

הגנה על יצירות בלתי-חוקיות

מאת

אלדר הבר*

הקדמה * יצירות בלתי-חוקיות – הגדרה *
ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות * סיכום

א. הקדמה

דמיינו לעצמכם תרחיש בו אדם ניצל קטינים לשם הפקת סרט פורנוגרפי. הוא הורשע בפלילים, ומבין כותלי בית הסוהר, הפיץ את הסרט, ואף דורש תשלום עבור גישה אליו. יתרה מכך, כבעל זכות היוצרים ב"יצירה", הוא אף בחר לתבוע את אלו שהעתיקו את "היצירה", ללא הסכמתו. לאחר שנים מספר, אותו אדם הוציא לאור ספר אוטוביוגרפי שהשיא לו רווחים נאים. תרחישים אלו מהווים דוגמאות לשלל מצבים בהם נוצרות יצירות המוגנות בזכות יוצרים, אך בד בבד מעלות שאלות ערכיות הנוגעות למהות ההגנה של זכות היוצרים ותפקידו של המשפט כמכוון התנהגות. האם מעילה בת עוולה תצמח זכות משפטית? האם וכיצד ראוי להגן על יצירות שבבסיסן עבירה פלילית? האם ראוי לאפשר לאדם שהורשע בפלילים להרוויח מהמוניטין שצבר בחסות המשפט? בשאלות סבוכות אלו תעסוק רשימה זו.¹

אטען כי ההסדר המשפטי הנוכחי בישראל מסדיר את שאלת היצירות הבלתי-חוקיות באופן חלקי בלבד. בעוד דיני זכות יוצרים אדישים לשאלת תוכנה של יצירה, ובכך אינם נוגעים בשאלות הנורמטיביות העולות מיצירות בלתי-חוקיות, החקיקה שמאפשרת חילוט רווחים מפרסומים שעניינים עבירות, על-אף היותה ראויה, איננה מספיקה דיה על-מנת להתמודד עם שלל הבעיות שמעלות יצירות-בלתי-חוקיות. לפיכך, אציע כי המחוקק ירחיב את סמכות בית-המשפט להתמודד עם שלל המקרים הקשורים ליצירות בלתי-חוקיות, ובין-היתר, יעניק סמכות לבית-המשפט להפקיע את זכות היוצרים ביצירות מסוימות (אלו בהם רמת הפגיעה עולה בהיקף ניכר ובולט על התרומה שלהם לידע האנושי) ואף להעביר את השליטה בה לנפגעי העבירה.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; חבר המרכז למשפט וטכנולוגיה והמרכז לחקר סייבר, משפט ומדיניות, אוניברסיטת חיפה; עמית-סגל (faculty associate), מרכז ברקמן-קליין לחקר האינטרנט והחברה, אוניברסיטת הרווארד.

¹ רשימה זו נכתבה, בין היתר, על-סמך מחקר קודם שערכתי בעבר. ראו: Eldar Haber, *Copyrighted Crimes: The Copyrightability of Illegal Works*, 16 YALE J.L. & TECH. 454 (2014).

ב. יצירות בלתי-חוקיות – הגדרה

על-אף הבדלים בין ההגנה על זכות יוצרים במחוזות משפטיים שונים, זכות היוצרים בדרך-כלל נולדת בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: מקוריות וקיבוע.² בפשטות, על-מנת לזכות בהגנה של זכות יוצרים על יצירה ספרותית, אמנותית, דרמטית או מוסיקלית, היצירה חייבת להיות מקורית דיה, ומקובעת בצורה כלשהי. כבר בשלב זה, נדמה כי הדרישות הפרוצדורליות העומדות בבסיס מתן הגנה בזכות יוצרים אינן נוגעות כלל לשאלת תוכנה של היצירה המוגנת. עמידה בתנאים אלו משמעה הגנה שוות-ערך ליצירות שונות, בין אם מדובר בסרט דרמה, ספר אקדמי, או חומר פדופילי.

יתכן שיש בגישה זו, שמתעלמת מתוכן היצירה, הבעת עמדה של המחוקק בכל הנוגע לדיני זכות יוצרים. על פניו, זכות היוצרים אדישה לכאורה לשאלת תוכנה של היצירה. היא אינה מתיימרת לבחון את תרומתן האפשרית – או אף נזקן הפוטנציאלי – של יצירות מעבר לדרישות שקבע המחוקק.³ היא אינה בוחנת האם יצירה מסוימת איננה מוסרית או את ההקשר בו היצירה נוצרה. במילים אחרות, דיני זכות היוצרים באופן כללי אדישים לתוכן של יצירות.

