

## הערתקת קלמות ותוכנות מחשב

### א. מהות זכויות היוצרים ובעלותם

בראשית דברינו עלינו לדון מה הם זכויות היוצרים בזה שיצרו את היצירה הראשונית, ממנה הועתקו היצירות הבאות ונמכרו לקהל הרחב<sup>1</sup>.  
כתב בשו"ת שואל ומשיב (ח"א סימן מד):

ודאי שספר חדש שמדפיס מחבר וזכה שדבריו מתקבלים על פני תבל - פשיטא שיש לו בזה זכות לעולם; ואם מדפיסים או מחדשים איזה מלאכה, אינו רשאי אחר לעשות בלא רשותו. ומעשים בכל יום שהמדפיס חיבור יש לו ולבא כוחו זכות וכו'. ובשלו רשאי אדם לגזור שלא ידפיסו עולמית בלא רשותו או רשות בא כוחו וכו', והרי נודע שהר' אברהם מהרבושוב שהמציא המצאה ובגלל זה קיבל כל ימיו שכר מהשלטון בוארשה, ולא יהא תורה שלימה שלנו כשיחה בטלה שלהם.

וכעין דבריו כתב בחד לי שנא בשו"ת בית יצחק (יו"ד סימן עה). ובשו"ת התעוררות תשובה (להגאון ר' שמעון סופר, סימן רלב) סבר שבעלות היוצר על יצירתו אינה אלא כטובת הנאה בלבד אשר אינה כממון גמור, ואין יורשי היוצר יורשים זכות זו<sup>2</sup>; והוסיף שמ"מ יש לו זכות למוכרה ולהורישה לבניו מכוח דין המלכות.

1. **הערת המערכת:** נושא זה התברר ברמה העקרונית במאמריהם של חיים נבון והרב שלמה אישון ('צהר' ז). מאמר זה עוסק בהלכה למעשה. לשם הרחבת היריעה של הדיון, מובא בהערות מו"מ שהתקיים בין הכותב לבין העורך ולבין הרב יעקב אפשטיין.
2. כפי שמצינו ברמ"א חו"מ רעו, ו.

וכן כתב בשו"ת אגרות משה (או"ח ח"ד סי' מ אות י, ט):

דבר אחד שעשה טייפ (=קלטת) מדברי תורה וכותב שאסור לעשות מטייפ שלו עוד טייפ (=קלטות) - ודאי אסור, כי הוא ענין שוה כסף, ועשה הטייפ להרויח מזה שאחרים שירצו יצטרכו לשלם לו, שאם כן ליכא משום מידת סדום<sup>3</sup>. וממילא, כיון שהוא חפצו, אין רשאיין ליקח אותו להשתמש בו שלא ברשות. ואף כשלא שמעו ממנו שאינו נותן רשות, אסור להעתיק ממנו בסתמא כל זמן שלא הרשה בו בפירוש, וכו'. טייפ אחר מטייפ אחד שלא ברשות הוא איסור גזל. מעניין לציין שעל אף שהגר"מ פיינשטיין אוסר בספרו העתקות קלטות משום איסור גזל, הרי שבהסכמתו לספר "נצור לשונך" אוסר הוא את הדבר מחמת איסור מזיק. נמצאנו למדים שדעת פוסקי ההלכה הנ"ל לאסור העתקת היצירה ללא רשות היוצר, מפני שהוא הבעלים הבלעדי על גוף יצירתו ועל כל היצירות הבאות מכוח המצאתו ויצירתו.

אולם יש לפקפק עד מאד באיסור זה, מפני שאין כל קשר בין יצירתו הראשונית של היוצר לבין היצירות המועתקות ממנה. גוף יצירתו לא ניזוק כלל ונשאר ברשותו, ואין בהעתקות כי אם דבר שאין בו ממש. והדבר דומה למקרה שבו ראובן השמיע בביתו קלטת שירה ושמעון שכנו הקליט את קולות השירה מביתו שלו<sup>4</sup>. וכי נאמר שנטל דבר מה מראובן או מהיוצר? גניבה, גזילה ואיסור מזיק, המצויים בתלמוד ובפוסקים, אינם דומים כלל ועיקר

3. עי' בבא בתרא יב, ב; שו"ע חו"מ סי' קעד.

4. **הערת הרב יעקב אפשטיין:** גזל, גניבה ונוק (רגיל) הם רק בדברים שיש בהם ממש (=פיזיים) ולא בדברים רוחניים, כגון יצירות רוחניות. הדבר הדומה לכך שמצאנו בהלכה הוא נזקי 'גרמלי' שהם גם בבעלות רוחנית כגון: שורף שטרו של חברו (ב"ק צח, א) או בעושה מלאכה במי חטאת (שם עא, א). אמנם מצוינו במקבילת גזל בהקדש - מעילה, שאין מעילה בקול, מראה וריח (פסחים כו, א); אולם איסורא איכא (ועי' ראבי"ה, סי' תנט, העונה על תמיהת תוס' פסחים שם ד"ה מעילה). וכן שלהבת (ביצה ל"ט ע"א) לא נהנין ולא מועלין עיי"ש. וע"כ לו יצויר שאדם העתיק תוכנה של הקדש - מעל. ואם העתיק מהעתקה עבר באיסור אע"פ שלא מעל.

**תשובת הכותב:** נזק ב'גרמלי' פירושו שהמזיק הזיק חפץ ממש, אלא שהתוצאה אינה אלא גרמא. כאן, לעומת זאת, מיירי שהמזיק הזיק **בידיים** חפץ **שאינו** ממש, ואינו דומה כלל לגרמי. פירוש הדברים: השורף שטר חוב של חברו לא שרף לו כסף מזומן. רק מאחר שהשטר הוא 'אפשרא דחובא' נחשב **שפעולת** ההזיק היתה בצורה לא ישירה. מה שאין כן הכא, שעל ידי ההעתקה, הקלטת המקורית לא ניזוקה כלל ועיקר, וזוהי פעולה שהתוצאה שלה היא דבר שאינו ממש.

