המלווה.

זה מכבר ממעמד חוקתי מוגן; אולם דומה כי דווקא גזירת מעמדה של הזכות להשתתף בחיי התרבות מכוח זכות האדם לכבוד עשויה להתאים יותר, שכן יש בה כדי להכניס לתוך מעמד מוגן זה את הערך המוסף שבזכות התרבותית – מעבר לזה המצוי ממילא בחופש הביטוי – כגון הדגשת הקישור לזכויות כלכליות-חברתיות דווקא.²³⁴

על אף הפוטנציאל לגזור את מעמדן המוגן של הזכויות התרבותיות הללו ממעמדה המוגן של זכות האדם לכבוד, הדבר מעורר כמה קשיים. קושי עיקרי נעוץ בגישה שלפיה אין לכלול בזכות לכבוד את הזכויות "החברתיות" השונות (למעט אלו שעניינן המינימום הנחוץ לקיום אנושי) ויש להסתפק בחירות היסוד האזרחיות-פוליטיות.²³⁵ אין זה המקום להרחיב בנושא חוקתה – הכתובה והמתפרשת – של מדינת ישראל; לעניינו נסתפק בהעלאת נושא הזכויות התרבותיות אל סדר היום המשפטי ובציון הצורך להכניסן לרשימת הזכויות הממתינות בתור לקבלת מעמד חוקתי מוגן.²³⁶

אחת הנפקות להכרה במעמדן החוקתי המוגן של הזכויות התרבותיות היא הפוטנציאל להתערב, במקרים המתאימים, בהסדרים הפנימיים של דיני זכויות היוצרים.²³⁷ אפשרות זו מעניינת במיוחד בהתחשב במעמדה המוגן של הזכות לגישה ולהשתתפות. כבר עמדנו על כך שעל פי הגישה המסורתית העיקרון בדבר חופש הביטוי החוקתי אינו יכול לשמש כלי להגבלה חיצונית על זכות היוצרים, שכן שיקולי חופש הביטוי מוטמעים במסגרת הפנימית של דיני זכויות היוצרים.²³⁸ גישה מסורתית זו בוחנת את הדברים תוך התייחסות לחירות הביטוי הבסיסית כזכות אזרחית-פוליטית. העמדה השגורה היא כי זכות היוצרים מגנה רק על דרך הביטוי שביצירה, ואילו הרעיון

234 ראו לעיל פרק 5.א (הזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות ובידולן מחופש הביטוי ומזכות הקניין).

235 זוהי גישתו של הנשיא ברק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 411-422. על עמדה זו נמתחה ביקורת; ראו, לדוגמה, גרוס, לעיל ה"ש 59, 84-89.

236 למשל, בתזכיר הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות, שהופץ על ידי משרד המשפטים ב-25 בינואר 1998, הוצע לעגן את סעיף 3 בנוסח הבא: "מדינת ישראל תשקוד על קידום ופיתוח התנאים להבטחת הקיום בכבוד אנושי של כל תושביה, ובכלל זה בתחומי העבודה, החינוך, הבריאות, הדיוור, הרווחה החברתית ואיכות הסביבה, והכל כפי שייקבע בחוק או על פיו או בהחלטות הממשלה". תחום התרבות בולט בחסרונו. איננו רואים כל סיבה להזנחת קידומן של הזכויות התרבותיות, החיוניות אף הן לקיומו בכבוד של אדם במדינה דמוקרטית ומודרנית.

237 החשיבות העיקרית שיש להכרה בזכות כלשהי כזכות יסוד חוקתית היא היכולת להגביל את המחוקק מפגיעה בזכות זו. עם זאת, ההכרה בזכות כחוקתית אינה משליכה על האיוון הפנימי שיש לערוך בינה לבין זכויות אחרות; ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 153, בעמ' 929. עוד בעניין זה ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (1995).

238 ראו לעיל ה"ש 195 והטקסט המלווה.

הטמון בה נותר חופשי לכול.²³⁹ לכן, על פי גישה זו, ההגנה על דרך הביטוי אינה עומדת בסתירה לחופש הביטוי, שכן הכול יכולים לעשות שימוש ברעיונות ולהפיצם.²⁴⁰ לא זה המקום לבחון גישה מסורתית זו של בתי המשפט;²⁴¹ אולם נציין כי עולה קרנה של הטענה כי המסגרת הפנימית של דיני זכויות היוצרים לעתים אינה מעניקה לחופש הביטוי את המשקל הראוי, ולכן יש מקרים מיוחדים שבהם עקרון חופש הביטוי צריך לפעול כהגבלה חיצונית על זכות היוצרים לשם עריכת איזון אינטרסים אד הוק.²⁴² לעומת זאת, אם בצד הגישה המסורתית האמורה של בתי המשפט נבחן את השאלה האם דיני זכויות היוצרים עולים בקנה אחד עם הזכות להשתתף בחיי התרבות – והפעם זכות חברתית-כלכלית – ייתכן שבמקרים מיוחדים נגיע לתשובה שונה.²⁴³ ייתכן, כי במקרים מתאימים וקיצוניים בתי המשפט יהיו נכונים להגביל את כוחה של זכות היוצרים עקב הצורך לאזנה עם האינטרס שעניינו הבטחת תנאים קונקרטיים ושוויוניים לכול בגישה לתרבות ובהשתתפות בחיי התרבות, וזאת מבלי לדון מחדש בשאלת היחס בין זכות היוצרים לבין חופש הביטוי "הקלאסי", דהיינו: האזרחי-פוליטי.²⁴⁴

239 ראו סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, 1924, תא"י (ע) 364, (א) 389. עוד לעניין ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי ראו לעיל ה"ש 160-163 והטקסט המלווה.

240 ראו לעיל ה"ש 195. כן ראו עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 791. להרחבה בעניין זה ראו Robert C. Denicola, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, 67 CAL. L. REV. 283 (1979); Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999); Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment*, 54 STAN. L. REV. 1 (2001).

241 לבחינה ביקורתית של עיקרון יסודי זה ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 161, בעמ' 117-123.
242 דעה זו הושמעה הן בארצות-הברית, שם עקרון חופש הביטוי נהנה ממעמד חוקתי, והן באנגליה, שם חוק זכויות האדם משנת 1998 הכפיף את הדין האנגלי לעקרון חופש הביטוי; ראו Jonathan Griffiths, *Copyright in English Literature: Denying the Public Domain*, 22 EUR INTEL. PROP. REV. 150, 153 (2000); Jonathan Griffiths, *Copyright Law and Censorship – The Impact of the Human Rights Act 1998*, THE YEAR BOOK OF COPYRIGHT AND MEDIA LAW NIMMER; 3, 3 (1999), לעיל ה"ש 165, בסעיף 1.10. לדיון ביקורתי בגישה זו במשפט הישראלי ראו גיא פסח זכות יוצרים וחופש העיתונות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2001).

243 זאת, בשים לב לשאלה אם זכויות חוקתיות אכן משמשות מנוף לעשיית צדק חלוקתי – דהיינו: שינוי של חלוקת המשאבים בחברה – או שמא הן רק מגן לחלוקת הזכויות הקיימת, בבחינת כלי על לעשיית צדק מתקן; ראו גרוס, לעיל ה"ש 59, בעמ' 79-83. להבחנה בין צדק חלוקתי וצדק מתקן ראו לעיל ה"ש 132.

244 הדוגמאות השכיחות להתערבות בכוח הקניין שזכות יוצרים הן מכוח חוק מפורש (כגון חוק המאפשר פיקוח על מוזנופולים) או חוק המאפשר פיקוח על מחירי מוצרים חיוניים למשק. אולם, מבחינה עקרונית הדבר אינו שולל התערבות מכוח נורמות כלליות וחיצוניות. דוגמאות לנורמות

בחירת היחס בין דיני זכויות היוצרים לבין האינטרס הקונקרטי בגישה ובהשתתפות בחיי התרבות היא דוגמה לנפקות ממשית, מעבר להבחנה סמנטית, שיכולה להיות לסיווג הזכות התרבותית כזכות כלכלית-חברתית, במובחן מזכות אזרחית-פוליטית. אין ספק כי התערבות בהסדר "פנימי" של החוק מתוקף ציווי "חיצוני", שעניינו שמירה על זכות הציבור ליהנות מגישה קונקרטית ושוויונית לתרבות, עשויה להיות בעייתית בעיקר נוכח חוסר-הוודאות והיציבות המשפטית שהיא גוררת.²⁴⁵ על כך, כמובן, מצטרף הקושי המקדמי להכיר בזכויות התרבותיות כזכויות חוקתיות.²⁴⁶ המסקנה המתבקשת היא דרך המלך המוצגת לעיל, קרי פרשנות הדין הקיים במקום שבו קיים מרווח פרשני.²⁴⁷ עם זאת, אין לשלול כליל את האפשרות להתערבות חוקתית במקרים חריגים או קיצוניים. העמדה המוצעת – שלפיה לעתים ניתן יהיה להשתמש בזכויות התרבותיות ככלי להתערבות חיצונית בהסדר פנימי קיים – מחייבת התייחסות להשקפה השגורה כי פועלן של זכויות האדם הוא ביחסים שבין הפרט למדינה, וכי לזכויות אלה אין נפקות בסכסוך שבין שני צדדים פרטיים.²⁴⁸ אכן, עת ניתנה ההכרזה האוניברסלית בשנת 1948 היא שיקפה את התפיסה בדבר תביעותיהם של הפרטים מהמדינה כמייצגת את החברה. כיום, כאשר מוקדי הכוח עוברים מהמדינה למנגנון השוק הפתוח, ניתן לערוך התאמות בפרשנות הנורמה הבינלאומית ולהציב מגבלות על פעולתם של גופים פרטיים דוגמת תאגירי הענק, כפי שהוצבו בעבר מגבלות על פעולתה של המדינה. לפחות ביחס להכרזה האוניברסלית מדובר, כאמור, בעקרונות המחייבים את החברה בכללותה ולא רק את מוסדות המדינה דווקא,²⁴⁹ ולפיכך התאמה פרשנית זו אפשרית ומתבקשת.²⁵⁰ למעלה

כלליות וחיצוניות כאלה הן נורמות חוקתיות, העיקרון בדבר "אי ניצול לרעה של זכות קניין" (ראו סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259) והדוקטרינה בדבר "אינטרס הציבור" שבמשפט האנגלי; ראו Gerald Dworkin, *Judicial Control of Copyright on Public Policy Grounds*, INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION LAW ESSAYS IN HONOUR OF HEMAN COHEN JEHOAM, 137, 143 (Jan J. C. Kabel & Gerard J.H.M. Mom eds., 1999); Ashdown v. Telegraph Group [2001] R.P.C. 34. עוד לעניין נורמות חיצוניות אלה, המאפשרות התערבות בהסדר חוקי פנימי, ראו פישמן אפורי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 413-425.

245 וראו לעניין זה הביקורת בתפיסה זכרית האדם – כמו גם הזכות החוקתית – כ"קלף מנצח", לעיל ה"ש 222.

246 ראו לעיל ה"ש 235 והטקסט המלווה.

247 ראו לעיל תת-פרק ב.2 (א) (פרשנות).

248 ביטוי מרכזי לתפיסה זו מצוי בסעיף 2 לאמנה בזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 17, הקובע כי המדינות שהן צד לאמנה מתחייבות לכבד את הזכויות הקבועות באמנה.

249 ראו לעיל ה"ש 22 והטקסט המלווה.

250 Dessemontet, לעיל ה"ש 14, בעמ' 114, Samuel K. Murumba, *Introduction: The Universal*; Declaration of Human Rights at 50 and The Challenge of Global Markets: Themes and Variations, 25 BROOK. J. INT'L L. 5, 6-7 (1999).

מכך: יש לציין את עמדתו של הנשיא לשעבר ברק, שעל פיה יש להעניק לזכויות החוקתיות תחולה רחבה, מעבר ליחסים שבין הפרט לשלטון. לשיטתו, במערכות יחסים שמתחום המשפט הפרטי, גם פרטים ותאגידים חייבים לכבד את זכויות האדם.²⁵¹ הנה כך מתעצם אף יותר הפוטנציאל הטמון בזכויות התרבותיות כזכויות אדם ככלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל.

3. דוגמאות מן הפסיקה ליישום העמדה המוצעת

ניתן להדגים את יישום העמדה המוצעת – שלפיה האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם צריך לשמש בפרשנות הדין הקיים – על פסקי דין רבים. מפאת קוצר היריעה נסתפק בדוגמאות ספורות מהמשפט הישראלי. נקדים ונאמר כי אין כל אפשרות להרחיב בסוגיות יסוד דיני זכויות היוצרים במסגרת מאמר זה, ולכן הצגת הדוגמאות להלן תהיה בתמצית בלבד וללא כל העמקה בשלל השאלות המשפטיות המתעוררות בכל אחת מהן.