אך לא כל היצירות שוות אחת לשנייה. אינני מכוון לבחינה הסובייקטיבית שיצירה אחת היא איכותית יותר או פחות מן השנייה, אלא לכך שקיימות יצירות שתרומתן לחברה אינו רק מוטל בספק, אלא לעובדה שהן עשויות אף לגרום לנזק. גם בנקודה זו ניתן לטעון כי קיימות יצירות רבות שמצריכות בחינה סובייקטיבית באשר לתרומתן לחברה – למשל, יצירות שתוכן נתפס אצל רבים כ"בלתי-מוסרי", דוגמת פורנוגרפיה.⁴ אך ברשימה זו אינני מכוון לתחום אפור וסבוך זה.⁵ אני מכוון לאותן יצירות הקשורות במעשים בלתי-חוקיים בלבד. אותן יצירות שאופיין הבלתי-רצוי אינו מוטל בספק באופן כללי. כך, למשל, חומר פדופילי, סרטי סנאף (Snuff films),⁶ סרטי קראש (Crush films),⁷ או כל פעילות אחרת המורכבת מפעולה בלתי-חוקית מהוות דוגמה ליצירות כאלו. במילים אחרות, רשימה זו עוסקת באופן ישיר רק באותן יצירות שנוגעות ישירות

² כך למשל, בדין הישראלי, ראו ס' 4(א) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. השוו לדין האמריקני ב- 17 U.S.C. § 102(a).

³ לדיון בנושא מידת המקוריות הדרושה, ראו למשל ע"א 513/89 *Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A.*, פ"ד מח(4) 133 (1994); ע"א 7996/11 *סייפקום בע"מ נ' רביב* (פורסם בנבו).

⁴ לדיון על זכות יוצרים ופורנוגרפיה, ראו למשל: Ann Bartow, *Copyright Law and Pornography*, 91 OR. L. REV. 1 (2012).

⁵ לקריאה נוספת בנושא מוסר וזכות יוצרים ראו למשל: Ann Bartow, *Pornography, Coercion, and Copyright*; Robert C. Summers, *Constitutional Protection of Law 2.0*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 799 (2008); *Obscene Material Against Censorship as Correlated with Copyright Protection of Obscene Material Against Infringement*, 31 S. CAL. L. REV. 301 (1958).

⁶ סרט סנאף, הידוע גם כסרט לבן, הוא סרט המציג רצח מכוון של אדם לשם צרכי הצילום. להגדרת סרטי סנאף, לדיון, ראו למשל: Arnold H. Loewy, *Obscenity, Pornography, and First Amendment Theory*, 2 WM. & MARY BILL RTS. J. 471, 476 (1993).

⁷ סרט קראש מתייחס לסרטון המציג את מחיצתם של חפצים שונים ובעיקר בעלי-חיים קטנים. ראו [כאן](#).

לעבירות פליליות או לעבריינים מורשעים שיצירתם קשורה בצורה ישירה או עקיפה למעשה הפשיעה. את אלו ניתן לסווג כיצירות בלתי-חוקיות. הגדרה זו אינה ממצה כמובן. על-כן, ראוי לבצע טקסונומיה זריזה של המונח "יצירות בלתי-חוקיות" בהקשר הנוכחי. לשם כך, אחלק את היצירות האלו לשלוש קטגוריות: הראשונה מכילה יצירות שעצם עשייתן מהווה עבירה פלילית מסוג פשע.⁸ דוגמה לכך היא הפקה של חומר פדופילי.⁹ השנייה, מכילה יצירות שנעשו בצורה אגבית לעבירה פלילית, קרי, אין ביצירה עצמה או אף בעשייתה עבירה פלילית כשלעצמה. טלו למשל שודד בנק שצילם את מקרה השוד או אמן גרפיטי אשר צייר על רכושו של אחר ללא הסכמתו.¹⁰ השלישית, מכילה יצירות שנוצרו על-ידי מי שהורשע בפלילים בעבירה מסוג פשע ומתארות באופן ישיר את מקרה הפשיעה, או שיש זיקה מסוימת לרווחיות יצירה עקב המוניטין שצברו ממקרה הפשיעה. שוו לעצמכם, למשל, אנס סדרתי שפרסם ספר על אודות מקרי האונס או כתב שיר שאינו קשור למקרים אלו, אך רווחיותו גדלה עקב ההיכרות של הציבור עמו (המוניטין שצבר, גם אם המוניטין שלילי). אלו שלוש הקטגוריות השונות שייחשבו ל"יצירות בלתי-חוקיות" למטרת רשימה זו.