מה שדימה המשיג העתקת קלטות למעילה, דאע"פ שאין מעילה בקול, מראה וריח, מ"מ עובר על איסור, לענ"ד אינו דומה כלל לכאן. דבהלכות גזילה קי"ל דאדם חייב רק על **לקיחת** דבר ממש מחברו, ורק בהקדש התחדש דין מיוחד שאדם **הנהנה** מן ההקדש עובר איסור אע"פ שלא לקח ממנו מאומה. ולהיפך, משם ראייה. שכן כתב הגר"ח שדין מעילה בא מדין גזל, וזה שקול, מראה וריח אין בהם דין מעילה, הוא המורה שאין בהם איסור גזל. ועי' תוס' (ב"ק קא, א ד"ה או) שכתב שהנאת מראה אינה חשובה הנאה לענין חיוב תשלום ב'נהנה'. וכן פסק הש"ך (חו"מ שצא, ס"ק ב).

להעתקת יצירות. זאת משום שגניבה פירושה לקיחת גוף החפץ ללא רשות הבעלים, וכן מזיק, עניינו היזק גוף החפץ של חברו. אולם כאן החפץ נשאר ברשותו של היוצר והמעתיק משתמש רק ב"אחיה התאום" של היצירה הראשונית, אך לא בה עצמה.<sup>5</sup> ואכן רבים וטובים מפוסקי הדורות סברו שאין בהעתקת יצירות כל איסור, והדבר מותר לכתחילה ללא שום פקפוק. וכן כתב בשו"ת בית יצחק (יו"ד סי' עה):

בכלי מלאכות, אם אין לו רשיון מהמלכות ששייך לו הזכות - לא אדע איסור שאחר לא יעשה תכונתו.

גם רבי אברהם (אבד"ק זאוויחווסט) כותב בהסכמתו לספר 'מסגרת השולחן':

אמנם אודה ולא אבוש כי לפי עניות דעתי לא אדע על פי הדין למה יש למחבר הספר הכוח הזה לעצור בעד הרוצה להדפיס חיבורו עוד הפעם, אחרי אשר מכוח חיבורו אשר הדפיס המחבר בפעם הראשונה ולא יבוא לידי הפסד.

וכן נראה להוכיח מעשרות הסכמות ואזהרות גדולי ישראל<sup>6</sup> בכל הדורות, אשר אסרו להדפיס ולהעתיק את ספרי המחברים ללא רשותם. הם אסרו זאת מטעמים צדדיים, של השגת גבול ותקנת הקהילות (אשר תיקנו שלא יעתיקו וידפיסו את ספרי המו"ל בכדי שלא יוזקו ויימנעו משום כך להדפיס ספרים נוספים לרווחת הכלל), ולא אסרו את הדבר באיסור גוזל ומזיק. וכפי האמור, אכן בהעתקת קלטות וספרים, תוכנות מחשב וכדו', אין כל איסור גזילה ומזיק; ומה שנאסר הוא להעתיקם ולהפיצם לצורכי מסחר ורווח משום יורד לאומנות חברו, השגת גבול ותקנת החכמים, אך לצרכים פרטיים יוצא שמותר להעתיק.<sup>7</sup>

5. ועייין בשו"ת ברכת שלמה (להגאון ר' שלמה טנא ז"ל, חו"מ סי' כד) שהאריך בענין זה.

6. למספר הסכמות שכאלה ציין הר"ע בצרי, תחומין כרך ו.

7. **הערת הרב יעקב אפשטיין:** אמנם האיסור אינו על גזל היצירה כדבר שיש בו ממש, אלא על השגת גבולו של בעל היצירה או על גרמא בנוזקיו על כל שהוציא לכך. החתם סופר (שו"ת חו"מ סי' עט) כתב עפ"י תשובת המשאת בנימין ועפ"י עיונו שבדין יורד לאומנות חברו לא רק מעכבים את השני, אלא אף **מוציאים מידו בדיינים**, מפני שזהו גזל מן התורה. ואע"פ שאלו גדרים שקבעו חכמים, מסביר החת"ס: "וכן פי' רמב"ן גבי 'שם שם לו חוק ומשפט'... **שהוא מנהגי יישוב המדינה שמסרן הכתוב לחכמי ישראל**, ואין ספק דדינא דבר מבואה נשתנה בגולה מאשר היה כשישראל שרויין על אדמתן וארמון על משפטו ישב, **מ"מ ניתן רשות לחכמי הש"ס לדון בין איש וגרו והם אמרו וחקקו ונעשה דין תורה וגזל דאורייתא**". וע"כ אע"פ שמדובר בגדרים שגדרו חכמים עם גירתם בידי חכמים הפכו לגזל דאורייתא.

בנוסף נראה לומר, ששימוש לצורכי הפרט הוא ג"כ אחד מסיבות הייצור של תוכנות או קלטות, וע"כ המפריד בינם לבין שימוש מסחרי (שעפ"י הכותב הוא רווח ממוני) הוא קלוש. ועי' מש"כ בפתחי החושן (הל' גניבה ואונאה עמ' רפז).

**תשובת הכותב:** למרות כל האמור, יש לומר שהשגת גבול היא איסור צדדי כלפי איסור גזל; ואיסור זה קיים רק במה שנעשה לצורכי מסחר, ולא בעניינים פרטיים, שהעושה לא מסיג בהם את גבול מסחרו של חברו.

כן כתבו רבים מחכמי זמננו<sup>8</sup>. וכן שמעתי ממו"ר הגאון רבי חיים קנייבסקי שלצרכים אישיים מותר להקליט ולהעתיק, וכן העידו בפניי תלמידי חכמים ששמעו מפיו של הגאון רבי שלמה זלמן אויערבך זצ"ל, וכך מובא בספר פתחי חושן (להגר"י בלוי, חלק גזילה ואונאה עמ' רפז).

