

# הוראה בסביבה דיגיטלית

## מאת: ניבה אלקין-קורן\*

# זכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה

### א. מבוא

מהפכת המידע, המדיה הדיגיטלית ורשת האינטרנט הביאו לשינויים מרחיקי לכת בדיני זכויות יוצרים בשני העשורים האחרונים. בעקבות שינויים אלו הורחבה תחולת ההגנה על יצירות חדשות, הורחב היקף הזכויות והוכבד הנטל על המוסדות להשכלה גבוהה<sup>1</sup>. המשטר המשפטי החדש הוסיף שורה של הגבלות חדשות ורחבות היקף על השימוש בחומרי לימוד. יתרה מזאת, יישום של דיני זכויות היוצרים במדיה דיגיטלית הכניס חוסר ודאות באשר לשימושים המותרים ביצירות ויצר אפקט מצנן שפגע בעיקר במשתמשים המוסדיים הפועלים באופן מסודר ובמסגרת החוק.

העידן הדיגיטלי הביא עמו גם ברכה למוסדות האקדמיים, ופתח בפני ציבור החוקרים, המרצים והסטודנטים אפשרויות טכנולוגיות חסרות תקדים בתחומי ההוראה, הלימוד והמחקר. הסביבה הדיגיטלית מאפשרת למשל מתן גישה לחומרי לימוד באופן שוטף ומתוחכם, לצד חיסכון בהוצאות אחסון ושימור החומר; היא מאפשרת איתור יעיל של מידע והצלבתו עם מידע אחר; היכולת לקיים שיעורים אינטראקטיביים באמצעות רשת האינטרנט מאפשרת הרחבת ציבור הלומדים לאוכלוסיות מגוונות במקומות גאוגרפיים שונים. אפשרויות חדשות אלה פותחות פתח לשינוי מהותי בתהליכי מחקר ולימוד, ונותנות משמעות חדשה למושגים כמו רכישת הידע והקנייתו.

על רקע זה, קשה שלא להביט בדאגה על התפקיד שממלאים דיני קניין רוחני בעיבוד הטמעתן של מערכות משולבות מחשב במוסדות להשכלה גבוהה ועל האפקט המצנן של דינים אלה על הוראה ועל לימוד בכלל. דיני זכויות יוצרים מעצם טבעם מטילים מגבלות על השימוש ביצירות. מגבלות אלו חלו מאז ומתמיד גם על שימוש לצורכי מחקר והוראה, אם כי השפעתן רוככה בעבר מכוחן של הוראות פטור בחקיקה<sup>2</sup>. בישראל נאלצו מוסדות החינוך, ובכללם המוסדות להשכלה גבוהה, לחסות בצלם של הסדרי פטור צרים. מצד שני, היעדר מודעות לנושא זכויות יוצרים, רמת אכיפה נמוכה, קושי באיתור ההפרות ולעתים אף העלמת עין, אפשרו למוסדות להשכלה גבוהה למלא את תפקידם למרות הסד המשפטי הצר של

זכויות יוצרים אשר הצר את צעדיהם. מוסדות להשכלה גבוהה המבקשים להדביק את ההתפתחויות בתחום ההשכלה הגבוהה ברחבי העולם ולנצל את יתרונות הסביבה הדיגיטלית, נאלצים להתמודד עם שורה של קשיים המעכבים, ולעתים אף מכשילים, את השימוש במערכות ממוחשבות וברשת האינטרנט. הצורך לאתר כל אחד ואחד מבעלי הזכויות בחומרי הלימוד, לנהל משא ומתן לקבלת הרשאה לשימוש ביצירה המוגנת כרישיון במחיר סביר ובפרק זמן קצר, כמתחייב מן האופי הדינמי של תכניות הלימודים באוניברסיטאות, הופך במקרים רבים את האפשרות של שימוש ברישיון לבלתי ישימה<sup>3</sup>. יתרה מזאת, לצד היעדר היערכות מספקת מצד מוציאים לאור להרשאת שימושים טכנולוגיים חדשים, קיים גם קושי מהותי במתן הרשאה לשימוש ביצירה במסגרת של הוראה מרחוק. קושי זה, אשר טרם נמצא לו מענה, נובע מהיעדר אמצעי טכנולוגי המבטיח באופן מלא את זכות היוצרים ומונע את ניצולו לרעה של פורמט ההפצה הדיגיטלי. הפורמט הדיגיטלי חושף את היצירה להעתקות ולשינויים שלא היו אפשריים קודם לכן ביצירות שהוטבעו במדיה פיזית. מתן גישה ליצירה בפורמט דיגיטלי, כמוהו כפתיחת "מפעל שכפול" של היצירה אצל כל אחד מן המשתמשים היכול ליצור ולהפיץ עותקים מושלמים למקור בעלות זניחה. השימוש ביצירות לצורכי חינוך והוראה הוא אולי ההקשר הטעון ביותר שבו בא לידי ביטוי המתח המובנה במנגנון המשפטי שייצרו דיני זכויות יוצרים על מנת לשרת את יעדם – עידוד היצירה ←

1 לדיון מקיף במגמה זו: J.H. Reichman & P.F. Uhlir "A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment" 66 L. & C. Contemp. Prob. 315 (2003).

2 החקיקה בישראל היא חקיקה בריטית אשר נותרה על כנה מאז ימי המנדט. ראו חוק זכות יוצרים, 1911, ח"א"י כרך ג, 2633 (להלן: "חוק זכות יוצרים" או "החוק"), וכן פקודת זכות יוצרים, 1924, ח"א"י כרך א, 364 (להלן: "פקודת זכות יוצרים"). לאחרונה פרסם משרד המשפטים תזכיר חדש בנושא: תזכיר חוק זכות יוצרים, תשס"ד-2003 (להלן: "תזכיר 2003") [http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/903655DE-EE04-41B2-B6F9-E3DC9F7686F0/0/copyrights.pdf] (last visited on 2.11.03).

3 United States Senate Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Web-Based Education Commission (106<sup>th</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session, July 20, 2000) [http://www.copyright.gov/docs/regstat72000.html] (last visited on 2.11.03).

\* דוקטור למשפטים. מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. תודה לאורית טסה על סיוע במחקר. תודה למיכאל בירנהק, לאירית הוכרמן, לברוך קיפניס ולחיים רביה על הערותיהם מאירות העיניים. תודה מיוחדת לרחל ארדור על הערותיה ועל עזרתה במחקר ובהכנת המאמר להבאתו לדפוס.



איור: מיכל בוננו

פוח בדין בצורך לאפשר שימוש זה, ופונה לסקור את הקשיים שמערים המשטר המשפטי הקיים על שימושים בתחום ההוראה בכלל, ובסביבה הדיגיטלית בפרט. המאמר מצביע על הצורך בחקיקה אשר תתיר באופן מפורש שימוש ביצירות לצורכי הוראה בסביבה הדיגיטלית, ומגדיר את עקרונותיו של המודל החקיקתי הרצוי.

## ב. על חינוך, השכלה והוראה מרחוק

חינוך והשכלה מהווים מכשיר חברתי חשוב ממדרגה ראשונה. הזכות לחינוך הוכרה במשפט הישראלי כחלק מן הזכויות החברתיות, אם כי טרם הוכרע אם תזכה להגנה במסגרת הזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>6</sup>

אף שקיימת הסכמה רחבה בדבר חשיבותו של החינוך בכלל וההשכלה הגבוהה בפרט, זכו המוסדות להשכלה גבוהה להקלות זניחות בלבד בדיני זכויות יוצרים בישראל. מצב תמוה זה מצדיק אולי תזכורת קצרה של המטרות אשר לשמן נעשה שימוש ביצירות בסביבת המחקר וההוראה באוניברסיטאות.

קשה לתאר חינוך בכלל, והוראה במוסדות להשכלה גבוהה בפרט, ללא שימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים. מובן שכדי להכשיר את חוקרי העתיד יש לחשוף אותם להישגים הקיימים בתחומי המדע, הטכנולוגיה והאמנות. כל הכשרה מקצועית כוללת היכרות עם הבסיס התאורטי והמעשי של התחום המקצועי הרלוונטי ועם ההישגים המדעיים והטכנולוגיים העדכניים בתחום. סביבת ההוראה חייבת אפוא לאפשר גישה לכתיבה עדכנית, למאגרי מידע, לנתונים, לתמונות, לממצאים ארכאולוגיים או למסמכים היסטוריים. ההשכלה הגבוהה מחייבת לימוד שפה – שפת התרבות והמדע הנרכשת בדרך של חשיפה ליצירות הקיימות.

החינוך האקדמי אינו מיועד אך ורק להכשיר בעלי מקצועות אקדמיים. הוא נועד לאפשר לאדם להביא לידי מימוש את הפוטנציאל הגלום בו כאדם אוטונומי בעל חשיבה עצמאית. חינוך אקדמי מבקש לעצב חשיבה ביקורתית, לפתח יכולת זיהוי בעיות חדשות ומתן פתרון מקורי, לעודד עצמאות אינטלקטואלית ולפתח סובלנות בנוגע לעמדות אחרות.<sup>7</sup> במובן זה החינוך האקדמי חיוני להבטחת השתתפות פעילה ומועילה בהליך הפוליטי בחברה דמוקרטית.<sup>8</sup> לכן ההגבלה על שימוש ביצירות צורמת כל כך בסביבת ההוראה והלימוד האקדמית. חינוך לחשיבה עצמאית מחייב חופש – החופש לחקור ולאתר מה נכתב ומה כבר הומצא או נתגלה בידי אחרים; החופש לקרוא ולעלעל בפרסומים; החופש לצטט; החופש למתוח ביקורת ולערער על מה שנטען; החופש להוסיף על יצירות קיימות ולהכניס בהן שינויים; להציג אותן ביחד עם יצירות אחרות, להוסיף הערות ולהקנות ליצירה משמעות חדשה. חינוך אקדמי צריך לאפשר ללמוד ולהתפתח בדרך דיאלקטית של התחככות מתמדת עם הישגי התרבות הקיימים ועיבודם. החופש האקדמי אינו חופש חסר גבולות כמובן, אך הגבולות הראויים לו אינם דווקא גבולות הקניין והבעלות אלא הגבולות האתיים של היושרה – למשל, אמירת דברים בשם

על ידי הבטחת תמריץ כלכלי ליוצר, מצד אחד, והרחבת השימוש ביצירות, הפצת ידע ולימוד מנגד.<sup>4</sup>

האקדמיה מייצרת מחקר מדעי, המוצא את ביטויו במאמרים, בספרים, בתכנות, בחומרים כימיים ובטכנולוגיות, הניתנים כולם להגנה בקניין רוחני. אולם המחקר במוסדות להשכלה גבוהה איננו תכלית הכול. אוניברסיטת המחקר רואה במחקר ובהוראה כלים שלובים ומבקשת לעודדם בד בבד. ההנחה היא שסביבה המשלבת מחקר והוראה ונהנית מחופש אקדמי, היא המתכונן להתהוותו של מחקר דינמי ופולרליסטי שיבטיח את המשך ההתקדמות המדעית. צורכי המחקר וההוראה מחייבים אפוא התייחסות מיוחדת אשר תבטיח סביבה אינטלקטואלית עשירה המושתתת על חופש אקדמי.

דיני זכויות יוצרים מקנים זכויות ליוצר. אולם הבעלות על יצירה המוגנת בזכות יוצרים שונה מהבעלות על מכונית או קרקע. הזכות חלה על תרומתו של היוצר למפעל הכלל אנושי של פיתוח המדע והתרבות, אותו קונטקסט שפתי תרבותי וטכנולוגי אשר הזין את תהליך היצירה ואפשר את היוצרותה. היצירה שייכת ליוצר כפי שילד שייך להוריו, אם כי אין הוא בבעלותם באותו האופן שבבעלותם נכסים אחרים. הסיבה לכך קשורה במטרותם של דיני זכויות יוצרים: עידוד היצירה.