ג. ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות

סוגיית ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות העסיקה בתי-משפט רבים במרוצת השנים. כך, למשל, בתי משפט אמריקניים רבים שללו הגנה של זכות יוצרים על יצירות בלתי-חוקיות (וגם בלתי-מוסריות). אף רשם זכות היוצרים האמריקני היה מוסמך בעבר להפקיע את רישומה של יצירה בלתי-חוקית.¹¹ ניתן לראות כי לפחות עד שנת 1979, בתי-משפט רבים פירשו את חוק זכות יוצרים האמריקני ככזה שאינו מתיר הגנה על יצירות בלתי-חוקיות,¹² ועצם הקישור האפשרי בין יצירה

⁸ מחוקקים רבים נוהגים לסווג סוגי עבירות לפי חומרתן. כך למשל, בישראל, חוק העונשין מבדיל בין עבירת פשע (עבירה שנקבע לה עונש חמור ממאסר לתקופה של שלוש שנים) לעבירת עוון (עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים ושאינה עולה על שלוש שנים; ואם העונש הוא קנס בלבד - קנס העולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום) לעבירת חטא (עבירה שנקבע לה עונש מאסר לתקופה שאינה עולה על שלושה חודשים, ואם העונש הוא קנס בלבד - קנס שאינו עולה על שיעור הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום). ראו ס' 24 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ניתן כמובן להרחיב את היריעה של יצירות בלתי-חוקיות מעבר לסיווג של עבירת פשע, בהתאם לאופייה של העבירה, אך כוונתי העיקרית היא להדגיש את אותן עבירות פליליות שהמחוקק קבע כחמורות ביותר.

⁹ ראו למשל בישראל, ס' 214 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹⁰ במקרה של גרפיטי, מובן שמדובר ביצירה שעצם עשייתה מהווה עבירה פלילית (עוון), אך ביצירה עצמה, במנותק מן המעשה הפלילי, אין עבירה על חוקי העונשין.

¹¹ ראו: [44th Annual Report of the Register of Copyrights, COPYRIGHT OFFICE 29 \(1941\)](#). בשנת 1959 נקבע כי ההחלטה נתונה לשיקול דעת הרשם. ראו: Walter J. Derenberg, *Copyright Law*, 35 N.Y.U. L. REV. 650, 654 (1979); Dan W. Schneider, *Authority of the Register of Copyrights to Deny Registration of a Claim to Copyright on the Ground of Obscenity*, 51 CHI.-KENT L. REV. 691, 704 n.79 (1975).

¹² ראו למשל: *Barnes v. Miner*, 122 F. 480 (S.D.N.Y. 1903); *Broder v. Zeno Mauvais Music Co.*, 88 F. 74 (N.D. Cal. 1898); *Richardson v. Miller*, 20 F. Cas. 722 (No. 11791) (C.D. Mass. 1877); *Bullard v. Esper*, 72 F. Supp. 548 (N.D. Tex. 1947); *Hoffman v. le Traunik*, 209 F. 375, 379 (N.D.N.Y. 1913); *Dane v. M. & H. Co.*, 136 U.S.P.Q. 426 (N.Y. Sup. Ct. 1963); *Shook v. Daly*, 49 How. Pr. 366 (N.Y. Sup. Ct. 1875); *EATON*

