יצירה מגינה או יצירה מוגנת? על כתבי טענות כ"יצירה ספרותית מוגנת"

הדס לביא*

א. מבוא

ב. עניין סגל

ג. האם הפירוש לחוק, כפי שאומץ בעניין סגל, הוא הפירוש האפשרי היחיד?
ג.1. הערה מקדימה: המסגרת החוקית הישנה והחדשה
ג.2. אפשרות פרשנית ראשונה: כתבי טענות כיצירה מוגנת
ג.3. אפשרות פרשנית שנייה: כתבי טענות כמצויים בנחלת הכלל
ג.3.א תשובה לתיאוריה התועלתנית
ג.3.ב. תשובה לשיקולי צדק והוגנות
ג.3.ג. תשובה לטיעון עשיית עושר

ד. תמונת המצב בארה"ב

ה. השלמת הפירוש – שינוי חקיקתי
ה.1. הגנה על רכיבים מסוימים בכתבי הטענות
ה.2. רישיונות Creative Commons
ה.3. מנגנון המפרסם את כתבי הטענות ומעביר ליוצרים דמי שימוש

ו. סיכום

א. מבוא

באוגוסט 2010 פסק בית המשפט המחוזי בחיפה שכתבי טענות הם יצירה ספרותית מוגנת. החלטה זו ניתנה בעניין **סגל** בעקבות תביעה שהגיש גולדהמר בקשר להעתקת כתב תביעה, כמעט בשלמותו, לצורך שימוש בתביעה אחרת.[1] באותו עניין פסק בית המשפט פיצויים לזכות מנסח כתב התביעה המקורי בשל הפרת זכות יוצרים. נפסק שההעתקה בלא רשות פוגעת בזכות הכלכלית של היוצר ואי-אזכור שם היוצר המקורי מפר את זכותו המוסרית.[2] פסיקת הפיצויים התבססה גם על דיני עשיית עושר ולא במשפט.

פסק הדין משלב שתי התפתחויות בפסיקה בשאלת ההגנה על כתבי טענות. מקרה ראשון שנדון עוסק בהעתקה של כתבי טענות על ידי הצד שכנגד באותו הליך. בעניין **סורוקר-אגמון**, שם נדונה הסוגיה, פסק בית המשפט שכתב טענות הוא יצירה מוגנת.[3] התפתחות שנייה בפסיקה הייתה בעניין **קלדרון**, כאשר נדרש בית המשפט למקרה של העתקת כתבי טענות בהליכים נפרדים.[4] בית המשפט קבע שבדרך כלל כתב תביעה אינו יצירה ספרותית מוגנת, משום שהוא מנוסח ומעוצב לפי כללי סדר הדין,[5] אולם במקרים של העתקה מלאה, כמו בעניין **קלדרון**, תיחשב אותה העתקה להפרת זכויות יוצרים.[6] זאת ועוד, למרות

---

* סטודנטית למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברת מערכת "הארת דין".

1 ע"א (מחוזי חי') 40319-02-10 **סגל נ' גולדהמר** (פורסם ב"נבו", 10.8.2010) (להלן: עניין **סגל**).

2 הזכות המוסרית היא הזכות שהיצירה תשויך ליוצר (באמצעות הענקת קרדיט) וכן הזכות שהיצירה לא תסולף באופן הפוגע בשמו או בכבודו של היוצר. ראו ס' 45-46 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 34.

3 ת"א (מחוזי י-ם) 7417/05 **סורוקר-אגמון נ' ארטמן**, תק-מח 2007(2), 12234 (2007) (להלן: עניין **סורוקר-אגמון**) ות"א (שלום ת"א) 72672/04 **עזגד נ' שפיגמן ושות'**, תק-של 2006(1) 18595 (2006) (להלן: עניין **עזגד**).

4 ת"א (מחוזי ת"א) 38116/05 **קלדרון נ' גולן** (פורסם ב"נבו", (31.12.2006) (להלן: עניין **קלדרון**).

5 שם, בעמ' 15.

6 שם.

ההכרה הנקודתית, נדחתה בעניין **קלדרון** תביעת היוצר לסעד בגין עשיית עושר ולא במשפט וכן הטענה לגזל מוניטין ותיאור כוזב.[7]

לכאורה, והעניין יורחב להלן, עובדות המקרה בעניין **סגל** דומות לאלה שנדונו בעניין **קלדרון**. למרות זאת, בהחלטתו בעניין **סגל** סטה בית המשפט מנקודת המוצא שנקבעה בעניין **קלדרון** ואימץ תחתיה את נקודת המוצא שנקבעה בעניין **סורוקר-אגמון**, שכן נפסק בעניין **סגל** שכתבי טענות הם יצירה ספרותית מוגנת גם כאשר ההעתקה לא נעשתה באותו הליך ולא גרמה פגיעה לכאורה בסיכויי הזכייה של התובע-היוצר. הרחבה נוספת של היקף הזכות המעין-קניינית בכתבי טענות, הפעם בהשוואה להחלטה בעניין **סורוקר-אגמון**, באה לידי ביטוי בעניין **סגל** בהענקת סעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט.

חידוש נוסף העולה מפסק הדין בעניין **סגל** קשור לפרשנות חוק זכות יוצרים החדש.[8] פסקי הדין הקודמים בנושא, ובכללם עניין **סגל**, הוכרעו לפי הדין שקדם לחקיקת חוק זכות יוצרים החדש (להלן: "החוק" או "החוק החדש").[9] מכאן עולה השאלה אם או עד כמה הלכת **סגל** צריכה להשפיע על מקרים שיידונו לפי החוק החדש. אציין שני נימוקים לטענה ששינוי החוק לא ישפיע על הלכת **סגל**. האחד הוא שהסעיפים הרלוונטיים בחוק החדש דומים לנוסח החוק הישן במידה כזאת שאין להצדיק פירוש אחר.[10] הנימוק האחר הוא שבכל פסקי הדין (שניתנו לאחר כניסת החוק החדש לתוקף) לא הועלתה האפשרות שהכרעה לפי החוק החדש צריכה לשנות את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בעניין **סגל**.[11] נראה אפוא שהלכת **סגל** תחול גם על מקרים שהחוק החדש יחול עליהם, ומכאן חשיבותה הרבה.

האם גישתו של בית המשפט בעניין **סגל** נכונה? בהארה זו אציג בהרחבה שתי פרשנויות אפשריות להגנה הקניינית המוענקת בחוק לכתבי טענות: אפשרות ראשונה, אשר אומצה על ידי הפסיקה, היא שכתבי טענות הם יצירה מוגנת. אפשרות שנייה לפירוש החוק, שאותה אציע כעדיפה, תחשיב את כתבי הטענות לנחלת הכלל. כדי להציג תמונה מלאה של הסוגיה אביא נימוקים המבוססים על התיאוריה התועלתנית, על תיאוריית העבודה, על טיעון הגמול ועל תיאוריית האישיות המצדיקים הגנה על כתבי הטענות כיצירות מוגנות. מנגד אמנה את השיקולים המצדיקים את החשבת כתבי הטענות לנחלת הכלל, בהתבסס על יעילות כלכלית, שיקולי צדק והוגנות, זכות הגישה לערכאות ובחינת סעדים מכוח עשיית עושר ולא במשפט.

לאחר מכן אבחן את מעמד כתבי הטענות בדיני הקניין הרוחני האמריקניים, המשמשים מקור השראה לדין הישראלי. אראה מדוע, למרות הלשון המשמשת להגדרת יצירה מוגנת בדין האמריקני, הדומה מאוד ללשון החוק הישראלי, היישום האמריקני של הכללים מצמצם את היקף הזכויות בכתבי טענות, בהשוואה לזה הישראלי, ובכך מונע כשלי שוק ותורם למימוש זכות הגישה לערכאות.

לסיום אציע שלושה מנגנונים משלימים לפירוש המוצע לחוק, שיוכלו להסדיר את זכויות היוצרים והמשתמשים בכתבי טענות ואסביר מדוע אני מעדיפה אחד מהם מן האחרים. לצורך כינון מנגנונים אלה,

---

7 טענות אלה נדחו בשל היעדר בסיס ראייתי. שם, בעמ' 36-33.

8 חוק זכות יוצרים.

9 ההפרה בעניין **סגל** נעשתה בשנת 2006, ואילו חוק זכות יוצרים נכנס לתוקף בנובמבר 2007. מאחר שתחולת החוק היא פרוספקטיבית, ההכרעה בעניין סגל ניתנה לפי חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י 2633 (להלן: חוק זכות יוצרים המנדטורי). ככל שידיעתי מספקת, טרם ניתנו פסקי דין העוסקים בזכויות יוצרים בכתבי טענות שנדונו לפי החוק החדש.

10 ראו פרק ג' להלן.

11 נקודה נוספת שיש לתת את הדעת עליה בהקשר זה היא כניסתם של חוקי היסוד לתוקף בשנת 1992. היא נעשתה בתקופה שבה חל חוק זכויות יוצרים המנדטורי ואין בה כדי להשפיע עליו, מאחר שהחוק אינו פוגע בתוקף חוק שהיה קיים לפני חוק-היסוד. אולם ייתכן שהזכויות החוקתיות לקניין ולכבוד, המעוגנות בחוקי היסוד, ישפיעו על פירוש חוק זכות יוצרים שנכנס לתוקף כחמש עשרה שנה לאחר מכן. נתתי את הדעת על עניין השפעת זכויות היסוד על פירוש החוק בהמשך. ראו להלן הערה 38.

