

הגבול המוסרי לזכויות המוסריות

מאת

קים טרייגר-בר-עם*

מבוא * מוסר * הגבול המוסרי: האוטונומיה של כל צד

* הגבול המוסרי: חופש הביטוי של כל צד * סבירות *

כלים משפטיים ומוסריים נוספים * מסקנות

א. מבוא

הזכות המוסרית לשלמות היצירה מאפשרת ליוצרת למנוע עיוותים ושינויים אחרים ביצירתה, אשר עלולים לפגוע בשמה הטוב או בכבודה. אין בחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 ("החוק") הוראה מפורשת להגבלת הזכות מטעמים מוסריים, כפי שמופיעה בחוקים אחרים של קניין רוחני בישראל.¹ האם קיימים עקרונות הנובעים ממוסר בדוקטרינת הזכויות המוסריות? ניתן גם להעלות שאלה נורמטיבית בעניין זה: האם ראוי שיחולו עקרונות כאלו? רשימה זו עוסקת בהיבטים של החוק והמשפט שמשקפים מוסר. אטען, שראוי כי הדוקטרינה תשקף עקרונות של אתיקה בתקשורת בין היוצרים לציבור.

הדיון מתחיל בהגדרה של המושג מוסר. אמשיך בניתוח של ההגבלות בחוק ובמשפט לפי אמות המוסר. תחילה יידונו הגבלות ביחס לערכים של חירות וכבוד, ולאחר מכן ביחס לחופש הביטוי. ערכים מוסריים אלו מגנים על זכויותיהן של כל היוצרות, כלומר, היוצרת הקודמת והיוצרות המאוחרות לה. לכן, ראוי שהן הזכות והן ההגנה בתביעה להפרת הזכות תשקף ערכים אלו. בהמשך, הרשימה בוחנת את ההגנה הסטטוטורית של הזכות המוסרית. הדיון יסתיים בהצגה של כלים נוספים העומדים לרשות בית המשפט, שעה שהוא שוקל להגביל את אכיפת הזכות המוסרית בנסיבות שנראות בעיניו ראויות לכך.

המגבלה המוסרית שבמרכז הדיון היא בהגנה על זכות הנתבעת (כלומר, היוצרת המאוחרת). בחינת הגבול המוסרי של הזכות המוסרית מחזקת את תחושת אי המוסריות שיש בהתעלמות מאוטונומיית הביטוי ובכבוד של הנתבעת. ייתכן שיועלו שאלות נוספות על מגבלות אפשריות של אכיפת הזכות המוסרית כלפי תוכן היצירה, כגון האם על בית המשפט לדחות את בקשת התובעת או הנתבעת להגן על יצירה פורנוגרפית,² אולם באלה לא אדון כאן.

ב. מוסר

מהו מוסר? רשימה קצרה זו אינה המסגרת לפתח נושא כה רחב; אך, אציין את דרך השימוש במושג זה כאן, כפי שמוכרת בתחום החברה והמשפט, והחשיבות בשיקולי המוסר במשפט.

* המחברת (06 D.Phil. Oxford '98, M.Jur. Oxford '89, J.D. Yale '85, B.A. Yale '85) מלמדת בישראל ובאנגליה, וכותבת על משפטים ופילוסופיה.

¹ ראו סעיף 511(5) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (סימן אינו כשר לרישום אם "לא ניתן לרשום סימן מסחר שיש בו ביטוי שאינו מוסרי"); סעיף 5 לחוק העיצובים, התשע"ז-2017 ("עיצוב שיש בו משום פגיעה בתקנת הציבור לא יהיה כשיר להגנה").

² לדוגמאות שהגיעו לבתי משפט בארצות הברית, ראו ROBERTA ROSENTHAL KWALL, THE SOUL OF CREATIVITY: FORGING A MORAL; RIGHTS LAW FOR THE UNITED STATES 8, 169 (2010).

(1) הגדרת המוסר

המושג מוסר מתייחס לעקרונות שמקובלים בחברה. אין הכוונה להביא את הדעה המקובלת על פי רוב אנשי קהילה או חברה מסויימת (popular morality), לפי המושג שפיתח לורד דבלין.³ הדין מתייחס לעקרונות שלפיהם מבוססים הערכים הבסיסיים של החברה, במובן שרונלד דוורקין פיתח (political morality). כפי שדוורקין כתב, הפרשנות המשפטית הראויה לתיקים קשים (hard cases) היא פרשנות הנסמכת על עקרונות אלו באופן עקבי.⁴

(2) ערכים מוסריים וקודים אתיים

רשימה זו דנה בעקרונות מוסריים ובקודים אתיים. מה ההבדל בין מוסר לבין אתיקה? השימוש כאן במונח מוסר מתייחס לעקרונות וכללים אוניברסליים שמנחים כל פרט. אתיקה מתייחסת לקודים באשר ליחסים חיצוניים של הפרט, וההתנהגות בין אנשים.⁵ ההתמקדות היא בעקרונות של אוטונומיה, חירות וכבוד, עקרונות מוסריים שמקובלים בחברה. בנוסף לעקרונות מוסריים אלו, יידונו קודים אתיים בנוגע להתנהגות הולמת בין פרט אחד לאחר, שמוכרים בדוקטרינת זכויות מוסריות. לדוגמה, התנהגות סבירה ותום לב.