לעבירה פלילית הקנה פעמים רבות הגנה למי שהיה מפר לכאורה.¹³ מנגד, נדמה כי קיים שינוי מהותי בגישה זו כיום. שינוי זה החל עם פסיקת בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז החמישי בשנת 1979, שקבע כי הסרט הפורנוגרפי "Behind the Green Door" זכאי להגנה של זכות יוצרים ללא צורך בבחינת השאלה האם מדובר בסרט תועבה.¹⁴ חיזוק למגמה זו ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז התשיעי, בו נקבע כי הפרה של יצירות "תועבה" איננה מקנה הגנה למפר.¹⁵ פסיקות אלו אמנם אינן מהוות הלכה מחייבת, אך יש בהן כדי להצביע על שינוי מהותי בגישת בתי המשפט האמריקנים בכל הנוגע ליצירות בלתי-חוקיות. על-אף שבמחוזות אחרים התנערו מפסיקה זו,¹⁶ נדמה כי הדעה הרווחת כיום לפרשנות ההסדרה המשפטית בכל הנוגע לזכות יוצרים היא שיצירות בלתי-חוקיות מוגנות ככל שאר היצירות. האם מדובר בגישה ראויה?

לשם בחינת שאלה זו, ראוי לבחון תחילה האם "גישת האדישות לתוכן" של דיני זכות יוצרים נבונה.¹⁷ יתכן שמענה לשאלה סבוכה זו יימצא בבסיס התיאורטי להצדקת מתן ההגנה. לכך קיימות מספר גישות שונות התלויות במידה רבה בשיטת המשפט המדוברת. באופן מסורתי, נהוג לייחס חשיבות יתרה לתיאוריית העבודה, תיאוריית האישיות ותיאוריית התמריצים כתיאוריות המרכזיות בתחום.¹⁸ כך, תיאוריית העבודה שמבוססת על משנתו של ג'ון לוק, גורסת כי הזכות הקניינית נרכשת עקב העמל שהושקע בעבודה;¹⁹ תיאוריית האישיות מצדיקה את מתן ההגנה עקב הכרה בזכות הטבעית של היוצר ביצירותיו;²⁰ ולבסוף, תיאוריית התמריצים גורסת כי יש לתת ליוצר תמריץ כלכלי על-מנת שיצור יצירות שיתרמו לרווחת הכלל.²¹ בנקודה זו, ניתן להצביע כי רק זו האחרונה – תיאוריית התמריצים – מתייחסת באופן ישיר לשאלת האדישות

.S. DRONE, A TREATISE ON THE LAW OF PROPERTY IN INTELLECTUAL PRODUCTIONS 185 (1879)

¹³ Bonnie Wilkinson, *Recent Development*, 46 FORDHAM L. REV. 1037, 1038-40 (1978)

¹⁴ Mitchell Bros. Film Grp. v. Cinema Adult Theater, 604 F.2d 852 (5th Cir. 1979)

¹⁵ FlavaWorks, Inc. v. Gunter, 689 F.3d 754, 755 (7th Cir. 2012); JarTech, Inc. v. Clancy, 666 F.2d 403, 408 (9th Cir. 1982) ("the prevailing view is that even illegality is not a bar to copyrightability.")

¹⁶ ראו למשל, במחוז השני, Next Devil Films, Inc. v. Nectar Video, 29 F. Supp. 2d 174 (S.D.N.Y. 1998); Phase Distrib., Inc. v. Does 1-27, 284 F.R.D. 165, 171 (S.D.N.Y. 2012)

¹⁷ ניתן לטעון כמובן, שדיני זכות יוצרים אינם אדישים כלל לתוכן, שכן אף שאלת המקוריות של יצירה נוגעת בבסיסה בבחינת מידה מסויימת של יצירתיות ובחינה האם היצירה מפרה יצירות מוגנות.

¹⁸ ראו: Neil W. Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 YALE L.J. 283 (1996)

¹⁹ אך לכך יש חריג, בו אסור לאדם ליטול מנחלת הכלל יותר מהסביר. ראו: JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1690); Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO L.J. 287 (1988)

²⁰ נהוג לייחס תיאוריית זו למשנתו של הגל. ראו: GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, ELEMENTS OF THE PHILOSOPHY OF RIGHT (1821)

²¹ לניתוח תיאוריית התמריצים, ראו למשל: William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEG. STUD. 325 (1989)

לתוכן, שכן היא מציבה שיקולים תועלתיים-חברתיים כחלק מהמשוואה הנוגעת למתן הזכות. אך מבלי לקבוע מסמרות לעניין זה, ניתן לפחות לקבוע כי התאוריות המרכזיות בבסיס הקניית ההגנה על זכות יוצרים אינן בהכרח חד-משמעיות בכל הנוגע לגישת האדישות לתוכן.