(א) פסק הדין בעניין קמרון

פסק הדין בעניין קמרון²⁵² ישמש כדוגמה הראשונה ליישום העמדה המוצעת. בפרשה זו דובר בשחזור המגילות הגנוזות, שפיסות מהן התגלו במערות קומראן שבאזור ים המלח. פיסות מאחת המגילות, הכתובה בלשון עברית קדומה, נמסרו לידי פרופ' קמרון לפענוח. קמרון הוא מומחה בעל שם בלשון הקדומה ובחקר המגילות הללו שנתגלו במערות קומראן. במשך 11 שנים עסק קמרון בפענוח המגילה. מתוך 70 הקרעים שקיבל, ועל סמך ידע חיצוני רב על התקופה, הורכב טקסט בן 121 שורות; כ-40% מהטקסט הם השלמה של מה שהיה חסר. יודגש, כי פענוח המגילות הוא בעל חשיבות היסטורית מחקרית ראשונה ממעלה. הנתבע – שנקס – היה עורך של כתב עת ארכיאולוגי בעל שם, ובמסגרתו הוציא לאור ספר שעסק במגילות הגנוזות. בספר פורסמו צילומים של קרעי המגילות וכן העתק של 121 השורות המפוענחות, בלא ציון שמו של קמרון כמפענח המגילה. בעקבות זאת הגיש קמרון תביעה נגד שנקס ואחרים, ובה טען להפרת זכויות יוצרים שכן לא נתבקשה ולא ניתנה רשותו לפרסם ולשכפל את הפענוח, וכן להפרת זכויותיו המוסריות שכן לא צוין שמו כמחבר הפענוח.²⁵³ אחת השאלות המשפטיות המרכזיות שנתעוררו בפרשה זו הייתה אם 121 השורות המפוענחות הן יצירה מקורית

251 דאו ברק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 441-446, 649 ("זכויות האדם הן גם זכויותיו של האדם כלפי חברו").
לסקירה של העמדות כשאלה אם להוראות חוקי היסוד יש גם תחולה במשפט הפרטי ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 153, בעמ' 968-970.

252 עניין קמרון, לעיל ה"ש 173.

253 לחיבור מפורט של עובדות פסק הדין ראו עניין קמרון, שם, בעמ' 822-824.

של קמרון. נטען, כי פעולת ההשלמה של הטקסט אינה אלא שחזור של יצירה קיימת ולכן הטקסט המפוענח אינו יצירה מקורית המוגנת על פי דיני זכויות יוצרים.²⁵⁴ כאמור לעיל, אחת הנורמות הפתוחות המרכזיות בדיני זכויות יוצרים היא דרישת המקוריות,²⁵⁵ ובמקרה נדיר זה נדרש בית המשפט לעסוק בה.

בית המשפט נתן דעתו לתהליך הגיבוש של הטקסט המפוענח, שכלל סידור של הקרעים שנתגלו וצירופם בסדר הנכון מבחינה פיזית; לאחר מכן נדרש פענוח הכתוב על הקרעים, ולבסוף – השלמת החסר, תוך שימוש בידע היסטורי ולשוני. בית המשפט קבע כי בדיקת המקוריות אין משמעה השוואה בין היצירה המוגמרת לבין היצירה המפוענחת, וכי ההתמקדות היא בגיבושה של היצירה המוגמרת: יש לבדוק אם ביצירה המוגמרת לקוחים רק מרכיבים מהיצירה הקיימת או שיש בה מעבר לכך, כלומר: גם מרכיבים שהם תרומתו המקורית של היוצר.²⁵⁶ לפיכך קבע בית המשפט כי בטקסט המפוענח קיימת תרומה שהיא מקורית לקמרון, ונימק את הכרעתו בכך שמדובר ביצירה הדומה ליצירת ליקוט: אף שהיא מורכבת מחומרי גלם קיימים, מוענקת זכות יוצרים בגין ארגון וסידור החומר.²⁵⁷

מלומדים רבים מתחו ביקורת על פסק הדין,²⁵⁸ ועיקרה הובא בעמדת הנתבע בפסק הדין עצמו.²⁵⁹ נטען כי השלמת החסר על ידי קמרון אינה בגדר יצירה מקורית אלא גילוי וחשיפה של חלקים מטקסט מקורי שנכתב לפני יותר מ-2,000 שנה; נטען כי מאחר שמדובר בגילוי של עובדות בלבד, במסגרת מחקר של המציאות ההיסטורית והמדעית, הגילוי אינו יכול להיות יצירה מקורית המוגנת בזכות יוצרים; נטען כי הטקסט המקורי

254 שם, בעמ' 825, 831-832.

255 ראו לעיל ה"ש 158-159 והטקסט המלווה.

256 ראו עניין קמרון, לעיל ה"ש 173, בעמ' 828-829, 832-834.

257 שם, בעמ' 832-834.

258 למיטב ידיעתי אין פסק דין ישראלי נוסף בתחום הקניין הרוחני שעורר ביקורת כה רבה בספרות המשפטית בעולם. לשם הדוגמה בלבד ראו David Nimmer, *Address Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality*, 38 HOUS. L. REV. 1 (2001); Niva Elkin Koren, *Of Scientific Claims and Proprietary Rights: Lessons from the Dead Sea Scrolls*, 38 HOUS. L. REV. 445 (2001); James L. Oakes, *Commentary: The Dead Sea Scrolls: A Live Copyright Controversy*, 38 HOUS. L. REV. 219 (2001); Neil Weinstock Netanel, *From the Dead Sea Scrolls to the Digital Millennium: Recent Developments in Copyright Law*, 9 TEX. INTELL. PROP. L. J. 19 (2000); David L. Cohen, *Copyrighting the Dead Sea Scrolls: Qimron v. Shankes*, 52 ME. L. REV. 379 (2000); Cindy Alberts Carson, *Raiders of the Lost Scrolls: The Rights of Scholarly Access to the Content of Historic Documents*, 16 MICH. J. INT'L L. 299 (1995); Lisa Michelle Weinstein, *Ancient Works, Modern Dilemmas: The Dead Sea Scrolls Copyright Case*, 43 AM. U. L. REV. 1637 (1994).

259 ראו עניין קמרון, לעיל ה"ש 173, בעמ' 825, 831-832.

אמנם אינו ביריני ולכן לא ניתן להשוותו לפענות הסופי, אולם אין בכך כדי לעשות את הטקסט המפוענח ליצירה מוגנת, שהרי אף לשיטתו של קמרון עצמו הפענוח אמור להיות קרוב ככל האפשר למקור, והוא מוצג כנוסח "האמיתי" של הטקסט. פסק דין זה מעורר למעשה שאלה כללית בנוגע לשחזורים: אימתי שחזור של יצירה שנהרסה יוגן כיצירה בפני עצמה? האם שחזור הצבעים בציור על תקרה בכנסייה חשובה ייחשב ליצירה בפני עצמה? בית המשפט דחה ביקורת זו, בקובעו כי מלאכת השחזור מניבה תוצר שהוא מקורי ליוצר, משום שיתכן כי חוקרים אחרים יניבו תוצאות אחרות ושונות המקוריות להם.²⁶⁰ בית המשפט הוסיף והדגיש כי הכרעתו זו מבוססת על הצדקות תועלתניות לדיני זכויות היוצרים ולא על גישות המצדיקות הכרה בזכות יוצרים כפרי עמלו של היוצר.²⁶¹

טענות הנתבע כללו גם ביקורת כללית הנעוצה בשיקולי מדיניות: נטען כי ההכרה בזכות יוצרים מקנה לקמרון בלעדיות על מסמך בעל ערך היסטורי רב, שהוא חלק ממורשת העם היהודי. כך, למשל, תירש רשותו של קמרון לשם הדפסת הטקסט בספר ללימוד היסטוריה – ולא ייתכן להעניק לו את האפשרות לסרב לשימוש כזה במסמך היסטורי.²⁶² בית המשפט דחה ביקורת זו מן הטעם שחומר הגלם – דהיינו: קרעי המגילה – פתוחים לשימוש חופשי של הציבור; וכמו כן, כל חוקר יכול לערוך מחקר משלו ולהגיע להשלמת החסר באופן שונה.²⁶³ הביקורת טענה כי תשובה זו מתעלמת מן המציאות. במשך שנים רבות קיבל קמרון מהמדינה (רשות העתיקות) בלעדיות בחקר המגילות, ולאחר שסיים את המחקר אף פרסם את תוצאותיו. אף אם צוותי המחקר השונים ישקיעו עשרות שנים לפענוח מקורי ועצמאי של המגילות, עדיין יתקיים במשך תקופה זו נוסח מפוענח יחיד – זה של קמרון. כמו כן הובעה ביקורת נוקבת על הנסיבות האופפות פרשה זו, שבהן המדינה (רשות העתיקות) העניקה בלעדיות במחקר לחוקר אחד. על כך נוסף אף אנו את הטענה כי המדינה, כנאמן הציבור, צריכה הייתה לכל הפחות לדרוש כי זכויות היוצרים ייוותרו בבעלותה.²⁶⁴ בית המשפט קבע כי אין בנסיבות אלה – אף אם הן מצביעות על אולת ידה של המדינה – כדי לשנות את הניתוח מנקודת הראות הפנימית של דיני זכויות היוצרים.²⁶⁵ נקשור את הדברים לענייננו. עולה בבירור כי בפרשה זו נתעורר בשיאו המתח בין אינטרס הקניין של המשחזר (קמרון) לבין אינטרס הגישה וההשתתפות של הקהיליה המחקרית כולה (המיוצגת על

260 שם, בעמ' 832-834.

261 שם.

262 שם, בעמ' 834-835.

263 שם.

264 שם, בעמ' 827-828, 834-835.

265 שם, בעמ' 827-828.

ידי שנקס) בנוגע לשחזור. מתח זה התנקז לתוך פרשנות המונח "יצירה מקורית", שכאמור מהווה נורמה פתוחה. אכן, השאלה אם שחזור יכול לעלות כדי יצירה מקורית היא שאלה פרשנית שאין עליה תשובה חד-משמעית בדין הקיים, וניכר שקיימים שיקולים ואינטרסים רבים ומורכבים המשפיעים על ההכרעה. בית המשפט העליון בישראל הכריע באופן חד-משמעי לטובת האינטרס הקנייני, וקבע נחרצות כי די בחריגה הגנת השימוש ההוגן כדי להבטיח את קיומו של חופש אקדמי – ומעבר לכך אין להגביל את זכות היוצרים משיקולי מדיניות, אפילו לא במקרים מיוחדים.²⁶⁶ למעשה, בית המשפט הבהיר את עמדתו כי אין לערוך את איזון אינטרסים במסגרת השאלה אם הפענוח מוגן כיצירה, וכי האיזון נעוץ אך ורק במסגרת החריגים המתירים שימוש ביצירות.²⁶⁷ במילים אחרות, העמדה שנקט בית המשפט היא שככל שמדובר בצורך ליצוק תוכן לתוך המונח "יצירה מקורית" יש להעדיף את אינטרס הקניין, ואילו יתר האינטרסים, ראויים ככל שיהיו, יבואו לידי ביטוי במסגרת הגנת השימוש ההוגן.

להשקפתנו, פרשנות זו שבחר בית המשפט למונח "יצירה מקורית" היא מוטעית ובלתי-ראויה. בפרשנותו של כל מונח שסתום בדיני זכויות היוצרים יש להביא לידי ביטוי את איזון האינטרסים המורכב, ככל שהמרחב הפרשני מאפשר זאת. אין להעדיף מראש את האינטרס הקנייני. איזון האינטרסים המתחייב בנוגע לכל מונח שסתום הוא רב-ממדי, ועליו להתחשב במכלול האינטרסים מתחום הזכויות התרבותיות כזכויות אדם. פרשה זו היא דוגמה מובהקת לנטייה של בתי המשפט בישראל לדבוק ברטוריקה קניינית "מוחלטת" בנוגע לזכות היוצרים. להערכתנו, ראוי היה להעביר את הדיון למונחים "יחסיים", המשקללים אינטרסים מגוונים של הפרטים בחברה – והכול מתוך התחשבות במכלול הזכויות התרבותיות כזכויות אדם. מכאן, שאין לדחות את האיזון עם החופש האקדמי אך ורק לשלב הסופי של הפעלת ההגנה בדבר שימוש הוגן, וככל שקיים מרחב פרשני באשר לשאלה המקדמית – האם בפני בית המשפט יצירה מקורית – האיזון הוא רלבנטי. נדגיש, כי לא בכל מקרה קיים מרחב פרשני כזה, ובדרך כלל לא מתעוררת השאלה המקדמית אם מדובר ביצירה העונה על דרישות החוק, אולם כאשר שאלה זו מתעוררת יש לדון בה תוך התחשבות במכלול השיקולים.

