



## בבית המשפט העליון

רע"א 7774/09

לפני :

כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר

המבקש :

אמיר ויינברג

נ ג ד

המשיב :

אליעזר ויסהוף

המבקשים להצטרף להליך :

דוד רובינגר ואח'

בקשת רשות ערעור על החלטת בית-המשפט המחוזי  
בתל-אביב-יפו מיום 19.7.09 בע"א 3437/06 שניתנה על-  
ידי כבוד השופט י' שנלר

תאריך הישיבה :

ה' בתשרי התשע"ב (3.10.11)

בשם המבקש :

עו"ד עומרי ארז ; עו"ד תומר נייביץ

בשם המשיב :

עו"ד מישל קיינס ; עו"ד מוטי קהתי

בשם המבקשים להצטרף

עו"ד ד"ר שלמה כהן

להליך :

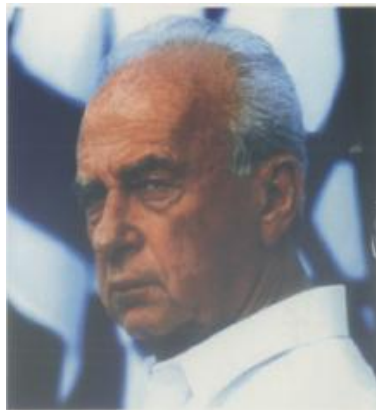
### פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין:

1. לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט י' שנלר) אשר קיבל את ערעור המשיב על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב-יפו (כבוד השופטת ד' מארק-הורנצ'יק). המחלוקת נסבה על קיומה של זכות היוצרים בידי צלם עיתונות שהנציח במצלמתו איש ציבור.

2. בשנת 1998 יצר המשיב, אמן בתחום עיצוב המדליות, מדליה הנושאת את דיוקנו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל (להלן: המדליה). המדליה נוצרה לבקשת המטבעה המלכותית הנורבגית (להלן: המטבעה הנורבגית), כחלק מסדרת מדליות של זוכי פרס נובל לשלום. המטבעה הנורבגית הורתה למשיב לעצב את המדליה בהתאם להנחיותיה של הגב' לאה רבין ז"ל, רעיית ראש הממשלה המנוח. לאה רבין ביקשה שהמשיב יאמץ תמונה ספציפית של יצחק רבין, שאותה מסרה לידיו, לצורך עיצוב המדליה (להלן: התמונה). המשיב יצר תבנית של המדליה, העבירה לידי המטבעה הנורבגית, ובתמורה קיבל תשלום בסך של 1,500 דולר.

התמונה של יצחק רבין צולמה בשנת 1991 על-ידי המבקש, צלם מקצועי, במהלך טקס זיכרון לחללי מערכות ישראל באחד מבסיסי צה"ל. תמונה זו זכתה להצלחה רבה, ומספר גופים שילמו למבקש עבור זכויות שימוש בה. כשנה לאחר יצירת המדליה נתקל המבקש בפרסום של החברה הממשלתית למדליות ומטבעות בישראל, שהציעה את המדליה למכירה. משמצא המבקש כי המדליה היא העתק דיוקנו של רבין כפי שהופיע בתמונה שצילם, פנה לבית משפט השלום בתביעה בגין הפרת זכויות היוצר שלו. לשם הנוחות, תובא התמונה (כפי שהוגשה לבית המשפט):



והמטבע (כפי שהוצג בפרוספקט הנורבגי שצילמו הוגש לבית המשפט):



3. בית משפט השלום פסק כי התמונה מוגנת בזכויות יוצרים, וכי המבקש הוא בעל זכות היוצרים בה. בית המשפט קבע כי צילום דוקומנטרי-תיעודי עומד במבחן המקוריות שנקבע בפסיקה כדרישה להגנה על יצירות אמנות, שכן הוא כולל אלמנטים מקוריים רבים, ובהם זווית הצילום, בחירת רגע הצילום, סוג המצלמה, בחירת העדשות וכדומה. עוד פסק בית משפט השלום כי עיצוב המדליה התבסס בעיקרו על התמונה, וכי פרט למספר שינויים קטנים, המדליה היא העתק של התמונה. כך למשל נקבע כי הפרופיל, הבעת הפנים של רבין, זווית מבטו, הפרופורציות של חלקי פניו, התסרוקת שלו, קפלי העור בעורפו ובסנטרו וצווארון החולצה שלבש – כולם זהים בתמונה ובמדליה.