פסיעה אל מחוץ למחוזות התיאורטיים, עשויה לרמוז שאף בתי מחוקקים סברו כי הקניית ההגנה על זכות יוצרים קשורה ישירות לקידום ערכים מסוימים בלבד. ראו לדוגמה את כותרתו של חוק זכות יוצרים המודרני הראשון – "חוק המלכה אן" בבריטניה – שהוגדר כ-"חוק לעידוד לימוד".²² דוגמה נוספת מגיעה מחוק זכות היוצרים האמריקני, שנולד מתוך הסמכות החוקתית של הקונגרס לחוקק חוקי קניין רוחני שמטרתם "לעודד את ההתקדמות של הידע והאמנות השימושית".²³

ככל שקידום ידע מהווה בסיס למתן הגנה בזכות יוצרים, ניתן לומר שיצירה שאינה מקדמת את הידע אינה ראויה להגנה של זכות יוצרים. בנקודה זו צריך לחלק את הטענות לשתי תובנות אפשריות: טענת הידע **במובן הרחב** תגרוס כי כל יצירה מקורית תורמת לידע, ללא קשר לתוכנה, וזהו קו הגבול בו דיני זכות יוצרים עוצרים וחדלים מלהתערב בבחינת תוכן היצירה. מנגד, טענת הידע **במובן הצר** תדחה על הסף את קודמתה, ותגרוס כי רק ידע אשר יש בו תרומה מהותית לידע האנושי – או לכל הפחות תרומה מעבר למומחים בתחום – היא זו שיש להגן עליה בדיני זכות יוצרים ותו לא. אדגים גישות אלו. אם נבחן את המקרה של חומר פדופילי כדוגמה, על-אף התחושה הקשה שמעוררת "יצירה" זה בקרב מרבית הציבור, טענת הידע במובן הרחב תגרוס כי יצירות מעין אלו תורמות למומחים בתחום דוגמת קרימינולוגים. מנגד, טענת הידע במובן הצר תגרוס כי אין מדובר בקידום ידע ממשי של הידע האנושי, ועל-כן, אין הצילום ראוי להגנה של זכות יוצרים.

אולם, כאשר היצירה עצמה אינה מהווה עבירה פלילית כשלעצמה, אלא נעשתה בצורה אגבית לעבירה פלילית, אזי יתכן שנגיע למסקנה שונה. אם ניקח יצירת גרפיטי כדוגמה, אשר התבצעה על רכושו של אחר ללא הסכמתו, על-אף שהפעולה עצמה בלתי-חוקית,²⁴ יתכן שביצירה עצמה יש תרומה מספיקה לידע ולתרבות בכלל. מנגד, ניתן לטעון כי על-אף קידום הידע, יתכן שהוא מינימלי ביותר, ועל-כן ניתן לטעון כי אין זה רצוי שהחוק יתמרץ יצירות אלו מתוך ההתחשבות באינטרס הציבורי כנגד השחתה של קניין.

²² "An Act for the Encouragement of Learning". Copyright Act 1709, 8 Ann., c. 19. ראו:

²³ בנוסח המקורי: "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries." U.S. CONST. art. 1 § 8; תרגום המונח science המתייחס לזכות יוצרים בעניין זה, הוא "מדע" במובן ידע ולמידה ולאן דווקא מדע במובנו הנוכחי, עקב העובדה שכך התייחסו למונח זה במאה ה-18 כאשר ההגדרה הומשגה. ראו לעניין זה: Edward C. Walterscheid, *To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution*, 2 J. INTELL. PROP. L. 1, 51 (1994); Karl B. Lutz, *Patents and Science: A Clarification of the Patent Clause of the U.S. Constitution*, 32 J. PAT. OFF. SOC'Y 83, 84 (1950).

²⁴ ראו למשל בישראל, ס' 196 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (עבירת עוון).