מתן זכויות בלעדיות ביצירה לתקופת זמן מוגבלת נועד לאפשר ליוצרים לדרוש תשלום עבור השימוש ביצירה למשך פרק זמן מוגבל, שבסופו תשוב היצירה לנחלת הכלל. ה"מחיר" שמשלמת החברה בגין הסדר זה הוא בהגבלת נגישותן של כל אותן יצירות שכבר נוצרו.<sup>5</sup> צמצום הגישה ליצירות מעכב את תהליך היצירה אשר על פי טבעו הוא דינמי ואינטראקטיבי ומבוסס על יצירות קודמות המהוות לו חומר גלם ומקור השראה. התגמול ליוצרים נמדד בכסף, אך המחיר החברתי הכבד הכרוך בזכויות יוצרים קשה יותר למדידה. נושאים בו ציבורים שונים של משתמשים והוא קשה לכימות. הוא מתבטא בצמצום חופש הביטוי, בהגבלת חופש היצירה, בפגיעה בשוויון ההזדמנויות ובמתן אפשרות ללמוד וליצור רק למי שידו משגת.

בחירת הסוגיה של שימוש ביצירות לצורכי הוראה בעידן הדיגיטלי מרתקת מכמה סיבות. ראשית, שימוש זה מהווה מעבדה לבחינת תפקידם ההולך ומתעצם של דיני זכויות היוצרים בעיצוב סביבת המידע, והשלכותיהם על ערכים כגון חופש היצירה וחופש הביטוי, הזכות לחינוך והזכות לשוויון. שנית, סוגיה זו היא בעלת חשיבות פרקטית עצומה למוסדות העוסקים בחינוך והוראה, ומתמודדים עם המגבלות שמטילים דיני זכויות היוצרים על השימוש ביצירות לצרכים אלו. לבסוף, בחינת המגבלות שמטילים דיני זכויות היוצרים על השימוש ביצירות לצורכי לימוד עשויה לשפוך אור גם על הקשר שבין שינויים טכנולוגיים לבין התפתחות משפטית, ועל הזהירות שבה נדרש המשפט להגיב לשינויים אלו. מאמר זה דן בהגבלות שמטילים דיני זכויות יוצרים על השימוש ביצירות להוראה. המאמר

“As I see it, in this age of postmodern decline of criteria for judgment and decision making, when knowledge multiples every couple of years, when people change their vocations every so often, where access to information becomes more important than possession, and where technology is so dominant, we’d want our graduates to be independent, mindful thinkers, skilled in life long learning, capable of intelligently handling complex problems alone and in teams, and guided by some social values that transcend egotistic benefits”<sup>12</sup>.

הקורס המקוון פורץ את מסגרת הזמן הקצר שהוקצה לו בתכנית הלימודים, ויוצר סביבת לימוד שמתנהלת גם בתום השיעור ומציעה מסגרת ללימוד עצמי, לליבון סוגיות ולדין אינטראקטיבי. הסביבה הדיגיטלית יוצרת יכולות חדשות. בעלות זניחה ציבור הגולשים יכול לעמוד בקשר רציף ואיכותי עם קהילות שלמות ברחבי העולם. עלויות התקשורת הנמוכות והיכולת להכניס שינויים ביצירות במדיה

אומרם איסור על פלאגיאריזם, הסובלנות וכבוד האדם. פיתוח חשיבה ביקורתית מחייב מודעות לקיומן של נקודות מבט אלטרנטיביות, לדיסציפלינות שונות ולדרכים מגוונות לביטוי רעיונות. על מנת לפתח סביבת לימוד פלורליסטית, שתניח בסיס איתן לחברה פלורליסטית, חשוב לאפשר למרצים ולתלמידים להתמודד עם העושר התרבותי הקיים, עם מגוון דעות ועם מגוון חומרי לימוד. הבחירה בחומרי הלימוד אינה צריכה להיות תלויה בשאלה מיהו בעל היצירה, אלא אם היצירה הנה בעלת חשיבות לשיח הרלוונטי בתחום. הבחירה צריכה להיות מנותקת ככל האפשר משיקולים כספיים ומסחריים ומהגבלות אלו או אחרות ברישיון שימוש.

לא רק התוכן חשוב אלא גם הצורה. בעידן המידע, פריצות דרך טכנולוגיות וחדירתן של שיטות הוראה מרחוק (“הוראה מתוקשבת”, “הוראה מתווכת מחשב”), חוללו שינויים במהות ההוראה וביעדיה. במובן זה בהוראה מתוקשבת “המדיה היא המסר”<sup>9</sup>. סביבת הלימוד וההוראה נדרשת להכשיר את התלמידים להתמודד עם האתגרים של המציאות המודרנית במאה העשרים ואחת. לא די בכך שאנציקלופדיה תהיה נגישה לציבור הקוראים בפורמט נייר, שהרי מיומנויות החיפוש הנדרשות בעידן הנוכחי הן במאגרי מידע דיגיטליים. כישורי החיפוש ושליפת המידע, היכולת לתקשר באופן פעיל ברשת האינטרנט, להציג מידע בדרך של כתיבת אתרים ולמקד חיפוש במאגרי מידע דינמיים, מהווים כיום חלק בלתי נפרד מכישורי המחקר והלימוד. לפיכך, הדרישה שתלמידים יקבלו גישה לחומרי לימוד בפורמט דיגיטלי או באמצעות רשת האינטרנט מבטאת הכרח פדגוגי ולא נוחות גרידא.

אין מדובר אך ורק בהקניית כישורי חיפוש ולמידה. ההוראה והלימוד בסביבת המידע שונים שוני מהותי מתהליכי ההוראה והלימוד המסורתיים. השינויים שחוללו רשת האינטרנט והמדיה הדיגיטלית משפיעים על מהות ההוראה ויעדיה. אף שבעיני רבים רשת האינטרנט אינה אלא מכונת שכפול אדירת ממדים ומערכת משוכללת במיוחד להפצת מוצרי בידור, השפעתה על תפיסת הידע, ההוראה והמחקר מרחיקה לכת הרבה יותר. עצמת עיבוד הנתונים של המחשב ויעילות העברת המידע ברשתות המחשבים הדיגיטליות, מחייבות התמודדות עם אתגר חדש: היצף מידע<sup>10</sup>. הסביבה המתוקשבת המחברת מיליוני מחשבים ברחבי העולם, מאפשרת לכל אחד מן הגולשים המחוברים אליה להעמיד את הידע שצבר לרשות הכלל, וליצור מאגר מידע וירטואלי שבו ניתן לאתר מידע על כל דבר ועניין. המידע הרב-גוני חושף אמנם את הגולש למגוון נתונים ונקודות מבט, אך מחייב גם פיתוח היכולת להתמודד עם היצף המידע, להעריך את מהימנות המידע, לפתח יכולת קריאה ביקורתית, לבחור ולסנן, להשתמש במאגר המידע האינסופי כדי ליצור בסיס ידע שימושי<sup>11</sup>. סביבת המידע מחייבת אפוא שינוי ביעדים שמציבים לעצמם מוסדות להשכלה גבוהה. היטיב להגדיר זאת גבריאל סלומון:

4 ראו לעניין זה פסק דינו של הנשיא שמגר בע"א 513/89 Exin Lines Bros S. A. Interlego, פ"ד מח(4) 133, 157: "קיים איזון בין הרצון לעודד יצירות חדשות על ידי מתן תמריץ לייצור הרעיון, הביצוע המקורי או הצורה החדשה או המקורית, ומול זה השאיפה שלא להעניק הגנה רחבה מדיי שסופה שבעל הזכות זוכה במונופול המאפשר לו ליהנות על חשבון הציבור ולמכור את המוצר ללא תחרות ובמחיר מופקע, כאשר המחיר החברתי של המונופול עולה על התועלת שבו".

5 שם, בע' 163: "אף שמתן זכות יוצרים ליוצר על יצירתו יש בו כדי לעודד פיתוחן של יצירות מקוריות, הרי שיש בו גם אלמנט שלילי המתבטא בהקטנת מרחב התמרון של יוצרים עתידיים. מאלו נשללת היכולת להשתמש במרכיבים שזכו להגנת זכות יוצרים אצל יצרן אחר, או לחילופין הם נדרשים לשלם בעבור זכות זו ובכך מתייקר תהליך הייצור שלהם. מכאן שהשיקול אם להעניק זכות יוצרים אינו מתמצה בכך שיש בו כדי לעודד את היצרן הספציפי לייצר, אלא שיש לשקול אם אין במתן זכות יוצרים משום פגיעה קשה מידי ביצרנים פוטנציאליים עתידיים".

6 ראו למשל בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 26-25 (להלן: עניין "שוחרי גילית"). אולם ראו בג"ץ 7374/01 פלונים נ' מנכ"ל משרד החינוך (טרם פורסם) בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת פורקצ'יה; וכן בג"ץ 9/00259 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 842-843 (להלן: עניין יתד).

7 N. Aloni *Enhancing Humanity: The Philosophical Foundations of Humanistic Education* (Dordrecht, 2002).

8 עניין "שוחרי גילית", לעיל הערה 6, בע' 24.

9 M. McLuhan & Q. Fiore *The Medium is the Message* (New York, 1967).

10 D. Shenk *Data Smog: Surviving the Information Glut* (San Francisco, 1997).

11 N. Elkin-Koren & E.M. Salzberger *Law, Economics and Cyberspace* (forthcoming 2004) 65-78.

12 G. Salomon "Its Not Just the Tool, But the Educational Rationale that Counts" (Invited keynote address at the 2000 Ed-Media Meeting, Montreal, June 28, 2000) [http://construct.haifa.ac.il/~gsalomon/edMedia2000.html] (last visited on 2.11.03)

מיצירה שטרם פורסמה פרסום ראשון, לבצע את היצירה בפומבי ולעבד את היצירה כמפורט בחוק<sup>15</sup>. לצד הזכויות הכלכליות מוגנת גם זכותו המוסרית של המחבר שיצירתו תיוחס לו וכן זכותו למנוע שינוי היצירה באופן העלול לפגוע בכבודו<sup>16</sup>. כל שימוש ביצירה באחת מן הדרכים הללו מחייב רישיון מבעל זכות היוצרים, למעט אם הוא נופל בגדר השימושים שהמחוקק בחר להתיר. רבים מן השימושים בחומרי הלימוד לצורכי הוראה עשויים לחייב רישיון.

### 2.1 ביצוע פומבי של יצירה לצורכי הוראה

הקראת יצירה ספרותית, השמעה של יצירות מוזיקליות או הקרנה של סרט ללא רשות עלולים להפר את הזכות הבלעדית לביצוע פומבי. הקביעה שהקרנה כאמור מהווה הפרה תהיה תלויה בנסיבות ההקרנה. בניגוד להעתקה ללא רישיון אשר מהווה הפרה גם אם נעשתה ברשות הפרט, ביצוע היצירה ללא הרשאה מהווה הפרת זכות יוצרים רק אם נעשה בפומבי<sup>17</sup>.

האם הקרנה של סרט במסגרת הרצאה באוניברסיטה מהווה ביצוע פומבי המחייב רישיון? החוק איננו מגדיר מתי ביצוע יהיה "פומבי" (In Public). המבחנים שהתפתחו כדיני זכויות יוצרים בוחנים את אופי המקום ואת אופי הקהל. למשל, ביצוע ייחשב פומבי אם נעשה במקום ציבורי במובן זה שהוא פתוח לציבור, דהיינו לקהל מזדמן של אנשים – כמו קניון, בית קפה או לובי של מלון<sup>18</sup>. גם העברת שידורים לחדרי מלון, שהם לכאורה חלל פרטי, הוגדרה על ידי בתי המשפט כ"ביצוע פומבי", וזאת על פי מבחן אופי הקהל. כאשר מדובר בביצוע בפני "אנשים זרים ושונים המתחלפים חדשות לבקרים" ייטו בתי המשפט להגדירו כביצוע פומבי<sup>19</sup>. אם לעומת זאת, מדובר בהתכנסות פרטית, בפני קבוצת חברים, בני משפחה או חבורה שהתכנסה על פי הזמנה אישית, תהיה הנטייה לראות בכך ביצוע שאינו פומבי. אלא שגם כאשר מדובר בהתכנסות פרטית משפחתית, אם ההשמעה בעלת אופי עסקי, הביצוע עלול להיחשב ביצוע פומבי. כך למשל החילו בתי המשפט בישראל את הסעיף על עסקים כגון אולמות אירועים ועל תקליטנים אשר השמיעו מוזיקה בשמחות ובאירועים משפחתיים<sup>20</sup>.