(3) מחשבה יהודית וקאנטיאנית

שתי מערכות מוסר שנוגעות לעקרונות וקודים של התנהגות הן מחשבה קאנטיאנית ויהודית.⁶ הגישות המוסריות במערכות אלו יוזכרו כאן על מנת לעגן את העקרונות של אוטונומיה, חירות וכבוד של כל היוצרות, הקודמת והמאוחרות.

(4) מדינה יהודית ודמוקרטיה

עקרונות מוסריים של חירות וכבוד מהווים בסיס של חברה ליברלית. הם משתקפים בערכים היהודיים ודמוקרטיים אשר מהווים סטנדרט חוקתי במשפט הישראלי על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ("חוק היסוד").

כאשר תביעה להפרת זכות מוסרית נוגעת בזכות החירות או הכבוד של יוצרת, ראוי לדון בחוק היסוד. כלומר, ייתכן שהכרה בזכות של היוצרת הקודמת (התובעת) תגביל את זכותה של יוצרת מאוחרת (הנתבעת), או שהכרה בהגנה של יוצרת מאוחרת תגביל את זכותה של היוצרת הקודמת. על בית המשפט לשקול את העקרונות המשפטיים והמוסריים בעניין אוטונומיה וכבוד של שני הצדדים לתביעה. במקרים אלו, על בית המשפט לשקול את הערכים הדמוקרטיים והיהודיים של מדינת ישראל.

³ PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (1959)

⁴ RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986) (judicial integrity applied to hard cases, upon coherence and fit)

⁵ יש הגדרות שונות לביטויים "מוסר" ו"אתיקה", ראו למשל: RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS 25 (2011).

⁶ על ההתאמה בין הפילוסופיה הקאנטיאנית למחשבה היהודית בדוקטרינת זכויות מוסריות, ראו קים טרייגר-בר-עם "אוטונומיה של ביטויי כבסיס הנורמטיבי לזכויות יוצרים" קניין רוחני: עיוניים בינתחומיים 35 (מרים ביטון-מרקוביץ וליאור זמר עורכים, 2015).

(5) פונקציית המשפט: היעד של החברה

מדוע לנו לדון במוסר? התנגשות בזכויות של הצדדים לתביעה דורשת שקילת ערכים יהודיים ודמוקרטיים, שנובעים מעקרונות מוסריים. יתר על כן, ישנה גישה בולטת שרואה במשפט גשר לחברה ראויה יותר, שאליה ראוי לשאוף.⁷ בהתאם, ראוי להתחשב במוסר, כולל באוטונומיה ובכבוד של שתי היוצרות ביחס לזכות המוסרית.

ג. הגבול המוסרי: האוטונומיה של כל צד

הזכות המוסרית לשלמות היצירה היא זכות משפטית. השם "זכות מוסרית" הוא תרגום שגוי מצרפתית *droit morale*. המקור של הזכות הוא במשפט הצרפתי, ובצרפת הביטוי *droit morale* מקבל משמעות של זכות מנטלית, אינטלקטואלית, או ספיריטואלית.⁸ הזכות אינה מוסרית לעומת משפטית אלא משפטית לכל דבר, אך עם זאת, קיים גם מוסר בזכות המוסרית. יתואר כאן איך הגנת האוטונומיה של היוצרת הקודמת והמאוחרת משקפות מוסר.

הזכות מספקת ליוצרת שליטה על אופן הביטוי של יצירתה, כלומר מגנה על אוטונומיית הביטוי שלה. ערכים בחברה דמוקרטית-ליברלית מכירים באוטונומיה של האדם, ובכלל זה של יוצרות. הגנה על אוטונומיה הינה עמדה מוסרית.

הן הפילוסופיה הקאנטיאנית והן המחשבה היהודית מכירות באוטונומיה ובחירות האדם, ולכן גם באוטונומיית הביטוי של יוצר. הפילוסוף עמנואל קאנט הדגיש את חשיבות האוטונומיה בכלל, והתייחס גם בפרט לצורך באי-עיוות המילים ביצירתו של סופר,⁹ שכן עיוות מהווה דיבור כפוי.¹⁰ התנ"ך מבסס את החירות של האדם ואת אוטונומיית הביטוי שלו.¹¹ מקורות יהודיים דורשים אתיקה בתקשורת בין אנשים, ומתייחסים גם ליוצרים. למשל, במשך דורות התנגדו רבנים לסילוף דברים שנכתבו על ידי מחבר, כמו שלעיתים נמצא בליקוטים (ספרים אשר מביאים לקט מדברי אחרים).¹²

יש גם להגן על האוטונומיה של היוצרת המאוחרת בקונפליקט משפטי, שנתבעת על ידי היוצרת הקודמת, שיצירתה שונתה. היוצרת המאוחרת מבטאת את האוטונומיה שלה דרך השינוי שמבצעת ביצירה שקדמה ליצירתה. גם ההגנה על אוטונומיית ביטוי זו מהווה עמדה מוסרית.

