

עידן הפרודיה –

מאת: תמר גדרון*

על "חסמב"ה", על "חלף עם הרוח" ועל מה שביניהם**

א. מבוא

להפיכתו של **אוליבר טוויסט**¹ סוחר הדמעות למחזמר מצליח התרגלנו כבר, כך יש להניח, כולנו.

כך גם ללייזה דוליטל שיצאה בשירה מתוך דפי **פינגמליון**² ועלתה בריקודים על בימות התאטראות באנגליה, בארצות-הברית וגם בארץ. אך מסתבר שעדיין נכוננו לנו חידושים נוספים בתחום הספרות הפופולרית.

אחד מחידושים אלו, ולא בהכרח המבורך שביניהם, שלא זכה לחשיפה מספקת, לפחות בכל הנוגע לסוגיות המשפטיות שהוא מעורר, הוא כתיבת פרודיה על יצירה ספרותית מוכרת, אהודה, פופולרית וחסרת יומרות אמנותיות יוצאות דופן. והמתכון פשוט – לוקחים ספר ידוע ו"מכיר" והופכים את הסוף להתחלה, את השחור ללבן, את התמים למושע ואת היפה למכוער והרי לפנינו יצירה ספרותית חדשה, שבדרך כלל ימצא גם מי שיטען כי יש מסר חברתי בחובה.

מי מאתנו הקוראים, לפחות המבוגרים יותר שבינינו, אינו זוכר את עלילות **חסמב"ה** (חבורת סוד מוחלט בהחלט³). עוד טרם היווצרה של הגרסה המוסרטת הייתה לכל אחד מהקוראים הנאמנים תמונה פרטית שיצר בדמיונו – של ירון זהבי ותמר חברתו, אהוד השמן ומנשה התימני. בארץ גדל אז דור שלם של ילדים שחיכו בקוצר רוח לצאתו של ספר חדש המתאר את עלילות החבורה בימי טרום טלוויזיה וטרם מחשבים.

והנה, בשקט יחסי, הוצא למכירה בחנויות הספרים ברחבי הארץ לפני כשנה ספר ששמו **לא תשוה**⁴, פרי עטה של שפרה האפרתי, שבו מתוארות עלילות בני החבורה בזקנתם, המביישת, כך במפורש, את צעירותם, ומספרת על מעלליהם במהלך השנים שחלפו מאז היו צעירים יותר, יפים יותר ומוצלחים יותר.

אלמנתו של יגאל מוסינזון, אבי סדרת **חסמב"ה**, הגישה תביעה נגד האפרתי, ובה ביקשה למנוע את פרסום הספר. התביעה נדחתה לפני מספר חודשים על ידי השופט זפט בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בת"א (ת"א) 1437/02 **מוסינזון נ' האפרתי**⁵. על פסק הדין לא הוגש ערעור.

* דוקטור למשפטים. דיקן הפקולטה למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. תודות לגיא אופיר, אסיסטנט המחקר שלי, לירון בנטוב שעשה לילות כימים בעבודת עריכה ושיפוף, לאמירה מנגלוס, עורכת המשנה, שקיצצה ללא רחם ולד"ר חיים זנדברג שניצח על העבודה. תודות גם לכל יתר חברי מערכת המשפט.

השוואת פסק הדין בעניין **חסמב"ה** להלכה ולפסיקה הקיימת בנושא בארצות-הברית, וניתוחו לאור הוראות החוק בארץ מעוררת תחושה של החמצה. החמצה משפטית והחמצה מוסרית.

מקרה דומה נדון בארצות-הברית לפני כשנתיים. שם הגיש עיזבונה של הסופרת מרגרט מיטשל בקשה לצו שימנע הוצאתו לאור של ספר ששמו "The Wind Done Gone" שהיה, לטענת המחברת, אליס רנדל, פרודיה על ספרה הידוע של מיטשל **חלף עם הרוח** – "Gone With the Wind"⁷. גם תביעה זו נדחתה.

על אף הזהות הלכאורית, ואף כי בשני פסקי הדין לא הוצאו צווי מניעה ובשניהם ניתן הכשר ליצירה החדשה, קשה שלא לעמוד על ההבדלים המהותיים בין שני פסקי הדין בכל הנוגע לדרך ניתוח הסוגיה המשפטית הכבדה והמורכבת שעמדה במרכזו של הטיעון בשניהם. וקשה שלא להעלות הרהור נוסף לגבי התוצאה שהייתה מתקבלת – או לפחות על מסכת הנימוקים התומכים בתוצאה זו – בעניין **חסמב"ה**, אילו נחקרו ונותחו כאן לעומק מכלול השאלות העקרוניות, הערכיות, המוסריות, הספרותיות והחוקתיות שהועלו, נדונו והוחלטו בעניין **חלף עם הרוח**.

ב. עניין חסמב"ה

1. העובדות

סדרת ספרי חסמב"ה – בסך הכול 44 ספרים – פרי עטו של הסופר יגאל מוסינזון ז"ל פורסמה בארץ במשך 44 שנים. הספר הראשון פורסם ב-1949.

שורת דמויות קבועות, בעלות קווי אופי מובהקים ומוכרים עומדות במרכזם של כל הספרים, שכל אחד מהם עוסק במאבק "למען מטרות נאצלות, ובסופה של העלילה מנצחים הטובים את הרעים"⁸. ניתן בהחלט לומר – וזו הייתה גם הנחת העבודה של הצדדים במשפט – שחסמב"ה היא יצירה מוכרת, ידועה, שבהמשך התבססו עליה גם מחזות וסרטים, דורות רבים של ילדים גדלו עליה והיא "שמשה מקור השראה לרבים בבחירת שמות ילדיהם"⁹. עם פטירתו של הסופר עברו זכויות היוצרים בספרים לאלמנתו, חנה מוסינזון.

והנה מסתבר שבין קוראיה הנאמנים של הסדרה הייתה גם ילדה בשם שפרה האפרתי, שלאחר שבגרה החליטה – בניגוד לקוראים פסיביים אחרים – לעשות מעשה ו"להשאיר אחריה מכתב"¹⁰ בדמות יצירה ספרותית שתבדוק מה עלה בגורלם של חברי חסמב"ה, או בלשון המחברת עצמה: "איפה הם עכשיו".

שלומית עצמה מתוארת בספר כרוצחת סדרתית שריצתה בכלא מאסר של 22 שנה והיא מאתרת ומחסלת את האיש שהביא לחשיפתה בבית האבות המנוהל על ידי תמר".

בספר נעשה שימוש נרחב במילים בוטות ובתיאורי מין ואלומות, וקווי המתאר של העלילה ומתווי האופי של הדמויות הם ניגוד קיצוני במכוון לאלו שבסדרה המקורית.

לא תשווה – שם הספר – הוא "אחרון הדברות שאי פעם ייכתבו על לוח אבן", במקום עשרת הדיברות המקוריות, שאת הלוח שעליו נחקקו שובר מנשה התימני לקול בכיו של אלוהים-התינוק, לקראת סיום עלילת הספר¹².

לא פלא הוא שאלמנתו של המחבר, חנה מוסינזון, מיהרה להגיש תביעה לבית המשפט המחוזי הן בטענה לפגיעה בזכויות היוצרים שלה, הן בטענת התעשרות שלא כדין והן בטענה שיצירתה של האפרתי גורמת לזילות כבודו של הסופר המנוח – המכונה במהלך הספר "אידיוט" ו"סופר כושל" – שדמותו הופכת לנלעגת בעליל ככל שהמחברת משתמשת בה לקידום עלילת ספרה.

2. המסגרת המשפטית

עילתה הראשונה והעיקרית של התובעת נסמכה על חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: "חוק זכות יוצרים"). מהיותה של **חסמב"ה** "יצירה ספרותית" כהגדרת החוק¹³, מוקנית לתובעת "זכות יחיד" לנהוג בה מעשה בעלים¹⁴. זכות זו כפופה למגבלה שבסעיף 7(ב)(1) ◀



מתוך "חלף עם הרוח" (DVD, באדיבות ורנר הום וידאו)

תקציר עלילות "לא תשווה" כפי שתומצת על ידי השופט זפט הוא כדלקמן¹¹:

"בספר... מתוארים בני החבורה לעת זקנתם. ירון [זהבי, מנהיג החבורה, שהיה בספר המקורי יפה תואר, אמיץ ובעל ערכי מוסר מפותחים] הנו גבר מזדקן בעל נטייה לטיפה המרה עם נטיות הומוסקסואליות. תמר [סגניתו היפה, בעלת הגומות והצמות שהייתה מאוהבת בו במהלך הרפתקאותיהם המשותפות] היא אישה מבוגרת ועשירה, ששערה נשר, והיא מנהלת בית אבות מצליח, אחרי שהתגרשה מירחמיאל [דמות נוספת ידועה מהסדרה המקורית] בעקבות חזרתו בתשובה. אהוד [השמן, האמיץ והלץ] הוא גבר מבוגר שהתעשר וירד מנכסיו, לקה בשבץ ורוחק לצמיתות לכסא גלגלים. מנשה [התימני העליון] מתואר בספר כאדם דכאוני העוסק בכתיבת שירה מזרחית, הממתין לחילוץ מאי בודד אליו נסחפה ספינתו ממנה נהג לשדר את שיריו. עוזי [הרזה] מתואר בספר בדמותו של אדם מזדקן, משמין, הסובל מנכות רגשית, שניהל רומן עם שלומית [החובשת] ונטש אותה, ומגדל לבדו ילד לאחר שגרם לדריסת אמו.

** המאמר בנוסחו המלא יתפרסם בהמשפט ט.

1 צ' דיקנס **אוליבר טוויסט** (תשנ"ה). (תורגם על ידי י' רון לרד).
 2 ב' שו **פינגמליון** (תשנ"ד) (תורגם על ידי ט' קשת, פורסם במקור ב-1941).
 3 ראו הספר הראשון בסדרה: 'מוסינזון **חסמבה או חבורת סוד מוחלט בהחלט** (תש"י).
 4 ש' האפרתי **לא תשווה** ('י עכנאי עורכת, תשס"ב). בפסק הדין ובדיווח במדיה נקרא הספר בטעות **לא שווה**. הספר יצא בהוצאת "תמוז" (להלן: עניין **לא תשווה**).
 5 ת"א (ת"א) 1437/02 **מוסינזון נ' האפרתי** (טרם פורסם) (פסק הדין ניתן ביום [http://62.90.71.122/Prod01/ManamHTML.nsf/: (29.5.2003 2D7AEB4F8382705F42256D39006BF00F/\$FILE/660D7CD4CDEF7BD142256D260027260E.html?OpenElement] (last visited on 26.11.2003) (להלן: עניין **חסמב"ה**).
 6 A. Randall *The Wind Done Gone* (Boston, 2001).
 7 M. Mitchell *Gone With The Wind* (New York, 1936) (להלן: **חלף עם הרוח** או *Gone With The Wind*); כן, ראו החלטתה של הערכאה הראשונה: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 136 F.Supp.2d (N.D.Ge. 2001) 1357 (להלן: *Suntrust Bank case*); כן ראו החלטת בית המשפט לערעורים, אשר ביטלה את הצו שהוציא קודמו והכשירה את הוצאת הספר למכירה: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 268 F.3d (11th Cir. 2001) 1257 (להלן: עניין **חלף עם הרוח** או *Suntrust Bank appeal*). העניין לא הגיע לבית המשפט העליון.
 8 עניין **חסמב"ה, לעיל** הערה 5, בפסקת העובדות לפסק הדין.
 9 שם, שם.
 10 האפרתי, **לעיל** הערה 4, בע' 131.
 11 עניין **חסמב"ה, לעיל** הערה 5, בפסקת העובדות לפסק הדין.
 12 האפרתי, **לעיל** הערה 4, בע' 125, כן ראו רשימת הדיברות בע' 124.
 13 ס' 1(1) לחוק זכות יוצרים.
 14 הגדרת "זכות יוצרים" בס' 1(2) לחוק זכות יוצרים.

לדמויות חסמב"ה "ולבד משיתוף השם אין לדמויות דבר במשותף... המעשים אינם אופייניים והתכונות הפוכות". משל למה הדבר דומה, למי שיצייר דמות מכוערת בעליל ויקרא ליצירתו "מונה ליה" על שם ובהיפוך מוחלט להתגלמות היופי המושלם ב"מונה ליה"²² המקורית.

האם העתיק מי שצייר את הדמות המכוערת, ה"מנוגדת", את יצירת המקור? שואל השופט זפט והוא עונה: "דומה שאיש לא יחלוק כי התשובה לכך - לאו רבתי".

ומכאן המסקנה המתבקשת בעיניו: "אין כאן העתקה, גם לא העתקה בשינוי, כי אם עיצוב מחדש של דמויות גיבורי חסמב"ה"²³. לחלופין - וזו תשובתו של השופט זפט לשאלה השנייה - גם לו הייתה כאן הפרת זכות יוצרים ודמויות חסמב"ה אכן הועתקו, גם אז עומדת להאפרתי טענת ההגנה שלפיה מדובר ב"טיפול הוגן" ביצירה המוגנת ולפיכך דין התביעה נגדה להידחות.

מדובר כאן, לגישת השופט, ב"סיפור עלילה המשמר את הצורה האומנותית של היצירה המבוקרת ומשנה את תכנה"²⁴ - זאת ותו לא. לא תשווה היא "ביקורת" לגיטימית; זהו "טיפול הוגן"; ומכאן שזוהי יצירה שפרסומה מותר על פי החוק.

למטה מהעניין קובע עוד השופט זפט כי זילות כבודו של מוסינזון, מכלול תיאורי המין והאלימות העומדים בניגוד משווע לרוחם ולאופיים של ספרי חסמב"ה, וה"התגרות הפרובוקטיבית באלמנטים דתיים מקודשים"²⁵, כל אלו מוגנים ביצירתה של האפרתי על ידי עקרון חופש הביטוי, ולפיכך דין היצירה להתפרסם. עילת עשיית עושר לא נדונה²⁶, וזכותו המוסרית של היוצר לא אוזכרה כלל.

ג. *Gone With the Wind v. The Wind Done Gone*

1. העובדות

מרגרט מיטשל כתבה את ספרה **חלף עם הרוח** בשנת 1936. הספר נמכר בעשרות מיליוני עותקים, וזכה בפרס פוליצר בשנת 1937. הספר הוסרט וזכה בעשרה פרסי אוסקר.

הספר, ששמו המקורי היה *Tomorrow Is Another Day*²⁷, מספר את סיפור מלחמת האזרחים בארצות-הברית מנקודת ראותה של הגיבורה, סקרלט או'הרה, בתו של בעל אחוזה לבן, ומתאר את המוצאות אותה, את משפחתה וסדרה ארוכה של דמויות משנה ציוריות, על רקע העיר אטלנטה הבוערת באש והדרום המתמוטט, המתמודד לא רק עם ההינגפות בשדה הקרב אלא גם עם שינוי הערכים ותפיסת העולם הנכפית עליו עקב המלחמה והתבוסה בה. זהו סיפור אהבה אפי שבסופו התפכחות כואבת שבה שזור משפט הסיום המפורסם: "Ill think of it tomorrow. After all, tomorrow is another day"²⁸.

הספר יצא לאור בסופו של דבר תחת השם *Gone with the*

לפקודת זכות יוצרים הקובע כי לא קיימת זכות יוצרים ברעיון. זכות היוצרים תיראה כמופרת אם "שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים (עושה אדם אחר) מעשה שהזכות היחידה לעשותו נתונה בחוק זה לבעל זכות היוצרים"¹⁵. סעיף 2(1) לחוק מונה את הסייגים לזכות היוצרים ("טיפול הוגן" כמפורט שם).

העילה בגין התעשרות שלא כדין, מקור החבות השני שנטען כאן, מעוגנת בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר").

העילה המבססת את זכותו המוסרית של היוצר ביצירתו, מקור החבות השלישי במקרה זה, מעוגנת בסעיף 4 לפקודת זכות יוצרים (להלן: "הפקודה")¹⁶ הקובע, לענייננו, כי "מחבר זכאי שלא ייעשה ביצירתו כל סילוף, פגימה או שינוי אחר, או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה... פגיעה בזכות על פי סעיף זה היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין... יחולו עליה"¹⁷.

3. הדין המשפטי

לגולו הראשון של התיק הסתיים בפסק דין לטובת התובעת מאחר שבא כוח הנתבעת לא הגיש את סיכומיו במועד. רק לאחר שהנ"ל הגיש בקשה לביטול פסק הדין והוכיח סיכוי הצלחה בתיק נהפך פסק הדין הראשון¹⁸, והספר הותר לפרסום¹⁹.