בכל הנוגע ליצירות שנופלות בגדר הקטגוריה השלישית של יצירות בלתי-חוקיות – אותן יצירות "מוניטין" אשר נבנות על המוניטין הקודם של מבצע העבירה ולעיתים אף יהיו קשורות באופן ישיר לנושא העבירה – טענה בדבר חוסר קידום הידע צפויה להיכשל. יצירות אלו עשויות בהחלט להיות מועילות לחברה ואף לקדם את הידע. טלו, למשל, לוחמי-חירות אשר יצאו כנגד ממשלים מדכאים וקוטלגו על-ידי המדינה כעבריינים – דוגמת נלסון מנדלה – האם אין ליצירותיו ערך רב? גם יצירות הקשורות באופן ישיר לעבירות פליליות עשויות לעבור משוכה זו. יתרה מכך, ייתכן שיש תועלת ממשית ביצירות מעין אלו, שכן הן עשויות להוות חלק משיקומו של העבריין. מנגד, אל לנו לשכוח את נפגעי העבירה ואת האינטרס המדינתי לפצות כראוי ולהגן עליהם מפני נזק נוסף. דמיינו לעצמכם, למשל, שהאדם שפגע באדם קרוב לכם, כתב על כך רב-מכר מבין כותלי בית הסוהר. גם בהנחה שמדובר בתרומה ממשית לידע האנושי – האם הפגיעה בנפגעי העבירה מצדיקה את מתן הזכות?

מנקודת מבט נורמטיבית, קשה לטעון כי מדובר במצב ראוי כאשר החוק, בשוקלו שיקולי תמריצים, מעודד את שלל היצירות הבלתי-חוקיות. יצירות רבות אינן מקדמות את הידע, ואף גורמות לפגיעה נוספת בקורבנות העבירה. האם במקרים אלו הציבור מעוניין להגן על יוצרי היצירה בדרך של זכות קניינית? ובמילים אחרות, האם ראוי שדיני זכות יוצרים יתערבו ויחילו תניות ייחודיות לאותן יצירות בלתי-חוקיות? לשם בחינת שאלות אלו, ראוי תחילה לבחון את שאלת האדישות לתוכן בדיני זכות יוצרים בהקשר זה.

גישת האדישות לתכנים בלתי-חוקיים עשויה להיות רצויה ממספר רבדים: הטלת מגבלות עלולה ליצור חסם ליצירת יצירות מסוימות שעשויות להיות מועילות לחברה, ובכך להוביל לאפקט מצנן על יצירות ועל חופש הביטוי;²⁵ מגבלות על יצירות בלתי-חוקיות עלולות להוביל להגדלת תפוצתן של יצירות פוגעניות שכן ניתן להשתמש בהן ללא רשות וללא תשלום;²⁶ הטלת הקביעה בידי המדינה (בתי המשפט – בהיעדר רשם זכות יוצרים) בדבר מה נכנס לגדר יצירה בלתי-חוקית עלול להיות לא רצוי שכן הוא עלול להיתפש כצנזורה מדינתית;²⁷ לבסוף, שוני בין גישות של מדינות שונות בעניין זה עלול להוביל להבדלים מהותיים בין הגנה על יצירות במדינות שונות ולפגוע בנסיון ההרמוניזציה של דינים אלו.

מנגד, יתכן שאדישות לתוכן אינה בהכרח רצויה. יצירות בלתי-חוקיות לא רק שאינן בהכרח תורמות לידע ולחברה, הן עלולות להוביל לפגיעה נוספת בקורבנות העבירה ומשפחותיהן, ועל-כן יתכן שרצוי להסיר את התמריץ הכלכלי שעומד בבסיס הזכות.²⁸ בנוסף, ככל שלא נסדיר

²⁵ Ronald L. Green, *The Obscenity Defense to Copyright Revisited*, 69 Ky. L.J. 161, 182 (1980)

²⁶ ראו: Jeffrey M. Ferguson, *The Obscenity Defense Denied: The Rise of a Rational View of Copyright*, 9 W. St. U. L. Rev. 85, 95 (1981)

²⁷ Schneider, לעיל ה"ש 11, בעמ' 720.

²⁸ על התמריץ הכלכלי ליצור חומר פדופילי, ראו למשל: ("[T]he advertising and selling of child pornography provides an economic motive for and is thus an integral part of the production of such materials, an activity illegal throughout the nation.") New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 747 (1982)

את הרווחים מיצירות אלו, לא יהיה ניתן להשתמש בהם לפיצוי נפגעי העבירה; לבסוף, יתכן שהחברה תראה במתן הזכות כמעין חותמת ממשלתית שמאשררת ואף מעודדת יצירות מעין אלו, ובעקיפין, את הפשע שבוצע.²⁹