הגנה לאוטונומיה של היוצרת המאוחרת נדרשת גם על ידי ערכים מוסריים בדמוקרטיה-ליברלית, ואכן מודגשות בפילוסופיה הקאנטיאנית ובמחשבה היהודית. קאנט כתב על המצבים שבהם סופר משתמש בספר שקדם לעבודתו שלו, ומשנה אותו. קאנט ראה את החשיבות בהגנה על הסופר המאוחר ואת החשיבות שיכתוב וידבר עם הציבור. גם המחשבה היהודית תומכת ביצירתו של היוצר המאוחר. הדרישה ההלכתית לאפשר עיבוד של יצירה נזכרת בפסק דין **דוד**

⁷ Robert M. Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983). שאיפה זו למשפט היא שאיפה מודרנית ומשקפת את העמדה של אפלטון ואריסטו ביוון העתיקה. ראו: ROGER COTTERELL, INTRODUCTION TO SOCIOLOGY OF LAW 49 (2d ed.)(1992).

⁸ יהושע ויסמן הציע שעדיף לקרוא לזכויות אלו זכויות אישיות. ראו יהושע ויסמן "הזכות האישית (Droit Moral) בדיני זכות יוצרים" **מחקרי משפט** ז 51 (1989).

⁹ ראו את מאמרו של קאנט: "On the wrongfulness of unauthorized publication of books" (1785).

¹⁰ בקשר לביטוי כפוי, ראו: ABRAHAM DRASSINOWER, WHAT'S WRONG WITH COPYING? (2015).

¹¹ חיים כהן **זכויות אדם במקרא ובתלמוד** (1988).

¹² נחום רקובר **זכות היוצרים במקורות היהודיים** 41-42, 76 (1991). בנוסף, נאמר כי שינוי בדברי חכמים על ידי אחרים עלול להוביל לזילות ביחס לחכמה. מסכת אבות א, יא. סילוף מביא לעדות כוזבת. טדסקי מתייחס לשינויים שהוכנסו ליצירה כעדות כוזבת לגבי היוצר. ראו ג'ד טדסקי "הקניין הרוחני וזכויות האישיות" **משפטים** י 392, 403 (1980).

"הכי טוב") **דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי**: "גזלן אשר עשה שינוי בנכס הנגזל פטור הוא מהשבה." ¹³

אף שרשימה זו מתרכזת בזכות לשלמות היצירה (סעיף 46(2) לחוק זכות יוצרים), ניתן לראות מוסריות גם בזכות המוסרית המאוחרת שיש בחוק, בקשר לייחוס שמו של יוצרת ליצירתו (סעיף 46(1) לחוק). קאנט הכיר בצורך לייחוס שם הסופר לספרו, ואילו את השינויים שנעשו בספר לסופר המאוחר. כמו כן, נאמר בתלמוד כי "כל האומר דבר בשם אומרו מביא גאולה לעולם". ¹⁴ יתר על כן, היצירתיות עצמה דורשת הגנה. יצירתיות היא פעולה של ביטוי דרך העתקות הכוללות שינויים ליצירות תרבותיות קודמות. ¹⁵ ניתן לטעון שיש פן מוסרי בהגנה על ההתפתחות התרבותית. ג'ון סטוארט מיל ראה את החשיבות לחברה בהתפתחות הפרט דרך ביטוי, וכן את מימוש חירותו של הפרט בעצם הביטוי. ¹⁶

לפיכך, יש להגן על האוטונומיה של כל היוצרות. נהוג לקרוא לצדדים לתביעה בשמות נפרדים: לתובע קוראים "היוצר המקורי", ולנתבע קוראים "המשתמש" או "המשנה", או פשוט "הנתבע". ¹⁷ אך במקרה של שימוש ושינוי קונסטרוקטיבי / טרנספורמטיבי (כפי שיתואר להלן), גם היוצרת המאוחרת היא יוצרת, ¹⁸ וקיים היבט מוסרי בהגנה על אוטונומיית הביטוי של כל אחת מהן.

ד. הגבול המוסרי: הכבוד של כל צד

מגבלה מוסרית נוספת על אכיפת הזכות ועל הגנתה נמצאת בערך של כבוד. הזכות המוסרית לשלמות היצירה מאפשרת ליוצרת הקודמת למנוע רק שינויים ביצירה שעלולים לפגוע בכבודה או בשמה הטוב, על פי סעיף 46(2) לחוק. הזכות המוסרית שמגנה על האוטונומיה של היוצרת-התובעת, מגנה על הכבוד שאוטונומיה מבססת. גם הגנה על האוטונומיה של היוצרת המאוחרת מגנה על כבודה. נראה שמקור הדאגה לכבוד של כל היוצרת הוא במוסר.

קאנט טען שאוטונומיה מבססת כבוד. ¹⁹ הכבוד שקאנט התייחס אליו הוא dignity. משום שזכות המוסרית מגנה על אוטונומיה, ניתן לטעון שהיא מגנה על כבוד. ²⁰ מספר בתי משפט בישראל התייחסו לזכות המוסרית כמגנה על כבוד. ²¹

¹³ ע"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דוד ("הכי טוב") **דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי**, המצטט את ד' אלינר, "האמנם יכל מה שיוצא מתחת ידי אדם – שלו הוא?" **תחומין** כא, 460 (תשס"א).

¹⁴ בבלי, מגילה טז, ע"א.