יש להודות כי מדובר במקרה קשה במיוחד, שכן ניכר כי זיקתו של קמרון אל השחזור המהווה את מפעל חייו אינה משקפת אינטרס קנייני וממוני רגיל כי אם אינטרס אישי מובהק; דהיינו: על כף המאזניים האחת אכן ניצב אינטרס "קנייני" הראוי להגנה כזכות אדם, אולם על כף המאזניים השנייה ניצבים אינטרסים מובהקים של שוויון הזדמנויות בגישה לערכי תרבות בסיסיים ביותר, הלא הם פרוטיו של מחקר ארכיאולוגי/היסטורי/תאולוגי. אם נמקם את הפגיעה באינטרסים האלה על ספקטרום הערכים המוגנים באמצעות חופש הביטוי, עולה כי הפגיעה כאן אינה באינטרס של חופש הביטוי האזרחי-

266 שם, בעמ' 835.

267 שם, בעמ' 834-835.

פוליטי במובנו הרגיל. אכן, כפי שציין בית המשפט, הגישה לקרעי המגילות פתוחה לכול, והכול חופשיים לחקור ולפענח בעצמם את שרידי המגילות. הפגיעה הקיימת באינטרסים של חברי הקהילה המחקרית ממוקמת בקצה הקרוב יותר להיבט הכלכלי-חברתי של חופש הביטוי, הלא הוא אינטרס הגישה וההשתתפות בחיי התרבות: לחוקרים השונים לא ניתנה הזדמנויות שווה לבוא במגע עם קרעי המגילות, שכן הללו היו נתונים לבלעדיות פיזית במשך תקופה ארוכה מאוד. העמדה כאילו כעת הכול חופשיים לעשות שימוש חופשי בקרעי המגילות, בזמן שקיימת "אך ורק" הנכסה של מחקר מדעי אחד, היא התעלמות בוטה מהמציאות הכלכלית-חברתית שנוצרה. נדגיש, כי בלעדיות פיזית זו נבעה מהרצון להעניק מונופול לצוות המחקר של קמרון ולא כדי למנוע נזק פיזי לקרעים, שכן אף העתקים או צילומים של הקרעים נשמרו בבלעדיות.²⁶⁸ בהקשר זה נשוב ונזכיר מהו תוכנה המוצע של זכות הגישה לתרבות על פי המלצת אונסק"ו: "שוויון הזדמנויות קונקרטי, לרבות יצירת תנאים סוציו-אקונומיים, להשגה חופשית של מידע, ידע, הכשרה והבנה וכן של הנאה מערכי תרבות ונכסי תרבות".²⁶⁹ להערכתנו, אילו הציב בית המשפט את האינטרסים המתנגשים הללו על כפות המאזניים בבואו לפרש אם שחזור המגילות הוא יצירה מקורית, ייתכן מאוד שהיה מגיע לתשובה הפוכה: שחזור היסטורי אינו יכול להיות יצירה מקורית שכן אין זה ראוי לנכסו ולהפקיעו מן הציבור, במיוחד בנסיבות המיוחדות של מקרה זה.

בהקשר דברים זה ניתן להציע את הפתרון הבא מתחום הזכויות התרבותיות: אינטרס זכות האדם שבזכות היוצרים אינו מחייב בהכרח הכרה בזכות קניין, וממילא הדגש הוא בשמירת המאפיינים האישיותיים שבזכות.²⁷⁰ לכן, ניתן היה להגיע למסקנה שיש לכבד את האינטרס האישיותי של המשחזר – למשל: להכיר בזכותו כי יצוין שמו כמשחזר היצירה – וזאת בצד אי-הכרה בזכות היוצרים מהמשפט הפרטי בקשר לשחזור (קרי: זכות בלעדית לפרסם ולשכפל את השחזור). ברי, כי לא בנקל ניתן להכריע נגד חוקר בעל שם עולמי שהקדיש את חייו לפענוח המגילה; עם זאת, החדרת איוון האינטרסים מתחום הזכויות התרבותיות לשאלה הפרשנית שהונחה לפתחו של בית המשפט הייתה עשויה לשמש כלי לפריצת המבוי הסתום במערך ההנמקות המסורתי, ואולי אף "אילוץ" חיצוני לבחור דרך פרשנית מסוימת, עם כל הכאב האישי הכרוך בכך. מכל מקום, אפילו סבר בית המשפט כי ידו של אינטרס הקניין הייתה על העליונה במקרה זה, שומה היה עליו לנמק הכרעה זו ולא לקבלה כאקסיומה. שיח הזכויות התרבותיות יכול היה לשחרר את בית המשפט מהנטייה המוטמעת להדגיש את אינטרס הקניין, לאלצו לפרש את הנורמה הפתוחה בדיני זכויות יוצרים תוך התחשבות במכלול האינטרסים העומדים על הפרק,²⁷¹

268 שם, בעמ' 827-828.

269 ראו המלצת אונסק"ו, לעיל ה"ש 37.

270 ראו לעיל ה"ש 92-104 והטקסט המלווה.

271 לחזקת ההתאמה הפרשנית ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט המלווה.

ולמנוע את הסברה המוטעית כי איזון האינטרסים בדין הפנימי נדחה לשלב הסופי של הגנת השימוש ההוגן. האיזון בין הזכויות התרבותיות מתחיל כבר בשאלה המקדמית האם בפנינו "יצירה מקורית".

(ב) פסק הדין בעניין הרשקו

הדוגמה השנייה ליישום העמדה המוצעת היא פסק הדין בעניין הרשקו.²⁷² בפרשה זו התובע, אורבך, הוציא לאור ספר להוראת חשבון בשיטה הנקראת "שיטת הבדידים", תחת רישיון שקיבל מחברה אמריקנית שפיתחה את השיטה. הספר לווה בעזרי לימוד, הלוא הם הבדידים. הנתבע, הרשקו, אף הוא מחברם של ספרים להוראת חשבון. לאחר שספרו של אורבך ראה אור ערך הנתבע הרשקו שינוי בספריו, ומכאן התביעה שהגיש נגדו אורבך בטענה כי העתיק מספריו את שיטת הבדידים. במסגרת תביעה זו עלתה השאלה מהו הביטוי המוגן בספרים של אורבך, שאין לעשות בו שימוש, ומהו הרעיון החופשי לשימוש הכול. בית המשפט עמד על כך ש"אין לקבוע מסמרות מתי מדובר ברעיון ומתי מדובר ביישומו, והכל תלוי בנסיבות".²⁷³ בית המשפט המשיך וקבע כי השאלה אינה אם החומר שהובא בספרים הוא חדשני או לא, וכי השיטה להוראת חשבון אינה מוגנת כשלעצמה; בית המשפט קבע כי ההגנה חלה על דרך ההצגה של השיטה בספר. ומהי דרך ההצגה של שיטה להוראת חשבון? על כך משיב בית המשפט כי "יכולה להיות קיימת זכות יוצרים בדרך בה מיישמים סימנים ויסודות טכניים בלימוד חשבון, ויכולה אף להיות זכות בדרך ההגשה של החומר, בתרגילים, בדירוג החומר".²⁷⁴ בית המשפט בחן את הספרים והגיע למסקנה כי קיים דמיון בנוגע למרכיבים האמורים – קרי: ביישום הסימנים והיסודות הטכניים, בדירוג החומר וכיוצא באלה – ועל כן נעשה שימוש בחלק המוגן שביצירה ולא רק שימוש מותר ברעיון החופשי.²⁷⁵

הספרים נשוא פסק הדין אינם מונחים בפנינו, ולפיכך קשה לבקר את ההכרעה הסופית שלפיה קיים בין הספרים דמיון המבסס קיומה של העתקה מפרה. מבחן הדמיון המהותי כמבחן להפרה של זכות ההעתקה נתון בסופו של דבר להתרשמות הישירה של בית המשפט ושל "השכל הישר";²⁷⁶ עם זאת, ביקורתנו מכוונת לכך שבית המשפט לא עמד באופן מספק על האינטרסים השונים שבהם יש להתחשב ביישום ההבחנה בין רעיון

272 עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155.

273 שם, בעמ' 759.

274 שם, בעמ' 762.

275 שם, בעמ' 763, 794.

276 ראו, למשל, ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד 577 (1) 591-590 (2000); R.P.C. [1995] Autospin (Oil Seals) Ltd. v. Beehive Spinning. 683, 701. כן ראו COPINGER, לעיל ה"ש 66, בעמ' 393. כאמור לעיל בה"ש 157, מבחן זה הוא דוגמה נוספת לנורמה פתוחה שבדיני זכויות יוצרים.

לבין ביטוי, ובקביעה מה הם החלקים המוגנים בספר שעניינו שיטה (חדשנית) להוראת חשבון. נושא ההגנה על שיטות באופן כללי, ועל שיטות הוראה באופן מיוחד, הוא בעל חשיבות מיוחדת בשיח הקניין הרוחני.²⁷⁷ הסיבה לכך ברורה: שיטות הוראה הן ידע יקר מפר לפיתוח הקדמה. פיתוח החברה האנושית מותנה בחינוך, וחינוך איכותי מושג באמצעות שיטות הוראה יעילות. שיטות הוראה הן נכס תרבותי רב ערך, ולכן בצד הרצון העז לתמרץ מפתחים של שיטות ההוראה באמצעות הגנה קניינית כלשהי, יש להקפיד כי לא תינתן להם הגנת יתר ושהרעיון הטמון בשיטה ייוותר נחלת הציבור. מסיבה זו, נקבע הכלל האוניברסלי כי שיטה כשלעצמה איננה נהנית מהגנת זכות יוצרים, כי אם רק דרך ביטוייה.²⁷⁸ במדינות שונות הדין אף מעגן את הכלל כי שיטות שונות אינן יכולות ליהנות מהגנת פטנט, ובכך הדין מבטיח כי הרעיון הטמון בשיטה אכן יהיה חופשי לשימוש הכול.²⁷⁹ כפי שהוסבר, אחת הנורמות הגמישות ביותר בדיני זכויות יוצרים היא ההבחנה

277 אחד מפסקי הדין המנחים בדיני זכויות היוצרים כמשפט האמריקני הוא Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879). במקרה זה רובר בספרו של התובע – ספר להוראת שיטה חשבונאית שכלל גם טבלאות ליישום השיטה. גם הנתבע הוציא לאור ספר בנושא שיטות חשבונאיות, ולשם כך עשה שימוש בטבלאות ובדברי ההסבר שהופיעו בספרו של התובע. בית המשפט העליון של ארצות-הברית עמד על השאלה מה הם החלקים המוגנים בספרו של התובע ומה הם החלקים הפתוחים לשימוש הכול, בהנחה שהשיטה כשלעצמה היא רעיון חופשי. בית המשפט העליון בארצות-הברית הגיע למסקנה שהטבלאות ובדברי ההסבר פתוחים לשימוש חופשי, וזאת כדי להוציא אל הפועל את הכלל כי השיטה כשלעצמה היא בלתי-מוגנת. כל מסקנה אחרת הייתה מקעקעת את השימוש החופשי בשיטה. פסק דין זה נהפך לאבן יסוד בכל הקשור ליישום ההבחנה בין רעיון חופשי לביטוי מוגן במשפט האמריקני; ראו Nimmer, לעיל ה"ש 165, בעמ' 2.18 [B].

278 בישראל ראו חוק הסכם הטריפס, לעיל ה"ש 160, סעיף 7(ב) לפקודת זכות יוצרים. בארצות-הברית ראו U.S.C. 102 (b) 17. בהתאם לכך, אורבון עצמו נדרש היה לקבל רישיון שימוש מאת החברה האמריקנית שפיתחה את שיטת הבדידים ככל שהדבר נגע למרכיבים שבשיטה המוגנים בזכות יוצרים, וכן נדרש היה רישיון בנוגע למרכיבים המוגנים באמצעות דינים אחרים כגון הגנת מדגם על עיצוב הבדידים ואף על השימוש במתיטין.