במסגרת הניתוח המשפטי, המוביל את בית המשפט בסופו של דבר למסקנה כי מדובר בפרסום מותר, מתמקד השופט זפט בשני נושאים: ראשית, בשאלה אם **לא תשווה** מפר את זכות היוצרים של הנתבעת **בחסמב"ה, ושנית**, אם עומדת לזכותה של הנתבעת טענת הגנה שלפיה **לא תשווה** מהווה "שימוש הוגן" **בחסמב"ה**, שימוש שמטרתו מחקר או ביקורת, שאז השימוש **בחסמב"ה** לא ייחשב כהפרת הזכות.

על השאלה הראשונה עונה בית המשפט בשלילה. נדבכי החלטתו זו הנם כדלקמן: דמויות המפתח בספרי **חסמב"ה**, דמויות דמיוניות, וירטואליות, המתוארות באופן מילולי, אכן ראויות עקרונית להגנה. זוהי הגנה זהה להגנה שבית המשפט העליון הכיר בה מפורשות לא מכבר על דמויות המוצגות באופן גרפי, ציורי-תמונתי-טכני, דוגמת דמות הנווד של צ'רלי צ'פלין בפרסומת של מפעל הפיס²⁰ ודמות הברווז דונאלד דאק בציוריו של דודו גבע²¹. הגנה זאת מותנית בכך שיוצר הדמות הספרותית הצליח לצקת בה - באמצעות תיאוריו המילוליים - אופי בעל ייחוד ותווים סיפוריים מקוריים, כך שהדמות אינה עוד רעיון ערטילאי גרידא, אלא יש לה ביטוי מוחשי מקורי ומאפייני אישיות ייחודיים ברמה המאפשרת את זיהויה הקונקרטי.

חוף זאת מגיע השופט זפט למסקנה כי דמויותיה של האפרתי **בלא תשווה** אינן מהוות העתקת דמויות **חסמב"ה** המקורית וכי לא הופרה כאן זכות היוצרים של מוסינזון המנוח. וכל כך למה? הואיל ודמויות הגיבורים **בלא תשווה** עוצבו על דרך הניגוד המוחלט

יותנה באיסור להזכיר תופעות כמו הומוסקסואליות ונישואי תערובת, וכן התנו שאסור יהיה "להרוג" את דמותה של סקרלט.³³ ספרה של רנדל מפר את כל האיסורים כולם. בעלי זכויות היוצרים על ספרה של מרגרט מיטשל, הגישו תביעה לצו מניעה נגד רנדל ונגד הוצאת הספרים שפרסמה את ספרה. בערכאה ראשונה הוצא הצו לבקשת התובעים³⁴, אולם בית המשפט לערעורים ביטל את הצו וקבע כי לנתבעת סיכוי טוב לשכנע בקיום הגנת "השימוש ההוגן", ולכן דין הבקשה לצו למניעת הפרסום להידחות.³⁵ המקרה לא נדון לגופו ולא ניתן בו פסק דין סופי שכן הצדדים הגיעו לידי הסדר שלפיו יתרמו הנתבעים סכום כסף שגובהו לא צוין, למוסד חינוכי לילדים באטלנטה, ובתמורה יוכל הספר להיות מופץ למכירה חופשית ועל עטיפתו כיתוב בולט המכתיר את היצירה כ-"An Unauthorized Parody"³⁶.

Wind. את השם הזה שאלה מרגרט מיטשל מיצירתו המפורסמת של ארנסט דוסון – *Wind Non Sum Qualis Eram Bonae Sub Regno Cynarae*²⁹, יצירה מלנכולית שבמרכזה סיפור אהבה בלתי ממומש וגעגוע לאהובה שאיננה – Cynara. אליס רנדל קראה את הספר **חלף עם הרוח** בהיותה בת 12 ואהבה אותו מאוד. רק שנים לאחר מכן, משקראה בו שוב, החליטה שעליה לעשות מעשה ולנסות לתקן את העוול החברתי-תרבותי שגרם הספר, לדבריה, בהציגו סטראוטיפי גזעני ותמונה מעוותת, שקרית, לעגנית ומזלזלת של דמויות השחורים בדרום ארצות-הברית, ועקב כך השפיע קשות על תפיסת מיליוני הקוראים של **חלף עם הרוח**, שקיבלו את הספר כמשקף אמת היסטורית, תרבותית וחברתית של אותה תקופה.³⁰

העיוות ההיסטורי והרצון להציג את הדברים באור נכון יותר³¹ הניעו את רנדל לכתוב את *The Wind Done Gone*, שגיבורת העלילה בו היא Cynara (אותה אהובה אבודה בשירו של דוסון, שממנו נלקח, כזכור, שם יצירתה של מיטשל), אחותה למחצה של סקרלט, פרי אהבתם של אביה של סקרלט והאומנת הכושית גדולת הממדים מאמי. כאן, בספר החדש, הנכתב כיומן על ידי Cynara, התהפכו היצירות: גיבורי הסיפור הם המשרתים כהי העור, שניחנו בחכמה, בערמוניות ובראיית הנולד, היודעים "לתמרן" את בעליהם לבני העור לפי רצונם וצורכיהם; Cynara היא היפה מבין שתי האחיות למחצה, ואילו בעלה של סקרלט, רט בטלר, נוטש את סקרלט, הקרה והאובססיבית, למען Cynara, שמצדה זונחת אותו בסופו של סיפור למען חבר קונגרס כהה עור.

הסיפור, בעיקר בחלקו הראשון, בנוי על מצבים ואירועים שמקורם בחלף עם הרוח. חמש-עשרה דמויות, ששמותיהן שוננו בחלקן, הופכות את עורן ומתנהגות ההפך מהמצופה מהן כפי הסטראוטיפ שהורגלנו לו בספרה של מיטשל. אהוב חלומותיה של סקרלט הוא הומוסקסואל. מאמי, האומנת הדואגת ושופעת החום במקור, היא כנראה, שותפה לפגיעה פיזית בילדי משפחת או'הרה. השחור הוא לבן והלבן שחור ביותר ממובן אחד בספר זה. עלילת הספר בנויה בעיקרה על עובדות האמורות להיות ידועות לקורא, ולכן, בחלק גדול מן המקרים, הן מוזכרות רק בחצי פה, תוך התייחסות אגבית לפרטים שהמחברת אינה טורחת לפרטם בשל היכרותו המוקדמת של הקורא אתם בעבר.

במהלך העלילה הולכות לעולמן שתי דמויות מפתח – סקרלט ומאמי – ובסיומה, כאמור, מתה גם Cynara עצמה. עד כאן סיפור תמצית העלילה שאין ספק בדבר הקשר בינה לבין ספרה של מרגרט מיטשל.

2. ההליך המשפטי

אף כי בעבר כבר פורסמו ספרי המשך/חיקוי/פרודיה לחלף עם הרוח רק אחד מהם פורסם ברשות בעלי הזכויות.³² במהלך השנים הקפידו בעלי זכויות היוצרים שכל רישיון לעשיית שימוש בספר

15 ס' 12 (1) לחוק זכות יוצרים.
 16 ס' 4 לפקודת זכות יוצרים (הוסף לפקודה בתשל"א).
 17 ס' 4א(2) ר"ר (3) לפקודת זכות יוצרים.
 18 פסק הדין המקורי בוטל ביום 10.4.2003 בבש"א (ת"א) 7225/03 האפרתי נ' מוסינזון (טרם פורסם). [http://62.90.71.122/Prod01/ManamHTML.nsf/6DF12BEB4974CDF142256D08006BE215/\$FILE/622D78A3F296A39E42256D03004050AC.html?OpenElement] (last visited on 25.12.2003).
 19 פסק הדין ניתן ביום 29.5.2003.
 20 ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577 (להלן: עניין מפעל הפיס).
 21 רע"א 2687/92 נבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (להלן: עניין נבע).
 22 עניין הסמב"ה, לעיל הערה 5, בפסקה ג' לפסק הדין.
 23 ש.ם. השורו בנקודה זו: M.B. Nimmer et al. *Cases and Materials On Copyright* (Minnesota, 4th ed., 1991) 80.
 24 עניין הסמב"ה, לעיל הערה 5, בפסקה ד' לפסק הדין.
 25 ש.ם. בפסקה ה' לפסק הדין.
 26 ש.ם.
 27 Note: "Gone With the Wind Done Gone: Re-writing and Fair Use" 115 *Harvard. L. Rev.* (2002) 1193.
 28 Mitchell, *supra* note 7, at p.1024.
 29 השורה הראשונה בבית הרביעי של השיר היא שהיוותה את מקור שם הספר – "I have forgot much, Cynara! Gone with the wind".
 30 בהקדמה לספר מאוזכרים שני תאריכים שבהם לקתה פריסי, שבידיה הופקד יומנה של Cynara, בהתמוטטות עצבים: 1936 – עם צאת הספר **חלף עם הרוח** ו-1940 עם צאתו של הסרט לאקרנים, ראו: p. 5, at p. 6, *supra* note 6, Randall.
 31 ראו במיוחד: J. Rubinfeld "The Freedom Of Imagination: Copyright's 'Constitutionality'" 112 *Yale L. J.* (2002) 1, 3-4.
 32 D. Mehegan "'Wind' Chill Freedom of Expression, Big Money, and Margaret Mitchell's Legacy Are At The Heart of A Publishing Standoff" *The Boston Globe* (Apr. 18, 2001) בפסקה האחרונה של מאמרו. הגרסה שכן אושרה: A. Ripley *Scarlet* (New York, 1st ed., 1991).
 33 A. Gerhart "Frankly Scarlett Give a ...; Copyright Winds Are Blowing Mightily Over New 'Gone' Novel" *The Washington Post* (Apr. 12, 2001).
 34 *Suntrust Bank case, supra* note 7.
 35 *Ibid*.
 36 "Gone with the Wind Lawsuit Settled" *Nashville Bussiness J.* (May 9, 2002).

3. העילה

שתי הערכאות שדנו במקרה קבעו כי רנדל הפרה את זכויות היוצרים של יורשיה של מיטשל בכך שספרה עושה שימוש מהותי בתכנים, בשמות ובאירועים דמיוניים הלקוחים מספרה של מיטשל והראויים להגנה על ידי החוק. הטענה שמדובר בשימוש ברעיון גרידא נדחתה בתוקף על ידי שתי הערכאות, שקבעו כי אף על פי שאין קו ברור וחד-משמעי המבדיל בין "ביטוי" (Expression), הזכאי להגנה על פי החוק, לבין "רעיון" (Idea) שאינו זכאי להגנה כזו³⁷, הרי במקרה זה צורת השימוש ותוכני השימוש שרנדל נעזרה בהם ב-*The Wind Done Gone* אינם מהווים שימוש ברעיונות אבסטרקטיים גרידא מתוך *Gone With The Wind*, אלא מדובר בשימוש בלתי מורשה



בשמות, באירועים, ברצף עלילתי, בהעמדת סצנות ואף בביטויים מילוליים ממש, שכולם התגבשו לכדי מכלול שיצא באופן מובהק מגדר "רעיון" בעלמא והפך לביטוי ספרותי מוחשי ובשל הראוי להגנה על פי החוק³⁸. שימוש זה של רנדל ביצירתה של מיטשל מהווה הפרת זכויות היוצרים של האחרונה ומקנה ליורשיה עילת תביעה.

4. השימוש

ואף על פי כן, מגיע בית המשפט לערעורים, בניגוד לקביעת קודמו, למסקנה כי כתיבתה של רנדל לא תיחשב כהפרת החוק. זאת, הן בשל חשיבותה, הגדולה יחסית, של ההגנה החוקתית על חופש הביטוי במקרים של פרודיה, שבהם זכות היוצרים, הפרטית ביסודה, חייבת לסגת מפני האינטרס הציבורי העומד מולה³⁹, והן לאור הגנת "השימוש ההוגן" ש-*The Wind Done Gone* ראוי ליהנות ממנה. הגנה זו מאיינת כאן את ההפרה ומכשירה את השימוש⁴⁰. כיצד?

חוק זכויות היוצרים האמריקני משנת 1976 קובע כי "שימוש הוגן" (Fair Use) למטרות ביקורת, מחקר, תגובה, חיווי דעה, דיווח עיתונאי והוראה אינו מהווה הפרת זכות היוצרים⁴¹. על מנת לקבוע מהו "שימוש הוגן" קובע החוק ארבעה מבחנים, שאינם מהווים רשימה ממצה אלא דוגמאות מנחות בלבד⁴², אשר התגבשו בפסיקה האמריקנית⁴³ טרם הפיכתם לחוק כתוב, ואלו הם:

1. מטרת השימוש ואופיו, בעיקר תוך התייחסות לשאלת היותו שימוש מסחרי; 2. אופייה ומהותה של היצירה המוגנת; 3. היקף ומהות השימוש המפר ביצירה המוגנת; 4. השפעת השימוש על השוק מבחינת היצירה המוגנת.

יישומם של מבחנים אלו ואחרים שנוספו על ידי הפסיקה, שכולם מערבים שאלות של חוק ועובדה⁴⁴, מושפע באופן ישיר מתוכנה ומאופייה של היצירה המפרה.

מהו אם כן, סיווגו של *The Wind Done Gone*? ספרה של רנדל הוא פרודיה – כך קובע השופט Birch. ללא היסוס, ובשכנוע פנימי, המעוגן בתפיסת עולם חדורת אמונה בצורך לשינוי הדין הקיים, הוא מרחיב את הגדרת בית המשפט העליון האמריקני למונח הספרותי "פרודיה" כפי שנקבעה בעניין *Campbell* – המקרה הבולט ביותר עד כה שבו נדונה על ידי בית המשפט העליון לעומק שאלת השימוש בפרודיה כ"שימוש ההוגן" – וקובע:

"Courts should not judge the quality of the work or the success of the attempted... humor in discerning its parodic character; we choose to take the broader view. For purposes of our fair use analysis, we will treat a work as a parody if its aim is to comment upon or criticize a prior work by appropriating elements of the original in creating a new artistic as opposed to scholarly or journalistic work"⁴⁵.

קביעתו זו של בית המשפט, שהפרודיה אינה מחייבת מעצם הגדרתה קיומם של אלמנטים הומוריסטיים, קביעה שאינה נקייה כשלעצמה מספקות, מאפשרת לו להתחמק באלגנטיות מאחד הפחים היקושים שנקרו עד כה בדרכו של מי שאמור היה להכריע בדבר תחולתה של הגנת "השימוש ההוגן". אם בגדר הפרודיה נכללת כל יצירה שיש בה משום "הערה" או "ביקורת" על היצירה הספרותית המוגנת, כי אז פטור השופט מהצורך לאתר הומור בגוף היצירה שבמחלוקת, והוא יכול להכניסה תחת כנפי ההגנה של "שימוש הוגן" גם אם היא נעדרת לחלוטין כל סממן שהוא של חיוך, צחוק, לעג או שמחה לאיד. זוהי הקלה גדולה מבחינתו של בית המשפט, ש"נפטרו" באחת ממבחנים "ספרותיים" סובייקטיביים, קשים מבחינתו. הומור מטבע הדברים הוא עניין סובייקטיבי. כך גם כל

בין "רעיון" ל"ביטוי", בין הפרה אסורה של זכות היוצרים לבין הפרה שהגנת "השימוש ההוגן" חלה עליה, הובילו להכשרתו של *The Wind Done Gone* ואפשרו את הוצאתו לחנויות למרות ערכו הספרותי השנוי במחלוקת. כאמור, הדיון כולו הסתיים בשלב המקדמי שלו והפשרה שהושגה בין הצדדים מנעה העמדתה של הסוגיה המשפטית במבחן מחודש.

ד. על "הטיפול ההוגן" במשפט הישראלי ועל ה-Fair Use במשפט האמריקני

"Copyright Law is a Kind of Giant First Amendment Duty Free Zone"⁵¹, קבע עורך דינה של רנדל במאמר שפרסם לאחרונה בזכות חופש הביטוי. האומנם?

זכות היוצרים אינה זכות מוחלטת. היא מסויגת בסייגים ומוגבלת בהגנות. הגנות אלו בעיקרן נובעות משיקולי איזון בין הפרטי לציבורי ומהשלכותיה של הזכות לחופש הביטוי על זכותו של היוצר כמו גם

הערכה אמנותית של כל יצירה ספרותית העומדת לדיון משפטי שהיא סובייקטיבית ביסודה⁴⁶. אפילו בעניין **חלף עם הרוח** נטען למשל, כי בית משפט שאינו מורכב משופטים אפרו-אמריקנים, לעולם לא יוכל להבין את ההומור החבוי בין דפיו של הספר ללא עזרת מומחה⁴⁷.