אין זו משימה קלה לאזן יתרונות וחסרונות אלו ולהכריע ידו של מי על העליונה. יתכן מאוד שדיני זכות היוצרים אינם האכסניה הראויה לטפל בבעיות אלו, ויש להשתמש בדינים קיימים אחרים – כגון דיני עשיית עושר ולא במשפט – על-מנת לבחון כל מקרה לגופו.³⁰ אך דינים אלו אינם ודאיים מספיק על-מנת להכיל את שלל פעולות הרווח מיצירות בלתי-חוקיות. הסדר חלקי לבעיית הרווחיות הנובעות מהמוניטין שנצבר מיוצר שהורשע בפלילים הוצע במשפט האמריקני באמצעות חילוט רווחים של עבריינים מיצירותיהם. חקיקה זו, המוכרת כ-חוקי "הבן של סאם" (Son of Sam),³¹ אף אומצה בישראל.³² כך, חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות מאפשר לחלט רווחי פרסום דבר שעניינו עבירה, אשר הפיק אדם שהורשע בביצוע אותה עבירה.³³

נדמה כי חקיקה שמאפשרת חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות ראויה. בגרסתה במשפט הישראלי מתקיים גם איזון ראוי ומידתי של אינטרסים וזכויות כגון חופש הביטוי והזכות הקניינית. בית המשפט המחוזי הוא זה שיכריע באיזו מידה יחולטו הרווחים (כולם או חלקם), אם בכלל, ובבואו להכריע בסוגיה, ישקול את קיומו של ערך חינוכי או שיקומי לפרסום, ואת מידת ההשפעה של הפרסום על נפגע העבירה.³⁴ אך מלבד ביקורות שונות על חקיקה זו, דוגמת

²⁹ ראו: Christopher Thomas McDavid, *I Know It When I See It: Obscenity, Copyright, and the Cautionary Tale of the Lanham Act*, 47 U. LOUISVILLE L. REV. 561, 562 (2009).

³⁰ ראו בעניין זה בדין האמריקני: RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 1. Note, *Can Intellectual Property Law Regulate Behavior - A Modest Proposal for Weakening Unclean Hands*, 113 HARV. L. REV. 1503, 1504-05 (2000); Haber ה"ש 1, בעמ' 486-500.

³¹ חוקים אלו קיבלו את שמם עקב רצונו של הרוצח-הסדרתי דיוויד ברקוביץ' להרוויח ממכירת סיפורו. ראו: [David L. Hudson Jr., 'Son of Sam' laws, FIRST AMENDMENT CENTER \(June 4, 2004\)](#). החוק הראשון בארצות-הברית חוקק במדינת ניו-יורק בשנת 1977 וחייב כל אדם או חברה המתקשר עם אדם המואשם או מורשע בפשע למטרת הפקת סרט, ספר, מאמר, הקלטה או דומיהם כאשר אלו מתארים את מחשבותיו, רגשותיו ודעותיו לגבי הפשע, להעביר את הרווחים לגוף מנהלי שמטרתו לשפות נפגעי עבירה. ראו N.Y. EXEC. LAW § 632-a (McKinney 1982); חוק זה נפסל על-ידי בית המשפט העליון עקב הפגיעה בחופש הביטוי. ראו: *Simon & Schuster, Inc. v. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991). לאחר מכן, החוק תוקן ועדיין בתוקף, כמו גם במדינות רבות נוספות בארה"ב ואף ברמה הפדרלית. ראו: N.Y. EXEC. LAW § 632-a (McKinney Supp. 1994); 18 U.S.C. § 3681 (2012).

³² לניתוח המצב בישראל ראו צחי קרן-פז "פרסום אודות עבירה או פרסום בשל עבירה: על בעיית הכללת החסר בחוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות" הפרקליט מח 459 (תשס"ו).

³³ חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות, התשס"ה-2005, ס' 2.

³⁴ שם.