שיציעו נקודות איזון נבדלות בטווח שבין הגנה מלאה על כתבי טענות לבין החשבתם לנחלת הכלל, תידרש גם התערבות של המחוקק.

בטרם אפנה לגוף העניין אציין שלדעתי, העתקה באותו הליך מחמירה את הפגיעה הנגרמת ליוצר ומצדיקה דיון נפרד.[12] לכן עיקר הארה זו ייוחד למקרה שבו ההעתקה נעשית לצורך הליכים נבדלים. עם זאת, יהיה אפשר ליישם חלק מהמנגנונים שאציג באופן שיתנו מענה גם למקרה של ההעתקה באותו הליך.

ב. עניין סגל

ב-10 באוגוסט 2010 החליט בית המשפט המחוזי בחיפה לדחות את הערעור בעניין **סגל** ואת הערעור שכנגד,[13] בפסקו שיש לראות בעתירה שהוגשה לבג"ץ יצירה ספרותית מוגנת. כן קיבל בית המשפט את דרישת היוצר לפיצוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.[14]

הפרשה התחילה בטענתו של עורך הדין גולדהמר שעתירה שהגיש עורך הדין סגל לבג"ץ בשם מועצה מקומית קריית טבעון בשנת 2006 (להלן: עתירת סגל) היא העתק כמעט זהה של עתירה שהגיש עורך הדין גולדהמר בשם כמה מועצות מקומיות באותו אזור, בשנת 2004 (להלן: עתירת גולדהמר).[15] בשני המקרים היו אלה עתירות מנהליות התוקפות את אותה החלטה. אליבא דגולדהמר, מאחר שעתירתו היא יצירה מוגנת, יש בהעתקה כאמור משום הפרת זכויות יוצרים והפרה של הזכות המוסרית, והיא מזכה אותו בפיצויים. עוד טען עורך הדין גולדהמר כי הרווח שהפיק עורך הדין סגל מהשימוש בעתירה מבסס גם עילה של עשיית עושר ולא במשפט.[16]

לעניין זכויות יוצרים, בית המשפט אימץ את המבחנים שנקבעו בפסיקה, שלפיהם כדי שתיחשב עבודה ליצירה מוגנת, עליה לעמוד במבחן היצירתיות, דהיינו שביטוי הרעיון, דרך הצגתו או סידור הדברים יהיו מקוריים ויצירתיים; ובמבחן ההשקעה, הבוחן אם הייתה השקעה מינימלית של משאב אנושי כלשהו.[17] אשר למבחן היצירתיות, אימץ בית המשפט פסיקה קודמת שהגדירה את היקף ההגנה הקניינית על כתבי טענות וקבעה שהעתקה של סעיפים המבטאים את המעטפת המשפטית ואין בהם מקוריות או ייחוד, אינה מפירה זכויות יוצרים.[18] לעומת זאת נקבע בעניין **סגל** שבחירת הנתונים העובדתיים והמעטפת המשפטית, סידורם, עיצובם והסקת המסקנות מהם, כפי שנעשו בעתירת גולדהמר, ממלאים את היצירתיות הדרושה. דרישת ההשקעה התמלאה אף היא על ידי הלימוד, איסוף הנתונים הדרושים, יישום הידע המשפטי וכתיבת הטיעונים, התיאור העובדתי וההשלכות הצפויות. לכן קבע בית המשפט בעניין **סגל** שהעתירה שהוגשה לבג"ץ היא בגדר יצירה ספרותית מוגנת המזכה את בעליה בזכויות יוצרים. בית המשפט חייב את סגל לשלם לגולדהמר פיצוי של 20,000 ₪ בגין הפרת הזכות הכלכלית, דהיינו הפיצוי המקסימלי בהיעדר הוכחת נזק,[19] וסך של 15,000 ₪ בגין הפרת הזכות המוסרית.

---

12 לפי עקרונות השיטה האדוורסרית, הבנויה כך שכל רווח לצד שכנגד ייחשב להפסד. כתבי טענות (ולו חלקיים) מוכנים, שיחסכו זמן ומשאבים בהכנתם, נחשבים לרווח כזה בלי ספק.

13 עניין **סגל**, לעיל הערה 1.

14 שם.

15 ת"א (שלום חי') 8034/06 **גולדהמר נ' סגל** (פורסם ב"נבו", 31.12.2009) (להלן: **גולדהמר נ' סגל**).

16 עניין **סגל**, לעיל הערה 1, בעמ' 34-44. לבחינה מפורטת של הסעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו תת-פרק ג.3.ג.

17 ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S. A.**, פ"ד מח(4) 133, 173 (1994) (להלן: פרשת **אינטרלגו**).

18 עניין **סורוקר-אגמון**, לעיל הערה 3; וכן עניין **קלדרון**, לעיל הערה 4, בעמ' 15.

19 סכום הפיצוי המקסימלי הקבוע בחוק זכות יוצרים המנדטורי. חוק זכות יוצרים החדש העמיד את הפיצוי על סך 100,000 ₪ בגין הפרה אחת. ראו **גולדהמר נ' סגל**, לעיל הערה 15.

בית המשפט הוסיף כי גם אם אין מדובר ביצירה מוגנת, דיני עשיית עושר ולא במשפט מקימים עילה חלופית לסעד המבוקש,[20] משום שבהעתקת היצירה, מילא סגל את שלושת התנאים לפסיקת סעד בעילת עשיית עושר ולא במשפט: סגל התעשר מהגשת התובענה, התעשרות שבאה לידי ביטוי הן בשכר הטרחה שקיבל, הן בזכייה בעתירתו והן במוניטין שנוסף לשמו; ההתעשרות התבססה על עתירת גולדהמר ובאה על חשבונו; ההתעשרות אינה לפי זכות שבדין, שכן בהעתיקו את העתירה הפר סגל את זכויות היוצרים של גולדהמר. זאת ועוד, מעשיו של סגל מקימים את היסוד הפנימי, הנוסף בפסיקה לתנאים הדרושים לסעד מכוח עשיית עושר ולא במשפט, הואיל והם מגלמים חוסר תום לב והפרה של כללי האתיקה של עורכי הדין.[21]

על פי לשון חוק זכויות יוצרים המנדטורי, וכך גם כיום, החלת טענות משפטיות על עובדות מקרה נבדלות, תוך שינוי ניסוח הטענות, אינה מהווה הפרה של זכויות יוצרים, משום שההגנה מכוח דיני זכויות היוצרים מוענקת לביטוי ולא לרעיון.[22] המצב אחר כאמור בעת העתקה מדויקת של כתב טענות (או חלקים ממנו). העתקה כזו תהיה כדאית במקרים שבהם התשתית העובדתית זהה ולא נדרש שינוי הנוסח כדי להתאימו לעובדות החדשות. תשתית עובדתית זהה יכולה להיות בהליכים שבהם יש ריבוי תובעים, התובעים בגין אותה עילה בהליכים נפרדים,[23] או כאשר אחד הצדדים לאותו הליך מעתיק כתב טענות שהוגש כנגדו.[24] העתקת כתבי טענות באותו הליך מורכבת יותר משום שהיא עשויה לפגוע בסיכויי היוצר לזכות בתביעתו, ולפיכך, כאמור, הארה זו תתמקד באפשרות הראשונה.[25]

ג. האם הפירוש לחוק, כפי שאומץ בעניין סגל, הוא הפירוש האפשרי היחיד?

ג.1. הערה מקדימה: המסגרת החוקית הישנה והחדשה

תחילה אעמוד על ההבדלים בין החוק המנדטורי לחוק החדש, ואסביר מדוע ניתן להניח שבית המשפט היה מגיע לאותה תוצאה שאליה הגיע בעניין **סגל**, לו העניין היה נדון לפי החוק החדש. חוק זכות יוצרים נועד לאזן "בין הצורך ביצירת תמריץ הולם ליצירה, בדרך של הענקת זכויות כלכליות ביצירות, לבין הצורך לאפשר לציבור להשתמש ביצירות לשם קידום התרבות והידע, כל זאת תוך שמירה על חופש הביטוי וחופש היצירה, והבטחת תחרות חופשית והוגנת".[26] החוק החדש ממשיך בכך את שגובש לפי החוק הישן.[27] החוק החדש קובע שיצירה מוגנת תהיה יצירה ספרותית, אומנותית, דרמטית או מוזיקלית ובלבד שתהיה

---

20 רע"א 5614/95 **א.ש.י.ר. יבוא יצוא והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 430 (1998) (להלן: עניין **אשיר**); עניין **סגל**, לעיל הערה 1, בעמ' 10.

21 שם, בעמ' 10-13.

22 ס' 5(1) לחוק זכות יוצרים.

23 כפי שקרה במקרה שלפנינו.

24 העניין של בעל דין להעתיק כתב טענות מתעורר במקרי הסכמה, למשל כשהמחלוקת בין הצדדים נוגעת למישור המשפטי. כך לדוגמה היה המצב בעניין **סורוקר-אגמון** וכן בעניין **עזגד**, לעיל הערה 3.