בית המשפט דחה את טענת המשיב שלפיה המאפיינים הדומים הינם "נחלת הכלל". בחירת העדשה הנכונה והמצלמה הנכונה, תפיסת המבט ברגע הנכון, רקע הדגל שבתמונה ועיבוד המחשב – כל אלה מייצגים את עבודתו המקורית של המבקש והם הועתקו, כך נפסק. בית משפט השלום בחן גם את הנסיבות שעמדו ברקע יצירת המדליה והגיע למסקנה כי הייתה למשיב גישה לתמונה וכי במהלך העבודה השתמש בה המשיב. בית המשפט נסמך גם על פסיקה מהארץ ומהעולם הקובעת כי אין להעתיק חלק מהותי מיצירה או ליצור יצירה נגזרת הדומה דמיון מהותי ליצירה מקורית, אף אם היצירה הנגזרת משתמשת במדיום אחר מזה של היצירה המקורית.

התוצאה הייתה שבית משפט השלום קבע כי המשיב הפר את זכויות היוצרים של המבקש. בית המשפט מצא עוד כי לא עומדת למשיב טענת ההגנה של "מפר תמים", כפי שהייתה אז בסעיף 8 לחוק הגנת זכויות יוצרים 1911 (להלן: החוק או החוק הקודם), החל על מקרה זה. זאת שכן בהיותו אז צלם מקצועי היה עליו לדעת כי קיימות זכויות יוצרים בצילום. נוסף על כך פסק בית משפט השלום כי הופרה גם זכותו המוסרית של המבקש ביצירתו, מאחר שלא קיבל כל אשראי על עבודתו ומאחר שהמשיב ערך בה שינויים. על כן פסק בית משפט השלום כי המשיב ישלם למערער סך של 66,500 ש"ח כפיצוי בגין הפרת זכויות יוצרים, הפרת הזכויות המוסריות, עשיית עושר ולא במשפט, הפסד מוניטין, הפסד הכנסות ועגמת נפש.

4. המשיב ערער לבית המשפט המחוזי, אשר קיבל את הערעור. בית המשפט המחוזי הבחין בין מה שהגדיר כהגנה על הצילום עצמו לבין מה שהגדיר כהגנה על תוכן הצילום – על הדמות המצולמת ומאפייניה. נפסק כי כאשר צלם מצלם דמות מוכרת באירוע פומבי, אין הוא בעל הזכויות בפוזיציה שבה נלכדה הדמות, בתווי

פניה, בפרטי הלבוש שלבשה ובמאפיינים כיוצא באלה. לשיטתו של בית המשפט המחוזי אלה הם מאפייניה של הדמות עצמה ולא של הצילום, אף אם לכידתם בתמונה דורשת מיומנות והשקעה מצד הצלם. כל זאת, כך נפסק, להבדיל מתמונה מבוימת, שבה מעצב הצלם כל פרט ופרט ועל כן כל הפרטים הם פרי יצירתיותו והשקעתו והם חלק מן היצירה שלו. בית המשפט המחוזי הביע חשש שהגנת יתר לצילומים של דמויות ציבוריות, שצולמו באירוע פומבי, תגביל מעבר לנדרש את האפשרות לפתח יצירות נוספות הכוללות את אותה דמות. נוכח שיקולים אלה מצא בית המשפט המחוזי כי אין לבחון כלל את שאלת ההעתקה של "חלק ניכר" מתמונה של דמות מוכרת באירוע פומבי על-פי הדמיון במאפייני הדמות – שהרי דמיון כזה קיים תמיד כאשר בשתי היצירות מופיעה אותה דמות. בית המשפט סבר כי אף שעקרונית מזכה התמונה את יוצרה בהגנה מפני העתקה, הרי שהגנה זו מופחתת מקום בו הועתקה התמונה למדיה אחרת. במקרה כזה, כך נקבע, דמיון המעלה חשש להעתקה הוא כזה הכולל גם מאפיינים ייחודיים לתמונה – מלבד הדמות עצמה – כגון הרקע או הצבעים והגוונים של הצילום.

