

הזכות המוסרית, הגנת הסבירות והאיזונים החינויים

מאת

קיס טרייגר-בר-עם*

א. מבוא. ב. הזכות המוסרית לשלמות היצירה: הגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר. 1. הזכות הישראלית ומקורותיה; 2. הזכות ואוטונומיה של ביטוי; 3. אפיון הזכות כהגנה על אישיותו של היוצר והבעיות הכרוכות בכך; ג. אוטונומיית הביטוי של האחר. 1. זכותם של משנה היצירה ושל הציבור; 2. טרנספורמציה; 3. אייקון תרבותי ומשמעותו; ד. החוק החדש וסבירות. 1. פגיעה בכבוד היוצר וסבירותה של פעולת השינוי; 2. אי-ייחודיות של הגנת הסבירות; 3. הגנה מידתית ואיזון ראוי; 4. השיקולים; ה. סיכום.

א. מבוא

הזכות המוסרית לשלמות היצירה ("הזכות"), על-פי חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007 (להלן – "החוק החדש" או "החוק"), מגנה על היוצר משינויים מפרים ביצירתו. במאמר זה אמשג את הזכות המוסרית לשלמות היצירה כהגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר. אנתח אפיון זה של הזכות מהפן המשפטי והתאורטי, בשונה מהאפיון הנפוץ המתאר אותה כהגנה על אישיותו של היוצר. החוק החדש מעניק הגנה גם לגורם המשנה את היצירה שקדמה לו ("משנה היצירה" או "המשנה"), בהתאם לסבירות פעולותיו. על-פי טענתי, הן הזכות המוסרית לשלמות היצירה והן הגנת הסבירות נובעות מאותו מקור: החובה לכבד את האוטונומיה של האדם לביטוי. דומני כי החוק החדש מציג כלים לאיזון הראוי והחינוי בין אוטונומיית הביטוי המוקנית ליוצר היצירה לבין אוטונומיית הביטוי המוקנית למשנה

* המחברת (B.A. Yale '85, J.D. Yale '89, M.Jur. Oxford '98, D.Phil. Oxford '06) מלמדת בפקולטה למשפטים, אוניברסיטה העברית, ירושלים. הנני מודה למיכאל ספנס לתמיכתו באוקספורד, ולגיא פסח ומיכאל בירנהק ולמשתתפים בפורום זכויות יוצרים באוניברסיטת תל-אביב. לעזרתו לאורך כל הפרויקט, תודה מקרב לבי למיקי בר-עם.

היצירה וכן לציבור. לפיכך החוק מגן על היוצר ועל המשנה כאינדיווידואלים (או כקבוצות), כמו גם על התפתחות השפה התרבותית הציבורית – וכך על הכלל. בפועל, הזכות בדוקטרינה של זכויות יוצרים מגנה על היוצר מפני פגיעה באוטונומיית ביטויו. העיקרון של מניעת עיוות בהתייחס לביטוי של היוצר נמצא גם בדוקטרינות של חופש הביטוי, הן במשפט הישראלי והן במשפט האנגלו-אמריקני. לדוקטרינה האנגלו-אמריקנית ישנה השפעה רבה על הדין הישראלי¹. מעבר לפן המשפטי אדון גם בהיבט הפילוסופי של מושג האוטונומיה כדי לפרש את הזכות. לצורך זה איעזר בתאוריה של הפילוסוף עמנואל קאנט ככלי לפרשנות זו. קאנט פיתח את מושג האוטונומיה, והתאוריה שהציג משפיעה רבות הן מבחינה תרבותית והן מבחינה משפטית. נראה כי התאוריה של קאנט תומכת בהגנה על ביטוי של יוצר מפני עיוותו. אפריך את ההשערה כי התאוריה של קאנט מבססת את האפיון הנפוץ של הזכות המוסרית לשלמות היצירה כהגנה על אישיותו של היוצר בלבד.

הזכות המוסרית לשלמות היצירה אינה זכות מוחלטת². ניתן לראות כי בהרבה מערכות המשפט מוטלות על הזכות הגבלות משפטיות המגנות על משנה היצירה ועל הציבור. גם מההיבט הפילוסופי הגבלת הזכות היא חיונית כדי לכבד את האוטונומיה של האחר. אכן, על-פי קאנט עקרון האוטונומיה דורש להגביל את זכותו של היוצר כדי לאפשר הגנה הן על זכותו של משנה היצירה והן זו של הציבור. הגנת הסבירות בחוק החדש משקפת תפיסה זו. כאמור, הגנת הסבירות מאפשרת הכרה באוטונומיית הביטוי של משנה היצירה ושל הציבור. ההגנה יוצרת את הבסיס לאיזון הדרוש בין כלל האוטונומיות המעורבות בתביעה על-פי הזכות המוסרית לשלמות היצירה. דיני הזכות המוסרית³ ודיני זכות היוצרים⁴ מכירים בחיוניות האיזון בין האינטרסים של היחיד לבין האינטרסים של החברה, הן טרם חקיקת

- 1 ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (להלן – עניין קול העם), 878, והדיון בו להלן. על השפעת הדוקטרינה האנגלו-אמריקנית של זכות היוצרים על הדין הישראלי, וכן על התפתחותה של הגנת השימוש ההוגן בדין הישראלי ראו למשל בעניין רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (להלן – פרשת גבע). ראו א' חורי "קריאה בין-לאומית: החוק ומקורות ההשפעה הזרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (מ' בירנהק, ג' פסח עורכים, תשס"ט) 237.
- 2 דברי הסבר להצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה-2005, ה"ח ממשלה 1116, 1134, סעיף 47.
- 3 ת"א (חי') 977/86 טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ב(3) 89 (להלן – עניין טאו), 110-112 (איזון בין בעל הבניין, הארכיטקט ואינטרס הציבור, בינם לבין עצמם, כפי שבאו לידי ביטוי בזכויות של שני הצדדים).
- 4 ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A, פ"ד מח(4) 133 (להלן – עניין Interlego). המשפט האמריקני גם מדגיש איזונים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בדוקטרינת שימוש הוגן; ראו להלן הערות 197-202.

החוק החדש והן במסגרתו⁵. התפקיד העומד בפנינו – ציבור המשפטנים, האקדמאים, השופטים והציבור הרחב – הוא לדאוג לכך שהחוק החדש אכן יפורש באופן שיאפשר הגנה על מכלול זכויות הביטוי, כולל זכויות של יוצרים קיימים, של יוצרים עתידיים ושל כלל הציבור.

דוגמה פרדיגמטית לזכות המוסרית לשלמות היצירה ניתן לראות בשפם שצייר מרסל דושאמפ על העתק של המונה ליזה ביצירתו *L.H.O.O.Q.*. הזכות המוסרית לשלמות היצירה אינה מתייחסת לעצם העתקת דמותה של המונה ליזה אלא לשינוי שנעשה לדמותה: האם ניתן לראות שינוי זה כהפרת הזכות המוסרית של ליאונרדו דה-וינצ'י? האם הוספת השפם עלולה לפגוע בכבודו של דה-וינצ'י? ואם זכויותיו של דה-וינצ'י היו בתוקף – האם יכול היה למנוע את ביצוע השינוי על-ידי דושאמפ? בדיון על החוק החדש יש לתת משקל לא רק לחשיבות שבשמירת זכויותיו של דה-וינצ'י אלא גם לזכויות של דושאמפ ושל הציבור. לטענתי אין לתת לזכות המוסרית לשלמות היצירה ליצור הגבלת יתר על חופש הביטוי של האחר ועל פיתוחה של התרבות. ניתן להבין את מבחן הסבירות שבחוק החדש כאמצעי לשמירה על איזון חשוב זה.

מאמר זה מחולק לחמישה חלקים. לאחר המבוא, החלק השני דן בטיב הזכות המוסרית לשלמות היצירה. בחלק זה אציג את אפיון הזכות כהגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר. הדיון בוחן הן מקורות משפטיים והן מקורות פילוסופיים המבססים גישה זו. ראשית אבחן מקורות בדוקטרינת זכויות יוצרים ודוקטרינת חופש הביטוי, כפי שהן באות לידי ביטוי בישראל ובמדינות האנגלו-אמריקניות, ההולמים אפיון זה. שנית אבחן את המקור הפילוסופי של מושג האוטונומיה על-פי קאנט. לעניין זה אדגיש כי הצגת התאוריות של קאנט לא נועדה להצדקת הזכות אלא לציון הכלים שהיא מספקת כדי לפרש אותה⁶. אציג גם את הבעיות בתיאור הנפוץ לזכות המוסרית לשלמות היצירה כהגנה על אישיותו של היוצר.

החלק השלישי דן בהצדקת ההגבלות החינויות בהתייחס לזכות המוסרית לשלמות היצירה. גם לצורך זה אעשה שימוש הן במקורות משפטיים – בדוקטרינות של זכויות יוצרים ושל חופש הביטוי – והן במקורות פילוסופיים. על-פי התאוריה הקאנטיאנית של מושג האוטונומיה, מושג זה כולל את החובה לכבד את האוטונומיה של האחר. הגנות לשינויים טרנספורמטיביים ושינויים לאייקונים תרבותיים מבוססות על גישה זו.

5 דברי הסבר להצעת חוק זכות יוצרים (לעיל, הערה 2), עמ' 1136, ס' 53. ראו פרוטוקול הדיון בקריאה שנייה ושלישית בהצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007, ד"כ 196 (19.11.07), דברי חבר הכנסת משה כחלון בשם ועדת הכלכלה. ראו דברי עו"ד עמית אשכנזי ממושרד המשפטים, בדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת בחוק זכות יוצרים, תשס"ה-2005, פרוטוקול 213 (6.3.07), <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/kalkala/2007-03-06-01.rtf>.

6 בעניין היחס האפשרי בין הזכות המוסרית ל-*categorical imperative* ראו להלן, הערה 140.

החלק הרביעי יבחן את הגנת הסבירות בחוק החדש. בהקשר זה אטען כי הגנת הסבירות, עם ההוראה בחוק בעניין כבוד היוצר, אינן מטילות על היוצר נטל כבד למדי; ההגנה גם אינה כה חדשה או ייחודית בעולם. כפי שניתן להסיק מהדיון, הגנת הסבירות מציגה איזון ראוי בחוק הישראלי החדש. אדון בקצרה בשיקולים לקביעת הסבירות על-ידי בתי-המשפט, ואציג את הדרך הראויה בעיניי לפרש שיקולים אלה. החלק החמישי מסכם את הניתוח ואת מסקנותיו.

ב. הזכות המוסרית לשלמות היצירה: הגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר

חלק זה דן באפיון הזכות המוסרית לשלמות היצירה. הדיון יפתח בסקירה של התפתחות הזכות. לאחר מכן אציג את אפיון הזכות כהגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר, השואבת את תוקפה הן מהדוקטרינות המשפטיות בדבר זכות יוצרים וחופש הביטוי, והן ממקורות פילוסופיים. כמו כן אדון בבעייתיות הכרוכה באפיון של הזכות כהגנה על אישיותו של היוצר.

1. הזכות הישראלית ומקורותיה

התיקון לפקודת זכות יוצרים משנת 1981 הכיר בזכות המוסרית לשלמות היצירה מפני שינויים מפרים⁷. סעיף 46 לחוק החדש קובע:

“זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר...”

(2) כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכך כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר.”

נוסח החוק דומה לנוסח ההוראה בדבר הזכות המוסרית לשלמות היצירה כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 6bis לאמנת ברן להגנת יצירות אמנותיות וספרותיות⁸. זכויות

7 חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 4), תשמ"א-1981 ס"ח 300, סעיף 4א.
8 אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, כ"א 21, עמ' 581 (להלן – אמנת ברן); S. Treaty Doc. No. 27, 99th Cong., 2d Sess. 3706 (1986). בפשרה של קביעת ההוראה באמנה אדון להלן בהערה 79.

מוסריות מוזכרות גם בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948⁹. הזכות המוסרית לשלמות היצירה מושפעת הן ממערכת ה-*droit d'auteur* באירופה והן מהמשפט האנגלו-אמריקני¹⁰.

מקור הזכות טמון בדין הצרפתי. התפיסה בדבר זכויות מוסריות פותחה במאה ה-19¹¹, והדבר בא לידי ביטוי בחקיקה בצרפת בשנת 1957¹². לזכויות מוסריות (*droit moral*) שמור מקום מרכזי בדוקטרינה של זכויות מחברים (*droit d'auteur*) המקובלת במדינות המשפט הקונטיננטלי; במדינות אלה זכויות מוסריות קודמות לזכויות כלכליות¹³. הזכות לכבוד היצירה (*droit au respect de l'oeuvre*) מגנה על היוצר משינויים ביצירתו. זוהי הזכות המרכזית בין הזכויות המוסריות¹⁴. עם היותה הזכות הוותיקה והידועה ביותר מבין הזכויות המוסריות, היא אף הזכות השנויה ביותר במחלוקת¹⁵. זכויות מוסריות הן זכויות משפטיות: ה"מוסריות" שלהן אינה עומדת בניגוד להיותן ניתנות לאכיפה¹⁶. הבחירה

- 9 סעיף 27(2) קובע: "כל אדם זכאי להגנת האינטרסים המוסריים והחומריים הכרוכים בכל יצירה מדעית, ספרותית, או אמנותית שהיא פרי רוחו" (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" Universal Declaration of Human Rights (1948, 217 UN GAOR 76, UN Doc A/810 (1948)).
- 10 "ויסמן" קריאה השוואתית: מאפיינים של חוק זכות יוצרים "יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (מ' בירנהק, ג' פסח עורכים, תשס"ט) 69.
- 11 ראו "ויסמן" הזכות האישית (*droit moral*) בדיני זכויות יוצרים "מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 51. ב-1814 הכיר בית-משפט צרפתי בעקרון הזכות לשלמות, וב-1878 נעשה השימוש הראשון במונח *droit moral*. ראו S. Stromholm "Droit Moral – The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint", 14 *Int'l. Rev. Indus. Prop. & Copyright L.* (1983) 1, 10-12.
- 12 French Law No. 57-298 on Literary and Artistic Property (Mar. 11, 1957), Art. 6.
- 13 החקיקה עודכנה לפי ה-1992 Art. L.121-1, Law No. 92-597 of July 1, 1992. ראו A. Lucas, P. Kamina, R. Plaisant "France" *International Copyright Law and Practice* (P.E. Geller, M.B. Nimmer eds., 1999) FRA – 1[3]; R.J. DaSilva "Droit Moral and the Amoral Copyright: A Comparison of Artists' Rights in France and the United States" 28 *Bulletin of the Copyright Society* (1980) 1, 5.
- 14 N. Netanel "Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author (לעיל, DaSilva; Autonomy: A Normative Evaluation" 24 *Rutgers L.J.* (1993) 347, 387 הערה 13), עמ' 31 ("most essential"). הזכויות האחרות המוכרות במשפט הצרפתי הן הזכות להורות (*paternity*), המגנה על זכותו של היוצר לכך ששמו יופיע עם יצירותיו; הזכות לגילוי (*divulgation*), המגנה על זכות היוצר להחליט את עיתוי חשיפתה של היצירה; והזכות להתכחשות (*retrait et repentir*).
- 15 M.A. Roeder "The Doctrine of Moral Right: A Study in the Law of Artists, Authors and Creators" 53 *Harv. L. Rev.* (1940) 554, 565.
- 16 D. Vaver *Copyright Law* (2000), 158.

בביטוי "זכויות מוסריות" דווקא נחשבת לתרגום שגוי של המונח הצרפתי *droit moral*. בצרפתית, הביטוי "מוסרי" כולל משמעויות של "מנטלי" ו"אינטלקטואלי"¹⁷. על אף האמור לעיל, בחלק הבא אדון גם בנושא המוסריות של הזכות בהתאם למשמעותו של המונח בעברית, בנוגע להגנתה על האוטונומיה של האדם.

2. הזכות ואוטונומיה של ביטוי

חלק זה יבחן את טיבה של הזכות המוסרית לשלמות היצירה. הדיון יתחיל בהיבט הדוקטרינלי המשפטי וימשיך אל הפן הפילוסופי. מקורות הזכות הם מגוונים, אך לטענתי ניתן לראות כי המקורות – משני ההיבטים – מצביעים על הזכות כמבטאת הגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר.

(א) ההיבט המשפטי

הזכות המוסרית לשלמות היצירה שואבת את תוקפה מתפיסות שונות: בצרפת היא מבוססת על זכויות טבעיות בקניין, בגרמניה על זכות לאישיות, ולפי אחת הגישות הרווחות באנגליה היא מבוססת על הזכות לשם טוב. היבטים של האפיונים אשר מבוססים על תפיסות אלה של הזכות יידונו בהמשך. נוסף על כך יש תיאורים של הזכות המייחסים לה ערכים של שמירת התרבות בחברה בכללותה (cultural heritage rationale)¹⁸, ואף תיאורים שרואים בה אמצעי לקידום היעילות הכלכלית בשוק האמנות¹⁹. לטענתי, האפיון הקוהרנטי

17 S. Ricketson *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*: 1886-1986 (1987), 8.93-100. ראו להלן הערה 79.

18 Visual Artists Rights Act 1990, 17 U.S.C. § 106A (Supp. III 1991) ("VARA"); House Report, H. Rep. No. 514, 101st Congress, 2d Sess. 1, 15-6 (1990), 1990 U.S.C.C.A.N. Cal. Civ. Code § 987 (West Supp. 1995); ראו גם (House Report – להלן) 6915, 6924 *Amar Nath Sehgal v. Union of India* [2005] Indlaw DEL 77 (Delhi High Court), [2005] D. Vaver ; DaSilva ; F.S.R. 39 (לעיל, הערה 13), עמ' 51-48 (בנוגע לחוק מקליפורניה); D. Vaver ; "Authors' Moral Rights and the Copyright Law Review Committee's Report: W(h)ither Such Rights Now?" 14 *Monash University L. Rev.* (1988) 284, 287, 289. הערות 136-130.