25 יודגש שכיוון שלהעתקה באותו הליך יש מאפיינים ייחודיי כגון סמיכות זמנים, העתקה של חלקים הנוגעים לעובדות המקרה וחשש לסילוף, אפשר לטעון שכל אחד מהמנגנונים שאותם אציג להלן מציע מענה להעתקה כאמור. כך, לדוגמה, ניתן לקבוע שפרסום מקוון של כתבי הטענות, כפי שהמנגנון הראשון מציע, ייעשה רק בתום ההליך; שרישיון CC המוצע לא יתיר סילוף העובדות, ויחייב מתן קרדיט, כדי על הזכות המוסרית; ומאידך גיסא שהעתקה כזאת, כל עוד היא נסבה על תיאור עובדות טכני, ואינה יצירתית במיוחד, תותר לפי המנגנון הבוחן את מהות היצירה המועתקת. ראו הצעות למנגנונים משלימים, להלן בפרק ה'.

26 דברי הסבר להצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ס"ח 196 בעמ' 1116 (להלן: דברי הסבר להצעת חוק זכות יוצרים).

27 דוגמה לכך ניתן לראות באופן שבו פירש בית המשפט את החוק. עניין **אינטרלגו**, לעיל הערה 17, פסקאות 8-4 לפסק דינו של השופט שמגר.

מקורית, מקובעת ובעלת זיקה לישראל.[28] בדומה, גם הדין הקודם (שלפיו הוכרע עניין **סגל**) קבע שסיווגה של יצירה כיצירה מוגנת ייעשה לפי קריטריונים דומים.[29] החוק מחריג יצירות מסוימות מהגדרת "יצירה מוגנת" וקובע שרעיון, תהליך ושיטת ביצוע, מושג מתמטי, עובדה או נתון, חדשות היום וכן פרסומים רשמיים כגון חוקים, תקנות, דברי הכנסת והחלטות שיפוטיות יהיו נחלת הכלל.[30] לענייננו, כתבי טענות הם בגדר יצירה ספרותית כהגדרתה בחוק.[31] הפרת זכויות יוצרים, ביצירה ספרותית, תיעשה על ידי העתקה, ביצוע פומבי, שידור, העמדה לרשות הציבור ועשיית יצירה נגזרת.[32] הגדרה דומה נקבעה גם בחוק הישן, שראה בהעתקה, פרסום, מכירה, הצגה וכיוצא באלה הפרת זכויות יוצרים.[33] למרות כל האמור, החוק הישן התיר שימוש ביצירות מוגנות לצרכים מסוימים אם נעשה באופן הוגן.[34] אף שהחוק החדש הרחיב, לעומת החוק הקודם, את רשימת סוגי השימוש המותרים, ואף הפך אותה לפתוחה, רשימת השימושים המותרים אינה כוללת שימוש לצורך הגשת תביעה. עם זאת, החוק החדש מתיר שימוש ביצירה מוגנת בהליכים משפטיים או מנהליים, בהיקף המוצדק בהתאם למטרת השימוש, כפי שהיא מוגדרת בחוק.[35]

הדמיון בהיקף ההגנה על יצירות מוגנות והדמיון ברשימת סוגי השימוש המותרים, כפי שהם מופיעים בחקיקה הישנה ובחקיקה החדשה, מביא לכלל מסקנה שאף על פי שההכרעה בעניין **סגל** נעשתה לפי הדין הישן,[36] ההגנה שניתנה לכתבי טענות תעמוד על כנה גם לפי הפירוש שיינתן לחוק החדש. במסקנה זו תומכת העובדה שבפסקי הדין של שתי הערכאות לא צוין שפסק הדין היה משתנה, לו הוכרע לפי החוק החדש. לפיכך יש לבדוק אם הפירוש שניתן לחוק, בכל הנוגע לכתבי טענות, מגשים את האינטרסים ואת האיזון ביניהם כפי שאלה מגולמים בחוק.

ג.2. אפשרות פרשנית ראשונה: כתבי טענות כיצירה מוגנת

דרך ראשונה לפרש את החוק, שאותה אימץ בית המשפט, היא לראות בכתבי הטענות יצירה מוגנת. לפיכך שימוש חוזר בכתבי הטענות, בלא היתר מעורך הדין שיצרם, יש בו משום הפרה והוא מזכה, כמו בעניין **סגל**, בסעד.

לכאורה, כתבי טענות עונים על הגדרת החוק ליצירה ספרותית: הם מבוטאים בכתב (ובכך גם מתמלאת דרישת הקיבוע). סידור הטענות והחלת המעטפת המשפטית על עובדות המקרה ממלאים את דרישת המקוריות. הפרסום לראשונה בישראל מקים זיקה כנדרש בחוק. כמו כן מדובר ביצירה פרטית שאינה בגדר פרסום רשמי.[37]

---

28 ס' 4 ו-8 לחוק זכות יוצרים.

29 ס' 1 לחוק זכות יוצרים המנדטורי.

30 שם, ס' 5-6.

31 ס' 1 לחוק זכות יוצרים; ס' 35 לחוק זכות יוצרים המנדטורי

32 ס' 11-16 לחוק זכות יוצרים וכן ס' 2(1) לחוק זכות יוצרים המנדטורי.

33 ס' 1-2 לחוק זכות יוצרים.

34 שם, ס' 19.

35 שם, ס' 20.

36 ראו לעיל הערה 9.

37 ס' 1, 4, 8 ו-6 בהתאמה לחוק זכות יוצרים.

תפיסה זו עולה בקנה אחד עם הרציונל שבבסיס הענקת זכויות קניין רוחני כחלק מזכות היסוד לקניין המעוגנת במשפט הישראלי.[38] בין השאר, הצדקות להענקת זכויות קניין רוחני ניתן למצוא בתיאוריית העבודה הלוקיאנית, בתיאוריה התועלתנית, בדיני עשיית עושר ובזכות לכבוד, שאותה אנמק באמצעות תיאוריית האישיות. להלן אביא את עיקרי ההצדקות ואחיל אותן על זכויות בכתבי טענות.

תיאוריית העבודה הלוקיאנית גורסת שזכותו של אדם ליהנות מפרי עבודתו נגזרת מזכותו לשלוט על גופו, ומהמאמץ שהשקיע בשינוי דברים שהיו בטבע.[39] התיאוריה קושרת בין בעלות אדם על גופו לבעלות על זכויות קנייניות ומנומקת באמצעות טיעון הגמול, הגורס שמשיקולים של צדק והוגנות, ראוי שאדם ייהנה מפרי עבודתו. לאור מאפייני הזכות הקניינית – בלעדיות ועבירות – הזכות מאפשרת את מיצוי ההנאה מפירות העבודה.[40] בחינת הענקת זכויות בכתבי טענות מנקודת ראות זו תביא לכלל מסקנה שראוי שעורך דין שהשקיע זמן, מחשבה, עבודה וידע בניסוח כתבי טענות, יזכה ליהנות מפירות עבודתו.

התיאוריה התועלתנית, על שני נימוקיה – טיעון התמריץ וטיעון מנגנון השוק – מבקשת להגדיל את הרווחה החברתית באמצעות עידוד יצירה וחדשנות.[41] התיאוריה רואה בהענקת זכויות קניין משום תמריץ ליצור הודות למאפייני הזכות הקניינית.[42] הזכות הקניינית מאפשרת ליוצר לממש את האינטרס הכלכלי ביצירה ומפחיתה את הסיכון שבהשקעה ביצירה חדשה והופכת השקעה כזו לאטרקטיבית. התיאוריה התועלתנית גם מאמינה ביכולת השוק לייעל את מנגנון הקצאת הזכויות, באופן שהזכויות הקנייניות ביצירה יגיעו לידי מי שמעריך אותן יותר מכולם. לענייננו, ניתוח המבוסס על התיאוריה התועלתנית יראה שהשארת הזכויות בידי עורך הדין, היוצר, תתמרץ אותו להשקיע בכתב הטענות, שכן אם יהיה כתב הטענות מוצלח, הוא יוכל להשתמש בו שוב ושוב, הן לעתירות נוספות הן לטובת המוניטין שיצבור.[43] אם עורכי דין אחרים יבקשו להשתמש בכתב הטענות, מנגנון השוק יאפשר את העברת הזכויות, ככל שהן יועילו לרוכשים הפוטנציאליים. עם זאת חשוב להדגיש, ונקודה זו עלולה להצדיק את צמצום הזכות הקניינית, שנימוק מנגנון השוק תקף כל עוד אין כשלי שוק המונעים הקצאה יעילה של זכויות.[44]

לטיעונים הכלכליים מתקשרת הצדקה נוספת, שעליה התבסס פסק הדין,[45] והיא עשיית עושר ולא במשפט המבוססת על העיקרון שלפיו אין ליטול את פירות עבודתו של אחר.[46] בעניין **אשיר** קבע בית המשפט שחוק

---

38 הזכות החוקתית לקניין מעוגנת בס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. אולם שימוש בזכות זו כדי להגביל שימוש חוזר בכתבי טענות מניח תחולה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. בספרו, ברק מציע ארבע אפשרויות לתחולה של זכויות חוקתיות מן המישור הציבורי, במשפט הפרטי. מתוך ארבע האפשרויות, ברק מאמץ מודל תחולה עקיפה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי. תחולה זו באה לידי ביטוי באמצעות פרשנות המשפט הפרטי, התייחסות להסדר שלילי וחסר במשפט הפרטי ופיתוח המשפט פרטי, שעניינם הכנסת ערכים אובייקטיביים מהמשפט הציבורי אל זה הפרטי ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית** כרך ג 647 (1994) וכן אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי" (טרם פורסם, זמין בכתובת law.huji.ac.il/upload/barak28.doc). לענייננו, שתי הפרשנויות לחוק זכות יוצרים קשורות לערכים האובייקטיבים שבבסיס ההכרה בזכות הקניינית, ולכן אניח שגם אם נכיר בתחולה של זכויות חוקתיות במשפט הפרטי, כל עוד זו נעשית באמצעות מודל של תחולה עקיפה – שתי הפרשנויות אפשריות. עיקרון זה רלוונטי הן לזכות לקניין הן לזכות לכבוד, שהזכות המוסרית מבוססת עליה. ראו בעמ' 83 לקמן.

