

## סימן א

### העתקת דיסקים וקלטות – ההלכה לאור חוק המדינה

#### שאלה:

האם מותר על פי ההלכה לאדם להקליט או לצרוב מתוך קלטת או דיסק שרכש או ששאל מחבירו?

#### תשובה:

#### "קנין רוחני" עפ"י ההלכה

ההתפתחות הטכנולוגית, המצאת הדפוס, ופיתוח אמצעי צילום והקלטה, עוררו את שאלת זכויות היוצרים במלא חריפותה. קודם המצאת הדפוס, הנושא היה כמעט ולא מעשי, ועל כן ההתייחסות אליו במקורות המשנה והתלמוד היא מעטה.

עם זאת, עיון במקורותינו מעלה שחז"ל היו הראשונים שהכירו במושג "זכויות יוצרים", והקדימו בכך את משפטני אומות העולם.

נציין מספר מקורות בכדי לאשש את דברנו:

הרב הרצוג<sup>1</sup> מביא מתוך המשנה במסכת יומא<sup>2</sup>, מספר דוגמאות המתייחסות לתקופת בית שני, ואשר התעוררה בהן שאלת השמירה על זכויות היוצרים, ובאופן יותר ספציפי – הזכויות על פטנטים.

וכך נאמר שם במשנה:

"ואלו לגנאי של בית גרמו לא רצו ללמד על מעשה לחם הפנים של בית אבטינס לא רצו ללמד על מעשה הקטורת הגרוס בן לוי היה יודע פרק בשיר ולא רצה ללמד בן קמצר לא רצה ללמד על מעשה הכתב..."

במשנה מוזכרים ארבעה "פטנטים": בעשית לחם הפנים, בעשית הקטורת, באומנות השירה ובאומנות הכתיבה, כאשר ממציאיהם ביקשו לשמור על סודיות ה"פטנט" שהמציאו, ולא לשתף בו אחרים. לפנינו איפא, מקור תנאי ובו התייחסות לקונפליקט שבין זכות היוצרים מחד, לבין צרכי הרבים מאידך.

---

1. בספרו The Main Institutions of Juish Law, העוסק בין השאר ב"קנין הרוחני" במשפט העברי,

2. יומא פרק ג משנה יא

התיחסות נוספת לקונפליקט מסוג זה ניתן למצוא במעשה הבא המובא בגמרא במסכת עבודה זרה<sup>3</sup>:

רבי יוחנן חש בצפדינא, אזל לגבה דההיא מטרוניתא, עבדה חמשא ומעלי שבתא, א"ל: למחר מאי? אמרה ליה: לא צריכת, אי צריכנא מאי? אמרה: אשתבע לי דלא מגלית, אשתבע לה לאלהא ישראל לא מגלינא, גלייה ליה, למחר נפק דרשה בפירקא..."

במקרה זה, השביעה אותה מטרוניתא את ר' יוחנן שישמור בסוד על ה"פטנט" שלה בהכנת התרופה, אך ר' יוחנן בכל זאת גילה בציבור את הפטנט – וזאת כדי שלא למנוע רפואה מן הזקוק לה. (וראה שם בגמרא מדוע לא היה בכך משום חילול השם).

על פי העיקרון של העדפת צרכי הרבים על פני זכויות היוצרים של היחיד מתבארים דברי התוספתא<sup>4</sup> שם נאמר:

המתנגב מאחר חבר והולך ושונה פרקו אע"פ שנקרא גנב זוכה לעצמו שנא' לא יבוזו לגנב וגוי' סוף שמתמנה פרנס על הצבור ומזכה את הרבים וזוכה לעצמו ומשלם כל מה שבידו שני' ונמצא ישלם שבעתים וגוי'<sup>5</sup>.

מן המקורות הללו עולה, כי אף אם בתקופת המשנה והתלמוד לא נזקקו חז"ל תדיר לשאלת ההגנה על זכויות היוצרים, הרי שהיו מודעים לזכות זו, ואף התיחסו למעמדה של זכות זאת בשעה שהיא מתנגשת עם זכויות אחרות של הציבור כולו.

הבט נוסף של זכות היוצרים הוא החובה לציין את שמו של היוצר על היצירה. גם בענין זה אנו מוצאים מקורות מפורשים מתקופת המשנה והתלמוד.

המפורסם שבהם – במשנה במסכת אבות: <sup>6</sup> "כל האומר דבר בשם אומרו מביא גאולה לעולם", ובמקביל, דברי חז"ל במדרש תנחומא<sup>7</sup>:

אמר רבי תנחום הבלר מקובל אני מרבי מיאשא שקבל מן הזקנים הלכה למשה מסיני כל מי שאינו אומר דבר משל תורה בשם אומרו שעליו הכתוב אומר "אל תגזל דל כי דל הוא"

מקור אחר לאיסור לומר דבר שלא בשם אומרו מופיע בספרי<sup>8</sup>:

- 
3. עבודה זרה דף כח ע"א
  4. תוספתא בבא קמא פרק ז
  5. וראה בש"ך חו"מ רצב ס"ק לה שהביא ראייה ממדרש זה שמותר להעתיק דברי תורה בלא רשות הבעלים.
  6. אבות פרק ו
  7. תנחומא במדבר כב
  8. ספרי דברים פ"סקא קפח

מנין למחליף דברי רבי אליעזר בדברי רבי יהושע ודברי רבי יהושע בדברי רבי אליעזר... שהוא עובר בלא תעשה תלמוד לומר 'לא תסיג גבול רעד'. בתלמוד אנו מוצאים אף הטלת סנקציה על האומר דבר שלא בשם אומרו. במסכת בכורות<sup>9</sup> נאמר:

רבי אידי סרסיה דרב ששת הוה שמעה מיניה, אזל אמרה בי מדרשא ולא אמרה משמיה, שמע רב ששת איקפד, אמר: מאן דעקיץ – ליעקציה עקרבא!