פרשנותה הסובייקטיבית של הגנת "השימוש ההוגן" היוותה מאז ומתמיד קושי אמיתי בהבנתה ובניתוחה של הגנה זו על ידי בתי המשפט השונים בארצות-הברית ואף ביישומה בפועל. מקושי זה "הציל" כאן השופט Birch את הפסיקה האמריקנית⁴⁸. בקבעו כי פרודיה יתייחס ככזו גם אם כל מה שיש בה הוא אמירה ביקורתית המתייחסת לעבודת אמנות קודמת תוך שימוש באלמנטים הלקוחים מהיצירה המוקדמת והפיכתם לישות אמנותית חדשה, שאיננה מחקר ג'ורנליסטי או אקדמי בלבד, הרחיב כאן בית המשפט באופן ניכר, כאמור, את הגדרת הפרודיה, הפך את הגנת "השימוש ההוגן" לאובייקטיבית יותר, ובהמשך לכך הקל גם את יישומה⁴⁹. ועוד נעסוק בכך בהמשך.

על בסיס רחב זה ממשיך בית המשפט ומבסס את הגנתה של רנדל ואת זכותה לבקר את **חלף עם הרוח**, בכל ז'אנר ספרותי לגיטימי, ולא דווקא באמצעות מאמר אקדמי מלומד, כמתבקש לכאורה מהמונח "ביקורת", אלא בכל אמצעי אחר לרבות דרך כתיבת יצירה ספרותית דמיונית, בעלת אלמנטים פרודיים נעדרי הומור, המהווים ביקורת על יצירת המקור וחוסים בצלה של הגנת "השימוש ההוגן".

5. הגינות השימוש

זו נבחנת, כאמור, על פי ארבעה מבחני עזר עיקריים, בלתי ממצים, שהוכנסו על ידי המחוקק האמריקני לס' 107 לחוק זכויות היוצרים מ-1976, והם מהווים גיבושה של הפסיקה שבאמצעותה התוו בת המשפט את הדרך בנושא זה. יישומם של מבחנים אלו על המקרה הנדון מניב את המסקנות כדלקמן:

מדובר ביצירה בעלת אופי טרנספורמטיבי אמיתי שיש בה חדשנות רבה. יש בה גם מסר חברתי חשוב שהיא מנסה להעביר לקורא באמצעות פרודיה. ולכן, אף כי מדובר ב"מוצר מסחרי" שהמחברת תגרוף לכיסה כסף רב בגינו בלא ששילמה למחברת המקורית דבר⁵⁰ ואף כי היקף השימוש היה נרחב והאלמנטים שנלקחו מתוך *Gone With The Wind* היו מרובים, משמעותיים ובעלי מוניטין רב במיוחד – וכלל לא ברור שהיה צורך בהיקף כזה לבניית הפרודיה הטרנספורמטיבית – הרי לאור חשיבות המסר החברתי הן ביצירה המוגנת והן ביצירה המפרה, ולאור היעדרו של חשש שהיצירה המפרה תפגע בשוק של היצירה המוגנת, מגיע בית המשפט למסקנה שהתובעת לא הראתה סיכוי חזק דיו לזכות בתביעתה, ולפיכך דינו של צו המניעה להתבטל.

כך, מבחני האיזון בין זכות היוצרים המונופוליסטית, שמקורה בחוקה האמריקנית, מחד, לבין חופש הביטוי שגם לו בסיס קונסטיטוציוני מובהק מאידך, מבחנים שמנסים ליישם את ההבדל

37 Nimmer et al., *Suntrust Bank appeal, supra note 7*, at p. 1266; ראו גם: *supra note 23*.

38 הניתוח נעשה בהתאם לקביעתו המפורסמת של Judge Learned Hand בעניין *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d (2nd Cir. 1930) 119, 121 (להלן: *Nichols case*).

39 *Suntrust Bank appeal, supra note 7*, at p. 1263.

40 השופט Birch מעיר כי בעיניו השימוש ההוגן מקנה זכות אפירמטיבית למשתמש ולא רק הגנה גרידא, אבל מילותיו של החוק מגבילות אותו בפרשנותו, *Ibid*, at p.1260, n. 3.

41 Copyright Act 1976, 17 U.S.C & 107 (1982).

42 *Harper & Row Publishers, inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 549 (1985) (להלן: *Harper case*).

43 אחד המקורות הראשוניים למבחני המשנה הוא פסק דינו של השופט Story בעניין *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. (D. Massachusetts Cir. Court 1841) 342, 348; *Campbell aka luke skywalker v. Acuff-Rose Music inc.*, 510 U.S. 569 (1994) (להלן: עניין *Campbell* או *Campbell case*).

44 *Harper case, supra note 42*.

45 *Suntrust Bank appeal, supra note 7*, at pp.1268-1269.

46 ראו בעניין זה גם בשאלת הפרסומים הוולגריים וחסרי הטעם (*Didtasteful*) שהגדרה החדשה מתמודדת עם רצונם של בתי המשפט לצנזר אותם: V. Soto "The Scale Tips in Favor of Parodists and Freedom Of Speech Advocates, as 'Other' Version of *Gone With Wind* Held Fair Use Under Copyright Law: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin .Co.*" 18 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* (2002) 405, 414-415 n. 68-74.

47 *Suntrust Bank appeal, supra note 7* at p. 1269 n. 23.

48 יש לזכור כי מדובר בהחלטת בית משפט לערעורים, ובפסק דין שלא ניתן לגופו של סכסוך, אלא בשאלת ביניים.

49 כפי שנראה, ספק אם לכך התכוון בית המשפט העליון בעניין *Campbell* וספק אם מבחנים והגדרות ספרותיות יתמכו בפרשנותו זו של בית המשפט.

50 *Suntrust Bank appeal, supra note 7*, at p. 1269.

51 Rubinfeld, *supra note 31*, at p. 3.

יתרה מזו, ביקורת בלבוש של פרודיה היא נשכנית ועוקצנית במהותה, ייתכן שאף יותר מביקורת עיתונאית, אקדמית או מחקרית, והיא קשה למחבר יצירת המקור בעיקר כשמחבר הפרודיה עושה שימוש נרחב וחופשי בחלקים נרחבים מהיצירה המוגנת. מאידך, ידועה גם היפוכה של טענה זו החרדה מפני הענקת מונופולין מלא למחבר, לתקופה ארוכה, באופן שישתיק כל ביקורת על יצירתו ויפגום בפיתוח החשיבה והיצירה התרבותית תוך העדפת אינטרס היוצר על פני אינטרס הצבור.⁶⁰

ביקורת באמצעות פרודיה יכולה ללבוש צורות שונות – **בלא תשווה** שאותו כינתה, כזכור, המחברת "פרודיה", מדובר בספר העושה שימוש הן בדמות המחבר, יגאל מוסיזון, והן בדמויות המקור **בחסמב"ה**, כשהעלילה מתרחשת שנים רבות לאחר מכן באופן המדמה את היצירה ל"ספר המשך" (Sequel). ואילו ב"The Wind Done Gone" הופכת אחת הדמויות בספר המקור – במרבית המקרים דמות משנית בלבד – לדמות מרכזית ש"מתחילה לדבר", בין בדרך של כתיבה בגוף ראשון ובין כיומן (Literary Ventriloquism)⁶¹. כתיבה כזו אינה בהכרח פרודיה, וערכה הספרותי אינו בהכרח נופל מספר המקור עצמו. ניתן למעשה לומר שפרודיה יכולה ללבוש כל מבנה ספרותי אפשרי, ומגוון האפשרויות הרחב לצד היעדר הגדרה מדויקת למונח פרודיה עצמו מרחיב במאוד את טווח תחולתה הפוטנציאלי של הגנת הטיפול ההוגן, כפי שנראה בהמשך.

כאמור, הן **בלא תשווה** והן ב"The Wind Done Gone" קבע בית המשפט שמדובר ב"פרודיה", אף כי ספק אם הגדרה זו הייתה זוהה לאישור מומחה שמקצועו בכך⁶². להגדרתה של יצירה מפרה כפרודיה יש נפקות מיידית מבחינת מבחני "השימוש ההוגן", תוכנם, יישומם וההיררכיה ביניהם⁶³.

1.2 פרודיה בהבדל מסאטירה

במשפט הישראלי נכללות הן הפרודיה והן הסאטירה, כמו גם הביקורת האקדמית, בגדר המונח "ביקורת" שבס' 2(1) לחוק, לפחות לצורך סיווג מטרת השימוש⁶⁴. בית המשפט העליון קבע כי הרעיון העומד בבסיסה של ההגנה שבס' 2' והרצון לאפשר קידום התרבות והערכים החברתיים הגלומים בה תקפים באופן זהה הן לגבי הפרודיה והן לגבי הסאטירה.

עם זאת, הפרודיה, הסאטירה והביקורת הניטרלית נבחנות לעניין הגינות השימוש כל אחת באופן שונה, על פי השיקולים המיוחדים לה, המוכתבים ממהותה היא מחד ומשונותה מהאחרות מאידך. לפיכך חשובה ההבחנה ביניהן.

אף כי הפרודיה, כז'אנר ספרותי צוינה בחקיקה האמריקנית כדוגמה מפורשת ל"שימוש הוגן"⁶⁵, קשה, בעיקר כיום, לאחר פסק הדין בעניין **חלף עם הרוח**, ובעטיו, לחלץ מהפסיקה הגדרה חד-משמעית שלה, לפחות בכל הנוגע להגנה המקונית לה מפני תביעה על הפרת זכויות יוצרים⁶⁶.

על זכותו של המפר. כך אף הגנת ה"שימוש/הטיפול ההוגן", המצמצמת בבירור את זכות היוצרים הקניינית שענינם של כותבי הפרודיות כה צרה בה. מהי נקודת האיזון בין זכות היוצרים מחד לבין "זכות הביקורת" מאידך – ננסה לברר להלן.

כדי לזכות בהגנת סעיף 2(1) לחוק זכות יוצרים, 1911 חייב הנתבע לשכנע את בית המשפט בקיומם של שני תנאים: **האחד** הוא השימוש נעשה למטרות לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית, **והשני**, שדרך הטיפול בחומר המוגן לצורך השימוש האמור יהיה הוגן. רשימת מטרות השימוש המופיעה בחוק היא רשימה ממצה, ושני התנאים המנויים בסעיף הם תנאים נפרדים שרק בהתקיימם תובטח ההגנה⁵². כך המצב גם לפי החוק האנגלי⁵³. החוק האמריקני, כפי שפורט לעיל, דומה בעיקרו, וגם הוא קובע רשימת מטרות שימוש הוגן לצורך השגתן ישיר לגביהן את הנטילה שבמחלוקת. רשימת מטרות השימוש, שמקורה בתקדימים שיצרה הפסיקה האמריקנית, אינה רשימה סגורה, ההיררכיה בין תנאי ההגנה אינה מחייבת, והגדרתם של מרכיבי ההגנה נעשית באופן רחב יחסית⁵⁴, כך שבסופו של דבר המשפט האמריקני גמיש יותר ומשאיר שיקול דעת נרחב יותר לבתי המשפט.

בין שההבדל בין הדין הישראלי לזה האמריקני הוא סמנטי בלבד או שקיים ביניהם הבדל של ממש – ברור שבשני המקרים חייב הנתבע לשכנע את בית המשפט הן שמדובר בביקורת והן שביקורת זו מהווה טיפול או שימוש הוגן ביצירה המוגנת.

לכן, לאור הדמיון ברצינות הבסיסי כמו גם הדמיון בתוכן הוראות החוק, ובהיעדר הנחיה כלשהי בחוק הישראלי לגבי המבחנים המנחים לקביעת הגינות השימוש, ניתן ורצוי להיעזר במשפט האמריקני לצורך הגדרת "טיפול הוגן" ביצירה ספרותית, ואפשר ומומלץ להשתמש ברשימת המבחנים המנויים בו תוך התאמתם לנסיבות כל מקרה ומקרה⁵⁵, כפי שכבר עשה בית המשפט במקרים דומים בעניין **מפעל הפיס** ובעניין **גבע**.

1. פרודיה כ"שימוש הוגן" – מתי ועל פי מה

1.1 על ייחודה של הפרודיה כביקורת

משנשאלה אליס רנדל, מחברת *The Wind Done Gone*, מה היה המניע לכתיבת הספר, ענתה שעשתה כן "So that whites and blacks could have a deep, hearty belly laugh together"⁵⁶. לקורא פתרונים אם אכן כך. אין ספק, עם זאת, שהפרודיה היא מכשיר חשוב לקידום מכירות, בעיקר של סופר בלתי ידוע המפרסם "פרודיה" על יצירה מפורסמת⁵⁷, ומאידך היא גם מכשיר חשוב לקידום היצירה האנושית בכלל, ויש לה חשיבות לא מבוטלת כז'אנר ספרותי-תרבותי⁵⁸.

הבעיה שעמה מתמודדת כל שיטה משפטית היא האיזון בין שני האינטרסים. מחד איש אינו אוהב ביקורת בלתי אוהדת. הכול מכירים את אמרתו המפורסמת של סומרסט מוהם, בספרו **בכבלי אנוש**: "People ask for criticism but they only want praise"⁵⁹.

52 השופט מלך, בעניין **גבע, לעיל** הערה 21, בע' 270-271; לסקירה כללית של ההגנה ראו ש' פרונטי **דיני זכויות יוצרים** (תש"ס, כרך ב) 925-1003.

53 M.F. Flint et al. *Intellectual Property – The New Law* (London, 1989) 43-44; W.H. Copinger & S. James *On Copyright* (London, 13th ed., S. James et al. eds., 1991) 247.

54 Nimmer et al., *supra* note 23, at pp. 473-474.

55 עניין **גבע, לעיל**, הערה 21, בע' 271.

56 A. Neuharth "Is 'Wind Done Gone' a Parody or a steal?" *USA Today* (Jun. 22, 2001).

57 מ-13 ביוני 2001 ועד 10 במאי 2002 נמכרו 150,000 עותקים בכריכה רכה רס60,000 עותקים בכריכה קשה. ראו אצל: B.S. Murphy "The Wind Done Gone: Parody or Piracy? a comment on Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company" 19 *Ga. St. U. L. Rev.* (2002) 567, 584 n. 132.

58 שיר הלל לפרודיה ראו אצל: P.T. Lehr "The Fair Use Doctrine before and after 'Pretty Woman's' Unworkable Framework: the Adjustable Tool for Censoring Distasteful Parody" 46 *Fla. L. Rev.* (1994) 443.

59 S. Maugham *Of Human Bondage* (1992) 241.

60 Z. Chafee "Reflections on the Law of Copyright: I" 45 *Colum. L. Rev.* 503, 511 (1945); W.G. Phelps "Parody as Trademark or Tradename: Dilution or Infringement?" 179 *A. L. R. Fed.* (updated June 2003) 181. כאן ניתן למצוא את הפסיקה האמריקנית המתלבטת בין הפרודיה וחשיבותה לבין זכויות הקניין הרוחני בכלל וסימני מסחר בפרט.

61 M. Garber "The Chapter After 'The End'" *N. Y. Times* (Apr. 8, 2001); S. Rebikoff "Restructuring the Test for Copyright Infringement in Relation to Literary and Dramatic Plots" 25 *Melbourne. Univ. L. Rev.* (2001) 340-370; Gerhart, *supra* note 33.

62 ראו הצעתו של: Rebikoff, *supra* note 61, at p. 359, לעשות שימוש במבחנים ספרותיים הן לצורך השוואה בין היצירות והן לעניין "השימוש ההוגן".

63 היותה של הכתיבה שבמחלוקת פרודיה משנה את השימוש המקובל בכל מבחני המשנה המקובלים וכן עושה גם הרחבת המושג פרודיה. ראו אצל: Murphy, *supra* note 57, at pp. 599-601. Lehr מציע במאמרו מבחנים להגדרת הפרודיה במקום מבחני השימוש ההוגן שבסעיף 107 לחוק האמריקני. Lehr, *supra* note 58.

64 עניין **גבע, לעיל** הערה 21, בע' 275; השוו לחוק האנגלי משנת 1988 הכולל בגדר ביקורת, הן ביקורת על היצירה עצמה (פרודיה) והן ביקורת על יצירה אחרת. Copinger, *supra* note 53 at p. 253; ראו גם עניין **מפעל הפיס לעיל** הערה 20, בע' 597.

65 17 U.S.C & 107 (1982) – Historical and Revision Notes.

66 *Suntrust Bank appeal*, *supra* note 7, at p. 414; Soto, *supra* note 46, at p. 1268-1269. עק. על חוסר הבהירות בהגדרה ועל הדעות בעד ונגד הרחבת הגדרת הפרודיה ראו: Murphy, *supra* note 57, at p. 207 n. 594.

67 השוו: *Campbell case*, *supra* note 43, at p. 580; המגדיר פרודיה באמצעות המילים Comic effect or ridicule, כן ראו פסק דין: *Rogers v. Koons*, 960 F.2d (2d Cir. 1992) 301, 309-310. המרחיב את ה"Social commentary" ל"נלענות".