אציין רק בזאת מה שכתב הרב שמואל אליעזר שטרן (מח"ס אמרי יעקב על חו"מ) בספרו "משנת זכויות היוצר" (במילואים שבסוף הספר):

אף שמעיקר הדין היה מקום לדון ולהקל בזה, מ"מ להלכה למעשה ראוי להימנע מלהתרגל בדברים שיש בהם חשש שמץ פגיעה וזלזול בממונם של אחרים. למותר להזכיר שההיתר הנ"ל תלוי ברשות החוק להעתיק לצרכים פרטיים. כשהחוק אוסר זאת, עלינו לאסור הדבר מפני ש"דינא דמלכותא דינא" (בבא קמא קיג, א). אך באופנים שאין דין זה אמור (וכגון בארץ ישראל, לדעות הסוברות שאין חל בה דין זה, וכן במקרים שאין החוק אוסר את הדבר: עי' אנציקלופדיה תלמודית ערך דינא דמלכותא בהרחבה), יש להקל<sup>9</sup>.

## ב. שיוך במכירת החפץ או בהשכרתו

רבים מחכמי זמננו דנו בהרחבה בסוגיית זכויות היוצרים, וחלקם יעצו ליצרנים ולזכיינים למכור לקונים את המוצר ולשייר לעצמם חלק בו. שיוך זה אוסר על הקונים להעתיק ולהקליט את המוצר, כפי שמצינו בשו"ע (חו"מ רט, ז; ריב, ג; יו"ד רנג, ב, ועוד), שיכול המוכר למכור לקונה רק חלק מהחפץ ולשייר בבעלותו חלקים נבחרים ללא כל חשש. ובה יש לדון, אם ניתן לשייר דבר שאין בו ממש. שהרי לפי האמור לעיל, אין בהעתיקה כל ממשות ממונית, וזכות זו אינה מצויה במוצר עצמו, וא"כ מדוע שנאמר שניתן לשייר דבר שאינו באחריות ושליטת המוכר?

8. עי' בספר מנחת צבי (להרב צ. שפיץ, סי' יח אות ז ואילך) ובס' דרכי חושן (להרב י. סילמן, עמ' רנו) ובספר "לא כל הזכויות שמורות" (לידידי הרב א. לוי, קרית ספר תש"ס).
  9. **הערת הרב יעקב אפשטיין:** באנצ"ת (ערך 'דינא דמלכותא' אות ו) הוסיפו: "וכתבו אחרונים שאף להסוברים שבמלכי ישראל אין אומרים דינא דמלכותא דינא, אין הדברים אמורים אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם, שאין אומרים בהם בני המדינה רצונם בכך, אבל במנהגים ונימוסים שהם לטובת המדינה - לדברי הכל אין לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם". ולפי חוקי מדינת ישראל ומדינות אחרות ישנן זכויות יוצרים ורישום פטנטים אע"פ שהם חלים על דברים שאין בהם ממש. וצריך לעיין שם מה הם מתירים לצרכים פרטיים בכל ענף של יצירות רוחניות.
- תשובת הכותב:** עם זאת יש לציין שישנן דעות הסוברות שמסיבות שונות אין למדינת ישראל דין "דינא דמלכותא דינא" (ועי' בספרי 'שלהי דקייטא' בפרק "בעלות למדינה על אתרי שמורות הטבע"), ואכמ"ל.

יתכן שניתן להוכיח זאת מדברי השו"ע (חו"מ ריב, ג), שהמשייר באוויר הבית, שיוורו קיים. וכתב הב"י שניתן לשייר אוויר אע"פ שמשיר דבר שאין בו ממש, יעויין שם. אולם יש לחלק בין שני המקרים: יתכן שדווקא אוויר וכדו' ניתן לשייר, מפני שהאוויר - וליתר דיוק: הנפח והמרחב של הבית - הוא חלק בלתי נפרד מזכויות ותשמישי הבית, ולכן אפשר לשיירו, על אף שאין בו ממש. וזאת משום שבהיותו חלק מהבית הממשי, נחשב גם הוא לדבר שיש בו ממש. מה שאין כן כאשר מדובר אודות שיור זכות ההעתיקה, שאינה זכות בעצם החפץ אלא דבר חיצוני ותלוש מגוף הדבר. ומהיכי תיתי לן שגם בכה"ג מועיל שיורו? ומ"מ, גם לסוברים שמועיל לשייר במכירה את ההעתיקה, אכן על היוצר והמפיץ לשייר זכות זו; ואם לא עשה כן, אזי המעתיק לא עשה שלא כשורה. וכך הוכיח הג"ר זלמן נחמיה גולדברג (תחומין כרך ו) מדברי הגמרא במסכת בבא מציעא (עח, ב) שם נחלקו ר' מאיר ורבנן בדין "השוכר את החמור להוליכו בבקעה והוליכו בהר ומת": לדעת ר' מאיר, "כל המעביר על דעתו של בעל הבית נקרא גזלן", ורבנן חולקים על כך. ושם נאמר בראשונים, שכאשר עבר על תנאו המפורש של בעל הבית נחשב גזלן לכל השיטות. רבנן חלקו על ר' מאיר רק כאשר לא התנה על כך בפירוש, ולדעתם במקרה כזה לא חייבים להתייחס לרצונו, על אף שרצון זה הוא ברור מאליו וישנו אומדן דעת ברור שרוצה וחפץ בכך. להלכה נפסק כדעת רבנן.

וכמו כן נפסק בשו"ע (אה"ע פה, יא):

נתן לה אחד מתנה על מנת שאין לבעלה רשות בה - קנה הבעל, והרי הוא כשאר נכסי מילוג, אלא אם כן התנה הנותן בגוף המתנה שיהיה לכך ולכך. הרי לנו שבשביל לשייר בקניין צריך המקנה לשייר זאת בפירוש ובמילים ברורות; ואם לא עשה כך, אין שיורו מועיל<sup>10</sup>.