279 מבין השיטות השונות, "שיטות לעשיית עסקים" מצויות במרכז הדין המשפטי. באנגליה נקבע במפורש בחוק כי שיטות לעשיית עסקים אינן כשירות להגנה כפטנט; ראו Patents Act 1977, art. 2 (c). בארצות-הברית הנושא שנוי במחלוקת; ראו DONALD S. CHISUM, CHISUM ON PATENTS §1.03 [5] (2005); Richard H. Stern, *Scope of Protection Problems With Patents and Copyrights on Methods of Doing Business*, 10 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 105 (1999). מעבר לשיטות עסקים, שיטות אחרות כגון שיטות הוראה בדרך כלל אינן כשירות להגנת פטנט. בארצות-הברית, שלילת ההגנה משיטות אלה נעוצה בדוקטרינה כללית המכונה "mental steps", שעל פיה לא ניתן להעניק פטנט לשיטה שחלק ממנה נעוץ בתהליך מחשבתי אנושי. למעשה, דוקטרינה זו נובעת מהרצון להגביל את דיני הפטנטים לתחום הטכנולוגיה השימושית; ראו CHISUM, שם, בעמ' 1.03 [6]. באנגליה דוקטרינה זו מעוגנת בחוק הפטנטים,

בין רעיון חופשי לביטוי מוגן. המרכיבים השונים שביצירות ממוקמים על ספקטרום – החל ברעיון כללי ביותר וכלה בדרך ביטוי קונקרטית – ובנוגע למרביתם אין מדובר בחלוקה דיכוטומית ברורה. ההכרעה בדבר הסיווג של מרכיב כלשהו שנכלל ביצירה היא במרבית המקרים עניין פרשני.²⁸⁰ בפרשנות זו יש להתחשב באיזון האינטרסים הבסיסי בין אינטרס הקניין לבין אינטרס הגישה וההשתתפות בחיי התרבות. כאמור, איזון זה הוא בעל חשיבות רבה במיוחד באשר לשיטות הוראה, ועל כן צריך להיעשות במשנה זהירות. התשובה שנתן בית המשפט העליון בישראל בפרשת הרשקו לשאלה מה הם החלקים המוגנים בשיטת הוראה היא מרחיבה ביותר. בפסק הדין מצוי פירוט של המרכיבים השונים שבנוגע אליהם התקבלה הטענה שקיים דמיון העולה כדי העתקה, ועיקר הדיון נסב סביב השאלה אם המרכיבים הללו מקוריים לתובע.²⁸¹ דרך ניתוח זו של בית המשפט היא שגויה, שכן העיקר אינו בשאלה אם מרכיב כלשהו הוא מקורי לתובע או שמא נלקח ממקור קודם, כי אם בסיווג של המרכיבים השונים כרעיון חופשי או כביטוי מוגן, תוך עריכת איזון האינטרסים המתבקש. כך, בשלב ראשון נדרש היה לעמוד על סיווגו של כל מרכיב, ורק לאחר שמרכיב כלשהו סווג כ"דרך ביטוי" אכן היה צורך להמשיך ולדון בשאלה אם דרך ביטוי זו היא מקורית לתובע. בית המשפט דילג על השלב הראשון,²⁸² והתוצאה שהתקבלה הייתה שחלקים מהשיטה – שסווגו כדרך ביטוי מוגנת במידה רבה, לא הותירו את הרעיון הגלום בשיטה לשימושו החופשי של הציבור. בית המשפט צריך היה לשאול את השאלה הבאה: בהנחה שהשיטה עצמה אינה מוגנת בזכות יוצרים ואדם רוצה לכתוב ספר לימוד מקביל – עד כמה שונה יהיה הספר

הקובע כי לא תינתן הגנה ל-"method of performing a mental act"; ראו Patents Act 1977, art. 2. (c).

280 ראו לעיל ה"ש 160-163 והטקסט המלווה.

281 ראו עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 763-777.

282 לשם הדוגמה בלבד: בקשר לשימוש בסימנים 'גדול מ...' ו-'קטן מ...' קבע בית המשפט:

הטכניקה של השימוש בסימנים האמורים שונה בספרי המערערים ובספרי בוסטון וגם הנתיית הפעולות שעל התלמיד לבצע שווה. עוד ציין בית המשפט המחוזי שהרשקו לא הצליח להראות ישום רעיון זה בשום ספר אחר... גם בענין זה לא הופניתי לשום מקור הכולל, לענין נושא זה, ישום כמו בספרי בוסטון... לפיכך גם בפרשה זו אין עילה להרהר אחרי ממצאיו של בית המשפט המחוזי.

עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 773. כך, בנוגע לכל רכיב ורכיב עמד בית המשפט על השאלה אם הוא הופיע במקורות אחרים אם לאו – דהיינו: אם הוא מקורי לתובע – מבלי שקיים כל דיון מקדמי בשאלה אם מדובר בסימן המשקף רעיון כללי של השיטה שאז ראוי שיוותר נחלת הכלל. כאמור, הספרים השונים אינם מונחים בפנינו ולכן אין באפשרותנו להביע עמדה קונקרטית באשר לכל רכיב, אולם ככל שהדבר עולה מתוך לשון פסק הדין עצמו, ניתן היה בהחלט לסבור ששימוש בסימנים של 'גדול מ...' ו-'קטן מ...' משקף רעיון בסיסי של השיטה המתמטית שאין לנכסו לאיש. בית המשפט כלל לא דן בשאלה זו.

שיכתוב מספרו של התובע?²⁸³ ובמילים אחרות: מהו החלק בספר הלימוד שהוא דרך ביטוי הכרחית הנובעת מהשיטה עצמה, ולכן אינה מוגנת? בדין האמריקני שאלה זו מכונה לעתים "דוקטרינת המיזוג", שעל פיה אם דרך הביטוי היא פועל יוצא הכרחי של הרעיון, אזי דרך הביטוי התמזגה עם הרעיון ועל כן איננה מוגנת.²⁸⁴ אין זה המקום להרחיב בדוקטרינה זו, המסייעת לבית המשפט רבות בסיווג המרכיבים שביצירה כ"רעיון" או כ"ביטוי". לעניינו, די אם נציין כי על בית המשפט להכריע בשאלה מה הם החלקים המוגנים בשיטת הוראה באופן המותיר מרחב פעולה ליוצרים מאוחרים, המעוניינים אף הם לכתוב ספרי לימוד המיישמים את השיטה. למעשה, במלאכת הפרשנות הקשה בנוגע לשיטת הוראה, ה"מצפן" שצריך להתוות את דרכו של בית המשפט הוא דאגה מוגברת לאינטרס הגישה וההשתתפות בנוגע לנכס תרבות זה.²⁸⁵ מכאן עולה התהייה אם אכן ראוי לסווג יישום של "סימנים ויסודות טכניים בלימוד חשבון" כמרכיב מוגן, והאם דירוג החומר אינו פועל יוצא של שיטת הלימוד. להערכתנו, ברובד העקרוני, הפרשנות שניתנה למרכיבים המוגנים בפרשת הרשקו היא מרחיבה מדי. לכאורה ניתן לטעון כי ביקורתנו האמורה על הדרך שנקט בית המשפט בפרשת הרשקו יכולה לעמוד אף בלא היוקקות לאיזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם דווקא, אלא מתוך האיזון ה"פנימי" בין אינטרס הקניין לחופש הביטוי. אף על פי כן אנו סבורים כי שיה הזכויות התרבותיות עשוי היה להועיל לעניין רבות. עדות בולטת לכך מצויה בפסק הדין עצמו, שכן בית המשפט ציין כי הנתבע העלה בפניו את הטענה כי "בעניין שמתחום החינוך והמדע, התרבות והחינוך מן הדין הוא שזכויות הפרט המבקש להגן על קניינו הרוחני תתפרשנה על דרך הצמצום ותדחינה כנגד זכויות הכלל ליהנות ללא הגבלה מההתפתחויות בנושאים האמורים".²⁸⁶ לביסוס טענות אלו הביא הנתבע כמה אסמכתאות מהמשפט האמריקני. בית המשפט דחה טענה זו בנימוק הבא: "אין לי צורך להתייחס אליהן [לאסמכתאות האמריקניות; א' פ' א'] הואיל והדין בארצות הברית שונה מהדין האנגלי והישראלי ומתעוררות שם בעיות קונסטיטוציוניות לעניין חופש המידע שאינן מתעוררות אצלנו".²⁸⁷ מכאן כי להצעתנו ערך רב: אמנם אין

283 בפסק הדין האמריקני בעניין Baker, לעיל ה"ש 271, בעמ' 103, שאל את עצמו בית המשפט העליון בארצות-הברית בדיוק אותה שאלה, והגיע למסקנה שלא ניתן להעניק זכות יוצרים בטבלאות שהן יישום של השיטה: "The use by another of the same methods of statement, whether in works or illustrations, in a book published for teaching the art, would undoubtedly be an infringement of copyright".

284 לדוקטרינת ה"מיזוג" ראו NIMMER, לעיל ה"ש 165, בעמ' 13.03 [B][3], COPINGER, לעיל ה"ש 66, בעמ' 723. כן ראו עניין קמרון, לעיל ה"ש 173, בעמ' 832.

285 ביקורת זו הושמעה אף על ידי הנתבע, כפי שהדבר מצוין בפסק הדין; ראו עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 758, 772-773.

286 עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 791.

287 שם.

בישראל הוראה חוקתית לעניין היחס בין זכויות הקניין הרוחני לאינטרס הציבור, אולם בית המשפט בישראל מחויב לנורמה מן המשפט הבינלאומי המשמיעה אף היא איזון בין האינטרסים הללו. שיח הזכויות התרבותיות מחייב את בתי המשפט לפרש את הנורמה הפתוחה בדיני זכויות יוצרים תוך התחשבות באיזון האינטרסים הנדרש, ואינו מאפשר לו להתעלם ממנו.²⁸⁸ העמדה כאילו הדין הפנימי כבר משקלל את האיזון בין אינטרס הקניין לבין אינטרס הציבור בעצם הבחנה בין רעיון לבין ביטוי²⁸⁹ היא כאמור מטעה, שכן יישום ההבחנה בכל מקרה לגופו הוא זה שעורך את האיזון הלכה למעשה.²⁹⁰ לכן, התחשבות באיזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות הייתה "משחררת" את בית המשפט מהנטייה המוטמעת להדגיש את הממד הקנייני המוחלט שבזכות היוצרים. עוד הצבענו על הערך החינוכי הטמון בשיח הזכויות התרבותיות, המעלה את המודעות לנושא.²⁹¹ דומה, כי מודעות לשיח הזכויות התרבותיות הייתה מונעת מבית המשפט לדחות על הסף את הטענה כי יש להתחשב באינטרס הציבור – והכול בנימוק הפורמלי שלפיו "אין בישראל הוראה חוקתית לעניין זה".

למעלה מכך: שיח הזכויות התרבותיות אף מציע "מצפן" לאיזון האינטרסים, שכן במקרה זה שהתעורר בפרשת הרשקו האינטרס הקנייני המוגן בזכות אדם הוא "חלש" יחסית – האינטרס של התובע בספרים להוראת לימוד החשבון לא היה אישי מובהק. הדבר נכון בייחוד בהתחשב בעובדה שפרסום ספריו של התובע בישראל נעשה תחת רישיון מאת החברה האמריקנית שפיתחה את שיטת ההוראה.²⁹² לעומת זאת, אינטרס הגישה וההשתתפות הוא "חזק" יחסית, שכן מדובר בגישה לשיטה להוראת חשבון בבתי ספר. כאמור, שיטות הוראה מהוות נכס תרבותי בעל ערך מיוחד, ועל כן – לפחות מההיבט של איזון הזכויות כזכויות אדם – דומה כי ידה של זכות הגישה וההשתתפות על העליונה. במקרה זה ייתכן שאף ניתן היה להדגיש את אינטרס הגישה וההשתתפות כאינטרס כלכלי-חברתי מובהק, המחייב פרשנות זהירה של החלקים המוגנים בספרי התובע. הסיבה לכך היא שהנפגעים הנוספים מפרשנותו המרחיבה של בית המשפט הם תלמידי בתי הספר, שכידוע נדרשים (באמצעות הוריהם) לשלם עבור רכישה של ספרי לימוד. פרשנות מרחיבה זו סופה להעניק בלעדיות לספרי הלימוד של התובע בשוק הספרים של שיטת ההוראה האמורה – בלעדיות הגוורת האמורה במחיריהם. למחיר הגבוה הנדרש עבור ספרי לימוד יש השפעות שליליות ומגוונות על ציבור התלמידים, החל בפגיעה בשוויון ההזדמנויות ברכישת ספרי לימוד וכלה בהשפעה על

288 לחזקת ההתאמה הפרשנית ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט המלווה.

289 עמדה שהובעה אף בפסק הדין עצמו; עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 791.

290 ראו לעיל ה"ש 160-163 והטקסט המלווה.

291 ראו לעיל ה"ש 204 והטקסט המלווה.

292 כפי שעולה מתוך פסק הדין, החברה האמריקנית שפיתחה את השיטה צורפה כתובעת רק בשלב

מאוחר ומטעמים פרוצדורליים גרידא; עניין הרשקו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 754-756.

תכניות הלימודים.²⁹³ על כן, להערכתנו, הבחנה בין ביטוי מוגן לרעיון חופשי, שהייתה מתחשבת בפגיעות הפוטנציאליות בכל האינטרסים ההאמורים (כזכויות אדם כלכליות-חברתיות) הייתה עשויה להניב הכרעה שונה במקרה זה.