68 עניין **גבע, לעיל** הערה 21, בע' 275.

69 **שם**, בע' 276.

70 להגדרת פרודיה כללית ראו אצל: R.A. Posner "Parody is imitation: When is Parody Fair Use?" 21 *J. of Legal Studies* (1992) 67, 68 n. 3.

71 *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA Inc.*, 109 F.3d (9th Cir. 1997) 1394.

72 ראו: Posner, *supra* note 70, at p. 71; P. Goldstein *Copyright: Principles, Law and Practice* (London, 1st ed., 1989, vol II) 211-212; Nimmer et al., *supra* note 23.

73 ראו קביעתו הנחרצת של השופט מלך בעניין **גבע, לעיל** הערה 21, שהמקרה שלפניו הנו, אם בכלל, סאטירה בלבד.

קודם למתן פסק הדין בעניין **חלף עם הרוח**, היה מקובל שביצירה הטוענת להגדרה כפרודיה צריך להיות לכל הפחות "אלמנט קומי/הומוריסטי" כלשהו. הצורך באלמנט זה חלף עם הרוח **בחלף עם הרוח**. כאן, כאמור, נמנע בית המשפט מלהגדיר את *The Wind Done Gone* כיצירה בעלת אלמנטים קומיים או נלעגים⁶⁷, ובכל זאת קבע כי מדובר בפרודיה.

הוויתור על האלמנט ההומוריסטי הופך את הערכת בית המשפט לאובייקטיבית יותר, ליחסית פחות ולרצויה ונכונה יותר מבחינה משפטית.

לעומת גישה חדשנית זו, בארץ מצריכה עדיין הגדרתה הקלאסית של ה"פרודיה", קיומם של מאפיינים קומיים או נלעגים, לגלגניים או משדרי זלזול⁶⁸. ה"ביקורת" לעומתה מוגדרת באופן רחב בהרבה כ"העמדתה של יצירה אמנותית בקונטקסט חדש, המאיר אותה באופן מפתיע ובלתי צפוי וחושף בה רבדים סמויים וצדדים נסתרים"⁶⁹. הביקורת המחויכת, ה"פרודיה", על פי הגדרות אלו גם היא באה, כמובן, בגדרה של ה"ביקורת".

אשר להבחנה בין הפרודיה לסאטירה מקובל לומר כי הפרודיה שמה במרכז את היצירה שהיא מבקרת, ואילו הסאטירה, מטרתה ביקורת חברתית/תרבותית, כללית באופייה, שהיצירה המוגנת משמשת לה רק אמצעי למטרת ביקורת מקיפה יותר⁷⁰. נוכל להדגים זאת באמצעות המקרה הידוע שבו נעשה שימוש בסגנון כתיבתו הייחודי של תיאודור גיזל, מחבר ספרי **ד"ר סוס** המוכרים והחביבים, לצורך "פרודיה" בשם *The Cat NOT in the Hat*, שמטרתה הייתה להביע דעה על רמת משפטו של O.J. Simpson. תביעתו של תיאודור גיזל הפגוע נגד החקיקן התקבלה. בית המשפט פסק כי *The Cat is NOT in the Hat* אינו יכול להיחשב פרודיה כלל, שכן היצירה המוגנת, המקורית, יצירתה הידועה של **ד"ר סוס**, אינה משמשת לו כ"מטרה" אלא כ"אמצעי" לשים ללעג תופעה אחרת, חיצונית ליצירת המקור, נגדה יצא המחבר⁷¹. יש טוענים בהמשך להבחנה זו, כי הפרודיה ראויה להגנה רק כשהיצירה המוגנת היא המטרה (Target) ולא אמצעי (Weapon)⁷². זאת הואיל ולמחבר היצירה הנטענת כמפירה לא הייתה כל סיבה להשתמש דווקא ביצירה המוגנת לצורך השגת מטרתו הספרותית/ביקורתית, פרט לסיכוי להתפרסם על חשבון היצירה המוגנת, ויכול היה לעשות שימוש בכל יצירה אחרת שהפכה כבר לנחלת הכלל, ושיכולה הייתה לשמש, מההיבט האמנותי, לאותה מטרה באופן לא פחות מוצלח.

אין ספק שההכרעה אינה קלה, ההתלבטות רבה, ובתי המשפט שבים ומציינים, בצדק, כי במקרים רבים יש קושי רב בהבחנה בין סאטירה לפרודיה, בין ביקורת היצירה המקורית עצמה לביקורת חברתית רחבת טווח, ובין אמצעי למטרה, ויש לפעמים, במקרים לא מועטים, שאותה יצירה תכיל אלו לצד אלו אלמנטים סאטיריים ופרודיים בכפיפה אחת בלא שתהיה אפשרות להפריד או לקבוע הייררכיה ביניהם⁷³.

בדין הישראלי, המשולל מבחנים חקוקים, לא הוצאה הסאטירה

קיימים כאמור בחוק עצמו, מספר קווים מנחים, שהחשובים בהם הם כדלקמן:

1. אופי השימוש ומטרותו – פרודיה ספרותית משמשת בדרך כלל למטרה מסחרית. בין שהיא מצליחה בכך – וכבר היו דברים מעולם – ובין שהיא מהווה כישלון חרוץ במובן הספרותי, ברור לחלוטין כי בדרך כלל כוונתו המקורית של מחבר הפרודיה היא להפיק רווח מהמוניטין של היוצר המקורי בלא לשלם תמורת השימוש במוניטין זה. ברור גם שבדרך כלל נכתבות פרודיות על יצירות שיש להן מוניטין רב.

האופי המסחרי של הפרודיה והמטרה השיווקית שביסודה משחקים בדרך כלל לרעת מחבר הפרודיה בכל הנוגע לשאלה אם מדובר ב"שימוש הוגן". עם זאת, מוכנים בתי המשפט לאזן את השלילה הראשונית הנובעת מהאופי המסחרי של השימוש באמצעות יישום שני שיקולי נגד: **ראשית**, מידת הטרנספורמציה ביצירה החדשה. כך, ככל שמידת הטרנספורמציה גבוהה יותר, ככל שהחדשנות והמקוריות, "הלבוש החדש" שבו עוטפת הפרודיה את היצירה המקורית רבה יותר, כך פוחתת חשיבותו של ההיבט המסחרי והשפעתו השלילית מתמתנת⁸². **שנית**, מידת התרומה שיש ביצירה החדשה לקידום מטרות חברתיות-תרבותיות. ככל שתרומה זו גדולה ובעלת משמעות רבה יותר, כן תקטן חשיבותה של מסחריות השימוש⁸³.

בנוסף לאלו אל לנו להתעלם משיקול נוסף שיש בו כדי להשפיע על פרשנות המושג "שימוש הוגן" ככל שהוא נוגע לפרודיה ובעיקר ככל שהוא נוגע לתנאי הראשון. אמת, בעל הפרודיה עושה שימוש מסחרי ביצירתו המקורית של היוצר ללא הסכמתו, ולכן, לכאורה, נוטות כפות המאזניים נגדו לפחות לגבי התנאי הראשון. אולם בדרך כלל אין ממילא ולו גם שמץ של סיכוי למי שבכוונתו לכתוב פרודיה לקבל את הסכמתו – ולו גם בתמורה – של היוצר ש"על חשבון" יצירתו עומדת להיכתב הפרודיה. לכן סביר להניח כי פרודיות תתפרסמן במרבית המקרים ללא הרשאה מצדו של בעל זכות היוצרים. אם יכביד בית המשפט את ידו על המפר במקרה כזה, יהיה בכך משום מתן לגיטימציה ליוצרים לצנזר כל ביקורת שאינה נראית להם ולהשתיק כל דעה הנוגדת לדעתם. והרי בדיוק נגד תופעות כאלו כוונה הגנת "שימוש הוגן".

בצומת שיקולים אלו בדיוק מצויה הפרובלמטיקה שבאיזון האינטרסים המנוגדים מקום שהפרת זכות היוצרים נעשית באמצעות פרודיה.

2. היקף ומהותיות השימוש – לאור העובדה שהפרודיה משתמשת בחלקים גדולים יותר של היצירה ה"מבוקרת" לצורך השגת מטרתה, אחת הבעיות שעל בית המשפט להתמודד אתן היא אם כמות החומר המקורי שבה נעשה שימוש היא סבירה והוגנת⁸⁴, וזאת כחלק מהשאלה הכללית של "תום לב" ו"סבירות והגינות" המתחייבת ממהותה של הגנת השימוש הוגן⁸⁵. בתי המשפט מוכנים להכשיר שימוש נרחב יחסית⁸⁶ בתנאי שיש לו הצדקה ובתנאי שהוא

באופן מוחלט מגדר תחולתו של "הטיפול ההוגן" מחד אך מאידך אין מובטחת לה בהכרח הגנה גורפת בכל מקרה. ההכרה בקיומו של אינטרס ציבורי חברתי בעידוד הסאטירה לצד הצורך במגבלות שלא תאפשרנה פגיעה רחבה מדי בזכות היוצרים המוגנת הביאה את בתי המשפט לשביל הביניים שלפיו "כשהפגיעה ביוצר המקורי אינה קשה יהיה זה ראוי לסווג גם שימוש סאטירי כהוגן על בסיס מכלול השיקולים"⁷⁴.

משכך הם פני ההלכה, ברור כי ההכרעה הסופית בעניין הגינות השימוש והטיפול, בשתי שיטות המשפט, תלויה לא רק במבחנים שבסעיף 107 לחוק האמריקני, מבחנים הפועלים בשיטתנו כדין רצוי גרידא, ולא רק בקני מידה נוספים תולדת הפסיקה האמריקנית⁷⁵ והמקומית, אלה ואולי בעיקר, בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה וגם בנטיית לבו, בהשקפת עולמו ואף ב"חושיו הספרותיים" של מי שיושב בדין ולפתחו מוטלת משימת סיווג היצירה וקביעת רמת ה"הוגנות" שבפרסומה, שגם הוא, בדרך כלל ומטבע הדברים חסר כלים אובייקטיביים מקצועיים בכדי להבחין בין גווניה השונים של הביקורת לסוגיה⁷⁶.

1.3 הפרודיה והגנת "שימוש הוגן"

פרודיה ככזו אינה חסינה מפני תביעה בגין הפרת זכויות יוצרים ואינה זוכה מעצם טיבה וטבעה להגנה בשם חופש הביטוי⁷⁷. ההגנה על הפרודיה, עם כל חשיבותה של זו, אינה הגנה מוחלטת. היקף ההגנה על כותבי הפרודיות נתון במחלוקת ולאחרונה נשמעים יותר ויותר קולות הקוראים לצמצם את ההגנה הניתנת להם, בעיקר לאור הרחבת ההגדרה של סגנון ספרותי זה⁷⁸.

מאידך, יש טוענים, כאמור, כי דווקא במקרה של כתיבה פרודית יש להרחיב את תחולתה של הגנת השימוש הוגן. הן בגלל חשיבותה התרבותית-חברתית והן משיקולים כלכליים.

דוגמה למחלוקת הנתלית בשיקולים מהסוג האחרון ניתן למצוא בכתיבה המבססת את ההצדקה להגנת "שימוש הוגן" על אדנים של איזון בין אינטרסים כלכליים מנוגדים. הגנת השימוש הוגן, כך נטען, צריכה לחול רק מקום בו מתקיימים שני תנאים מצטברים: **ראשית**, מצב של כשל שוק, ו**שנית**, מצב שבו עדיפים האינטרסים של המפר על פני הפגיעה ביוצר⁷⁹. הואיל וכך, ממשיכים הדוגלים בשיטה זו וטוענים – תוך שהם מתמקדים בכתיבה הפרודית – שכאשר היוצר מתנגד להרשות למפר הפוטנציאלי לפרסם פרודיה על יצירתו לא בגלל שיקולים כלכליים אלא מחשש לפגיעה בשמו הטוב, ונוצר מצב של כשל שוק, הרי, בהנחה שהפרודיה אינה פוגעת באופן בלתי הפיך ביוצר ויש לה חשיבות מבחינה חברתית, כי אז יש להעניק לה את הגנת השימוש הוגן ולהכשיר את פרסומה תוך העדפת האינטרס הציבורי שבפרסום על פני האינטרס הפרטי של היוצר⁸⁰.

הפסיקה האמריקנית מסתפקת בהוראה שלפיה יש לבחון כל מקרה לגופו לפי נסיבותיו והשוואתו למקרים דומים⁸¹. עם זאת,

74 עניין **נבע, לעיל** הערה 21, בע' 284.

75 הצעה לשלושה מבחנים חלופיים במקרים של פרודיה ראו אצל: Lehr, *supra* note 58, at p. 477.

76 *Ibid.*, at p. 475 n. 236, 239.

77 *Walt Disney Productions v. The Air Pirates*, 581 F.2d (9th Cir. 1978) 751, 758-759 (להלן: עניין *Air Pirates* או *Air Pirates case*); *Krofft Television Production Inc. v. Mcdonald's corp.*, 562 F.2d (9th Cir. 1977) 1157, 1170. מאידך גם ההפך אינו נכון ו"לפרודיה אין מעמד מיוחד בחוק". ראו עניין **נבע, לעיל** הערה 21, בע' 273.

78 W.M. Lands & R.A. Posner "An Economic Analysis"; Posner, *supra* note 70 of Copyright Law" 18 *J. of Legal Studies* (1989) 329, 359-360. פוזנר מציע לתת הגנה לכותבי פרודיות על פי נוסחה כלכלית הבודקת עלות מול תועלת, חזאת במטרה להגביר את "ייצור" הקניין הרוחני. לעומתו מברכים אחרים על הרחבת ההגדרה וקוראים להרחבת ההגנה בהתאם: J.D. Grossett "The Wind Done Gone: Transforming Tara into a Plantation Parody" 52 *Case West. Reserve. L. Rev.* (2002) 1113, 1127. Rubinfeld, *supra* note 31; *Rev.* (2002) 1113, 1127. בעיניו בין חופש הביטוי לבין ההגנה על זכויות יוצרים.

79 W.J. Gordon "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors" 82 *Colum. L. Rev.* (1982) 1600.

80 שאלת האיזון הנכון בין הצדדים ושקילת חשיבותו של הפרסום המפר היא שאלה סובייקטיבית קשה. על פי גורדון: *Ibid.*, at p. 1637 n. 201. נדחתה טענת השימוש ההוגן בעניין *Air Pirates* בגלל היעדר חשיבות חברתית או תרבותית לפרסום המפר. לאחרונה נתקלה התאוריה של גורדון בדבר כשל שוק, בביקורת נוקבת במאמרו של G.S. Lunney "Fair Use And Market Failure: Sony Revisited" 82 *B. U. L. Rev.* (2002) 975. על מאמר ביקורת זה השיבה Gordon בקצרה תוך שהיא מסבירה שחלק מהתאוריה שלה אכן לא הוכח בפועל ב: W.J. Gordon "The 'Market Failure' and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney" 82 *B. U. L. Rev.* (2002) 1031. שם היא חוזרת וטוענת כי פרודיות משקפות כשל שוק וראויות להגנה.

81 *Harper case*, *supra* note 42, at p. 560.

82 W.F. Patry & S. Perlmutter "Fair Use and Misconstrued: Profit, Presumptions, and Parody" 11 *Cardozo Art & Entertainment L. J.* (1993) 667, 678-679; Posner, *supra* note 70; Suntrust Bank appeal, *supra* note 7.

83 עניין **נבע, לעיל** הערה 21, בע' 277.

84 *Air Pirates case*, *supra* note 77, at p.758; *MCA Inc. v. Wilson*, 677 F.2d (2nd Cir. 1981) 180, 185; *Fisher v. Dees, Atlantic Recording Corporation*, 794 F.2d (9th Cir. 1986) 432, 438 (להלן: *Fisher case*).

85 *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. (S.D.N.Y. 1968) 130, 146.