יתכן שליוצרי הקלטות ותוכנות המחשב ישנה אפשרות להבטיח את יצירותיהם מהעתיקות, בכך שימסרו את יצירותיהם בשכירות ולא במכירה וישכירו את הקלטת לצורכי האזנה ושימוש פרטי אך לא לצורכי העתיקה.

אולם אם כנים דברינו, שזכות העתיקה היא דבר שאין בו ממש, א"כ לא יוכל היוצר להשכיר ללא זכות זו, משום שזכות ההעתיקה כלל לא מצויה ברשותו ובאמתחתו, וההעתיקה תוכל להתבצע בלא שגוף יצירתו הראשונית תינזק פיזית וללא שיורגש בה כל שינוי. ואין לומר שיש כאן בעיה מצד שמונע ממנו רווח בכך שעל ידי שיעתיק את יצירתו לא ייאלץ לרכוש

10. יעויין שם ראיות והוכחות נוספות. אך בספר "משנת זכויות היוצר" (להרב נ. מ. וייספיש, במילואים שבסוף הספר) הוכיח ממקומות אחרים בספרי הפוסקים ששיור מועיל גם כשלא התנה כן בפירוש (יעויין ט"ז או"ח תמח, ד; שו"ע יו"ד רנג, ב), ותקצר היריעה להאריך בעניין זה.

אותה בדמים מרובים ובכסף מלא, מפני שכאמור זוהי מניעת רווח על ידי שימוש בדבר לא לו.

### ג. תנאי אי העתקה במכירה

על תוכנות מחשב וקלטות רבות ציינו היוצרים שהקלטת נמכרה בתנאי שהקונה לא יעתיק לכל צורך כל שהוא, פרטי ומסחרי כאחד, וכאשר יעשה זאת תבטל המכירה למפרע והרי המקח מקח טעות.

בראשית דברינו נראה, שעל אף שבכל התנאה צריך להתנות ככל משפטי התנאים המובאים בפרק ג דקידושין, מכל מקום בנדון דידן אין בכך צורך. זאת כפי שכתבו בעלי התוספות (קידושין מט, ב ד"ה דברים) שבמקרים שדעת המתנה ברורה וידועה אין צורך להתנות בתנאי כפול, מפני שכל הצורך בהתנאה ברורה נובע מהחשש שהתנאי לא נאמר ברצינות הראויה ובדעת צלולה; אך כשנחיצות של ההתנאה מובנת מאליה אין צורך להתנות באריכות ובפרוטרוט, ודי בגילוי דעתו.

אמנם לענ"ד כל תנאי זה אינו חל ומועיל, ויורשה לי לטעון שתנאים שכאלה ושכמותם הם דברים בטלים וליצנות בעלמא, ללא כל תוקף ממשי וחוקי. שהרי פשוט כביעתא בכותחא שהיוצרים לא מתכוונים ברצינות להחזיר את הגלגל אחורנית<sup>11</sup>, לבטל את המקח ולהשיב את הממון לקונה שישוּב לחנות התקליטים או תוכנות המחשב ויצהיר שעבר על התנאי והעתיק את הקלטת או את התוכנה. ומאחר שתנאי עניינו ביטול המקח ולא גילוי חוסר שביעות רצון מהעתקת המוצר גרידא, לכן תנאי שכזה אינו תקף<sup>12</sup>.

### ד. שימוש בקלטת או בתוכנות מועתקות

ההלכה אוסרת לרכוש רכוש גנוב, כדברי השו"ע (חו"מ שנו, א):

אסור לקנות מגנב את החפץ שגנב, ועוון גדול הוא, שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גניבות אחרות; שאם לא ימצא לוקח אינו גונב.

11. וכע"ז כתב הגר"ז נ גולדברג. עי' "תחומין" ז עמ' 370 ואילך.

12. ואין לומר שהיוצרים והמוכרים יוכלו לתבוע מהקונים שהצהירו שעברו על התנאי, לשלם להם את דמי הנאתם מהקלטת מדין "נהנה" (וכפי שנאריך בהמשך), מפני שכאשר העתיק ועבר על התנאי נחשב לגזלן, כדברי הרא"ש (סוכה פרק ג סי' ל) שכתב שהנותן לחבירו ארבעת המינים במתנה על מנת להחזיר ולא החזיר לו, הרי הד' מינים נחשבים לגזולים משום שלא קיים את התנאי. וכ"כ רש"י (סוכה מא, ב ד"ה הרי). ומצינו במסכת בבא קמא (צו, ב) שגזלן אינו משלם על דמי שימוש והנאתו. ולכן המעתיק אינו חייב לשלם למוכרים על שימוש בקלטת.

ומאחר שהסקנו שהעתקה לצרכים מסחריים אסורה לחלוטין, יש ללמוד מכאן שאסור גם לרכוש יצירות מסוחרים שהעתיקו אותן ללא רשות היוצרים ומוכרים אותם במחיר מוזל. דברי השו"ע הביאונו לדון, לפי הדעות האוסרות העתקת יצירות גם לצרכים אישיים, באופן שהמוכר שמר את זכות אי העתקה. האם העתקת קלטת מקלטת מועתקת אסורה מדין "החולק עם הגנב"? שהרי יש לדקדק בדבריו שכתב "וגורם לו לגנוב גניבות אחרות", ודבר זה אינו שייך בנושא בו אנו עוסקים; שהרי מדובר באדם שמקליט מחבירו את הקלטת ללא תמורה, ואף חבירו (שעבר על שיוור המכירה והפר את דברי המוכר) לא העתיקו לצורכי מכירה אלא לצרכיו האישיים, ובהכי לא חשוב כגורם לו גניבות אחרות. עם זאת ייתכן מאד שעצם ההסכמה להעתיק מן המעתיק באיסור, יש בה משום מתן לגיטימציה, ואף עידוד לעשות מעשים דומים בעתיד; והרי זה דומה למחזק ידי עוברי עבירה באמירת 'איישר' למי שעובד בשדהו בשמיטה (שביעית פ"ד מ"ג ופ"ה מ"ט). ומסתבר שאכן הימנעות מלקבל את "מתנתו" של המעתיק תגרום לו להרהור תשובה, ואף להימנע מלבצע העתקות נוספות באיסור<sup>13</sup>.