משך תקופת ההתיישנות הקבועה כיום בחוק,³⁵ יש לציין כי החוק אינו נוגע לכלל הבעיות העולות מיצירות בלתי-חוקיות. כך, למשל, הוא אינו נוגע באופן ישיר לרווחים שנוצרו עקב המוניטין שצבר עבריו מורשע, כאשר יצירותיו אינן נוגעות לנושא העבירה. כך, פורץ מפורסם יכול להשיא רווחים מפרסום חברת אבטחה או יצרנית מנעולים. בנוסף, הוא אינו מתייחס באופן ישיר למצבים רווחיים נוספים אפשריים של יצירות בלתי-חוקיות אשר אינם נוגעים למוניטין – קרי, אינו אוסר על זכות תביעה בגין הפרת זכות יוצרים. אם, לדוגמה, יוצר חומר פדופילי יתבע מפריס על הפרת זכותו – החוק לא יחול. בנוסף, חוק זה גם אינו מונע את המשך הפצתה של היצירה, אלא עוסק רק בחילוט רווחיה. כך, יתכנו מצבים בהם השליטה ביצירה נותרת בידי העבריו, שעשוי להפיצה ללא קשר לשאלת רווחיותה ובכך לפגוע בנפגעי העבירה.

בד בבד, החוק מצליח לטפל במקרים רבים הקשורים ליצירות בלתי-חוקיות, ללא הזדקקות לחוק זכות יוצרים, ואולי בכך טמון כוחו. יתכן מאוד כי אין זה תפקיד משטר זכות היוצרים לעסוק בתוכן של יצירות באופן כללי. בחינה כזו מעוררת בעיות רבות הנוגעות לזכויות יסוד דוגמת חופש הביטוי, ועל-כן ראוי שכלל שיעשו, הן יעשו בזהירות המרבית ותחת ביקורת שיפוטית ראויה. אך בד בבד, בין אם במסגרת דיני זכות יוצרים או מחוצה להם, אל למשפט, ככלי להכוונת התנהגות, להתעלם מהבעיות הנובעות מיצירות בלתי-חוקיות. על המחוקק לבחון את שלל המצבים האפשריים של יצירות בלתי-חוקיות תחת חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות, ולהותיר לבית המשפט מרווח פרשנות לבחון כל מקרה לגופו. תחת בחינה מדוקדקת וקפדנית זו, יתכן שיש להעניק לבית המשפט סמכות, במצבים מסוימים כמו אלו אשר רמת הפגיעה שבהם עולה בהיקף ניכר ובולט על התרומה שלהם לידע האנושי (דוגמת חומר פדופילי), להפקיע את זכות היוצרים ביצירה מידי העבריו, ואף להעביר את השליטה בה לנפגעי העבירה. כך, יוכלו נפגעי העבירה לקבל פיצוי מסוים עבור נזקם האפשרי ולנסות להפחיתו באמצעות שימוש באגד הזכויות הקנייניות שלהם ולנסות למנוע, או לכל הפחות להפחית, את תפוצתו.³⁶

ד. סיכום

שאלת ההגנה על יצירות בלתי-חוקיות – שאלה סבוכה היא. אין עוררין שהמדינה אינה מעוניינת לתמרץ יצירות שאינן מועילות לחברה, כל שכן כאשר עבריינים יוכלו להרוויח מעבירות אלו. ניתן לדמות זאת לשאלה עתיקת היומין "הרצחת וגם ירשת?" ואת הפתרון האפשרי למעין תקנת הציבור. מנגד, אין זה בהכרח תפקידם של דיני זכות היוצרים לערוך איזון שכזה. על-כן, מוצע באופן כללי לאפשר את היצירות הללו במסגרת דיני זכות יוצרים בישראל, אך להגביל את הרווחיות שלהן באמצעות תיקון חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות. מוצע גם

³⁵ החוק קובע כי לא ניתן להגיש בקשה לחילוט רווחים במקרים בהם הפרסום נעשה למעלה מחמש שנים מיום ההרשעה או למעלה משלוש שנים מיום סיום ריצוי מאסר בפועל, לפי המאוחר או כאשר חלפו חמש שנים מיום הפרסום. ראו שם, ס' 3.

³⁶ קצרה היריעה מלפרט פתרונות אפשריים בדמות אלו המוצעים ברשימה זו. להרחבה, לפחות בכל הנוגע לשיטת המשפט האמריקנית, ראו Haber, לעיל ה"ש 1, בעמ' 486-500.

אלדר הבר "הגנה על יצירות בלתי-חוקיות" הגבול המוסרי של הקניין הרוחני 10-18 (מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון עורכים,
(2018

להעניק לבית המשפט סמכות, במצבי-קיצון, להפקיע את זכות היוצרים באותן יצירות שרמת
הפגיעה שבהן עולה על מידת תרומתן לידע האנושי, ולהעבירה לשליטת נפגעי העבירה.