כאשר מדובר בהקרנה לתלמידים במסגרת קורס הנלמד במוסד להשכלה גבוהה, ניתן לטעון כי מדובר בהתכנסות פרטית וסגורה של קבוצה קבועה ומוגדרת של תלמידים. ההרצאות המתקיימות במוסדות להשכלה גבוהה אינן פתוחות בדרך כלל לקהל הרחב אלא לתלמידי המוסד בלבד. האוניברסיטה איננה עסק מסחרי המתפרנס מהקרנות או מהשמעות פומביות של יצירות, והשימוש ביצירות במסגרת השיעורים הוא אגבי להוראה, מזדמן ובדרך כלל נועד לצורכי המחשה בלבד. מצד שני, השוואה למצב המשפטי בארצות-הברית בנושא זה עלולה לתמוך במסקנה הפוכה. חוק זכויות היוצרים האמריקני משנת 1976 המקנה אף הוא את הזכות הבלעדית לביצוע פומבי<sup>21</sup> מעניק פטור להקרנה במסגרת השיעור ולצורכי הוראה. רק בהתקיים התנאים שמגדיר הסעיף (לרבות שההקרנה נעשתה בידי

דיגיטלית מאפשרים החלפת דעות, ביקורת מיידית, ומעל הכול כתיבה ויצירה משותפת<sup>13</sup>. תלמיד שמעלה קובץ לאתר הקורס יוכל לקבל משוב מחבריו ללימודים ומסגל המרצים, שיוכלו להעיר הערות, לשנות את הטקסט או להוסיף לו משלהם. על מנת ליצור סביבה שניתן ללמוד וליצור בה במשותף, סביבה המאפשרת השתתפות פעילה של תלמידים ומרצים בנייתו, בגיבוש, בשינוי ובפיתוח חומרי הלימוד, יש להבטיח כי המשתתפים יהיו חופשיים לעשות שימוש ביצירות כל עוד נעשה הדבר בסביבת הלימוד.

לבסוף, ההוראה מרחוק פותחת בפני האוניברסיטאות הזדמנות להרחיב את מעגל הלומדים: ניתן לשדר קורסים לתלמידי הפריפריה או לאוכלוסיות הסובלות מסוגים שונים של נכויות ומוגבלויות – פיזיות או חברתיות – ואינן זוכות בדרך כלל להשתתף בלימודים הרגילים בקמפוס. ניתן להעמיד את מאגר הידע הקיים ואת חומרי הלימוד לרשותם של אלו המבקשים להרחיב את השכלתם. הספרייה האלקטרונית זמינה בכל עת ולא רק בשעות הפעילות המוכתבות בדרך כלל על ידי אילוצי ניהול ותקציב. לצד היתרונות הכלכליים יש לכך חשיבות ציבורית. ההשכלה היא מפתח ליכולתו של הפרט לממש את היכולת והפוטנציאל הטמונים בו להשתלב בחברה ולהתפרנס<sup>14</sup>. השכלה היא גם המפתח להשתלבותו החברתית והפוליטית של האזרח במשטר דמוקרטי ועשויה להשפיע על יכולתו ליטול חלק פעיל בחיים הדמוקרטיים. לפיכך, החובה לקיים שוויון זכויות חברתי מצריכה מתן הזדמנות לקבלת חינוך והשכלה לכול, כמו גם הבטחת האפשרות להשכלה גבוהה במידה שווה על יסוד כישרון ויכולת, ללא התחשבות במעמד וביכולת כלכלית.

## ג. ההגבלות שמטילים דיני זכויות יוצרים על השימוש ביצירות לצורכי הוראה

### 1. חומרי לימוד כיצירה מוגנת

מה דיני זכויות יוצרים ולהוראה? דיני זכויות יוצרים חלים על יצירות: ספרותיות, אמנותיות, דרמטיות ומוזיקליות. חומרי לימוד רבים עשויים להיות יצירה מוגנת, כמו למשל מאמרים, ספרים, גילויי דעת, טבלאות, תרשימים, תכנות מחשב, שקופיות וצילומים, קטעי וידאו, קטעים מוזיקליים, סרטים וקליפים. חומרי לימוד עשויים להיות מורכבים מיותר מיצירה מוגנת אחת. למשל: אתר אינטרנט עשוי לכלול טקסטים ותוכנות מחשב (המהווים יצירות ספרותיות), צילומים, אירוסים, גרפיקה ועיצוב מסך (המהווים יצירה אמנותית), קטעים מוזיקליים וסרטונים המהווים יצירות דרמטיות. השימוש בכל אחת מן היצירות מחייב הרשאה בנפרד.

### 2. אילו שימושים מחייבים רישיון?

חוק זכויות יוצרים מקנה לבעל הזכות (בדרך כלל המוציא לאור) את הזכות הבלעדית להעתיק את היצירה, להפיץ בציבור עותקים

באוסף המיועד לבתי ספר, ובלבד שהקובץ עמד בתנאים המחמירים שקובע הסעיף<sup>26</sup>. בין היתר נדרש כי הקובץ יכלול קטעים קצרים בלבד מיצירות ספרותיות אשר לא נתכוונו בפרסומם לשימוש בבתי ספר; כי עיקר הקובץ לא יכלול יצירות מוגנות בזכות יוצרים וכי המוציא לאור של הקובץ לא יפרסם במשך חמש שנים יותר משני

13 הדוגמה הבולטת לכך היא כמובן פיתוח מערכת ההפעלה "לינוקס" בידי מאות אלפי משתמשים ברחבי העולם. במובן מסוים רשת האינטרנט מאפשרת יישום המודל האקדמי המסורתי של פיתוח בסיס ידע תוך שיתוף פעולה גם מחוץ לכותלי האקדמיה: Y. Benkler "Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm" 112 Yale L. J. (2002) 369.

14 ראו עניין יחד, לעיל הערה 6.  
15 ס' 1(2) לחוק זכות יוצרים. בס' 10 לתזכיר 2003 הוגדרו שבע זכויות כלכליות, ואלו הן: העתקה, ביצוע פומבי, שידור, העמדת יצירה לרשות הציבור, עשיית יצירה נגזרת והשכרה (לגבי תקליט, יצירה אורקולית, ותכנת מחשב).

16 ס' 4 לפקודת זכות יוצרים.  
17 ס' 1(2) לחוק זכות יוצרים. ביצוע מוגדר באופן רחב בס' 35 לחוק זכות היצירים בנוסחו האנגלי המחייב (ראו ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלדת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 345-346): "Performance" means any acoustic representation of a work, and any visual representation of any dramatic action in a work, including such a representation made by any mechanical instrument" בבש"א (נצ') 1343/99 קיבוץ הסוללים נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (טרם פורסם), תקדין מחוזי 1999(3) 3297, דן בית המשפט בתביעתן של חברות התקליטים נגד קיבוץ הסוללים המפעיל חדרי אירוח, בטענה כי השמעת מוזיקה במקלטי הרדיו והטלוויזיה שבחדרי האירוח בקיבוץ מהווה ביצוע פומבי. בין היתר מצייין בית המשפט כי יש לבחון את מעשיו של הנתבע "ואם הוא עשה מעשה אקטיבי כלשהו ע"מ לאפשר לאחרים לשמוע את ביצוע היצירה או שמעשיו הצטמצמו לאספקת מכשיר לקליטת שידורים הנעשים ע"פ דין". שם, בע' 3301. מבחן זה אינו בוחן כמובן את פומביות הביצוע, אלא מגדיר אם היה ביצוע (Performance) בידי הנתבע. הדלקת הרדיו לשם האזנה למוזיקה מהווה ביצוע בידי מי שהדליק את הרדיו ולא בידי מי שמכר לו את הרדיו או השכיר לו מכשיר טלוויזיה. לכן אם הביצוע נעשה בידי כל אחד ואחד מן האורחים בחדרי אירוח, ולא באמצעות מערכת שידור מרכזית, אזי לא נעשה כל "ביצוע" בידי בעל חדרי האירוח, וממילא אין כאן "ביצוע פומבי".

18 למשל בהמ' 6751/71 אקום בע"מ נ' חב' מלון דבורה, פ"מ עח 263, נפסק ששידור טלוויזיה בלובי מלון הנו ביצוע פומבי.

19 ס' 1(2)ג(לחוק); ע"א (ת"א) 1000/80 בלומס נ' הסניף הישראלי של הפדרציה הבינלאומית של תעשיית התקליטים, פ"מ תשמ"ב(ב) 156 (שידור מוזיקה ברדיו לחדריהם של אורחי המלון הנה ביצוע פומבי); ת"א (ת"א) 90117/99 אקום נ' ודה קרן (לא פורסם), תקדין שלום 2002(4) 343 (השמעת מוזיקה ממקלט רדיו במספרה מהווה ביצוע פומבי, שכן הקהל מתחלף ומזדמן).

20 למשל ת"א (ת"א) 1975/99 הפדרציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית נ' אולמי נפטון בת ים בע"מ (לא פורסם), תקדין מחוזי 2002(2) 2180 (להלן: עניין אולמי נפטון); ת"א (ת"א) 25/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' אטלנטיס נשר בע"מ (לא פורסם), תקדין מחוזי 1998(1) 2668.

21 17 U.S.C. §110 (להלן: "החוק האמריקני בדבר זכויות יוצרים").

22 ס' 110(1) לחוק האמריקני בדבר זכויות יוצרים.

23 Copyright, Designs and Patents Act 1988, s.34 (להלן: "החוק האנגלי בדבר זכויות יוצרים").

24 ס' 34(3) לחוק האנגלי בדבר זכויות יוצרים.

25 ס' 35(ג) לתזכיר 2003.

26 ס' 1(2)IV לחוק זכות יוצרים.

המרצה, במסגרת שיעור פנים-אל-פנים בכיתה, ולצורכי הוראה בלבד), תהיה הקרנה כאמור מותרת גם ללא צורך ברישיון מאת בעל זכות היוצרים<sup>22</sup>. לשם השוואה, הדין האנגלי<sup>23</sup> קובע חריג שלפיו ביצוע של יצירה, בידי אדם במוסד חינוכי, למטרות השיעור בפני קהל המורכב ממורים, מתלמידים ומאנשים אחרים הקשורים במישרין למוסד, איננו ביצוע פומבי<sup>24</sup>.

בתזכיר 2003 מוצע למלא את החסר שבחוק הישראלי ולפטור ביצוע פומבי במהלך פעילותו של מוסד חינוך. במקרה של הצגת יצירה אורקולית יחול הפטור רק על הצגתה למטרות הוראה או בחינה<sup>25</sup>.



## 2.2 עותקים וקובצי מקורות

הכנת עותקים של יצירה (כגון צילום של מאמר, ציור או קטע משיר) לחלוקה בשיעור עלולה להוות הפרה אם נעשתה ללא רישיון מבעל זכות היוצרים. הכנת קובצי מקורות הכוללים את חומר הלימוד שבסילבוס עלולה אף היא להוות הפרה. קובצי המקורות משמשים מרצים במוסדות להשכלה גבוהה ברחבי העולם לריכוז חומר הקריאה בקורס, ולמתן גישה נוחה יחסית לתלמידים לחומרי הלימוד. קובצי מקורות כוללים בדרך כלל קטעים קצרים מיצירות שונות, וחוסכים מן התלמיד את הצורך לאתר כמות גדולה של מקורות ולצלם את הקטעים הרלוונטיים בעצמו. החוק מגדיר פטור צר במיוחד בנוגע לקובצי מקורות, החל על פרסום קטעים קצרים מיצירה ספרותית

הזכויות נשענים על מונופול אשר ניתן להם מכוח דיני הקניין הרוחני. היקף הפטור צריך אם כן לנבוע מאותן מטרות אשר הצדיקו מתן מונופול לבעל זכות היוצרים מלכתחילה<sup>29</sup>. אגד הזכויות של היוצר צריך להיות מוגבל לאותם מקרים שבהם מתן הזכות משרת את יעדו של דיני זכויות היוצרים, דהיינו עידוד היצירה והעשרת עולם הידע<sup>30</sup>. כאשר זכות היוצרים עלולה להגביל את השימוש לצורכי לימוד והוראה היא עלולה לסכל יעדים אלו. פעולתם של מוסדות חינוך והוראה היא פעילות אשר החברה מעוניינת לעודד. לפיכך, הפטור לצורכי הוראה צריך להיות רחב יותר על מנת לעודד לימוד, הרחבת אופקים והכשרה. בכל מקרה אין לצמצמו אך ורק למקרים של היעדר מנגנון רישוי.