מדברי נתיבות המשפט (לד, ה) אנו למדים שהחולק עם הגנב עובר על איסור מפני שמונע מהגנב להשיב את הגזילה (בכך שמעבירה לאנשים נוספים ומקשה את החזרתה). ולפי זה גם בנדון שלפנינו ישנו איסור של "החולק עם הגנב", מהטעם שהקונה הראשון שהעתיק את היצירה גזל את שיוור בעלות המוכר; וכל העתקה נוספת מהעתקתו שלו מוסיפה בגזילתו<sup>14</sup>; שהרי היא פועל יוצא של העתקתו הראשונה, ונמצא שכל מעתיק נוסף מרחיקו מחיוב השבת הגזילה, והדבר אסור כדברי הנתיבות.

הנודע ביהודה (מהדורה תניינא חו"מ כ, ב) דן באדם שנתן למדפיס להדפיס עבורו ש"ס עם פירוש משלו, והמדפיס (לאחר שמילא את רצונו של בעל הפירוש והדפיס לו את הש"ס ופירושו) הדפיס ש"ס חדש בצורת האותיות של הש"ס של בעל הפירוש. ופסק הנודע ביהודה שעל המדפיס לשלם לתובע דמי "נהנה", מפני שנהנה מצורת האותיות שהוכנו לפי תכנון בעל הפירוש, על אף שהאותיות עצמן שייכות למדפיס ולבית הדפוס שלו.

13. עוד ייתכן לומר, שאמנם הטענה כי אין החולק עם הגנב במקרה זה גורם לגניבות נוספות נכונה לקונה או מקבל מסויים, אבל אדם זה מסייע ליצירת מצב של גנבים אשר משתמשים ברכוש לא להם בצורה כללית; ומטעם זה הוא עבריין, שהרי "לא עכברא גנב אלא חורא גנב". וע"כ, אף אם אינו גורם לאיש זה לגנוב, הוא מסייע לגנבים אחרים.

14. **הערת הרב יעקב אפשטיין:** נראה שהעתקה מהעתקה גנובה, אם מוכר התוכנה שייר לעצמו זכות העתקה אינה גזילה, שהרי לא בקלטת זו - השנייה - היה השיוור (ושיוור דבר שאין בו ממש צריך לתלותו בחפץ לפירוטיו). ורק אם נגדיר גזל יצירה רוחנית כגזל וגניבה תהיה כל העתקה גניבה בפ"ע. **תשובת הכותב:** אם המוכר שייר לעצמו את זכות ההעתקה, אזי זכות זו קיימת בכל פירוטיהם ופירי פירוטיהם, ולכן שיוור זה קיים בכל ההעתקות הבאות, שהרי הינם מכוח ההעתקה הראשונה.

נמצא לפי דברי הנודע ביהודה שאף שהמעתיק מהעתקה אחרת אינו גזלן, מ"מ יתחייב לשלם ליצרנים מפני שנהנה מיצירתם, כדברי הש"ס (בבא קמא כ, ב) שחייב אדם לשלם לחבירו דמי הנאה כאשר נהנה מרכושו ויצירתו. מדברי הנודע ביהודה למדנו גם שחובה לשלם דמי הנאה גם במקרה שנהנה רק ממעשה חבירו, על אף שלא נהנה מממונו. אך בשו"ת ישועות מלכו (חו"מ סי' כב) ובספרים נוספים נחלקו על דברי הנודע ביהודה וסברו שאין לחייב אדם לשלם דמי הנאה כאשר לא נהנה ישירות מממונו של חבירו; וכיון שלאחר שהשלים המדפיס את מלאכת סידור האותיות, שייכות האותיות לו בלבד, א"כ נהנה מרכושו שלו, ומה בכך שנהנה על ידי מעשי חבירו? יעוי"ש. לפיכך, כשאדם מעתיק יצירה, הרי הוא פטור מלשלם ליוצר על הנאתו מהעתקתו, משום שכפי שנתבאר לעיל, ההעתקה אינה שייכת ליוצר כלל, כל קשר בינו לבניה הוא מקרי בלבד. משום כך המעתיק נהנה רק ממעשה היוצר ולא מרכושו, ודבר זה אינו מחייב תשלום ממון<sup>15</sup>.

## ה. הפרת זכויות היוצרים של גויים

שאלה זו אקטואלית בהתחשב בנסיבות ובמציאות הקיימת, בה רוב החברות המייצרות תוכנות המחשב הן חברות מחו"ל, השייכות לגויים ולבני לא ברית. והנה לדעת הפוסקים שבהעתקת יצירות ישנו איסור גזל גמור, הנובע משויר בקנין, הרי שאין כל הבדל בין גזילת יהודי לגזילת נכרי, כפי שנפסק בשו"ע (חו"מ רסו, א), שגזל הגוי אסור. אך לשיטות שאין בהעתקה לצרכים פרטיים כל איסור, הרי שגם בכה"ג הדבר מותר; ואף יתכן שאף לצורכי מסחר מותר להעתיק יצירות גויים ולמכרן, כפי שנבאר.

15. **הערת הרב יעקב אפשטיין:** נ"ל שכמעט כל הנאה היא עקיפה ואין בה ממש אלא היא גורמת לממון. וכי מה בין מקיף חבירו בגדר שנכסיו נשמרים או שמאכיל בהמתו של חבירו וחוסך לו הוצאת מזונותיה, לבין משמיע לו מנגינה? וכידוע גם תזמורת בחתונה מקבלת יותר מדמי בטלה. ומצאנו שאשה מתקדשת בשחוק וריקוד לפנייה (קידושין סג, א) מפני שיש לפעולות אלה ערך ממון. וע"כ מדוע נהנה מיצירת חבירו לא יהיה חייב בתשלום?