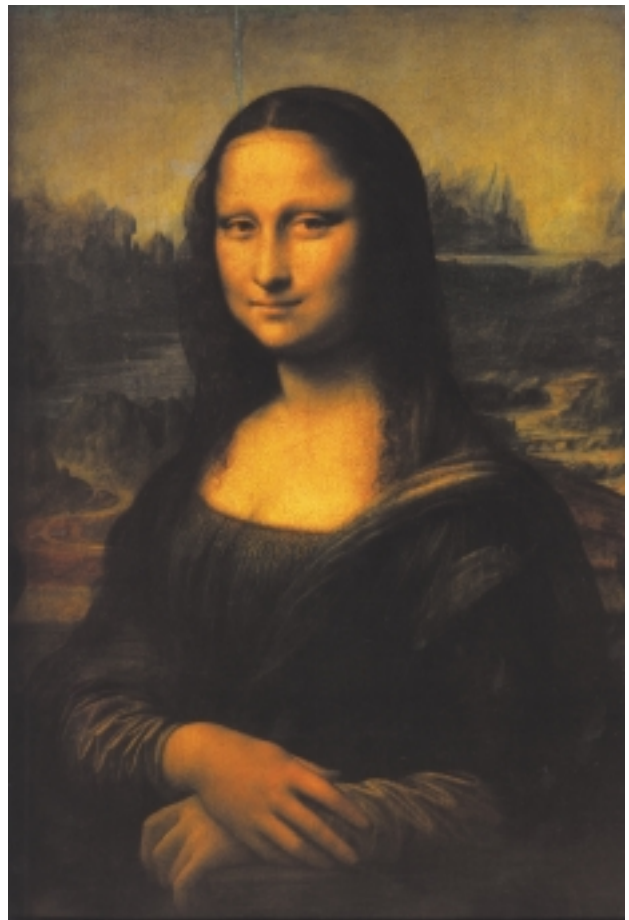
86 לעניין שימוש זה שכונה על ידי בתי המשפט "The Conjure Up Test" ראו: *Air Pirates case*, *supra* note 77, at p. 757; *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d (2nd Cir. 1964) 541.

87 על ההבדל בהיקף השימוש בין פרודיה לסאטירה ועל הדעות החלוקות בעניין זה ראו גם עניין **נבע, לעיל** הערה 21, בע' 284, שם משאיר השופט מלץ שאלה זו בצורך עיון.

88 J.W. Andrews "The Fine Art of Copyright Protection: A Suggestion for Change in the Application of the Fair Use Doctrine" 36 *Univ. of San Francisco. L. Rev.* (2002) 759, 775.

89 *Ibid.* at p. 775 n. 156.

90 Grossett, *supra* note 78, at pp. 1127-1128.



אכן דרוש באופן ישיר להשגת המטרה המידית של הפרודיה⁸⁷.

3. תוכן ומהות היצירה המוגנת – תנאי זה הוא ה"מקופח" ביותר מבחינת הפסיקה והכתיבה המשפטית, וכמעט אין דוגמאות ישימות לגביו של מקרים של פרודיות ספרותיות⁸⁸. הכוונה כאן בעיקר למהות ומיהות היצירה – האם מדובר בכתבה עיתונאית, ביצירה ספרותית, בדיווח חדשותי, במחקר אקדמי או בתרבות פנאי⁸⁹. יש טוענים כי ההחלטה בעניין **חלף עם הרוח נבעה** מאופיין המיוחד של שתי היצירות הנוגעות בדבר. **חלף עם הרוח**, שעיצב דעות ותפיסות יסוד חברתיות והיסטוריות בחברה האמריקנית, ומאידך, ספרה של רנדל שטוענת לזכותה לעשות צדק חברתי, לתקן את העוול ולשנות את תפיסת העולם הגזענית המעוותת לטובתם ולרווחתם של הקוראים, שכבודם יושב להם והאמת ההיסטורית תחזור ותתגלה להם לאחר קריאתה של הפרודיה שכתבה⁹⁰.

1.4 השפעת השימוש על ערך היצירה המוגנת ועל השוק הפוטנציאלי שלה

סוגיה זו עוסקת הן בפוטנציאל הנזק שגורם השימוש הבלתי מורשה להיקף המכירות הצפוי של היצירה המקורית והן להשפעתו השלילית על השימוש הלגיטימי שיוכל היוצר לעשות ביצירתו בעתיד – ◀

חצייתם. כשהולגריזציה היא המסר, השימוש אינו יכול להיות לגיטימי אלא בנסיבות יוצאות דופן בחשיבותן החברתית/תרבותית⁹⁸.

ה. ובחזרה לחסמב"ה

1. שתי הערות על מה שיש ועל מה שאין בפסק הדין:

1.1 סוגיית ההעתיקה

קביעתו של בית המשפט, שלפיה לא העתיקה האפרתי את דמויות **"חסמב"ה**, מעוררת תהיות. די בעיון מרפרף ב**לא תשוה** – כמובן תוך היכרות מוקדמת עם דמויות חסמב"ה המקורית – כדי להיווכח שמדובר לא רק בזהות בשמות הנפשות הפועלות, כפי שקבע השופט זפט. הספר החדש בנוי ומבוסס מראשיתו ועד סופו על רעיון ההנגדה וההקצנה של האתוס המקורי של **"חסמב"ה** – על היפוך תכונות האופי של הגיבורים; על עיוות מערכות היחסים ביניהם; על חולשותיהם המקוריות המוקצנות; על תמימותם המושמת ללעג; על שינוי תפקידיהם ומעמדם; על צורתם החיצונית כפי שצוירה בסדרה המקורית; על מוצאם ועל מאפייני פעילותם כמי שנלחמו בכוחות הרשע ויכלו להם בסדרה המקורית ואילו עתה הם מייצגים את הרשע, העיוות והכיעור בעצמם, במהותם ובפעילויותיהם.

המחברת אינה מסתפקת בשימוש בשמותיהן של דמויות **"חסמב"ה** המקוריות בספרה **לא תשוה**. לכן גם "משל המונה לזה" של השופט זפט אינו עניין לכאן כלל וכלל. לא רק בשל העובדה שהאפרתי לקחה יותר מאשר את שמותיהן של דמויות **"חסמב"ה**, אלא גם הואיל וקשה להשוות "חיקוי ספרותי" כמו זה שלפנינו ל"חיקוי גרפי/ציורי" כמו בדוגמה שמביא השופט זפט. משל למה הדבר דומה, להשוואת "סונטת קרויצר" של בטהובן ל"סונטת קרויצר" של טולסטוי.

האפרתי עושה שימוש נרחב, משמעותי ומתמשך בסיפורי **"חסמב"ה** של מוסינזון ובקווי ההיכר האופייניים לסדרה ולדמויות המככבות בה לכל אורכו של **לא תשוה**. היא שוזרת את דמותו של מוסינזון המנוח אל תוך העלילה ומטילה עליו תפקיד מפתח לייצר המשך או סוף חדש לעוללות יצירי דמיונו התמימים והצעירים. "צריך לכתוב להם סוף טוב" אומר אלוהים למוסינזון: "אתה תצטרך לחבר אותם יחד, שוב, אמר אלוהים, זה לא יהיה קל, אבל עד שלא תדאג לכולם, לא תגיע לגן עדן"⁹⁹.

המוטיב של בנייה על הידוע והמוכר לצורך יצירת העלילה החדשה, חוזר לאורך הספר כולו. ואפילו הקריאה המפורסמת "חסמב"ה חסמב"ה חסמב"ה" מצויה כאן¹⁰⁰.

אכן, המחברת מגישה לנו כאן מתכון הפוך – "טרנספורמציה" של הדמויות ו"טוויסט" של העלילה, אך אין בכך כדי לחפות על ההעתיקה. אין בכך כדי להכשיר את הזהות ואין בכך די לבסס קביעה חד־משמעית כמו זו של השופט שלפיה לא הועתקו דמויות

שמא יהווה השימוש הבלתי מורשה תחליף גם בעתיד לטובות הנאה שיכול היה היוצר להפיק מיצירתו⁹¹. למשל, כתיבה פרודית יכול שתצמצם בעתיד את יכולתו של היוצר להרשות – תמורת תשלום, כמובן – כתיבת פרודיה לגיטימית על יצירתו. גם כאן, לעובדה שאנו עוסקים בסוג מיוחד של כתיבה, בפרודיה, יש השלכה ישירה על כללי הפרשנות של מבחן זה ולהיותו של השימוש בפרודיה "שימוש הוגן". פרודיה בדרך כלל אינה מהווה תחליף ליצירת המקור, ולכן אינה יכולה להקטין את דרישת השוק למקור, אלא אם כן היא גורמת לתוצאה זו עקב התוכן הביקורתי הכלול בה שמוריד באופן לגיטימי את היקף הרכישות של יצירת המקור. ייתכנו אף מקרים שבהם יעורר פרסום הפרודיה עניין מחדש ביצירה המקורית שהעניין בה דעך במהלך השנים. מאידך, הואיל ויוצרים אינם נוטים בדרך כלל להרשות שימוש פרודי ביקורתי ביצירותיהם, הרי בדרך כלל לא תהיה לפרודיה השפעה שלילית על השוק שבו "נסחרת" היצירה המקורית, לא בעת פרסומה של הפרודיה ואף לא לאחר מכן.

2. פרודיה סרת טעם⁹²

בחלק ניכר מהמקרים טוען בעל זכות היוצרים כי הפרודיה על יצירתו מכילה אלמנטים וולגריים, פורנוגרפיים ואלמיים, שיש בהם כדי לפגוע ביצירה המוגנת, ולכן אין מקום להכשירה תחת הגנת "השימוש ההוגן". בתי המשפט בארצות־הברית מפגינים גישה שבשבת לטענה זו, בניסיונם לנווט בין דרישות חופש הביטוי, החשש מצנזורה בלתי רצויה ודרישות הטעם הטוב והאחריות הציבורית. בנסיבות קיצוניות, כמו במקרה שבו פורסמה סדרת קומיקס למבוגרים שבה תוארו דמויות ידועות מיצירות וולט דיסני – דמויות שבמקורן הן התגלמות התמימות והתום – כצרכניות סמים אובססיביות אלימות, דחה בית המשפט האמריקני את הגנתו של יוצר החיקוי⁹³. כך גם נאסר בעבר, במשפט בעניין סימני מסחר, השימוש בשם "טרזן" ו"ג'יין" בירחון למבוגרים שאמור היה להיקרא "Monkeying around with Tarzan and Jane", ותוכנו אמור היה לכלול תיאורי מין ושיחות ארוטיות על רקע מגורי הזוג בג'ונגל האקזוטי⁹⁴. מאידך, במקרים אחרים, נדחתה הטענה לגופה, תוך קביעה כי התוכן אינו קיצוני דיו כדי להצדיק דחיית הגנת "השימוש הוגן" אף כי ברמת העיקרון הייתה הסכמה שיש תכנים שעצם מהותה של הגנת "השימוש ההוגן" אינו מתאים להם⁹⁵. אין ספק כי ברוב רובם של המקרים נמנע בית המשפט מפסילת ההגנה גם אם לטעמו מדובר בשימוש סר טעם ובוטה. זאת משום שעם כל ההבנה ללבו של בעל היצירה המעוותת – ולעתים כגודל התום והתמימות במקור כן גודל הסחי והמיאוס שבפרודיה – שומה עלינו לזכור כי בית המשפט אינו מבקר אמנות, תפיסתו את הפרודיה שלפניו היא סובייקטיבית גרידא⁹⁶ ודיני הקניין הרוחני אינם אמורים לסייע לו או לחברה בכלל להשיג מטרות שאין להן ביסוס רעיוני דיניים אלו⁹⁷.

עם זאת, יש קווים אדומים שבית המשפט חייב להיזהר מלאפשר

לא די בכך גם היקף ההעסקה לא נבחן, וכן לא השאלה אם היקף השימוש הנרחב שירת באופן ישיר את המטרה החברתית המוצהרת של היוצרת ביצירתה. לצד כל אלו בולטים בחסרונם דיון – ולו גם חלקי, התייחסות – ולו גם במשורה, לטענה החוזרת ונשנית של התובעת בדבר הפגיעה בזכותו המוסרית, בכבודו כאמן ובשמו כיוצר של מוסיזון הסופר.

1. "זכות מוסרית"

נוסף לטענה כי **בלא תשווה** הופרה זכות היוצרים של מוסיזון **בחסמב"ה**, הושתתה תביעתה של אלמנתו של מוסיזון גם על הזכות המוסרית של בעלה המנוח בספרי **חסמב"ה**. התביעה טענה כי האפרתי עשתה שימוש בדמותו של מוסיזון כאדם וכיוצר בטקסט עצמו (למוסיזון תפקיד מפתח בעלילת הספר) באופן בלתי חוקי ופוגע, וכן אף השתמשה בעלילות ספרי **חסמב"ה** בצורה שיש בה כדי לפגוע ביוצר וביצירתו. עילה זו לא נדונה על ידי בית המשפט המחוזי.

ניתוח הזכות המוסרית במשפט הישראלי מצריך יריעה רחבה ודיון מעמיק מזה המתאפשר לי כאן, בשל הסוגיות המורכבות שהיא מעוררת והגישות השונות הקיימות לגביה בשיטות המשפט השונות. אשתדל להצביע בפרק זה רק על קווי ההיכר הבולטים של הזכות ועל הבעיות המיוחדות שצריך היה, לטעמי, לנתח במסגרת הדיון בעניין **חסמב"ה**. ◀

91 Patry & Perlmutter, *supra* note 82, at pp. 686-698.

92 כללית ראו: Lehr, *supra* note 58.

93 *Air Pirates case*, *supra* note 77.

94 *Edgar Rice Burroughs Inc. v. High Soc. Magazine Inc.*, 7 Media L.Rep. 1862 (S.D.N.Y., 1981).

95 *Fisher case*, *supra* note 84, at p. 437; *Pillsbury Co. v. Milky Way Products Inc.*, 215 U.S.P.Q. 124, 131 (1981); Patry & Perlmutter, *supra* note 82 at pp. 718-719 n. 224.

96 ראו גם: *University of Notre Dame Du Lac v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 256 N.Y.S.2d. (1965) 301, 307.

97 השונו בעניין זה לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

98 השונו לגישתו של Lehr: Lehr, *supra* note 58, at pp. 460-473.

99 האפרתי, **לעיל**, הערה 4 בע' 20.

100 **שם**, בע' 115.

101 עניין **מפעל הפיס, לעיל** הערה 20, בע' 591, הדן ב"גזילת יסודות מקוריים בראיה כוללת".

102 השונו לשימוש שנעשה בדמויות הספר **חלף עם הרוח**, בפסק הדין של: *Suntrust Bank appeal*, *supra* note 7.

103 א' אבן שושן **המלון החדש** (תשמ"ה, כרך ה) 2141. הגדרה זו ויישומה במקרה שלפנינו אינה מתיישבת עם קביעתו הקודמת של השופט בדבר היעדר העתקה בספרה של האפרתי. הפרודיה מעצם טיבה וטבעה מעתיקה תוך יצירת שינוי, טרנספורמציה, ניגוד לעג או ביקורת. השופט אינו עומד על חוסר בהירות זה בפסק דינו.

104 עניין **נבע, לעיל** הערה 21, בע' 270; עניין **מפעל הפיס, לעיל** הערה 20, בע' 597.

105 עניין **נבע, לעיל** הערה 21, בע' 278-279.

חסמב"ה ולכן לא הופרה זכות היוצרים שבהן.

הן הפסיקה המקומית¹⁰¹ והן הפסיקה האמריקנית, בעיקר בהשוואה לעניין **חלף עם הרוח**, מלמדות כי השימוש שעשתה האפרתי בדמויות **חסמב"ה** המקוריות הוא שימוש מפר שיש בו העתקה ממשית של היצירה המוגנת¹⁰².

1.2 וישנית – פרודיה? סאטירה? ביקורת? למאי נפקא מינא

אמנם בעמוד השער כותבת האפרתי "זוהי פרודיה. כל קשר בין הדמויות והאירועים המתוארים כאן לבין דמויות ואירועים המתוארים בספרים אחרים ו/או בין המציאות הוא על אחריות הקורא בלבד". אולם הגדרה עצמית זו אינה מחייבת לא את הקורא ובוודאי לא את בית המשפט. בית המשפט חייב לבדוק בעצמו, באמצעות כלים ספרותיים, לשוניים ומשפטיים את היצירה שבפניו אם אמנם פרודיה היא או שמא סאטירה, או "סתם ביקורת", וזאת על מנת לבחור, בשלב הבא, את דרך יישום מבחני הגנת "הטיפול ההוגן" על המקרה שלפניו. גם אם ההבחנה בין הסאטירה לפרודיה קשה והשופט אינו מצויד בכלים המתאימים ליישם אותה, גם אם שתייהן עונות על הגדרת "ביקורת" ולפיכך נכנסות להגדרת "טיפול" ראוי להגנה – גם אז ברור כי לא ניתן לברוח מסיווג היצירה המפרה לצורך בחינת ה"הוגנות" שבטיפול.

פסק דינו של השופט זפט מסתפק בקביעה חד-משמעית כי בפניו פרודיה מוגנת: "טיבה של פרודיה שהיא שומרת על הצורה האומנותית של היצירה המקורית תוך שינוי התוכן, באופן שנוצר ניגוד משונה מלעייג" מצטט השופט זפט את המילון החדש של אבן שושן בפסק דינו¹⁰³. הפרודיה, כמו גם הסאטירה, היא "ביקורת", הוא ממשיך וקובע. הביקורת המוגנת על ידי החוק אינה בהכרח שלילית במהותה ובתוכנה.