בית המשפט המחוזי סיכם וקבע כי התמונה משקפת את דמותו של יצחק רבין, וכי מאפייני הדמות אינם חלק מהיצירה המוגנת של המבקש. המשיב שאב השראה מן הצילום, כך ציין בית המשפט, אך נדרש לשיקול דעת אמנותי והשקעה מרובה כדי לעצב מדליה תלת-מימדית של אותה דמות. המשיב, כך נפסק, לא העתיק את רקע התמונה של המבקש או את צבעיה וגווניה, אלא רק את מאפייניו הפיזיים של יצחק רבין כפי שנקלטו באקראי בעדשת המצלמה, ולכן הדמיון בין התמונה למדליה נובע מכך שמדובר בשתי יצירות העוסקות באותו אדם. המדליה אינה מפרה את זכויותיו של המבקש, כך נקבע ועל כן נתקבל הערעור ובוטל פסק דינו של בית משפט השלום.

טענות הצדדים בבקשת רשות הערעור

5. בדיון שנערך לפנינו הסכימו הצדדים כי יתקיים דיון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור, וכי טיעוניהם יהיו הטיעונים שנשמעו בערעור. החלטנו גם כי צלמי העיתונות שביקשו להצטרף להליך יצורפו, במובן שעמדתם הכתובה תשמש כחלק מכתבי הטענות בערעור.

6. המבקש טוען כי אין לצמצם את מידת ההגנה הניתנת לצילום של דמות ציבורית לעומת ההגנה הניתנת לתמונה של דמות מקורית או לצילום מבויים. בהתחשב בכלל שלפיו גם העברת התמונה למדיום אחר הינה העתקה, סבור המשיב כי ההבחנה

שערך בית המשפט המחוזי בין העתקת התוכן לבין העתקת התמונה עצמה אינה ברורה. המבקש סבור כי הרף שהציב בית המשפט המחוזי באשר לדרישת המקוריות ולדרישת היצירתיות ביצירות תיעודיות הוא גבוה מדי. המבקש מדגיש כי באירוע היו צלמים רבים אחרים, אולם רק התמונה שלו זכתה להצלחה ולהכרה רחבה – דבר המעיד על ייחוד ויצירתיות. לטענת המבקש זווית הצילום, הרגע שנבחר, העדשה שבה השתמש, זמן החשיפה והעריכה הדיגיטלית שביצע בתמונה – כל אלה מעידים על מקוריות ועל יצירתיות, ואילו לא היו קיימים – התמונה לא הייתה זהה. המבקש טוען כי בית המשפט המחוזי הסתמך על האפשרות כי הדמיון בין המדליה לבין התמונה נובע מהעובדה ששתי היצירות עסקו באותו אדם, בניגוד לקביעה העובדתית המפורשת של בית משפט השלום שלפיה הועתקה המדליה מהצילום; לפיכך, קובל המבקש על התערבותו של בית המשפט המחוזי בממצאיו העובדתיים של בית משפט השלום, באשר להעתקת רקע התמונה. את הדמיון בין הצילום למדליה מדגים המבקש באילוסטרציה שהגיש, שכותרתה "הדגמת תהליך הפיכת הפורטרט המצולם של יצחק רבין ז"ל למדליה":