19 H. Hansmann, M. Santilli "Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis" 26 *J. Legal Studies* (1997) 95; W.M. Landes *What Has the Visual Arts Rights Act of 1990 Accomplished?* (U. Chicago, John M. Olin Program in Law & Econ., Series No. 2, Working Paper No. 123, 2001), <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>; B. Ong "Why Moral Rights Matter: Recognizing the Intrinsic Value of Integrity Rights" 26 *Colum. J.L. & Arts* (2003) 297 (ביקורת על

ביותר של הזכות בדין הישראלי, כמו גם במשפט האנגלו-אמריקני המשפיע עליו רבות, מבוסס על ההתייחסות לזכות כהגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר. אפיון זה של הזכות בא לידי ביטוי הן בפסיקה והן בגישות של חוקרי הזכות בכתיבה האקדמאית. הזכות המוסרית לשלמות היצירה נועדה להגן על הגינות (integrity) היצירה ושלמותה בהתאם לכוונתו של מחבר היצירה. באנגליה הושגה מטרה זו באמצעות פסיקה עוד קודם לעיגונה בחקיקה של הזכות המוסרית לשלמות²⁰. בפסק-הדין בעניין *Joseph v. National Magazine Co. Ltd.* נקבע כי זכותו של הסופר לבטא את כוונתו היא זכות מוגנת: "[He is] entitled to write his own article in his own style, expressing his own opinions"²¹. הזכות המוסרית לשלמות היצירה מחזקת גישה זו משום שהיא מגנה על יכולתו של היוצר לבחור את דרך הביטוי ולשלוט על אופן הצגתו של הביטוי. במילים אחרות: הזכות מגנה על אוטונומיית הביטוי של היוצר.

תפיסה זו של הזכות המוסרית באה לידי ביטוי בעבודתם של כמה חוקרים. טרסקי הזכיר קשר זה בין הזכות המוסרית לשלמות היצירה לבין חופש הביטוי²². נתנאל תיאר את מטרת החוק כשמירה על האוטונומיה של הביטוי²³. גלר (Geller) ציין כי הזכות מעניקה "continuing control over self-expression"²⁴. היוז (Hughes) ראה את זכות היוצרים

- (Landes). יש גם טענה כי הזכות תורמת לאמינות פרסום היצירה וזיהוי היוצר, באופן המקביל לרציונל המונח בבסיס ההסדרים בנושא סימני מסחר; ראו להלן, הערות 108, 120-121.
- 20 *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr 2303. *Frisby v. British Broadcasting Corp.* [1967] Ch. 932. ראו גם 4.
- 21 *Joseph v. National Magazine Co. Ltd.* [1959] Ch. 14, 20.
- 22 ג' טרסקי "הקניין הרוחני וזכויות אישיות" משפטים י (תש"ם) 392. כן ראו להלן, הערה 27.
- 23 Netanel (לעיל, הערה 14), עמ' 382, 413; N. Netanel "Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law" 12 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* (1994) 1; M. Spence "Intellectual Property and the Problem of Parody" 114 *L.Q.R.* (1998) 594 ("expression"). ראו גם M. Spence "Justifying Copyright" *Dear Images: Art, Copyright and Culture* (D. McClean, K. Schubert eds., 2002) 399 ("autonomy"); M. Spence "Passing Off and the Misappropriation of Valuable Intangibles" 112 *L.Q.R.* (1996) 472, 491 ("liberty").
- 24 P.E. Geller "Must Copyright be Forever Caught between Marketplace and Authorship Norms?" *Of Authors and Origins* (B. Sherman, A. Strowel eds., 1994) 159, 159-160, 165-166. ראו גם Roeder (לעיל, הערה 15); ראו גם להלן, הערה 138. לטענה כי השורשים ההיסטוריים של חופש הביטוי ושל זכות היוצרים יונקים ממקורות דומים ראו Geller, שם, עמ' 164; P. Samuelson "Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue – But to What Future?" *The Commodification of Information* (N.W. Netanel, N. Elkin-Koren eds., 2002) 68; J. Waldron "From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property" 68 *Chi.-Kent L. Rev.* (1993) 842, 857 n. 47.

בכללותה כזכות לאוטונומיה, אך ציין כי אין התייחסות רבה לזכות במובן זה: "Surprisingly, I have not encountered other uses of the freedom of expression rationale in my survey of the literature"²⁵. בהקשר זה אציין כי אינני הראשונה או היחידה הרואה את הזכות כהגנה על חופש הביטוי. גם בין המבקרים את זכות היוצרים יש הרואים בה זכות הנגזרת מהזכות לאוטונומיה, כגון ג'זי (Jaszi)²⁶.

הזכות המוסרית לשלמות היצירה תומכת בעיקרון של חופש הביטוי. דוקטרינת חופש הביטוי כוללת גם את העיקרון בדבר מניעת עיוותו של הביטוי. טדסקי ושטרומהולם (Stromholm) טענו אמנם כי יש לכלול את העיקרון האמור בדוקטרינה של חופש הביטוי²⁷, אולם טענתי היא כי העיקרון הוכר זה מכבר בדיני חופש הביטוי. הזכות המוסרית לשלמות היצירה גם מתנגשת עם הזכות לחופש הביטוי של האחר. להלן יידון בהרחבה האזון הדרוש בין אוטונומיות הביטוי של הצדדים בקונפליקט שכזה²⁸.

יש שלוש הצדקות מרכזיות לחופש הביטוי: דמוקרטיה, חקר האמת ואוטונומיה²⁹. התפיסה המבססת את הצדקת חופש הביטוי על טעמים של אוטונומיה מייחסת חשיבות ליכולת הבחירה של היחיד וליכולתו לשלוט על ביטויו³⁰. בעניין קול העם ציין בית-

- בעניין ההמשכיות של שליטת היוצר על ביטויו כפעולה, לעומת שליטה רגעית על עבודתו כמוצר, ראו להלן, הערה 146.
- 25 J. Hughes "The Philosophy of Intellectual Property" 77 *Georgetown L.J.* (1988) 287, 359 & n. 295.
- 26 P. Jaszi "Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of 'Authorship'" ראו ("prerogatives of the autonomous individual") *Duke L.J.* (1991) 455, 502. בעניין ביקורות אלו ראו להלן, הערה 98.
- 27 S. Stromholm *Right of Privacy and Rights of the Personality: A Comparative Survey* (Working Paper for the Nordic Conference on Privacy, Stockholm, 1967).
- 28 L.K. Treiger-Bar-Am "Authors' Rights as a Limit to Copyright Control" 6 *New Directions in Copyright* (F. Macmillan ed., vol. 6, 2007), 359. ראו עניין קול העם (לעיל, הערה 1), עמ' 876-878, והמקורות אשר צוטטו שם. ראו גם *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p Simms* [1999] 3 W.L.R. 328, 337, per Lord Steyn. היוו השווה בין הצדקת חופש הביטוי בהחזקת הדמוקרטיה לבין הצדקת הזכות המוסרית לשלמות היצירה לפי ה־cultural heritage rationale; ראו Hughes (לעיל, הערה 25), עמ' 364.
- 30 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *Board of Education, Island Trees Union Free School District No. 26 v. Pico*, 457 U.S. 853, 866 (1982); R.H. Fallon Jr. "Two Senses of Autonomy" 46 *Stan. L. Rev.* (1994) 875, 884; R. Dworkin *Freedom's Law* (1996), 200; C.E. Baker *Human Liberty and Freedom of Speech* (1989), 52; F. Schauer "Speaking of Dignity" *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*

המשפט העליון כי חשיבותו של העיקרון בדבר חופש הביטוי היא "לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לענינו של כל אדם, באשר הוא אדם... להגיד את אשר בלבו"³¹. בעניין חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, בית-המשפט העליון קבע כי "חופש הביטוי האמנותי הוא החופש של האמן ליצור. זהו חופש הבחירה באשר לנושא ולאופן הצגתו והחופש של הזולת לשמוע ולקלוט"³². הזכות המוסרית לשלמות היצירה באה להגן על יכולת בחירה זו, דהיינו, על אוטונומיית הביטוי.

באנגליה, באירופה ובארצות-הברית מגנים גם הם על החופש של אדם לבחור את צורת ביטוי. הדין אוסר על עיוות ביטוי של אדם על-ידי אדם אחר. בפסק-הדין האנגלי בנוגע לזכויות יוצרים בעניין *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.* קבע בית-המשפט לערעורים, בהתבסס על ההצדקה לאוטונומיה, כי: "The prime importance of freedom of expression... is that it enables the citizen freely to express ideas and convey information... in a form of words of his or her choice"³³. בפסק-הדין בעניין *Jersild v. Denmark*³⁴ אימץ בית-המשפט האירופי את עקרון האוטונומיה בהגנה על בחירתו של אדם בהתייחס לתוכן ולצורת הביטוי. הזכות המוסרית לשלמות היצירה נותנת תוקף לאותו עיקרון.

בפסק-דין משנת 1943 בעניין *West Virginia State Board of Education v. Barnette* קבע בית-המשפט העליון של ארצות-הברית כי המדינה אינה רשאית לכפות על ילד, החבר בכת "עדי יהוה", להצדיע לדגל האמריקני בבית ספר הציבורי. בית-המשפט חיזק את עקרון האוטונומיה של הביטוי בקביעתו שאין לכפות ביטוי³⁵. הזכות המוסרית לשלמות היצירה מגנה על אותו עיקרון של החלת איסור על עיוות ביטוי של אדם, כי הדבר כופה עליו ביטוי ללא הסכמתו.

פסקי-דין נוספים של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית תומכים בעיקרון זה. בעניין *Cohen v. California* תמך בית-המשפט בזכותו של אדם לבחור את הצורה והתוכן

(M.J. Meyer, W.A. Parent eds., 1992) 189; F. Schauer *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), 65

31 ראו עניין קול העם (לעיל, הערה 1), עמ' 878. בית-המשפט התייחס שם לטיפוח ולפיתוח האדם לטובתו, אך הדגיש כי חופש הביטוי אינו "רק אמצעי ומכשיר כי אם גם מטרה בפני עצמה"; שם. בעניין "האוטונומיה של הרצון הפרטי" ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"מ מו(2) 464, 533.

32 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 680. ראו גם בג"ץ 806/88 *Universal City Studios Inc.* המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (מחופש הביטוי "...צומחת, בין היתר, חירות היצירה האמנותית בתחום הספרותי ובתחום החזותי לצורתיו", שם, עמ' 27).

33 *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.* [2001] E.W.C.A. Civ. 1142, [2002] Ch. 149, § 31

34 *Jersild v. Denmark*, Series A No. 298 (1995) 19 E.H.R.R. 1, 26 § 31

35 319 U.S. 624, 631, 633-634 (1943)

לביטוי רעיונותיו³⁶. בעניין *Wooley v. Maynard* תמך בית-המשפט בזכותו של אדם להימנע מתליית לוחית רישוי ברכבו שכללה את סיסמת המדינה "Live Free or Die", על בסיס ההכרה בזכותו שלא לשאת מסר בניגוד לרצונו³⁷. פסקי-דין בעניין ביטוי בבתי ספר קובעים עיקרון דומה: בית ספר אינו חייב לתת במה לדובר המציג בצורה מעוותת את עמדתו של בית הספר³⁸. ניתן לראות את אותו עיקרון גם בפסקי-דין בנוגע למרכזי קניות, כגון בעניין *PruneYard Shopping Center v. Robins*³⁹. כאמור, העיקרון של אי-עיוות ביטוי של בן אדם בדוקטרינת חופש הביטוי משקף את אותו עיקרון המונח בבסיסה של הזכות המוסרית לשלמות היצירה.

בפסק-הדין בעניין *Hurley and S. Boston Allied War Veterans Council v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*⁴⁰ אישר בית-המשפט העליון האמריקני, פה אחד, את העיקרון שלפיו הגנת חופש הביטוי מחייבת מניעה של עיוות הביטוי. בית-המשפט תמך בהחלטתם של מארגני מצעד ה-St. Patrick's Day Parade בבוסטון למנוע את שיתופם של קבוצת אירים הומוסקסואלים במצעד. בהתאם לעיקרון בדבר אוטונומיית הביטוי בדוקטרינת חופש הביטוי, בדומה לזכות המוסרית לשלמות היצירה, יש להגן על אדם מפני עיוות ביטויו: "[U]nder the First Amendment... a speaker has the autonomy to choose the content of his own message"⁴¹.

יש לציין את מורכבותו של פסק-הדין זה מכמה היבטים. ראשית, חסר בפסק-הדין דיון בנוגע לאפשרות כי ההתנגדות של מארגני המצעד נבעה מהזהות ההומוסקסואלית של המשיבים ולא מהביטוי שלהם⁴². בית-המשפט לא הבחין בזכות לשוויון של הצדדים באופן רחב. שנית, ארגון ההומוסקסואלים טען כי הזכות שלהם לשוויון ולמניעת הפליה גוברת על הזכות של מארגני המצעד לחופש ביטוי – טענה שנדחתה על-ידי בית-המשפט. אילו טענו המשיבים כי חופש הביטוי שלהם עומד מול חופש הביטוי של מארגני המצעד, היה בית-

- 36 403 U.S. 15 (1971), מצוטט ב-Netanel (לעיל, הערה 14), עמ' 413.
- 37 430 U.S. 705, 717 (1977). ראו גם *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).
- 38 *Rosenberger v. Rector and Visitors of University of Virginia*, 515 U.S. 819, 833 (1995); *Hazelwood School District v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988); *Downs v. Los Angeles Unified School District*, 228 F. 3d 1003 (2000).
- 39 447 U.S. 74 (1980). בנוגע לדוקטרינת פורום ציבורי. ראו שם, וכן להלן, הערה 162. ראו גם א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), 141.
- 40 515 U.S. 557 (1995).
- 41 שם, עמ' 573. ראו גם שם, עמ' 574 ("principle of autonomy to control one's own speech"), ועמ' 576 ("the speaker's right to autonomy over the message"). פסק-הדין מקנה לדובר מונופול על דרך הצגת המסר ולא על הבנת המשמעות של המסר; ראו להלן, הערה 161.
- 42 להשוואה ראו דעת המיעוט ב-*Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

המשפט נדרש לשאלת האיזון הראוי בין אוטונומיית הביטוי של שני הצדדים⁴³. בהמשך אדון באיזון הראוי במקרה של קונפליקט בין חופש הביטוי של הצדדים בתביעת הזכות המוסרית לשלמות היצירה.

בעיה נוספת בפסק-הדין Hurley נוגעת להכרעה של הערכאה הנמוכה יותר, אשר התקבלה על-ידי בית-המשפט העליון, ולפיה המצעד ברחובות העיר היה מצעד פרטי. אילו נחשב המצעד לביטוי בפורום ציבורי, הייתה טענת המשיבים מקבלת גוון אחר, שהרי לחופש הביטוי בפורום ציבורי ניתנת הגנה חזקה. פסק-הדין PruneYard שהוזכר לעיל, חיזק את העיקרון בדבר חופש הביטוי בפורום ציבורי, ובכלל זה פורום בבעלות פרטית המתפקד בפועל כפורום ציבורי. להלן אטען כי הגנה מתביעת הזכות המוסרית לשלמות היצירה, לשינויים ביצירות אשר מהוות בעצמן פורום ציבורי, נחוצה לחופש הביטוי.

פסק-הדין בעניין Hurley תומך בעיקרון של הזכות המוסרית לשלמות היצירה למניעת עיוות אף בביטוי של גוף פרטי. פסק-הדין קבע כי יש להגן על הזכות לחופש הביטוי לא רק במקרים שבהם אדם פרטי תובע את הממשלה בשל הגבלת ביטויו. הזכות לחופש ביטוי, כולל העיקרון למניעת עיוות בביטוי, חלה גם במקרים שבהם גוף פרטי מונע ביטויו של גוף פרטי אחר או מעוות אותו. הגישה כי העיקרון של חופש הביטוי חל גם בין בני אדם פרטיים באה לידי ביטוי גם במשפט האירופי⁴⁴ ובחקיקה בנושא זכויות אדם באנגליה (Human Rights Act)⁴⁵. בארצות-הברית דיני לשון הרע משקפים יישום אופקי של עקרונות חופש הביטוי בין בני אדם פרטיים⁴⁶. חוקרים רבים מציעים ליישם את עקרונות חופש הביטוי בהקשרים פרטיים נוספים⁴⁷, כולל בתחום של זכות יוצרים⁴⁸. לטענתי, ניתן להמשיג

43 ראו עניין Hurley and S. Boston Allied War Veterans Council (לעיל, הערה 40), עמ' 566.

44 Appleby v. United Kingdom (2003) 37 E.H.R.R. 38 (Art. 10); Plattform "Atrzte für des Leben" v. Austria, Series A No. 139 (1988) 13 E.H.R.R. 204, § 38 (Art. 11(1)); D. Feldman Public Law (2004), 7.152, 7.154, 9.02.

45 J. Fleming "Libel and Constitutional Free Speech" Essays for Patrick Atiyah (P. Cane, J. Human Rights Act, Stapleton eds., 1991) 333, 334. בעניין ה-horizontal impact של ה-Human Rights Act, ראו Feldman, שם, 19.61. לדוגמה ראו Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd. [2004] U.K.H.L. 22.

46 E. Barendt "Copyright and Free Speech Theory" Copyright and Free Speech (J. Griffiths, U. Suthersanen eds., 2005) 11, 2.04, 2.32-2.34.

47 גישת ה-laissez-faire בתחום של חופש הביטוי מנוגדת לנסיגה ממושג זה בתחומים משפטיים אחרים. ראו O.M. Fiss "Free Speech and Social Structure" 71 Iowa L. Rev. (1986) 1405; M.J. Radin Contested Commodities (1996) 166.

48 ראו לדוגמה עניין Ashdown v. Telegraph Group (לעיל, הערה 33). ראו גם F. Macmillan "Commodification and Cultural Ownership" Copyright and Free Speech (J. Griffiths, U. Barendt ; Suthersanen eds., 2005) 35, 3.03, 3.05-3.07 § 2.04, (לעיל, הערה 46).

את דוקטרינת הזכות המוסרית לשלמות היצירה כיישום של העיקרון בדבר חופש הביטוי בכל הנוגע לאי-עיוותו של ביטוי בסכסוכים בין בני אדם פרטיים.

בפסק-דין שניתן לאחרונה בפרשת *Pleasant Grove v. Summum*⁴⁹ שב בית-המשפט העליון וחיזק פה אחד את העיקרון כי יש לדובר זכות לבחור את הביטוי שברצונו לבטא. בית-המשפט הסתמך על הדוקטרינה החדשה בשם ה-*government speech doctrine*. במקרה זה היו שני דוברים – העירייה והקבוצה הדתית שרצתה להקים פסל בפארק על יד פסל בנושא עשרת הדיברות שהיה מוצב שם⁵⁰. בית-המשפט העדיף את זכותה של העירייה, שהייתה הבעלים של הפורום. בית-המשפט קבע כי אין להכריח את העירייה לבטא את ביטויים של *Summum* נגד רצונה. לדעתי חסרה בפסק-הדין התייחסות לנושא השוויון. בית-המשפט הגן על חופש הביטוי של גוף ממשלתי חזק, תוך הגבלת הביטוי של גוף מינורי. השופט סטיבנס אכן כתב כי אף שחופש הביטוי של ה-*Summum* אינו מוגבל על-ידי חופש הביטוי של העירייה במקרה הזה, גופים ממשלתיים מוגבלים מכוחן של דוקטרינות אחרות, כגון הזכות לשוויון: *“government speakers are bound by the Constitution’s... Equal Protection Clause”*⁵¹. למרות מורכבות זו ניתן לראות בפסק-הדין תמיכה בעיקרון האוטונומיה של הביטוי. להלן אדון באיזון הראוי בין זכויות לחופש ביטוי⁵².