ומשכך, גם מסקנתו של השופט היא חד-משמעית – **לא תשווה** מקיים אחר הגדרת הפרודיה: בחירתה של האפרתי להראות את גלגולן המגוחך של דמויות **חסמב"ה**, ההיפוך שמחכה להן לאורכה של הדרך ובסיומה, הלעג, המוזרות וההנגדה המצויים בכתיבתה בשפע, גם אם אינם מחויבים כשלעצמם מהגדרת הפרודיה, הם המאפיינים את סגנונה של האפרתי ככתיבה פרודית, ומהיותה כזו היא מותרת ומוגנת כחריג לזכות היוצרים של מחבר היצירה המקורית נשוא הפרודיה שבמחלוקת.

פסק הדין אינו מדבר על אופי השימוש שעשתה האפרתי ביצירה המוגנת. הוא אינו בוחן אם הטיפול בחומר המוגן במסגרת ה"ביקורת" המותרת – בין שמדובר בפרודיה ובין שמדובר בסאטירה – הוא הוגן. והואיל ומדובר בתנאים מצטברים¹⁰⁴, המבחן שיושם בפסק הדין אינו שלם, והמסקנה אינה מבוססת. במסגרת בדיקה זו צריך היה לברר, בין השאר, הן את מעמדה, חשיבותה היחסית ותורמתה התרבותית של היצירה המוגנת, **חסמב"ה**, והן את ערכה החברתית של היצירה שלטובתה בוצעה ההעסקה, **לא תשווה**, בעיקר לאור העובדה שהשימוש של אפרתי היה שימוש מסחרי מובהק¹⁰⁵. ואם

1. מקורה ומהותה של הזכות המוסרית

הבסיס הפילוסופי של זכויות היוצרים במשפט האנגלו-אמריקני משקף במהותו תפיסה כלכלית-קניינית¹⁰⁶, והמסגרת המשפטית להסדר הזכויות בתחום זה היא תועלתנית בעיקרה. מטרתה היא קידום האינטרס הפרטי של היוצר ובאמצעותו קידום האינטרס הציבורי¹⁰⁷.

על בסיס רעיוני זה ובהתאמה, לפחות חלקית, אליו, מוכרת ומוגנת זכות היוצר ביצירתו כזכות קניינית המעניקה לו בלעדיות קניין ושימוש למשך כל תקופת קיומה של הזכות. לצדה של הזכות הקניינית או תחתיה מוכרת במדינות אירופה, ובעיקר בצרפת ובגרמניה, וכן במידה פחותה, בקנדה, בארצות-הברית, באנגליה, כמו גם בישראל, זכות מוסרית – Droit Moral, Moral – Right – המעוגנת, בין השאר, גם באמנת ברן ובחקיקת האיחוד האירופי¹⁰⁸.

במובחן מהזכות הקניינית, הזכות המוסרית היא זכות הקשורה, נובעת ומתמקדת באישיותו של האדם-היוצר. היא מנותקת מהאינטרס הכספי שלו ביצירה, והיא אישית, בלתי מוגבלת בזמן, בלתי ניתנת להעברה בחיים ויש לה הן עדיפות מוסרית והן תוקף משפטי כנגד זכות קניינית וחוזית של צד ג' ביצירה¹⁰⁹. זוהי זכות בעלת מאפיינים שבעיקרו של דבר אינם כלכליים במהותם¹¹⁰, והיא דומה מבחינה זו לזכות לפרטיות¹¹¹, לזכות לשם טוב ולזכות לאוטונומיה: שכולן מתנקזות ומתמקדות בסופו של דבר בערך העליון מכולם הוא כבוד האדם. הזכות מעניקה הגנה משפטית לקשר האישי, הרוחני, האינטימי והייחודי, הקשר "המקודש" יש המכנים אותו, הקיים בין אישיותו של היוצר לבין יצירתו, המוגדרת כ-Spiritual Child שלו¹¹². ההגנה היא הן על אישיותו של היוצר והן על יצירתו במובן כפול – ראשית, הזכות שהיצירה תיקרא על שמו של יוצרה – Right of Paternity. שנית, הגנה מפני עיוות ושינוי היצירה ומפני כל פעולה אחרת שיש בה כדי לפגוע באישיותו של היוצר כפי שהיא מתבטאת ביצירתו – Right of Integrity. למרות הגדרתה כ"זכות מוסרית" מקנה החוק תרופה על הפרתה, ולפיכך יש המעדיפים לכנותה, בעקבות השופט חיים כהן ז"ל, "זכות רוחנית"¹¹³, או זכות "אישית"¹¹⁴.

הזכות המוסרית במובנה ובלבושה המשפטי מקורה, כאמור, בפסיקה הצרפתית של המאה התשע-עשרה, וניצניה אף קדומים יותר¹¹⁵. לכן גם ברור מדוע הגישה הקונטיננטלית אוהדת אותה הרבה יותר בהשוואה לגישה האנגלו-אמריקנית, הן בהכרה בעצמת הבסיס הערכי שלה, הן בהגדרתה הרחבה והן בגמישות מבחני החבות לבדיקת קיומה¹¹⁶. אמנם, בעקבות הצטרפות המסיבית לאמנת ברן, שבה יש אזכור מפורש, כזכור, לזכות המוסרית, ניכרת תזוזה חיובית בכיוון ההכרה המשפטית בקיומה של הזכות המוסרית גם באותן מדינות שעד כה דגלו רק בהכרה בזכות היוצרים במובנה הקנייני¹¹⁷. אולם עדיין, אפילו כיום, מפגינה הפסיקה האנגלו-אמריקנית-קנדי, הססנות בלתי אופיינית וחוסר בשלות בולטת

בבואה לתת תוקף מעשי לזכות וסעד משפטי ליוצר¹¹⁸. במידה רבה ההכרה בזכות המוסרית, אם בכלל, נשארה אות מתה, וההגנה עליה נעשית בדרך כלל באמצעות הוראות חוק אלטרנטיביות¹¹⁹.

הזכות המוסרית יובאה לארץ בעקבות הצטרפותה של ישראל לאמנת ברן¹²⁰, ועוגנה בס' 4 לפקודת זכות יוצרים. הסעיף מגן על זכות המחבר ששמו ייקרא על יצירתו ועל זכותו שלא ייעשה ביצירה שינוי, סילוף או פגימה "או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה". זכותו זו של המחבר אינה תלויה בזכותו החומרית ביצירה, והוא זכאי לקבלת פיצוי גם אם לא יוכיח שנגרם לו נזק ממון. הפגיעה בזכות הנה עוולה אזרחית הכפופה להוראות פקודת הנזיקין (נוסח חדש) (להלן: "פקודת הנזיקין").

בימים אלו מתגבשת והולכת במשרד המשפטים הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ד-2003 (להלן: "ה"ח זכות יוצרים" או "הצעת החוק")¹²¹. משזו תתקבל, בשינויים כאלו ואחרים, יחליף ההסדר החדש גם את חוק זכות יוצרים וגם את פקודת זכות יוצרים ויגבש מסגרת מודרנית, רחבה וגמישה להסדרת הנושא על כל היבטיו. הזכות המוסרית מוסדרת בפרק השמיני להצעה בנפרד מההסדרים החלים על הזכות הכלכלית המוגדרת בהרחבה בפרק השלישי להצעה. בעיקרו של דבר יש כאן חזרה, תוך מתן הבהרות ותשובות, על עיקרי סעיף 4 לפקודה.

המשפט הישראלי נוטה בבירור לראות בזכות המוסרית חלק מדיני הקניין הרוחני, והכללת ההגנה עליה בהצעת החוק החדשה והדרך שבה נעשה הדבר מוכיחה זאת בעליל¹²². עם זאת, טוב עשה המחוקק כשבחר להשלים את ההגנה על הזכות המוסרית ולאפשר מתן פיצוי בגין נזק שנגרם לה גם באמצעות הפניה לכללים שהתגבשו בפקודת הנזיקין¹²³. כך, הן בפקודת זכויות היוצרים והן בהצעת החוק מוגדרת הפרת הזכות המוסרית כעוולה. באופן זה חלים עליה כללי הפרשנות ועקרונות היסוד של דיני הנזיקין, שלצד הענקת פיצוי ללא הוכחת נזק – כפי שקובעת הפקודה וההצעה שבעקבותיה – משלמים את ההגנה הקניינית שמעניקים לה דיני הקניין הרוחני.

2. היקף ההגנה על הזכות המוסרית - לפרשנותו של סעיף 4(א) לפקודה

לשון סעיף 4(א) (2) כפשוטה מעוררת מחלוקת. האם הפעולות המנויות בחלקו הראשון – "סילוף", "פגימה" או "שינוי" – תיחשבנה כעוולה אזרחית גם אם אין צפויה פגיעה בכבודו או בשמו של המחבר והן אסורות, לפיכך, תמיד באופן מוחלט, בעוד שה"פעולה" המנויה בחלקו השני של הסעיף תהווה עוולה רק מקום בו קיימת פגיעה בשמו או בכבודו של המחבר; או שמא כל הפעולות המנויות בסעיף זה, מותנות בפגיעה כזו. פרופ' ויסמן סבור כי שגגה יצאה תחת ידו של המחוקק וכי יש לפרש את הסעיף בדרך ביניים, כך ששינויים ביצירתו של מחבר יהיו מותרים אם התנגדות להם הנה בלתי סבירה¹²⁴. לעומתו סבורה השופטת שטרסברג-כהן כי יש

R.J. DaSilva "Artists' Rights in France and the U.S." 28 *Bull. copyright soc'y* (1980) 1, 4, 53

110 לזכות המוסרית יש, כמובן, גם השלכה כלכלית בהיותה מייצגת מחד ושומרת מאידך על המוניטין של היצירה ושל יוצרה, אולם כאינטרס מוגן היא מייצגת בבירור היבטים בלתי רכושיים. השוו לע"א 2811/93 **Eisenman נ' קימרון**, פ"ד נד(3) 817, 844-845 (להלן: עניין **קימרון**). השופט טירקל מגדיר שם את הפיזיו בגין הפרת הזכות כפיזיים עבור נזקים בלתי ממוניים כאשר אופי הפיזיו מעיד על אופי האינטרס שנפגע. ראו אצל: S. Ricketson *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (London, 1987). הגדרת הזכות כ- non-economic, spiritual, personal בעל' 456. השוו ל-*Sarraute, supra note* 108, at p. 466.

111 ראו והשוו: G.P. Smith "The Extent and Protection of the Individual's Personality Against Commercial Use: Toward A New Property Right" 54 *S. C. L. Rev.* (2002) 1.

112 Ricketson, *supra note* 110, at p. 456.

113 ע"א 528/73 **אטינגר נ' אלמגור**, כט(2) 116, 118.

114 י' ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכויות יוצרים" **מחקרי משפט** ז (1989) 51; ג' טדסקי "הקניין הרוחני והזכויות האישיות" **משפטים** י (תש"ס) 392.

115 על ההיסטוריה וההתפתחות ראו אצל: Ricketson, *supra note* 110, at pp. 456-476 n. 435-540; R.R. Kwall "'Author Stories': Narrative's Implications for Moral Rights and Copyright's Joint Authorship Doctrine" 75 *So. Calif. L. Rev.* (2001) 1, 18.

116 ראו מחקר השוואתי מקיף אצל: DaSilva, *supra note* 109, at p. 55.

117 להשוואה כללית בין דין הצרפתי למשפט האמריקני ראו: J.C. Ginsburg "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America" 64 *Tulane. L. Rev.* (1990) 991.

118 *Seshadri v. Kasraian*, 130 F.3d (7th Cir. 1997) 798, 803-804; *Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc.*, 132 F.3d Cir. 1167 (9th Cir. 1997) 1167. בשני המקרים האחרונים קבע השופט Posner כי ישנם "Glimmers" של הזכות המוסרית במשפט האמריקני וכי התאוריה "זוחלת לאטה" ("Creeping") לתוך עקרונות דיני זכויות היוצרים שם. השוו לדחיית ההכרה בזכות בעניין: *Choe v. Fordham University School of Law*, 920 F.Supp. (New York southern dis., 1995) 44.

119 Nimmer et al., *supra note* 23, at pp. 602-603.

120 ראו סקירה בהרחבה בת"א (חי) 977/86 **טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ**, פ"מ תשנ"ב(3) 89, 106-107 (להלן: עניין **טאו**) וכן ויסמן, **לעיל**, הערה 114.

121 ניתן לאתר את מאמר משדר המשפטים: [http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/903655DE-EE04-41B2-B6F9-E3DC9F7686F0/0/copyrights.pdf] (last visited on 26.1.04).

122 על המסגרת המשפטית להגנה על הזכות המוסרית באנגליה ובארצות הברית, על עילת ה- Misappropriation ועל השימוש בדיני חוזים ראו בנוסף השלם של המאמר.

123 זו גם הצעתו/ניתוחו של ויסמן, **לעיל** הערה 114, בע' 54-56. אינני סבורה כפרופ' ויסמן שיש צורך לשנות את הוראת ס' 4 לפקודת זכות יוצרים ולוותר על הגדרת ההפרה כעוולה ועל תחולת פקודת הניקין. מאידך, ביטול הגדרת הפרת הזכות כעוולה תפתח פתח, אולי, להחלת הגנת "טיפול הוגן" על הזכות המוסרית, דבר שנראה בלתי רצוי בעיניי. השוו לעניין המסגרת אצל: Ricketson, *supra note* 110, המדבר על ההגנה באמצעות לשון הרע ועוולות מסחריות אחרות כמו גם דיני הקניין והחוזים ואצל: Sarraute, *supra note* 108, at p. 484.

124 ויסמן, **לעיל** הערה 141, בע' 53.

125 עניין **טאו**, **לעיל** הערה 120.

126 **לעיל** הערה 121.

127 Ricketson, *supra note* 110, at p. 473 n. 523-528.

לפרש את סעיף 4 כקובע שגם הרישה שלו כפופה למגבלת הסיפה, דהיינו, שכל עשייה ביצירה כפופה למבחן הפגיעה בכבודו או בשמו הטוב של המחבר.¹²⁵

דעתי כדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, אף כי בעיניי המחלוקת כולה מצטמצמת למובנו של המונח "שינוי אחר" האמור ברישה של הסעיף, שכן בשני המונחים האחרים – "סילוף" ו"פגימה" – יש ממילא קונוטציה שלילית המשליכה על תוצאות המעשה הן מבחינת היוצר והן מבחינת היצירה. פרשנות זו של החוק המצוי מקבלת עתה גם את אישורו של המחוקק באמצעות ניסוחו של הדין הרצוי. בהצעת החוק, בסעיף 55(2) נקבע מפורשות כי "הזכויות המוסריות הן אלה... זכות היוצר כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יהיה בהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו"¹²⁶.

עינינו הרואות – תנאי הפגיעה בכבוד, תנאי הכרחי ויסודי הוא. את התוצאה הקיצונית מדי העלולה לנבוע אליבא דפרופ' ויסמן, מהוראה זו, המצמצמת את הזכות המוסרית ומגבילה אותה רק למקרים שבהם תוצאת השינוי ביצירה עלולה לגרום לפחיתות כבודו או מעמדו של בעל הזכות, ניתן למונע בדרך של פרשנות ממתנת המתאימה את עצמה לאיזון האינטרסים החברתיים והתרבותיים, הגמישים והמשתנים, שבמסגרתם יש לפרש את התיבות "כבודו" ו"שמו הטוב" של המחבר. ככל שתורחב פרשנותם של אלה, תועמק ותרחב ההגנה על הזכות המוסרית בהתאמה ובהתחשב בנסיבות הזמן והמקום, כראות עיניו והשקפתו של בית המשפט באשר להגנה הראויה והיחס בינה לבין זכות היוצרים הכלכלית מחד והזכות לשם הטוב, לפרטיות, לכבוד ולאוטונומיה מאידך.¹²⁷

התפיסה המקובלת רואה את זכותו של אדם לשם טוב כחלק מזכותו לכבוד. עקב כך מוגנת זכות היוצר בשמו הטוב ממילא הן על ידי סעיף 4 עצמו ("העלולה לפגוע בכבודו או בשמו"), הן על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן, כמובן, על ידי חוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע"). האם בהגנה זוהי, משולשת, על אינטרס זה ועל זכות זה עסקינן, או

J.M. Treece "American Law Analogues of the Authors Moral Right" 16 *Amer. J. Comp. L.* (1968) 47. על תרומתם של קנט (Natural Rights) והגל (Personhood) ראו אצל: M. Leaffer *Understanding Copyright Law 1-3* (3rd ed., 1999).

107 Chafee, *supra note* 60, at p. 511; Posner, *supra note* 70.

108 A.S. Katz "The Doctrine of Moral Right and American Copyright Law - R. Sarraute "Current ;A Proposal" 24 *S. Cal. L. Rev.* (1951) 375-376. Theory on the Moral Right of Authors and Artists under French Law" 16 *B.T. McCartney "Creepings"; Amer. J. Comp. L.* (1968) 465, 466-467 and "Glimmers" of the Moral Rights of Artists in American Copyright Law" 6 *UCLA Ent. L. Rev.* (1998) 35, 71 n. 262-264.