3

2

1



5

4

7. לאחר הגשת בקשת רשות הערעור, הגישו 17 צלמי עיתונות (להלן: הצלמים) בקשה להצטרף להליך. לטענתם של הצלמים, פסק דינו של בית המשפט המחוזי מאיים לפגוע בפרנסתם ולהפקיר את יצירותיהם ואת ההיסטוריה המצולמת של מדינת ישראל, שכן הוא מצמצם יתר על המידה את ההגנה על יצירות תיעודיות. הצלמים סבורים כי פסק הדין הינו חדשני ביותר וכי הוא סותר פסיקות מקובלות בארץ ובחו"ל. לגופו של עניין מדגישים הצלמים כי זכות היוצרים על היצירה אינה מונעת שימוש במאפייני הדמות או האובייקט המצולם. זכות זו אף אינה שוללת את יצירתן של יצירות אחרות דומות מאוד – ובתנאי שלא הועתקו. פרשנות אחרת תצמצם מאוד את ההגנה הניתנת לצילומי עיתונות, אף על פי שהם ראויים להגנה ככל יצירת אמנות, כך נטען. הצלמים מדגישים כי העתקה למדיה שונה היא עדיין בגדר העתקה, וכי אין הצדקה להחיל עליה מבחן שונה מזה שמוחל על העתקת התמונה באותה מדיה עצמה. עוד מוסיפים הצלמים כי המבחן המקובל להעתקה הינו מבחן ההעתקה של חלק "מהותי", ולא של חלק "ניכר". ובענייננו, טוענים הם, דמותו של רבין היא חלק מהותי בצילום של המבקש.

8. המשיב טוען מנגד כי בית המשפט המחוזי הותיר את זכות היוצרים בצילום התיעודי על כנה, ורק יישם את ההגדרה של העתקת "חלק ניכר" מן היצירה, תוך קביעה שלעיתים העתקת מאפייני דמות ציבורית אינה בגדר "חלק ניכר". לשיטת המשיב, כל פסיקה אחרת תעניק לצלמים מונופול על דמויות ציבוריות – בייחוד כאלה שהלכו לעולמן. המשיב טוען עוד כי הדמיון היחיד בין שתי היצירות הוא במאפייניו של רבין ובלבוש שלבש – אלמנטים שאין בהם מקוריות. היעדרה של מקוריות באלמנטים האלה פירושה, כך לדבריו, כי העתקתם אינה מהווה הפרת זכות יוצרים. לשיטת המשיב, האלמנטים המקוריים בתמונה הם רק משחקי האור והצל ועיבוד המחשב שעשה המבקש – אלמנטים אשר לא הועתקו.

#### הבעלות בזכות היוצרים

9. באופן רגיל, הבעלות הראשונית בזכות היוצרים ביצירה שייכת ליוצר (ראו סעיף 5(1) לחוק וסעיף 33 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק החדש)). חריגים לכך הם למשל יצירות שנוצרו תוך כדי עבודה אצל אדם אחר (סעיף 5(ב) לחוק הקודם; סעיף 34 לחוק החדש) או, לפי החוק החדש, יצירות שהן דיוקן או צילום של אירוע פרטי (אשר הבעלות בזכות היוצרים שלהן תהיה למזמין, אלא אם הוסכם אחרת. ראו סעיף 35 לחוק החדש). ואכן, בעלי הדין בענייננו לא חלקו על כך שהמבקש הוא בעל זכות היוצרים בתמונה (ראו פסק דינו של בית משפט השלום, בפס' 16).