(ב) ההיבט הפילוסופי

דיון במקורות הפילוסופיים של מושג האוטונומיה מצביע אף הוא על חיוניות ההגנה על הדובר מפני עיוות של ביטוי ומפני כפייה לביטוי שאינו מבחירתו. הדיון במושג האוטונומיה מוביל לתאוריה המוסרית של עמנואל קאנט. לפי קאנט, אוטונומיה היא שלטון

N.W. Netanel “Copyright and the First Amendment: What Eldred Misses – ; 2.34-2.32 And Portends” *Copyright and Free Speech* (J. Griffiths, U. Suthersanen eds., 2005) 127, § 6.08

--- 555 U.S., 129 S. Ct. 1125 (2009) 49

למענת *Summum*, הפארק הוא פורום ציבורי ולכן ביטויים בו אמור להיות חופשי ומוגן. בית-המשפט קבע כי דוקטרינת הפורום הציבורי אינה רלוונטית למקרה זה משום שהפארק הוא פורום פתוח לסוגי ביטוי רחבים, אך לא להצבת אנדרטאות קבועות מאת כל דובר. על-פי הכרעת בית-המשפט, הפארק מיועד לשימושים רבים, כולל ספורט ופעילויות פנאי. אם תחויב העירייה לפתוח את הפארק לכל ביטוי כגון הצבת אנדרטה קבועה מאת כל דובר, חובה זו תמנע את הפעילויות הללו להתקיים; שם.

Stevens, J., שם. 51

פסק-הדין *Pleasant Grove*, שם, גם מכיר בכך שמשמעותו של פסל עלולה להשתנות עם הזמן ותומך בפתיחות של משמעותו של ביטוי. 52

עצמי⁵³. מהיכולת של אדם לחקוק כללים להתנהגותו (self-legislation) נובעת היכולת שלו להגדיר את ייעודיו (self-determination)⁵⁴. כפי שאראה להלן, כבוד האדם מבוסס אף הוא על האוטונומיה של האדם⁵⁵. קאנט התייחס במפורש להגדרת תכליתו של אדם, המשתקפת בין היתר ביכולתו לביטוי ולתקשורת⁵⁶. לכן, תקשורת של אדם על-ידי הבעת מחשבותיו היא זכות אינהרנטית⁵⁷. המושג הקאנטיאני של האוטונומיה מבסס את חופש הביטוי⁵⁸. מכך נובעת ההגנה הנדרשת ליצירה. במאמרו "On the wrongfulness of unauthorized publication of books" כתב קאנט כי ספר מבטא את הביטוי של הסופר ובאמצעותו מתבצעת התקשורת בינו לבין הקורא⁵⁹. ספר מייצג שיח בין הסופר לציבור⁶⁰. לסופר יש זכות אישית לביטוי⁶¹ (ולאו דווקא זכות לאישיותו, כפי שיוסבר להלן). על-פי קאנט, פרסום בשמו של הסופר ללא קבלת רשותו מפרה את רצון הסופר⁶², ולכן אוטונומיית הביטוי של הסופר מחייבת להעניק הגנה לסופר ולסוכנו, המוציא לאור, מפרסום הספר ללא

- על-פי קאנט, בהסתמך על ההיגיון אדם יכול להחליט ולקבוע את הכללים שמנחים את פעולותיו לפי הכללים הראויים האוניברסליים. I. Kant "Groundwork of the Metaphysics of Morals" *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant, Practical Philosophy* (M.J. Gregor ed. & trans., 1996) (1785), § 4:435-36.
- I. Kant *Critique of Pure Reason* A534/B562 (P. Guyer, A. Wood eds. & trans., 1998) (1781) (N.K. Smith trans., 1929); C. Taylor "Kant's Theory of Freedom" *Conceptions of Liberty in Political Philosophy* (Z.A. Pelczynski, J. Gray eds., 1984) 100, 108.
- קאנט כתב שאוטונומיה מבססת את כבוד האדם: "autonomy grounds dignity"; Kant "Groundwork" (לעיל, הערה 53), § 4:436. ראו להלן, הערות 91, 171.
- I. Kant "The Metaphysics of Morals" *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant, Practical Philosophy* (M.J. Gregor ed. & trans., 1996) (1785), § 6:429-430 (להלן "Metaphysics of Morals" – שם, § 6:238).
- J. Christman "Constructing the Inner Citadel: Recent Work on the Concept of Autonomy" 99 *Ethics* (1988) 109, 115; C. Taylor *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (1989), 368. פרופ' אונורה אוניל מתנגדת לייחוס התאוריה של קאנט לחופש הביטוי. ראו O'Neill *Autonomy and Trust in Bioethics* (2002), 83; O'Neill "Autonomy: The Emperor's New Clothes" 77 *Proceedings of the Aristotelian Society* (2003) 1. אני מודה לפרופ' אוניל על שיחות שקיימה אתי בעניין זה. אך דומני כי הקשר הזה קיים בתאוריה של קאנט עצמו וכן לאורך ההתפתחות הפילוסופית. K. Treiger-Bar-Am "In Defense of Autonomy: An Ethic of Care" 3 *N.Y.U. J. L. & Lib.* (2008) 548.
- I. Kant "On the Wrongfulness of the Unauthorized Publication of Books" *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant, Practical Philosophy* (M.J. Gregor ed. & trans., 1996) (1785), § 8:80 (להלן "Unauthorized Publication" – שם, § 8:239).
- Kant "Metaphysics of Morals" (לעיל, הערה 56), § 6:239.
- Kant "Unauthorized Publication" (לעיל, הערה 59), § 8:86 (*ius personalissimum*).
- שם, § 8:80, 8:87.

רשותו. קאנט ביקר מוציאים לאור המפיצים סילוף של יצירה⁶³, שהרי גם עיוות של ביטוי הוא למעשה כפיית ביטוי על אדם כנגד רצונו⁶⁴. גישה זו תומכת ישירות בזכות המוסרית לשלמות היצירה⁶⁵.

יש לציין כי השימוש כאן בתאוריה של קאנט אינו נעשה כדי להצדיק את הזכות אלא כדי לפרש אותה⁶⁶. כמו כן, אין בכוונתי להצדיק מחדש את המושג הבסיסי הקאנטיאני של אוטונומיה, דבר שנעשה זה מכבר. התאוריה שהציג קאנט מבססת מושג של אוטונומיה שהוא מרכזי בחברה שלנו. יש לו השפעה רחבה בפילוסופיה⁶⁷, בתאוריה הפוליטית⁶⁸ וכן בהתפתחות מושג החירות כמושג חיוני בתרבות המערבית⁶⁹. בעולם המשפט יש התייחסות למושג הקאנטיאני בקשר לזכויות בכלל ובקשר לחופש הביטוי בפרט⁷⁰. אף אם טעה קאנט בטענתו כי כל אדם נהנה מאוטונומיה ומחופש רצון, אנו חיים לפי טענה זו ומניחים כי חופש כאמור אכן קיים⁷¹.

3. אפיון הזכות כהגנה על אישיותו של היוצר והבעיות הכרוכות בכך

על-פי אפיון נפוץ, הזכות המוסרית לשלמות היצירה נחשבת כהגנה על אישיות היוצר. חוקרים רבים מייחסים את הזכות להגנת האישיות של היוצר⁷². גם הזכות המוסרית להורדת

- I. Kant *Essays and Treatises on Moral, Political, and Various Philosophical Subjects* 63
(W. Richardson ed. & trans., 1993) (1798), 236.
- קאנט פיתח את העיקרון בדבר אי-עיוות הביטוי גם דרך ניתוחו של מושג השקר: שקר מביע 64
עיוות במחשבותיו של המשקר ומהווה הפרה של החובה האתית הקיימת בין אדם לעצמו, לפי
הדוקטרינה של יושר; "Groundwork" Kant (לעיל, הערה 53), § 4: 429-4: 443.
- Kim Treiger-Bar-Am של קאנט באשר לדוקטרינה של זכויות יוצרים ראו 65
"Kant on Copyright: Rights of Transformative Authorship" 25(3) *Cardozo Arts and Ent.*
.L.J. (2008) 1059, 1093-5.
- ראו להלן, הערה 140. 66
- I. Berlin *Two Concepts of Liberty* (1958), 138; R.S. Dillon "Introduction" 67
Dignity, Character and Self-respect (R.S. Dillon ed., 1995) 14; G. Dworkin *Theory and*
Practice of Autonomy (1988).
- Taylor (לעיל, הערה 54), עמ' 109. 68
- L.M. Friedman *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture* ; עמ' 100 69
(1990), 35.
- C.E. Wells "Reinvigorating Autonomy: Freedom and Responsibility in the Supreme 70
Court's First Amendment Jurisprudence" 32 *Harv. Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.*
(1997) 159; R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (1978), 198-9; J.L. Coleman, J.G.
Murphy *The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* (1984), 86-101.
- Fallon (לעיל, הערה 30). 71
- R.R. Kwall "Preserving Personality and Reputational Interests of Constructed Personas 72
through Moral Rights: A Blueprint for the Twenty-First Century" *U. Ill. L. Rev.* (2001)

(קרדיט) מתוארת לפי גישה זו⁷³. אף בדוקטרינה בדבר חופש הביטוי, האוטונומיה מתוארת לעתים כזכות לטיפוח האישיות; כך, למשל, נטען בעניין קול העם⁷⁴. ניתן להצביע על כמה בעיות שאפיון זה מציב. דומני כי אפיון הזכות כחופש ביטוי נותן מענה הולם לבעיות אלה. ראשית, תאוריית האישיות מייחסת את הזכות המוסרית לזכות המגנה על הדמות הציבורית – הפרסונה (persona) – של היוצר⁷⁵. הפרסונה של אדם ממוקמת אצל אחרים בחברה והינה חיצונית לאדם עצמו⁷⁶. נכון כי הדמות הציבורית של היוצר היא "שלו" וטיבה חשוב ליוצר. כפי שבית-המשפט כתב בעניין אבנרי נ' שפירא, "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר"⁷⁷. נכון גם כי האדם עצמו תורם רבות ליצירת הדמות הציבורית שלו. ניתן לראות את הפרסונה בתור הדמות שנוצרה בדיאלוג בין האדם לציבור⁷⁸. אולם למרות שני האלמנטים האלה, המצביעים על הקשר החזק בין האדם לדמות הציבורית שלו, דמותו של היוצר כפי שהיא נתפסת בציבור היא מחוץ לאדם עצמו. בניגוד לחיצוניות זו, הזכות המוסרית לשלמות היצירה אמורה להגן על אלמנט פנימי ואינהרנטי ליוצר.

בדומה להיבט החיצוני, אפיון נוסף מתאר את הזכות כהגנה לשם הטוב של היוצר. הרקע לאפיון זה הוא פשרה בינלאומית שהושגה בעת קביעתו של סעיף 6bis לאמנת ברן. בדיונים שהתקיימו בנושא סעיף 6bis לאמנה, בכנס שנערך ברומא בשנת 1928, הציגו מדינות קונטיננטליות בעלות מסורות של זכויות מוסריות להגדיר את טיב הזכות באמצעות מונחים

- 151; ג' פסח "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרונות חופש הביטוי" ספר ויסמן: מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (ש' לרנר, ד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 461, 463-556; ראו להלן, הערה 106. בהתייחסות לחוק החדש ראו ח' דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (מ' בירנהק, ג' פסח עורכים, תשס"ט) 39, 64; מ' בירנהק "קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה", שם, עמ' 83, 99; ט' גרינמן "הזכות המוסרית – Moral Rights ל-Droit Moral", שם, עמ' 439.
- 73 ראו ת"א 513/94 מגדלי מרכז השלום בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, נה(3) 385 (להלן – עניין מגדלי מרכז השלום); ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (להלן – עניין Eisenman). בנוגע לזכות להורות, ראו לעיל, הערה 14 ולהלן, הערה 231.
- 74 ראו עניין קול העם (לעיל, הערה 1), עמ' 878 ("לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות: לטפח ולפתח... את האני שבו..."), וראו לעיל, הערה 31.
- 75 Kwall (לעיל, הערה 72); Netanel (לעיל, הערה 14), עמ' 403.
- 76 R.C. Post "Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation" 41 Case W. Res. (1991) 647.
- 77 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 856. ראו גם W. Shakespeare *Othello*, III (iii) 157-61, Iago ("Who steals my purse steals trash... But he that flinches from me my good name... makes me poor indeed").
- 78 תודה למיכאל בירנהק על הערתו בעניין זה.

כמו "איש", "ספיריטואלי", "מוסרי", "מנטלי" או "אינטלקטואלי"⁷⁹. מדינות המשפט המקובל ובראשן אנגליה התנגדו לביטויים אלו, בשל היותם ביטויים עמומים וסובייקטיביים, לטענתם. האנגלים הציעו שימוש בביטוי "כבוד או שם טוב", מפני שביטויים אלו מוכרים בחוק האנגלי. זה הביטוי שאומץ כפשרה כדי לאפשר לאנגלים לעמוד בהתחייבותיהם על-פי האמנה בהתאם לחוקים האנגליים בנושא לשון הרע וגנבת עין, וללא צורך בחקיקת חוק חדש במערכת המשפט האנגלי (לטענת האנגלים). עד היום, מקורות רבים באנגליה מייחסים את הזכות לשלמות היצירה להגנה על שמו הטוב של היוצר⁸⁰. גם באירלנד⁸¹ ובניו יורק⁸² החוק מציין הגנה על השם הטוב של היוצר בלבד ואינו מתייחס במפורש לכבודו. לטענתי, אין להתייחס למשמעות החיצונית של הזכות בלבד ולהתעלם מההיבט הפנימי שלה⁸³.

בישראל, בתי-המשפט אכן מזכירים את הכבוד של היוצר בהתייחסותם לזכות המוסרית⁸⁴. למושג "כבוד האדם" בישראל יש כמה משמעויות: כבוד פנימי (dignity)

- Ricketson (לעיל, הערה 17), 100-8.93. 79
- Pasterfield v. Denham* [1999] F.S.R. 168, 181; *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum* [1995] 39 I.P.R. 501 (Ch); *Confetti Records v. Warner Music UK Ltd.* [2003] E.C.D.R. 31; *The Modern Law of Copyright and Designs* (H. Laddie, P. Prescott, M. Vitoria, A. Speck, L. Lane eds, 3rd ed., 2000), 27.18; *Copinger and Skone James on Copyright* (K.M. Garnett, G. Davies, G. Harbottle, W.A. Copinger, E.P. Skone James eds., vol. 1, 15th ed., 2005), 11-43; W.R. Cornish, D. Llewelyn *Intellectual Property: Vaver; Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (5th ed., 2003), 11-75, 11-81 (לעיל, הערה 18), עמ' 288, 284. גישה זו אינה היחידה; ראו *Morrison Leahy Music Ltd. v. Lightbond Ltd.* [1993] E.M.L.R. 144. 80
- Irish Copyright and Related Rights Act 2000, § 109(1). 81
- New York Arts and Cultural Affairs Law, § 14.03 (McKinney's) בעניין VARA ראו גם *Carter v. Helmsley-Spear, Ltd.*, 71 F. 3d 77, 83 (2d Cir. 1995), cert. denied 517 U.S. House Report ; 1208 (לעיל, הערה 18) עמ' 625-6. 82
- בעיה נוספת באפיון הזכות כהגנה לשם הטוב היא שהבנה זו של הזכות תדרוש מבית-המשפט לקבוע אם השינוי השפיע לרעה על אסתטיות היצירה ולכן על שמו הטוב של היוצר; ראו להלן, הערות 179-180, 224. ראו טענת התובע בפסק-הדין האנגלי *Pasterfield v. Denham* (לעיל, הערה 80), עמ' 180; החלטת ה-Copyright Tribunal באנגליה בעניין *British Phonographic Ind. Ltd. v Mechanical-Copyright Protection Society Ltd.* (no. 2), *Schott Musik International v Copyright Tribunal*, 1 Nov 1991, 108 *GMBH & Co. v. Colossal Records of Australia Pty Ltd.*, 145 A.L.R. 483 (Fed. Ct. Aust. 1997); ובאיטליה בעניין *Corte Di Farinelli and BMG Ariola v. Saatchi*, no. 5388/1998, Corte Di Cassazione, Rome [2000] E.C.D.R. 309, 311, 317 (לעיל, הערה 15), עמ' 567. 83
- בהוצאת צווי מניעה, ראו Roeder (לעיל, הערה 15), עמ' 567. 84
- ראו לדוגמה רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 630, 625; עניין טאו (לעיל, הערה 3), עמ' 109.

וכבוד חיצוני (honor) כמו סטטוס ושם טוב. הן השופט ברק והן אורית קמיר ניתחו את המשמעויות הללו של המושג כבוד (honor ו־dignity) במשפט הישראלי⁸⁵. הכבוד הפנימי – dignity – מצביע על הערך הפנימי והאבסולוטי של האדם⁸⁶. דומני כי בהקשר של הזכות המוסרית לשלמות היצירה, המשמעות הרלוונטית של הביטוי "כבוד" בחוק היא המושג הקאנטיאני הפנימי של כבוד (dignity). במילותיו של השופט ברק, המושג של כבוד האדם "פותח בעיקר על ידי קאנט... [ודרכו] עבר לתחום המשפט המודרני"⁸⁷. על-פי קאנט, אוטונומיה מבססת כבוד: "autonomy grounds dignity"⁸⁸. השופט ברק אכן ציין כי "ביסוד כבוד האדם מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי"⁸⁹. הזכות המוסרית לשלמות היצירה מגנה על האוטונומיה של היוצר ולכן על כבודו. הקשר בין הזכות המוסרית לכבוד האדם הוכר בעניין דורפמן נ' YNET – ידיעות תקשורת בע"מ⁹⁰ ובעניין רוטבליט נ' ברמג לייף בע"מ⁹¹, וכן באמנה הבין-לאומית לזכויות אדם⁹². כבודו של היוצר מגיע לידי ביטוי בסעיף 46 לחוק, שבו אדון בהמשך⁹³.