הזכות ראו אצל פרונטי, **לעיל** הערה 52, בע' 847-920. ראו גם: A.R. Chapman "The Human Rights implications of Intellectual Property Protection" 5(4) *J. of Internat. L. & Econ.* (2002) 861, 867 – על היותה של הזכות חלק מזכויות האדם במובחן מהיותה זכות כלכלית במסגרת דיני הקניין הרוחני.

חוק איסור לשון הרע מגן בעיקר על מערכת יחסיו החברתית-תרבותית של הפרט ועל זכותו להשתייך, בכל המובנים, לחברה שבמסגרתה סובבים מעגלי חייו¹³⁴. המבחן לקיומה של פגיעה, לפי תפיסה זו, הוא מבחן אובייקטיבי המיושם באמצעות חושיו של מקבל הפרסום הסביר, ובהמשכו נבדקת ההשלכה שיש לפרסום זה על ההערכה שרוחשת החברה לפרט המושמץ. לפיכך, עלבון ופגיעה ברגשות, שהן תחושות סובייקטיביות במהותן, אינן זכאיות להגנה במסגרת חוק איסור לשון הרע¹³⁵. והנה, כאן, ודווקא כאן, אמורה להיכנס לתמונה ההגנה הנוספת שמספקת פקודת זכות יוצרים ליצר הנעלב והפגוע. דווקא ההיבטים האישיים והסובייקטיביים, האידיאליסטיים והרומנטיים אולי¹³⁶, של האינטרס של האדם בשמו הטוב, אלו שחוק איסור לשון הרע מתנכר להם, הם שאמורים לעמוד במרכז של ההגנה המוסרית שמספקת פקודת זכות יוצרים¹³⁷.

כאן מותר הפקודה על החוק. כאן עדיפה הגנת דיני הקניין הרוחני¹³⁸ על הגנת דיני הנזיקין ה"רגילים"¹³⁹. ומכאן, שבמסגרת ההגנה על הזכות המוסרית של היוצר ימצאו הגנה גם אינטרסים סובייקטיביים של הנפגע ולא רק אינטרסים אובייקטיביים, שלעיתים חשיבותם מבחינת הנפגע בטלה בשישים בהשוואה לאלו הסובייקטיביים:

"The real and most important reason for our obsession with perfection is in our pride. These are our names out there for everyone to see and judge",

אומר הבמאי הידוע מילוש פורמן בעדותו בפני ועדת הסנאט בעניין פטנטים וזכויות יוצרים בארצות-הברית בשנת 1990¹⁴⁰, וממחיש, למי שזקוק היה להמחשה כזו, עד כמה פגיע הוא היוצר ומה רבה חשיבותה של ההגנה העודפת שאמורה הפקודה להקנות, לעמדתו, בהשוואה להגנה ה"רגילה" הקיימת בחוק איסור לשון הרע.

כאבו של מילוש פורמן היוצר – שאת סיפור גלגולי המחזמר "שיער" פורש בפני הוועדה האמורה – כמו גם כאבם של יוצרים אחרים שביצירתם נעשה שימוש פוגם, הוא סובייקטיבי. ולכן פגיעה בכבודו האובייקטיבי תימדד בערכים אובייקטיביים תוצרת בית המשפט או האדם הסביר, ואילו זכותו המוסרית, האישית, חייבת – בעצם טבעה וטיבה, כמתחייב מנכונותו של המחוקק להכיר בה ולהגן עליה – להימדד לפחות גם בערכים סובייקטיביים תואמים¹⁴¹.

המסקנה הנובעת מתפיסה זו היא כדלקמן: הואיל ופרשנותו של סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע היא אובייקטיבית, והואיל ופרשנותו של סעיף 4 לפקודת זכות יוצרים מן הראוי שתאפשר שימוש במבחנים סובייקטיביים, ובהנחה – שנראית לי מבוססת והגיונית – שלפיה המבחנים האובייקטיביים שבחוק איסור לשון הרע זהים למבחנים האובייקטיביים שבפקודת זכות יוצרים, נמצא כי פגיעה שיש בה משום הפרת חוק איסור לשון הרע תיחשב תמיד, פרט למקרים קיצוניים בודדים, כפגיעה לעניין הזכות המוסרית שבפקודת זכות יוצרים¹⁴². היפוכה של מסקנה זו לא יהיה בהכרח נכון תמיד

שיש ליתן לכל אחת מהוראות החוק את הפרשנות המיוחדת לה – בכל הנוגע לאינטרס העומד במרכזה – בהתחשב בסביבת חיותה, הקונטקסט המאפיין אותה ותכליתה המיוחדת; האם יש הבדל בין היקף ההגנה המוענקת באמצעות החיקוקים השונים; והאם, בהמשך לכך, זהים המבחנים לקיומה של לשון הרע שבפקודת זכות יוצרים למבחנים המקובלים לעניין סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.

בעניין טאו¹²⁸ קבעה השופטת שטרסברג-כהן, כי אין לנסות להגדיר את הפגיעה בכבודו או בשמו הטוב של המחבר או להציב קריטריונים לקביעת מהותה, טיבה והיקפה של הזכות, אלא יש לפסוק בכל מקרה לנסיבותיו; וכי לא רק שאין חפיפה בין תוכני המושג "כבודו ושמו הטוב" שבפקודת זכות יוצרים לבין תוכנו בחוק איסור לשון הרע, אלא שגם לא ניתן להשתמש בפרשנותו של חוק איסור לשון הרע לצורך פרשנות הביטוי הנ"ל בפקודה. לעניין הפגיעה בכבודו של האדם קבעה כי אין די במבחן אובייקטיבי, אלא יש להעמיד את ההיפגעות הסובייקטיבית במבחן אובייקטיבי של סבירות¹²⁹. אין ספק שהשאלות האמורות מחייבות מחקר מעמיק שאין מקומו כאן. אסתפק במספר הערות בלבד:

ראשית, שמו הטוב של היוצר כיוצר הוא חלק בלתי נפרד משמו הטוב ה"כללי", מאישיותו, על מגוון מרכיביה ורבידה, מה"אני" החברתי שלו. מהיותו כזה יש לפקודת זכות יוצרים אפקט כפול בהגנה על שמו הטוב של היוצר. מחד, היא מבודדת רכיב אחד מבין מכלול מרכיבי שמו הטוב של האדם, רכיב המאפיין סוג מסוים של בני אדם בלבד, ונותנת לו הגנה נוספת לזו הקיימת בחוק איסור לשון הרע. היא מתמקדת בהגנה על אינטרס אחד בלבד מבין מגוון האינטרסים שעליהם מגן חוק זה – הגנה על שמו הטוב של היוצר כיוצר וכאדם יוצר¹³⁰. מאידך מעניקה פקודת זכות יוצרים ליצר הגנה נוספת על זו שמעניק לו חוק איסור לשון הרע ומוסיפה לה נדבך נוסף. כיצד? אף שהפקודה משתמשת במינוח זהה לזה שבחוק איסור לשון הרע – "כבוד" ו"שם טוב" – ונמנעת מאזכור מפורש של "אינטרסים מוסריים וספיריטואליים", כפי שהיה בכוונת משתתפי ועידת בריסל לעשות בנסחם את הסעיף המקביל באמנת ברן¹³¹, לא יכול להיות ספק בכך שהתיבה "שמו הטוב" של היוצר בפקודת זכות יוצרים, כשהיא מתפרשת על רקע הרציונל העומד בבסיסה של הזכות המוסרית של היוצר, כוללת בחובה רכיב מיוחד, שהוא בעל אופי שונה מיתר האינטרסים המוגנים בחוק איסור לשון הרע. אינטרס זה דומה יותר במהותו לאינטרסים המוגנים על ידי הזכות לפרטיות על מגוון היבטיה וצורותיה¹³² וכמוה גם הזכות לאוטונומיה, ששלושתן ושכמותן הן זכויות "אישיות סובייקטיביות" פרסונליות שהגוון ה"חברתי-אובייקטיבי" שבהן הרבה פחות דומיננטי ופחות משמעותי בהשוואה לזכויות אחרות שב"כבוד האדם"¹³³. וזהו מקור השוני וההבדל בין הגנה על שמו הטוב של היוצר מכוח פקודת זכות יוצרים בהשוואה להגנה על שמו הטוב "כאחד האדם" לפי חוק איסור לשון הרע וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

128 עניין **טאו, לעיל** הערה 120.

129 **שם**, בע' 109.

130 על הגנת היוצר כיוצר וכאדם ראו: Ricketson, *supra* note 110, at p. 471, ולעומתו ראו: Laddie et al. *The Modern Law Copyright and Designs* (London, 3rd ed., 2000, vol. I) 595-596, ed., הקובע כי בין האנגלי ההגנה היא רק על היוצר כזה ולא על אישיותו כאדם, אלא אם כן היא משתקפת ביצירתו. Ricketson, *supra* note 110, at p. 471.

131 להשוואה בין אספקט אחד של הזכות המוסרית והזכות לפרטיות ראו אצל: L. Lee. "Toward an American Moral Right in Copyright" 58 *Wash & Lee L. Rev.* (2001) 795, 826.

132 על ההבחנה בין ההיבט הפנימי לחיצוני בפגיעה בשמו הטוב של אדם ראו: Laddie et al. *The Modern Law Copyright and Designs* (London, 3rd ed., 2000, vol. I) 595-596, ed., הטוען כי פרודיה כמעט תמיד לא תיחשב כפגיעה בזכות המוסרית הואיל וזו אינה מסכה עלבון ופגיעה ברגשות אלא רק פגיעה בהערכת היצבור. לפיכך היא זהה, לעמדתו, ללשון הרע.

134 J.H. Skolnick "Foreword: The Sociological Tort of Defamation" 74 *Cal. L. Rev.* (1986) 677. Notes: "The Community Segment in Defamation"; L.B. ;Actions: A Dissenting Essay" 58 *Yale L. J.* (1948-1949) 1387. Lidsky "Defamation, Reputation, and the Myth of Community" 71 *Washington L. Rev.* (1996) 1. "ש' אלמוג וא' בן זאב" ל"שון הרע במבחן הבריות" **משפט ומשאל** ב(1) 235.

135 C. Gately *Gately on Libel and Slander* (London, 8th ed., P. Lewis ed., 1981) 31-42.

136 DaSilva, *supra* note 109, at p. 51.

137 ראו אצל: Laddie et al., *supra* note 130, at p. 595-596 n. 1-2, והמחלוקות בפסיקה האנגלית והקניית המאזכרות שם.

138 "בעזרת" דיני הניקין, שהרי פגיעה בזכות המוסרית היא עוולה בניקין.

139 השוו לניתוח וליישום אצל: J. Cottrell "What Does 'Defamatory' Mean? Reflections on Berkoff v. Burchill" 6 *The Tort Law Rev.* (1998) 149. ראו גישה מנוגדת אצל: Laddie et al., *supra* note 130, at pp. 595-596, המפרש את ההגנה כזהה לזו המוענקת בחוק איסור לשון הרע, ללא פגיעה ברגשות וללא מבחנים סובייקטיביים.

140 Kwall, *supra* note 115, at pp. 16 n.60, 25-28.

141 *Ibid*, *ibid*.

142 ההנחה היא שתוצאת יישום מבחן אובייקטיבי תייצר כמעט תמיד פגיעה אובייקטיבית וגם סובייקטיבית, לאור הסובייקטיביות של המבחנים האובייקטיביים. ראו ע"א 466/83 **שאהא נ' דרדראן**, פ"ד לט(4) 734 (להלן: עניין **שאהא**), וכן אלמוג וזן אב, **לעיל** הערה 134.

143 **שם**.

144 לפרטי התביעה ותוצאותיה בארצות-הברית – שם נדחתה, ובצרפת – שם נתקבלה, ראו אצל: DaSilva, *supra* note 109, at p. 1 n. 1-3.

145 השוו את הצעתו של: Lee, *supra* note 132, at pp. 828-829, להשתית זכות מוסרית אמריקנית על הזכות לכבוד, והסקירה שהוא נותן לגבי ההגנה הקיימת במשפט האמריקני ל"כבוד" (Dignity).

146 ראו התייחסות מפורשת לזכות היוצרים ב' 1 לחוקה האמריקנית.

147 E. Chemerinsky "Eldred v. Ashcroft: Intellectual Property, Congressional power, and the Constitution: Balancing Copyright Protections and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional" 36 *Loyola of Los Angeles. L. Rev.* (2002) 83, 95. לאוסף אסמכתאות בנושא חופש הביטוי במשפט הישראלי ראו אצל ת' גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965 נקודת איוון חדשה?" **המשפט** (תשס"א) 9-11 הערות שוליים 1-6; ד' ליון "חופש הביטוי אל מול הזכות לשם טוב (איונים והגנות)" **ספר שמגר** א (מאמרים) (תשס"ג, כרך ג) 47.

148 בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817.

– לא כל פגיעה בזכות המוסרית שבפקודה תיחשב בהכרח ככזו הפוגעת באינטרסים המוגנים על ידי חוק איסור לשון הרע. כך, ההגנה על הזכות המוסרית באמצעות פקודת זכות יוצרים, לגישתי, הנה רחבה יותר, סובייקטיבית באופייה ובמרכז מעייניה היוצר, יצירתו, הקשר המיוחד ביניהם, ה־Dignity הסובייקטיבי שלו. לעומתה ההגנה הכללית על שמו הטוב של אדם – גם היוצר – על הכבוד (Honor) ועל המוניטין (Reputation) שלו מצומצמת יותר, אובייקטיבית במהותה, ומתרכזת יותר בתחושת הכבוד שהסביבה מייחסת ליוצר ופחות לכבוד הפנימי, האישי, הסובייקטיבי שלו. הדוגמה הבאה תיטיב להוכיח: בשנת 1948 תבע המלחין הרוסי המפורסם דימיטרי שוסטקוביץ, את חברת "פוקס המאה העשרים" בגין שימוש בקטעים מיצירותיו כרקע לסרטם האנטי־קומוניסטי בעליל **מסך הברזל**. אילו נדונה תביעה זו כיום במקומותינו, על פי חוק איסור לשון הרע ופקודת זכות יוצרים שלנו, לית מאן דפליג כי קביעה המכתירה את השימוש ביצירתו של שוסטקוביץ כלשון הרע, ברוח פסק הדין בע"א 466/83 **שאהא נ' דרדראן**¹⁴³, הייתה מחייבת מידית הצהרה זהה לגבי הפרת זכותו המוסרית של שוסטקוביץ כיוצר. ואולם ההפך אינו בהכרח נכון. דחיית תביעת לשון הרע של שוסטקוביץ לא הייתה מחייבת בהכרח מסקנה זהה לגבי הפרת זכותו המוסרית כשברור לכול כי רגשותיו כנתין נאמן למולדתו ולא רצו וכבודו ודימויו העצמי נפגעו עמוקות עקב השימוש הבלתי מורשה שנעשה ביצירתו¹⁴⁴.

3. הזכות המוסרית, חופש הביטוי והגנת השימוש בהוגן

חופש הביטוי, הזכות לכבוד¹⁴⁵, זכות הקניין, לרבות הקניין הרוחני, וזכויותו האישיות של היוצר, לרבות הזכות המוסרית – כולן זכויות חוקתיות הן¹⁴⁶. זכות היוצרים משריינת את זכויותיו של היוצר ובכך מקדמת, לפחות בעקיפין, "דיבור" ו"יצירה" חופשית – שהם במרכז עיסוקו של הרציונל שביסודו של חופש הביטוי – מחד, אך מאידך, גם חוסמת את חירותם של יתר בני החברה להתבטא בחופשיות ולהשתמש ביצירות שיצרו קודמיהם כדי לקדם את התרבות האנושית צעד נוסף קדימה. תחת כנפיה של זכות היוצרים חוסה הן מי שחפץ בהרחבת הזכות והן מי שחפץ בצמצומה¹⁴⁷. ההכרעה הסופית לגבי היקפו של חופש הביטוי והיקפה של זכות היוצרים משתנה מחברה לחברה, ממקום למקום וממקרה למקרה. אין ספק שבארצות-הברית, למשל, עומד חופש הביטוי בעוכריה של התפתחות הזכות המוסרית, והוא משמש שם נשק יעיל בידיהם של אלו החפצים בהרחבת ההגנות נגדה. גישה רחבה דומה בהקשר ליצירות אמנות, אף כי בקונטקסט שונה, מסתמנת בבית המשפט העליון שלנו בהחלטות מסוג זו שבבג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**¹⁴⁸, החלטה שיש בה שיר הלל לחופש הביטוי, אף כי על חשבון – אולי יתר על המידה לטעמי – ערכים אחרים חשובים לא פחות. ◀

המוסרית באופן מוחלט וללא הגנה אינה תואמת לגישת המחוקק הישראלי כלפי זכויות אישיות דומות כמו הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות. הותרת הזכות המוסרית ללא כל הגנה מגבילה תהפוך אותה לזכות מוחלטת, טובה יותר מיתר שתי "תאומותיה הרעיניות" ללא סיבה סבירה.