לעומת היוצר, האדם המצולם בתמונה אינו מקבל, במקרה הרגיל, זכות יוצרים ביצירה. זכותו של המצולם בקשר ליצירה יכולה לבוא לידי ביטוי בהקשרים אחרים – כך, אם היה ביצירה דבר הפוגע בזכותו של המצולם לפרטיות, או להבדיל, בזכותו לפרסום, הזכות לשלוט בשימוש המסחרי הנעשה בשמו, בדמותו או בקולו (ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004); Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright* §2.08 E (2012) (להלן: Nimmer)). בענייננו לא התקיימו פגיעות מסוג אלה. מעבר לכך, אין למצולם זכות יוצרים, ואין הוא יכול להקנות לאדם אחר זכות לעשות שימוש מפר ביצירה. על כן, הגב' רבין, בתור יורשתו של יצחק רבין, לא יכלה להעניק לאדם אחר את הזכות להשתמש בתמונה.

זכויות היוצרים בצילום: בין ביום לתיעוד

10. אין חולק על כך שתמונה תיעודית יכולה להיות מושא לזכות יוצרים. עם זאת, בית המשפט המחוזי סבר כי היקף ההגנה על זכות זו פחות מהיקף ההגנה המוענק לזכות היוצרים ביצירה מבווימת. סלע המחלוקת הוא אם כן בשאלה מהו היקף ההגנה שמקנים דיני זכויות היוצרים לתמונה תיעודית של אדם מפורסם שצולם באירוע ציבורי, ובהמשך לכך – בשאלה אם המשיב הפר זכות זו.

באשר להגנה על היצירה התיעודית: חוק זכות יוצרים, 1911, החל על ענייננו, מכיר במפורש בזכות יוצרים על יצירת צילום (ראו סעיף 35(1) לחוק). ככל צילום, יכול גם הצילום התיעודי להיות מושא זכות יוצרים, אם עומד הוא במבחני החוק הרגילים המציבים דרישה מינימלית של מקוריות ושל יצירתיות כתנאי להגנה (ראו ת"א (שלום ת"א) 24478/87 קרן נ' שבית, פ"מ תשנ"א(1) 139, 154 (1989); למבחני המקוריות והיצירתיות באופן כללי ראו ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 (1985) (להלן: עניין גלידת ויטמן); ע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 268-257 (1993); ע"א Interlego A/S 513/89 נ' Exin-Lines Bros. S.A, פ"ד מח(4) 133, 172-173 (1994) (להלן: עניין אינטרלגו); ע"א Eisenman 2790/93 נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, 829 (2000) (להלן: עניין קימרון); ע"א Tele Event Ltd. 2173/94 נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529, 546 (2001) (להלן: עניין טלאיבנט); טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך א 90-99, 142 (מהדורה שנייה, 2008)).

הפרשנות המקובלת לתנאי המקוריות קובעת כי אין הכרח שהיצירה תהיה ביטוי של מחשבה מקורית, אלא די בכך שהיצירה לא תהיה מועתקת ושמקורה יהיה ביוצרה (ראו עניין טלאיבנט, בעמ' 546; עניין גלידת ויטמן, בעמ' 346; עניין קימרון, בעמ' 829; עניין גבע, בעמ' 257) ("מבחינה איכותית לא נדרשת אלא רמה נמוכה ביותר של ביטוי אישי"). באשר לתנאי היצירתיות – היצירתיות הנדרשת היא מינימלית, ודי ב"משאב רוחני-אינטלקטואלי השקול ליצירתיות" (גרינמן, בעמ' 90). די בכך שהיצירה תהיה "תוצר של השקעה מינימלית של משאב אנושי כלשהו" וכי היא "תיעשה תוך שימוש מינימאלי של יצירתיות מקורית" (עניין אינטרלגו, בעמ' 172-173; עניין קימרון, בעמ' 830).