39 JOHN LOCK, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT, ch. 5 (1690) available at: www.constitution.org/jl/2ndtr05.txt; EDWIN EDWIN CC. HETTINGER, *JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY*, 18 PHILOSOPHY &PUBLIC AFFAIRS 31, 36-37 (1989).

40 גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכויות יוצרים" **משפטים** לא (2) 401,361 (2000) (להלן: פסח "הבסיס העיוני").

41 שם, בעמ' 359; פרשת **אינטרלגו**, לעיל הערה 17, בעמ' 161-167.

42 תפיסה זו עמדה גם בבסיס הצעת החוק. ראו דברי הסבר להצעת חוק זכות יוצרים, לעיל הערה 26.

43 ניתוח כזה מניח, כמובן, שמידת ההשקעה של עורך דין בכתב טענות אינה קבועה ומוחלטת, אלא תלויה בשימוש שעורך הדין יוכל לעשות בכתב הטענות ובמידת ההנאה שלו מהיצירה. אמנם ניתן להעלות טענות אתיות הגורסות שראוי שההשקעה של עורך הדין בכתב טענות תהיה תלויה רק בחובתו לשרת את הלקוח ב"נאמנות ובמסירות" (וראו ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, ס"ח 178) אולם חוששתני שטענת נגד זאת לוקה בנאיביות.

44 עוד לעניין כשלי שוק ראו להלן בעמ' 84-85.

45 עניין **סגל**, לעיל הערה 1, בעמ' 9-13.

זכויות יוצרים אינו קובע הסדר שלילי, ולכן ניתן להכיר בעילת עשיית עושר ולא במשפט כמקור סעד עצמאי, גם בהיעדר זכות מכוח החוק הרלוונטי.[47] סעד זה מושתת על עקרונות צדק בלבד.[48] יישום הלכה זו בעניין **סגל** יראה שראוי שעורך הדין גולדהמר ייהנה מהרווח מכתבי הטענות שניסח באמצעות השארת זכויות היוצרים בידיו, פן ייווצר מצב שבו עורך הדין סגל ייטול את עבודתו וייהנה ממנה.

זכות יסוד נוספת המצדיקה את הענקת הזכויות הקניינית היא הזכות לכבוד.[49] תיאוריית האישיות קושרת בין זכות היסוד לכבוד ובין זכויות קניינית ביצירה. התיאוריה מבססת זיקה בין היצירה לאישיות היוצר ומגדירה את היצירה כביטוי חיצוני לאישיותו של היוצר.[50] לפיכך התיאוריה מגשימה את זכויות היוצר לכבוד, לאוטונומיה, לביטוי עצמי ולשליטה בחייו באמצעות הענקת זכויות קניינית המאפשרות שליטה ביצירה וייחוסה ליוצר.[51] החוק הישראלי מעניק שליטה כאמור ביצירה באמצעות הזכות המוסרית, הכוללת את זכות ה"אבהות" והזכות למנוע סילוף, שינוי צורה או פעולה פוגענית ביצירה, שיש בהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר.[52] לעניין כתבי טענות, ההלכה המבחינה בין שימוש במעטפת הקבועה בחוק לבין תוכן הממלא את דרישת היצירתיות וההשקעה רלוונטית גם לפי גישה זו,[53] בהעניקה הגנה רק לחלקים של כתבי טענות המגלמים את היצירתיות והחשיבה האינדיבידואלית של עורך הדין – היוצר.

הנימוקים שהובאו בפרק זה מבהירים מדוע ניתן לראות בכתבי הטענות יצירה מוגנת. קבלת טענה זו מקשה לתקוף את ההחלטה בעניין **סגל**, שכן אין לומר שהעתקה של כתב טענות במלואו, או חלקים רחבים מאוד ממנו, יש בה משום שימוש הוגן.[54] היא אף אינה מותרת לפי חריג השימוש לצורך הליך משפטי או מנהלי.[55] מסקנה זו נתמכת בחלק מהקריטריונים שנקבעו בחוק, ופורשו בפסיקה, לחריג זה: מטרת ההעתקה היא מסחרית,[56] והיא נעשתה בהיקף רחב.[57] גם השימוש ביצירה נעשה למטרה שלשמה נוצרה, דהיינו ייצוג בבתי משפט. זאת ועוד, השימוש פוגע בערך היצירה ובפוטנציאל השוק שלה, מאחר שהוא מבטל את הזכויות ביצירה ומונע אפשרות מסחר בהן. השימוש בלא מתן קרדיט מבטל גם את השליטה של היוצר ביצירה ואת הערך שהוסיפה היצירה למוניטין של היוצר.

---

46 פסח "הבסיס העיוני", לעיל הערה 40, בעמ' 390.

47 עניין **אשיר**, לעיל הערה 20.

48 ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל נחלת הכלל: מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" **עיוני משפט** כה (1), 9, 39-40 (2001) (להלן: אלקין-קורן "מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט").

49 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50 פסח "הבסיס העיוני", לעיל הערה 40, בעמ' 384, 403. לפי קאנט, מאחר שיצירה היא ביטוי חיצוני לאישיות היוצר, הזכות לשלוט ביצירה נובעת מזכות היוצר לאוטונומיה, שליטה עצמית וחירות. ראו DAVID SAUNDERS, AUTHORSHIP AND COPYRIGHT 110-115 (1992). בדומה, תיאוריית האישיות של הגל מצדיקה בעלות קניינית כאמצעי למימוש ופיתוח של אישיות האדם, ורואה את היצירה כגוף עליו משרה היוצר את אישיותו. ראו JEREMY WALDRON, THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY 351-360 (1990); פסח "הבסיס העיוני", לעיל הערה 40, בעמ' 403-405; Paul Redding, *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2003 Edition), available at: www.plato.stanford.edu/entries/hegel

51 פסח "הבסיס העיוני", לעיל הערה 40, בעמ' 404, בה"ש 148.

52 שם, בעמ' 408. הזכות המוסרית מעוגנת גם בדין הישראלי. ראו ס' 45-46 לחוק זכות יוצרים.

53 עניין **אינטרלגו**, לעיל הערה 17.

54 דהיינו עשיית מעשה הקבוע באגד הזכויות הקניינית של היוצר, אולם הוא מותר גם למי שאינם מחזיקים בזכויות, בנסיבות מסוימות. רשימת השימושים המותרים מופיעה בס' 19 לחוק זכות יוצרים.

55 ס' 20 לחוק זכות יוצרים.

56 רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד מח(1) 251, 278 (1993).

57 בעניין סגל כתב התביעה הועתק כמעט במלואו, לרבות שגיאות כתיב. ראו עניין **גולדהמר נ' סגל**, לעיל הערה 15, בעמ' 6-7.

ג.3. אפשרות פרשנית שנייה: כתבי טענות כמצויים בנחלת הכלל

להלן אציע חלופה לפירוש שניתן לחוק בעניין **סגל**. אפשרות זו לא נדונה בעת שבית המשפט נדרש לסוגיית הזכויות הקניינית בכתבי טענות (לא בעניין **סגל** ולא בהליכים קודמים שנסקרו לעיל). עם זאת, אני מוצאת שראוי לבחון אותה לאור מאפייניהם המיוחדים של כתבי הטענות, המביאים לידי כך שהגנה קניינית כאמור תפגע בזכויות חשובות אחרות כגון זכות הגישה לערכאות,[58] וכן באינטרסים ציבוריים ובהם יעילות כלכלית, יעילות המערכת השיפוטית וכיוצא באלה. כל אלה מצדיקים, תוך יישום הכללים המשפטיים בעניין פגיעה בזכויות יסוד, צמצום הזכות הקניינית בכתבי הטענות.[59] הצגת הרציונל תתחיל בהבאת טיעוני תשובה לטיעונים התומכים בהרחבת הזכות, ולאחר מכן יובאו טיעונים נוספים בעד צמצומה.

ג.3.א תשובה לתיאוריה התועלתנית

לעניין התיאוריה התועלתנית ניתן להשיב שכל עוד לא נוסח "כתב טענות אולטימטיבי", המבטיח זכייה במשפט על בסיס המסכת העובדתית, ימשיך להיות תמריץ לעורכי הדין לנסות לנסח כתב טענות כזה ולקדם ככל האפשר את האינטרס של לקוחותיהם. לכשינוסח "כתב טענות אולטימטיבי", לא יהיה אינטרס חברתי ליצור אחד נוסף.