¹⁵ Kim Treiger-Bar-Am, *Copyright, Creativity, and Transformative Use*, in *COPYRIGHTING CREATIVITY: CREATIVE VALUES, CULTURAL HERITAGE INSTITUTIONS AND SYSTEMS OF INTELLECTUAL PROPERTY* 169 (Helle Porsdam ed., 2015).

¹⁶ JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (chapter 3)(1859).

¹⁷ לעיתים מתייחסים ליוצרת המאוחרת כ-"recoder, remixer", ראו: LAWRENCE LESSIG, REMIX: MAKING ART AND COMMERCE THRIVE IN THE HYBRID ECONOMY (2008).

¹⁸ ניתן להתייחס לצופה ולקוראת כיוצרים. ייתכן שאחת שקוראת ספר או צופה באמנות ויזואלית משתתפת באופן אפקטיבי ביצירת משמעות היצירה. לדיון, ראו ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים** 344 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). על תפקידו של הציבור ביצירה, ראו ליאור זמר "העסקה החברתית בזכות יוצרים" **משפטים** מו 297 (2017).

¹⁹ IMMANUEL KANT, *GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS* (1785).

²⁰ לטענתי זו, ראו קים טרייגר-בר-עם "הזכות המוסרית, הגנת הסבירות, והאיזונים החיוניים" **עלי משפט** ח 237, 249, 253, 267 (2010). אמנת ברן סעיף 6bis מתייחס ל-honour, אך דומני כי ניתן לפרש את הבטוי כ-dignity במובנו של קאנט. לניתוח ההיבטים של כבוד ראו אורית קמיר, **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (2004).

המקורות ביהדות גם מתייחסים לקשר בין אוטונומיה לכבוד. המקורות מציינים שאדם נברא בצלם אלקים עם חירות וכבוד.²² המשפט מכיר בחשיבות של הגנת הכבוד של כל אחד ואחת על פי חוק היסוד. כאמור לעיל, כבוד הוא ערך מוסרי בחברה שמודגש בפילוסופיה הקאנטיאנית, במחשבה היהודית, ובערכים היהודיים ודמוקרטיים של מדינת ישראל אנו רואים שהזכות המוסרית מתייחסת לכבוד של היוצרות.

אדון כאן בתנאי לגבי זכותה של היוצרת הקודמת מפני פגיעה בכבודה. בהמשך אדון בכבוד היוצרת המאוחרת. נראה שראוי לכבד את כל היוצרות.

(1) אפשרות הפגיעה ורמתה

החוק אינו מתיר ליוצר להתנגד לכל שינוי ליצירה. על מנת לבסס תביעה של הפרת הזכות המוסרית לשלמות היצירה, השינוי ביצירה אמור להיות משמעותי. שינויים שנחשבים קלים או קטנים אינם מהווים הפרה. בתי משפט דוחים תביעות נגד טענה להפרה עקב "פגיעה מזערית", "דבר של מה בכך", או "זוטי דברים".²³ החוק גם דורש התחשבות בסיכוי שהפגיעה תתממש. טיב ואפשרות הפגיעה מאת השינוי נבחנים על ידי מבחן אובייקטיבי, שמהווה מגבלה על אכיפת הזכות.

החוק דורש לשכנע את בית המשפט באפשרות שהשינוי יביא פגיעה בכבודה של היוצרת. הזכות מונעת שינויים "אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר" (סעיף 46(2) לחוק). גם לפי הנוסח של הדין לפני שנחקק החוק הנוכחי בשנת 2007 (סעיף 4 לפקודת זכות היוצרים, 1924), התנאי לשינוי שהיה נחשב להפרה היה שינוי ש"עלול לפגוע" בכבודו או בשמו הטוב של היוצר.²⁴ ואכן, הנוסח בחוק 2007 מצביע על פגיעה אפשרית. כמו כן, נוסח הזכות במשפט הבין-לאומי מתייחס לפגיעה אפשרית: על פי אמנת ברן, שישראל חברה בה, הזכות המוסרית לשלמות היצירה מאפשרת ליוצר להתנגד לעיוותים "which would be prejudicial".²⁵ בעיניי, בפסק דין ויינברג נ' וייסהוף פירש בית המשפט העליון את החוק ככזה שמציב תנאי של פגיעה ממשית לשם הוכחת פגיעה בשלמות היצירה, וטעה בפרשנות זו.²⁶ בית המשפט דחה את התביעה להפרת זכות המוסרית לשלמות היצירה משום שלא השתכנע שהתקיימה פגיעה בכבודו או בשמו הטוב של התובע. ייתכן שהחלטה זו מסמנת דרישה להוכחת פגיעה

²¹ הכבוד של היוצר הוכר בקשר לזכות המוסרית לשלמות היצירה בענין ת"א (שלום ת"א) 043688/06 רובינגר נ' וואלה! תקשורת בע"מ (5.2.09); לגבי כבוד והזכות המוסרית לייחוס השם, ראו ת"א (שלום ת"א) 075851/04 דורפמן נ' YNET - ידיעות תקשורת בע"מ (2006) (להלן: עניין דורפמן); ולגבי זכויות יוצרים כלכלית ראו רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז (2) 629, 625 (2003).