11. אמנם, הצלם התיעודי אינו מביים את נושא צילומו, אולם אין בכך כדי לשלול את קיומה של מקוריות ושל יצירתיות בצילום התיעודי. אין להלום צמצום המקוריות למעשה של ביום. המקוריות יכולה להתבטא בהיבטים רבים ושונים כמו בחירת התזמון הנכון; בחירת זווית הצילום והתאורה, המרחק מהנושא, מיקוד התמונה, בחירת הרקע לתמונה וטכניקת הצילום; עיצוב הצילום, משחקי האור והצל, ההדגשים המגוונים ועצם בחירת הנושא וסידורו. בכל צילום העומד בדרישת המקוריות המינימלית קיימת טביעת עינו הייחודית של הצלם. "אין צילום – ניהא הפשוט ביותר, אשר אינו מושפע מאישיותו של המצלם" (פסק הדין של בית משפט השלום, בפס' 20; ראו גם *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company* 118 U.S. 239, 250 (1903) (להלן: עניין *Bleistein*); *Nimmer*, בפרק 2.08; ת"א (שלום י-ם) 8107/01 זום 77 בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ (מוסף מיוחד), פ"מ תשס"ב(3) 577, 590 (2003) (להלן: עניין זום 77)). בצילום הפשוט ביותר וחסר היומרה יש יותר מקוריות מאשר ביצירות לקט, אשר זוכות מצידן להגנה:

The least pretentious picture has more originality than in directories and the like, which may be copyrighted.

(אמירתו המפורסמת של השופט הולמס בעניין *Bleistein*, בעמ' 250).

It undoubtedly requires originality to determine just when to take the photograph, so as to bring out the proper setting for both animate and inanimate objects  
*Pagano v. Chas. Beseler Co.*, 234 F. 2d 963 (S.D.N.Y. 1916).

"אין ספק כי דרושה מקוריות לצורך הבחירה ולרגע  
הצילום על מנת ליצור את המסגרת המתאימה לדומם  
או לחי המצולמים"

גם התמונה הפשוטה ביותר אינה חפה מהשפעתו האישית של היוצר שצילם

אותה:

[N]o photograph, however simple, can be unaffected by the personal influence of the author, and no two will be absolutely alike. [...] The suggestion that the Constitution might not include all photographs seems to me overstrained (*Jewelers' Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co.*, 274 F. 932 (1921)).

ואכן, יותר משיש בו בצילום מן המצולם – יש בו מן המצלם – המשקיע, תכופות, בצילום מרוחו, מטעמו ומכישוריו; המשקיע בתצלום את חושיו ואת נקודת המבט הייחודית שלו על המציאות. התצלום משקף את המציאות כפי שהיא נראית בעיני רוחו של המצלם ולא רק כפי שהיא נתפסת בעין המצלמה. רגע אחד של צילום אוצר בתוכו לעתים יותר מעולם שלם, תמונה אחת – הכל יודעים – שווה יותר מאלף מילים. ההתרחשות אינה נושאת עימה "זכויות" ליוצר כל הארץ אך האספקלריה בה נתפשת המציאות – יוצרת את זכויות היוצרים.

בעניין פרמייר ליג (ובעניין טלאיבנט שקדם לו), קבענו כי צילום משחקי ספורט נחשב ל"יצירה מקורית" הזוכה להגנת זכות יוצרים. זאת, אף על פי ש"אירוע ספורט עצמו הוא התרחשות של עובדות במציאות, אשר כידוע אינן מוגנות בזכויות יוצרים" (עניין פרמייר ליג, פס' 12 לפסק דיני). זכות היוצרים חלה על "האופן המסוים בו אירוע הספורט מתועד ונערך", כך פסקנו. וכך גם הצילום התיעודי: אף שהצילום מתאר דמות שקיימת במציאות, קמה זכות היוצרים ביחס לאופן המסוים שבו תועדה אותה דמות. אופן התיעוד, בחירת זוויות הצילום, מיקוד התמונה, בחירת הרקע ובמיוחד תפישת הרגע, ואפילו עצם הבחירה בנושא הצילום ברגע המסוים – בכל אלה טבועה היצירתיות, הוסיפו על כך את העריכה המחושבת – והצילום המתקבל עולה כדי "יצירה מקורית", הזוכה להגנת דיני זכויות היוצרים. אף העובדה שחלק מ"אבני היסוד" שבהן משתמש הצלם הן בגדר "נחלת הכלל", אין בה כדי לשלול זכות יוצרים ביצירה השלמה בכללותה (השור: ע"א 136/71 מדינת ישראל נ' אחימן, פ"ד כו(2) 259, 261 (1972); עניין קימרון, בעמ' 828)).