שנית, באפיון הזכות לשלמות היצירה כזכות המגנה על אישיותו של היוצר יש אלמנט עמום. הזכות המוסרית אמורה להגן על הקשר העמוק בין היוצר ליצירתו⁹⁴ – קשר המתואר

85 ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 137-139; א' ברק "כבוד אדם כזכות חוקתית" מבחר כתבים (ח' כהן, י' זמיר עורכים, כרך א, תש"ס) 417; א' קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004) (חברות הדרת-כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), כבוד מחיה (respect), והילת כבוד (glory)). ראו גם J. Pitt-Rivers "Honour and Social Status" *Honour and* (1965) (J.G. Peristiany ed., *Shame: The Values of Mediterranean Society*). בעניין התפתחות המושג "כבוד" במקורות היהודיים ראו Y. Englund "Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework" 21 *Cardozo L. Rev.* (2000) 1903.

86 Kant "Metaphysics of Morals" (לעיל, הערה 56), § 435:6.

87 ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 137.

88 Kant "Groundwork" (לעיל, הערה 53), § 4:436-4:435.

89 ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 137-138. ראו גם ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נגד (4) 526, 570 (השופט ת' אור).

90 ת"א 75851/04 (שלום ת"א) דורפמן נ' YNET – ידיעות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 11.5.06) (בעניין הזכות להורות).

91 ת"א (שלום, כ"ס) 2445/04 רוטבליט נ' ברמג לייף בע"מ (פורסם בנבו, 14.08.05), צוטט בעניין דורפמן, שם, פסקה 19 לפסק הדין (בעניין הזכות להורות).

92 ראו לעיל, הערה 9.

93 ראו להלן, הערות 170-172; Treiger-Bar-Am (לעיל, הערה 65), עמ' 1093-1095; L.K. Treiger-Bar-Am *A Right of Autonomy in Expression: Section 80 of the Copyright, Designs, and Patents Act (1988)* (D.Phil. thesis, University of Oxford, 2006).

94 פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 546 (קשר אישי).

כ"אינטימי" ו"מיסטי"⁹⁵. גם בעניין הזכות המוסרית להורות, תיאורי הזכות כהגנה על אישיות היוצר הם מעורפלים. כך, למשל, בעניין הזכות של הארכיטקט אלי עטיה בבניית מגדלי השלום בעזריאלי התייחס בית-המשפט ל"רוחו" של הארכיטקט⁹⁶, בדומה להתייחסות בעניין מגילות ים המלח בפרשת Eisenman נ' קימרון⁹⁷. דומני כי החוק ומערכת המשפט כולה אינם באים להגן על אלמנט כה פרטי, סובייקטיבי ומעורפל של האישיות. לעומת זאת אוטונומיה של ביטוי היא פנימית וחיזונית גם יחד. ביטוי הוא אינהרנטי לבן האדם⁹⁸, ויוצא החוצה בתקשורת בין אדם לחברו. ביטוי אינו מושג מעורפל במשפט; זהו מושג ידוע ומקובל. כמו הביטוי, גם הכבוד ניתן להערכה אובייקטיבית, כפי שיוסבר להלן.

שלישית, אפיון הזכות כהגנה על אישיות היוצר מבוסס על התאוריה כי היוצר מגלם את אישיותו ביצירתו. לפיכך ניתן לראות את אישיותו ביצירה: היצירה משקפת את אישיות היוצר. הרעיון כי האמן מכניס את אישיותו ליצירתו הוא מושג רומנטי⁹⁹ הסופג כיום ביקורת פוסט-מודרנית¹⁰⁰. יצירות אמנם אינה תואמת את התאוריה הזו; אמנים רבים מבהירים כי יצירותיהם אינן משקפות את אישיותם. הסופר אליוט (T.S. Eliot) כתב כי שיר אינו מבטא אישיות אלא מהווה בריחה ממנה¹⁰¹.

- 95 ראו DaSilva (לעיל, הערה 13), עמ' 53; Vaver (לעיל, הערה 18), עמ' 286. כן ראו לעיל, הערות 17, 79.
- 96 עניין מגדלי מרכז השלום (לעיל, הערה 73), עמ' 360. בית-המשפט בעניין טאו גם התייחס לרוחו של היוצר, שם הארכיטקט. ראו עניין טאו (לעיל, הערה 3), עמ' 109.
- 97 עניין Eisenman (לעיל, הערה 73).
- 98 ביטוי של אדם מושפע גם מתרבות חיזונית; ראו להלן, הערה 232. לטענה כי יצירה אינה מקורית ליוצר בלבד אלא מושפעת מסביבתו ראו L.K. Treiger-Bar-Am "Adaptations with Integrity" *Copyright and Other Fairy Tales: Hans Christian Andersen and the Commodification of Copyright* (H. Porsdam ed., 2006) 61.
- 99 M.C. Beardsley *Aesthetics from Classical Greece to the Present: A Short History* (1966), 247-251. גרינמן משתמש במושג הרומנטי שאישיותו של אומן "טבועה ביצירה". ראו גרינמן (לעיל, הערה 72), עמ' 473, 476, 478.
- 100 M. Woodmansee, P. Jaszi (eds.) *The Construction of Authorship* (1994); M. Foucault "What is an Author?" *Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism* (J.V. Harari ed., 1979). כן ראו לעיל, הערה 26. דומני כי נקודת הסיום של ביקורות אלו – דהיינו הדיקונסטרוקציה של ה"אני" – אינה מתואמת עם התפתחות הפילוסופיה של מושג האוטונומיה. ראו R.C. Solomon *A History of Western Philosophy since 1750: The Rise and Fall of the Self* (1988) and L.K. Treiger-Bar-Am "The Moral Right of Integrity: and Fall of the Self" *New Directions in Copyright* (F. Macmillan ed., vol. 2, 2006) 127.
- 101 J. Hughes "The Personality Interest of Artists and Inventors in Intellectual Property" 16 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* (1998) 81, 112. ראו Geller (לעיל, הערה 24), עמ' 180.

נוסף על כך, החוק אינו משקף תאוריה זו. דיני הזכויות המוסריות וכלל זכויות היוצרים אינם דורשים או מתנים את ההגנה בהוכחת חותמת של אישיות היוצר ביצירתו (imprimatur)¹⁰². אף בצרפת הדרישה המסורתית כי יצירה תשקף את חותמת האישיות של היוצר נסוגה, והחוק מעדיף התייחסות לאינדוידואליות ולבחירת היוצר ולא לאישיותו¹⁰³. לבסוף, עולות בעיות מכך שאפיון הזכות כהגנה על אישיותו של היוצר הוא קנייני. לפי תאוריית האישיות בקניין של רידין (Radin), האדם מחצין את אישיותו לאובייקט קנייני מסוים, כגון טבעת נישואים או בית מגורים – ולשם כך מפנים את אישיותו לתוך אובייקט זה¹⁰⁴. רידין הזכירה את התאוריה של הגל: לפי הגל, אדם זקוק להחצנת אישיותו בקניין (externalization)¹⁰⁵. נמצא אפוא כי היוצר מטביע את אישיותו ביצירתו, המהווה את התגשמותו והתגלמותו של היוצר בעולם¹⁰⁶. נתנאל ייחס במפורש את התאוריה בקניין של רידין לזכות המוסרית לשלמות היצירה¹⁰⁷. כמו כן, יש אלמנט קנייני באפיון הזכות

- J. Litman "The Public Domain" 39 *Emory L.J.* ; עמ' 343, Hughes (לעיל, הערה 25), עמ' 343 (1990) 965, 1010; N. Walravens "The Concept of Originality and Contemporary Art" *Dear Images: Art, Copyright and Culture* (D. McClean, K. Schubert eds., 2002), 171-193. M.C. Beardsley *Aesthetics: Problems in the Philosophy of Criticism* (2nd ed., 1981), 326; G. Dickie *Introduction to Aesthetics: an Analytic Approach* (1997), 120
- 102 כדי להוות יצירה מקורית (סעיף 1(א) לחוק הישראלי החדש) נדרשת רמה מסוימת של יצירתיות, אך אין דרישה לחותמת האישיות של היוצר. ראו במשפט האמריקני *Hughes ; Publications, Inc v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991) (לעיל, הערה 101), עמ' 120, הערות 148-149; Geller ; (לעיל, הערה 24), עמ' 172. להצעה להתנות את ההגנה ברמה שבה מתבטאת אישיות היוצר ביצירתו ראו J.C. Ginsburg "Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Commercial Value" 90 *Colum. L.J.* (1990) 1865, 1870.
- B. Edelman "The Law's Eye: Nature and Copyright" *Of Authors and Origins* (B. Stromholm ; Sherman, A. Strowel eds., 1994) 83 (לעיל, הערה 11) עמ' 14-15.
- G.W.F. Hegel *Philosophy of Right* (T.M. Knox trans., 1967), § 72; H.A Reyburn *The Ethical Theory of Hegel: A Study of the Philosophy of Right* (1921), 138-9
- 106 ראו DaSilva (לעיל, הערה 13), עמ' 11 ("infusions"); Geller ; (לעיל, הערה 24), עמ' 178 ("emanation or) 8.93, Ricketson ; (לעיל, הערה 17), עמ' 578, 572, 557 ("projections into the) 578, 572, 557; Roeder ; (לעיל, הערה 15), עמ' 578, 572, 557 ("extensions of authors' selves") R. Sarraute "Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists under ; (world" French Law" 16 *Am. J. Comparative L.* (1968) 465, 466, 473; EU Council of the European Communities Directive 93/98/EEC (October 29, 1993), Article 9 ("a work is the reflection of the author's personality")
- E.J. Damich (לעיל, הערה 14), עמ' 363; Netanel ; (לעיל, הערה 23), עמ' 78. ראו גם E.J. Damich "The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights

המוסרית לשלמות היצירה כהגנה על השם הטוב של היוצר, שראינו לעיל; לפיו הזכות מגנה על המוניטין של היוצר¹⁰⁸.

אולם הזכות המוסרית לשלמות היצירה אינה זכות קניינית. הסטטוס של הזכות כזכות אישית או קניינית הוא נושא מורכב ולא ברור¹⁰⁹. יש גם הבחנה בין הדוקטרינה הגרמנית המוניסטית בדבר זכויות מחברים לבין הדוקטרינה הצרפתית הדואליסטית (*droit d'auteur*) המבוססת על זכות קניינית¹¹⁰. כאן הנקודה המשפטית העיקרית היא כי הזכות היא זכות אישית שאינה ניתנת למכירה¹¹¹, וכי אפשרות למכירה היא אלמנט מרכזי של זכות קניינית¹¹². גם ההגבלה של משך תקופת הזכות אינה מתאימה לזכות קניינית¹¹³.

הבעייתיות בהיבט הקנייני של תאוריית האישיות מתעוררת גם מהפן התאורטי. בין הביקורת שנמתחו על התאוריה של ריידין הייתה גם הטענה של הריס בדבר אי-הלימה של הגישה כי אדם הקשור מאוד למוצר או ליצירה, כמגלמים את אישיותו, יתבע זכות בקניין כדי למכור מוצר זה או יצירה זו¹¹⁴. הגל תמך במכירת יצירות של אדם להגשמת אישיותו, כולל יצירות ספרותיות והמצאות אחרות (ideational entities)¹¹⁵, אך ריידין ונתנאל התרחקו מגישה זו של הגל¹¹⁶. היוז גם נאבק עם מושג זה וניסה להראות כי הגל לא התכוון לכך¹¹⁷.

- 108 ראו ויסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 52, 55; פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 545.
- 109 Cornish & Llewelyn (לעיל, הערה 80), § 11-63 (proprietary right); *Copinger and Skone*; Netanel (לעיל, הערה 80), § 11-01 (personal right); *James on Copyright* (לעיל, הערה 23), עמ' 2; Roeder (לעיל, הערה 15), עמ' 564. ראו גם DaSilva (לעיל, הערה 13), עמ' 11: "[*Droit d'auteur*] is part of a larger debate over the meaning of 'property' and 'personality' rights in the Civil Law system" Hughes; (לעיל, הערה 25), עמ' 351; Netanel (לעיל, הערה 14), עמ' 382-370; Sarraute (לעיל, הערה 106).
- 110 ראו ויסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 55. הדוקטרינה המוניסטית מגרמניה מיוחסת לתאוריה של קאנט והדוקטרינה הדואליסטית מצרפת מיוחסת לתאוריה של הגל.
- 111 סעיף 45(ב) לחוק הישראלי החדש. ראו גם החוק האנגלי, סעיף 87.
- 112 A.M. Honore "Ownership" *Oxford Essays in Jurisprudence* (A.G. Guest ed., 1st ser., 1961) 107, 118-9.
- 113 Vaver (לעיל, הערה 18), עמ' 284, 286.
- 114 J.W. Harris *Property and Justice* (1996), 220.
- 115 Hegel (לעיל, הערה 105) § 43.
- 116 M.J. Radin "Market-Inalienability" 100; Netanel (1994) (לעיל, הערה 23), עמ' 23-19; *Harv. L. Rev.* (1987) 1849, 1894 n. 165.
- 117 Hughes (לעיל, הערה 25), עמ' 348.

לעומת התאוריה בדבר החצנת האישיות דרך מכירת היצירה ברצוני להציג את גישתו של הגל בנוגע לביטוי. לדעתי, תאוריה זו מתאימה יותר להבנת הזכות המוסרית כאוטונומיה של ביטוי. לפי הגל, פעולה יצירתית היא החצנת הרצון של היוצר בביטוי. הגל כתב כי הנפש (*Spirit*) מבטאת הישגים אינטלקטואליים מדעים ואמנותיים שבאמצעותם היא מקבלת קיום חיצוני¹¹⁸. אולם גם כאן התייחס הגל לחשיבות ההחצנה ולתפיסת היוצר על-ידי החברה. הגל טען כי כל אדם זקוק להכרה של האחר בביטויו¹¹⁹. לטענתו הכרה זו חיונית ואינטגרלית להחצנת הרצון¹²⁰. דומני כי עיקרה של הזכות המוסרית אינה להגן על הכרת היוצר אצל אחרים, כמו בהגנה על שמו הטוב, על המוניטין שלו או על דמותו בציבור; הזכות המוסרית מגנה על ביטויו והגנת ההכרה הציבורית עליו אינה האלמנט העיקרי. לכן אני חולקת על עמדתו של פסח, שלפיה אין להכיר בהפרת הזכות באם ה"יצירה הנוספת אינה מיוחסת [ליוצר הקודם]"¹²¹. גישתו של פסח אכן רואה את הזכות בתור הגנה חיצונית על השם הטוב של היוצר¹²².

רבים מייחסים את אפיון הזכות המוסרית לשלמות היצירה כהגנה על אישיות היוצר לפילוסופיה של קאנט¹²³. חוקרים רואים את השפעתה של התאוריה הקאנטיאנית באירופה על התפתחותה של הזכות המוסרית כזכות לאישיות¹²⁴, אך במערכת המשפטית הישראלית והאנגלו-אמריקנית ייחוס של תאוריית האישיות לזכות המוסרית אינו מתאים, כפי שהוסבר. ראינו שיש לזכות לאישיות אלמנט קנייני, וקאנט מתרחק מהבנת זכותו של המחבר כזכות קניינית (*in re*). קאנט ראה את הזכות כזכות אישית (*ius personalissimum*) לעומת זכות לאישיות. על-פי קאנט, אדם מבטא את מחשבותיו ואת עצמו כאינדיווידואל; ביטוי אנושי זה אינו ביטוי של אישיותו¹²⁵. לטענתי, תמיכתו של קאנט בזכויות מחברים תואמת יותר

Hegel (לעיל, הערה 105) § 43. 118

שם, § 55, 319. 119

G.W.F. Hegel *Phenomenology of Spirit* (A.V. Miller ; 51 § (105 הערה 105), 517 (1807) (1979) trans.). 120

פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 544. 121

שם. כן ראו להלן, הערה 154. 122

R.R. Kwall ; 10-9 עמ' (13 הערה 13), DaSilva ; 27-26 עמ' (107 הערה 107), Damich (לעיל, הערה 107), עמ' 27-26 ; "Author-Stories: Narrative's Implications for Moral Rights and Copyright's Joint Authorship Doctrine" 75 *S. Cal. L. Rev.* (2001) 1, 19; S. Teilmann "Framing the Law: The Right of Integrity in Britain" 27(1) *European Intellectual Property Review* (2005) 19 ; Netanel (לעיל, הערה 14), עמ' 375-374 (הן כהגנה על אישיות היוצר והן כהגנה על האוטונומיה שלו). 123

Stromholm (לעיל, הערה 11). 124

Geller (לעיל, הערה 24), עמ' 168. קאנט הבחין בין "mere psychological personality" לבין "moral personality": האוטונומיה משקפת את האישיות המוסרית. ראו Kant "Metaphysics of Morals" (לעיל, הערה 56), § 223, 6. על-פי קאנט, גאונות באמנות משתקפת לא באישיות 125

לחופש הביטוי מאשר לקניין. כפי שיוסבר להלן, קאנט אכן הגדיר עבודה ספרותית בתור פעולה של ביטוי וכשיח עם הציבור (*opera*)¹²⁶. הדוקטרינה בדבר זכויות יוצרים עברה משמירה על פעולת המחבר לשמירה על המוצר הקנייני, דרך ה-"Commodification of intangibles"¹²⁷. אני מצטרפת לקריאה להחזיר את המוקד של הבנת זכויות היוצרים ושל הזכות המוסרית לשמירה על פעולת היוצר, לעומת השמירה על המוצר כאובייקט. דומני כי הפעולה שהזכות המוסרית לשלמות היצירה מגנה עליה היא פעולת ביטוי. התאוריה של קאנט תומכת בגישה זו¹²⁸.

ג. אוטונומיית הביטוי של האחר

לעיל דנתי בזכויות הביטוי של היוצר. חלק זה דן בזכויות הביטוי של האחר: הזכויות של משנה היצירה וזכויות הציבור. נראה כי מבחינה משפטית, הן בדוקטרינה של זכויות יוצרים והן בדוקטרינה של חופש הביטוי החוק מכיר בזכויות של האחר ושל הציבור¹²⁹.