²² JONATHAN SACKS, COVENANT & CONVERSATION - GENESIS: THE BOOK OF BEGINNINGS 21 (2009)

²³ ת"א (שלום פ"ת) 45536-07-11 אפלדורף נ' יצחק (29.1.13) (להלן: עניין אפלדורף); ת"א (מחוזי מרכז) 5311-04-08 נרקיס נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח' (29.12.2011); ת"א (שלום ת"א) 59647/06 פרי ארנון נ' ל.ה.ב. (1992) לימודי הכשרה בניהול בע"מ (25.12.2008). ראו גם פסק הדין האנגלי אשר דחה את התביעה להפרת זכות לשלמות היצירה לשינוי אשר היה *de minimis*: *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum* [1995] 39 I.P.R. 501 (Ch).

²⁴ עלתה שאלה לפי הדין הקודם אם תנאי זה חל על כל שינוי אשר צויין בחוק, או לסוג השינוי אשר תואר מיד לפני ציון התנאי בסיפא של הסעיף. הנוסח החדש בחוק 2007 ברור: הדרישה חלה על כל סוג של שינוי אשר החוק מתאר. ראו רע"א 7774/09 ויינברג נ' וייסהוף (28.8.2012).

²⁵ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Text 1971) Article 6 bis

²⁶ עניין ויינברג, לעיל ה"ש 24, בפס' 28, 26.

ממשית. אני סבורה שחשוב שבית המשפט ישמור את מהות הזכות ויסיפק בפגיעה אפשרית בכבודה או בשמה הטוב של היוצרת הקודמת.²⁷ דיוק זה מכיר ומגן על כבוד היוצרת המוקדמת. יתרה מכך, על בית המשפט להחליט איזה שינוי מהווה פגיעה אפשרית. המבחן שהציעה השופטת שטרסברג-כהן באחד המקרים, עוד בכהונתה בבית המשפט המחוזי, הסמיך את השופט לערוך בחינה אובייקטיבית להתנגדות הסובייקטיבית של התובע לשינוי ביצירתו. העיקרון שהוצע שם היה ליישם בחינה טקסטואלית של אפיוני היצירה, לפני ואחרי השינוי.²⁸ דיון אובייקטיבי זה מגביל את הסובייקטיביות של הזכות. כעת, אפנה לכבוד היוצרת המאוחרת.

(2) כבודה של היוצרת המאוחרת

התחשבות בהיקף השינוי והפגיעה שומרת הן על האוטונומיה והן על הכבוד של היוצרת המאוחרת. כאשר שינוי לא מוביל לפגיעה או מהווה פגיעה מזערית, וכאשר נותנים לבית המשפט לשקול באופן אובייקטיבי את הפוטנציאל לפגיעה בכבוד, מגנים על הכבוד של היוצרת המאוחרת. במידה שמגבילים את הביטוי שלה, ייתכן שתהיה פגיעה (פוטנציאלית) ביוצרת המאוחרת. יש לתת ליוצרת המאוחרת לבצע יצירות עצמאיות או חדשות – וטרנספורמטיביות (כפי שיתואר בהמשך).

לכן, על בית המשפט לבחון את הכבוד של שתי היוצרות ובמידת הצורך, לאזן ביניהן. מוצע להחיל את מהות הזכות, שהיא כבוד האדם, ביחס לשתי היוצרות: ליוצרת הקודמת וליוצרות המאוחרת. מדובר במגבלה נוספת על אכיפת הזכות מטעמי מוסר.

ה. הגבול המוסרי: חופש הביטוי של כל צד

עד כה, התייחסתי לאוטונומיית הביטוי. ראינו שהמוסר תומך באוטונומיה הן של היוצרת הקודמת והן של היוצרות המאוחרות. המערכות הפילוסופיות המוסריות של קאנט והיהדות תומכות בכך. הדיון כעת עובר מפילוסופיה למשפט.

חופש הביטוי מושרש עמוק במשפט.²⁹ חופש זה הוא מוסרי: אחת ההצדקות המרכזיות לחופש הביטוי היא האוטונומיה של הדוברת.³⁰ נראה כאן את ההכרה בחופש הביטוי בדוקטרינות של דיני זכויות יוצרים בכלל וזכויות מוסריות בפרט. הזכות לשלמות היצירה מגנה על חופש הביטוי של היוצרת הקודמת, וראוי שהיא תפורש כך שתגן גם על חופש הביטוי של היוצרת המאוחרת. ההגנה על חופש הביטוי של היוצרת המאוחרת הינה מגבלה מוסרית על אכיפת הזכות.

²⁷ כמו כן, חשוב לפרש את ההתייחסות לפגיעה בסעיף 50(ג) לחוק כמתייחס לשינוי אשר עלול לפגוע, בהתאם לאמנת ברן (עם הנוסח: "which would be prejudicial").

²⁸ ת"א (מחוזי חיפה) 977/86 טאו נ' הטכניון-מכון טכנולוגי לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ב(3) 89 (1992).

²⁹ חופש הביטוי הוכר בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953), ובפסקי דין רבים על פי חוק היסוד. ראו אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובוטתיה**, 707 – 754 (2014).

³⁰ חופש הביטוי הוא גם זכות דאונטולוגית וגם תועלתנית. ראו: FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL INQUIRY (1982).