### 3. שימוש לצורכי הוראה שאינו מחייב רישיון

במקרים מסוימים מתיר החוק שימושים ביצירה ללא צורך בקבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים. לצד שורה מצומצמת של הוראות פטור ספציפיות<sup>31</sup>, נוקטים דיני זכויות יוצרים גם טכניקה חקיקתית אחרת, המתירה באופן רחב קשת שלמה של שימושים מבלי להגדירם מראש. זוהי טענת ההגנה הרחבה – של טיפול הוגן (Fair Dealing) או שימוש הוגן (Fair Use). טענת הגנה זו הנה "טענת סל". אין היא חלה על פעולות מוגדרות מראש, אלא מגדירה קריטריונים אשר בתי המשפט יידרשו לבחון בכל מקרה ומקרה אשר יגיע לדיון. כך, למשל, קובע החוק בישראל כי לא יראו כהפרת זכות יוצרים "כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה או תמצית עיתונאית"<sup>32</sup>.

בתי המשפט בישראל פירשו את טענת השימוש ההוגן בצמצום. כדי שיוכל ליהנות מהגנת "השימוש ההוגן" נדרש הנתבע להוכיח שני תנאים מצטברים: ראשית, עליו להוכיח כי השימוש שעשה ביצירה היה לאחת המטרות המנויות בחוק, ושנית, כי היקף השימוש ביצירה המקורית היה הוגן<sup>33</sup>.

המכשול המרכזי להחלתה של הגנת השימוש ההוגן על שימושים לצורכי הוראה הוא ההגדרה הצרה של מטרות השימוש. החוק מגדיר חמש מטרות בלבד כמטרות לגיטימיות: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית. על פי הפרשנות שניתנה להוראה זו בפסיקה, רשימת המטרות שהוגדרו בחוק הנה "רשימה סגורה". כלומר אם השימוש שנעשה ביצירה איננו נופל לגדר מטרות אלה לא ייחשב השימוש הוגן<sup>34</sup>. ברשימה זו בולט כמובן חסרונה של ה"הוראה" כאחת המטרות הלגיטימיות אשר לשמן מותר לעשות שימוש ביצירה, ובלבד שיהיה בהיקף הוגן<sup>35</sup>. תזכיר 2003 מותיר מצב משפטי זה על כנו<sup>36</sup>.

כאשר מטרת השימוש היא לימוד עצמי עשוי השימוש להיחשב שימוש הוגן. לימוד עצמי משרת כמובן את מטרותם של דיני זכויות היוצרים – ועשוי לתרום לעידוד תהליכי יצירה ופיתוח. לכן צילום של מספר עמודים מתוך ספר, שנעשה בידי תלמיד לצורכי לימוד עצמי – עשוי להיחשב שימוש הוגן. אולם הוצאה לאור של חוברות

קטעים מיצירותיו של מחבר אחד. מובן מאליו שהפטור המוגדר בסעיף זה איננו נותן מענה לצרכים הקיימים במוסדות להשכלה גבוהה. בניגוד למצב הקיים בבתי ספר, המוציא לאור של קובצי מקורות במוסדות להשכלה גבוהה בדרך כלל איננו מוציא לאור מסחרי, אלא המוסד עצמו, או במקרים רבים אגודות הסטודנטים. בנוסף, הואיל ומדובר בקובצי מקורות המתעדכנים משנה לשנה בהתאם לשינויים בחומר הלימוד בקורס, לא מן הנמנע שייכללו גם קטעים קבועים מיצירותיו של אותו מחבר, בניגוד לדרישה שלפיה המוציא לאור לא יפרסם יותר משני קטעים מיצירותיו של מחבר אחד במהלך חמש שנים. סעיף אנכרוניסטי ובלתי ישים זה נכלל בסעיף 35(ב) לתזכיר 2003, ומן הראוי להשמיטו מנוסח החוק החדש, שכן הפטור הצר ומרובה התנאים עלול להתפרש כהסדר שלילי. יש לפטור באופן מפורש הכנת מקראות לצורכי הוראה בשל חיוניותן לתהליך ההוראה מצד אחד, והיעדר הפגיעה בשוק היצירות מצד שני. הואיל והמקראות כוללות בדרך כלל קטעים קצרים מן היצירה, אין הן מהוות תחליף ליצירה המקורית. אף הכללתו של מאמר שלם מכתב עת במקראות איננה צפויה להשפיע על מכירותיו של כתב העת, שכן סטודנט בקורס ממילא איננו צפוי לרכוש מנוי לכתב העת או עותק של הגיליון רק על מנת לעיין במאמר שהתפרסם בו. הואיל וכל אחד מן הסטודנטים רשאי ממילא להעתיק קטעים קצרים מיצירות לצורכי לימוד עצמי, אין סיבה למנוע מן המוסד להשכלה גבוהה לסייע לתלמידים לבצע זאת במרוכז.

בתזכיר 2003 הוראת פטור רחבה יותר, לכאורה, ולפיה העתקה ויצירה נגזרת למטרות הוראה תהינה מותרות, "ובלבד ששימוש כאמור מוצדק בשים לב, בין היתר, לאלה: (1) היקף השימוש, (2) מטרת פעילותו של מוסד החינוך, (3) קיומה של אפשרות סבירה לקבל רשות לשימוש"<sup>27</sup>. אלא שלמרבה הצער הנוסח שנבחר כולל תנאי שעלול לרוקן את הפטור מתוכו. הגבלת הפטור למצבים שבהם אין אפשרות סבירה לקבלת רישיון תייתר למעשה את הסעיף, שכן כמעט תמיד יכול בעל הזכויות בקלות יחסית להציע מנגנון רישוי לכל דורש. הדבר נכון בעיקר במציאות שבה רשת אינטרנט הוזילה במידה ניכרת את עלויות איתור הצדדים והתקשורת, ומאפשרת ניהול יעיל ואוטומטי של זכויות בעלות זניחה<sup>28</sup>. בצמצמו את הפטור לצורכי הוראה למצבים שבהם לא מוצע מנגנון רישוי ליצירה, מאמץ תזכיר 2003 גישה צרה מאוד של שימוש הוגן.

הגבלת הפטור רק למקרים שיש כשל שוק שאינו מאפשר רכישת רישיון, מחטיאה את מטרותם של דיני זכויות יוצרים. היא מבטאת תפיסה צרה של המטרות שלשמן נועדו סעיפי הפטור. גישה זו מניחה כי צדדים הפועלים בשוק חופשי ישיגו את ההקצאה היעילה ביותר של המשאבים, ולכן אין הצדקה להתערב בהסדרים החוזיים שביניהם. על פי גישה זו אם בעל הזכות מוכן למכור רישיונות שימוש, אין מניעה שהמשתמש ירכוש רישיון כאמור. גישה זו מתעלמת מן העובדה ששוק היצירות איננו שוק חופשי, ובעלי

אם מדובר בשימוש יצירתי אשר יש בו כדי לקדם ערכים אחרים החשובים לחברה. ככל שהשימוש יישא אופי מסחרי יותר, ייטה בית המשפט לסווג אותו כבלתי הוגן<sup>43</sup>. השאלה מתי שימוש הוא

ערוכות הכוללות עותקים ממקורות שונים, גם אם נעשה לצורכי הוראה, לא יהוו לימוד עצמי<sup>37</sup>. כאשר מדובר בגורם אחר המבצע את הצילום עבור התלמיד, כמו, למשל, ספריות<sup>38</sup> או חנויות צילום, ספק אם יוכלו הללו ליהנות מהגנת השימוש ההוגן<sup>39</sup>.

כך, למשל, באחת הפרשיות המרכזיות שעסקה בהכנת קובצי מקורות לשימוש כחומר לימוד באמצעות רשת חנויות הצילום האמריקנית Kinko's. בית המשפט לערעורים בארצות-הברית פסק כי אף שהשימוש באנתולוגיות בידי התלמידים היה שימוש לצורכי לימוד, השימוש שעשתה Kinko's ביצירות היה לצורכי מסחר<sup>40</sup>. מצד שני, אם מטרת ההעתקה מותרת על פי חוק, האין זה ראוי שכאשר הביצוע הטכני של ההעתקה נעשה בידי אחר – שליחו של המעתיק המורשה – לא תהפוך ההעתקה לאסורה? איזה טעם יש בדרישה שכל תלמיד יבצע את צילום היצירה בעצמו? דברים ברוח זה הביע שופט המיעוט בפרשת *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*<sup>41</sup>, שעסקה אף היא בהכנת עותקים מצולמים של יצירות לקובצי מקורות של סטודנטים בידי גוף מסחרי. דעת הרוב פסקה כי מדובר בהפרה של זכות יוצרים אשר איננה נהנית מהגנת השימוש הוגן, אך השופט מרטין (Martin), בדעת מיעוט, פסק כי צילום עותקים עבור סטודנטים מהווה יישום מודרני של תהליך הלמידה המסורתי, ולכן יש להתירו.

אגב, הבחנה זו בין יצירת עותקים עצמאית לבין העתקה בידי אחרים מאבדת מעט מחשיבותה במערכות של הוראה מרחוק. כאשר נשמר עותק של מאמר באתר הקורס, כל סטודנט הגולש לאתר יוצר לעצמו באופן עצמאי עותק זמני של המאמר בעצם ביצוע פעולת הגלישה והעיון במאמר, ובמקרים רבים יכול גם ליצור עותק קבוע של המאמר על ידי שמירתו במחשבו האישי או משלוח המאמר למדפסת. אף שעותקים אלה עשויים ליהנות מהגנת שימוש הוגן, לא תזכנה פעולותיו של המוסד האקדמי להגנה.

לבסוף, חשוב לזכור את ייחודו של המצב המשפטי בישראל. בחוק האמריקני נקבעו הוראות פטור מיוחדות לצורכי הוראה, אך במשפט הישראלי אין הוראת פטור מקבילה. על רקע זה, לנוכח מטרותם של דיני זכויות יוצרים לעודד הוראה כמנוף לתהליכי יצירה, ראוי לאמץ פרשנות מרחיבה יותר של הפטור שהוגדר בחוק זכות יוצרים ללימוד עצמי.

לא די בכך שהשימוש ייעשה לשם אחת המטרות שמנה החוק, אלא יש להראות שהטיפול ביצירה הוגן. בהיעדר קריטריונים מוגדרים בחוק לבחינת "הגינות הטיפול" אימצה הפסיקה בישראל את המבחנים אשר פותחו בפסיקה האמריקנית ועוגנו בחוק זכויות היוצרים האמריקני בשנת 1976, ואלו הם: מטרת השימוש ואופיו, טבעה של היצירה המוגנת, היקף השימוש בנוגע לכלל היצירה המוגנת, ולבסוף, השפעת השימוש על ערכה של היצירה המוגנת או על השוק הפוטנציאלי שלה<sup>42</sup>.