ומבאר רש"י:

מי הוא שעקצני ונשכני שלא אמרה משמי תעקציה עקרבא שמתא.

אכן, הקפדתו של רב ששת במקרה זה לא נבעה משיקולים של עושר או כבוד, אלא משום שרצה שיתקיימו בו דברי חז"ל: "כל תלמיד חכם שאומרים דבר שמועה מפיו בעולם הזה שפתותיו דובבות בקבר", אך מכל מקום יש מכאן ראיה להכרת חז"ל בזכותו העקרונית של אדם לתבוע ציון שמו על יצירה שיצר.

מעבר לחובה הנלמדת מן המקורות הללו, לומר דבר בשם אומרו, יש במקורות אלו ובאחרים כדי להצביע על כך שההלכה מכירה בזכותו של יוצר להנות מפירות עמלו, ובמקביל רואה בחומרה מקרים בהם אדם שלא עמל על יצירה נוהג בה כאילו היה הוא יוצרה.<sup>10</sup>

אחד המקורות הבסיסיים לאיסור להנות מיצירותו של אחר, והחובה לשלם על כך היא תשובתו של הנודע ביהודה<sup>11</sup> העוסקת במדפיס אשר השתמש במטריצות שהכין בשביל אדם אחר, כדי להדפיס חלק מאותו ספר עבור עצמו. הנודע

9. בכורות לא ע"ב

10. ר' בחיבורו של פרופ' רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים, ירושלים תשנ"א, שהוכיח ממקורות אלו וממקורות נוספים שהמשפט העברי קדם למשפט העמים בכל הנוגע להכרה בצורך לשמור על זכויות היוצרים. ועי' במאמרו של הרב עזרא בצרי, זכויות יוצרים, תחומין ו עמ' 169. ור' עוד בספרו של הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט, זכויות יוצרים, שהאריך להביא דעות שונות בשאלה האם ההלכה מכירה בבעלות על יצירה רוחנית, ומסקנתו (שם עמ' ב-א): "שהמחמירים והמקפידים על כל תג ותג בהלכות שבאורח חיים ויורה דעה, צריכים לדעת שבנידונו הדבר גרע שבעתיים, ובודאי צריך הירא והשלם לנהוג כרבים מגדולי הפוסקים בכל הדורות שכתבו מפורשות שיש בעלות על יצירה". עוד הוא מוסיף: "שגם המקילים (= הטוענים שאין בעלות על יצירה רוחנית) מודים "שמכוער מאוד" להעתיק ולבוז יגיעת האדם ויצירתו בלי לשלם שום תמורה, "ודעלך סני לחברך לא תעביד – זוהי כל התורה", וכל אדם אם היה יוצר דבר מסוים היה רוצה שאחרים לא ישללו יגיעו. וברור שעלינו לנהוג בדיני ממונות בדרך הישר והרצוי לפני הבורא יתברך שמו ולא בדרך עקלתון".

11. נודע ביהודה חו"מ סי' כד.

ביהודה פסק שיש לחייב את המדפיס מדין "זה נהנה וזה חסר", וזאת למרות שהמטריצות עצמן לא היו רכוש של מזמין המטריצות.

מתשובה זו הוכיח הגרז"י גולדברג שניתן לחייב מדין "נהנה" גם כאשר ההנאה אינה מרכושו של חברו, אלא מממון שהוציא.<sup>12</sup>

עוד כתב הגרז"י שיש מקום לאסור את ההעתקה משום שאסור להעביר על דעתו של בעל הבית, עפ"י הגמרא במסכת בבא מציעא (עח ע"ב) שם נאמר:

"הנותן דינר לעני ליקח לו חלוק לא יקח בו טלית, טלית לא יקח בו חלוק מפני שמעביר על דעתו של בעל הבית... וכל המעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן".

נתינת הדינר לעני היא במתנה גמורה ואף על פי כן רשאי הנותן לשייר לעצמו זכות, ולהגביל את יכולת השימוש של העני באותו דינר, ומכאן שרשאי המוכר להגביל את השימוש בחפץ אותו הוא מוכר.<sup>13</sup>

והוסיף הגרז"י, שאם המוכר אמר או כתב שלעניין העתקה לא מכר, דהיינו ששייר זכות זאת לעצמו, הרי שהמעתיק יחשב כגזלן.

יש שכתבו שכדי שההעתקה תהיה אסורה על פי ההלכה לכל הדעות, יש לכתוב שהקלטת מושכרת לצורך שמיעה בלבד.<sup>14</sup>

### חוק זכויות היוצרים

מעבר למקורות ההלכתיים שיש בהם, כאמור, בכדי לאסור העתקה שלא ברשות, מסתמכים רבים מהפוסקים גם על דינא דמלכותא. נבדוק, איפא, מהו "דינא דמלכותא" בנידונו.

המחוקק, בפקודת זכויות יוצרים, הגביל את היקף זכויות היוצרים בכל הנוגע להעתקת קלטות ולהשאלתן לשימוש אישי, וכך קובע החוק:

ג3. שימוש פרטי וביתי (תיקון התשנ"ו)

לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים לטבוע או לשעתק יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות.

ד3. תשלום לבעלי זכויות יוצרים ומבצעים (תיקון התשנ"ו)

(א) הממשלה תפצה את בעלי זכויות היוצרים ואת בעלי זכויות המבצעים על אבדן הכנסה ופגיעה בזכויות, הנגרמת להם בשל טביעה או שיעתוק על קלטות, לשם שימוש פרטי וביתי, לפי סעיף ג3.

12. העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים, תחומין ו עמ' 185. וראה גם דבריו בנספח.  
13. ועיי"ש שמוכיח שאף שדברי הגמרא בבבא מציעא נאמרו אליבא דר' מאיר, חכמים מודים שאף שאינו גזלן, אסור לכתחילה להעביר על דעתו של בעל הבית.  
14. עמק המשפט שם עמ' תשפה. ועיי"ש שלדעתו תנאי או שיוור במכירה לא יועילו.

(ב) הממשלה תעביר לחברות התמלוגים, מדי שנה, סכום בשיעור 5% מהמחיר לצרכן, ללא מס ערך מוסף של סך כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי וביתי בשנה שקדמה לשנה הנדונה.

מכאן שעל פי החוק אין זו הפרת זכויות יוצרים כאשר אדם מעתיק קלטת לשימוש פרטי וביתי. כמו"כ נראה לכאורה מנוסח הסעיף שלא תהיה פגיעה בזכויות היוצרים על פי החוק גם במקרה בו אדם מקליט לשימוש פרטי וביתי יצירה ששאל מחברו. מאידך, החוק אינו מתיר הקלטה והפצה של קלטות גם כאשר הדבר לא נעשה למטרות מסחריות.<sup>15</sup>

נוצר כאן איפא מצב מעניין בו דוקא ההלכה, על פי חלק גדול מהפוסקים, מחמירה יותר בהגנה על זכויות היוצרים ואוסרת אף הקלטות לשם שימוש פרטי וביתי, ואילו החוק מתיר זאת.

יש לדון, איפא בשאלה, האם לאור חוק המדינה תתיר גם ההלכה הקלטות לשימושים פרטיים מכח הכלל של "דינא דמלכותא דינא"<sup>16</sup>, או מכח אחר, או שמא אין כל משמעות הלכתית לחוק המדינה בענין זה.

### גדרי "דינא דמלכותא דינא"

נחלקו הראשונים בשאלה האם הכלל של דינא דמלכותא דינא נאמר רק בדינים התלויים בקרקע או גם בתחומים אחרים. דעות אלו הובאו בדברי הרמ"א (חושן משפט שסט ח) הכותב:

י"א דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלויים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא (הרא"ש פ' ד' נדרים בשם הר"ם ומרדכי פרק הגזול בתרא). ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא (מרדכי שם בשם התוס' ות"ה ס"י ש"ט), ולכן המלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא (שם בשם ר"י בר פרץ); וכן הוא עיקר,

---

15. יש לציין שלאחורנה חוק זכויות יוצרים חדש, חוק זכויות יוצרים, התשס"ח – 2007. חוק זה מחליף את כמעט את כל פקודת זכויות היוצרים, אולם משאיר בתוקף מספר קטן של סעיפים מפקודת זכויות היוצרים, ביניהם סעיפים 33, 34 אליהם אנו מתייחסים בדברינו.

16. אין אנו נכנסים במסגרת זו לדיון בשאלה האם הכלל של "דינא דמלכותא דינא" נאמר גם בארץ ישראל, ואנו יוצאים מתוך הנחה, בהסתמך על רבים מגדולי זמננו, שבאופן עקרוני תקף הכלל של "דינא דמלכותא דינא" גם ביחס לחוקי מדינת ישראל. ראה באריכות בענין זה ובסוגיות נוספות הנוגעות לתוקף ההלכתי של חוקי מדינת ישראל בספר כתר – מחקרים בכלכה ומשפט עפ"י ההלכה, כרך א עמ' 340 ואילך. במסגרת זו נתמצת רק את דברי הפוסקים הנוגעים ישירות לענייננו.

הרמ"א הכריע איפא במפורש כשיטת המרחיבים את תחולת הכלל של "דינא דמלכותא דינא". אכן גם לשיטתו, לא בכל ענין נאמר "דינא דמלכותא דינא", וכפי שכתב בהמשך הסימן (שם סעיף יא):

הנושא אשה במקום שדיני עובדי כוכבים, ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר: כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים דאם מתה יורשה בעלה או כדומה לזה, וליכא בזה משום דינא דמלכותא (ב"י בסימן כ"ו בשם תשובת הרשב"א), דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל (מהרי"ק שורש קפ"ח [קפ"ז]).

בהסבר שיטת הרמ"א כתב ר' משה פינשטיין:<sup>17</sup>

הנה בעצם דינא דמלכותא הא פליגי רבותינו הראשונים והובא גם ברמ"א... ופסק הרמ"א שם דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא... אבל נראה דודאי אף להסוברין דד"מ בכל דבר היינו מה שנקבע מדד"מ בדיני קנינים ותשלומי הלואות מהנכסים שהוא חסרון להמלכות שיהיה חלוקי דינים בין אינשי לאינשי שמזה אפשר לבא לידי קנאה ותחרות ומריבות ואף שלא שייך זה לכאורה אלא בדיני שופטי המלך והמדינה מ"מ אולי יחוש המלך גם לזה שלא יהיו שופטים אחרים דנין באופן אחר שג"כ אפשר יבא לערער על דיני המלכות, אבל בענינים שלא שייך זה כגון בירושת הבת עם הבן שאין זה ענין מדיני כל כך דהרבה אינשי מורישים כרצונם וכן בנזקי בהמה שהתורה חייבה שאף אם הם פטרי לא שייך זה לדד"מ וכן חיובי שומרין ודיני שכנים ושלוחים ליכא בזה דד"מ דינא, וכן בדינים שבין איש לאשתו שג"כ אינו ענין מדיני ויכולה כל משפחה להתנהג כרצונה שלא שייך זה למלך ולא לתקנת בני המדינה. וזהו כוונת הרמ"א ס"ס י"א לפרש הכל דבר שבסעי' ח'.