(1) זכויות יוצרים

זכויות יוצרים נחשבות ל- "an engine of free expression"³¹, ובאות לעודד יצירתיות.³² דרך היצירתיות, יכולה היוצרת לבטא את עצמה. גם הגנת השימוש ההוגן נחשבת כמעודדת יצירה וביטוי.³³ במספר מדינות ההגנה נחשבת כזכות,³⁴ ומוסר עולה מהכרה זו. מוסר גם עולה מהחובה שהוטלה על התובעת להביא בחשבון שייתכן ששימוש הנתבעת מהווה שימוש הוגן, על פי המשפט האמריקני.³⁵

בישראל ובארצות הברית קבע החוק כי בהכרעה בדבר קיומה של הגנת שימוש הוגן, על בית המשפט לבחון (בין היתר) את מטרת הנתבעת בשימוש ביצירה.³⁶ היסוד המרכזי כיום בהגנת השימוש ההוגן בארצות הברית, הוא השימוש הטרנספורמטיבי.³⁷ אם הנתבעת עשתה שימוש טרנספורמטיבי ביצירה שלה, תעמוד לה הגנה.³⁸ בישראל, בית המשפט העליון הכיר ביסוד זה בהגנת השימוש ההוגן. בעניין **Premier League** הגדיר בית המשפט את השימוש הטרנספורמטיבי כך:

"היבט נוסף, אשר נבחן לעתים בגדר אופיו של השימוש, נוגע לשאלה עד כמה מדובר בשימוש 'טרנספורמטיבי' אשר יוצר בעצמו מוצר חדש. ככול שמדובר בשימוש פרודוקטיבי, אשר אמנם נשען על היצירה הקודמת (המוגנת) – אך זאת, לצורך הפקת מוצר או ביטוי חדש, בעלי אופי ותכלית שונים מן המוצר המקורי – גוברת הנטייה להכיר בשימוש כהוגן. התפישה היא שקל יותר להכיר בשימוש טרנספורמטיבי כ'הוגן', שכן הוא מגשים את תכליתו של ההיתר - לעודד את היצירה ולהעשיר את מאגר הידע המצטבר בחברה."³⁹

³¹ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985); Pamela Samuelson, *Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue – But to What Future?*, in *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* (Neil W. Netanel & Niva Elkin-Koren eds., 2002) 68.

³² ע"א 513/89 *Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133, 173-172 (1994); Statute of Anne 1710; U.S. Constitution, Art. 1, Sec. 8, Cl. 8) זכויות היוצרים באו במשפט הקונטיננטלי להגן על הזכויות הטבעיות של היוצר לבטא את עצמו ואת אישיותו (*droit d'auteur*). ע"א 2687/92 *גבע נ' חברת וולט דיסני*, פ"ד מח(1) 266, 251 (1993). ראו גם Paul Edward Geller, *Must Copyright be Forever Caught between Marketplace and Authorship Norms?*, in *OF AUTHORS AND ORIGINS* (Brad Sherman & Alain Strowel eds., 1994).

³³ על המשפט האמריקני והאנגלי, ראו: Treiger-Bar-Am, לעיל ה"ש 15. על המשפט הישראלי, ראו מיכאל בירנהק "יצירה משפטית: שימוש הוגן בדיני זכויות יוצרים" *משפט, תרבות וספר: ספר נילי כהן* 84 (שי לביא ועופר גרוסקופף, עורכים, 2018).

³⁴ במשפט האמריקני, ראו: *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126, 1132 (9th Cir. 2015), *amended and superseded on denial of reh'g*, No. 13-16106, 2016 WL 1056082 (9th Cir., 2016) *CCH v. Law Society of Upper Canada* [2004] 30 C.P.R.4th 1. על האפשרות שההגנה תיחשב כזכות בישראל, ראו ע"א 5097/11 *טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ* (2013) (השופט זילברטל). ראו גם ע"א 7996/11 *סייפקום בע"מ נ' רביב*, פס' 35 (2013) (השופט דנציגר).

Lenz, 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015). ראו גם Kim Treiger-Bar-Am, *Copyright and Positive Freedom: Kantian and Jewish Thought on Authorial Rights and Duties*, 63(4) J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 551 (Fall, 2016). את מושג החובה אפתח במקום אחר.

³⁶ סעיף 19(1) לחוק הישראלי. בחוק האמריקני: Copyright Act, 17 U.S.C. §107(1).

³⁷ Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15(3) LEWIS & CLARK L. REV. 715 (2012).

³⁸ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013). ראו גם *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569 (1994).

³⁹ ע"א 9183/09 *The Football Association Premier League Limited נ' פלוני*, פ"ד סה(3) 521 (2012) (להלן: עניין "פרמייר ליג") פס' 20 (השופט ריבלין).

בעניין **Premier League**, ובדומה לכך, בעניין **ויינברג נ' ויסהוף**,⁴⁰ בית המשפט העליון הזכיר את הגנה זו, אך לא מצא שבמקרים אלו היה שימוש טרנספורמטיבי. בנסיבות המקרים האלה, החליט בית המשפט שההגנה לא התקיימה. בכל זאת, בהכרת ההגנה לשימוש טרנספורמטיבי – או במילותיו של בית המשפט, "ביטוי חדש" – ניתן לראות הכרה ממשית בביטוי של היוצרת המאוחרת.⁴¹ הגנת השימוש ההוגן ובמיוחד השימוש הטרנספורמטיבי מגנים על חופש הביטוי. במבט על הזכות לחופש הביטוי כדאונטולוגית, ניכר המוסר בהגנת השימוש ההוגן.