במסגרת אופי השימוש יבחן בית המשפט אם השימוש שנעשה ביצירה הנו מסחרי או שמא הוא שימוש שאינו למטרות רווח, וכן

27 ס' 35 (א) לתזכיר 2003.  
 28 דוגמה למצב זה היא פרשת *Texaco v. American Geophysical Union*, 116 S. Ct. 592 (1995) (להלן: *American Geophysical case*), שבה דן בית המשפט לערעורים בארצות-הברית בשאלה אם יצירת עותק אחד של מאמרים שונים מכתבי עת המוגנים בזכות יוצרים, מהווה שימוש הוגן. סוגיה זו התעוררה לאחר שבית המשפט העליון האמריקני פסק שנים ספורות קודם לכן כי צילום עותק בידי ספרייה מהווה שימוש הוגן: *Williams & Wilkins Company v. The United States*, 420 U.S. 376 (1975) (להלן: *Williams case*). בית המשפט לערעורים אבחן את פסק הדין של העליון בנימוק שלאחר הקמתו של מנגנון הרישוי של המוציאים לאור (Clearance Center) אין עוד כל הצדקה להעתקה ללא קבלת רישיון (למנגנון הרישוי ראו ב: [http://www.copyright.com] (last visited on 2.11.03)).  
 29 בהקשר זה מביחנה גרדון בין Excuse (פעולות שהחוק מאפשר, בהיתן נסיבות מסוימות בשוק, אם כי אינו מבקש לעודד), לבין Justification (פעולות שהחוק מבקש לעודד). לכן, בעוד שצמצום עלויות העסקה, או האפשרות לרכישת רישיון, עשויים לעקר את הפטור שניתן במקרה של Excuse, שינויים אלו לא ישפיעו על ההצדקה לבצע פעולות שהחוק מבקש לעודד. W.J. Gordon "Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives" *The Commodification of Information* (The Hague, N. Elkin-Koren & N. Weinstock Netanel eds., 2002) 149-192.  
 30 גישה זו לשימוש הוגן מכונה במשפט האמריקני "Public Benefit Approach". ראו: P. Goldstein *Copyright: Principles, Law and Practice* (Boston, 1989).  
 31 ס' 2(1)(II)-(VI) לחוק זכות יוצרים המתיר מספר שימושים נוספים, ללא הרשאת בעל זכות היוצרים.  
 32 ס' 2(1)(I) לחוק.  
 33 רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד מח(1) 251, 270 (להלן: עניין **גבע**).  
 34 שם.  
 35 ראוי לציין כי הפטור שהוגדר בס' 4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, רחב יותר, וכולל גם שימוש ביצירה לשם הוראה.  
 36 ס' 22 לתזכיר 2003.  
 37 ת"א (ת"א) 1548/94 **בתי שוקן הוצאת ספרים בע"מ נ' משכל הוצאה לאור והפצה בע"מ**, (לא פורסם) (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין **בתי שוקן**).  
 38 בהקשר של צילום הנעשה על ידי ספריות נפסק ב: *Williams case, supra* note 28.  
 39 The National Institutes of Health (NIH) המציג בספריותיו מאמרים שהתפרסמו בכתבי עת רפואיים המוגנים בזכות יוצרים באמצעות מנגנון המיקרופיליט, אינו מפר זכות יוצרים וזכאי להגנת השימוש ההוגן. ס' 36(ב) לתזכיר 2003 מתיר העתקה של יצירה שעותק ממנה מצוי בספרייה או בארכיון, עבור אדם אחר, ובלבד שההעתקה על ידי אותו אדם מותרת על פי דין.  
 39 עניין **בתי שוקן, לעיל** הערה 37.  
 40 *Basic Book, Inc. v. Kinko's Graphics Corporation*, 758 F.Supp. (S.D.N.Y. 1991) 1522.  
 41 *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6<sup>th</sup> Cir. 1996).  
 42 עניין **גבע, לעיל** הערה 33.  
 43 כאשר מדובר בשימוש שאינו מסחרי, יתמוך הדבר בקביעה שמדובר בשימוש הוגן. למשל, בפרשת *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984) (הקלטת תכניות טלוויזיה המוגנות בזכות יוצרים, באמצעות מכשיר וידאו לשימוש ביתי, על מנת לצפות בתכנית בזמן נוח יותר, Time Shifting), מהווה שימוש הוגן). מנגד, בעניין **גבע, לעיל** הערה 33, פסק בית המשפט כי אופי השימוש בדמותו של דונאלד דאק איננו תורם לאפקט הסאטירי של היצירה, אלא נועד למשוך תשומת לב ולהצחיק, ולפיכך מהווה שימוש גרידא.



יותר יצירות<sup>52</sup> ועל יותר שימושים ביצירה<sup>53</sup>, ולכן מטילים הגבלות רחבות יותר על הגישה ליצירות ועל השימוש בהן לצורכי לימוד והוראה. שימושים רבים שהיו מותרים קודם לכן עלולים להוות הפרה כאשר הם נעשים בסביבה דיגיטלית.

דוגמאות בולטות לכך הן קריאה ועיון ביצירה. באופן מסורתי אסרו דיני זכויות יוצרים על העתקת היצירה, אך לא על גישה ליצירה, האזנה לה או עיון בה. מצד שני, בסביבה הדיגיטלית כל עיון ביצירה מחייב יצירתם של עותקים זמניים בזיכרון העבודה של המחשב. גלישה לאתר אינטרנט כרוכה בהעברת עותק משרת המחשב שבו שמור האתר לדפדפן של הגולש. השאלה אם עותקים זמניים מהווים חלק מזכות היוצרים עוררה מחלוקת בשנות ה-90, ונראה כי טרם הוכרעה. הגישה שלפיה עותק זמני מהווה העתקה, אשר אומצה בפסקי דין אחדים בארצות-הברית<sup>54</sup>, זכתה לביקורת נוקבת בטענה שהיא מתעלמת מאופייה המיוחד של המדיה הדיגיטלית. תוכן המיוצג במדיה דיגיטלית איננו ניתן לקריאה ולעיון בלתי אמצעיים ומחייב שימוש במחשב המחולל עותקים זמניים של הקובץ במהלך קריאתו. לפיכך, אם זכותו הבלעדית של בעל זכות היוצרים חלה על עותקים זמניים, משמעות הדבר בסביבה הדיגיטלית היא שבעל זכות היוצרים יכול לא רק למנוע העתקה של היצירה אלא גם כל קריאה, צפייה או עיון בה<sup>55</sup>.

תזכיר 2003 מגדיר העתקה באופן רחב ("עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית") לרבות "אחסון של היצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי אחר"<sup>56</sup>. בהגדרת השימושים המותרים, קובע התזכיר חריג צר בנוגע להעתקה זמנית:

"העתקה ארעית של יצירה כחלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי, שמטרתו היחידה לאפשר העברה של היצירה ברשת תקשורת בין צדדים שלישיים על ידי גורם ביניים, או לצורך שימוש כדין ביצירה, מותרת, ובלבד שאין להעתקה הארעית ערך כלכלי משלה"<sup>57</sup>.

מלשון ההן ניתן כמובן ללמוד על הלאו, וכל אותם עותקים זמניים אשר אינם נופלים בגדר תנאי הפטור מהווים לכאורה הפרה<sup>58</sup>. כפי שניתן לראות, הפטור איננו חל על כל העתקה זמנית, אלא מותנה בהתקיימות תנאים רבים.

דוגמה נוספת נוגעת לביצוע פומבי. בהנחה שהגענו למסקנה כי מותר להקרין סרט לתלמידים במסגרת השיעור הואיל ואין מדובר בביצוע פומבי, ניהול השיעור באמצעות מערכת הוראה מרחוק עלול להפוך את הקרנת הסרט לביצוע פומבי. כך, למשל, שידור שיעור שהוקרן בו סרט המהווה יצירה מוגנת או שהוצגו בו שקופיות, לתלמידים מחוץ לקמפוס, ניהול השיעור במקביל ממספר מוקדי שידור על מנת לאפשר לתלמידים במקומות שונים לקחת חלק בשיעור או ניהול השיעור כולו באופן מקוון באמצעות האינטרנט. ההגדרה של "ביצוע פומבי" השייך לאגד זכויות היוצר ולכן מחייב רישיון, היא הגדרה רחבה. הגדרה זו חלה גם על העברה בדרך מכנית<sup>59</sup>. בתי המשפט יידרשו להכריע אם שידור באמצעות האינטרנט, יש בו כדי להפוך את ה"ביצוע" לפומבי. נראה כי כאשר

מסחרי נתונה כמובן לפרשנות, ופרשנות רחבה הכוללת בין היתר חיסכון בהוצאות והפקת טובת הנאה, עלולה להוביל לסיווגו של השימוש לצורכי הוראה כשימוש מסחרי.

עם זאת, העובדה שמדובר בשימוש מסחרי איננה חוסמת את האפשרות שבית המשפט יכיר בו כשימוש הוגן<sup>44</sup>. גם אם מדובר בשימוש מסחרי, עדיין יש לבחון אם יש בו יצירתיות ותרומה חברתית. ככל שיישא השימוש אופי יצירתי יותר ויקדם מטרות חדשות, שונות מאלו של היצירה המקורית, ייטה בית המשפט לסווגו כשימוש הוגן. לכן בדרך כלל כשהמעתיק יוצר עותקים זהים לחלוטין למקור לא ייחשב הדבר שימוש הוגן. זהו המקרה למשל כאשר חברה מסחרית העוסקת במחקר ופיתוח מכינה עותקים של מאמרים שלמים. העותקים המהווים תחליף מושלם למאמר המקורי, חוסכים לחברה את הצורך לרכוש את המאמרים תמורת תשלום, ומונעים מן היוצר רווח שהוא זכאי לו<sup>45</sup>.

#### 4. אחריות להפרה

אם השימוש ביצירה (כגון הקרנת סרט בשיעור ללא רישיון) מהווה הפרת זכות יוצרים, תחול האחריות להפרה על מי שביצע בפועל את ההשמעה (בדרך כלל המרצה). בנוסף, עלולה לחול בהקשר זה אחריות מוסדית, של המוסד להשכלה גבוהה כמעביד, למעט אם המוסד פעל למניעת ההפרה, והמרצה פעל על דעת עצמו ובניגוד לתקנון או להנחיות האוניברסיטה<sup>46</sup>. במקרים מסוימים עלולה האוניברסיטה לחוב באחריות עקיפה. בחוק הישראלי הוראות המטילות אחריות עקיפה על מי שנטל חלק בהפצה<sup>47</sup> או התיר לתועלתו הפרטית ביצוע פומבי של היצירה<sup>48</sup> בידיעה שהיא מפרה זכויות יוצרים<sup>49</sup>. לעניין זה, אי-עשיית דבר, כגון נקיטת פעולות הסברה והזהרה, למניעת פעולות ההפרה עלול להוות הרשאה<sup>50</sup>. בנוסף, ייתכן שתחול אחריות על המוסד להשכלה גבוהה מכוח דוקטרינת האחריות התורמת, אשר אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון (אם כי בהקשר של הפרת פטנט). גם במקרה זה, על מנת שתחול אחריות על המוסד, יהיה צורך להוכיח כי סייע לפעולות ההפרה (למשל העמיד את האמצעים לכך), תוך שהוא יודע על פעולות ההפרה וכל עוד האמצעים שהוא מספק אינם בני שימוש משמעותי אחר שאיננו מפר<sup>51</sup>.

### ד. זכויות יוצרים והוראה

#### בעידן הדיגיטלי

העידן הדיגיטלי מערים קשיים חדשים על המוסדות להשכלה גבוהה בכל מה שנוגע לניהול זכויות יוצרים. דיני זכויות היוצרים מטילים כיום הגבלות רחבות יותר על השימוש ביצירות בסביבת ההוראה הדיגיטלית, וזאת בשל מספר סיבות. ראשית, מהפכת המידע הובילה לשינויים מרחיקי לכת בדיני הקניין הרוחני, אשר הרחיבו באופן משמעותי את היקף תחולתם. דיני זכויות יוצרים למשל, חלים על

ציבורי", לא תחול אחריות עקיפה בגין ביצוע פומבי מפר על המוסד להשכלה גבוהה. 49  
 בתי המשפט נוטים בשנים האחרונות לפרש בצמצום את דרישת הידיעה, ולא לדרוש ידיעה בפועל כתנאי להטלת אחריות. די במחדל כגון מתן הרשאה לביצוע יצירות מבלי לבדוק תחילה אם בידי המבצע מצויים כל האישורים הדרושים על פי דין. למשל, עניין **אולמי נפטון, לעיל** הערה 20.

בע"א (ת"א) 779/77 **אקרים בע"מ נ' חב' אהרון ברמן בע"מ**, פ"מ תש"ס א 441, 455, קבעה דעת הרוב שאפילו הרשאה מהסוג הצר ביותר (To Permit) אפשר ללמוד מאדישות גרידא.

ע"א 1636/98 **רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאבזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ**, פ"ד נה(5) 337, 354. לביקורת על פסק הדין ראו מ"ד בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת דיני פטנטים" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** (ש' לביא עורך, תשס"ג) 169 (להלן: "טכנולוגיות של צדק").

למשל, ס' 2 לפקודת זכות יוצרים, הקובע כי דין תכנת מחשב כדין יצירה ספרותית. הרחבת היקף תחולתם של דיני הקניין הרוחני אינה רק נחלתם של דיני זכויות יוצרים. באירופה למשל הורחבה ההגנה בקניין רוחני גם למאגרי מידע: Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases [http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/docs/969ec.html] (last visited on 2.11.03). מגמת ההרחבה ניכרת גם בפסיקה. למשל, דיני הפטנטים בארצות הברית הורחבו בשנים האחרונות כך שהם חלים גם על שיטות עסקיות והמצאות בתחום הביוטכנולוגיה: *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998).

למשל, בדין הישראלי תוקן החוק בשנת 1996 והוספה זכות ההשכרה וההשאלה לצורכי מסחר, ס' 13 לפקודת זכות יוצרים. ראו גם ס' 106(3) לחוק האמריקני בדבר זכויות יוצרים.