- אלא באינדיווידואליות. ראו J.C. Meredith ed., *Kant Critique of Judgment* (N. Walker ed., 2nd ed., 2007) (1781), § 5:313 (להלן – *Kant, Critique of Judgment*).
 126 קאנט הבחין בין העבודה הספרותית לבין הספר כאובייקט וככלי של שיח. ראו Kant "Unauthorized Publication" (לעיל, הערה 59), § 8:86; I. Kant "What is a Book?" בתוך Kant "Metaphysics of Morals" (לעיל, הערה 56), § 6:289-6:901. קאנט גם הבחין בין פעולת היצירה הספרותית כשיח לבין, לטענתו, אמנות ויזואלית כמוצר קנייני; Kant "Unauthorized Publication" (לעיל, הערה 59), § 8:86-8:85 (*opus*). כן ראו להלן, הערה 151.
 127 M. Rose "The Author in Court: *Pope v. Curl*" 10 *Cardozo Arts and Ent. L. Rev.* (1992) 492; B. Sherman, L. Bently *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience 1760-1911* (1999), 4, 47.
 128 A. Barron "Copyright Law and the כפוסט-מודרנית, ניתן לראות את גישתו של קאנט כפוסט-מודרנית, ניתן לראות את גישתו של קאנט שיצירה היא פעולה). לפי קאנט, השיח בין היוצר לציבור הוא שיח מתמשך; וראו להלן, הערה 146.
 129 N.W. Netanel "Copyright and a Democratic Civil Society" 106 *Yale L.J.* (1996) 283, 288 § 3.08; Macmillan; P. Goldstein "Copyright" *Law & Contemp. Probs.* (1992) 79, 80; D. Ladd "The Harm of the Concept of Harm in Copyright" 30 *Journal, Copyright Society of the USA* (1982-3) 421, 422; G.J. Yonover "Artistic Parody: The Precarious Balance: Moral Rights, Parody, and Fair Use" 14 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* (1996) 79, 93, 114-116 (לעיל, הערה 72), עמ' 463-556. ראו גם להלן, הערה 148, וחלק 2 למאמר זה, בעניין ההגבלות על הזכויות המקובלות בעולם.

נראה כי גם מבחינה תאורטית יש לכבד את הגורמים הללו ואת זכויותיהם. התאוריה של קאנט אכן מבססת את החובה לכבד את האוטונומיה של משנה היצירה ושל הציבור. חשוב לחזק את הזכויות המשפטיות הקיימות ובהתאם לכך לפרש את הזכות המוסרית לשלמות היצירה בחוק החדש.

1. זכותם של משנה היצירה ושל הציבור

יש אינטרס ציבורי בהכרה בזכותו של היוצר היחיד לשמירה על שלמות יצירתו, כפי שנדונה לעיל. עם זאת לציבור יש גם אינטרס עצמאי נפרד. אחת ההצדקות לזכות המוסרית לשלמות היצירה היא שמירה על התרבות לטובת החברה בכללותה. כדוגמה, גישה זו באה לידי ביטוי בעניין מגדלי מרכז השלום בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו¹³⁰ והיצירות האדריכליות של אלי עטיה. שם ציין בית-המשפט כי חשיבות התיק איננה נוגעת לצדדים לתביעה בלבד אלא גם לנוף התל-אביבי. גם בעניין טאו הדגיש בית-המשפט את האינטרס של החברה בכללותה¹³¹, ובעניין אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל נכתב כי "עניינו של הציבור בקיומה של יצירה אשר תעשיר – כמו במקרה של יצירה מוסיקלית – את תרבותו"¹³². דגש זה בא לידי ביטוי גם בדיני הזכויות המוסריות במערכות משפטיות אחרות בעולם. החוק בקליפורניה מציין מפורשות את היעד של שמירת המסורת התרבותית¹³³; פסק-הדין ההודי בפרשת *Sehgal* הדגיש כי דרושה הגנה הן בהתייחס לזכויותיו של האמן והן בהתייחס לאינטרסים של כלל החברה¹³⁴; ובחלק ממדינות אירופה יש גוף ציבורי המוסמך לאכוף את הזכות המוסרית במקרים מסוימים כדי לשמור על אינטרס הציבור בפיתוח התרבות לטובת החברה בכללותה¹³⁵. חוקרים רבים נדרשו לשאלה של הצדקת הזכות המוסרית לשלמות היצירה לפי ה-"cultural heritage rationale"¹³⁶.

130 עניין מגדלי מרכז השלום (לעיל, הערה 73), עמ' 360.

131 עניין טאו (לעיל, הערה 3), עמ' 112.

132 לעיל, הערה 84, עמ' 630. פסק-הדין עסק בנושא תמלוגים מטעם זכויות יוצרים כלכליות ובית-המשפט ציין את הנקודה המצוטטת גם בהתייחסות לזכות המוסרית. בית-המשפט גם הפנה לעניין *Interlego* (לעיל, הערה 4), עמ' 161 ("בעל זכות יוצרים... מעשיר את עולם היצירות שלנו").

133 Cal. Civ. Code, § 987 (West Supp., 1995). כן ראו לעיל, הערה 18.

134 *Amar Nath Sehgal v. Union of India* (לעיל, הערה 18).

135 אמנת ברן: Ricketson (לעיל, הערה 17), § 8.100, 8.113; צרפת: Lucas, Kamina & Plaisant (לעיל, הערה 13), FRA-7[3][b]; פורטוגל: DaSilva (לעיל, הערה 13), עמ' 92; איטליה: "Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?" R. Kwall, *38 Vand. L. Rev.* (1985) 1, n. 65.

136 Kwall (לעיל, הערה 72). בעניין ריבוי הצדקות ראו L. Zemer "On the Value of Intellectual Property" (2006) *I.P.Q.* 55. דגן (לעיל, הערה 72), עמ' 53-58.

מעבר לאינטרס של האחר ושל הציבור ברצוני להדגיש גם את זכויותיהם. האוטונומיה של האינדיווידואל המשנה את היצירה שקדמה לו והאוטונומיה של הציבור אינן עומדות בסתירה לאוטונומיה של היוצר. להפך: לטענתי, זכויות אלה נובעות כולן מאותו עיקרון המכיר בצורך לכבד את האוטונומיה של הפרט. דוקטרינת חופש הביטוי מציגה אף היא הצדקות לזכות המבוססות על הכרה באוטונומיית היחיד ובאוטונומיית הציבור, דהיינו: דמוקרטיה. ההצדקות הללו – ריבונות עצמית של היחיד וריבונות החברה – עומדות זו לצד זו.¹³⁷

התאוריה של קאנט מצדיקה את הגבלת הזכות המוסרית לשלמות היצירה לשם הגנה על אוטונומיית הביטוי של משנה היצירה. תאוריה מוסרית קאנטיאנית מכירה בחובה המוטלת על אדם אוטונומי לכבד את האוטונומיה של האחר. ההתאמה בין זכות לחובה היא תפיסה משפטית מוכרת: הזכות של א' מטילה על ב' חובה לכבד את אותה זכות. על-פי התאוריה הקאנטיאנית הקשר הדוק אף יותר: האוטונומיה של א' מטילה חובה על א' לכבד את האוטונומיה של ב'.¹³⁸ חובה זו היא המהות של האוטונומיה.¹³⁹ אוטונומיה מוגדרת על-פי היכולת של אדם לקבוע כללים אתיים אוניברסליים. האוניברסליות מבססת את החובה לכבד את האוטונומיה של האחר בקביעת כללים.¹⁴⁰ גישה זו שונה מהתאוריה המוכרת שפיתח

- 137 ניתן לראות את שתי ההצדקות הללו בעניין קול העם (לעיל, הערה 1), עמ' 876 – 878. ראו גם R.C. Post "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse" 64 *U. Colo. L. Rev.* (1993) 1109. הנני חולקת על גישתה של אילנה דיין בעניין הבעייתיות בסתירות בין ההצדקות לחופש הביטוי; ראו א' דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377.
- 138 וויינרב כתב על החובה הקאנטיאנית בייחס למשפט הפרטי בכלל ולדיני נזיקין בפרט. E. Weinrib *The Idea of Private Law* (1995). לגבי החובות הללו בקשר לזכויות יוצרים ראו A. Drassinower "Taking User Rights Seriously" *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (M. Geist ed., 2005).
- 139 O'Neill (2002) (לעיל, הערה 58), עמ' 95-73; O'Neill A *Question of Trust* (2002), 32-35, 96, 99; O'Neill *Construction of Reason: Explorations of Kant's Practical Philosophy* (1989), 81-165.
- 140 החופש הפוזיטיבי (positive freedom) של הרצון קובע פעולות מוסריות לפי הציווי המוחלט "to choose only in such a way that the maxims of your choice : (categorical imperative) Kant "Groundwork"; are also included as universal law in the same volition" (לעיל, הערה 53), § 4: 440, 4: 412, 4: 446. גרסה אחרת של הציווי היא כי אדם חייב להתייחס לאחר כתכלית ולא כאמצעי; שם, § 4: 429. ניתן לטעון כי ההצדקה לזכות היוצרים הכלכלית, שלפיה יעילות היא התמריץ הכלכלי לקידום הפקת יצירות בחברה, משתמשת ביוצרים כאמצעים ולא כתכליות בפני עצמם בניגוד לציווי הקאנטיאני. ייתכן כי גם הבנת הזכות המוסרית כקידום אמינות התיוג של יצירות (ראו לעיל, הערה 19), ואף שמירת התרבות החברתית (ראו לעיל, הערה 18), מנוגדת לעיקרון הקאנטיאני. דיונים אלו חורגים מנושאו של מאמר זה.

מיל, שלפיה החופש של א' מסתיים בנקודה שבה מתחיל החופש של ב'¹⁴¹. הגישה הקאנטיאנית רואה את המהות של מושג האוטונומיה של האחד בחובה לכבד את האוטונומיה של האחר. הבנה זו של אוטונומיה – שבסיסה הוא חובה – נותנת מענה לביקורת שלפיה מושג האוטונומיה הוא אינדיווידואליסטי יתר על המידה¹⁴² וכן לביקורת בדבר היעדרו של ממד חברתי בדבר הזכויות בשיח-זכויות הנוכחי בתקופתנו¹⁴³. המושג הקאנטיאני של אוטונומיה אכן מספק פתרון¹⁴⁴. בענייננו, מהתאוריה המוסרית של קאנט עולה כי היבט אינהרנטי לאוטונומיית הביטוי של היוצר הוא החובה להגן על אוטונומיית הביטוי של משנה היצירה.

התאוריה הקאנטיאנית אף מצדיקה את הגבלת הזכות המוסרית של היוצר לשם הגנה על אוטונומיית הביטוי של הציבור. לפי קאנט, יצירה היא תקשורת בין הסופר לציבור: "a discourse that someone delivers to the public"¹⁴⁵. קאנט תמך בזכות של הציבור להמשיך את השיח שלו עם הסופר לאחר מות הסופר. לציבור יש זכות כי הדיבור של הסופר בשיח יהיה בשלמותו. סילוף היצירה על-ידי המוציא לאור פוגע בזכותו של הסופר וגם בזכותו של הציבור. כפי שראינו לעיל, הגישה הקאנטיאנית תומכת בתפיסת הזכות כהגנה על פעולה, דהיינו: על ביטוי של היוצר ועל תקשורת ממושכת עם הציבור – בניגוד לתפיסה הקניינית של היצירה כמוצר¹⁴⁶.

- 141 ג' ס' מיל על חירות (1869).
- 142 I. Murdoch *The Sovereignty of Good* (1970) 80. לביקורת על תיאור זה לתפיסה הקאנטיאנית ראו *Feminist "The Aesthetic Dimension of Kantian Autonomy"* J. Kneller *Interpretations of Kant* (R.M. Schott ed., 1997) 173, 174-175.
- 143 M.A. Glendon *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (1991), 61-66; R.C. Post "The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution" 74 *Cal. L. Rev.* (1986) 691.
- 144 Treiger-Bar-Am (לעיל, הערה 58).
- 145 Kant "Metaphysics of Morals" (לעיל, הערה 56), § 289:6. ראו גם Kant "Groundwork" (לעיל, הערה 53), § 8:85.
- 146 ההמשכיות של הזכות עולה בקנה אחד עם תפיסת היצירה כפעולה, בניגוד לאובייקט קנייני הנחשב שלם ומושלם מיד עם תום עיצובו. ראו Geller (לעיל, הערה 24), עמ' 159-160; Spence (לעיל, הערה 23), עמ' 492; Netanel (לעיל, הערה 14), עמ' 402-408; Ricketson (לעיל, הערה 17), § 8.94. נושא ההמשכיות של הזכות המוסרית נוגע למשך תוקפה של הזכות. מחד גיסא, דרושה הגנה ממושכת שתאפשר את קיומו של השיח המתמשך בין היוצר לבין הציבור הקורא את היצירה, רואה אותה או מאזין לה; מאידך גיסא, איזון בין האוטונומיות של היוצר המקורי לבין אלה של היוצרים העתידיים ושל הציבור מחייב את הגבלת תוקפה של הזכות. בעניין התפתחות המשמעות של יצירה, התקשורת המתמשכת בין היוצר לציבור וחוסר היכולת למונופול עליה מטעם היוצר, ראו להלן, הערות 160-161.

מהדיון הכללי בנושא החובה להגן על האוטונומיה של משנה היצירה ועל האוטונומיה של הציבור נעבור לדון בשתי הגנות באופן פרטני: הגנה על שינוי טרנספורמטיבי והגנה על שינוי של אייקון תרבותי. בחלק הבא אטען כי ראוי שהגנת הסבירות בחוק החדש תפורש כמגנה הן על האוטונומיה של משנה היצירה והן על זו של הציבור.

2. טרנספורמציה

טענת הטרנספורמציה בדיני זכויות יוצרים היא אלמנט מוכר בדוקטרינת השימוש ההוגן¹⁴⁷. על-פי התפיסה היום, שימוש הוגן נחשב לא רק כמדיניות בלבד או פריבילגיה שדוקטרינת זכות היוצרים מספקת ומרשה, אלא כזכות¹⁴⁸. טרנספורמציה ביצירה קודמת אכן מהווה בעצמה ביטוי של היוצר המאוחר ועל כן היא ראויה להגנה. לפיכך הענקת הגנה לטרנספורמציה מפני תביעה להפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה היא נחוצה¹⁴⁹. להלן אדון בשימוש הוגן בקשר להגנת סבירות פעולת השינוי מתביעה על-פי הזכות המוסרית. קאנט הכיר בזכותו של המשנה לשנות יצירה שקדמה זו שלו תוך הכרה בשינוי כיצירה בפני עצמה. ראינו שעל-פי קאנט ראוי כי יצירה זו תשא את שמו של משנה היצירה. שינוי כאמור וייחוס היצירה ששונתה ליוצר המאוחר אינם מפרים את אוטונומיית הביטוי של היוצר הראשון, אלא מהווים הכרה באוטונומיית הביטוי של היוצר השני. גישה זו משקפת את עקרון ההגנה על שימוש טרנספורמטיבי.

הבחנתו של קאנט בין יצירות ויזואליות ליצירות ספרותיות מצביעה על תמיכתו בהגנת הטרנספורמציה. קאנט התנגד לשכפול ספרים ללא אישור המחבר, אך לא התנגד לשכפול יצירות ויזואליות ללא אישור יוצרן¹⁵⁰. הטכנולוגיה בזמנו של קאנט אפשרה שכפול מדויק של יצירה ספרותית מבלי שהדבר היה כרוך בביטוי כלשהו מצדו של הגורם המעתיק, ולכן ביקר קאנט את השכפולים הללו שנעשו ללא קבלת רשותו של המחבר. לעומת זאת העתקה של עבודה ויזואלית דרש ביטוי של האמן השני אשר ביצע את ההעתקה, ולכן קאנט כתב כי ראוי שעבודתו תשא את שם האמן המעתיק את היצירה¹⁵¹. סיבה זו להבחנה בין סוגי

147 *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

148 ראו *CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada* [2004] 30 C.P.R. (4th) 1, § 48

פסק-הדין מצטט את *Vaver* (לעיל, הערה 16), עמ' 171. ראו גם *Suntrust Bank v. Houghton*

Treiger-Bar-Am; Mifflin Co., 252 F. 3d 1165, n. 3 (11th Cir 2001) (לעיל, הערה 28).

149 ייתכן כי נדרשת גישה אחרת ביחס לשינויים פיזיים באמנות ויזואלית. ראו להלן, הערה 197.

150 *Kant, Unauthorized Publication* (לעיל, הערה 59), § 8: 86-8: 85. זאת למרות שעל-פי קאנט

כל סוג של אומנות מהווה ביטוי של צורות או של רעיונות; *Kant, Critique of Judgment*

(לעיל, הערה 125), § 3: 17, 5: 323-5: 324, 5: 329. ראו גם *Kant, Unauthorized Publication*

(לעיל, הערה 59), § 8: 81; *Kant "Metaphysics of Morals"* (לעיל, הערה 56), § 28: 6.

151 יש כיום גישה פילוסופית שלפיה אין הבחנה מטפיזית בין סוגי אמנויות: ההבדל נעוץ אך

ביכולת לשכפל אותן. E. N. Zangwill "Aesthetic Functionalism" *Aesthetic Concepts*

האמנויות הודגשה במפורש על-ידי הגל¹⁵². אכן, במקור אסרו דיני זכויות היוצרים על הדפסה – שכפול – בלבד ולא על העתקה¹⁵³. היום, בעידן הדיגיטלי, אפשר לבצע שכפול מדויק לרוב סוגי היצירות. למרות היחלשות הנימוקים להבחנתו של קאנט בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית, הטעם להבחנה בין ספרות לאמנות ויזואלית משקף את תפיסתו של קאנט התומכת במתן הגנה לביטוי המשנה יצירה קודמת. אכן ראוי כי שינוי טרנספורמטיבי ביצירה ישא את שם היוצר השני, ששינה את היצירה הקודמת. בהתאם, שינוי השם המיוחס ליצירה לשם המשנה אינו מוצדק אם השינוי אינו טרנספורמטיבי. בדיונים שערכה ועדת הכלכלה בכנסת בעניין הזכות המוסרית, הועלתה הטענה כי הסרת השם של היוצר לאחר שיצירתו שונתה מהווה הגנה מספקת למשנה היצירה. עמדה זו מבינה את אפיון הזכות המוסרית לשלמות היצירה כהגנה על שמו הטוב של היוצר, וכאלמנט חיצוני לו, דהיינו: דמותו של היוצר כפי שהיא נתפסת בציבור¹⁵⁴. לעמדתו, שיקולי צדק מחייבים כי שינוי המהווה עיוות בביטוי של היוצר, אך אינו מהווה שינוי טרנספורמטיבי, לא יזכה להגנה מפני תביעת הזכות המוסרית רק בהתבסס על כך ששם היוצר הורד. אוטונומיית הביטוי של היוצר אינה תלויה רק בשמו; היא מבססת את כבודו הפנימי. גם כשמדובר בזכויות יוצרים כלכליות, העתק – אף ללא ייחוס שם היוצר –

Brady, J. Levinson eds., 2001) 127. ניתן להשוות את השינויים אשר עלו בעקבות הצילום. W. Benjamin "The Work of Art in the Age of Mechanical Reproductions" ראו Plato (1936) 217 *illuminations* (H. Arendt ed., H. Zohn trans., 1968) ניתן גם לראות את ההבחנה שהציג קאנט בין סוגי אמנויות כהשתתפות במסורת מאז תקופות עתיקות. ראו Plato *The Republic* (D. Lee trans., 1974); L. Da Vinci "Paragone" *The Literary Works of Leonardo Da Vinci* (J.P. Richter ed., 1970) (1883); G.W.F. Hegel *Aesthetics: Lectures on Fine Art* (T.M. Knox trans., 1975), 82-90. ראו גם B. Magee *The Philosophy of* Beardsley; *Schopenhauer* (1983), 176-184. קבע הייררכיה בין סוגי אמנות לפי המידה שבה הן מטפחות את המוסריות של האדם. ראו Kant, *Critique of Judgment* (לעיל, הערה 125), § 314-5:315-5, 326, 5. אולם לפי קאנט, בכל סוגי האמנות הגאון חוקק כללים לעצמו כמו שעושה האדם האוטונומי. ראו שם, § 306-5:317-5. נוסף על הגאונות, היופי הוא כרצון והיגיון; ראו I. Murdoch, *Metaphysics as a Guide to Morals* (1992), 9, על ההבדלים בין סוגי אמנות ביחס לשינויים בהם ראו להלן, הערה 197.