מדברי האגרות משה עולה כי הכלל של דינא דמלכותא דינא נאמר גם בתחום המשפט הפרטי, כאשר המדינה מקפידה על כך שינהגו דוקא על פי החוק. אולם, אם המדינה אינה מתנגדת לכך שהצדדים, בהסכמתם, ינהגו באופן שונה מהקבוע בחוק – לא יאמר הכלל של דינא דמלכותא דינא. כשיטה זו סוברים רבים מהפוסקים.<sup>18</sup>

17. אגרות משה חו"מ ב סימן סב

18. ראה פירוט השיטות בספר כת"ר שם.

תנאי נוסף שהובא בפוסקים לתחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" הוא, שהמדובר בחוק שנועד לתקנת בני המדינה. מטעם זה, למשל, נתנו הפוסקים תוקף הלכתי לחוק רישום המקרקעין בטאבו:

ולפימ"ש חת"ס בתשו' הנ"ל... דהתיקון שתיקנו שרי הקומידאט שאיננו נגד ד"ת, אלא כתורה עשו, ואילו באו לפנינו היינו ג"כ מתקנים כן דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי... לפי"ז הרי יש לדון דה"ה בנוגע להעברת נכסי דלא נידי שאינם יוצאים מרשות לרשות אלא ע"י רישום בטאבו, די ש בזה משום תיקון ונעילת דלת בפני הרמאים, שאלולי כן הרי בידי כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם ולהחליף את מכירתו עשרת מונים, ובזה וכיוצ"ב כו"ע מודו דדינא דמ"ד, ויש לפי"ז תוקף לרישום במשרדי האחוזה, ויש בזה משום מעשה קנין.<sup>19</sup>

## תקנות הקהל

חוקי מדינת ישראל עשויים להיות מחייבים על פי ההלכה גם מכח "תקנות הקהל", כפי שכותב הרמ"א (חו"מ סימן ב)

וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג; אעפ"י שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד טובי העיר באלה, רק להכריח הצבור במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם, אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם (מרדכי פ' הגזל בתרא), מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר; וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר,

גם כאן כתבו הפוסקים שכאשר הדבר נוגע למשפט הפרטי, ניתן יהיה לתת תוקף הלכתי לתקנות הקהל רק בדברים שיש בהם משום תקנת בני המדינה, כדברי המהרי"ק<sup>20</sup>:

פשיטא שלא נתכוונו הקהילות לפטור בעלי המעות מלחזור ולפרוע לבעלי החניות מה שהוציאו בעבורם על דבר המס או מה שיהיה שיצטרך לשר או למלך. ואפילו היו מתכוונים לכך לפטור בעלי המעות פשיטא דלאו כל כמיניה... דלא קאמר שיהא כח ביד ראשי הקהל להפקיע ממון אלא דוקא בדבר שהוא נוגע אל הקהל בכללותו בהא קאמר שהרשות בידם כיון שנתמנו על כך אבל לחוב לזה כדי לזכות לזה ואין הקהל מרויח או מפסיד בזה פשיטא דבהא מודו כולי עלמא דלא כל כמיניהו.

19. פסקי דין רבניים ח"ו עמ' שעו (הרב נסים והרב זולטי זצ"ל, ויבלי"א הרב אלישיב שליט"א)

20. שו"ת מהרי"ק סימן יד

### מנהג המדינה – בדבר שבממון תנאו קיים

אפשרות נוספת להעניק תוקף הלכתי לחוקי המדינה היא מכח מנהג המדינה. לעיתים קיימת הנחה על פיה הצדדים מתכוונים לפעול על פי חוקי המדינה והרי זה כאילו התנו זאת ביניהם. היות שעל פי ההלכה "בדבר שבממון תנאו קיים", יהיו הצדדים מחוייבים לפעול, במקרה זה, על פי החוק גם אם אינו תואם את ההלכה. כך כותב בענין זה ר' משה פינשטיין<sup>21</sup>:

והגע עצמך דהא ברור ופשוט שכל אלו הדינים התלויין במנהג המדינה כגון בב"מ דף פ"ג מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן ומקום שנהגו לזון יזון לספק במתיקה יספק וכגון בדף ק"ג (ב"מ) במקבל שדה מחברו מקום שנהגו לקצור יקצור לעקור יעקור לחרוש אחריו יחרוש וכדומה א"צ שיעשה המנהג ע"פ חכמי תורה וגם אף לא ע"פ יהודים דוקא דאף שהנהיגו זה הנכרים כגון שהם רוב תושבי העיר נמי הוא מדין התורה בסתמא כפי המנהג דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא. וכן הוא בעניני מכירה מה הוא בכלל המכר שאף שאיכא דינים קבועים בפרקי המכירה בב"ב מה הוא בכלל המכירה מפורש ברמב"ם ס"פ כ"ו ממכירה ובש"ע חו"מ סי' ר"י"ח סעי' י"ט דהוא רק במקום שאין מנהג אבל במקום שיש מנהג הולכין אחר המנהג והטעם שבסתמא הוא כהתנו שהוא כהמנהג ולכן אין חלוק מי הם שהנהיגו דאף אם הנכרים שהם רוב תושבי העיר הנהיגו, נידון בדין התורה בסתמא כהמנהג... ולכן ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות.

### סיכום – התנאים להענקת תוקף הלכתי לחוקים

מן הדברים עולה כי יש מקום לנתינת תוקף הלכתי לחוקי המדינה אם מתקיים לפחות אחד משלושה תנאים אלו:<sup>22</sup>

המדובר בחוק שהמדינה מקפידה שינהגו דוקא על פיו.

המדובר בחוק שיש בו משום "תקנת בני המדינה", דהיינו שיש בו משום תועלת לכלל המדינה.

בענייני ממון, כאשר קיימת הנחה שהצדדים לעסקה התכוונו לפעול על פי החוק והרי זה כאילו התנו זאת ביניהם.