**תשובת הכותב:** המקיף את חבירו בגדר (ב"ק כ, ב; ב"ב ד, ב) או המאכיל את בהמתו - הרי בעל השדה או הבהמה נהנה מגופם של הגדר או של המאכל. לעומת זאת, כאשר מדובר בתשלום לתזמורת, או הא דאיתא בקידושין 'רקוד לפני, שחוק לפני' - היינו משום שהם **קצבו** על זה ממון וקדם לכן, ופשוט שאם יכול לקוץ ולהחליט לחבירו כמה לשלם לו גם על דבר שלאחר מעשה אי אפשר יהיה לתבוע ממון על ההנאה ממנו (דוגמא: זמר יכול לתבוע שכל הבא לאולם כדי להאזין להופעתו ישלם סך 100 שקל, אך ברור שאדם שהקשיב מחוץ לכותלי האולם ונהנה בדיוק כפי שנהנו המאזינים שישבו בפנים, אינו חייב לשלם, ואף לא יוכלו לתבוע אותו לשלם מאומה. אך במקרה **שנטל** מחבירו דבר מה, כגון: שנהנה ממאכליו, ברור שיכולים לתבועו על כך).



איסור השגת גבול (אשר הוא האיסור מחמתו נאסר להעתיק יצירות ולמכרן) נלמד מהפסוק "אשת רעהו" (עיין סנהדרין פא, א) או מן הפסוק "לא עשה לרעהו רעה" (עיין מכות כד, א). משום כן נקטו הפוסקים שאיסור זה אינו שייך בנוכרים, מפני שאינם נכללים בהגדרת "רעהו", כפי שנאמר במסכת בבא קמא (לח, א)<sup>16</sup>.

יתרה מזאת פסק הרמב"ם (הל' נזקי ממון ח, ה) שאנו דנים לנוכרים כדיניהם. ומאחר שבדיניהם וחוקיהם אין איסור "השגת גבול", משום כך אנו לא מחויבים לנהוג בהם כדיננו שלנו.

עוד יש לטעון, שאם החובה לכבד את זכויות היוצרים נובעת מדין "נהנה", יוצא שאין כל איסור בעצם העתקת התוכנה או הקלטת, אלא שיש חובה לשלם ליצרן את דמי ההנאה. ואם מדובר ביצרן גוי, הרי אף שגזל הגוי אסור, הפקעת הלוואתו מותרת (שו"ע חו"מ שמח, ב בהג"ה) במקום שאין בזה משום חילול השם, ולכן אין חובה לשלם לו את דמי ההנאה<sup>17</sup>.

אך יתכן שמאחר שגם החוק הבינלאומי אוסר להפקיע זכויות היוצרים, עלינו לנהוג בהם כדיניהם, על אף שהחוק אוסר זאת מטעמי גזל ולא מפאת "השגת גבול", והדבר צריך עיון. עוד יש לומר, שכמובן, דברינו אמורים רק כשאין בכך משום חילול השם, כגון שמעתיק ומשתמש בביתו, בהשקט ובצינעא, וכדאיתא בבבא קמא (קיג, ב), דבמקום דאיכא חילול השם, לכו"ע גזל הגוי אסור<sup>18</sup>.

ולמעשה, אף אם נאמר שיש מקום להתיר העתקת תוכנה של גויים, יש לבדוק אם אכן מדובר ביצירה השייכת לגויים. הרי אנשי עסקים יהודים מצויים בכל העולם, ומצויים עוד יותר בענפי ה"היי-טק". מסתבר שבין בעלי המניות של רבות מחברות התוכנה יש גם יהודים. ובאם נקבל את הכרעת הפוסקים, שלכל הפחות לחומרא, נוקטים שהחברה בע"מ אינה אלא שותפות, יוצא שאם יש יהודים בין בעלי המניות, ובמיוחד אם יש יהודים בין בעלי השליטה בחברה, נמצא שאף יהודי נמצא בין הנפגעים מן ההעתקה<sup>19</sup>.

16. יעויין בספר פתחי חושן (חלק גזילה ואונאה, עמ' רפז).

17. **הערת העורך (ע. א.):** בהקשר זה יש להביא כאן את דברי באר הגולה (חו"מ שמח, ב) ביחס לטעותו של גוי, שאף היא מותרת מעיקר הדין: "וכתבו הגדולים שראו בעיניהם שאותם האנשים שהרוויחו מטעותים לא הצליחו ונכסיהם ירדו לטמיון ולא הניחו אחריהם ברכה, ורבים אשר קידשו שם שמים והחזירו טעותים בדבר חשוב גדלו והעשירו והצליחו והניחו יתרם לעולליהם (ספר חסידים)...".

18. **הערת העורך (ע. א.):** נראה שיש לאסור גם אם הדבר נעשה בסתר; שהרי זה שידוע בכל העולם שמדינת ישראל עומדת באחד המקומות הראשונים בהעתקת תוכנות (המקום הרביעי, כמדומני), יש בו משום חילול השם חמור ביותר. כיצד ייתכן שדווקא העם הקורא בשם ה', שהביא לעולם את התנ"ך ואת שבע מצוות בני נח, הוא נגוע יותר מאחרים בעניינים אלו שבין אדם לחברו?

19. ועי' שו"ת משפטיך ליעקב, חלק ב.