Hegel (לעיל, הערה 105) § 68. 152

S. Teilmann "On Real Nightingales and Mechanical Reproductions" *Copyright and Other Fairy Tales: Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity* (H. Porsdam ed., 2006) 23. 153

פסח מחזיק בשתי העמדות האלו: לדידו הורדת שם היוצר היא הגנה מפני עיוות ביטוי, וכך במהותה הזכות מגנה על השם הטוב של היוצר. פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 544. ראו לעיל, הערה 121. 154

מהווה הפרה של זכותו: החוק מגן על יצירות אנונימיות¹⁵⁵. דוקטרינת חופש הביטוי מגנה גם על הדובר האנונימי¹⁵⁶. ראוי כי החוק החדש יפורש על-פי עיקרון זה גם בנוגע לשינויים, במסגרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה.

3. אייקון תרבותי ומשמעותו

ישנם סמלים שנקלטו בצורה כה עמוקה בתרבות עד כדי הפיכתם לחלק מהותי ובלתי נפרד מהתרבות עצמה¹⁵⁷; להלן אכנה יצירות אלה "אייקונים תרבותיים". הביטוי של הציבור – וגם השפה של הציבור – בנויים משימוש ומשינוי של האייקונים התרבותיים של החברה. הענקת הגנה לביצוע שינויים ביצירות אלה נחוצה כדי לכבד את אוטונומיית הביטוי של משנה היצירה ושל הציבור. במילים של פסח, האפשרות להשתמש ב"יצירה המסמלת" ולשנותה חשובה "למהות השיח הציבורי בחברה הדמוקרטית כשיח פתוח"¹⁵⁸. לטענתי, כאשר מדובר באייקון תרבותי יש לספק הגנה גם לשינוי שהוא קטן יותר משינוי טרנספורמטיבי: דרוש רף נמוך יותר להגנת שינויים¹⁵⁹ באייקונים תרבותיים.

יצירות המהוות אייקונים תרבותיים הן יצירות שצברו "משמעות ונפח במרחב הציבורי"¹⁶⁰. לטענתי, אין להעניק פרשנות רבה לזכות המוסרית בהקשר של אייקונים תרבותיים: אין לאפשר לזכות המוסרית לשלמות היצירה להגביל את ההתפתחות התרבותית. מהות הזכות המוסרית לשלמות היצירה היא מתן הגנה להצגת הביטוי של היוצר, אבל לא לתפיסתו על-ידי הציבור. ליוצר יש מונופול על המסר של יצירתו, אך לא על הבנת המסר הזה על-ידי הציבור, דהיינו על משמעותו. משמעות היצירה נשאת תמיד נתונה לפרשנות¹⁶¹. מכאן הנחיצות של הגנה על טרנספורמציה במשמעות של יצירות, כולל באייקונים תרבותיים.

- 155 אלא אם לא ניתן לאתר את היוצר וסביר להניח כי פג תוקפה של זכות היוצרים ביצירה. ראו לדוגמה UK Copyright, Designs, and Patents Act 1988, § 57.
- 156 *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334, 342 (1995).
- 157 R.J. Coombe "Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws 1853, 1864 (לעיל, הערה 72), עמ' 883-885.
- 158 פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 528-529. פסח מבקר שליטה על סמלים אלה כשליטה על משמעות, שם, עמ' 528. בעניין סמלים חברתיים ראו גם L. Zemer *The Idea of Authorship in Copyright* (2007).
- 159 ולשימוש בהם, לפי זכות היוצרים הכלכלית.
- 160 עו"ד עמית אשכנזי, בדיון שנערך בוועדת הכלכלה בכנסת (לעיל, הערה 5).
- 161 L.K. Treiger-Bar-Am "Christo's Gates and the Meaning of Art: Lessons for the Law" 389 *European Intellectual Property Review* (2005). כאן אני חולקת על דעתו של בירנהק (לעיל, הערה 72). אני חולקת גם על הביקורת שלפיה פסק-הדין *Hurley and S. Boston Allied*

ניתן להקיש בין התפיסות בדבר המרחב הציבורי ונחלת הכלל לבין המושג "אייקון תרבותי" (מ־public forum ל־public domain ול־cultural icon). לפי דוקטרינת חופש הביטוי, ביטוי בפורום ציבורי הוא מוגן וחופשי¹⁶². לפי דוקטרינת הקניין הרוחני, נחלת הכלל היא מתחם מוגן וחופשי¹⁶³. בדוקטרינת הזכות המוסרית לשלמות היצירה ראוי להכיר במושג האייקון התרבותי כמקביל לביטוי במרחב הציבורי ובנחלת הכלל. לטענתי הביטוי של אייקון תרבותי עצמו מהווה מרחב ציבורי. הגנת המרחב הציבורי ממלאת את החובה לכבד את האוטונומיה של משנה היצירה וכן של הציבור.

דוגמה לכך במשפט הישראלי מספקים השינויים שהוכנסו בדמותו של דונלד דאק בעניין גבע¹⁶⁴. לדעתי, פסק־דין זה אינו נותן הגנה ראויה לשימוש ולשינויים בדמותו, שהיא חלק אינטגרלי מהשפה התרבותית וניתן לראותה כאייקון תרבותי. ייתכן כי גם הדמויות של גיבורי חסמב"ה מהוות אייקונים תרבותיים ועל כן יש להגן על שינויים בהן¹⁶⁵. אכן, לאחרונה פסק בית־משפט אמריקני כי שימוש בדמותה של הבובה ברבי (Barbie) הוא שימוש באלמנט אינטגרלי לשפה התרבותית ועל כן הוא שימוש הוגן¹⁶⁶.

השפם שצייר דושאמפ על העתק של יצירת המונה ליזה יכול להוות דוגמה לשני המקרים – הן לשינוי טרנספורמטיבי והן לשינוי באייקון תרבותי. ראשית, דושאמפ יצר טרנספורמציה: בהוספת השפם הוא למעשה הפך את המונה ליזה לגבר¹⁶⁷. שנית, דמותה של המונה ליזה היא אלמנט אינטגרלי בשפת תרבותנו. דמות זו אכן מהווה אייקון תרבותי, ובעצמה מהווה מרחב ציבורי. לכן, הצגת ביטוי באמצעות המונה ליזה ושינוי בה הינה

M. Sunder *War Veterans Council* (לעיל, הערה 40), מאפשר מונופול על משמעות, לפי M. Sunder "Authorship and Autonomy as Rites of Exclusion: The Intellectual Propertization of Free Speech in *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*" 49 *Stanf. L. Rev.* (1996) 143. לדעתי, העיקרון המוצג בפסק־הדין מכוון לשליטה על הצגת היצירה על־ידי היוצר ולא על משמעותיה הנבנית על־ידי הקורא. נוסף על כך, הביקורת של סנדר אינה מתחשבת באוטונומיית הביטוי של שני הצדדים. על שינויים במשמעות של יצירה ראו עניין *Pleasant Grove* (לעיל, הערה 49).

162 א' ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב (תשס"ב) 293 *PruneYard Shopping Center v. Robins* (לעיל, הערה 39). פסק־דין זה גם תמך בעיקרון כי הגנת חופש הביטוי דורשת מניעת עיוות בביטוי; ראו לעיל, הערה 39.

163 Litman (לעיל, הערה 101).

164 פרשת גבע (לעיל, הערה 1). גם בארצות־הברית הצליח דיסני לעצור שימוש בדמות של מיקי מאוס. ראו *Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 581 F. 2d 751 (9th Cir. 1978).

165 ת"א (מחוזי ת"א) 1437/02 מוסינזון נ' האפרתי (פורסם בנבו, 29.5.03). בשני המקרים הללו התביעות היו על סמך זכות היוצרים הכלכלית.

166 *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions*, 353 F. 3d 792 (9th Cir. 2004).

167 דושאמפ עצמו כתב על השינוי במוכנים האלה. ראו A. Schwarz *The Complete Works of Marcel Duchamp* (2nd ed, vol. 1, 1997), 177.

שימוש במרחב ציבורי ובנחלת הכלל. ראוי להגן על שינוי בהעתק של אייקון תרבותי זה, אף אם השינוי אינו מגיע לכדי שינוי טרנספורמטיבי.

ד. החוק החדש וסבירות

חלק זה דן בהגנת הסבירות המפורטת בחוק החדש לתביעה בגין הפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה. להלן אטען כי ההגנה מביעה איזון בין אוטונומיית הביטוי של הגורמים העלולים להיות מעורבים בסכסוך. החוק החדש מאפשר הגנה על שינוי ביצירה אם פעולת השינוי היא סבירה בקובעו כי: "...עשיית פעולה ביצירה הפוגעת בזכות המוסרית האמורה בסעיף 46(2) אינה מהווה הפרה של הזכות האמורה, אם הפעולה היתה סבירה בנסיבות העניין" (סעיף 50(ב)). כפי שהוסבר לעיל, יש צורך באיזון בין אוטונומיית הביטוי של היוצר, של משנה היצירה ושל והציבור בכללותו. ראינו כי ניתן להצדיק הגנה על שינוי טרנספורמטיבי ועל שינוי שנעשה ביצירה המזוהה כאייקון תרבותי. שני סוגי השינויים הללו מהווים פעולות שינוי סבירות ביצירה¹⁶⁸. כפי שאטען בחלק זה, הגנת הסבירות אינה כה חדשה בדיני זכות המוסרית: כבר פורש ההוראה בחוק בעניין פגיעה בכבוד היוצר באופן אובייקטיבי, המשקף היבטים של סבירות. יתרה מכך: הגנת הסבירות אינה ייחודית בדיני זכויות מוסריות לשלמות היצירה בעולם ואף אינה ייחודית לתחום זה. אדון בקצרה בשיקולים שצוינו בחוק לקביעת סבירותה של פעולת השינוי ואציע דרך לפרש אותם. לטענתי, אם תפורש ההגנה במידתיות, היא תאפשר איזון ראוי בין הזכויות והאינטרסים של הגורמים השונים המעורבים בעניין.

1. פגיעה בכבוד היוצר וסבירותה של פעולת השינוי

היבטים של סבירות בהתייחס לפרשנות החוק היו קיימים גם טרם חקיקתו של החוק החדש. בתי-משפט כבר פרשו בעבר את ההוראה בדבר השמירה על שמו הטוב ואף על כבוד היוצר באופן אובייקטיבי, כלומר באופן דומה להגנת הסבירות¹⁶⁹. לא כל קריאה להכרה בפגיעה בכבוד מנקודת המבט הסובייקטיבית של היוצר נענתה. עם זאת – ולמרות ההקבלה בין שתיהן – קיומן בחוק של ההוראה בדבר כבוד בשילוב עם הגנת הסבירות אינו יוצר נטל כבד מדי על היוצר.

168 סוגי השינויים הללו הם אינם רק סבירים, אלא הם זכותם של המשנה ושל הציבור. ראו לעיל, חלק ג למאמר זה והערה 148.

169 ככלל, הפגיעה בשמו הטוב של היוצר נחשבת כאובייקטיבית והפגיעה בכבודו נחשבת כסובייקטיבית. ראו B. Sherman, L. Bently *Intellectual Property Law* (2004), 247. להלן אתרכז באובייקטיביות ההגנה על כבוד היוצר.

ניתן לראות בהוראת החוק בנוגע לכבוד היוצר סממן של אובייקטיביות המשותפת גם להגנת הסבירות. החוק קובע כי לא ייעשה ביצירה כל פגם, סילוף, שינוי או פעולה פוגענית "אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר" (סעיף 46(2)¹⁷⁰). הזכות, המגנה על האוטונומיה של היוצר, מגנה גם על כבודו. שוב ניתן לפנות לתאוריה של קאנט, שלפיה אוטונומיה מבססת כבוד ("autonomy grounds dignity")¹⁷¹. לטענתי, ההגנה של הזכות על אוטונומיית היוצר מבססת את ההכרה בצורך להגן על כבודו, הנובע מהאוטונומיה שלו. לכן פגיעה באוטונומיית היוצר גורמת באופן ישיר לפגיעה בכבודו. אכן, בחוק הקנדי נקבעה חזקה משפטית מפורשת, שלפיה עיוות היצירה מקים את החזקה כי בוצעה פגיעה בכבודו של היוצר¹⁷². הקשר ההכרחי בין שניהם מוביל למסקנה כי מפגיעה באוטונומיה של היוצר ניתן להסיק שקיימת פגיעה בכבודו. לפיכך באותו מובן שבחינת הפגיעה באוטונומיה של היוצר היא אובייקטיבית, בחינת הפגיעה בכבודו גם היא אובייקטיבית.

בפסק-הדין בעניין טאו¹⁷³ קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי "אין להציב – לעניין פגיעה בכבודו של אדם – רק מבחן סובייקטיבי, אלא יש להעמיד את ההיפגעות הסובייקטיבית במבחן אובייקטיבי של סבירות"¹⁷⁴. הצעתי כאן לפרשנות ההוראה בדבר כבוד קוהרנטית עם גישה זו: דומני כי אמנם כבוד הוא פן פנימי וסובייקטיבי של היוצר ביחס ליצירתו וביטויו דרכה, אך פגיעה בכבוד הנובעת משלילת אוטונומיה ניתנת להבחנה ולהערכה אובייקטיבית.

כיצד ניתן להוכיח באופן אובייקטיבי את הפגיעה באוטונומיה ובעקבותיה פגיעה בכבוד והפרה של הזכות? פסק-הדין טאו דן בעיוות של ביטוי היוצר כתוצאה משינויים שהוכנסו ביצירה תוך בחינת היצירה עצמה. בית-המשפט בדק אם יש "פגיעה ביצירה עצמה על-ידי שינוי משמעותי הפוגע במאפייניה היצירתיים, או שוללם, שכן, שינוי כזה יש בו משום פגיעה בכבודו של היוצר כאמין"¹⁷⁵. כלומר: כדי לבחון את שאלת הפגיעה בכבוד היוצר בית-המשפט אינו נדרש לבחון את רגשותיו הסובייקטיביים של היוצר או את רמת הכאב והסבל שנגרמו לו. בהתאם, החוק אינו דורש הוכחת נזק¹⁷⁶. החוק החדש אף יותר ברור

170 החוק החדש מבהיר כי ההוראה בדבר הפגיעה בכבוד היוצר חלה על כל תת הסעיף. עד לשנת 2006 נקודה זו לא הייתה ברורה. ת"א 6157/04 דוד "הכי טוב" דבש נ' חברת אדלר חומסקי & ורשבסקי בע"מ (פורסם בנבו, 7.11.06), סעיף 53 לפסק הדין (הנקודה "טרם הוכרע")

171 ראו לעיל, הערה 91.

172 ("deemed to have occurred"). Canadian Copyright Act R.S.C. 1985, c. C.-42, s.28.2.

173 עניין טאו (לעיל, הערה 3), עמ' 109.

174 שם, עמ' 109, סעיף 22.

175 שם.

176 אף אם בית-משפט שוקל איך הציבור עלול להתייחס לשינוי ביצירה ואיך השינוי עלול לפגוע בכבודו ובשמו של היוצר, לא נדרשת הוכחה לנזק. ראו לדוגמה בעניין ת"א (ת"א) 30924/85

מקודמו בנקודה זו¹⁷⁷. בית-המשפט נדרש לבחון רק את השינויים שנעשו ביצירה כדי להוכיח פגיעה באוטונומיה, ודרכה – פגיעה בכבוד. בחינה כאמור משקפת גישה אובייקטיבית הדורשת הערכת סבירות: אם שינוי היצירה אינו משמעותי באופן אובייקטיבי ועל כן נראה לבית-המשפט כפעולה סבירה – בית-המשפט לא ימצא בכך פגיעה באוטונומיה של היוצר או בכבודו. מכאן שהגנת הסבירות בחוק החדש אינו כה חדשה¹⁷⁸. יש להדגיש כי בחינה אובייקטיבית של השינויים שנעשו ביצירה אינה מתייחסת לאסתיקה של היצירה, כלומר להבנת הערך האסתטי שלה. ייתכן שניתן לראות את הכלים שבאמצעותם נערכת בחינת השינוי ככלים מתחום האסתטיקה (כגון התייחסות לצורה, לצבע ולסגנון), אולם הבחינה האובייקטיבית של השינוי אינה אמורה להיכנס להערכות אסתטיות. בלהזכיר מהסכנות הכרוכות בקביעות אסתטיות על-ידי בית-המשפט, בעניין מוזיאון תל אביב לאמנות נ' ספרוקט¹⁷⁹ ציטטה השופטת רונן את השופט האמריקני הולמס בפסק-דין *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*¹⁸⁰ כי:

“It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits. At the one extreme, some works of genius would be sure to miss appreciation. Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new

- גד בלטיאנסקי נ' תנועת "כך" (פורסם בנבו, 1.12.94). בארצות-הברית ובאנגליה החוק והמשפט אינם כה ברורים בנקודה זו. בארצות-הברית, בדו"ח הקונגרס על VARA (לעיל, הערה 18), נכתב כי צפוי שבת-משפט ידרשו הוכחת עובדות כי השינוי גרם לפגיעה בשמו הטוב המקצועי של היוצר; ראו House Report (לעיל, הערה 18), עמ' 6926. לטענה כי אין להתנות הגנה על הוכחת נזק במשפט האנגלי ראו Treiger-Bar-Am (לעיל, הערה 93).
- 177 סעיף 4א(5) לחוק הקודם קבע כי הפרה תחשב "אף אם לא הוכיח נזק ממון". בחוק החדש הנוסח יותר חד-משמעי, ומאשר "פיצויים בלא הוכחת נזק" (ס' 56). דומני כי ההוראה בחוק החדש סעיף 56(ב)(4) אינה ראויה: "בקביעת פיצויים... רשאי בית המשפט לשקול... הנזק הממשי שנגרם לתובע, להערכת בית המשפט".
- 178 ניתן לטעון כי מאחר ועניין הסבירות הוגדר כהגנה, אזי שיקול הסבירות של הפעולה רלוונטי להכרעת בית-המשפט בתביעה להפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה בשלב מאוחר יותר מאשר בהערכת הפגיעה. החוק ההולנדי, החוק הגרמני והחוק הספרדי מעמידים את מבחן הסבירות לפגיעה ביוצר ולהתנגדותו, לעומת הבחנת הסבירות של פעולת השינוי. גרינמן מעדיף נוסח זה; ראו גרינמן (לעיל, הערה 72), עמ' 441, 471, אולם ראינו כי בית-המשפט אינו נדרש לבחון את הפגיעה בנפרד מהבחנת פעולת השינוי ביצירה.
- 179 ת"א (מחוזי ת"א) 1395/05 מוזיאון תל אביב לאמנות נ' ספרוקט (פורסם בנבו, 31.12.07).
- 180 188 U.S. 239, 251-2 (1903). ראו גם *George Hensher Ltd. v. Restawile Upholstery* (Lancs) Ltd. [1976] AC 64 (HL). אפיון הזכות כהגנה על שמו הטוב של היוצר מזמינה בתי-המשפט להבחנה באסתטיקה; ראו לעיל, הערה 83 ולהלן, הערה 224.

language in which their author spoke. ...At the other end, copyright would be denied to pictures which appealed to public less educated than the judge".

