

על פי סעיף 4(א) לחוק, זכות יוצרים חלה על יצירה "המקובעת בצורה כלשהי".¹ במילים אחרות, כדי להיות מוגנת בזכות יוצרים, על היצירה "ללבוש חזות ממשית".² משמעות הדבר היא כי:

"לא די בכך שהביטוי ישכון בראשו של היוצר, אלא צריך שהוא יתגשם במציאות, כדי שניתן יהיה לתת לו הגנה."³

בעניין זה, מידת הפיתוח של המחשבות אינה מעלה ואינה מורידה. כפי שנאמר לעיל, פול מקרטני סיפר באנתולוגיה של "החיפושיות", שהתעורר בוקר אחד ומיד התנגן בראשו הלחן למה שהתפתח לשיר *Yesterday*. אך זאת לדעת: כל עוד התנגן לחן זה אך בראשו של מקרטני, ולא קופץ, הוא לא היה מוגן בזכות יוצרים.

הקיבוע נדרש גם באנגליה ובארצות-הברית.⁴ על פי חוק זכות יוצרים הקודם, הקיבוע נדרש במפורש רק בנוגע ליצירות דרמטיות.⁵ המידה שבה הוא נדרש בהקשרן של יצירות אחרות מעולם לא הוכרעה בפסיקה.⁶ על פי החוק הנוכחי, אין כל ספק באשר לקיום הדרישה.

דרישת הקיבוע נועדה ליצור ודאות הן באשר לעצם קיום היצירה הן באשר לתוכנה.⁷ ודאות זו מבטיחה שזכויותיו הבלעדיות של בעל זכות היוצרים לא יורחבו יתר על המידה.⁸ עם זאת, היא אינה מתיישבת היטב עם הגישה הרואה בזכות היוצרים זכות טבעית, או אפילו עם הכלל, המעוגן באמנת ברן, שלפיו זכות היוצרים חייבת להתקיים מאליה עם היצירה.

החוק אינו מגביל את אמצעי הקיבוע והוא יכול להיות רישום בנייר או במחשב, הקלטה או הסרטה⁹ או כל אמצעי אחר שעל פיו אדם יוכל להבחין ביצירה באמצעות חושיו, בעזרת מכשיר או בלעדיו.

דרישת הקיבוע יכולה להתמלא במדיה דיגיטלית כגון קובץ מחשב. כמו כן, מסעיף 12 לחוק עולה בבירור כי גם העתקה זמנית עונה על דרישת הקיבוע, כפי שיובהר בפרק 5 להלן. כך נפסק כי גם קיבוע זמני בזיכרון RAM של המחשב עונה על הדרישה.¹⁰

אין צורך שהקיבוע ייעשה בידי היוצר דווקא. הוא יכול להיעשות בידי אחר אשר רושם או מקליט את היצירה בעבורו.¹¹ בפרשה אחת קבע בית המשפט העליון כי קיימת זכות יוצרים בהרצאות שניתנו בעל-פה. בית המשפט מצא כי ההרצאות נתקבעו בשלוש דרכים: ברישום על ידי המרצה במהלך הכנתן, הגם שנמסרו בסופו של דבר בעל-פה; במצגות שבהן השתמש המרצה בעת ההרצאות ואשר היו "מפורטות

¹ השוו לנוסח הצעת החוק, שבה הייתה דרישה כי היצירה תהיה מקובעת בצורה "מוחשית".

² עניין אינטרלוגו, לעיל ה"ש 44, בעמ' 173.

³ שם.

⁴ 17 U.S.C. §102; CDPA s. 3 (2) אמנת ברן משאירה לכל מדינה את הבחירה אם להחיל את דרישת הקיבוע, אם לאו. ראו סעיף 2) לאמנה.

⁵ סעיף 1)35 לחוק זכות יוצרים, 1911.

⁶ בע"א 414/84 ברים נ' מגדלור מרכז לתאורה מודרנית בע"מ, פ"ד לט(3) 109, 112 (1985), הביעה השופטת מ' בן-פורת דעה כי היא חלה על יצירות אחרות. בפועל, הוכרה זכות יוצרים ביצירות בעל-פה בכמה פסקי דין שבהם לא הועלתה השאלה: ע"א 323/60 בר-שירה נ' סופר, פ"ד יד 2231 (1960); המ' (מחוזי ת"א) 8587/96 בר זאב נ' זלוף (פורסם בנבו, 26.9.1996).

⁷ ע"א Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב, לעיל ה"ש 24, בעמ' 544.

⁸ ראו: COPINGER & SKONE JAMES, ON COPYRIGHT 3 (17th ed, 2016), בעמ' 190.

⁹ ת"א (מחוזי י-ם) 8303/06 מחולה המרכז למחול בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 14.8.2008) (להלן: עניין מחולה).