(2) הזכות המוסרית

האפיון של הזכות המוסרית לשלמות היצירה הוא ביטוי. הזכות מגנה על חופש הביטוי של היוצרת הקודמת, ואכן, יש בתי משפט שמכירים בחופש הביטוי של היוצרת המאוחרת. במשפט האמריקני, שימוש הוגן נזכר במפורש כהגנה מתביעה של הפרת הזכות המוסרית.⁴² למרות שבישראל אין הכרה מפורשת בחקיקה לשימוש הוגן כהגנה לתביעה של הפרת הזכות המוסרית, ניתן למצוא הגנה דומה לכך. יש דמיון בין ההגנה בקשר לזכויות יוצרים חומרית לשימוש הוגן (סעיף 19), לבין ההגנה בקשר לזכויות מוסריות לסבירות (סעיף 50, כפי שיתואר בהמשך). שתי ההגנות מצביעות על שיקול של מטרת השימוש והשינוי. יתר על כן, יש בתי משפט שמפתחים גישה דומה להגנת השימוש ההוגן בהקשר של הזכות המוסרית, ואכן מוזכר כשימוש טרנספורמטיבי.

בפסק דין **רוטמן נ' כץ**, תמך בית המשפט ב"שינוי הוגן".⁴³ בעוד מספר מקרים, בתי המשפט דיברו על הטרנספורמציה בשימוש ושינוי שנעשה על ידי הנתבע. בתי המשפט הזכירו את הזכות ליוצרת המאוחרת לשנות את היצירה שקדמה ליצירתה, אם היצירה המאוחרת היא בעצם יצירה חדשה או יצירה עצמאית.⁴⁴

אני סבורה שראוי להגן, מחד גיסא, על הזכות המוסרית ועל חופש הביטוי של היוצרת הקודמת, ומאידך גיסא, על הזכות לשינוי הוגן של היצירה ועל חופש הביטוי של היוצרות המאוחרות. יש להכיר בשימוש ההוגן, ובמיוחד בשימוש הטרנספורמטיבי, כהגנה מפני תביעה להפרת זכות המוסרית לשלמות היצירה. כפי שהוזכר לעיל לגבי אוטונומיה ולגבי כבוד, על בית המשפט לבחון את רמת העצמאות של היצירה המאוחרת ולהגן עליה. דומני כי אף ששימוש הוגן ושימוש טרנספורמטיבי אינם מהווים הגנות מפורשות בדוקטרינת הזכות המוסרית בישראל, הן מתפתחות בכיוון זה.

⁴⁰ עניין **ויינברג**, לעיל ה"ש 24, פס' 22.

⁴¹ זאת, למרות שבית המשפט בעניין **פרמייר ליג** לא הצדיק את ההגנה של שימוש טרנספורמטיבי בחופש הביטוי של הנתבע, אלא מזכיר תמריץ לעידוד יצירה אשר הינו מטרת זכויות יוצרים. אך ראינו כי מטרת אלו משולבות.

⁴² Visual Artists Rights Act (§106A). לביקורת על הגנה זו, ראו Dane S. Ciolino, *Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use*, 54 WASH & LEE L. REV. 33 (1997).

⁴³ ת"א (מחוזי מרכז) 7648-09-08 **כץ ואח' נ' רוטמן** (8.7.10).

⁴⁴ ת"א (מחוזי י-ם) 9430-07 **שפירו נ' רגן** (פשרה אושרה ע"א 4958/12 (2013)); עניין **אפלדורף**, לעיל ה"ש 23; ת"א (מחוזי מרכז) 9289-02-09 **גולני נ' כהן** (8.2.2012) ("יצירה עצמאית נוספת", פס' 61). לעוד פסקי דין שבחנו האם היצירה הנתבעת מהווה יצירה חדשה (אף אם לא במסגרת הדיון בזכויות מוסריות), ראו ת"א (מחוזי י-ם) 8303/06 **מחולה המרכז למחול בע"מ נ' חנן כהן** (14.8.2008); ת"א (מחוזי ת"א) 001437/02 **מוסינזון נ' האפרתי** (29.05.2003).

ו. סבירות⁴⁵

גבול נוסף על אכיפת הזכות המוסרית הוא הגנת הסבירות (סעיף 50 לחוק), שדומה להגנת שימוש הוגן. אם השינוי ליצירה נחשב כסביר לפי בית המשפט, לא תתקבל התביעה להפרת זכות המוסרית לשלמות היצירה הקודמת. הסעיף מאפשר התחשבות באוטונומיית וחופש הביטוי של היוצרת המאוחרת, קרי, מציעה הסתכלות מוסרית.