האם ההוראה בעניין פגיעה בכבוד היוצר והגנת הסבירות חופפות אחת לשנייה? שאלה נוספת: האם שילוב ההוראה בעניין הפגיעה בכבוד היוצר עם הגנת הסבירות מטיל נטל כבד על היוצר והגבלת יתר על הזכות¹⁸¹? דומני כי התשובה לשאלות אלו שלילית. תפקידה של כל אחת מההוראות הוא נפרד, וההוראות יחד אינן מטילות נטל כבד למדי. כפי שראינו, הפגיעה בכבוד היוצר משקפת פגיעה הנובעת משלילת האוטונומיה שלו. ריקטסון (Ricketson), אחד הפרשנים הראשיים של אמנת ברן, סבור אף הוא כי ההוראה הקבועה בסעיף 6bis לאמנה היא שם תואר ("adjectival")¹⁸². הביטוי "honor or reputation" מתאר את סוג הפגיעה הנובעת מעיוות בביטוי של היוצר¹⁸³. כפי שראינו, ההוראה בדבר כבוד אינה דורשת הוכחה נפרדת מהוכחת העיוות בביטוי היוצר: אין בחוק דרישה להוכחת פגיעה בכבוד היוצר או בשמו הטוב ואין דרישה להוכחת נזק. נוסף על כך, נטל ההוכחה להגנת הסבירות מוטל על משנה היצירה (הנתבע), לעומת ההתייחסות של ההוראה בעניין הפגיעה בכבוד היוצר (התובע)¹⁸⁴. לפיכך אין לראות את השילוב בין ההוראה בעניין כבוד והגנת הסבירות כמטילות נטל כפול על היוצר או צמצום יתר של היקפה הרחב של הזכות. כפי שיוסבר להלן, היקף הזכות והיקף הגנת הסבירות מאזנים יחד את כלל הזכויות ואינטרסים המעורבים בתביעה להפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה.

2. אי-ייחודיות של הגנת הסבירות

הגנת הסבירות היא לכאורה אלמנט חדש וייחודי בחוק החדש, אולם בחינה מדוקדקת מעלה כי ההגנה מציגה אלמנטים מוכרים בנוגע לזכות לשלמות היצירה, הן במשפט הישראלי והן במערכות משפט אחרות בעולם. ניתן למצוא הגבלות של סבירות לזכות במשפט ההולנדי, האוסטרלי, הצרפתי, האנגלי והאמריקני. אם כן, הגנת הסבירות בחוק

181 הטענה הועלתה בהתייחס לנוסח החוק החדש: כיצד יוכל שינוי הפוגע בכבודו של היוצר או בשמו להיחשב סביר? ראו דיון שנערך בוועדת הכלכלה בכנסת (לעיל, הערה 5). גרינמן גם מביע עמדה זו; ראו http://www.tglaw.co.il/full_news.asp?cat=4&newsid=128.

182 Ricketson (לעיל, הערה 17), 8.108, 8.112.

183 הביטוי הוצע על-ידי האנגלים בעת כתיבת הסעיף באמנת ברן כדי לתאר את האינטרס המוגן על-ידי הזכות. לעומתם הציעו הצרפתים ביטויים כגון "ספיריטואלי", "אינטלקטואלי" ו"מנטלי". ראו לעיל, הערות 17, 79.

184 ראו לדוגמה את האמירה השגויה בוויקיפדיה: "סעיף 50(ג) מונה שיקולים שעל בית המשפט להתחשב בהם בעת קביעת הסבירות של הפעלת הזכות המוסרית". מובן כי הנטל עובר לתובע אם הנתבע מעלה את ההגנה, אך הנטל אינו מוטל על התובע כתנאי להגשת התביעה.

החדש אינה יחידה במינה. אמנת ברן אינה מונעת קביעת הגנות לזכות המוסרית בחוקי המדינות החתומות עליה¹⁸⁵. כוונתי אינה לטשטש את ההבדלים בין ההגבלות השונות בהתייחס לזכות לשלמות, אלא להציג את המכנה המשותף להגבלות אלה. כפי שראינו לעיל, אף לפני חקיקתה של הגנת הסבירות בחוק החדש דרש בית-המשפט, בעניין טאו, מבחן אובייקטיבי של סבירות בהכרעה של הפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה. ויסמן הציע לאמץ את גישת החוק ההולנדי ולחקוק בחקיקה הישראלית תנאי של סבירות לבחון את התנגדות היוצר לפעולת השינוי על-ידי הנתבע¹⁸⁶. הגנת הסבירות המופיעה בחוק האוסטרלי שימשה כמודל בעת ניסוחו של החוק הישראלי החדש¹⁸⁷. למרות ההיקף הרחב של הזכות לשלמות היצירה בצרפת¹⁸⁸, אף בצרפת נמצא בנסיבות מסוימות מבחן של סבירות. כך למשל יוצר חייב להסכים לשינויים סבירים. לדוגמה בתי-המשפט מפרשים חוזים הנוגעים לשינויים ביצירות על-פי דרישה זו¹⁸⁹. ניתן לראות סטנדרט זה גם בעיבוד עבודה בין מדיה אחת לאחרת, כגון מספר לסרט¹⁹⁰. המשפט הצרפתי גם מגביל את הזכויות המוסריות של יוצרים המסכנים את בטיחות הציבור¹⁹¹.

- 185 כאן אני חולקת על דעתו של גרינמן (לעיל, הערה 72), עמ' 474; לטענתי דעתו חסרה בסיס או הוכחה.
- 186 ויסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 65-66, שהוזכר בעניין טאו (לעיל, הערה 3), עמ' 107. ראו לעיל, הערה 178 ולהלן, הערה 206. לדעתו של פסח, מבחן אובייקטיבי של סבירות ראוי באופן כללי ל"כל הכרעה בעניינים הקשורים לזכות אי-הסילוף". פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 549.
- 187 פסח (לעיל, הערה 72). ראו חורי (לעיל, הערה 1).
- 188 לדוגמה ראו פסקי-דין בנוגע לאמנות ויזואלית, מוסיקה, סרטים והצגות: *Buffet v. Fersing*, 1962, Cour d'appel, Paris, Dalloz, *Jurisprudence* [D. Jur.] 570, aff'd 1965 Cour de Cassation; *Soc Le Chant du Monde v. Soc Fox Europe* [1953] Recueil Dalloz [D. Jur.] 16, 80 (Cour d'appel, Paris); *Lindon v. La Compagnie Brut de Beton*, trib. gr. Inst. De G.J. Yonover "The "Dissing" of ראו. Paris, 3e, Oct. 15, 1992, 155 R.I.D.A. 225 (1993) Da Vinci: The Imaginary Case of Leonardo v. Duchamp: Moral Rights, Parody and Fair Use" 29 *Valparaiso U.L. Rev.* (1995) 935, n. 48, n. 89-91.
- 189 M.B. Gunlicks "A Balance of Interests: The Concordance of Copyright Law and Moral Rights in the Worldwide Economy" 11 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* (2001) 601, 602, 608, 635.
- 190 Sarraute (לעיל, הערה 106), עמ' 481-482. *Bernstein v. Matador et Pathe Cinema*, מצוטט J. Pattarozzi "Note: Can The Australian Model be Applied to U.S. Moral Rights Legislation?" 15 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (2007) 423.
- 191 *Sieur Roussel c. Ville de Grenoble* Tribunal Administratif de Grenoble, 18 February 1976, 91 RIDA January 1977, p. 116; *Hamon* Cour de Cassation, 3 June 1986, D.1987.301; *Scrive v. SCI Centre Commercial Rennes-Alma*, Cour d'Appel, Paris, 10 July 1975, D.1977.342, 91 RIDA January 1977, p. 114, (לעיל, הערה 107), S. Teilmann *British and French Copyright: A Historical Study of Aesthetic* ; עמ' 19

הדוקטרינות של שימוש לרעה (*abus du droit*) ותום לב חלות בצרפת על הזכות המוסרית¹⁹², ובצרפת לא ניתן ליוצרים להפעיל את זכויותיהם המוסריות בנסיבות מסוימות אם המניע לכך היא ממוני בלבד¹⁹³.

במשפט האנגלי, שינויים ואף עיוותים ביצירה שאינם משמעותיים אינם נחשבים הפרה של הזכות. בפסק-הדין *Pasterfield v. Denham* דחה בית-המשפט תביעה להפרה של זכות מוסרית בגין שינויים שצוירו בעלון שפרסם את עיריית Plymouth. בית-המשפט קרא להבדלים "טריוויאליים", וכתב כי ניתן לראות את ההשוואה בין העלון של התובעים והעלון ששינה אותו, כמשחק תחרותי של "מצא את ההבדלים"¹⁹⁴. דוגמה נוספת במשפט האנגלי היא פסק-הדין בעניין *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum*¹⁹⁵. שם קבע בית-המשפט כי השינויים שביצע המוזיאון לאיורים של האמן טידי בקטלוג של המוזיאון (שינויים של גודל וצבע) אינם משמעותיים ולכן אינם מהווים הפרה. דומני כי קביעות אלו הן מעמידות מבחן של מידתיות בהערכת מידות השינוי והפגיעה, בדומה למבחן הסבירות של פעולת השינוי ביצירה. ראינו כי בעניין טאו ציין בית-המשפט כי שינוי מפר הוא "שינוי משמעותי"¹⁹⁶, והעמיד את היפגעות היוצר למבחן סבירות.

הגנת הסבירות דומה להגנת השימוש ההוגן. החוק האמריקני מכיר בהגנת שימוש ההוגן מפני תביעה להפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה¹⁹⁷. בדיני הזכות המוסרית הישראלים שחלו טרם החוק החדש, הייתה החלטה של הגנת השימוש ההוגן על הזכות המוסרית נתונה בסימן שאלה¹⁹⁸. בחוק החדש נחקקה הגנת הסבירות כתחליף להגנת

Implications (Ph.D. dissertation, Univ. of S. Den., Oct. 7, 2004), 19 n. 42

<http://www.humaniora.sdu.dk/phd/dokumenter/filer/-0.doc>.

Netanel (לעיל, הערה 14), עמ' 397-398 וכן הערה 219, שם.

C.P. Rigamonti "Deconstructing Moral Rights" 47 *Harv. J. Int'l L.* (2006) 353, 365-367 193

.UK Copyright, Designs, Patents Act 1988 ל-80 אשר מפרש סעיף 168, 182 [1999] F.S.R. 194

[1995] 39 I.P.R. 501 (Ch) 195

עניין טאו (לעיל, הערה 3), עמ' 109. 196

VARA (לעיל, הערה 18). בארצות-הברית נמתחה ביקורת על הגנת שימוש ההוגן בקשר 197

לזכות המוסרית לשלמות היצירה, משום שבארצות-הברית הזכות מגנה על אמנות ויזואלית

מקורית בלבד. הטענה היא שאין הצדקה לשינויים פיזיים ליצירות ויזואליות. D.S. Ciolino

"Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use" 54 *Wash. & Lee L. Rev.*

33 (1997). טילמן אף טענה כי החומריות של עבודות אמנות ויזואלית דורשת הגנה מהריסתם.

ראו Teilmann (לעיל, הערה 123).

198 פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 549. לדעתו של פסח ניתן היה להחיל הוראות שימוש הוגן אף על

הזכות המוסרית לפי החוק הישן; שם, עמ' 551.

השימוש ההוגן¹⁹⁹. הן הגנת השימוש ההוגן והן מבחן הסבירות מגנות על זכויות ואינטרסים מעבר לזכויות של היוצר. ההגנות האלו דומות גם מבחינת הנקודות אשר סופקו לבית-המשפט לשיקול דעתם בעניין החלת ההגנה, כפי שהוסבר להלן.

גם בתחומים אחרים, אף ללא נוסח בחקיקה הכולל את המילה "סבירות", בתי-משפט בארץ ובמשפט הזר פועלים לפי מושג הסבירות: "האדם הסביר משחק תפקיד מרכזי במשפט המקובל"²⁰⁰. המושג הוא רב-שימושי במיוחד בדיני נזיקין. אכן, הפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה היא עוולה אזרחית שחלה עליה פקודת הנזיקין (סעיף 52 לחוק). השופט בית-המשפט העליון האמריקני ברייר (Breyer) אף השווה בין איזון אינטרסים בדיני נזיקין לבין הפרשנות שהעניקו בתי-המשפט בענייני זכויות יוצרים²⁰¹. הכרעת סבירות דורשת איזון, כפי שציין השופט ברק: "משמעותה של הסבירות היא באיתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם"²⁰². בחלק הבא אדון באיזון ולאחר מכן בשיקולים לקביעת החלת הגנת הסבירות.

3. הגנה מידתית ואיזון ראוי

איזונים נדרשים במשפט כולו. כפי שראינו לעיל, האיזונים במשפט הפרטי בכלל ובדיני נזיקין בפרט נוגעים לפרשנותה של הזכות המוסרית לשלמות היצירה. הפרשנות המוצעת כאן לאפיונה של הזכות היא לראותה כחופש ביטוי של היוצר, והרי גם בדוקטרינת חופש הביטוי הגבלות לזכות ניתנות דרך איזונים. בישראל האיזון בדוקטרינת חופש הביטוי הוא אופקי או אנכי²⁰³, באירופה האיזון על-פי האמנה לזכויות אדם הוא בין הזכות לאחריות בהפעלת הזכות²⁰⁴ ובארצות-הברית האיזון הוא באמצעות קטגוריות²⁰⁵. איזון בין הזכויות

- 199 ע"ד עמית אשכנזי, בדיון שנערך בוועדת הכלכלה בכנסת (לעיל, הערה 5). הגנת השימוש ההוגן מפני הזכות הכלכלית נחקקה בסעיף 19 לחוק הישראלי החדש. דוקטרינת השימוש ההוגן הוכנסה למשפט הישראלי אף לפני ניסוחו בחוק; ראו פרשת גבע (לעיל, הערה 1).
- 200 ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 250. ראו שם, עמ' 254, בנוגע לסבירות בדיני נזיקין, משפט מנהלי ושיקול הדעת השיפוטי.
- 201 S. Breyer "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, And Computer Programs" 84 *Harv. L. Rev.* (1970) 281, 290-1.
- 202 ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 250.
- 203 ראו נוסח האיזונים של השופט ברק בבג"ץ 2481/93 דייין נ' וילק, מח(2) 456. ראו גם ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 270-274.
- 204 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 10. גם באנגליה ה-1998 Human Rights Act כולל נוסח זו לאיזון.
- 205 M.B. Nimmer "The Right to Speak From *Times* to *Time*: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy" 56 *Cal. L. Rev.* (1968) 935, 938-48.

והאינטרסים המעורבים הוא נחוץ בהכרעת תביעות של הזכות המוסרית לשלמות היצירה. הדיון לעיל התרכז בקונפליקט – ובאיזון הנדרש – בין אוטונומיות הביטוי של היוצר, המשנה והציבור, בינם לבין עצמם. דומני שכל עוד תפורש הגנת הסבירות באופן מידתי, היא תיצור איזון ראוי. יש לעמוד על מידתיות בהתפתחות המשפטית של הגנה זו. אכן יש חסרונות בעמימות הניסוח של הגנת הסבירות בחוק החדש. כפי שכתב ויסמן, עניין הסבירות בחוק ההולנדי "מזיק אותנו למושג אלסטי..."²⁰⁶. גם הגנת השימוש ההוגן נתונה לביקורת שהיא עמומה. כדוגמה ראו אצל פרופסור נימר (Nimmer), המתאר את הגנת השימוש ההוגן כאגדה²⁰⁷. איזון בין אוטונומיות בניתוחו של זכויות יוצרים נתון לביקורת שהוא עמום. וולדרון (Waldron) טען כי איזון בין אוטונומיות הוא חסר משמעות²⁰⁸, אולם ניתן לראות את הגנת הסבירות כראויה בגמישותה. ויסמן אכן טען כך, בהמשך לדבריו שצוטטו לעיל: "...אך דומה כי גמישותו של מושג הסבירות עדיפה על הנוקשות שעלולה להיגרם מנסיון לפרט את השינויים שמותר יהי להתנגד להם"²⁰⁹. יש יתרונות רבים לגמישות זו בנסיבות של קונפליקט בין זכויות. ספנס ואנדיקוט מצדיקים את עמימות הסטנדרט של זכות היוצרים הכלכלית וטוענים כי חובות זהירות עמומות מייצרות תמריץ למניעת הסיכון של הפרת התחייבויות²¹⁰.