(ג) פסק הדין בעניין קרן

הדוגמה השלישית ליישום העמדה המוצעת היא פסק הדין בעניין קרן.²⁹⁴ בפרשה זו דובר במספרה של הנתבעת קרן, בה עבדו דרך קבע הנתבעת ובתה, ומעת לעת גם שני עובדים בלתי-קבועים נוספים. שטחה של המספרה קטן, וקהל הלקוחות בה קבוע, פחות או יותר. במספרה הושמעה מוסיקה באמצעות מכשיר השמעה רגיל ולא מקצועי (מכשיר רדיו-דיסק קטן). השאלה שהתעוררה היא אם השמעה כזו של מוסיקה בשטח המספרה עולה כדי ביצוע פומבי. הנתבעת טענה כדלקמן: המספרה נושאת אופי משפחתי; מספר הלקוחות הנמצאים הממתינים לקבלת שירות במספרה הוא מצומצם כי בדרך כלל יש להזמין תור מראש; הלקוחות אינם מגיעים למספרה כדי להאזין למוזיקה וממילא ברעש המכונות שבמספרה ההאזנה אינה חוויה "חיובית"; השמעת המוזיקה נעשית למענה ולמען בתה העובדת עמה. מכל הטעמים הללו, טענה הנתבעת, השמעת המוסיקה אינה נושאת אופי פומבי. בית המשפט דחה את הטענות וקבע כי מדובר בביצוע פומבי, ומכאן שהופרו זכויות היוצרים ביצירות המוזיקליות (המנוהלות על ידי התובעת אקו"ם). הנתבעת חויבה לשלם פיצוי בסך 20,000 ש"ח וכן הוצאות שכר טרחה.

פסק הדין בעניין קרן מעורר במלוא חריפותה את השאלה הפרשנית אימתי ייחשב ביצוע לפומבי. אמנם אין בפסק הדין ניתוח מעמיק של דרישת הפומביות, אולם מפאת חשיבות הדברים בחרנו להביא דוגמה זו. כאמור, שני המבחינים המקובלים לבחינת פומביותו של ביצוע הם אופי הקהל השומע (קהל בית/משפחתי או קהל מזדמן) וכן התועלת שהפיק המבצע.²⁹⁵ יישום שני המבחינים בנוגע למקרה זה הוא מורכב וסוגיה זו ראויה להתייחסות מעמיקה, אולם מפאת קוצר היריעה נסביר בקצרה בלבד: במקרה זה דובר בהשמעת מוזיקה במתחם עסקי שקהל לקוחותיו מזדמן (אמנם היקף העסק מצומצם אך עדיין מדובר בבית עסק). עם זאת, ניכר כי השמעת המוזיקה אינה חלק אינטגרלי מהפעילות העסקית עצמה. המטרה או התועלת שבהשמעת מוסיקה בבתי עסק

293 כדי להקל את הנטל הכספי המוטל על ההורים ולשם קידום שוויון הזדמנויות בגישה לספרי לימוד נחקק בישראל חוק השאלת ספרי לימוד, התשס"א-2000, ס"ח 12, שנועד לקיים מערכת השאלה של ספרי לימוד בחוץ בתי הספר. בשל בעיות תקציביות החוק טרם נכנס לתוקפו. לעניין מטרותיו של חוק זה, המצביעות על הבעיות הקשות בשוק ספרי הלימוד בישראל ונובעות, בין היתר, ממחיריהם הגבוהים, ראו רוני בר-נחן מסמך רקע בנושא השאלת ספרי לימוד, מוגש לוועדת החינוך והתרבות של הכנסת, 28 ביוני 2004 (www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m00868.doc).

294 עניין קרן, לעיל ה"ש 175.

295 ראו לעיל ה"ש 166-167.

שונים אינה אחידה²⁹⁶ וקיים ספקטרום של מצבים, החל במקרה בו קיימת תועלת כלכלית ישירה לעסק מהשמעת מוזיקה (כמו במועדון ריקודים), דרך תועלת כלכלית עקיפה (כמו בבית קפה), וכלה בתועלת שולית ואגבית, אם בכלל (כמו במונית). היכן על פני ספקטרום זה יש למקם את מספרתה הקונקרטית של ונדה קרן? התשובה צריכה להתקבל על פי אופי השמעת המוזיקה. כפי שעולה מתוך פסק הדין בעניין קרן, דובר בהשמעת מוזיקה שהייתה לכל היותר מקרה ביניים בין הסוג השני (תועלת עקיפה) לסוג השלישי (תועלת שולית ואגבית, אם בכלל). כמו כן, בפסק הדין הודגש כי מדובר במספרה ששטחה קטן, וכי ההשמעה נעשתה באמצעות מכשיר ביתי. כל השיקולים הללו נועדו לסייע בהכרעה אם הייתה בהשמעת המוזיקה תועלת כלשהי, ישירה או עקיפה, לרווחי העסק. להערכתנו טעה בית המשפט בקובעו כי הביצוע שנעשה במספרתה של קרן עלה כדי ביצוע פומבי.

כאמור לעיל, דרישת הפומביות היא מונח שסתום מובהק הנתון לפרשנות. הניתוח שלעיל מדגים את המתחם הפרשני הרחב שבדרישת הפומביות ואת מורכבות השיקולים השונים שבהם יש להתחשב. שיקולים אלה מבטאים את האזון הבסיסי בין אינטרס הקניין לבין אינטרס חופש הביטוי או אינטרס הגישה וההשתתפות בחיי התרבות. המסגרת הפנימית של דיני זכויות היוצרים אינה מספקת שיקולים מנחים ואף לא אמות-מידה להכרעה במקרי ביניים שבהם התועלת העסקית מהשמעת המוזיקה אינה מובהקת.²⁹⁷ התוצאה היא תחום פרוץ, שרבות בו ההחלטות הבלתי-מנומקות דוגמת זו שבפסק הדין בעניין קרן. במקרים כאלה יש תועלת בהחזרת איוון הזכויות התרבותיות כזכויות אדם אל מסגרת הדין הפנימי: שיח הזכויות התרבותיות צריך לשמש מצפן להכרעה במקרים מעורבים, ובית המשפט מחויב להתחשב במצפן זה בפרשנות הדין הקיים.²⁹⁸ שיח הזכויות התרבותיות אף יכול לשחרר את בית המשפט מהנטייה המוטמעת להניח כי "ביצוע הנעשה במתחם עסקי הוא בהכרח פומבי, אלא אם יוכח ההפך", ובמילים אחרות – מהנטייה להשקיף על דיני זכויות היוצרים כקובעים זכויות קניינית מוחלטת, המסויגות מעת לעת באמצעות חריגים נקודתיים.²⁹⁹ במקרים אלו יש להעריך את משקל האינטרס המדובר בזכות אדם: האינטרס הקנייני של בעלי היצירות המוזיקליות (שלמענו פועלת אקו"ם) הוא בעיקרו ממוני. ההכרה בזכות היוצרים כזכות

296 השוני בתועלת שבתי העסק השונים מפיקים מהשמעת מוזיקה בא לידי ביטוי אף במחיר השונה שהפדרציה לתקליטים גובה מכל בית עסק. זוהי אפליית מחירים המבוססת על התועלת למכצע; ראו עניין הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, לעיל ה"ש 165, סעיף 88 לפסק הדין.

297 לעמדה דומה ראו עניין הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, לעיל ה"ש 165, סעיף 158 לפסק הדין.

298 לחזקת ההתאמה הפרשנית ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט המלווה.

299 ואכן, בפסק הדין בעניין הפדרציה לתקליטים עמד בית המשפט על הכשל שבנטייה זו; עניין הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, לעיל ה"ש 165, סעיף 168 לפסק הדין.

אדם כוללת אמנם גם הכרה באינטרסים חומריים אולם, כאמור, הכרה זו אינה מכתיבה הכרה בזכות קניין דווקא, ואף אינה מכתיבה את גודל ההנאה החומרית הנדרשת, מעבר לרמה מינימלית כלשהי.³⁰⁰ מן העבר השני מצוי אינטרס הגישה וההשתתפות בחיי התרבות, הכולל את הזכות להאזין ליצירות מוזיקליות באופן חופשי (בהנחה שהתקליטור נקנה כדין או שאגרת הרדיו שולמה כדין), אפילו אם נעשה הדבר במהלך העבודה המתקיימת במתחם עסקי ומלווה במגע עם קהל לקוחות. השאלה, על כן, ניתנת לניסוח באופן הבא: אימתי נאמר שאינטרס הקניין גובר על אינטרס ההאזנה החופשית וההנאה ממוסיקה? בפרשנות המבחינים הדוקטריניים יש ליצוק תוכן לאינטרסים אלו. להערכתנו, בעסקים דוגמת אלה שבפרשת קרן, שבהם השמעת המוזיקה אינה מניבה תועלת כלכלית משמעותית, יש להכריע לטובת אינטרס הגישה (קרי: ההאזנה) ליצירות מוזיקליות. תוצאה הפוכה משמעותה כי בהוצאות הקבועות השונות הכרוכות בניהול עסק (כגון מיסים עירוניים וכיוצא באלה) יש להוסיף תשלום עבור גישה למוזיקה. אמנם הגישה למוסיקה איננה חיונית להפקת ההכנסה בעסקים כאלה, אולם סביר להניח כי בליט ברירה ישלמו רבים "מס" כזה, כדי לספק לעצמם סביבת עבודה נאותה. פרשנות "מוחלטת" כזו לזכות הקניין אינה מונהגת אפילו מכוח מסגרת הדין הפנימי.

למעלה מכך: בפרשת קרן אף ניתן היה להדגיש את אינטרס הגישה וההשתתפות כאינטרס כלכלי-חברתי דווקא. עסקים קטנים, דוגמת אלו שבפרשת קרן, מאפיינים לרוב את שכבת הביניים ואת השכבה החלשה בחברה מבחינת רמת ההשתכרות הממוצעת לנפש. כאמור, מתן פרשנות מרחיבה לזכות הביצוע הפומבי מטילה הוצאה כספית נוספת על בעלי העסקים, בבחינת "מס עסקים" נוסף, ומקשה על פרנסתם. לכן, להערכתנו, בפרשנות השאלה אם ביצוע כלשהו עולה כדי ביצוע פומבי יש להתחשב אף בהיקפו של העסק שבו מדובר.³⁰¹ התחשבות זו תיעשה על ידי הדגשת אינטרס הגישה וההשתתפות הניצב אל מול אינטרס הקניין, כאינטרס כלכלי-חברתי הבא להוציא אל הפועל שוויון הזדמנויות בחשיפה למוצרי תרבות. במבט ראשון עמדתנו נשמעת תמוהה: האם שטח העסק או היקף הרווחים שלו הוא השיקול שיכריע אימתי ביצוע מקיים את דרישת הפומביות? ! אולם, העמקה בנושא תגלה שזהו אכן מרכיב מרכזי בבחינת פומביותו של ביצוע. בארצות-הברית, למשל, החוק פוטר בתי עסק שונים מתשלום עבור השמעת מוזיקה על פי אמות-מידה של שטח העסק ושל מספר הרמקולים שהוצבו בשטח העסק לשם השמעת המוזיקה; הדגש הוא על פטור מהשמעה הנעשית באמצעות מכשיר "ביתי" מסוגו.³⁰² כלל זה נועד להטיל חיוב כספי על בתי עסק גדולים כגון בתי כל-בו, מסעדות

300 ראו לעיל ה"ש 133-138 והטקסט המלווה.

301 זאת מעבר להתחשבות בגודל העסק כאמת-מידה לשיעור החשלוש שיידרש עבור השמעת המוזיקה, כאשר מוסכם שהיא מהווה ביצוע פומבי; ראו עניין הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, לעיל ה"ש 165, סעיף 88 לפסק הדין.

302 ראו 17 U.S.C. § 110(5).

גדולות וכיוצא באלה בתי עסק, ולפטור את בעלי העסקים הקטנים. כלל זה משקף פשרה חקיקתית בין האינטרסים השונים של בעלי העניין.³⁰³ אמנם נקבע שהכלל סותר הוראה בדין הקניין הרוחני הבינלאומי, האוסר על פטורים גורפים לזכויות היוצרים³⁰⁴ – אולם חרף זאת הכלל טרם שונה והוא עדיין תקף בארצות-הברית.³⁰⁵ בהקשר דברים זה יש לציין, כאמור, שאף הדין הבינלאומי הממוסד משקף בתורו אינטרס של קבוצת בעלי עניין.³⁰⁶ הנה כי כן, התחשבות בהיקף העסק לעניין הקביעה אם הופרה זכות יוצרים מוכרת בדין. באירופה מסוימת ניתן לומר שהתחשבות בהיקף העסק הופכת את "מס העסקים" עבור השמעת מוזיקה לפרוגרסיבי, ושיטת מיסוי שכזו נועדה כידוע לקדם צדק כלכלי-חברתי.³⁰⁷ מכאן, שבפרשנות מונח השסתום "פומביות" בדין הישראלי נדרש בית המשפט להתחשב באיזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות השונות כזכויות אדם, לרבות התחשבות בממד הכלכלי-חברתי שלעיל. בדרך זו, שיטת המשפט בישראל תוכל להגיע לתוצאה ראויה וצודקת תוך עקיפת המוקש של פטור חקיקתי מפורש, העלול להימצא סותר את הדין הבינלאומי.