## ו. יוצר המפיקע מחירים

ישנם אנשים שהורו לעצמם היתר בדבר להעתיק תוכנות המיוצרות על ידי חברות מונופוליסטיות, בטענה שחברות אלו מנצלות את המונופול העומד לרשותן כדי לשווק את התוכנות במחירים מופקעים. למותר לציין שלטענה זו אין כל בסיס הלכתי, מפני שקביעת מחירי התוכנות על ידי יוצריהן היא לגיטימית להפליא, וזכותם החוקית והמוסרית היא לדרוש מחיר גבוה כרצונם, על אף שלדעת רבים וטובים המחיר מופרז עד מאד ואינו עומד ביחס סביר להשקעות<sup>20</sup>.

כמו כן אין בכך משום "אונאה", שהרי אין מחירון או טבלת מחירים קבועה לתוכנות מחשב, וחברות המחשב הבודדות קובעות בעצמן את המחירים בשוק, וממילא מחיריהם הם המחירים שבשוק, והרוכש לא יוכל לטעון שלא ידע על מחירים מופרזים אלו.

## ז. יוצר המתיימש מהעסקות

טענה נוספת הנשמעת היא שחברות התקליטים ותוכנות המחשב מתיימשות מהעסקות המרובות ועומדות חסרות אונים למול התופעה המקיפה עולם והנפוצה כל כך. לכן, כך טוענים רבים, מותר להעתיק יצירות ללא חשש.

טענה זו יכולה להיות נכונה במקרה שאכן ידוע בבירור מוחלט שהבעלים התיימשו מהעסקות<sup>21</sup>, ובמיוחד מהעסקות הביתיות, שאין שום דרך מעשית לגלותן. אך בל נשכח שחברות התוכנות והקלטות לוחמות בכל הכלים העומדים לרשותן בגלל העסקות, ומוכיחות בכך שאינן מתיימשות מהתופעה ומנסים להודפה. גם כאשר מדובר בהעסקות פרטיות, החברות הגדולות מנסות להתמודד עם התופעה בדרכים שונות של הסברה וכדו'; כך שגם במקרים אלו אין להניח כדבר פשוט שיש ייאוש<sup>22</sup>. כמו"כ גם כשנדע אל נכון שמנכ"ל חברת

20. **הערת הרב יעקב אפשטיין:** טענה זו נכונה אם נדון מצד איסור גזל; אולם אם נדון מדין 'נהנה' או מצד השגת גבול, הטענה צריכה בדיקה. השגת גבול היא הגנה מסויימת שהתורה או חז"ל נתנו למי שהוציא מכספו וטרח בגופו כדי שאחרים לא יטלו את טירחתו. במידה והוא דורש מעבר להשקעתו, מי יימר שחז"ל העניקו לו הגנה זו? ועי' בשו"ת מנח"י (ח"ג סי' קכז), שכתב שאע"פ שהמנח"י פסק לצד התובע שהושג גבולו, בכ"ז לא הסכים על מלוא תביעתו. וע"כ סביר להניח שידונו עליו כמהנה אחרים ולא כמוכר מוצר. וניתן לומר שהחברות נוקבות מחיר גבוה למוצריהן בגלל המעתיקים-גנבים ביודעם שאחוז הגניבות הוא גבוה.

21. ויעויין בספר דרכי חושן (עמ' רנח אות ט).

22. **הערת העורך (ע. א.):** עובד בכיר בחברת "מייקרוסופט" אמר לי באופן חד-משמעי שהחברה אינה מתיימשת מאף תוכנה! ועוד יש לומר, שאין זה נראה שקיים ייאוש בעלים, אלא לכל היותר אונס. אולם בתוכנות ישנות שיצאו להן גירסאות חדשות צריך לבדוק אם החברה לא הפקירה אותן לציבור. **תשובת הכותב:** טענה זו, של חברת "מייקרוסופט", לא נראית בפשטות. המושג "אל ייאוש" שייך באופן שיוכלו להשיב את ממונם בצורה כלשהי. האם נציגי "מייקרוסופט" יפשטו על מיליוני בתי

תוכנות וכדו' מתייחס מההעתיקות, מ"מ בד"כ לכל חברה שכזאת ישנם אנשים רבים השותפים בה ובמניוניה, ויאושו של אחד מהם או חלקם אינו מתיר להעתיק, שהרי חבריו לא התייאושו מהנ"ל<sup>23</sup>.

### ח. העתקת חלקים מהיצירה

כתב בשו"ת שבט הלוי (ח"ד סי' רב) שמותר לצלם מספר דפים מתוך ספר לצורכי לימוד והסברה לתלמידים, מפני שבדרך כלל אין המחברים והמו"לים מקפידים על כך. וכן כתבו רבים מחכמי ההלכה<sup>24</sup>. ומסתבר ביותר שכאשר מקליט שיר או שניים מתוכניות רדיו וכדו' אין בכך כל איסור מפני שגם לשיטות שישנה בעלות על דבר שאין בו ממש, וכו"ל, מ"מ העתקת חלק קטן מהיצירה אינה מהווה פגיעה בבעלות היוצרים, ויש להניח שאינם מקפידים על כך.

אולם יש לדון ולעיין אם באופן שמורה מצלם עבור תלמידיו ספר לימוד שלם לצורכי לימוד, נחשב הדבר להעתיק היצירה לצורכי מסחר (שהרי צילום הספרים ימנע רווח ממשי ממחברו), או שמא הדבר מותר, מפני שבסוף דבר הוא לא עושה זאת לצרכים כלכליים ומעשהו אינו נכלל באיסור "השגת גבול".

### סיכום הדברים

א. נחלקו הדעות האם מותר להעתיק יצירות (כגון: קלטות ותוכנות מחשב) ללא רשות היוצרים והבעלים, כאשר חוקי המדינה אינם אוסרים העתקה לצרכים פרטיים<sup>25</sup> (או לדעות

אזרחים ויחרימו את המחשבים עם התוכנות המועתקות? הרי הוי כעין זוטו של ים, דהייאוש מוכח מתוכו! אולם אם אכן יש להצהרה זו של החברה קרקע מוצקה, והניסיון שלהם מראה שהם מצליחים לגרום למעתיקים לרכוש רשיונות - אם באמצעות איומי אכיפה ואם באמצעות הסברה - אזי יש להאמין להם.