לכאורה, ניתן להעלות טענה שבהיעדר זכות יוצרים תרד קרנו שלכתב הטענות בעיני עורכי הדין ותפחת התועלת שתצמח ממנו, בגלל החשש שתובעים פוטנציאליים יוכלו להשתמש בכתב טענות מן המוכן. ירידת ערך כתבי הטענות תביא לירידה בהשקעה בהם, העלולה לפגוע בזכות לייצוג הולם ובחובת הנאמנות כלפי הלקוח.[60] אולם טענה זו דינה להידחות. מרבית כתבי טענות אינם מכסים את מקריהם של כל התובעים הפוטנציאליים, ומכיוון שההגנה המוכרת כיום בדין נפרשת על הביטוי (כלומר הניסוח, העימוד וכו') ולא על הרעיון – כל שנותר לאחרונים לעשות הוא לשנות מעט מן הנוסח של כתב הטענות אשר בזכותו זכו תובעים דומים לתובעים הפוטנציאליים, ובכך ליהנות מהשקעתו של עורך הדין.

כמו כן המצב כיום, שאינו מגביל את הזכות הקניינית ואינו קובע מחיר מקסימום לכתבי טענות וכן מנגנון להעברתם, עלול לגרום לכשל שוק הנובע מעלויות העסקה. בהיעדר פיקוח, היתרון היחסי של יוצר כתב

---

58 שהוגדרה כ"נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד", ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3), 577, 631-632 (1997).

59 גם אם נניח שיש תחולה מלאה של הזכות החוקתית, הרי זו אינה מוחלטת, אלא מוגבלת לפי תנאי פסקת ההגבלה, הקבועה בס' 8 לחוק היסוד. לעניין זה ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 335-336 (1995). פגיעה בזכות יסוד מתוקף אינטרסים ציבוריים, אותם אציג להלן כמצדיקים את הפגיעה האמורה, אפשרית גם היא, בין באמצעות פסקת ההגבלה ובין באמצעות נוסחת האיזון, כפי שנקבעה בבג"ץ 73/53 **חברת קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז (2) 871 (1953). על ההבחנה בין זכויות חוקתיות לאינטרסים ציבוריים, והפגיעה שהן מצדיקות בזכויות יסוד ראו בהרחבה אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא(1) 97 (2011). אולם כפי שציינתי לעיל, חיבור זה מבוסס על תפיסתו של ברק, שלפיה זכויות חוקתיות יחולו תחולה עקיפה במשפט הפרטי, ראו לעיל הערה 38, ומכאן שבהתקיים טעמים מהותיים, ההולמים את הערכים שעליהם מגינה זכות היסוד, קל וחומר שיש מקום להגבילה.

60 לכאורה, נימוק תועלתני אפשרי כנגד הפיכת הזכויות בכתבי טענות לנחלת הכלל יטען שבמצב שבו התשלום בעד כתב הטענות איננו מגיע ליוצר כתב הטענות, אזי הוא לא יעריך כראוי את שוויו הכלכלי של העניין ותפחת מידת ההשקעה שלו בניסוח כתב הטענות. מצב זה יכול להביא להבדלי הערכה של כתב הטענות ובעקבותיהם להבדלי השקעה של כל אחד מהצדדים בכתב הטענות. לשם הדוגמה נניח מערכת עובדתית אחת שהקימה זכות תביעה ל- 10 תובעים פוטנציאליים בסכום כולל של 100,000 ש"ח כנגד נתבע אחד. חמישה מהתובעים פונים לעורך דין א' ומשלמים לו שכר טרחה בעד תביעה של 50,000 ש"ח, ועורך הדין משקיע עבודה ומגיש תביעה כנגד הנתבע. לעומת זאת התמריץ שיש לנתבע הוא להתגונן כאילו מדובר בתביעה של 100,000 ש"ח בין משום שייתכן שיקום נגדו השתק פלוגתא ובין משום שהקביעות המשפטיות עשויות להנחות את בתי המשפט בתיקים הבאים נגדו או להשפיע באופן לא פורמלי על התיקים הבאים. התוצאה תהיה שלעורך הדין של הנתבע יש תמריץ כאילו מדובר בעניין ששוויו 100,000 ש"ח ולעורך הדין של התובעים יש תמריץ כאילו מדובר בתביעה ששוויה 50,000 ש"ח כיוון שהוא יודע שאין לו זכות יוצרים על כתב התביעה.

הטענות עלול להביא לדרישות מופרזות מצד היוצר, שיהפכו את קניית זכויות השימוש בכתב הטענות לבלתי משתלמת לתובעים מאוחרים.[61] במקרה כזה ההצדקה הכלכלית להענקת הזכות בטלה, שכן הזכות אינה מביאה למצב של יעילות כלכלית. לעומת זאת, התרת שימוש חוזר בכתב טענות שהתקבלו במלואן על ידי בית המשפט תחסוך את הצורך של בית המשפט לבחון שוב את כתב הטענות, ובכך תביא להתייעלות ההליך השיפוטי.

ג.3.ב. תשובה לשיקולי צדק והוגנות

מול שיקולי צדק והוגנות המחייבים, לפי טיעון הגמול והתיאוריה הלוקיאנית, את השארת הזכויות בידי היוצר, עומדים שיקולים אחרים שמטרתם לקדם עשיית צדק והוגנות: שיקול ראשון נוגע לתפקיד של כתבי הטענות בהשפעה על התוצאה.[62] הנימוק גורס שלא הוגן להשאיר בידי אדם אחד את "המפתח לצדק". שיקול נוסף נוגע לעשיית צדק ולהגנה על זכות חוקתית באמצעות הרחבת זכות הגישה לערכאות:[63] ראשית, האפשרות לעשות שימוש חוזר בכתב הטענות תחסוך חלק ניכר מזמן עבודתם של עורכי דין, בכך יופחת שכר הטרחה שלהם ויֵרדו עלויות הגישה לערכאות. שנית, ככל שההליך יהיה יעיל יותר (הודות לחיסכון הזמן שבשימוש בכתבי טענות שהתקבלו), כך יוקל העומס על בתי המשפט וההליכים המשפטיים יסתיימו מהר יותר.

ג.3.ג. תשובה לטיעון עשיית עושר

אין טעם לצמצם את הזכויות הקנייניות אם לא תתלווה לכך הגבלת הזכות לסעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.[64] לכן יש לבחון אם ראוי, לעניין העתקת כתבי טענות, להגביל גם את הזכאות לסעד מכוח דיני עשיית עושר. ככלל, ולא רק לעניין כתבי טענות, נמתחה ביקורת על דחיית דוקטרינת ההסדר השלילי בעניין **אשיר**, בטענה שהיא מתעלמת מן המשמעויות הפרקטיות של הדחייה ומרחיבה את הציפייה הלגיטימית של יוצרים לזכויות ביצירתם עד לכדי כרסום ביצירות שהן נחלת הכלל.[65] לפי גישה זו, הלכת **אשיר** פוגעת באיזון שבחרו דיני הקניין הרוחני בין זכויות היוצר לזכויות המשתמשים. הפגיעה באיזון, והטייתו לטובת זכויות היוצרים, מצדיקות את צמצום ההגנה מתוקף דיני עשיית עושר על יצירות שאינן

---

61 טענה אפשרית היא שבמצב כיום, המאופיין מחד גיסא בשפע עורכי דין (עד כדי הצפת השוק) ומאידך גיסא בהגנה החלה על הביטוי בלבד, ולא על הרעיון, כשלי שוק אפשריים ייפתרו בנקל על ידי "עריכת" כתבי הטענות המקוריים על ידי עורכי דין אחרים, שינוי ניסוח שלא ידרוש השקעת מאמצים ומשאבים. עם זאת, קשה לומר שכשלי השוק ייפתרו לחלוטין. נימוק ראשון לכך הוא חשיבות הניסוח הספציפי (ראו בהרחבה להלן "התשובה לשיקולי צדק והוגנות"), נימוק שני הוא פערי המידע. מרבית כתבי הטענות אינם מתפרסמים ועורכי דין אינם יכולים להיעזר בהם, וגם הלקוחות לא תמיד יודעים אם יש כתב טענות בנמצא ואינם יכולים להעריך את שעות העבודה הנדרשות לעורך הדין לצורך עריכתו מחדש. התוצאה היא שאפילו בהנחה שחסמי הכניסה הם נמוכים יחסית, ייתכן מצב שבו עורכי דין שכתבו כתב טענות מנצח ינצלו את זכותם הקניינית ולהעלות מחירים או לסרב למכור למי שלא יעבוד דווקא אתם. עיקר הנפגעים מכשל השוק הם תובעים שאינם יכולים לשאת בעלויות העסקה הגבוהות. כך, לדוגמה, ניתן לטעון שכיס עמוק (כגון המועצה המקומית קרית טבעון, בעניין **סגל**) יוכל לעמוד במחיר הגבוה יותר שעלול לבקש עורך בדין בעד כתב הטענות שלו, ולעומת זאת תובעים פרטיים, המבקשים להשתמש בכתב טענות כנגד "מזיק סדרתי", עלולים למצוא את עצמם במצב שבו מחיר השימוש בכתב הטענות הספציפי הופך את התביעה, בהינתן הסיכון הכרוך בה, לבלתי משתלמת.

62 הטענה בהקשר זה היא שהתוצאה מושפעת לא רק מתוכן הדברים, אלא מהאופן שבו הם מנוסחים ומובאים לפני השופט. המשמעות היא שבמקרים מסוימים דרוש כתב טענות ספציפי כדי להניע את גלגלי הצדק ולהגיע לתוצאה מסוימת . ראו Michael J. Hays, *Where Equity Meats Expertise: Re-thinking Appellate Review in Complex Litigation*, 41 U. MICH. J.L. REFORM 421, p. 9 (2008).