מאידך, הגבלת הזכות המוסרית על ידי הגנת ה"שימוש ההוגן", בעיקר כמשמעותה הרחבה, כמעט תרוקן אותה מתוכן. פתרון אפשרי אחד הוא בניסוח מגבילה מפורשת ומוגדרת על הזכות המוסרית.

פתרון אפשרי אחר הוא להכיר בתחולתה של הגנת ה"שימוש ההוגן" גם נגד הזכות המוסרית, אולם לפרש אותה כאן על פי מבחנים אחרים, שונים מאלו המשמשים לבחינתה כהגנה בפני תביעה בזכויות יוצרים. כך ניתן יהיה לתת משקל יתר לשיקולי הגינות, כבוד, סבירות ותום לב, כשלצדם שיקולים סובייקטיביים אחרים, הנותנים ביטוי נכון יותר למהות הזכות המוגנת כזכות מוסרית, אישית, מצפונית, רגשית, אינטלקטואלית ופרטית¹⁵⁵. לצורך זה ניתן להשתמש בכלים המשפטיים שמספק לנו המחוקק עצמו בחוק זכות יוצרים ובפקודה, ולפרש את הביטויים הרלוונטיים באופן ש"שינוי", עיוות, סילוף וכיוצא באלו, הגוררים פגיעה בשמו הטוב של היוצר או בשמה הטוב של יצירתו ומולידים פגיעה בזכות המוסרית לפי סעיף 4א לפקודה, ייחשבו כ"טיפול הוגן" המקנה הגנה לפי חוק זכויות יוצרים רק במקרים נדירים שיצדיקו, על בסיס שיקולי מדיניות מוכרים, את צמצום הזכות.

והנה, לכאורה, מתייחר כל דיוננו שלעיל לאור הפתרון שמציג בפנינו המחוקק הישראלי:

סעיף 63(2) לה"ח זכות יוצרים תשס"ד-2003 מציע פתרון אחר וקובע כי "לא תהא זו הפרה של סעיף 55(2) אם השינוי או הפעולה ביצירה היו סבירים בנסיבות העניין"¹⁵⁶.

ומדוע לכאורה? הואיל ונוסחו של סעיף 63(2) משאיר, בצדק, כר נרחב לשיקול דעת לבית המשפט שידון, מכאן ולהבא, לאחר כניסתו לתוקף של החוק המוצע, בהפרת זכותו המוסרית של היוצר ביצירתו. ההסדר המוצע מהווה, מחד, מגבלה מפורשת על הזכות המוסרית ומצמצם את תחום מחייתה של עילת התביעה הנובעת ממנה, ומאידך, הוא משאיר פתח להתחשבות במהותה המיוחדת של הזכות המוסרית – הרגשית, הסובייקטיבית, האישית – לאור "אינטרסים לגיטימיים אחרים שעשויים להיות ביצירה, כמו האינטרסים הכלכליים של בעל העותק הפיזי של היצירה, אינטרסים ציבוריים וכו'".

בהמשך לכך יצטרך בית המשפט לתת תוכן למילים "סבירות בנסיבות העניין" באופן שישקף את היותה של הזכות המוסרית זכות יחסית כיתר חברותיה החוקתיות. וכפי שגם הן מוגבלות ומאוזנות מכוח ערכי היסוד שלהם מחויבת השיטה המשפטית שלנו, ניתן יהיה בעתיד, כפי שלדעתי ניתן היה גם עד כה ללא הוראה מפורשת, להחיל גם על הזכות המוסרית מגבלות יחסיות¹⁵⁷ שתייתרנה את הצורך ברשימת הגנות מפורשת ומפורטת כזו הקיימת

הקושי לאזן בין האינטרסים השונים בא לידי ביטוי גם בשאלה אם יוכל הנתבע, מפר הזכות המוסרית, לגייס להגנתו את טענת ההגנה של "שימוש הוגן" ולהכשיר בדיעבד את הפגיעה המוסרית ביוצר?

יש הבדל בין התשובה שנותן המשפט האנגלו-אמריקני על שאלה זו ובין התשובה שנותן עליה המשפט הצרפתי. ההבדל בין התשובות מעלה שוב את הדיכוטומיה הידועה בין הגישה הדואליסטית, הרואה בזכות המוסרית זכות נפרדת מזו הקניינית/רכושית לבין הגישה המוניסטית, הרואה את השתיים כשני היבטים של אותה זכות¹⁴⁹. החוק האנגלי משנת 1988 מכיר בקיומה של הגנת ה"שימוש הוגן" רק כנגד "מחצית" הזכות המוסרית של היוצר¹⁵⁰. דהיינו, הוא מכיר בהגנת ה"שימוש ההוגן" כנגד פגיעה בזכות האבהות (Paternity) ואינו מכיר בה, לפחות לא באופן ישיר, בכל הנוגע לזכות לשלמות ולאותנטיות ביצירה (Integrity), אפילו כשמדובר בביקורת, בפרודיה או בסאטירה. ה"הגנות" היחידות נטמעות במסגרת הקשחת מרכיבי העילה עצמה – שדורשת פגיעה מהותית, שאינה יכולה להיות מוצדקת אפילו מכוח עקרון חופש הביטוי. מאידך, המשפט האמריקני, שבו מוכרת הזכות המוסרית מלכתחילה בצורה מוגבלת ומסויגת מאוד, אינו מתייחס באופן מפורש להגנת השימוש ההוגן בהקשר של זכויות יוצרים ביצירה ספרותית כלל. ההגנה על הזכות המוסרית, ובעקבותיה הגנת השימוש ההוגן, קיימת בארצות-הברית רק לגבי אמנות פלסטיות¹⁵¹. הדעות בפסיקת ארצות-הברית חלוקות באשר להגנה על הזכות המוסרית ונגדה, כשלעתים גוברת ההגנה על היוצר, ואז היא נעשית תוך שימוש בעוולות חלופיות, ולעתים גוברת ההגנה על חופש הביטוי, שהמשפט האמריקני מחויב לו רעינית ומשפטית מכוח הוראות התיקון הראשון לחוקה האמריקנית¹⁵². חופש הביטוי, שהוא גם מקור חיותה של הגנת ה"שימוש ההוגן", כמובן¹⁵³, מכשיר במקרים מתאימים את הפגיעה בזכותו המוסרית ובשמו הטוב של היוצר ללא היזקקות מפורשת להגנת ה"שימוש ההוגן" שתחום חיותה מצומצם לדיון בזכויות הכלכליות של היוצר בלבד.

בצרפת ובגרמניה, ששם ההגנה על הזכות המוסרית היא החזקה והערכית ביותר, מוגבלת הכרה בזכות המוסרית למקרים שבהם הביקורת על יצירת המקור או השינוי שנעשה בה היא חמורה, רצינית ופוגעת והשתקתה לא תהווה מגבלה מוגזמת על חופש הביטוי של המבקר הנתבע. בנוסף, בית המשפט בודק היטב שהפגיעה ביוצר היא מהותית ויסודית. בדרך זו הוא מונע תביעות קלות דעת מצד היוצר הפגוע, והוא פוטר את עצמו מהצורך לעסוק בשאלות המצריכות ידע והבנה בביקורת אמנותית או ספרותית שאין מקומן כאן¹⁵⁴. הנה כי כן, הקשחת תנאי העילה המוסרית מיייתרים את הצורך בהגנה רחבה מדי בקביעת עמדה חד-משמעית בשאלה שהצגנו.

ומה במשפט הישראלי?

לאור שתיקת המחוקק שלנו נשאר הנושא פתוח לשיקולים ערכיים מורכבים, לפחות לעניין "הזכות לשלמות". מחד, הכרה בזכות

work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of a giant can see further than the giant himself"¹⁶¹.

ואף על פי כן ולמרות זאת, בכל הנוגע ליצירה הספרותית נשוא דיוננו כאן מסופקתני אם ל"גמד" כזה פיללנו* ♦

- 149 ויסמן, לעיל הערה 114, בע' 55 רואה בהבדלים אלו סמנטיקה בלבד.
- 150 Laddie et al., *supra* note 130, at p. 600. המחבר מבקר מצב זה שבו הגנת שימוש הוגן אינה עומדת כלל כנגד הזכות ל-Integrity.
- 151 Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA).
- 152 לסיכום עמדתו של המשפט האמריקני ולביקורת על היעדר הגנה נאותה על הזכות המוסרית ראו: Kwall, *supra* note 115.
- 153 סיכום טוב של הפסיקה האמריקנית והצגת עמדתה מול הפסיקה הצרפתית ראו אצל: Lee, *supra* note 132. כן, ראו השוואת שתי הגישות באמצעות מקרה היפותטי: B.G. Williams "James Brown v. In-Frin- JR: How Moral Rights Can Steal the Groove" 17 *Arizona J. Int'l. & Comp. L.* (2000) 651.
- 154 DaSilva, *supra* note 109, at pp. 30-37. תביעה בין פגיעה בזכות המוסרית אסור שתהיה – frivolous והביקורת הפוגעת צריכה להיות – extreme.
- 155 השוו לרעיון הבסיסי לבסס זכות מוסרית במשפט האמריקני על ה"כבוד" המוגן בחוקה ובחוקה האמריקנית ועליו לבנות איזון אינטרסים בין היוצר למפר בלא הזיקקות חקיינית ומיותרת לתאוריות של המשפט הצרפתי אצל: Lee, *supra* note 132, at p. 853, בעיקר בפרק המסקנות בע' 853 ואילך.
- 156 לעיל הערה 121.
- 157 על חופש הביטוי והמגבלות על הזכות לשם טוב ראו דרון, לעיל הערה 147, שם. כן השוו: *Suntrust Bank appeal, supra* note 7, at p. 1260. על תרומתו של השופט האמריקני Learned Hand לנושא ועל הכללים המנחים שקבע ראו: S. Vaidhyanathan *Copyrights and Copywrongs* (New York, 2001) 28 והאסמכתאות שם וכן: R.P. Nichols case, *supra* note 38, at pp. 120-122; Merges et al. *Intellectual Property in the New Technological Age* (Gaithersburg, 2nd ed., 2000) 494-495; M. Nimmer "Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?" 17 *UCLA L. Rev.* (1970) 1180, 1199.
- 158 השוו להצעתו של ויסמן במאמרו, לעיל הערה 114, להשתמש בקריטריונים של סבירות בנסיבות העניין לסוגיית המבחן הראוי לקיומה של הזכות המוסרית. השוו להסדר במשפט הצרפתי המדבר על האופי ה-Discretionary של הזכות המוסרית: C. McColley "Limitations on Moral Rights in French Droit D'auteur" 41 *Copyright L. Symp.* (ASCAP) (1998) 423, 442.
- 159 בלא שנכריע בשלב זה בתחולתה או באי-תחולתה של הגנת השימוש ההוגן או הגנות אחרות.
- 160 Laddie et al., *supra* note 130, at pp. 595-596.
- 161 Chafee, *supra* note 60, at p. 511, עושה פרפרזה על המשפט המפורסם: "If I have seen further than other men, it is because I have stood Upon the shoulders of giants", המיוחס, באחת מגרסאותיו, לאייזק ניוטון. הפילוסוף ברנד מ'Charter היה, כנראה, מחבר המימרה, כך אנו למדים מתלמידו הידוע ג'והן מסולסבורי. גלגוליו של הדימוי מפורטים בספרו של הסוציאליסט הידוע Robert Merton *On The Shoulders of Giants* (New York, 1965): שיצא לאור מחדש בהוצאת Chicago University Press ב-1993. על שורשיה היהודיים של המימרה סח לו צדקיה בן אברהם ענב בצטטו את הרי"ד, ר' ישעיה די טראני: "מי צופה יותר למרחוק? הענק או הננס? הוי אומר הענק, שעניני עומדות במקום גבוה יותר מן הננס. ואם תרכיב הננס על צווארי הענק, מי צופה יותר למרחוק? הוי אומר הננס, שעניני גבוהות יותר עכשיו מעיני הענק. כך אנו ננסים רוכבים על צווארי ענקים, מפני שראינו חכמתם ואנו מעניקים עליה, ומכוח חכמתם חכמנו לומר כל מה שאנו אומרים, ולא שאנו גדולים מהם".
- * אני מודה לפרופ' דניאל סינקלר, לפרופ' הנרי אונגר, לחברי מערכת המשפט ולשחר דרון שעזרו לי לרדת לחקר גלגוליו של הביטוי ולגלות אוצר בלום של חכמה וידע בתחום חדש לחלוטין עבורי בסיומה של "הערת פסיקה" זו.

בחוק איסור לשון הרע ובחוק הגנת הפרטיות, תוך השגת אפקט דומה ותוך הקניית שיקול דעת רחב הדרוש לבית המשפט לצורך התמודדות עם תחום מורכב ורגיש זה¹⁵⁸.

ז. אחרית דבר

אין ספק שהשוואת נסיבות לא תשווה (עם כל הכבוד לסמליות המתבקשת משם הספר) לנסיבות *The Wind Done Gone*, לנסיבות חיקוי דמות הברווז הידוע בעניין גבע, למקרה של ד"ר סוס ולחיקוין של דמויות וולט דיסני בעניין *Air Pirates* – מחייבת מסקנה חד-משמעית כי בלא תשווה נעשתה העתקה ממשית של יצירתו של מוסינזון המנחה, וזכות היוצרים שלו הופרה. זאת לעניין העילה וחלקו הראשון של פסק הדין.

אשר לטענת ההגנה ולחלקו השני של פסק הדין, כאן ספק בעיניי אם מסקנתו של כבוד השופט בדבר תחולת הגנת ה"טיפול ההוגן" מבוססת דיה, לאור היקף השימוש הנרחב שעשתה האפרתי ביצירתו של מוסינזון, המטרה המסחרית המובהקת שעמדה, בין השאר, בבסיסו של הפרסום, וחוסר הבהירות באשר למטרת השימוש ולערכה הפרודי/סאטירי/חברתי/תרבותי של היצירה האמורה.

יתר על כן, גם אם צדק השופט במסקנותיו החלופיות בעניין היעדר עילת תביעה בגין הפרת זכות היוצרים הכלכלית ו/או קיום הגנת "שימוש הוגן", עדיין ברור לחלוטין כי המקרה שבפנינו חייב דיון מעמיק לפחות גם בזכותו המוסרית של היוצר המנוח¹⁵⁹. בעיניי, מכל מקום, זוהי השאלה העיקרית, המרכזית והחשובה ביותר במקרה זה.

והתשובה עליה מתבקשת מאליה: "טריוויאליזציה של יצירה, המובילה לטריוויאליזציה של היוצר ופגיעה בכבודו היא ערובה להצלחת התביעה המבוססת על זכות מוסרית"¹⁶⁰.

קריאת ספרה של האפרתי מראשיתו ועד סופו בהחלט ייצרה, אצלי לפחות, תחושה שמתן הסעד המבוקש ומניעת הפצתו של הספר הייתה הדרך הנכונה ביותר והמתבקשת ביותר להתמודד עם המקרה, הן מבחינה משפטית והן מבחינה מוסרית, על פי כל קריטריון אפשרי או רצוי, אפילו בהתחשב ב"הגנה" של "סבירות בנסיבות המקרה" כלשונוה הפרשנית של הצעת החוק.

בבסיסה של הגנת "השימוש ההוגן" כנגד תביעה על הפרת זכות היוצרים עומד הצורך בקידום הידע האנושי. הגנה זו מכשירה שימוש ביצירה מוגנת בלא שיינתן סעד ליוצר הנפגע. זכותו המוסרית של היוצר מוגבלת גם היא באמצעות הדרישה ל"סבירות הנסיבות" שבהצעת חוק זכויות היוצרים, שבבסיסה הרצון לקדם את ההתפתחות התרבותית-חברתית. הגנות אלו, כמו גם כל מגבלה אחרת המאיינת פגיעה בזכותו המוסרית של היוצר ומכשירה פגיעה בשמו הטוב כאדם או כיוצר, מתבססות כולן על התפיסה הלגיטימית ש"החדש" מבוסס על "הישן", "המודרני" מבוסס על "העתיק", שהצעד שצעדנו היום הוא רק אחד הצעדים שבין אתמול למחר. התקדמות בכל תחום שהוא מושתתת על הישגים שהושגו לפניו: "The world goes ahead because each of us builds on the