21. שו"ת אגרות משה חו"מ א סימן עב

22. זאת לפי דעת הפוסקים המרחיבים את נתינת התוקף ההלכתי לחוקי המדינה. אך קיימות גם דעות אחרות הסוברות שאין די בכך כדי לתת תוקף הלכתי לחוקים. עיין בספר כת"ר שם.

ואכן, ישנם חוקים שאינם עונים על תנאים אלו, אשר לגביהם כתבו הפוסקים במפורש שלא יוחל הכלל של "דינא דמלכותא דינא".

כך למשל, כתב הרב עוזיאל (משפטי עוזיאל חו"מ סימן כח) ביחס לחוק ההתיישנות, אותו הגדיר "דינא דגזלנותא":

ואין זה דומה למנהג שקבלו עליהם, שלא נאמר זה אלא בדרכי הקניין, כגון סיטומטא ומנהג הסוחרים, שעל פי המנהג גמרו ומקנו, אבל אין היתר לגזול מפני המנהג... הואיל וכל זמן שהשטר קיים יש הוכחה ברורה שלא נפרע... והואיל ואין הלווה מוכיח שפרע שטר זה... הרי זה בכלל דינא דגזלנותא ואין הגזל נותר מפני המנהג.

דוגמא נוספת הם דבריו של ר' משה פינשטיין<sup>23</sup> בנוגע לחוק המחייב מוצא אבידה לתת אותה לבעל הרשות בו היא נמצאה, גם כאשר מדובר במקום הפתוח לרבים:

ומה שאומרים שיצא חוק שצריך המוצא למסור לבעל הרשות את האבדה, ודאי לא על אופן כזה הוא שהרי הוא דבר שאין בו טעם לומר שמקום זה אף שהוא שיוי ממון דבית זה שלו דהבנק אין להחשיב זה רשותם אלא שהוא בדין רה"ר לענין זה. אבל לדינא אף אם קבעו חוק כזה הוא גזל ממש שליכא דינא דמלכותא להתיר גזל,

בענין העתקת קלטות נראה שבד"כ אין אפשרות להסתמך על כך שמסתמא הרי כאילו התנו שמתכוונים לנהוג על פי החוק, משום שבמקרים רבים נכתב על הקלטת במפורש שאסורה העתקה מכל סוג שהוא.<sup>24</sup>

עלינו לבדוק, איפא, האם ניתן לומר ביחס לחוקים המתירים העתקת קלטות לשימוש פרטי וביתי "דינא דמלכותא דינא", או שמא גם הם בבחינת "דינא

23. שו"ת אגרות משה חו"מ ב סימן מד

24. פשוט שניתן להתנות גם כנגד מה שנקבע בחוק, ובמיוחד שהחוק אינו אוסר התניות כאלו – ע' שו"ת חו"מ סימן שלא סעיף א ורמ"א שם, שניתן להתנות כנגד מנהג המדינה אודות תנאי עבודה. ואולם ראה בשו"ת ציץ אליעזר חלק ב סימן כג שיתכן שדעת הרי"ף והרמב"ם שלא מועיל בנושא זה תנאי נגד מנהג המדינה, ו"מנהג מבטל הלכה", אך מסקנתו שם שאין לדחות דברים המפורשים בשו"ת מפני דברים דיוק בדעתם של הרמב"ם והרי"ף ומה עוד שדבריהם ניתנים גם לפירוש אחר. היה מקום לדמות זאת לדין גזל פחות משווה פרוטה שאינו ניתן להשבון, ומבואר במסכת סנהדרין דף נז, ונט שהוא מטעם מחילה. ויש שכתבו שאף אם צווח שאינו מוחל אין זה מועיל דבטלה דעתו, ועפ"י, לכאורה, ה"ה בנידוננו שאף אם כותב שאינו מאפשר העתקה מכל סוג שהוא אין זה מועיל. אלא שנראה שאין לדמות פחות משווה פרוטה שהוא הפסד זעום לנידוננו, ובמיוחד שגם בפחות משווה פרוטה יש שכתבו שאם הנגזל עומד צווח חייב הגזלן להשיב לו גם פחות משווה פרוטה – ע' מנחת חינוך מצוה קל.

דגלנותא", באשר הם פוגעים בחלק מזכויותיו של היוצר, וממילא לא יהיה להם תוקף הלכתי.

### תוקפם ההלכתי של ההיתרים הניתנים בחוק

כפי שראינו סבור המחוקק כי העתקת היצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, ביקורת וכד' אינם דורשים את הסכמתו של בעל זכויות היוצרים ואין הוא יכול למנוע זאת.

הרעיון העומד מאחורי קביעה זו הוא כפול:

המחוקק רואה חשיבת בכך שיתאפשר שימוש ביצירה למטרות אלו, באשר זהו שימוש דרוש ומקובל בחיי התרבות.

המחוקק מעונין להמנע מפגיעה בתחומו הפרטי של המשתמש ביצירה.<sup>25</sup> אכן המחוקק אפשר העתקה גם לשימוש פרטי שאיננו לצורך לימוד וכי. שלשה טעמים הובאו להיתר זה של המחוקק:

קשה להבדיל בין לימוד עצמי ושימוש ביתי אחר, למשל לשם הנאה. לא ניתן להוכיח שמקליט היצירה לא היה מעוניין ללמוד דבר מה משמיעתה של ההקלטה שביצע.

חוק זכויות היוצרים לא בא להטיל הגבלות על שימוש ביצירה בתחום כותלי ביתו הפרטי של אדם.