63 לעניין מעמד זכות הגישה לערכאות ראו לעיל הערה 58. יש להדגיש שההגנה על זכות זו כמוה כהגנה על מכלול הזכויות החוקתיות בהיותה צינור המגשר בין הנפגע לבית המשפט.

64 שכן שמירת הזכות לקבלת סעד בגין הפרה של זכות יוצרים משאירה את המצב על כנו ומרוקנת מתוכן את הניסיון לעודד עורכי דין לעשות שימוש נוסף בכתב טענות שכבר הוצג והביא לתוצאות רצויות.

65 אלקין-קורן "מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", לעיל הערה 48, בעמ' 48.

מוגנות מתוקף דיני זכויות יוצרים.[66] אולם, גם אם נקבל את הלכת **אשיר**, ונפנה לדיני עשיית אושר, עדיין, נידרש לבסס, מלבד התעשרות שלא על פי זכות שבדין, הבאה על חשבונו של המזכה, גם יסוד נוסף.[67] על אף חילוקי הדעות בעניין **אשיר** בנוגע למהות היסוד הנוסף, נראה שישנה הסכמה שמדובר בהתנהגות לא נאותה.[68] ככל שמדובר בזכויות בכתבי טענות, נקבע שהעתקה היא התנהגות לא נאותה מאחר שהפרה את כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, הדורשים שמירה על כבוד המקצוע וייצוג בכבוד.[69] אולם נראה כי אם תישמר הזכות המוסרית ביצירה באמצעות מתן קרדיט מלא לעורך הדין אשר ניסח את כתב הטענות, לא ייפגע כבוד המקצוע. זאת ועוד, שימוש בכתבי טענות, אשר הוכחו כמוצלחים, בעניין זהה במהותו יביא, כאמור, לייעול הליכים משפטיים. בכך יש משום טיעון נגדי לקבלת "היסוד הנוסף" הנדרש לשם מתן סעד על פי דיני עשיית עושר. ולבסוף, אין לשכוח את האינטרס של התובעים הפוטנציאליים לקבל יחס הוגן ושוויוני וליהנות מהליך הוגן לפי דרישות הצדק הפרוצדורלי.[70] אף טיעון זה מאיין את הטענה של התנהגות שאינה ראויה ואת היסוד הנוסף כולו, ובכך נחסם מסלול הסעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

עם זאת, אף אחד מהשיקולים שמניתי לעיל אינו מצדיק את צמצום הזכות המוסרית. גם אם יש טעמים לצמצם את הזכויות הקניינית-כלכליות, אין הצדקה לעשות כן בנוגע לזכות המוסרית, ויש להקפיד על הימנעות מסילוף היצירה וכן על מתן קרדיט ליוצר.[71]

ד. תמונת המצב בארה"ב

ההשוואה להגנה הקבועה בדין האמריקני מתבקשת משום שהוא שימש מקור השראה לחוק הישראלי, ובמקרים מסוימים החוק הישראלי הוא אף תרגום של החוק האמריקני.[72] מאחר שדין כתבי הטענות נגזר מדין זכויות יוצרים הכללי, ומושפע מהאיזון הכללי באותה מדינה, אני מוצאת טעם רב בהשוואה לדין האמריקני, שיש לו מערכת איזונים דומה לזו הישראלית. ואכן, בדומה לחוק הישראלי, גם החוק האמריקני אינו דן במפורש בכתבי טענות. דמיון נוסף בין החוקים בא לידי ביטוי בהגדרת "יצירה מוגנת"[73] באופן שכתבי טענות ייחשבו לפי ההגדרה ליצירה מוגנת בהיותם "literary works" וכן בחריגים לכלל כגון שימוש הוגן ופרסומים רשמיים.[74]

---

66 שם, בעמ' 49-50.

67 עניין **אשיר**, לעיל הערה 20, בעמ' 490.

68 עניין **סגל**, לעיל הערה 1, בעמ' 11-12.

69 שם, בעמ' 12; כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, ק"ת 1373; אריה אבריאל "העתקת כתבי טענות כעבירה אתית" **בדלתיים פתוחות** 12, 15 (2006).

70 בעיניי, הודעה הגונה של עורך דין ללקוח שלו תהיה הודעה שכתב התביעה שהכין בשבילו הוא העתק של כתב תביעה קודם, בתביעה שהתקבלה על ידי בית המשפט בעבר, ולכן שכר הטרחה שלו מצומצם. שמירה על המוניטין של היוצר המקורי באמצעות הזכות המוסרית תהיה הוגנת וראויה ותשמור על כבוד המקצוע יותר משינוי נוסח שלה, שיעלה את שיעור שכר הטרחה, יתיש את בית המשפט ויתעלם מהתרומה של היוצר המקורי.

71 זכות זו אפשר שתיקרא גם "זכות ההורות". על הנימוקים המצדיקים את הזכות ראו לעיל בעמ' 83.

72 החוק המנדטורי, שחל עד שנת 2007 היה החוק הבריטי משנת 1911, ועם תחילת המנדט הבריטי בארץ ובעקבות דברי המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947, חא"י ג 2738,הוחל על דיני מדינת ישראל באמצעות פקודת זכות יוצרים, 1924, חא"י א 364. לעומת זאת, חוק זכות יוצרים החדש, שנכנס לתוקף בשנת 2007, שואב השראה מדיני הקניין הרוחני האמריקניים. דוגמה לכך היא ההסדר בנוגע לזכויות משתמשים. ראו אמיר חורי "קריאה בין-לאומית: החוק ומקורות ההשפעה הזרים" **יוצרים זכויות** 237, 252 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

73 17 U.S.C § 101-102 (1976).

74 שם, בס' 105 ו-107.

ההבדל המרכזי בין שתי שיטות המשפט לעניין דין כתבי טענות הוא בחוק העוסק בחופש המידע ומחייב פרסום כתבי טענות על ידי בית המשפט. שלא כמצב בארץ, לפי החוק האמריקני הנוגע לחופש המידע,[75] בתי המשפט שם מאפשרים גישה מקוונת, בתשלום, לכתבי טענות שהוגשו להם.[76] כתבי הטענות הופכים אפוא בארה"ב לפתוחים לעיון ציבור. בעקבות זאת, כתבי הטענות מועתקים ומפורסמים במאגרים משפטיים המאפשרים גישה תמורת תשלום.[77] מצב דברים זה מגביל את היקף הזכויות הקנייניות בכתבי הטענות, בייחוד הזכות להעתיק אותם ולפרסמם,[78] ומאפשר גישה רחבה יחסית אליהם. יש להדגיש שרגולציה זו, אף שהיא משאירה את כתבי הטענות מוגנים, מבטלת חלק מהטיעונים נגד הגנה על כתבי טענות, שכן היא מונעת כשלי שוק, מנגישה את כתבי הטענות ובכך מרחיבה את זכות הגישה לערכאות (שכן, גם אם העתקה מושלמת אסורה, שימוש בטענות המועלות באמצעות ניסוח אחר אפשרי, ויכול להביא להוזלת שכר הטרחה ולפעולה מהירה יותר של עורכי הדין). אמנם הסדר זה עורר לאחרונה תרעומת בקרב עורכי הדין, הטוענים שיש בכך משום פגיעה בזכויות היוצרים שלהם,[79] אולם הסטטוס קוו האמור נשמר.

לעומת זאת כתבי טענות המוגשים לבית המשפט בארץ חשופים לעין הציבור רק בעקבות עיון פיזי בתיק הנמצא במזכירויות בתי המשפט. לפיכך מאגרים משפטיים, המבקשים לפרסם את כתבי הטענות, נאלצים לפנות לעורכי הדין ולבקשם להעביר את כתבי הטענות לפרסום. בחינה של המצב בשטח מראה שרק מעטים מעורכי הדין נעתרים לבקשה (אולי משום שהמאגרים המשפטיים מסרבים לעת עתה להציע תשלום בעד כתבי הטענות), ולכן מרבית כתבי הטענות אינם נגישים לציבור.[80]

מההשוואה עולה שלמרות הדמיון הרב בהסדרה המשפטית של ההגנה על כתבי טענות, היעדר הנגישות מרחיב בפועל את ההגנה על כתבי הטענות בארץ. קל וזול יותר, מבחינה פרקטית, להגיע אל כתבי הטענות (ולכן גם להשתמש בהם) בשיטה האמריקנית בהשוואה לזו הישראלית. לנוכח המאפיינים של ההגנה הקניינית, והעובדה שאין הגנה על רעיון אלא על הביטוי בלבד, נגישות זו מקלה את השימוש בכתבי טענות ומצמצמת במידה ניכרת את היקף ההגנה על הזכות. מנגד, הנגישות לכתבי טענות מקלה גם את האפשרות לאתר פגיעה בזכויות יוצרים ולכן משפרת את יכולת האכיפה של החוק במקרי פגיעה בזכות.