¹⁰ Mai Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d. 51 (9th Cir. 1994) על פי

סעיף 102(a) לחוק זכות יוצרים האמריקני, על יצירה להיות: "fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device".

¹¹ ע"א 8117/03 ענבר נ' יעקב (פורסם בנבו, 16.1.2006). נדחתה עתירה לדיון נוסף בפסיקה זו: דנ"א 790/06 ענבר נ' יעקב (פורסם בנבו, 15.3.2006).

למדמי; וברישומי הסטודנטים אשר רשמו אותן בזמן ההרצאה.¹² מפסיקה זו עולה כי גם תיעוד של תמצית היצירה עשוי לקיים את הדרישה, שכן יש להניח שכל הרישומים במקרה זה היו תמציתיים ובלתי מלאים. עם זאת, יש לזכור כי במקרה זה הגנת זכות יוצרים ניתנה להרצאות בגין המקוריות שבארגון ובסדר שלהן. ממילא, אין דרישה לתיעוד מלא של הטקסט כדי לקיים מקוריות זו.¹³ כמו כן, עולה כי אף מעשה העתקה בלתי מורשה עשוי למלא את דרישת הקיבוע. זה המצב גם על פי סעיף 3(7) לחוק האנגלי.¹⁴

בעבר הציבה דרישת הקיבוע קושי ליוצרים של יצירות ספונטניות ומאולתרות. בעידן של טלפונים חכמים ואמצעי תיעוד זמינים נוספים, קושי זה פחת במידה ניכרת. זאת ועוד, החוק אינו מציב דרישה שהתיעוד ייעשה בזמן היצירה. על כן תיעוד מאוחר יכול למלא את דרישת הקיבוע. בהקשר זה עולה השאלה אם תיעוד לאחר מעשה ההעתקה אף הוא עשוי להוות קיבוע שיאפשר ליוצר להגיש תביעה נגד המעתיק, אף שבעת ההעתקה לא הייתה היצירה מתועדת. מדבריו של בית המשפט המחוזי בירושלים במקרה אחד עולה כי יצירה שבוצעה תיחשב ליצירה שהתגבשה לכלל ביטוי, הגם שטרם התקבעה.¹⁵ בית המשפט אף הביע את הדעה שהדרישה לקיבוע בצורה "כלשהי" מאפשרת קיבוע "בעל פה".¹⁶ נראה, בכל הכבוד, כי המילה "קיבוע", מתקשה לשאת פרשנות כזו. עם זאת, קיימים תימוכין לכך שדרישת הקיבוע היא דרישה ראייתית בלבד, ושבהיעדר קיבוע כלשהו (גם לא על ידי אחר שאינו היוצר), ניתן להוכיח את קיום היצירה בעזרת ראיות חלופיות, לרבות "קיבוע בזיכרון", דהיינו עדות אמינה בעל-פה של מי שראה, קרא או שמע את היצירה או את היצירה או את ביצועה ויכול להעיד על תוכנה.¹⁷ אף אם עדות כזו תיחשב לקבילה, היא תוכל לסייע רק כאשר היצירה קצרה או פשוטה, שכן אין אפשרות לזכור במידת הוודאות הנדרשת את כל פרטיה של יצירה מורכבת.

אין משמעותה של דרישת הקיבוע כי העותק המקורי של היצירה חייב לשרוד את כל תקופת קיום זכות היוצרים.¹⁸ פסל שתועד בצילום או בציור אינו צריך לאבד את הגנתו אם הוא נהרס. הוא הדין בציור שצולם ולאחר מכן הושמד או התכלה. אף שהמקור איננו עוד, התיעוד ישמור על זכות היוצרים ובעל זכות היוצרים יוכל לנצל עדיין את זכויותיו הבלעדיות, למשל בשיווק פוסטרים של היצירה. ואם היוצר עדיין בעל זכות יוצרים ביצירה, יוכל לצייר או להקים אותה מחדש.¹⁹ ומה אם המקור לא תועד באמצעי אחר? במקרה זה תחסר הוודאות הנדרשת כדי לזהות את היצירה ולכן תעלה השאלה אם בכל זאת ניתן להעניק הגנה ליצירה. בעידן של טלפונים חכמים ותיעוד אובססיבי של כל רגע בחיים, יש להניח כי סוגיה זו תעלה רק במקרים חריגים ביותר.

¹² שם, בעמ' 3. וראו ע"א 8742/15 אסטרוולוג הוצאה לאור בע"מ נ' רון (שטיבלמן) (פורסם בנבו, 3.12.2017). במקרה אחרון זה הוגשו מחברות של שלוש תלמידות ששמעו את ההרצאות שניתנו בעל-פה. הדמיון בין המחברות חזיק את הקביעה כי הן ממלאות את דרישת הקיבוע.