23. ויש להעיר שפעמים רבות, למנכ"ל חברה ישנה זכות החלטה בשאלות ממוניות הקשורות לחברה מבלי צורך להתייעץ בכל דבר עם כל בעלי המניות של החברה. ויש לדון בכל מקרה לגופו.  
**הערת העורך (ע. א.):** ועי' מאמרנו "הפרשת תרו"מ מכוח שליטה בנכסים" (בספר "התורה והארץ" חלק ג עמ' 343 ואילך), העוסק בשאלה מעין זו.

24. ספר נשמת אברהם (ח"ד עמ' רו) בשם הגרש"ז אויערבך; פתחי חושן (שם, עמ' רפד); ועוד.  
 25. וייתכן שאם חוק המדינה מתיר דבר מסויים בפירוש, יש לומר שכל היצרנים מייצרים ומפיצים את תוצרתם על דעת אותו חוק, שהוא היוצר או המבטא את מנהג המדינה, ולא כל כמינייהו להתנגד לכך.

הראשונים שאין "דינא דמלכותא דינא" באופנים ובמקומות שונים). המיקל בדבר יש לו על מי לסמוך<sup>26</sup>. אך לצורכי מסחר אין להעתיק ולגזול את זכויות היוצרים.

ב. כאשר היוצר משייר בקניין היצירה את זכות העתקה יש הסוברים ששירו מועיל ואין להעתיק מהיצירה הקנויה, אך לדברינו יש לפקפק באיסור זה<sup>27</sup>. ובאופן שהיוצר לא שיר בפירוש אין לחוש שרוצה בכך ומותר להעתיק (לדעות המתירות זאת, ע'י אות א).

ג. מכירה בתנאי שהקונה לא יעתיק את היצירה אינה מועילה.

ד. הקונה יצירה מועתקת מסוחר העתקות וזיפנים נחשב ל"חולק עם הגנב" והדבר אסור.

ה. יש לדון האם המעתיק מהעתקת יצירה פרטית נחשב ל"חולק עם הגנב".

ו. נחלקו הפוסקים בשאלה האם הנהנה ממעשה חברו אשר אינו רכושו חייב תשלום על הנאת המשתמש.

ז. יתכן שאין איסור "השגת גבול" בהעתקת יצירות השייכות לנוכרים, ומותר להעתיק מהם אף לצורכי מסחר, יעויין בדברינו.

ח. הפקעת מחירי תוכנות המחשב על ידי היצרנים אינה משנה מאומה לנידונו.

ט. כאשר ידוע בבירור שהיוצרים מתייאשים בבירור מההעתקות הרבות, מותר להעתיק את יצירותיהם. אך בד"כ חברות התוכנות אינן מתייאשות כלל ולוחמות בחרמה בגל ההעתקות.

י. ניתן להעתיק חלקים בודדים מתוכני היצירה (כדוגמת שיר בודד מהקלטת או מספר דפים מספר לימוד), כשמעתיקים לצורכי לימוד ולצרכים פרטיים. ויש לדון במורה המצלם דפי עבודה לכתת תלמידים שלמה, וכנ"ל.



26. **הערת העורך (ע. א.):** מאמר זה דן בשאלת ההעתקות אך ורק בגדרים משפטיים פורמליים. המעיין במאמרו של הרב שלמה אישון בנושא זה ('צהר' ז) יראה שאף במקום שבו אין זכויות היוצרים מעוגנות בזכויות משפטיות, עדיין ישנו חיוב לכבד אותן מדין "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח, וע'י רמב"ן שם). והרי הדבר ברור שיש חוסר הגינות משווע בכך שאדם משקיע את מיטב אונו והונו בייצור תוכנה למכירה, ואדם אחר נהנה מפרי עמלו מבלי לשלם לו את המחיר המגיע לו. ויש לברר, א"כ, מה נובע מחובה זו, ומה אינו מתחייב אפילו מכך. למשל, מי שמבקש להעתיק קלטת או תוכנה לשימוש פרטי, כאשר ברור לו כשמש שלא היה קונה אותה בשום פנים ואופן, ייתכן שמותר לו להעתיקה. אולם יש להיזהר מאד מכניסה ל"מדרון חלקלק" שעלול לדרדר את מי שמורה היתר לעצמו, וכל היתר צריך להיכנס למסגרת מוגבלת ומוגדרת היטב.
- תשובת הכותב:** המושג של "חוסר הגינות" אינו מופיע בהלכה. אם ההגינות ההלכתית מתירה את הדבר לכתחילה, אזי זוהי ההגינות האבסולוטית, ללא כל כחל ושרק.
27. **הערת הרב יעקב אפשטיין:** צריך לדון אם ניתן לאסור העתקות ע"י נדר כמבואר בשו"ת הלכות קטנות (ח"א סי' ו). ויכול המוכר לאסור את הקלטת/התוכנה בנדר על כו"ע, שאם יעתיקו או יתן לאחר להעתיק. ואין לדחות משום שהחפץ יצא מיד המדיר, והפך קניינו של הקונה, ואינו יכול לאסור נכסי חברו על חברו או על אחרים. שהרי פסק הרמב"ם (הל' נדרים ה, ה-ו): שהאוסר דבר שהוא שלו על חברו אף על פי שיצא מרשותו הרי הוא באיסורו עומד, אלא אם כן אמר נכסי או ביתי או פירתי וכיוצא בלשונות אלו". וע"כ ניתן לאסור בנדר ובתנאי העתקה למשך זמן מסויים על כו"ע. יש בהצעה זו מספר חסרונות: היא אינה חלה על נוכרים. כמו"כ רוב הציבור כמעט ואינו מכיר ומבין ענייני נדרים, וע"כ סביר להניח שאיסור זה לא ימעט בהעתקות.