ההשוואה בין שתי האפשרויות הפרשניות שהצגתי מביאה למסקנה שהפרשנות השנייה נותנת מענה לכל טיעון התומך בהגנה קניינית על כתבי טענות, ולא זו בלבד אלא שהיא אף נתמכת בשיקולים נוספים הנגזרים מזכות היסוד להליך הוגן, כגון הגברת הנגישות לבית המשפט ולצדק ושיפור יעילות ההליך. הדין האמריקני מציג כבמראה את הבעייתיות בדין הישראלי, ומטה את הכף לטובת הפיכת כתבי

---

75 The Freedom of Information Act 5 U.S.C. § 552 (להלן: FOIA). בארץ, לעומת זאת, מתאפשרת גישה לתיק עצמו במזכירות בתי המשפט ולצורך כך יש צורך בהגשת בקשה לעיון בתיק (אלא אם ניתן היתר כללי לעיון על ידי מנהל בתי המשפט), ראו תקנות 4 ו- 5 לתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), תשס"ג-2003, ק"ת 518. התוצאה היא הבדל משמעותי בנגישות למידע בישראל לעומת ארצות הברית.

76 הגישה היא חופשית לכל המעוניין, ודורשת הרשמה קצרה בתחילתה. עלות השימוש במאגר המידע עומדת על 0.8$ לכל עמוד. ראו Ted Willmann and Michel Ishakian "Public Access to Court Electronic Record – About", available at: www.pacer.gov/about.html

77 Steven D. Smit, *"Make A Copy For The File ...": Copyright Infringement by Attorneys*, 46 BAYLOR L. REV. 1, 2 (1994).

78 Exclusive rights in copyrighted works, 17 U.S.C § 106 (1976).

79 מכתב מאדמונד קונור, עורך דין, לרונלד ג'ורג', נשיא בית המשפט העליון בקליפורניה (16.07.2009) זמין בכתובת www.scribd.com/doc/17621257/Ltr-to-Supreme-Court-Admin-Office-071609

80 מבוסס על ריאיון טלפוני עם מנהלי מאגר המידע "נבו", הגוף מוביל בישראל בפרסום כתבי טענות.

הטענות לנחלת הכלל. האיזון שנבחר בדין האמריקני, המיישם את הרציונל התומך באפשרות הפרשנית השנייה, מדגיש הבעייתיות שבהענקת זכויות קניניות בכתבי טענות.

ה. השלמת הפירוש – שינוי חקיקתי

שתי האפשרויות הפרשניות שהצגתי לחוק זכויות יוצרים הן שני קצוות הטווח התוחם את היקף ההגנה על כתבי טענות. בכל אחת מהאפשרויות הפרשניות כשלעצמה מגולמים צידוקים לקביעת היקף הזכות הקניינית בכתבי טענות. מטבע הדברים, אף אחת מהן אינה אידאלית במובן זה שתיתמך בכל ההצדקות והזכויות החוקתיות הרלוונטיות לעניין. כך, לדוגמה, הפיכת כתבי הטענות לנחלת הכלל, גם אם תישמר הזכות המוסרית, תפגע באינטרסים הכלכליים של היוצר, שהוא זכאי להם מכוח זכות היסוד לקניין.

ניתן להציע כמה פתרונות שישלימו את הפירוש החלופי שנתתי לחוק, דהיינו את הפיכת כתבי טענות לנחלת הכלל. פתרונות אלה, שיש להסדירם בחקיקה, בוחרים נקודת איזון אחרת בין ההצדקות להרחבת ההגנה הקניינית ולצמצומה, בדומה לתהליך הבחירה שחוק זכויות יוצרים עצמו עושה.[81] בכך הם מתחשבים גם בהצדקות להרחבת זכות היוצרים. להלן אציג שלושה פתרונות נבחרים ואנמק את בחירתי בהתרת השימוש בכתבי טענות בכפוף למנגנון שיפרסם אותם ויגבה תשלום בעד השימוש בהם.

ה.1. הגנה על רכיבים מסוימים בכתבי הטענות

פתרון אפשרי ראשון הוא איזון באמצעות בחינת מהות כתבי הטענות, וצמצום ההגנה שתינתן להם באופן שתחול רק על הליבה, ורק במקרים של חשיבה יצירתית ומקורית. מרבית כתבי הטענות אינם אלא יישום שבלוני של מעטפת משפטית קבועה. פתרון זה מושתת על המבחנים שנקבעו בפסיקה, מבחני היצירתיות וההשקעה, אלא שהוא מציע להעלות את הרף הנדרש, באופן שלא כל השקעה מזערית תעמוד ברף,[82] אלא הגנה תוענק רק לאותם חלקים בכתבי הטענות המגלמים רעיון חדש, טענה מקורית, מומחיות וכיוצא באלה. תפיסה זו מתיישבת עם העקרונות שנקבעו בפסיקה, שלפיהם כתבי טענות מוכרים כיצירה מוגנת, אך העתקה של סעיפים המציגים את המעטפת המשפטית בלבד, שאי-אפשר להציג בצורה אחרת, לא תיחשב להפרה של זכות יוצרים,[83] ועם עקרונות כלליים של זכויות יוצרים.[84] עמדה זאת נתמכת בגישות הרווחות בקרב מומחים בתחום, המבחינים בין כתב טענות שגרתי, לבין "כתב טענות חדשני, תביעה שיש בה ייחודיות משפטית או ניסיון לפתח תחום משפטי חדש", שראוי שיזכה את יוצרו בזכויות יוצרים.[85] פתרון זה יצמצם במידה ניכרת את הטענות להפרה, ויאפשר את היעילות וההגינות המושגות בהפיכת כתבי טענות לנחלת הכלל ומנגד – יאפשר הגנה על אותם כתבי טענות חדשניים ומקוריים, כלומר יעניק הגנה למי שבאמת ראוי לה. חשוב להדגיש שאין הגנה זו מונעת שימוש חוזר ברעיונות שהועלו, אלא בדרך ביטוים בלבד.[86] מאחר שלשון החוק כיום אינה מניחה את הבסיס לצמצום המבחנים כמתואר, מבחן כאמור

---

81 אלקין-קורן "מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", לעיל הערה 48, בעמ' 13-15.

82 כפי שנקבע בעניין **סגל**, לעיל הערה 1, בעמ' 7.

83 עניין **סורוקר-אגמון**, לעיל הערה 3.

84 דוקטרינת הייחוד, שלפיה במקום שבו ניתן לבטא רעיון רק באופן מסוים אחד, לא תינתן הגנה קניינית גם על אופן הביטוי. ת"פ (מחוזי י-ם) 1396/97 **מאיר נ' קנר** (פורסם ב"נבו" 27.5.1999), פס' 47 לפסק דינה של השופטת צור.

85 דבריו של עו"ד אביגדור פלדמן בעקבות עניין **סגל** אצל נורית רוט "להגיד שכתב תביעה מוגן בזכויות יוצרים – זה מרחיק לכת" **The Marker דין וחשבון** 7.10.2010 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20101007_1192319

86 ס' 5 לחוק זכות יוצרים.

אפשר לאמץ באמצעות תקדים מחייב שיינתן על ידי הפסיקה. עם זאת, ראוי שהסדר כאמור, שהוא בעל השפעה על היקף זכות המוענקת מכוח חוק, ייקבע על ידי המחוקק, תוך ציון מפורש שיחול על כתבי טענות. פתרון זה כרוך בקושי, והוא ההבחנה בין כתבי טענות (או חלקים בהם) הראויים להגנה, לבין אלה שאינם ראויים לה. מלבד הקושי של בית המשפט להבחין ביניהם בכל מקרה ומקרה, ההבחנה עלולה לעורר חוסר ודאות. חוסר הוודאות עלול להביא לריבוי התדיינויות משפטיות בשל חילוקי דעות בשאלות פרשנות וכן לצמצם את השימוש בכתבי טענות קיימים, מחשש שיתבררו כיצירתיים במיוחד וזכאים להגנה. במצב דברים זה צמצום ההגנה על כתבי טענות עלול להישאר "אות מתה".

ה.2. רישיונות Creative Commons

פתרון אפשרי שני הוא שימוש ברישיונות Creative Commons (להלן: CC). רישיונות CC משלימים את ההגנה הקבועה בחוק על יצירות מוגנות, ומטרתם לצמצם את היקף זכויות היוצרים, לטובת זכויות משתמשים, ובכך לעודד יצירתיות.[87] רישיונות CC מאפשרים ליוצר לבחור ולסמן, באופן ברור ונהיר, את ההרשאות שהוא מוכן להעניק חינם ביצירה שלו. מתוך ארבעה רישיונות CC האפשריים,[88] הרלוונטיים ביותר לענייננו הם רישיון המחייב ייחוס היצירה ליוצר (דהיינו מתן קרדיט) ורישיון המחייב יצירות נגזרות לשאת באותו רישיון.[89] רישיון זה מגן הן על זכות האבהות, שבה אין הצדקה לפגוע,[90] הן על המשך השיתוף בכתבי טענות, ובכך הוא מגשים למעשה את כל הטיעונים המצדיקים את הפיכת כתבי הטענות לנחלת הכלל. איני רואה טעם ברישיון האוסר שימוש למטרות מסחריות, או בכזה האוסר עשיית יצירה נגזרת, שכן אלה הם עיקרי השימוש בכתבי טענות. חשוב לציין, חיוב בחוק להשתמש ברישיונות CC לעניין כתבי טענות יועיל הן בתוך קהילת עורכי הדין, משום שהם יאפשרו קהילה לומדת, החולקת את פירות עבודתה ובכך מפרה רעיונות, והן בהיבט החברתי הרחב יותר, בכך שיעלו על סדר היום שימוש ברישיונות אלה, ובכך יוכלו להביא לשינוי חברתי, ולהנעת תהליך שבו הקהילה תהפוך לקהילה משתפת, לומדת, פורה ומַפרה. מנגד, המבקרים את המנגנון ידגישו שבסופו של דבר המנגנון מצמצם את היקף הזכויות ביצירה, ולכן פוגע בתמריצים ליצור ובזכותו של היוצר ליהנות מפירות עמלו, שיקולים המצדיקים הגנה על הזכויות ביצירה.