(ד) פסק הדין בעניין עיריית חולון

דוגמה אחרונה לבחינת העמדה המוצעת היא פסק הדין בפרשת עיריית חולון.³⁰⁸ לדעתנו, במקרה זה הכריע בית המשפט באופן ראוי אך כלא נימוק של ממש. הזכויות

303 ראו NIMMER, לעיל ה"ש 165, בעמ' [1] [C] 18.09.

304 בסעיף 13 להסכם הטריפס קבועה הוראה המבוססת על סעיף 9(2) לאמנת ברן, לעיל ה"ש 88, ולפיה ניתן לקבוע הגבלות וחריגים לזכויות היוצרים כולן בהחקיים שלושה תנאים: (א) מדובר במקרים מיוחדים; (ב) החריג אינו פוגע בניצול רגיל של היצירה; (ג) החריג אינו פוגע באזרח בלתי-סביר באינטרסים הלגיטימיים של בעל הזכות. ראו Agreement on trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Sec. 13. בהחלטה תקדימית שניתנה על פי הסכם טריפס, במסגרת יישוב סכסוך בין האיחוד האירופי לבין ארצות-הברית, נקבע כי הפטור הקיים בחוק בארצות-הברית ומתיר השמעה פומבית כנסיבות מסוימות (כגון במסעדות בסדר גודל מסוים) הוא רחב מדי ואינו מחייב עם הוראת סעיף 13 האמורה להסכם הטריפס; ראו World Trade Organization, Report of the Panel: United States – Section 110(5) of The U.S. Copyright Act, WT/DS160/R, par. 6.80.

305 נראה כי האמריקנים "מתבצרים" בעמדתם שלפיה כלל זה משקף את האיזון הנכון והראוי בין האינטרסים השונים, ועל כן הם מעדיפים לשלם סכום פיצוי שנתי בגין ההפרה של הסכם הטריפס על פני שינוי החוק; ראו NIMMER, לעיל ה"ש 165, בעמ' [D] 18.09.

306 לעניין ההשפעה של חקיקה שתדלנית על הדין הבינלאומי ראו לעיל ה"ש 180 והטקסט המלווה.

307 צילי דגן "ההשלכות החלוקתיות הנסתרות בדיני מיסים" צדק חלוקתי בישראל 261, 262-261 (בעריכת מנחם מאוטנר, 2000); אבי נוב "עקרונות הצדק במערכת המס ויישומם במיסוי הבינלאומי" מיסים טז 76, 91-85 (2002).

308 עניין עיריית חולון, לעיל ה"ש 199.

התרבותיות כזכויות אדם היו יכולות לספק לבית המשפט את ההנמקה החסרה להחלטתו ה"אינטואיטיבית". דוגמה זו משרתת את עניינו היטב, שכן בולט בה שבית המשפט היה מעוניין לסטות מתפיסה קניינית מוחלטת של זכות היוצרים ולצמצם את השפעתה של חקיקה שתדלנית המשקפת אינטרסים של בעלי עניין – אולם חסרה לו התשתית הטרימינולוגית והעיונית לביצוע המהלך. למעלה מכך: דוגמה זו משרתת היטב את עניינו גם מן הטעם שאל מול האינטרס הקנייני ניצב אינטרס כלכלי-חברתי מובהק של הציבור להשתתף בחיי התרבות במחיר השווה לכל נפש.

בפסק דין זה נדונה שאלת חוקיותה של השאלת תקליטורים לציבור הרחב בספרייה הציבורית של עיריית חולון. חברות המפיקות תקליטים ותקליטורים טענו כי השאלה זו מהווה הפרה של זכות יוצרים בתקליטורים. על פי סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים "השאלה או השכרה, לצורכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי, היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים". המונח "קלטת" אף הוא מוגדר בחוק, והוסכם על הכל כי במקרה המדובר התקליטורים שהושאלו בספרייה עונים על ההגדרה של "קלטת". לפיכך, השאלה המשפטית הייתה אם השאלת התקליטורים בספרייה נופלת בגדר "השאלה או השכרה לצורכי מסחר" שבסעיף 13 לפקודת זכות יוצרים.

בערכאה הראשונה קבע בית המשפט המחוזי (השופט קלינג)³⁰⁹ כי הספרייה הציבורית גובה מציבור השואלים סכומים שנועדו לממן את הוצאות התפעול של הספרייה. לפיכך, את התיבה "לצורכי מסחר" הכלולה בסעיף 13 לפקודת זכות יוצרים ניתן לפרש בשני פירושים, ובנסיבות העניין ועקב גביית הסכומים האמורים, יש להעדיף את הפרשנות הרואה את פעילות הספרייה כ"השאלה לצורכי מסחר". עוד קבע השופט קלינג כי יש לבכר פרשנות זו, המעדיפה את זכויותיהם של בעלי הקניין, בהסתמך על סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן את ההגנה על זכות הקניין. השופט קלינג קבע עוד כי לא ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות של מפיקי התקליטורים על יסוד פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד) הבוחנת את מידתיות הפגיעה.

בערכאת הערעור הפך בית המשפט העליון את החלטתו של בית המשפט המחוזי, וקבע כי פעילות הספרייה אינה עולה כדי הפרה של זכות יוצרים. השופט לוין פתח את הנמקתו בהדגשת העמדה המסורתית של בית המשפט העליון,³¹⁰ שעל פיה יש לבדוק את שאלת החוקיות של השאלת התקליטורים אך מתוך המעגל הפנימי של דיני זכויות היוצרים. לשיטתו, בטרם קובעים אם הפגיעה בזכות היא "מידתית", יש לקבוע אם בכלל קיימת זכות קניינית שנפגעה,³¹¹ וקביעה זו אינה מתקבלת על פי הנורמה החוקתית כי אם על פי דין זכות היוצרים ה"פנימי". כיצד יש לקבוע אם אכן נפגעה זכות קניין קיימת?

309 עניין אן. א. ס. מוסיקה בע"מ, לעיל ה"ש 199.

310 ראו לעיל ה"ש 195 והטקסט המלווה.

311 לאמירה ברוח דומה ביחס לזכות פטנט ראו רע"א 2826/04 רשם הפטנטים נ' Recordati Ireland

Limited, פ"ד נט(2) 85, סעיף 20 לפסק הדין (2004).

על כך השיב השופט לוי כי הדבר נעשה באמצעות הפרשנות של סעיף החוק עצמו. והנה, במעגל הפרשנות הפנימי של סעיף החוק – כך השופט לוי – אנו נתקלים במתח בין אינטרסים שונים, ובראשם המתח שבין האינטרס הקנייני לבין אינטרס הכלל, ודין זכות היוצרים מיישב בעצמו את המתח – למשל על ידי רשימה של סייגים לזכויות.³¹² למעשה, בית המשפט התחיל את הנמקתו בהוצאת השאלה החוקתית ממסגרת הדיון; לשיטתו של השופט לוי, הסוגיה כולה צריכה לבוא על פתרונה במסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים.

בהמשך הנמקתו של השופט לוי נקבע כי אף שהדיון החוקתי אינו יכול לעמוד, הדבר אינו פוטר מהצורך ליצוק תוכן לתיבה "לצורכי מסחר" שבסעיף 13 לפקודת זכות יוצרים באמצעות "מתן משקל לאינטרסים היחסיים של הטוען לבעלות קניינית מזה ולצורכי הציבור מזה".³¹³ דהיינו, במסגרת הפרשנות של לשון החוק הקיים יש להתחשב באיזון האינטרסים בין זכות הקניין לבין זכות הציבור, ולא לדון בשאלת איזון האינטרסים בשדה הזכויות החוקתיות. משכך, נפנה בית המשפט לשאלה כיצד יש לפרש את הביטוי "לצורכי מסחר", עמד לשם כך על תכליתם של דיני זכויות יוצרים, וקבע כי תכלית זו הועמדה במשפט הישראלי על הצורך לתמרץ יוצרים ככלי לקידום החינוך והתרבות לטובת הציבור בכללו.³¹⁴ מתוך ההשקפה כי מטרתם של דיני זכויות היוצרים היא לקדם את טובת הציבור, גזר בית המשפט את הפרשנות הראויה לביטוי "לצורכי מסחר" וקבע כי יש להעדיף פרשנות המתיישבת עם מטרה זו ומבטיחה לציבור הרחב נגישות מרבית ליצירות. כך הגיעו שופטי בית המשפט העליון למסקנה כי פעילותה של הספרייה הציבורית איננה "לצורכי מסחר" – אף שנגבו כספים כלשהם מן הציבור עבור מתן השירות.

ביקורתנו אינה מכוונת כלפי התוצאה הסופית שאליה הגיע בית המשפט כי אם לעניין הנמקתו, שהיא בחלקה שגויה ובעיקרה חסרה. ראשית, בית המשפט לא עיגן את הכרעתו הפסקנית כי מורשתם של דיני זכויות יוצרים בישראל היא דווקא זו הנובעת אך ורק מהרצון לתמרץ את היוצר כדי להשיג נגישות מקסימלית של היצירה לציבור הרחב.³¹⁵ כאמור, ההצדקות לדיני זכויות היוצרים במשפט הישראלי הן מורכבות, ודומה כי הבסיס העיוני לזכות היוצרים בו אינו ודאי או שנוטר מעורב בהתאם למסורת המשפט האנגלי. מכל מקום, הסברה כי הדיון בישראל עוקב דווקא אחר המשפט האמריקני, המדגיש את התכלית התועלתית של דיני זכויות יוצרים, היא פשטנית.³¹⁶ למעלה מכך: מובן שזהו המקום להעלות את הטענה כי זכות היוצרים – ולמצער חלקה – מוכרת כזכות אדם

312 עניין עיריית חולון, לעיל ה"ש 199, סעיף 8 לפסק הדין.

313 שם, סעיף 8 לפסק הדין.

314 שם, סעיף 15 לפסק הדין.

315 שם.

316 ראו לעיל ה"ש 190-192 והטקסט המלווה.

בנורמה הבינלאומית המחייבת את מדינת ישראל, ונורמה זו משמיעה דווקא צידוקים מתחום משפט הטבע לזכות היוצרים.³¹⁷ ההכרה בתכלית המעורבת של דיני זכויות היוצרים בישראל מערערת את הנימוק שהביא בית המשפט להכרעתו הפרשנית. שנית, ובזאת עיקר ביקורתנו, נראה כי בית המשפט הלך שבי אחר המשל שלו עצמו, כאילו מדובר "בסך הכול" בפרשנות פנימית של הדין – והדבר גרם להחמצה של מטען ערכים שלם שראוי היה להתחשב בו בעריכת אותו איזון אינטרסים פנימי. נסביר: בית המשפט קבע, למעשה, כי אין להכניס לגדר הדיון את השאלה החוקתית וכי המסקנה צריכה להיגזר מתוך פרשנותו של הדין הפנימי. וכיצד נעשית מלאכת הפרשנות של הדין הפנימי? מתוך התחקות אחר האיזון בין האינטרס הקנייני לאינטרס הציבורי, שהם אינטרסים הנהנים ממעמד חוקתי. ניקרת מעגליות מסוימת בהנמקה זו, והיא גובעת מכך שהכלי הפרשני והכלי החוקתי מזינים זה את זה. הזנה זו משמעה כי במלאכת הפרשנות יש להתחשב באיזון האינטרסים החוקתיים כאינטרסים מורכבים ורב-ממדיים – אך בלי לעשות שימוש בכלי החוקתי ה"קיצוני" שבאמצעותו סוטים מהוראה חקוקה נוכח קיומה של נורמה חיצונית גוברת. ניתן למצוא צידוקים למהלך של בית המשפט, שבו לכאורה הוצאה השאלה החוקתית ממסגרת הדיון, שכן המסר החשוב העולה ממנו הוא שבדיני זכויות יוצרים מלאכת איזון האינטרסים בין הערכים המוגנים נעשית באספקלריה של מכלול ההסדרים הפנימיים.³¹⁸ עם זאת, אף אם מתארים את אותו איזון אינטרסים כ"פנימי", עדיין בית המשפט שוקל את האינטרס של בעלי הקניין מזה ואת האינטרס של הציבור בחופש הביטוי מזה, ומכריע על רקע מכלול הדין הפנימי. כך, הלכה למעשה, בתי המשפט נאלצים לקיים את הדיון החוקתי המתבקש – אלא שהוא מתואר כדיון "פנימי". לדעתנו, אף אם מתארים את האיזון החוקתי כ"פנימי", עדיין יש לצקת לתוכו את המטען הערכי של הזכויות התרבותיות וזכויות אדם, ובמיוחד זכויות כלכליות-חברתיות.