בפרשת 91<sup>th</sup> *MAI Systems Corporation v. Peak Computer*, 991 F.2d 511 (9<sup>th</sup> Cir. 1993) נקבע שהעתקה זמנית מה-ROM (Read Only Memory) אל ה-Ram (Random Access Memory) המתרחשת בעת הפעלת המחשב הנה העתקה לצורך חוק זכויות יוצרים. בעקבות פסק הדין תוקן ס' 117(c) לחוק האמריקני והלכת *MAI* נהפכה, אם כי בצורה מצומצמת ומוגבלת, לנסיבות פסק הדין עצמו.

*J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 Cardozo Arts & Entertainment L. J.* (1994) 29.

ס' 11(1) לתזכיר 2003.

ס' 31 לתזכיר 2003.

ההסדר שאומץ בתזכיר 2003 מאמץ את ההסדר המעוגן בס' 115 לדריקטיבה האירופית על זכויות יוצרים. EU directive 93/98/EEC on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society (May 2001) (להלן: "הדריקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים").

בע"א 2173/94 **Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות'**, פ"ד נה(5) 529, קבע בית המשפט כי העברה משנית של שידור, המבוצעת באמצעות הלוויין והכבלים במקביל לשידור המקורי, מהווה הפצה לצורכי מסחר כמשמעותה בס' 2(2) לחוק זכות יוצרים, ועל כן הפרת זכות היוצרים גלומה בשידור המקורי. פרשנות זו של בית המשפט מטשטשת את ההבחנה המסורתית בדיני זכויות יוצרים בין שידור, המהווה ביצוע פומבי באמצעים מכניים, לבין הפצה של עותקים פיזיים של היצירה ומסחר בהם. בנוסף, ההסתמכות על ס' 2(2) בהקשר של שידורי משנה הנה בעייתית, שכן הסעיף עוסק בהפרה עקיפה של זכות היוצרים, קרי הפצה של עותק מפר מן היצירה בנסיבות שבהן ידוע למפיץ שהעותקים המופצים הנם עותקים מפרים. מצד שני, שידורי המשנה הסימולטניים אינם כוללים בדרך כלל יצירות מפרות, אלא שנטען כי עצם העברתם באופן סימולטני למגוון הכבלים (במקביל לשידור המקורי) מהווה הפרה. לאחרונה קיים בית המשפט העליון דיון נוסף בעניין זה, אך טרם נתן את החלטתו. דני"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd.** (טרם פורסם), תקדין עליון 2002 (3) 69.

M.A. Lemley "Dealing With Overlapping Copyrights on the Internet" 2002 *Dayton L. Rev.* (1997) 547

השיעור או חומרי הלימוד פתוחים לציבור הגולשים הרחב, יש בכך ביצוע פומבי גם אם כל אחד ואחד מן המשתתפים בביצוע צפה בשיעור וביצירות שהוצגו בו בביתו הפרטי. הסיבה לכך היא שמבחן המקום איננו קונקלוסיבי. ציבור הגולשים הוא ציבור בלתי מסוים ומזדמן, ואיננו מהווה קבוצה מוגדרת של מוזמנים. כאשר הגישה לשיעור או לחומרי הלימוד מוגבלת לתלמידים הרשומים לקורס, יש בכך על פי מבחן "אופי הקהל" לעקר את אופיו הפומבי של הביצוע.

תזכיר 2003 איננו משפר מצב זה בהרבה. כאמור סעיף 35(ג) לתזכיר מתיר ביצוע פומבי של יצירה, אך איננו מתיר שידור לצורכי הוראה. הדבר נובע מכך שהתזכיר עורך הבחנה בין ביצוע פומבי (המוגדר בסעיף 12) לבין שידור (המוגדר בסעיף 13 כ"העברה קווית או אלחוטית, של צלילים או מראות או שילוב של צלילים ומראות לציבור"). הואיל והפטור חל רק על ביצוע פומבי, ולא על שידור, השאלה אם השימוש מותר תהיה תלויה בסוג הטכנולוגיה שנעשה בה שימוש. למשל, ייתכן שהקרנת סרט בכיתה באמצעות מחשב המחובר לרשת האינטרנט, היישר מספריית המדיה של המוסד להשכלה גבוהה תהווה שידור ולכן תיפול מחוץ לגדר הפטור. דוגמה זו מאירה היבט נוסף של המדיה הדיגיטלית המחזק את זכויות היוצרים ומקנה ולבעליהן שליטה משפטית רחבה יותר ביצירותיהם. השימוש ביצירה במדיה דיגיטלית כרוך בניצולה של יותר מזכות יוצרים אחת. המשתמש נדרש אפוא לרכוש רישיון להעתקה, להפצה, להעמדה לרשות הציבור, לביצוע פומבי ולשידור, אך לא תמיד זכויות אלו מרוכזות כולן בבעלות אחת.<sup>60</sup>

## 1. שמורים דיגיטליים

האם אחסון חומרי לימוד בפורמט דיגיטלי על גבי שרתי מחשב או על גבי תקליטורים מחייב רישיון מיוחד מבעל זכות היוצרים? מערכת התדפיסים, המכונה לעתים "שמורים דיגיטליים", נועדה להחליף

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

45 *American Geophysical case, supra note 28*

46 מגמה זו באה לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט המחוזיים: ת"א (י"ם) 15441/01

**אקרים נ' הרשקוביץ**, דינים שלום כב 168; ע"א (ח"י) 4886/99 **אקרים נ' מאי מסעדות בע"מ**, תקדין מחוזי 2000(3) 107 (אחריות על המנהלת הרשומה של החברה אשר הפעילה את המסעדה שבה הופרה זכות היוצרים). ת"א (כ"ס) 2767/02 **אקרים נ' עמותת מכבי אבשלום פ"ת** – **מחלקת כדורגל**, תקדין שלום 2003(2) 51 (אחריות מכבי לשידור שירים במגרש הכדורגל בזמן הפסקות במשחק, בידי קטין, אוהד הקבוצה, ללא תמורה כספית, ממערכת הכריזה של העמותה).

47 ס' 2(2) לחוק זכות יוצרים.

48 ס' 3(2) לחוק זכות יוצרים, שלפיו מתן הרשאה לביצוע יצירה בפומבי ללא רישיון עלול להטיל אחריות בגין הפרת זכות יוצרים, אלא אם כן המתיר לא ידע ולא היה לו יסוד נאמן לחשוד שבביצוע יש משום הפרת זכות יוצרים. עשוי להיות קושי פרשני בהחלת הסעיף על מוסדות להשכלה גבוהה והסעיף על פי לשונו חל על "מקום שעשועי" ועל מי שמפיץ תועלת פרטית משימוש כאמור. נראה שלפי ס' 60(ב) לתזכיר 2003 המחיל אחריות על המרשה למטרות רווח ביצוע פומבי מפר "במקום בידור

## 2. אתרי אינטרנט לקורסים מתוקשבים

יצירת אתר אינטרנט התומך בקורס הופכת בשנים האחרונות חלק בלתי נפרד מההוראה בקורסים הניתנים במוסדות להשכלה גבוהה. בלחיצת כפתור יכול התלמיד לעיין ברשימת הקריאה המופיעה באתר הקורס ברשת האינטרנט. במקרים רבים ניתן גם לעיין בחומר הלימוד עצמו, לקרוא מאמרים שפורסמו בכתבי עת, לעיין בכתבי יד עתיקים, לצפות בתמונת השמים העדכנית, להאזין ליצירות מוזיקליות, לצפות בסרטים ובצילומים או לקבל נתונים ממאגרי מידע. המדיה הדיגיטלית מאפשרת לעדכן את רשימות הקריאה במהלך הקורס בחידושים המדעיים שפורסמו במהלכו. הגישה לקורס ולחומרי הלימוד פתוחה לתלמידים בכל עת ומכל מקום: מבתם, מאינטרנט קפה בעת טיול או ממכשיר Palm במהלך שירות מילואים.

בדומה למערכת התדפיסים הדיגיטלית, העתקה ללא רישיון של יצירות המוגנות בזכות יוצרים לאתר הקורס עלולה להוות הפרה של זכות העתקה ועל פי תזכיר 2003 גם העמדה לרשות הציבור. הניסיון להימנע מהעלאת עותקים לאתר תוך הפניה ליצירות שפורסמו במקומות אחרים ברשת האינטרנט באמצעות קישוריות, גם הוא אינו נקי מבעיות. קישור ליצירות המוגנות בזכות יוצרים עלול לעורר מספר סוגיות משפטיות: **ראשית**, עצם יצירת הקישור עלולה לעתים לפגוע בזכויותיו של האתר המקושר. עמדת בתי המשפט ברחבי העולם בנושא קישורים איננה אחידה. אחדים פסקו כי עצם יצירת הקישור מהווה הפרת זכות יוצרים<sup>68</sup>, ואילו בתי משפט אחרים סירבו לראות בכך העתקה או תצוגה של היצירה, וראו בקישור הפניה גרידא<sup>69</sup>. **שנית**, הקישור לעותק מפר של היצירה הקיים ברשת, עלול להטיל על האתר המקשר אחריות עקיפה להפרת זכות יוצרים<sup>70</sup>.

לבסוף, האינטראקטיביות שמאפשרת המדיה הדיגיטלית עלולה לעורר שאלות בנוגע לאחריותו הישירה והעקיפה של המוסד להשכלה גבוהה להפרת זכויות יוצרים בידי תלמידי הקורס. למשל, אתרי קורס רבים מאפשרים לתלמידי הקורס לשתף את חבריהם ברעיונות ולעתים בחומרים שעשויה להיות בהם עניין לכלל (למשל, כתבות שהתפרסמו בעיתון, שיר או קטע מסיפור, מאמר או יצירה מוזיקלית). חומרים אלו עלולים כמובן להיות מוגנים בזכויות יוצרים. קיומם של עותקים מפרים של יצירות על גבי שרתי המחשב של המוסד להשכלה גבוהה עלולה ליצור אחריות ישירה להפרת זכות יוצרים, ובמקרים מסוימים אחריות עקיפה להפצת עותקים מפרים, אם ניתן להראות שהמוסד ידע כי היצירות מפרות<sup>71</sup>.

## 3. מדיה דיגיטלית

לצד הרחבת היקף הזכויות וצמצום היקף הפטורים, מקנה הפורמט הדיגיטלי יכולת שליטה רבה יותר לבעלי זכויות היוצרים ולמפיצים. אמנם, מתן גישה ליצירות בפורמט דיגיטלי מאפשר העתקה בעלות זניחה, אך מצד שני הייצוג הדיגיטלי פותח פתח לשליטה פיזית

את קופסאות התדפיסים השמורים. בעבר הלא רחוק נהגו מרצים להפקיד עותק של מאמר אשר נכלל בחומר הקריאה בספרייה. התלמידים יכלו לקבל עותק מן המאמר איש בתורו, לעיין בו בספרייה או לצלם אותו בכוחות עצמם. לעתים היו הספרנים מכינים עותקים אחדים כדי להתמודד עם ביקוש גדול במיוחד בקורסים מבוקשים. נוהג זה שהיה מקובל ברחבי העולם חסה בצלן של הוראות הטיפול ההוגן המאפשרות שימוש ביצירה לצורך "לימוד עצמי"<sup>61</sup>. המעבר ממכונות שכפול וצילום מכניות להוצאה לאור דיגיטלית ולמחשבים ביתיים חולל שינוי מרחיק לכת בכלכלת העותקים. למעשה אין עוד צורך לשכפל את חומר הלימוד עבור ציבור הסטודנטים, ודי בהעלאת עותק אחד לאתר הקורס ברשת האינטרנט ומתן גישה לתלמידי הקורס. מערכת התדפיסים האלקטרונית מעוררת סוגיות חדשות. היצירה נשמרת כקובץ דיגיטלי על גבי שרת מחשב. לעתים היצירה שמורה כקובץ דיגיטלי במקור, ומקרים אחרים יש להמירה מפורמט אנלוגי לדיגיטלי. התלמידים יכולים להתחבר לשרת באמצעות רשת האינטרנט, לעיין בחומר הלימוד מן המחשב שבביתם, לשמור אותו כקובץ או להדפיסו. העותקים הנוצרים בידי התלמידים לצורך לימוד עצמי עשויים להוות טיפול הוגן על פי החוק, אך ספק אם מערכת התדפיסים האוניברסיטאית, שהפעלתה כרוכה ביצירת עותקים והפיכתם לזמינים להעתקה בידי אחרים, נהנית מהגנת החוק הקיים. שמירתן של יצירות המוגנות בזכות יוצרים על גבי שרת מחשב תהווה הפרה של הזכות הבלעדית להעתיק את היצירה אם נעשתה ללא רישיון<sup>62</sup>. העלאתן של יצירות לאתר אינטרנט עלולה להוות הפרה גם על פי סעיף 10(5) לתזכיר 2003 בהיותה העמדה לרשות הציבור (Making Available), דהיינו "העמדתה כך שתהיה ליחידים מקרב הציבור גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם האישית"<sup>63</sup>.