12. בעניין שלפנינו, בחירת התזמון הנכון, בחירת זווית ראשו של רבין והבעת פניו בעת הצילום, בחירת המרחב הווירטואלי בנושא הצילום, בחירת הרקע והמרחק, בחירת העדשה והמצלמה הנכונה וטכניקת הצילום הם בגדר יסודות מקוריים ויצירתיים הראויים להגנה. רכיבים אלה מקורם הן בהשקעה מצד הצלם הן בכישרונו, ניסיונו ומיומנותו. הם דרשו עיצוב של הצילום (מבחינת המרחק מרבין ומיקומו בתוך גבולות התמונה) וטביעת עין שאפשרה למבקש לקלוט את הזווית הנכונה ואת ההבעה המיוחדת של המצולם ברגע הנכון. ואם לא די בכך כדי ללמד על ייחודיות התמונה – הוסיפו לכך את העובדה שתמונה זו נבחרה בידי אלמנתו מבין מאות ואולי אלפי תצלומים של רבין. הייתה זו תמונה שונה, הייתה זו תמונה מיוחדת, הייתה זו תמונה נבחרת – "הנבחרת".

13. ההגנה על זכויות היוצרים בצילום התייעודי מוצדקת מבחינת שיקולי המדיניות העומדים בבסיס הזכויות האלה. אחת התכליות העיקריות של ההכרה בזכות היוצרים היא "לעודד את הגיוון בביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים" (עניין אינטרלגו, בעמ' 163); ראו גם גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא(2) 359 (2001) וכן ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פסקה 13 (טרם פורסם, 20.06.2011). תכלית זו נועדה להשגה על-ידי מתן תמריץ כלכלי ליוצר, שמולו "מחיר חברתי" בדמות ההגבלות על הגישה והשימוש ביצירה המוגנת.

שיקולים אלה יפים גם ביחס לצילומים תיעודיים. לחברה עניין רב בעידודם של יוצרים תיעודיים לפתח יצירות חדשות – וזאת בדרך של תגמול. ערכם ההיסטורי, התרבותי והחברתי של צילומי העיתונות ושל הצילומים התיעודיים לא יסולא בפז, והוא מצדיק מתן תמריץ ליוצריהם. הצורך לעודד ביטויים תיעודיים אינו נופל מהצורך לעודד ביטויים מבוים. הוא עולה עליו. צילומי עיתונות ידועים הפכו חלק מן התרבות העולמית. הם מעצבים תודעה חברתית והם משפיעים תכופות על תפיסות הציבור בכלל ועל תהליכים פוליטיים בפרט. בתודעת הכל צרובות תמונות הצנחנים בכותל המערבי של דוד רובינגר (יצירה המכונה גם "הצנחנים הבוכים"), תצלום החייל יוסי בן חנן במימי תעלת סואץ שצילם צלם מגזין "טיים"; ותצלום הנפת דגל הדיו באילת במהלך מלחמת העצמאות, שצילם מיכה פרי; ובעולם: הצילום המוכר, זוכה פרס הפוליצר, של הנפת דגל ארצות הברית באיו ג'ימה. צילום זה צולם על-ידי הצלם ג'ו רוזנטל, במלחמת העולם השנייה, והוא מתאר חמישה נחתים אמריקאים וחובש של הצי האמריקאי המניפים את דגל ארצות-הברית על פסגת הר סוריבאצ'י שבאי היפני