פסק הדין בעניין עיריית חולון היה מתאים להחדרת מטען הערכים המורכב של הזכויות התרבותיות למשפט הישראלי, שכן בלעדיו ההנמקה של בית המשפט בולטת בדלותה, שלא לומר בחסר שבביסוסה. במקרה זה דובר בשאלה פרשנית של סעיף חוק – מהי "השאלה לצורכי מסחר" – ואגב כך הובא אל הדין הפנימי איזון האינטרסים הראוי בין זכות הקניין לבין זכות הציבור לגישה ליצירות. במקרה זה לא עמדה על כפות המאזניים שאלת חופש הביטוי במובנה "הקלאסי" כחירות אזרחית, כי אם הזכות במובנה החברתי-כלכלי. כפי שעולה מתוך פסק הדין עצמו, הספרייה הציבורית היא כלי

317 ראו לעיל פרק 4 (זכות יוצרים כזכות אדם); כן ראו לעיל ה"ש 193-194 והטקסט המלווה.

318 לתמיכה בהנמקה זו של בית המשפט, המוציאה את השאלה החוקתית ממסגרת הדיון, ראו מיכאל דן בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית, בעקבות ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן אם סי מוסיקה בע"מ ובתשובה לאספן יעקב" עיוני משפט כז(3) 885, 893-895 (2004).

רב-חשיבות להבטחת קיומם של תנאים קונקרטיים ושוויוניים לצריכת תרבות.³¹⁹ באמצעות הספרייה, אף מי שידו אינו משגת לרכוש תקליטורים יכול להיחשף ליצירות מרובות ולהשתתף בחיי התרבות.³²⁰ אין ספק כי פעילותה של הספרייה הציבורית היא המימוש הקונקרטי ביותר של זכות האדם להשתתף בחיי התרבות.³²¹ ובית המשפט בישראל יכול היה לעשות שימוש רב-תועלת במטען המשפטי של זכויות האדם לביסוס הכרעתו, לפיה הפרשנות הראויה לתיבה "לצורכי מסחר" היא זו המבטיחה את המשך פעילותה הברוכה של הספרייה הציבורית. השימוש בזכות להשתתף בחיי התרבות כזכות בעלת מעמד מוגן עשוי היה להעניק את הנימוק החסר לפרשנות הראויה שבחר בית המשפט. מתוך כך, יכול היה בית המשפט לעקוף את מוקש ההכרעה בדבר "מורשת דיני זכויות היוצרים בישראל", ולקבוע שבמקרה זה, בהתנגשות בין האינטרסים השונים, הזכות להשתתף בחיי התרבות היא שגוברת – ודווקא מתוך השקפה של איוון בין הזכויות התרבותיות השונות כזכויות אדם טבעיות של הפרט.

במקרה זה קל יחסית ליישם את העמדה המוצעת כי עצמת ההכרה במעמד המוגן של זכות היוצרים משתנה ממקרה למקרה בהתאם לטיב היצירה ולזהות של בעלי הזכויות בה.³²² במקרה נתון זה, האינטרס המשתקף מזכות היוצרים המדוברת (הזכות של חברות המפיקות תקליטים ביחס לתקליטים) הוא אינטרס ממוני טהור, בלא כל זיקה אישית רלבנטית, ולכן דווקא עולה וצפה עליונותה של הזכות להשתתף בחיי התרבות כזכות כלכלית-חברתית. הדין "הפנימי" דואג לתגמל את מפיקי התקליטים בדרכים שונות,

319 עניין עיריית חולון, לעיל ה"ש 199, בפסקה 14 לפסק הדין.

320 בבקורת על פסק הדין בעניין עיריית חולון נטען כי השואלים יעדיפו להעתיק את התקליטור המושאל, שכן עלות רכישה של תקליטור חדש בחנות היא כ-100 ש"ח ואילו עלות ההעתקה היא אפסית; ראו אסף יעקב "משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית" עיוני משפט כז' 367, 377 (2003). המחיר הגבוה יחסית של תקליטור חדש בחנות דווקא מחזק את המסקנה שחלק ניכר מציבור השואלים ממילא לא היה רוכש תקליטור חדש בחנות, ולכן דווקא האפשרות לשאול את התקליטור מספקת לציבור השואלים גישה לאותן יצירות – ובד בבד מגדילה את היקף החשיפה של היצירות לתועלת בעלי הזכויות.

321 כאמור, על פי סעיף 15 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 2, המדינות שהן צד לאמנה מחויבות לפעול למימוש הזכויות התרבותיות. ועדת האו"ם גיבשה הנחיות בנוגע לדו"ח העתי שעל המדינות לספק בדבר מימוש הזכויות השונות שבאמנה. באשר לדיווח בנוגע למימוש סעיף 15 לאמנה, על המדינות לספק מידע על פעילות מוסדית לקידום השתתפות פופולרית בתרבות כגון בספריות; ראו Revised Guidelines Regarding The Form And Content Of Reports To Be Submitted By States Parties Under Articles 16 And 17 Of The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights, Report of The Committee On Economic, Social and Cultural Rights, U.N. doc. E/1991/23 p. 109-110. הדבר משקף את החשיבות המיוחדת לפעילות הספרייה כאמצעי למימוש הזכות לתרבות.

322 ראו לעיל ה"ש 101-104 והטקסט המלווה.

ומעבר לתגמול שנקבע בדין שומה על בית המשפט לפרש את הוראות הדין כך שיקדמו את הזכויות התרבותיות כולן כזכויות אדם. אילו ניצבו על כפות המאזניים זכותו של היוצר ביצירתו והרצון להגן על אלמנטים אישיים או אפילו ממוניים הנכנסים בגדר ההכרה כזכות אדם בצד אחד, ואינטרס הציבור להשתתף בחיי התרבות בצד האחר, היה בית המשפט ניצב בפני דילמה קשה – איזו משתי זכויות האדם גוברת. אולם, במקרה זה ניצבו על כפות המאזניים אינטרס מסחרי-כלכלי טהור ומולו אינטרס הציבור להשתתף בחיי התרבות. ההכרעה במקרה זה קלה יותר: כי אם ניתן לפרש הוראת חוק (פנימי) בשני אופנים אזי יש לפרשו באופן המקדם את זכות הציבור להשתתף בחיי התרבות, אם מתוקף מעמדה החוקתי המוגן ואם מתוקף החובה לפרש הוראה חקוקה באופן המתיישב עם הנורמה הבינלאומית שמדינת ישראל מחויבת לה. זוהי אף דוגמה לכך שהמתחם הפרשני יכול לאפשר לבתי המשפט לעקוף חקיקה שתדלנית, שכן מתוך פסק הדין עצמו צפה ועולה השאלה מדוע בחר המחוקק להעניק לבעלי הזכויות לא רק שליטה על השכרה של תקליטורים כי אם גם על השאלתם;³²³ וזאת, למשל, במובחן מתוכנות מחשב, שבעניינן ניתנה לבעלי הזכויות (בשלב מאוחר יותר) שליטה אך ורק על "השכרה".³²⁴ אלא, שהשליטה על ההשאלה (וגם על ההשכרה) סויגה באמצעות מונח שסתום מובהק והוא "לצורכי מסחר". מונח שסתום זה הוא בבחינת "אור ירוק" לבתי המשפט להעניק פרשנות המכרסמת מהאינטרס הממוני של בעלי העניין, שכן הוא בא לשקף אינטרסים ציבוריים נוספים. כאמור, איזון האינטרסים בין הזכויות התרבותיות יכול היה לשמש את בתי המשפט כ"אילוץ" חיצוני להכרעה לטובת הפרשנות המצמצמת.

מעבר ליתרונות המהותיים האמורים, שהיו צפויים מהכנסת המטען הערכי של הזכויות התרבותיות כזכויות אדם למקרה נתון זה, היו טמונים בכך אף יתרונות חינוכיים הנוגעים להכוונת בתי המשפט בהכרעות עתידיות. החדרת שיח הזכויות התרבותיות כזכויות אדם למסגרת הדיון הייתה מחדדת את המסר של בית המשפט העליון: אם מכניסים למסגרת הדיון את מעמדה החוקתי של זכות היוצרים כזכות קניין, חובה להכניס לדיון לא רק את חופש הביטוי במובנו ה"קלאסי" כי אם גם את מעמדה של הזכות להשתתף בחיי התרבות כזכות חברתית-כלכלית. הנחיה כזו הייתה ראויה ונחוצה נוכח

323 עניין עיריית חולון, לעיל ה"ש 199, בסעיף 8 לפסק הדין. סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים הוסף בשנת 1996; ראו ס"ח 1583, תשנ"ו (21 במרץ 1996) בעמ' 244. סעיף זה לא נכלל בהצעת החוק המקורית, ומקל וחומר שאין לגביו כל דברי הסבר; ראו הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים – קלטות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996, ה"ח 2520 מיום י"ג באדר תשנ"ו (4 במרץ 1996) 601. לפיכך, הסעיף הוסף בעקבות הדיונים שהתקיימו בוועדת הכנסת (לקראת הצבעה בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת), מבלי שהציבור הרחב או כל הנוגעים בדבר ידעו על הכוונה לכלול סעיף כזה, וקל וחומר מבלי שהיה להם יומם בוועדת הכנסת.

324 ראו חוק הסכם הטריפס, לעיל ה"ש 160, סעיף 13(1) לפקודת זכות יוצרים.

העובדה כי במקרה זה בית המשפט העליון מצא לנכון להפוך הכרעה שהתבססה על ההשקפה המוטעית כי יש לחזק את מעמדה של זכות היוצרים נוכח ההגנה החוקתית לקניין.

4. זכות היוצר ביצירתו כזכות כלכלית-חברתית

ההכרה במעמדן של הזכויות התרבותיות כזכויות אדם עשויה לתרום רבות לפיתוח דיני זכויות היוצרים בישראל, וזאת אף מעבר לדרך הפעולה המוצגת לעיל בעניין החדרת איזון האינטרסים שבין הזכויות התרבותיות השונות לדין הפנימי. ייחודן של הזכויות התרבותיות נעוץ, בין היתר, בסיווגן דווקא כזכויות כלכליות-חברתיות.³²⁵ בסיווג זה טמונה הזדמנות להזרים מערכת חדשה של ערכים לענף, ולשמש מנוף לגיבוש הלכות חדשות או לסטייה מההלכות ומהעמדות המסורתיות. קצרה היריעה מלדון בהיבט רחב זה של הזכויות התרבותיות כזכויות אדם, ולכן נסתפק בדוגמה אחת לכוח הטמון בהדגשת זכות היוצר ביצירתו כזכות אדם כלכלית-חברתית. דוגמה זו תמחיש ששיח הזכויות התרבותיות לא נועד דווקא להחלשה של זכות היוצרים, כפי שהדבר עלול אולי להצטייר מהדוגמאות שהובאו לעיל, כי אם לקדם פיתוח מאוזן וצודק של הדין.

בדיני זכויות היוצרים קיים עיסוק ביחסי הכוחות שבין היוצר לבין גורמים קבלניים כגון מוציאים לאור, חברות הפקה וכיוצא באלה גורמים שבאמצעותם היצירה מופקת ומופצת.³²⁶ כאמור, זכות היוצרים כזכות אדם כלכלית-חברתית נועדה לקדם צדק חלוקתי לרווחת היוצרים בדמות תגמול כלכלי, ולא דווקא לתפקד כזכות קניין מסורתית.³²⁷ כך, בכובעה זה, זכות היוצרים כזכות אדם יכולה להעצים את כוחם של היוצרים במערכת היחסים שבינם לבין אותם גורמים קבלניים, לשם חלוקה צודקת של הרווחים הצומחים מהיצירה. במערכת היחסים הזו אין זה מנותק מהמציאות לטעון ל"זכות אדם" של היוצר ליהנות במידה הוגנת מהיתרונות הצומחים מיצירתו, ואגב כך

325 ראו לעיל פרק א.5.5. הזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות ובידולן מחופש הביטוי ומזכות הקניין).

326 לאסופת מאמרים ישנה, אמנם, המסבירה היטב את המתח הקיים בחוזים המסדירים הפקה וניצול של יצירות וכן את אפשרות הרגולציה של חוזים שכאלה, ראו Herman, COPYRIGHT CONTRACTS (1977) Cohen Jehoram ed., לסקירה יחסית עדכנית של הנושא ראו שני מחקרים שהופקו ביזמת Gyorgy Boytha, *National Legislation on Authors' Contracts in Countries Following Continental European Legal Traditions*, 1991 COPYRIGHT 198; Denis De Freitas, *Copyright Contracts – A Study of the Terms of Contracts for the Use of Works Protected by Copyright Under the Legal System in Common Law Countries*, 1991 Copyright 222.

327 ראו לעיל ה"ש 133-136 והטקסט המלווה.