ה.3. מנגנון המפרסם את כתבי הטענות ומעביר ליוצרים דמי שימוש

פתרון אפשרי שלישי, מיטבי לדעתי, יהיה התרת השימוש בכתבי הטענות, באמצעות מנגנון שיפרסם את כתבי הטענות המוגשים לבית המשפט ויגבה תשלום בעד השימוש בהם, שיועבר ליוצרים. המנגנון יכול לגבות תשלום קבוע בעד הורדה של כתבי טענות, או תשלום הנגזר מסכום התביעה החדשה, במקרה של שימוש בכתבי טענות בהליך אחר. הפתרון יאפשר שימוש חוזר בכתבי טענות ובכך יממש את כל ההצדקות

---

87 לארגון CC העולמי סניפים ביותר מחמישים מדינות ברחבי העולם וחברי הארגון עמלים להתאים את רישיונות CC למציאות המשפטית בכל מדינה. ראו קריאטיב קומנס ישראל, www.creativecommons.org.il/about_us.php . הטענה המרכזית בעד רישיונות CC היא שההגנה הרחבה על יצירות מוגנות פוגעת בפיתוח היצירתיות, שכן יצירות חדשות מושתתות על יצירות קודמות, ואילו זכויות היוצרים פוגעות ביכולת של יוצרים חדשים לעשות כן. ראו What is CC?, www.creativecommons.org/about/what-is-cc

88 שם; CC – About License, www.creativecommons.org/about/licenses/

89 Attribution-ShareAlike 3.0 Unported, www.creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0

90 ראו לעיל פרק ג.3, פרשנות אפשרית שנייה.

התומכות בהפיכתם לנחלת הכלל, ויש לו שלושה יתרונות עיקריים: האחד, הוא מגן במידת מה על הזכויות הכלכליות של היוצר, ובכך מקיים את הרציונל שבטיעון הגמול ובזכותו של אדם ליהנות מפירות עבודתו (ושומר גם ולו במעט על עקרונות לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט). הפתרון מקיים את הרציונל של חשיבות מתן תמריצים ליוצר, ומספק תמריץ נוסף, מלבד טובת הלקוח וחיזוק המוניטין, המעודד יצירה והשקעה בכתבי טענות; היתרון השני, שימוש במנגנון פרסום כללי יבטל כליל את כשל השוק הנובע מעלויות העסקה; יתרון שלישי, בדומה למצב בארצות הברית,[91] פרסום כאמור ישרת את חופש המידע ואת זכות הציבור לדעת, ובכך יוכל לתרום לשקיפות ההליך השיפוטי. שקיפות זו תשרת ערכים דמוקרטיים ואף תוכל לתרום לחיזוק אמון הציבור במערכת המשפט ולשיפור ההליך השיפוטי.[92] כחלק מהפתרון יהיה צריך להסדיר מקרים של שימוש חלקי בכתב טענות ושל יצירת יצירות נגזרות, ומקרים שבהם אין הצדקה להגן על כתבי הטענות משום שהם מבטאים את המעטפת המשפטית בלבד.[93]

עם זאת, גם לפתרון זה יש חסרונות, הן בהשוואה להפיכה מלאה של כתבי הטענות לנחלת הכלל, הן בהשוואה למצב הקיים. בהשוואה להפיכתם לנחלת הכלל, ניתן להניח שעלות השימוש תפחית את הביקוש לכתבי טענות.[94] בהשוואה למצב הקיים, אף שפרסום כתבי טענות ישרת אינטרסים כגון זכות הציבור לדעת, הוא יפגע בחירות עורך הדין היוצר להחליט כיצד תפורסם היצירה שלו, ובזכות בעלי הדין לפרטיות.[95] חיסרון נוסף יהיה הקושי לעקוב אחר שימוש רב פעמי בכתבי טענות ש"נקנו". תשובה אפשרית לחיסרון זה היא ההסדר הקבוע בחוק לכל הפרה של זכות יוצרים, ולפיו אם הופרו זכויותיו של אדם – הוא יכול לנקוט הליכים משפטיים לאכיפתן או לפיצויים.

ו. סיכום

דיני הקניין הרוחני מנסים לאזן בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים. איזון זה נועד לשמור על הזכויות הקנייניות, ועל התיאוריות שבבסיסן, ועם זאת לעודד יצירתיות, פיתוח והתקדמות.

החלת זכויות היוצרים על כתבי טענות מוסיפה למשוואה טיעונים נוספים הנובעים מהמאפיינים המיוחדים של כתבי הטענות ומהשפעתם על הגישה להליך השיפוטי ועל תוצאותיו. אף על פי כן, הן המחוקק הן הפסיקה לא החשיבו מאפיינים אלה, ולא הבחינו בין ההגנה הניתנת לכתבי טענות ובין ההגנה הניתנת לכל יצירה ספרותית אחרת.

ברשימה זו ביקשתי להציג, לצד הפירוש שאומץ בפסיקה, דרך נוספת לפרש את החוק, המצמצמת את ההגנה הניתנת לכתבי טענות. לצורך כך תיארתי תחילה את הרציונל למתן הגנה רחבה, וניסיתי לתת מענה הולם לטיעונים התומכים בהותרת ההגנה הקבועה בחוק על כנה. כדי להמשיך ולבסס את טענתי

---

91 כאמור, פרסום כתבי הטענות במשפט האמריקאי מוסדר על ידי FOIA. ראו לעיל פרק ד: תמונת מצב בארה"ב.

92 ניתן להניח שבניגוד למצב כיום, המתיר פרסום פסקי הדין בלבד (הכוללים רק את טענות הצדדים שהשופטים מוצאים לנכון לציין בפסק הדין), פרסום מלא של כתבי הטענות והנגשתם (שכן פרסום בלא נגישות כמוהו כאי-פרסום) יוכלו לאפשר ביקורת ציבורית על ההליך השיפוטי. ביקורת ציבורית כזאת תתרום לייעול ההליך השיפוטי ולשיפורו (באותו אופן שבו חשיפה ציבורית תתרום לכל הליך שלטוני אחר, ובהתבסס על ההנחה שכל גוף שלטוני יתפקד בצורה מיטבית כאשר הוא נתון לביקורת ציבורית). זאת ועוד, ניתן להניח שהציבור, שיהיה מודע לחשיפה זו, יגביר את אמונו במערכת המשפט בעקבותיה.

93 כך, לדוגמה, מקרים של שימוש חלקי יכולים להיות מוסדרים באמצעות חישוב החלק היחסי המועתק מתוך סך התביעה המקורית, או לפי הסעד המבוקש בתביעה החדשה בעקבות החלק שהועתק. גם באשר ליצירה נגזרת יהיה אפשר לבחון את החלק היחסי שהועתק, וככל שתדמה התביעה החדשה לתביעה המקורית, כך יעלה המחיר בעד השימוש בתביעה המקורית. אשר להבחנה בין העתקה של מעטפת משפטית להעתקה של תוכן המקיים את דרישת היצירתיות וההשקעה, ראו עניין **סורוקר-אגמון**, לעיל הערה 3.

94 טענה קלסית של היצע וביקוש: ככל שהמחיר גבוה יותר, כך הביקוש פוחת בהנחה שהביקוש אינו קשיח (ומדובר בהנחה סבירה, שכן כיום כמעט אין ביקוש לשימוש חוזר בכתבי טענות).

95 יש להדגיש שמדובר בפגיעה מצומצמת משום שמרבית הדיונים נערכים בדלתיים פתוחות ומכל מקום פסק הדין, הנוגע לאותן סוגיות, מתפרסם.

בדבר הצורך לצמצם את ההגנה, בחנתי את ההגנה הניתנת לכתבי טענות במשפט האמריקני. התברר שלמרות הדמיון הרב בהוראות החוק הנוגעות לעניין, ההגנה בפועל על זכויות יוצרים בכתבי טענות בארה"ב מצומצמת בהרבה מזו שבארץ.

למרות הניסיון התיאורטי לתמוך בצמצום הזכויות בכתבי טענות, נראה שפירוש הפסיקה בלבד אינו מספיק ונדרשת התערבות פעילה של המחוקק, ובניית מנגנון שיסדיר שימוש בכתבי טענות. מכיוון שהזכויות הקנייניות נגזרות מהמשפט הציבורי ומעוגנות בחקיקת יסוד, ראוי לשקול בכובד ראש שינוי באיזון ביניהן העלול לפגוע בזכות ובהגנה עליה. לצורך כך בחנתי שלושה מנגנונים, המייצגים נקודות איזון נבדלות על הטווח שבין הגנה מלאה להפיכה מלאה של כתבי הטענות לנחלת הכלל. אכן, כל אחד ממנגנונים אלה מעלה קשיים, ונראה שאי-אפשר להחזיק את החבל משני קצותיו ולרַצות את כל ההצדקות המנוגדות. נמצא שהבעיה המוצגת, הנובעת מהמאפיינים המיוחדים של כתבי הטענות, מצדיקה דיון נוסף ומיוחד, שיביא לבחירת נקודת איזון שונה מזו של שאר ה"יצירות הספרותיות".