באופן מעשי לא ניתן לעקוב אחרי הקלטות הנעשות לשימוש פרטי וביתי, ועל כן אין טעם לאסור זאת.<sup>26</sup>

נראה ששלושת הנימוקים שניתנו בכדי להצדיק את ההיתר להעתיק קלטת לשימוש אישי אינם רלוונטים ככל שמדובר בהלכה:

ההלכה אינה נמנעת מלהורות לאדם כיצד להתנהג בין כותלי ביתו, ואינה רואה כל בעייתיות בכך שהיא מגבילה את התנהגותו של האדם ותובעת ממנו התנהגות ערכית – מוסרית גם בביתו הפרטי. הקושי לעקוב אחרי התנהגותו של אדם בביתו גם הוא אינו מעלה ואינו מוריד שהרי את הדין עתיד הוא ליתן את הדין בפני הקב"ה שהכל גלוי לפניו.

מטעם זה, גם העובדה שלא ניתן להוכיח את כוונתו האמיתית של מקליט היצירה אין בה בכדי להתיר פגיעה בזכויות. אנו מוצאים בהלכה לא מעט מצוות המסורות לליבו של אדם, בהן רק עושה המעשה יכול לדעת האם מה שעשה הינו בגדר עבירה. אדם ירא שמים מבין שהקב"ה הבוחן כליות ולב הוא היודע את כוונתו האמיתית של עושה המעשה.

25. א. א. בלום, זכויות יוצרים, הוצאת ניומן ת"א, תשט"ז עמ' 175.

26. בלום שם עמ' 86, 177.

לאור זאת, לכאורה, אין מקום להתיר עפ"י ההלכה העתקת קלטות לשימוש אישי, גם אם החוק התיר זאת.

### **המשמעות ההלכתית של הפיצוי הקבוע בחוק**

ברם, נראה שבנידון דידן יש מקום להתיר מטעם אחר:

הזכרנו לעיל את סעיף ד3 (ב) לפקודת זכויות היוצרים המבטיח תמלוגים לבעלי הזכויות בשיעור של 5% מן ההכנסות ממכירת קלטות לשימוש פרטי בארץ. זהו כעין מס שנועד לפצות את בעלי הזכויות על הפגיעה בזכויותיהם כתוצאה מההקלטות לשימוש אישי. המחוקק יוצא מתוך הנחה שמן הטעמים שהובאו לעיל לא יוכלו בעלי הזכויות לקבל את התמלוגים ממעתיקי הקלטות לשימוש אישי ועל כן העדיף לגבות מס מכל רוכשי הקלטות בלא לבדוק מהי מטרת הרכישה.

נראה שבכך יש משום "תקנת בני המדינה", באשר האלטרנטיבה במציאות ימינו הינה שבעלי הזכויות לא יקבלו דבר.

אמנם נכון שההלכה מצווה אדם גם על ההתנהגות בתוך ביתו אך כל עוד רוב הציבור אינו מציית להלכה יפגעו באופן משמעותי בעלי הזכויות, ועל כן אין מנוס מהטלת המס על מכירת הקלטות.

על כך יש להוסיף את העובדה שהמדובר, כאמור, בסוג של מס, ובענייני מסים מוסכם על הרוב הגדול של הפוסקים שאומרים "דינא דמלכותא דינא".

נמצא איפא שהחוק המחייב העברת תמלוגים לבעלי הזכויות מתוך רווחי מכירות הקלטות תקף על פי ההלכה.

אם כך הדבר, אין זה סביר שההלכה תתיר במקביל לבעלי הזכויות למנוע העתקות לשימוש אישי, שהרי לא יתכן שאלו יהנו משני העולמות: גם יקבלו תמלוגים מהמדינה על העתקות הנעשות לשימוש אישי וגם יאסרו על רוכשי הקלטות לבצע הקלטות אלו.

### **האם דין דיסקים כדין קלטות**

בסעיף 3 לפקודת זכויות היוצרים מוגדרת קלטת בהגדרה הבאה:

"קלטת" – התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב.

עמדת הפרקליטות היא ש"קלטת" בחוק זה אינה כוללת תקליטור CD או DVD וע"כ המדינה אינה גובה מס על תקליטורים אלו, וממילא לא מעבירה לבעלי הזכויות כל תמורה המתקבלת ממכירתם. על פי פרשנות הפרקליטות מותרת העתקה של יצירה לשימוש פרטי וביתי על גבי קלטת בלבד אך לא על גבי דיסק או אמצעים חדשים אחרים.

מאידיך, משפטנים סוברים שהחוק כולל גם תקליטורים, וכן קבע גם בית המשפט.<sup>27</sup> לדעתם של אותם משפטנים, החוק קובע שהעתקה פרטית אינה הפרת חוק גם כאשר היא נעשית ע"ג אמצעים העתקה חדשים, ומטיל על המדינה חובת איסוף מס וחלוקתו לזכאים, אלא שהמדינה אינה מקיימת את החוק<sup>28</sup>

נראה על כן, שכל עוד המדינה אינה מפצה את בעלי הזכויות על ההעסקות הנעשות לצורך שימוש פרטי וביתי, לא ניתן להסתמך על "דינא דמלכותא" על מנת להתיר העסקות על גבי אמצעים אחרים פרט לקלטות, שהרי כלל לא ברור ש"דינא דמלכותא" מתיר זאת<sup>29</sup>, וגם אם כן – הרי במצב הנוכחי נגרם הפסד לא סביר לבעלי הזכויות שאינם מקבלים כל פצוי על הנזק הנגרם להם.<sup>30</sup>

27. בפס"ד עיריית חולון נ' NMC נקבע כי דין תקליטור מוסיקה כדין קלטת. אולם עדיין נשאר שאלות פתוחות שלא הוכרעו בבית המשפט: לדוגמא: האם ההורדה לתוך הרד-דיסק נחשבת לשיעתוק ע"ג קלטת? (משום שההגדרה ל"קלטת" בפקודה לא כוללת התקנים לשימוש במחשב). שאלה זו עולה גם לגבי מכשירי ה-TIVO שעומדות לשווק חברות הכבלים והלוויין: האם הם נחשבים למחשב ולכן הם אסורים, או שאולי צריך לשפוט אותם לפי ההגדרה של "קלטת". יש עוד לציין שהקביעה בפס"ד זה כי דין תקליטור מוסיקה כדין קלטת היתה קביעת אגב ולא זה היה עיקר נושא הדיון המשפטי שם, וממילא אין היא פרשנות מחייבת מבחינה משפטית.