להתנגד ל"חזוה עבדות".³²⁸ תפקודה של זכות האדם במקרה זה יהיה לשם התערבות ביחסים חוזיים. מהו הכלי להתערבות זו? ראשית, אף במקרה זה ניתן להשתמש בכלי הפרשני. כאמור, דומה כי לזכויות האדם יש תחולה במשפט הפרטי,³²⁹ ונפקותן בו יכולה לבוא לידי ביטוי בין היתר במלאכת פרשנות החזוה. למשל, התוכן הנורמטיבי של עקרון תום הלב ביחסים חוזיים יכול להיקבע גם על פי האיזון הראוי שבין זכויות האדם החוקתיות.³³⁰ כך, אף הכרעה בשאלה אם מדובר בחזוה פסול מושפעת מאיזון זה.³³¹ למעלה מכך: לשיטתו של השופט ברק "קיימת חזקה שלפיה התכלית של החזוה הינה להגשים את זכויות האדם... על כן... חזקה היא, שתכליתו (האובייקטיבית) של החזוה הינה לקדם את כבוד האדם, להגן על הקניין, לכבד את חופש הדיבור, הדת והמצפון..."³³² מכאן, שאם נדרשת פרשנות של הוראה חוזית בעניין זכויות יוצרים או יש לעמוד על השאלה אם מדובר בחזוה פסול – לדוגמה, משום הוא נוגד את תקנת ציבור³³³ – יש להתחשב באינטרס הכלכלי-חברתי של היוצר ביצירתו, אם מתוקף

328 דוגמה ל"חזוה עבדות" מצויה בעובדותיו של פסק הדין Clifford Davis Management Ltd. v. WEA Records Ltd. and Another [1975] 1 All ER 237, [1975] 1 WLR 61. במקרה זה סירב בית המשפט באנגליה לאכוף חזוה שעל פיו התחייב זמר ויוצר להעביר את כל הזכויות ביצירותיו העתידיות במשך תקופת זמן ארוכה (עשר שנים) לאמרגן. בחזוה נקבעו תניות דרקוניות נוספות כגון היעדר התחייבות של האמרגן לפרסם את היצירות, וזכות של האמרגן להמחזות את הזכויות לצד שלישי מבלי שנדרשת לכך הסכמתו של היוצר. על פי תניה נוספת התחייב היוצר להעביר לאמרגן יצירה מוזיקלית שלמה אחת מדי חודש. הזמר-היוצר חתם על החוזים הללו בלא כל ייעוץ משפטי וכשהיה נתון ללחץ מצד האמרגן. בית המשפט באנגליה (הלורד דינג) נימק את החלטתו שלא לאכוף את החזוה בכך שתנאי החזוה היו בלתי-הוגנים באופן ממשי, שזכויות היוצרים הועברו עבור תמורה בלתי-הולמת, שכוח המיקוח של הצדדים היה בלתי-מאוזן באופן משמעותי, ושהופעלה השפעה בלתי-הוגנת על היוצר-הזמר; עוד קבע בית המשפט האנגלי כי ההתחייבות להעברת מלוא זכויות היוצרים העתידיות לאמרגן – בטלה. כמונחי המשפט הישראלי ניתן היה לפסול חזוה כזה מחמת עושה וכפייה ומחמת היותו נוגד תקנת ציבור (סעיפים 17, 18 ו-30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118). למקרה דומה במשפט האנגלי, שבו נפסל חזוה בין יוצר לבין מפיק ומו"ל מנימוקים דומים, ראו נקבע גם שהתחמת היוצר על חזוה דרקוני עולה ער כדי הפרה של חובת האמון כלפי היוצר, ראו O'sullivan and Another v. Management Agency and Music Ltd. and Others [1984] 3 WLR 448, [1985] 3 All ER 351. לפסק דין ישראלי הדין בחזוה שבין יוצר לחברה מוציאה לאור, שבו נדחתה הטענה בדבר ניצול לרעה של יחסי כוחות בלתי-שוויוניים ובדבר מצוקתו הכספית של היוצר, ראו ה"פ 133/02 (מחוזי ת"א) שלום חנוך נ' אסנת הוצאה לאור בע"מ, תק-מח 2003(2) 4390.

329 ראו לעיל ה"ש 251 והטקסט המלווה.

330 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ד 647 (2001).

331 שם.

332 ראו ברק, לעיל ה"ש 330, בעמ' 649.

333 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).

מחויבות לנורמה הבינלאומית ואם מתוקף מעמדה החוקתי המוגן של זכות היוצר ביצירתו. בדומה לניתוח שלעיל, אף בעניין זה מדובר למעשה בנורמות פתוחות בדיני החוזים שיש ליצוק לתוכן תוכן. שיח הזכויות התרבותיות עשוי לספק מערכת ערכים ראויה שתזין נורמות פתוחות אלה ותשמש מצפן בפרשנותן. שנית, כאמור, מוצע לאפשר שימוש בכלי החוקתי כמטיל הגבלה חיצונית אף ביחסים שבין שני פרטים, במקרים קיצוניים וכשהדבר מתאים.³³⁴ כאן המקום לציין את העמדה שעל פיה אף אם אין תחולה מוחלטת לזכויות האדם במשפט הפרטי, יש לאפשר את ההתערבות באוטונומיה החוזית באמצעות הנורמה החוקתית במקרים של חוסר-איוון ממשי בכוח הסוציו-כלכלי של הצדדים.³³⁵ אכן, לעתים – אם כי לא תמיד – היחס שבין היוצר לבין הגורם המפיק את היצירה מאופיין באי-שוויון כרוני בכוח הצדדים.

נציין כי הדגשת החובה לספק הנאה כלשהי מהיצירה, כחלק מהציווי של זכות היוצרים כזכות אדם כלכלית-חברתית שאינה בדמות זכות קניין דווקא,³³⁶ עשויה להיות רבת-משמעות לא רק במישור היחסים שבין היוצר לקבלן אלא גם במישור היחסים שבין היוצר לבין ציבור המשתמשים ביצירה. אף במערכת יחסים זו, ככל שמדובר בזכות אדם, היא נעצרת ברף הצדק החלוקתי ואין חובה להעניק זכויות בלעדיות שסופן עלול להיות שליטה דורסנית בניצול היצירה.³³⁷ כך, זכות היוצרים כזכות אדם כלכלית-חברתית יכולה לעגן את זכותם של היוצרים לקבל תגמול מינימלי מצד אחד – ולהגביל את יכולתם לדרוש תגמול מקסימלי, מצד שני.

ג. סיכום

בדין הבינלאומי מעוגן סל של זכויות אדם שעניינו חיי התרבות והיצירה בחברה. בסל זכויות זה כלולות זכות היוצר לשמירה על האינטרסים החומריים והמוסריים ביצירתו וכן

334 ראו לעיל ה"ש 249-251 והטקסט המלווה.

335 פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21, 53 (1994). לשיטתה של רדאי, רעיון ההתערבות ביחסים החוזיים באמצעות זכויות האדם איננו "אנטי-חוזי" משום שהמטרה היא להגביר את האוטונומיה בפועל של צדדים לחוזה, ובכך לשפר ולשכלל את "החברה החוזית"; ראו שם, בעמ' 48.

336 ראו לעיל ה"ש 133-136 והטקסט המלווה.

337 לעניין קיומו של "ספקטרום" זכויות בדיני זכויות היוצרים – החל בזכות בלעדית (קניינית), דרך רישיון קולקטיבי לאכיפת זכות וכלה בזכות לפיצוי, ראו Alison Firth, *Holding the Line – The Relationship Between the Public Interest and Remedies Granted or Refused, Be It for Breach of Confidence or Copyright*, in COPYRIGHT AND HUMAN RIGHTS: FREEDOM OF EXPRESSION, INTELLECTUAL PROPERTY, PRIVACY 131, 134 (n. 14) (Paul L.C. Torremans ed., 2004).

זכותם של הכול לקחת חלק בחיי התרבות, אם באופן פסיבי, על ידי צריכה של מוצרי תרבות, ואם באופן אקטיבי, על ידי יצירה של מוצרי תרבות. לעיל הצענו את העמדה כי עיגון של זכויות תרבותיות אלה כזכויות אדם יכול וצריך להשפיע על פיתוח דיני זכויות היוצרים בישראל. הזכויות התרבותיות מביאות עמן מטען ערכי מתחום זכויות האדם ועל כן עשויות להעשיר את השיח הפנימי של דיני זכויות היוצרים. הצבענו על דרך מרכזית שבה עשויות הזכויות התרבותיות להשפיע באופן ישיר על הדין הפנימי – באמצעות פרשנותו באופן המתיישב עם הערכים שבבסיס הנורמה הבינלאומית.

זכות היוצרים והזכות להשתתף בחיי התרבות, כזכויות אדם, עשויות להתנגש. להערכתנו, רצוי לא לקבוע נוסחת איזון קבועה מראש. קיימות בעיות שונות להכיר בזכות היוצרים, בעלת המאפיינים הקנייניים, כזכות אדם אוניברסלית, ולכן מוצע להבין את ההכרה במעמדה של זכות היוצרים כזכות אדם כעניין יחסי ולא מוחלט. עצמת ההכרה במעמדה המוגן של זכות יוצרים עשוי להשתנות ממקרה למקרה, בהתאם לטיב היצירה המדוברת ומידת היותה ביטוי אישי/יצירתי של היוצר, ובהתאם לזהות של בעלי הזכויות ביצירה. בהתאם לכך, במקרים מסוימים ייתכן שניתן לפרש את הנורמה הבינלאומית כמעניקה עדיפות לאינטרס הציבור להשתתף בחיי התרבות.

האיזון בין זכות היוצר ביצירתו לבין הזכות להשתתף בחיי התרבות כזכויות אדם משקף את המתח הקיים תדיר בדיני זכויות יוצרים בין מתן שליטה על היצירה לבין מתן גישה חופשית ליצירות. אף על פי כן, קיימת תועלת רבה בהתדרת האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם למסגרת הדין הפנימי. דיני זכויות היוצרים גרושים נורמות פתוחות, שלכל היותר מתוות את המסגרת הכללית לעריכת איזון האינטרסים אולם אינן מכריעות בו באופן מוחלט. למעשה, ההכרעה באיזון האינטרסים במקרים אלה נמסרת לבתי המשפט, המפרשים נורמות אלה ומיישמים אותן בכל מקרה לגופו. שיח הזכויות התרבותיות עשוי לשמש מצפן בפרשנות שתינתן לנורמות פתוחות אלה, ובכך לסייע לבתי המשפט להכריע במקרים השונים באופן מאוזן וצודק. למעלה מכך: בדין זכויות היוצרים הפנימי קיימים כשלים רבים, שהיחלצות מהם אפשרית באמצעות הישענות על נורמה "ארכימדית" – חיצונית. כך, האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם עשוי להדגיש שיקולים בדבר טובת הציבור שלא נשקלו במלאכת החקיקה השתדלנית המאפיינת את ענף הקניין הרוחני במישור הבינלאומי והלאומי; הזכויות התרבותיות כזכויות אדם עשויות לשוב ולהעשיר את השיח התאורטי בעניין ההצדקה לזכות היוצרים בהצדקות "טבעיות" ומוסריות; והאיזון בין הזכויות התרבותיות עשוי לחסום את סחף ההכרה במעמדה הקנייני המוגן של זכות היוצרים ולהדגיש את ההכרח להתחשב באינטרס של הציבור להשתתף בחיי התרבות.

סל הזכויות התרבותיות מעוגן באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. עיגון זה מרגיש את ההיבט הכלכלי-חברתי של הזכויות התרבותיות, שעניינו יצירת תנאים קונקרטיים ושוויוניים לכול בצריכה וביצירה של מוצרי תרבות. הזכויות

התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות נועדו לקדם את הצדק החלוקתי בשדה התרבות והיצירה, ובכך הן אף נבדלות מ"אחיותיהן הבכורות" – זכות הקניין וחופש הביטוי. בהיבט זה של הזכויות התרבותיות טמון פוטנציאל רב, ובכווח להשפיע באופן ממשי על פיתוח דיני זכויות היוצרים בישראל. כך, למשל, היבט זה יכול לשמש במלאכת הפרשנות: במקרים שבהם הוראה חקוקה טובלת פירושים שונים, יש להעדיף את הפרשנות המקדמת את ההיבט הכלכלי-חברתי של הזכויות כולן, תוך התחשבות בעצמת מעמדן המוגן של האינטרסים המצויים על כפות המאזניים. פרשנות כזו הודגמה בנוגע לארבעה פסקי דין שבהם היה מקום להעדיף פרשנות המקדמת את הערכים שבבסיס הזכות להשתתף בחיי התרבות, כזכות שנועדה לקדם את שוויון ההזדמנויות הקונקרטי של חברי הציבור להיחשף ליצירות, על פני הדגשת האינטרס הקנייני. הזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות עשויות לתרום בדרכים נוספות לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל, מעבר לדרך פרשנית זו. כך, למשל, ציינו בתמצית את אפשרות השימוש בזכויות התרבותיות ככלי להתערבות ביחסים חוזיים לטובת היוצר, במקרים מתאימים. דוגמא אחרונה זו ממחישה היטב, כי בשיח הזכויות התרבותיות אין העדפה דוגמטית של צד מסוים: "משתמשים" או "יוצרים", וכי שימוש מושכל בשיח זה יכול לתרום רבות לפיתוח מאוזן של דיני זכויות היוצרים בישראל.