החוק מונה מספר שיקולים שבית המשפט רשאי להביא בחשבון בעת בחינת הגנה זו. בנוסף לשיקול של אופי פעולת השינוי ומטרותה, כאמור לעיל, החוק שואף לאיזון. השיקול שמוצע הוא "הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה." (סעיף 50(ג)). האם ניתן לומר שחופש הביטוי של הנתבע כלול ב"צורך בעשיית הפעולה"? ניתן לטעון כי ליוצרת המאוחרת יש "צורך" בביטוי. אם השינוי של היצירה על ידי היוצרת המאוחרת נחשבת סביר לפי שיקולי בית המשפט, הביטוי שלה מוגנת. יש מוסר בהגנת חופש הביטוי הן של היוצרת הקודמת והן בזו שחלה ביחס ליוצרת המאוחרת.

יתר על כן, השיקולים המוצעים על פי הסעיף מביאות את בית המשפט לבחון את נסיבות המקרה שלפניו. דרך בחינת השיקולים (בין היתר, לגבי אופי היצירה הקודמת ופעולת השינוי, יחסי עבודה בין הצדדים, הנוהג המקובל בענף והאיזון בין צורך הפעולה לגרימת פגיעה), בית המשפט מנסה לבחון את שקורה בפועל בין הצדדים, ויחסי הכוחות ביניהם. התבוננות שכזו היא יסוד חשוב במשפט ובחברה.⁴⁶ יש אלמנט מוסרי בדאגה ליחסים בפועל בין אנשים במציאות. דרך הגנת הסבירות, החוק סולל דרך להכרעת התביעה באמצעות התייחסות הערכית.

ז. כלים משפטיים ומוסריים נוספים

ניתן לראות היבטים של מוסרבכלים נוספים שזמינים לבית המשפט במקרים שבהם נראה לבית המשפט שהתביעה מהיוצרת הקודמת, או ההגנה ליוצרת המאוחרת, אינה ראויה. הכלים הללו הם משפטיים ואף מוסריים.

בפסקי הדין בנוגע לזכויות מוסריות, בתי משפט מעריכים את תום הלב שבהגשת התביעה. למשל, בעניין **רוטמן נ' כץ**, בית המשפט הצביע על תום הלב של הנתבע, ועל חוסר תום הלב של התובעת.⁴⁷ תום הלב של הנתבע הוא גם יסוד שבית המשפט רשאי לשקול בקביעת פיצויים ללא הוכחת נזק (סעיף 56(ב)(8)). יתר על כן, במקרה שהמפר את הזכות המוסרית "לא ידע ולא היה עליו לדעת, במועד ההפרה, כי קיימת זכות יוצרים ביצירה, לא יחויב בתשלום פיצויים עקב ההפרה." (סעיף 58). בנוסף, יש מי שטוענים כי ראוי להעלות לדיון בתביעות להפרת זכויות יוצרים את תקנות הציבור, שלפיו: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל."⁴⁸

את השימוש בכלים אלו ניתן לפרש כשימוש ב"אינטואיציה המוסרית" של השופט. כדוגמה, יש חוקרים שמסווגים את הסטנדרט המשפטי של תום לב כסטנדרט מוסרי. פרופסור

⁴⁵ בענין הגנת הסבירות, ודמיון בינה להגבלות על הזכות במדינות אחרות, ראו טרייגר-בר-עם, לעיל ה"ש 20.

⁴⁶ CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW (1987)

⁴⁷ להבחנת תום לב בדיון הפרת הזכות המוסרית, ראו גם עניין **אפלדורף**, לעיל ה"ש 23. פסק דין זה הוזכר לעיל לגבי רמת השינוי, ולגבי שינוי טרנספורמטיבי. לדיון בתום לב בתביעה להפרת הזכות המוסרית לייחוס השם, ראו עניין **דורפמן**, לעיל ה"ש 21.

⁴⁸ לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. יוהנתן קלינגר "תקנות הציבור בזכויות יוצרים" (16.10.13). <https://2jk.org/praxis/?p=4896>

גבריאלה שלו כתבה: "עקרון תום הלב מעניק גושפנקה משפטית לצווי מוסר: התנהגות אנושית, ביושר ובהגינות." ⁴⁹ דומני כי אמנם הסטנדרט של תום לב משקף ערך חברתי בנוגע להתנהגות נורמטיבית בחברה, ולכן זהו ערך מוסרי.

כאשר האינטואיציה המוסרית מתאימה לערכים של החברה, הפעלת אינטואיציה זו ראויה. אולם, כפי שתואר לעיל, על בית המשפט להחיל את העקרונות והערכים המוסריים של החברה באופן עקבי.⁵⁰

ח. מסקנות

יש להגן על האוטונומיה, הכבוד, וחופש הביטוי של שני הצדדים לתביעה. ההגנה לחירות, לכבוד ולחופש הביטוי הן מיסודות במשפט, וראויות מטעמים מוסריים. על בית המשפט לאזן בין הזכויות של כל צד לתביעה בתיקים רלוונטיים, בעקביות. ייתכן שהאיזון בין הזכויות יוביל להגבלה על אכיפת הזכות, ובהגבלה זו משתקף מוסר.

⁴⁹ חוק החוזים (חלק כללי). גבריאלה שלו, **דיני חוזים** כרך א 65 (מהדורה שנייה 2008). חוק החוזים (סעיף 39) קובע כי "יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" לגבי שימוש בזכות הנובעת כחווה. הוראות החוק יחולו גם על חיובים שאינם נובעים מחוזה, על פי סעיף 61(ב).

⁵⁰ ראו דוורקין, לעיל ה"ש 5 על עקביות.