28. עפ"י מאמר מתאריך כט תשרי תשס"ח (11/10/2007) של עו"ד יורם ליכטנשטיין, המתמחה במשפט האינטרנט והקניין הרוחני, פורסם באתר האינטרנט של The Marker.

29. תפיסה מקובלת בפסיקה קובעת ש"דינא דמלכותא דינא" נאמר רק בדברים המוסכמים ומוקבלים ולא באלו שיש לגביהם ספק ומחלוקת. ראה שו"ת מנחת יצחק סי' פו שהביא מהשבות יעקב ח"ב סימן קעו ש"דינא דמלכותא דינא" נאמר רק "בהני דינים שלהם שידוע ומפורסם לכל בלי פקפוק ואינו משתנה כלל, אבל שאר דינים שמשנתה לפעמים לפי דעת השופט הערכי בודאי בזה לא אזלין בתריהם" והובאו דבריו ע' הרב דייכובסקי שליט"א והרב שרמן שליט"א במאמריהם בתחומין יח עמ' 28 ועמ' 38. וראה בספר כתר א, חוזים על פי דיני התורה, פרק חמישי עמ' 103 – 105 בעניין המעמד ההלכתי של פרשנות בית המשפט לחוק.

30. ואין לעשות הפרדה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת ולומר שהחוק בעיקרון הוא סביר, ומה שהמדינה אינה מקיימת את המוטל עליה נוגע לרשות המבצעת ולא לרשות המחוקקת וממילא אינו פוגם את תוקפו ההלכתי של החוק, משום ש"דינא דמלכותא" רואה את זרועות המדינה כמקשה אחת, ועל כן כאשר הרשות המבצעת אינה מבצעת את חלקה בחוק – מתבטל תוקפו ההלכתי של החוק. כך שמעתי ממו"ר הרב יעקב אריאל שליט"א.

עם זאת, מותרת העתקה של שיר אחד או שניים לשם הכרתו או לימודו<sup>31</sup>, במקום בו ברור שלא נגרם הפסד לבעלי הזכויות, אף שהמדינה אינה מעבירה להם את המס הנקבע בחוק. היתר זה שייך רק בהעתקה של חלק קטן מדיסק (שיר אחד או שניים), כאשר ברור למעתיק שבכל מקרה לא היה קונה את הדיסק המקורי, וגם אין זה סביר לרכוש דיסק שלם לשם העתקה של חלק כה קטן.<sup>32</sup> בכגון זה תהיה מותרת ההעתקה הן משום, שכאמור, לבעל הזכויות לא נגרם הפסד, והן משום שהדבר מותר גם על פי חוק.<sup>33</sup>

זאת ועוד, מסתבר שבעל הזכויות עצמו, אף שכותב על הדיסק שאוסר העתקה מכל סוג שהיא, אינו מתכוין להעתקות של חלקים קטנים, שהרי ברור לו שאלו העתקות נפוצות מאוד ואינו יכול למנוע אותם, ומה עוד שגם החוק מתירם.<sup>34</sup>

31. ההיתר הוא כאשר ההעתקה נעשית לשם לימוד או הכרת השיר אך לא לשם הנאה גרידא משמיעתו. ולכן אסור להכין דיסק שלם המורכב משירים שנצברו מדיסקים אחרים – גם אם מכל דיסק נצרב שיר אחד או שניים בלבד. במקרה זה מטרת הדיסק החדש הינה הנאה משמיעתו ולא לימד או הכרת השיר. זאת ועוד, לעיתים בכל דיסק ישנו רק שיר אחד או שניים פופולאריים במיוחד ורוכשי הדיסק רוכשים אותם בגלל השירים הללו, וע"כ אין זה סביר להתיר להכין דיסק חדש שיורכב מהלהיטים שבדיסקים האחרים.

32. אך אין להתיר העתקה של דיסק שלם, גם אם ברור לו שלא היה רוכש את הדיסק המקורי, משום שבכגון זה בטלה דעתו אצל כל אדם, ויתכן שאם היינו אוסרים את ההעתקה הרי בסופו של דבר כן היה רוכש את הדיסק המקורי. בנוסף, הלא בעל הזכויות כותב במפורש שאוסר זאת, ולענין זה מסתבר שתנאו תקף – ראה בענין זה בהמשך.

33. סעיף 18 לחוק זכויות היוצרים מתיר העתקה של יצירה, אם היא נעשית לשם שימוש הוגן. החוק קובע שם כי "שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך. " יתכן לדמות העתקה של שיר אחד וכדי מתוך דיסק לשימוש הוגן למטרת לימוד עצמי המותר עפ"י חוק. יש לציין שסעיף זה אינו מקשר בין היתר ההעתקה לבין נתינת פיצוי לבעלי הזכויות והוא מבוסס על הרצון לאפשר לימוד והרחבת הידע בלא להדרש להוצאה הכספית הכבידה הכרוכה ברכישה של כל יצירה אותה מעוניינים להכיר. נלע"ד שבסעיף זה ניתן לומר ש"דינא דמלכותא דינא" משום שהערך העומד מאחורי קביעתו של המחוקק תואם את מקורות ההלכה המצפה מאדם שלא ישמור את "קניינו הרוחני" לעצמו כאשר יש חשיבות בפרסומו – כפי שהבאנו לעיל מהמשנה במסכת יומא פרק ג משנה יא, ובמיוחד כאשר הדבר אינו גורם לו הפסד כספי.