לטענתי ראוי לפרש גם את הזכות וגם את ההגנה באופן רחב, ולאזן בין שתיהן. נדרש שילוב של זכויות רחבות עם הגנות רחבות. מתודה זאת היא בניגוד למערכות משפט באירופה, המכירות בזכויות יוצרים רחבות ובהגנות צרות, ובניגוד למערכת המשפט האמריקנית, שבה זכויות יוצרים הן צרות והגנות הן רחבות²¹¹. כאשר מונחות על כפות

- (“definitional balancing”); N.W. Netanel “Locating Copyright within the First Amendment Skein” 54 *Stan. L. Rev.* (2001) 1, 9-10
 206 ויסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 65.
 207 ד. נימר “‘Fairest of them All’ and other Fairy Tales of Fair Use” 66 *L. & Contemp. Probs.* (2003) 263
 208 Waldron (לעיל, הערה 24).
 209 ויסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 65-66. בנוגע לגמישותו של מושג הסבירות ראו גם ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 252. לגישה שונה בחוק האוסטרלי, עם רשימה ארוכה של מקרים, ראו להלן, הערה 214.
 210 M. Spence, T. Endicott “Vagueness in the Scope of Copyright” 121 *L.Q.R.* (2005) 657
 ראו גם J. Waldron “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues” 82 *Cal. L. Rev.* (1994) 529
 211 A. Strowel “Droit d’auteur and Copyright: Between ; 170 עמ' Geller (לעיל, הערה 24), עמ' 249-250
 History and Nature” *Of Authors and Origins* (B. Sherman, A. Strowel eds., 1994) 83, ראו גם את נ' אלקין-קורן “זכויות משתמשים” יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (מ' בירנהק, ג' פסח עורכים, תשס"ט) 327.

המאזניים אוטונומיות הביטוי של שני הצדדים לקונפליקט בעניין הזכות המוסרית, נדרשת הגנה לשתייהן ואיזון ביניהן.

האם הגנת הסבירות חזקה דיה כדי להגן על חופש הביטוי? ניתן לטעון כי לא די בהגנה זו, שהיא פנימית לדוקטרינת הזכות המוסרית. אמנם, ניתן לפרש את ההגנה וכן את הזכות כולה²¹² כמתייחסות לזכויות של משנה היצירה ושל הציבור. נוסף על כך ייתכן כי תידרש הגנה שהיא חיצונית לדוקטרינת זכות המוסרית, הגנה שמקורה בדוקטרינת חופש הביטוי. ויכוח דומה נסב סביב הגנת השימוש ההוגן מפני הזכות הכלכלית²¹³.

ראינו כי מהפך התאורטי דרוש איזון כדי להגן על אוטונומיית הביטוי של שני הצדדים ושל הציבור בתביעת זכות המוסרית. הגנת הסבירות תורמת לאיזון נחוץ זה. דומני כי החוק החדש מייצר איזון ראוי. להלן אטען כי דרושה הקפדה על כך שסטנדרט הסבירות יפורש במידתיות לשם האיזון.

4. השיקולים

החוק החדש מונה את השיקולים שבית-המשפט רשאי להתחשב בהם ("בין השאר") בעת קביעת הסבירות של הפעולה שבוצעה ביצירה (סעיף 50(ג))²¹⁴. לפרשנות השיקולים נדרש איזון בין האוטונומיות של היוצר, של משנה היצירה ושל הציבור. כמו כן נדרשת פרשנות להיקפה הרחב הן של הזכות והן של ההגנה עליה. להלן אדון בקצרה בשיקולים השונים ואציע מתודה לפרשנותם העתידית.

שני השיקולים הראשונים, "אופי היצירה שביחס אליה נעשתה הפעולה" ו"אופי הפעולה ומטרתה" (סעיפים 50(ג)(1) ו-2), כמעט זהים לשני השיקולים הראשונים של הגנת השימוש ההוגן: נדרשת הבחנה בטיב היצירה ובפעולת השינוי. אם היצירה ו/או השינוי נעשו כביטוי מסחרי, ההגנה תהיה ברמה נמוכה. הגנת השימוש ההוגן חלשה יותר כשמדובר בשימוש מסחרי של יצירה המוגנת על-ידי זכות היוצרים²¹⁵. ניתן ללמוד לקח זה מדוקטרינת חופש הביטוי²¹⁶. ניתן להתחשב גם במניעי היוצר ביצירתו ובמניעים של משנה

212 ראו Treiger-Bar-Am (לעיל, הערה 28).

213 Netanel (לעיל, הערה 205); אלקין-קורן (לעיל, הערה 211).

214 את ארבעת השיקולים שפורטו לעיל ניתן לראות בחוק האוסטרלי, בין תשעת השיקולים המנויים בו. Copyright Amendment (Moral Rights) Act, 2000, §§ 195AP, 195AR, 195AS (Austl.). שיקולים נוספים רבים, הקשורים לנסיבות מיוחדות, רשומים אף הם בחוק האוסטרלי (לדוגמה בנוגע לסרטים, להריסת יצירות, להזזת יצירות שנעשו לאתרים ספציפיים, לבניינים ולשימור עבודות אמנות); ראו שם, § 195AT, 195AS(3).

215 ראו *Leibovitz v Paramount Pictures Corp.*, 137 F. 3d 109 (2d Cir. 1998).

216 במשפט האנגלי ואמריקני ראו *Campbell v. Mirror Group* (לעיל, הערה 45). ראו גם *E. Barendt Freedom of Speech* (2nd ed., 2005). לשאלה זו במשפט הישראלי ראו בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ המועצה לביקורת סרטים פ"ד נ(5) 661, 685-686,

היצירה בשינוי שביצע. לפי הדוקטרינה הצרפתית של הזכות המוסרית לשלמות היצירה²¹⁷, תום לב הוא תנאי בהפעלת הזכות ובפעולת השינוי.

השיקול הראשון דורש הכרה באוטונומיית הביטוי של היוצר. ייתכן כי לשם הערכה של אופי יבחן בית-המשפט את "יצירתיות" היצירה. במשפט האמריקני דרושה מידה מינימלית של יצירתיות כדי להכיר בתביעה בגין הפרה של זכות יוצרים הכלכלית²¹⁸. כפי שראינו לעיל, אין צורך בהבחנת הטיב האישי של היצירה. אין דרישה בחוק או בספרות כי היוצר יבטא את עצמו ביצירה או כי היצירה תשא את חותמת אישיותו. כמו כן אין דרישה כי בית-המשפט יערוך בחינה אסתטית של היצירה.

השיקול השני דורש הכרה באוטונומיית הביטוי של משנה היצירה וכן בזו של הציבור. דרושה הגנה על שינויים ביצירות כשהם מעידים על טרנספורמציה או על שינוי באיקון תרבותי, כפי שראינו לעיל. יש להגן על התפתחות המשמעות של יצירות תוך הגנה על שינויים אלו. ייתכן כי טיב השינויים וסוגם יהיו מגוונים, ולכן נדרשים גמישות ושיקול דעת רחב בקביעת אופייה של פעולת השינוי. בהקשר זה יש לציין כי ראוי לכלול בפירוש של הביטוי "שינוי בצורה" את השינוי בתוכן ובצורתו (סעיף 46)²¹⁹. כמו עם השיקול הראשון כלפי הערכת אופי היצירה, גם כאן אין צורך בבחינת הטיב האישי או האסתטי של פעולת השינוי.

על-פי השיקול השלישי, בית-המשפט רשאי לשקול את "יצירתה של היצירה על-ידי העובד במסגרת עבודתו או לפי הזמנה" (סעיף 50(ג)(3)). יש לפרש שיקול זה באופן גמיש כדי לשמור ככל האפשר על זכות היוצר ולא רק על זו של המעביד. גרינמן מזכיר כי הזכות היא זכות אישית, וכי בחוק החדש הבהרה זו "צריכה לשים קץ לשורת הפסיקות שהעניקו זכות [המוסרית] למעבידים ולחברות, בניגוד למהות הזכות"²²⁰.

(השופט חשין במיעוט); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, (השופט בך); וראו י' קרניאל דיני התקשורת המסחרית (תשס"ג, 2003), עמ' 293-315.

217 ראו לעיל, הערה 12. ראו גם Netanel (לעיל, הערה 14).

218 דיני זכויות יוצרים האמריקניים דורשים "minimal degree of creativity". ראו Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991). דיני זכויות היוצרים בישראל מושפעים גם מהדרישה בחוק האנגלי להוכחת זמן, עבודה ומאמץ מאת מחבר היצירה כתנאי להגנה על זכות היוצרים; University of London Press v. Universal Tutorial Press [1916] 2 Ch 601.

219 הנני מסכימה עם קריאתו של גרינמן לסעיף זה; ראו גרינמן (לעיל, הערה 72), עמ' 469-468.

220 גרינמן (לעיל, הערה 72). אני חולקת על דעתו של עמית אשכנזי שביחסי עובד-מעביד "הזכות צריכה לסגת בפני האינטרסים הלגיטימיים" של המעביד. ראו עו"ד עמית אשכנזי, בדיון שנערך בוועדת הכלכלה בכנסת (לעיל, הערה 5).

השיקול הרביעי מאפשר לבית-המשפט להעריך את פעולת השינוי לפי "המקובל בענף" (סעיף 50(ד))²²¹. כדוגמה, החוק לא יכיר בתביעת מתמחה נגד שופט על כי ביצע שינוי בעבודתו. לא כך מקובל בענף. לעומת זאת בהקשרים אמנותיים שיקול זה בעייתי. לעתים טרנספורמציה דורשת פעולה שאינה מקובלת בענף. פעולת השינוי שביצע דושאמפ בדמותה של המונה ליזה בשנת 1919 כשצייר את השפם על העתק דמותה לא הייתה מקובלת בענף בתקופה הזאת, ולכן הפעולה עוררה רעש גדול בקהילה האמנותית. כאשר הצייר מאנה (Eduard Manet) צייר את "דג'נר סור ל'הרב", שהוא שינוי של יצירה מאת מארק-אנטוניו ריימונדי (Marcantonio Raimondi) בשם "Judgment of Paris" – פעולה זו לא הייתה מקובלת בזמנו בענף²²². לעתים קרובות, בעולם האמנותי עבודות יצירתיות נחשבות כיצירות דווקא כשהן אינן מבוצעות לפי המקובל בענף. בפסק-הדין אלוניאל העיר בית-המשפט:

"לא אחת כשל מי שמוכר בדברי ימי האומנות כאמן דגול, טלו את וינסנט ואן גוך כמשל, בניסיונותיו למכור את יצירותיו לבני זמנו. תפיסות חברתיות אשר שלטו באותו הזמן לא ייחסו ליצירתו כל חשיבות"²²³.

ניתן להיזכר שוב במילותיו של השופט הולמס שהוזכרו לעיל, כי בקשה מבית-המשפט להכרעות אסתטיות כרוכה בקשיים ובסכנות²²⁴. פסח ממליץ גם "לנקוט גמישות ופתיחות כלפי זרמים חדשים ולא מקובלים של דרכי ביטוי ויצירה"²²⁵. כמו כן, יש להכיר בכך שסטנדרטים משתנים. יש להכיר בשינויים בתרבות ובסטנדרטים הנוגעים להערכתן של יצירות אמנות. הדיון לעיל בתאוריית קאנט מראה שינוי זה: ההייררכיה העתיקה שנקבעה בין סוגי אמנות שונים השתנתה בזמנו של קאנט, והיא ממשיכה להשתנות גם היום²²⁶. ראוי להכיר גם בהתפתחות הסטנדרטים בדיני הזכות המוסרית. לדוגמה, יגאל תומרקין זכה בתביעה להטלת נטל על הערייה לתחזוקת פסליו

- J.E. Rothman "The Questionable Use of Custom in Intellectual Property" 221
93 Va. L. Rev. (2007) 1899
- L. Pon Raphael, *Dürer, and Marcantonio* (לעיל, הערה 98), המפנה ל-*Raimondi: Copying and the Italian Renaissance Print* (2004) 222
- ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד, פ"ד נח(4) 31, פסקה 40 לפסק הדין. בית- המשפט המשיך ואמר כי "רק עם שינויים בעמדות הציבוריות, ובעקבות פועלם של מעצבי דעת קהל, זינק ערכה". 223
- Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251-2 (1903) (J. Holmes); 224
George Hensher Ltd. v. Restawile Upholstery (Lancs) Ltd. [1976] A.C. 64 (H.L.) ראו לעיל, הערות 83, 179-180.
- פסח (לעיל, הערה 72), עמ' 539. 225
- ראו לעיל, הערה 151. 226

אשר ממוקמים בכניסה לחיפה²²⁷ ובמספר מקומות אחרים²²⁸. הפסל פביאן זכה בתביעה דומה ברמת גן, להטלת החובה על העירייה לתחזק את פסלו אשר נמצא בשטח ציבורי²²⁹. ייתכן כי החובה לתחזק פסל בשטח ציבורי לא הייתה "מקובלת בענף" לפני התביעות הללו, אבל עתה ניתן לומר שחובה זאת היא מקובלת. מכאן שראוי לפרש את הסטנדרט "מקובל בענף" באופן גמיש. הסטנדרט של "ראוי" אכן ראוי יותר מסטנדרט של "מקובל"²³⁰. ניתן לראות את הגנת הסבירות כמושג נורמטיבי. הסבירות "מכירה בקיומם של כמה שיקולים ראויים והמבקשת לאזן ביניהם על-ידי מתן משקל 'ראוי'", במילותיו של השופט ברק. החוק החדש קבע סטנדרט זה לזכות להורות (סעיף 46(1))²³¹.

השיקול החמישי המפורט בסעיף 50(ג)(5) לחוק החדש הוא "הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה". הרקע החקיקתי של הסעיף מסביר שיקול זה. סעיף 53 להצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה-2005 כלל נוסח כללי של "סבירות" בלבד, ללא שיקולים. משרד המשפטים החליט במפורש לא לאמץ את הגישה המקובלת "במשפט האירופי... לקבוע מבחר של הוראות מאזנות בקשר לנסיבות מסוימות"²³². אולם כדי להעביר את הצעת החוק עם הגנת הסבירות בוועדת הכלכלה בכנסת הוספה רשימת שיקולים, כולל השיקול הכללי החמישי. שיקול זה אמנם קורא לבית-משפט להפעיל איזון מפורש בין אינטרסים, אולם גמישות השיקול מעידה על סכנה כי מבחן הסבירות יהיה עמום ורחב מד²³³. דרושות תשומת לב וזהירות כדי לעצב את הפרמטרים של הזכות ושל ההגנות בפרופורציות הנכונות. אכן, אף לפני חקיקת הגנת הסבירות והשיקולים בחוק החדש נקבע בעניין טאו מבחן גמיש, שלפיו "יש לבדוק כל מקרה לנסיבותיו"²³⁴.

הבסיס התאורטי הקאנטיאני לפרשנות הזכות ולהצדקת ההגבלות עליה שהוצג לעיל, דורש פרשנות גמישה לשיקולים המפורטים ברשימה הפתוחה בסעיף 50 לחוק ולשיקולים הנוספים שישמשו את בתי-המשפט. פרשנות רחבה זו הן לזכות והן להגנות, חשובה ונועדה

227 ת"א (מחוזי חי') 11264/97 תומרקין נ' עיריית קרית-ים (פורסם בנבו, 9.1.01), בנוגע לשלושת פסליו "קיר", "היום והלילה" ו"קיר ויבראציות ושעון שמש".

228 הזיכויים הנוספים היו או בבית המשפט או מחוצה לו. ראו לדוגמה מאמרים בכלבו (5.7.96) ובהצופה (4.7.96) בנוגע לפשרה שהשיג תומרקין בקשר לתחזוקה של הפסל "תמרור" בחיפה.

229 ת"א (שלום, ת"א) 73028/95 פביאן נ' עיריית רמת-גן (פורסם בנבו, 15.9.97).

230 ברק (לעיל, הערה 39), עמ' 250-251.

231 שם הנטל מוטל על היוצר. ת"א 1299/04 קוק נ' סיון אין האוס בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.08). לעומת זאת בהגנת הסבירות הנטל מוטל על הנתבע.

232 ראו עו"ד עמית אשכנזי, בדיון שנערך בוועדת הכלכלה בכנסת (לעיל, הערה 5).

233 חששות אלו אכן הועלו בכנסת, ראו הדיון שנערך בוועדת הכלכלה בכנסת (לעיל, הערה 5). ראו בנוסף ויסמן (לעיל, הערה 11).

234 עניין טאו (לעיל, הערה 3), עמ' 109, ס' 22.

להגן על אוטונומיית הביטוי של הצדדים לתביעה, כולל היוצרים העכשוויים והעתידיים, ואף על זו של הציבור. בפני מערכת המשפט הוצב תפקיד חשוב – לעזור להתפתחות פרשנותה של הגנת הסבירות על-פי הפרמטרים הנכונים בחוק החדש.

ה. סיכום

הזכות המוסרית לשלמות היצירה בחוק הישראלי מביאה לאיזון ראוי בין אינטרסים וזכויות שונים ומגוונים. לענייננו חשוב במיוחד האיזון הנדרש של אוטונומיות הביטוי ליוצר, למשנה את יצירתו ולציבור. אם נחזור לשפם שהוסיף הצייר מרסל דושאמפ להעתק דמותה של המונה ליזה, עלינו לדאוג לכך שפרשנות החוק תאפשר הגנה על ה"דושאמפים" וגם על ה"דה וינצ'יים" של היום.

האיזון שהזכות מורה עליו הוא איזון בין זכות המפורשת באופן רחב לבין הגנה שגם היא מפורשת באופן רחב. איזון זה שונה מהאיזון באירופה בין זכויות יוצרים רחבות להגנות צרות, והוא שונה גם מהאיזון בארצות-הברית בין זכויות יוצרים מפורטות להגנת רחבות. ראוי כי זכותו של היוצר תפורש באופן רחב. במיוחד ראינו שאין לפרש כתנאי או באופן צר את האלמנט בחוק: "כפגיעה בשמו ובכבודו". הסעיף אינו מונה מספר תנאים מצטברים, אלא מתאר את הפגיעה. עצם עיוותה של היצירה מביא להפרת האוטונומיה, ועצם הפרת האוטונומיה מביא לפגיעה בכבודו של היוצר. כפי שראינו, תיאור זה אינו דורש הוכחת נזק. כמו כן ראוי כי הגנתו של משנה היצירה, אשר משקפת זכותו, תפורש באופן רחב. כדי להגן על אוטונומיות הביטוי של משנה היצירה ושל הציבור, המשפט חייב להכיר בזכותם. הגנת הסבירות כנגד תביעה להפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה נותנת לבתי-משפט כלי נוסף לשמור על אוטונומיות הביטוי הללו. גם בדיני זכויות יוצרים הכירו לאחרונה בתי-משפט בדוקטרינה של שימוש הוגן כזכויות של המשתמשים ביצירות. עם זאת, לצד פרשנות רחבה לזכויות של שינוי (ושל שימוש) ביצירות, יש לשמור על כך שההגנה לא תפורש באופן רחב מדי. הבאתי מספר נקודות בקשר לדרך שבה יש, לדעתי, לפרש את השיקולים שציין החוק בנוגע לקביעת סבירותה של פעולת השינוי. אם תפתח ההלכה בעניין הגנת הסבירות באופן מידתי, נוסח הזכות המוסרית המוגדרת בחוק החדש ראוי לשבח ומעיד על צעד קדימה בחוק הישראלי.