שאלה נוספת היא אם מותר להפיץ קובץ מקורות על גבי תקליטור? העתקה בדרך של יצירת קבצים דיגיטליים מחייבת רישיון כמו כל יצירת עותק פיזי של היצירה. גם הוראות פטור אשר תוקנו בחקיקה בשנים האחרונות אינן נותנות מענה לסוגיה זו. סעיף 33 לפקודה מתיר יצירת עותק מקלטת לשימוש פרטי וביתית<sup>64</sup>. הוראת פטור זו חלה על העתקת קלטות בלבד כהגדרתן בפקודה<sup>65</sup>, ואף שבמקרים מסוימים היא עשויה לפטור העתקות שבוצעו באופן עצמאי על ידי תלמידים, אין בה כדי לפטור יצירת עותקים בידי מרצים או ספרנים במוסדות להשכלה גבוהה.

בנוסף, עשויים תקליטורים להיות כפופים לאיסור על השאלה והשכרה לצורכי מסחר אשר נקבע בסעיף 13 לפקודת זכות יוצרים<sup>66</sup>. לאחרונה פסק בית המשפט העליון כי ספרייה ציבורית המשאלה תקליטורים למנוייה איננה מבצעת "השאלה או השכרה לצורכי מסחר" ולכן איננה מפרה זכויות יוצרים בהשאלה תקליטורים ללא רישיון מבעלי הזכויות<sup>67</sup>. סעיף 16(2) לתזכיר 2003 מאמץ הסדר זה לחקיקה וקובע במפורש כי השכרה על ידי ספרייה ציבורית או על ידי ספרייה של מוסד חינוך, לא תיחשב כהשכרה לצורכי מסחר.

61 ובלבד שהיקף ההעתקה לא חרג ממסגרת הגינות הטיפול. ראו ס' (I)(1)2 לחוק זכות יוצרים.

62 ס' 2(1) לחוק זכות יוצרים. אחסון יצירות מוגנות על גבי שרת מחשב מוגדר כהעתקה גם בס' (1)11 לתזכיר 2003.

63 ס' 14 לתזכיר 2003.

64 ס' 33 לפקודת זכות יוצרים.

65 ס' 33 לפקודת זכות יוצרים מגדיר "קלטת – התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב". לכאורה הסיפה עלולה להתפרש כמוציאה מגדר הפטור תקליטורים, הניתנים לשימוש גם במחשב. אולם בע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ, פ"ד נו(3) 658 (להלן: עניין עיריית חולון), החיל בית המשפט את המונח קלטת גם על התקליטורים נשוא התביעה.

66 ס' 13 לפקודת זכות יוצרים קובע כי "השאלה או השכרה, לצורכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי, היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים". עניין עיריית חולון, לעיל הערה 65. לביקורת על פסק הדין ראו א' יעקב "משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית" עיוני משפט כז (תשס"ג) 367. למאמר תשובה לביקורת זו ראו מ' בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית: בעקבות חולון נ' אן.אם.סי. ובתגובה לאסף יעקב" עיוני משפט (טרם פורסם).

68 הניתוח המשפטי של קישור כהפרה של זכות יוצרים, מבוסס בדרך כלל על ההנחה שהקישור יוצר עותק של היצירה, אם כי עותק זמני. בפסקי הדין שלהלן סירב בית המשפט לראות בקישורים העתקות: Kelly v. Arriba Soft Corporation, 336 F.3d 811 (להלן: פרשת Kelly או Kelly case); Ticketmaster corp. v. Tickets.com Inc., 2000 U.S. Dist. Lexis 12987 (בקישורים העתקות).

69 Kelly v. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 934 (2002), נקבע כי קישור לתמונות ממוחברות שבבעלות התובע הנו שימוש הוגן, ואילו קישור לתמונות בגודל מלא מהווה הפרת הזכות לתצוגה בפומבי. החלטה זו בוטלה מטעמים דיוניים (פרשת Kelly, לעיל הערה 68). מנגד, בדנמרק נקבע כי קישור עמוק מפר זכות יוצרים: Danish Newspaper Publishers' Association (DDF) v. Newsbooster.com, (Copenhagen, July 5, 2002). כן ראו נ' אלקיןקורן "כיצד מעצב המשפט את סיבת המידע ברשת" טכנולוגיות של זקק משפט, לעיל הערה 51 בע' 271-274.

70 הניתוח המשפטי בהקשר זה מניח כי האתר המקשר מסייע לפעולות ההפרה של הגולש אשר במהלך הגלישה יוצר עותק זמני של היצירה המפרה באתר המקושר. לניתוח זה ראו: Intellectual Reserve v. Utah Lighthouse Ministry, 75 F.Supp.2d 1290 (D. Utah, 1999).

71 ס' 2(2) לחוק זכות יוצרים.

72 Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, Codified as 17 U.S.C. §§1201-1205; וכן הדייקטיבה האירופית בדבר זכויות יוצרים.

73 נ' אלקיןקורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319, 334-340.

74 B.R. Barber Jihad vs. McWorld, How Globalism and Tribalism Are Reshaping the World (New York, A. Schulz ed., 1995).

75 Technology, Education and Copyright Harmonization Act, P.L. 107-273, (2001).

76 K.D. Crews "New Copyright Law for Distance Education: The Meaning and Importance of the TEACH Act" [http://www.ala.org/Template.cfm?Section=Distance\_Education\_and\_the\_TEACH\_Act &Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID =25939] (last visited on 2.11.03).

בשימוש ביצירה. קבצים מוצפנים ומערכות הגנה טכנולוגיות יכולים להקשות על ההעתקה ולייקר אותה. פורמט דיגיטלי מאפשר למפיץ להימנע מהפצת עותקים פיזיים של היצירה – כגון ספרים וכתבי עת מודפסים – ובמקומם לאפשר גישה ליצירה בכפוף לתנאים מוסכמים מראש. כך, למשל, ספרייה הרוכשת כתב עת בפורמט דיגיטלי לא תקבל בתמורה לדמי המנוי תדפיסים כרוכים של המאמרים שהופיעו בכתב העת, אלא ססמת גישה בלבד.

המעבר להפצה בדרך של מתן גישה ורשיונות מאפשר למפיצים להטיל הגבלות חדשות, כגון הגבלת השימוש ביצירות לפרק זמן מוגבל, רישיון לעיון בספרייה אך לא להצגה בכיתה, איסור על שימוש לצורכי הדגמה, איסור על שימושים דיגיטליים ומקוונים או הגבלת מספר המשתמשים. הגבלות חוזיות עשויות גם להיות מקודדות בפלטפורמה שמשמשת להפצה (Digital Rights Management – "DRM"): למשל, עותק של מאמר המופץ כקובץ PDF ואינו מאפשר העתקה של הטקסט או הדפסתו. הסדרה טכנולוגית מסוג זה מוגנת בחוק בארצות-הברית ובאירופה, שם נקבע איסור על גישה ליצירות תוך עקיפת מערכת ההגנה הטכנולוגית.<sup>72</sup> הגבלות פיזיות וחוזיות עשויות לסטות כמובן ממערך האיזונים שקובע החוק, ולהגביל גם שימושים לצורכי לימוד עצמי שהותרו במסגרת החריג ההגון.<sup>73</sup> שינויים אלו יוצרים תלות מתמשכת של הספריות האוניברסיטאיות במוציאים לאור ומשנה את יחסי הכוחות בין הצדדים. למשל, ספרייה שרכשה מינוי לכתב עת במשך מספר שנים והפסיקה את המינוי, תוכל עדיין לספק גישה לאוסף כתבי העת שכבר נרכש. אולם מינוי לכתב עת דיגיטלי אינו אלא רישיון שימוש במאגר מידע. אם לא יחודש הרישיון תישלל מן הספרייה (וממנוייה) גישה גם לאוספי העבר. בהקשר זה ראוי לציין כי בשנים האחרונות חל חיזוק במעמדם של המוציאים לאור שהפכו לחברות רב-לאומיות רבות עצמה. זכויות היוצרים החליפו ידיים: הבעלות בזכות היוצרים עברה בעשורים האחרונים מן היוצר הבודד לידיהם של תאגידים רב-לאומיים – מוציאים לאור, חברות סרטים, חברות תקליטים וחברות תכנה – המפיקים תוכן בייצור המוני.<sup>74</sup>

## ה. לקחים מן המשפט האמריקני

בארצות-הברית התקבלה לאחרונה חקיקה ייחודית שנועדה לתת מענה לבעיות המתעוררות בהוראה מרחוק. ה-"Technology, Education and Copyright Harmonization Act" (המכונה TEACH Act)<sup>75</sup>, נכנס לתוקף בנובמבר 2002. החוק מגדיר את התנאים שלפיהם מוסד אקדמי מוכר, שלא למטרות רווח, רשאי לעשות שימוש ביצירות המוגנות בזכות יוצרים לשם הוראה מרחוק, כולל אתרי אינטרנט ואמצעים דיגיטליים אחרים, מבלי לקבל את רשותו של בעל זכות היוצרים ומבלי שיהיה חייב בתשלום תמלוגים.

הנחת העבודה שבבסיס ה-TEACH Act הייתה כי יש להרחיב את פטור ההוראה כך שיחול לא רק על שימוש במסגרת שיעור פנים-אל-פנים אלא גם על הוראה מרחוק.<sup>76</sup>

נמוך מהרצוי ויוכתב משיקולים לא ענייניים לתהליך הלימודי. ציבור המרצים והמורים, מסורים להוראה ככל שיהיו, יבחרו בדרך כלל להימנע מחשיפה משפטית, ולכן יימנעו משימוש ביצירות גם אם הדבר דרוש מבחינה פדגוגית. בשנים האחרונות מתגברת התופעה של הימנעות מלכלול בחומר הלימוד מאמרים שפורסמו בכתבי עת הגוברים דמי שימוש גבוהים או אוסרים על השימוש באינטרנט. הדבר הופך בולט יותר ככל שמתגברים מאמצי האכיפה המשפטיים נגד מוסדות חינוך, ומתרחבות ההגבלות הטכנולוגיות והחוזיות על שימוש לצורכי הוראה. אף שכותבי מאמרים מדעיים מעוניינים למקסם את הפצתם ולהגיע לקהל קוראים רחב ככל האפשר, קשה לצפות שלחץ מצד הכותבים ישפיע על האסטרטגיות השיווקיות של המוציאים לאור. הכותבים האקדמיים תלויים במידה רבה בכתבי העת המדעיים לצורך קידום האקדמי, ויכולתם לדרוש שינוי מדיניות המוציאים לאור מוגבלת.

האפקט הכולל של דיני זכויות יוצרים בישראל על השימושים להוראה הוא אפקט מצנן. הדבר עומד בסתירה למטרות אשר לשמן נחקק החוק. תוצאה זו איננה רצויה כמובן נוכח חשיבותה של ההשכלה הגבוהה לחוסנה האקדמי והחברתי של כל חברה באשר היא, ולחברה הישראלית בפרט.

רק הבטחת גישה למקורות ולחומרי לימוד עדכניים ורלוונטיים תוכל להבטיח כי קהילת המחקר בישראל תמשיך ליטול חלק בשיח האקדמי העולמי ולשמור על מקומה בחוד החנית של המחקר האקדמי. המוסדות להשכלה גבוהה הם גופים ללא כוונת רווח המתוקצבים על ידי המדינה ופועלים למען מטרה ציבורית. מתן פטור למוסדות לימוד מוכרים מתיישב עם היעד של עידוד יצירתן של סביבות לימוד חופשיות.

הבטחת חופש השימוש ביצירות בסביבת הלימוד והמחקר איננה מנוגדת כלל לאינטרס של היוצרים.