34. ויש לדמות זאת למה שנפסק בשו"ע (חושן משפט סימן רנט סעיף ז) "המציל מהארי והדוב וזוטו של ים (פי' לשון ים החוזר לאחוריו עשרה או ט"ו פרסאות ושופך כל מה שמוצא בדרך חזרתו וכן עושה בכל יום) ושלוליתו של נהר (פי' כשהנהר גדל ויוצא על גדותיו ופושט, רש"י), הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח", והטעם הוא משום שאף שצווח ודאי לנו שהתייאש מהם. ואף שהרמ"א שם כתב שמכל מקום טוב וישר להחזיר, ובש"ך שם ס"ק ג כתב שכאשר המוצא עשיר אף כופין להחזיר, אין זה שייך בנידונו משום שבנידונו מדובר במצב בו ברור שהמעתיק לא היה קונה את הדיסק, וממילא אין כל הפסד לבעל הזכויות ואין מה להשיב לו. וע' בספר עמק במשפט, זכויות יוצרים עמ' תקצד שהביא סברא זו להתיר העתקה של עמודים בודדים מספר, גם כשהמחבר כותב שאוסר גם העתקות כאלו,

עוד נראה שיש להתיר, לאדם שרכש דיסק מקורי, ליצור עותק נוסף לשם שימוש האישי, או להעלות את השיר ע"ג נגן mp3 לשם שימוש האישי, אם ברור לו שבכל מקרה לא היה רוכש עותק נוסף.<sup>35</sup>

### סיכום

על פי המצב המשפטי כיום, מותרת העתקה של יצירה על גבי קלטת – לשם שימוש פרטי וביתי. על כן גם על פי ההלכה מותר לאדם להקליט עבור עצמו שירים מתוך קלטת, דיסק, או כל אמצעי אחר, ובלבד שיקליטם על גבי קלטת. היתר זה קיים אפילו אם מקליט דיסק שלם. עם זאת, יתכן ויהיה אסור לאדם להקליט שירים עבור אדם אחר – גם כאשר ההקלטה נעשית מקלטת או דיסק שהוא רכש כדין.

כל זה כאשר מדובר בהעתקה על גבי קלטת. אולם, העתקה על גבי אמצעים אחרים, כגון על גבי דיסקים, נגני mp3 וכדו' אסורה, אלא אם כן מדובר בהעתקה חלקית בלבד, לשם לימוד או הכרת השיר, כאשר ברור שאדם לא היה קונה את הדיסק כולו לשם אותו חלק קטן המועתק.

אולם, אסור להכין דיסק שלם המורכב משירים שנצרכו מדיסקים אחרים – גם אם מכל דיסק נצרב שיר אחד או שניים בלבד.

---

אולם עייש בעמ' תרב שכתב שלסוברים שיש בעלות על יצירה אסורה גם העתקה של שיר אחד, אף אם ברור לו שבכל מקרה לא היה קונה את הדיסק. ומו"ר הרב יעקב אריאל שליט"א כתב להתיר העתקה של שיר או שנים ע"ג דיסקים אף כשמתנה בפירוש שאוסר – ראה דבריו בנספח. אולם ע' בפס"ד ירושלים כרך ו תיק 478 – נו שם כתבו לאסור העתקה חלקית אם פירש שאוסר אפילו חלק. ולענ"ד הדבר תלוי במטרת ההעתקה ובאופן ההעתקה וכמוש"כ בהערה לעיל.

מכל מקום אין להסמך על דין "זוטו של יום" להתיר העתקה של דיסק שלם, משום שאף אם נניח שגם כאן הוא מתיאש משום שרבים מעתיקים, הרי היות שיש בכך משום הפסד לבעל הזכויות מחוייב המעתיק, עפ"י דברי הש"ך, לפצות את בעל הזכויות, ומה עוד שנלע"ד נראה שלא ניתן לצאת מתוך הנחה שבעל הדיסק מתיאש בכל הנוגע להעתקות לא חוקיות של דיסקים שלמים, שהרי הם נמכרים בחנויות ויש להם קונים.

35. מדובר בשימושים שיכול היה לעשות גם עם הדיסק המקורי שרכש אך מטעמי נוחות מעדיף ליצור עותק נוסף, כגון שמעוניין להשאיר דיסק באופן קבוע ברכב במקום שיצטרך לקחת עמו מהבית את הדיסק בכל נסיעה, או שמעוניין להעלות את הדיסקים שרכש על נגן mp3 כדי שלא יצטרך לקחת עמו כמות גדולה של דיסקים. במקרים אלו הוא שילם לבעל הזכויות על ההנאה שנהנה משיריו, והנוחות שלמענה יצר את העותק הנוסף אינה מהווה הנאה נוספת שיש לשלם עליה. אכן היה מקום לאסור זאת אם נאמר שזכות ההעתקה לא נמכרה כלל וע"כ רוכש הדיסק לא רשאי להעתיקו לשום מטרה, אך נלע"ד שהטעמים שהבאנו לעיל להתיר העתקה של שיר אחד, למרת התנאי המופיע על גבי הדיסק, שייכים גם כאן. היתר זה מקבל משנה תוקף כאשר מדובר על העלאה ע"ג נגן mp3 שבזה אין כלל אפשרות לרכוש "מקור" והאפשרות היחידה לשמוע דרכו שירים היא ע"י העתקה אליו מדיסק או ע"י הורדה מהאינטרנט.

עם זאת, מותר לאדם שרכש דיסק מקורי ליצור ממנו עותק נוסף לשם שימוש האישי, או להעלות את השיר ע"ג נגן mp3 לשם שימוש האישי, אם ברור לו שבכל מקרה לא היה רוכש עותק נוסף.  
יש להדגיש שדברינו נוגעים לקלטות ודיסקים עם שירים בלבד, ולא לתוכנות מחשב.