¹³ ראו הדיון בערכאה הראשונה, ת"א (מחוזי ת"א) 2477/02 יעקב נ' ענבר (פורסם בנבו, 1.9.2003).

¹⁴ מכיוון שהקיבוע מזכה את היוצר ואינו פוגע בו. אך ראו לעיל ה"ש 21.

¹⁵ עניין מחולה, לעיל ה"ש 148.

¹⁶ שם, בסעיף 18 לפסק הדין. בית המשפט הסתמך על דבריו של היוצר/אומן אביהו מדינה שנאמרו בדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת בנושא זה, ובהם הסביר כי המילה "מוחשי", אשר נדחתה לבסוף, משמעה "מישוי". ראו פרוטוקול מס' 108 של ועדת הכלכלה של הכנסת, 34 (21.11.2006). בית המשפט התייחס גם לפסיקתו שקדמה לחוק בעניין דבש, לעיל ה"ש 34.

¹⁷ ראו ה"פ (מחוזי מ"ר) 4301-07-11 המכון ללימודי חשיבה הכרתית ע"ש ימימה נ' אביטל (פורסם בנבו, 27.6.2013), שבה כתב בית המשפט כי "אם מוכח בפני בית משפט כי ישנה וודאות באשר למהותה של היצירה הנטענת, וניתן להיווכח בנקל בקיומה, אין עוד צורך בעמידה דווקנית על קיבוע היצירה בכתב או בדרך אחרת". סוגיה זו לא נדונה בהחלטת בית המשפט העליון בערעור שהוגש על פסק דין זה.

¹⁸ כך, נפסק כי אמנות רחוב אינה מאבדת את הגנתה אם נהרסה: Castillo v. G&M Realty, L.P. 950 F.3d 155 (2nd Cir., 2020). (להלן: עניין Castillo v. G&M Realty). השוו פסיקה אמריקנית שקבע כי יצירות מתכלות אינן עומדות בדרישת הקיבוע. ב-Kim Seng Company.

v. J&A Importers, Inc. 810 F.Supp.2d 1046 (C.D. Cal. 2011), דחה בית המשפט תביעה שהתבססה על טענה לזכות יוצרים בהיבט האסתטי של מנת אוכל. לדעת בית המשפט, מכיוון שהאוכל אינו יכול לשרוד במצבו כפי שצולם, לא מתקיימת דרישת הקיבוע. בעניין Kelley v. Chicago Park Dist., לעיל ה"ש 138, הביע בית המשפט את הדעה כי גינה חיה איננה עומדת בדרישת הקיבוע, אם כי התביעה נדחתה גם מחמת היעדר מקוריות.

¹⁹ אם היוצר אינו בעל זכות יוצרים ביצירה, בעל זכות היוצרים יודקק ככל הנראה להרשאתו לצורך כך לאור הזכות המוסרית הנתונה ליוצר ביצירה. ראו להלן פרק 14. אם מדובר בבניין שנהרס, יוכל בעל זכות היוצרים ליהנות מההיתר לשיקום והקמה מחדש של בניינים לפי סעיף 28 לחוק. ראו להלן פרק 6.

במרבית מדינות אירופה אין דרישת הקיבוע נהוגה. במדינות הללו יצירה שבאה לידי ביטוי אך ורק בעל-פה, תיהנה מזכות יוצרים. עם זאת, היצירה חייבת להיות גשמית באופן שניתן להגדיר אותה. מסיבה זו, בית הדין האירופי לצדק קבע שאי-אפשר להכיר בזכות יוצרים בטעם של ממרח גבינה. בית הדין קבע כי הטעם הוא מטבעו סובייקטיבי ואי-אפשר להגדיר אותו במידת הדיוק והוודאות הנדרשת.²⁰ גם בארצות-הברית, שבה זכות יוצרים מוגנת מכוח חוק פדרלי הכולל דרישה לקיבוע, כמה מדינות מגינות באמצעות חוקים מדינתיים על הקניין הרוחני בביטוי שטרם נקבע בכתב.²¹ בישראל, גם אם ייקבע כי דרישת הקיבוע היא מהותית, תיתכן הגנה מצומצמת על יצירה בעל-פה, אם זו נמסרה מאדם לרעהו בהתבסס על יחסי אמון או כאשר היא בגדר סוד מסחרי.²² המידה שבה ניתן להגן על יצירה בעל-פה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, טרם נבחנה בבתי המשפט.²³

²⁰ עניין *Levola Hengelo*, לעיל ה"ש 117.

²¹ לדוגמה, קליפורניה: California Civil Code §980.

²² ראו להלן פרק 18.

²³ ליחס בין דיני זכויות יוצרים לדיני עשיית עושר ולא במשפט ראו לעיל פרק 11.