מחברי היצירות רואים עצמם בדרך כלל כחלק משיח מדעי חברתי או תרבותי. מתן גישה ליצירותיהם מעניק להם בימה, מאפשר קבלת ביקורת ויוצר הזדמנות לצבירת מוניטין.

אין בדרישה לפטור להוראה משום קריאה לביטול זכויות היוצרים, אלא הצעה ליצירת חריג לכללים הקיימים, אשר ישקף באופן נאמן את האינטרס הציבורי הכולל.

התיקון הדרוש בחקיקה בישראל צריך לתת מענה לשתי בעיות מרכזיות: הבעיה הראשונה נובעת מהיעדרו של פטור כללי לשימוש ביצירות לצורכי הוראה, והשנייה נובעת מחוסר הוודאות באשר לשימושים המותרים. הצורך בפטור כללי נובע מכך שהסדר הטיפול ההוגן במשפט הישראלי צר מדי וחל על לימוד עצמי בלבד. פטור רחב ומפורש החל על כל שימוש לצורכי הוראה, עשוי היה לתת מענה גם לצורכי ההוראה בסביבה הדיגיטלית<sup>80</sup>.

יצירת פטור כללי יכול שתיעשה בדרך של הוספת ה"הוראה" לרשימת המטרות לשמן מותר לבצע שימוש הוגן ביצירה ללא רישיון. מנגנון "השימוש ההוגן" הוא הסדר חקיקתי המקנה לבתי המשפט

התיקון החדש מתיר תצוגה וביצוע פומבי של מגוון רחב של יצירות, אך אוסר שימוש ביצירות המהוות חומרי לימוד מסחריים, וחומר הקוח מספרי לימוד הנרכשים בצורת הלימוד המסורתית על ידי הסטודנט, כמו גם ביצוע יצירות בידיעה שהן מפרות<sup>77</sup>. החוק מתיר שימוש במסגרת הוראה מרחוק תוך קבלת חומר הלימוד בכל מקום שבו מצוי הסטודנט. הפטור מותנה בדרישות מקדמיות, ואלו הן:

1. **תחולת הפטור על מוסדות מוכרים:** מוסד ממשלתי או מוסד חינוכי מוכר, שאינו למטרות רווח;
  2. **מדיניות אכיפה והסברה:** אימוץ מדיניות ברורה בנוגע לזכות יוצרים, ונקיטת פעולות הסברה או הפצה בדבר הצורך לציית לדיני זכויות יוצרים;
  3. **הגבלת הגישה:** הגישה לחומר הלימוד תהיה מוגבלת לפרק הזמן הדרוש למטרה הלימודית, ופתוחה אך ורק לסטודנטים הרשומים לקורס;
  4. **הגנה טכנולוגית:** מניעה טכנולוגית של העברת היצירה לגורמים נוספים;
  5. **הגבלת השימוש:** השימוש ביצירה מהווה חלק אינטגרלי מחומר הלימוד ונעשה בפיקוח המרצה. המרת חומר לימוד אנלוגי לדיגיטלי אסורה, אלא בנסיבות מצומצמות.
- החוק האמריקני מבטא את התפיסה כי הוראה מרחוק מגלמת סיכון וסיכוי. מצד אחד הוא מבטא הכרה בחשיבותה של ההוראה מרחוק, ומצד שני מבטא את ההשקפה שהוראה מרחוק עלולה לסכן את האינטרסים של בעלי הזכויות. יותר מכול מבטאת החקיקה תפיסה שמרנית של הוראה מרחוק, הרואה בה יישום טכנולוגי גרידא להרצאה המסורתית. תנאי הפטור עלולים לעצב את השימוש ביישומים אלו בדמותה של ההוראה המסורתית.

דוגמה מיבשת אירופה היא חוק זכויות היוצרים הגרמני שאומץ לאחרונה במסגרת יישום הוראות הדיקטיבה האירופית בנושא זכויות יוצרים, ומגדיר חריג רחב יחסית בנוגע להוראה מרחוק<sup>78</sup>. החוק מתיר שימוש ביצירה ל: "Privileged Institutions" הכוללים בתי ספר, מוסדות להשכלה גבוהה ומוסדות מחקר ציבוריים, למטרות לא מסחריות. הפטור חל על הפצה דיגיטלית של חלק קטן מהיצירה ובתנאי שהגישה לחומר תהיה מוגדרת ומוגבלת למספר מצומצם של אנשים. חלק זה של החוק מחייב אישור מחדש בשנת 2006<sup>79</sup>. הדוגמה הגרמנית מרתקת במיוחד, שכן היא מהווה פריצת דרך במשטר משפטי נוקשה במיוחד בכל מה שנוגע להגנה על זכויות היוצרים.

## 1. סיכום

הניתוח המשפטי שלעיל מדגים את סוג הבעיות המשפטיות שעמן נדרשים מוסדות חינוך והוראה להתמודד בבואם ליישם שיטות מתקדמות של הוראה מרחוק. ההגבלות שמטילים דיני זכויות יוצרים מעלות את החשש כי השימוש ביצירות לצורכי הוראה יהיה בהיקף

77 ס' (4)110 לחוק האמריקני בדבר זכויות יוצרים.

78 הדיקטיבה איננה עוסקת אמנם במפורש בהוראה מרוקו, אך היא מתירה למדינות החברות לחוקק הגבלות על זכות היוצרים לצורכי הוראה: ס' (c)-(b)2-5 וס' (a)3-5 לדיקטיבה.

79 לטענת תומכי החוק הגרמני בדבר זכויות יוצרים, החקיקה משווה את מצבם של מורים ומרצים בסביבה הדיגיטלית למצבם בעידן חומרי הלימוד המודפסים. כפי שקודם לכן יכול היה המורה לצלם עמוד מספר ולחלקו לסטודנטים הרשומים בקורס, כיום יכול המורה להפיץ את העמוד באינטרנט תוך הגבלת הגישה אליו לתלמידים הרשומים לקורס בלבד: B. Bollag "New German Copyright Law Pleases Scholars" *The Chronicle* (Apr. 14, 2003) and *Anger Academic Publishers*.

80 הצורך בפטור כללי בולט במיוחד לאור תזכיר 2003. בתזכיר נעשה ניסיון לפטור שימושים אחדים לצורכי הוראה במוסדות חינוך. החריג שהוגדר בס' (א)35 חל, בכפוף לתנאים, על העתקה בלבד ועל יצירת יצירות נגזרות בלבד. הואיל והחריג איננו חל על זכויות אחרות (כגון העמדה לרשות הציבור לפי ס' (5)10 לתזכיר 2003), לא יהיה בו כדי לפטור שימוש ביצירות באתרי קורס מתוקשבים. בדומה, ההיתר שהוגדר בס' (ג)35 יחול על ביצוע פומבי של היצירה, בכפוף לתנאים, אך לא על שידור לפי ס' (4)10, כך שהקרנת אותה יצירה על גבי מסך בכיתה עשויה להיות מותרת, אך הקרנתו על גבי צגים בכיתה מחשבים עשויה להיות אסורה. חסרונה של שיטה זו גדול במיוחד כאשר השימושים הדיגיטליים מאפשרים גמישות רבה בדרך יישומם, ולכן ההבחנה ביניהם היא במידה רבה מלאכותית. בנוסף, רבים מן השימושים הדיגיטליים כרוכים בשימוש ביותר מזכות יוצרים אחת (למשל, הפעלת אתר אינטרנט כרוכה גם בהעתקה, גם בהעמדה לרשות הציבור, ולעתים עשויה להיות גם ביצוע פומבי או שידור).

81 על האפקט המצנן של חוסר דאות משפטית בתחום הקניין הרוחני: נ' אליקין-קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" **עיוני משפט** כה (תשס"א) 9.

82 ניתן ללמוד מהניסיון האמריקני באימוץ כללים בלתי מחייבים (Classroom Guidelines). אף שכללים אלו היו שנויים במחלוקת, ולא שולבו בחקיקה, הם אומצו על ידי גופים רבים אשר ביקשו לנהל את השימוש ביצירות בסביבה המבוססת על דאות יחסית: *Guidelines for Classroom Copying of Books and Periodicals* (last visited on 2.11.03). מאידך הכללים המנחים הפכו בפועל לכללי מקסימום ולמעשה צמצמו את זכויות השימוש. ליזמה דומה שנועדה להגדיר כללי שימוש ביצירות לסביבה הדיגיטלית בדרך של הסכמה ראו: <http://www.uspto.gov/web/offices/CONFU/> (last visited on 2.11.03).

83 ראוי להבטיח מראש התאמה בין שתי טכניקות החקיקה הללו, ולהבהיר בחקיקה באופן מפורש כי הוראות הפטור הספציפיות אינן מהוות רשימה סגורה.

שיקול דעת רחב ביישומם של עקרונות למקרים ספציפיים. הסדר גמיש חיוני במיוחד כאשר מדובר בטכנולוגיות המידע המשתנות חדשות לבקרים, והחקיקה איננה יכולה להדביק את קצב התפתחותן. מאפיינים אלו בולטים במיוחד במקרה של הוראה בסביבה הדיגיטלית.

אולם לא די בפטור כללי בחקיקה שפרטיו יגובשו בידי בתי המשפט. מתן הסמכות לבית המשפט לקבוע בדיעבד אם שימוש מהווה שימוש הוגן, עלולה להפחית במידה ניכרת את רמת הוודאות בשאלה מהם השימושים המותרים. חוסר ודאות לכשעצמו, עלול ליצור אפקט מצנן<sup>81</sup>. כאשר המצב המשפטי עמום, יבחר מנהל ספרייה אוניברסיטאית להימנע מלאשר גישה לספריית המדיה באמצעות רשת האינטרנט, או להימנע מהשאלת תקליטורים לתלמידים. בסביבה התחרותית של הקהילייה האקדמית העולמית משמעות הדבר עלולה להיות הרסנית.

הואיל והסדר פרטני עלול להיות צר מדי, והסדר כללי – לא יבטיח ודאות, מומלץ לשלב בין השניים<sup>82</sup>. פטור בחקיקה לשימושים בהוראה צריך אם כן לשלב בין הוראות ספציפיות שיתירו שימושים מסוימים לבין הסדר עקרוני כולל אשר יאפשר לבתי המשפט להחיל את הפטור גם בנסיבות משתנות<sup>83</sup>.

ראוי לקבוע פטור מפורש לשימושים דיגיטליים ולהגביל את השימוש לתלמידים הרשומים למוסד להשכלה גבוהה. הגבלה זו איננה נקייה מספקות. למוסדות להשכלה גבוהה תפקיד נכבד ביצירת תשתית המחקר בישראל, בעידוד המחקר ובהפצת הידע. מתן גישה לחומרי לימוד לציבור הרחב עשוי לתרום לשיח האקדמי, להרחבת ההשכלה ולשיח הציבורי. הצורך בהעמדת חומרי לימוד לרשות הציבור גובר במיוחד בשנים האחרונות נוכח הפערים ההולכים ונפערים בין ציבורים שונים באוכלוסייה אשר אינם זוכים להשכלה פורמלית. למרות הפער הדיגיטלי, והעובדה שרבים באוכלוסייה אינם יודעים להשתמש במחשב, רשת האינטרנט זמינה לציבור רחב יותר מאשר לימודים פורמליים במוסדות להשכלה גבוהה. מצד שני, למרות הפגיעה במטרות האקדמיות, הגבלת השימוש בסיסמה לתלמידים הרשומים לקורס תאפשר לאזן בין הרצון להגן על זכויות היוצרים לבין חשיבות השימושים למחקר ולהוראה. הגבלה כזו תאפשר לבודד את סביבת הלימוד ולמנוע פגיעה כלכלית קשה בבעלי הזכויות.

לבסוף, נראה כי ראוי להחיל את הפטור על מוסדות מוכרים להשכלה גבוהה, ולא על שימושים להוראה, שכן הללו עשויים לכלול הכשרה מקצועית לצורכי רווח במסגרות מסחריות. אין הצדקה לפטור שימוש כאמור מן החובה לשלם תמלוגים. אמנם חינוך והוראה ראויים לעידוד בידי כל מוסד ובכל הקשר, אך מוסדות פרטיים למטרות רווח, המתקיימים ממכירת שירותי הוראה, יכולים ביתר קלות לשאת בעלויות הרישוי ולגלמן בתחשיב השירותים שהם מספקים. נראה כי יש הצדקה לדרוש מגופים מסחריים המפיקים רווח מן היצירות, להעביר נתח מרווחיהם לבעלי הזכויות. ♦