איוו ג'ימה בתום קרבות עקובים מדם (הנפת הדגל הראשונה על האי תועדה אמנם בידי צלם אחר, אך הצילום הראשון לא זכה לאותה פופולריות כמו הצילום של ההנפה על ההר, והוא פחות מוכר בציבור עד היום). צילום אחר שנצרב בתודעה העולמית הוא תצלום "ילדת הנאפאלם", זוכה פרס הפוליצר גם הוא, אותה צילם ניק אוט. בצילום נראית ילדה וייאטנמית רצה עירומה לאחר שנפגעה מפצצת נאפלאם במהלך מלחמת וייטנאם. התצלום הפך לסמל אנטי-מלחמתי מוכר. מעניין לציין שהנשיא ניקסון הוקלט כשהוא תוהה – כנראה בעקבות עוצמת הקומפוזיציה – אם הצילום לא בוים. אלא שהאותנטיות של הצילום בעינה עומדת. המציאות גוברת על כל דמיון.

הצילומים האלה זכו להגנת דיני זכויות היוצרים. העובדה כי הם מתעדים התרחשות בלתי מבווימת לא גרעה מחשיבותם הציבורית – היא העצימה אותה.

14. דיני זכויות היוצרים מגנים על המשאבים והמאמץ אשר הושקע בהפקת היצירה. הם מכירים בזכותו של היוצר ליהנות מפרי עמלו (ראו פסח, בעמ' 383-402; עניין שוקן, פס' 13). דיני זכויות היוצרים מגינים גם על ההיבט האישי של היצירה, אשר נתפסת כביטוי חיצוני ל"אני הפנימי" של היוצר (פסח, בעמ' 403). אין כל ספק כי הצילום התיעודי דורש כשרון ומאמץ (ראו עניין זון 77). הצלם התיעודי משקיע את מרצו, זמנו וכישרונו בהפקת היצירה והוא זכאי ליהנות מפרי עמלו. תפיסת המצולם ברגע הנכון ובזמן הנכון דורשת מיומנות, כמו גם בחירת המצלמה והעדשה הנכונות לצילום, עיצוב התמונה ובחירת המרחק הנכון מנושא התמונה. עצם הבחירה לתעד ולהראות לעולם רגע חולף מסוים, שייחודיותו או חשיבותו לכדו את תשומת ליבו של הצלם – יש בה מחשבה מקורית והשקעה של ה"עצמי" ביצירה. יש בה תכופות משום שאר-רוח.

ההבחנה שהציע בית המשפט המחוזי בין צילום תיעודי לבין צילום "מבויס" מניחה כי בצילום "מבויס" קיים ערך אמנותי רב יותר. זו הבחנה שאינה משפטית. הניסיון לעמוד על ערכה האמנותי של תמונה באמצעים משפטיים נועד, לעיתים קרובות, לכישלון. כמאמר השופט פוזנר: "Judges can make fools of themselves pronouncing on aesthetic matters" (*Gracen v. Bradford Exch.*, 698 F.2d 300, 304 (7th Cir. 1983); ראו גם גרינמן, בעמ' 98; עניין *Bleistein*, בעמ' 251). קביעת היקף שונה של הגנה ליצירות שונות לפי "ערכן האמנותי" עשויה להוביל להתערבות מסוכנת ובלתי מיומנת בשדה היצירה והאמנות, ומתן עידוד לביטויים מסוגים מסוימים על חשבונם של ביטויים אחרים. קביעה כי לאמנות מסוג מסוים אין מקום בעולם

המשפט, ושלילת ההגנה על זכויותיהם של יוצריה – כפועל יוצא מכך, עלולה להדירה מן העולם האמיתי. היא עשויה להקים התערבות פסולה בחופש הביטוי והיצירה.

15. גם בארצות-הברית, שם נתקל תחילה הצילום בקשיים בדרכו לקבלת הכרה כנושא לזכות יוצרים (ראו: Nimmer, בפרק 2.08. בקשיים דומים נתקל גם צילום הקולנוע. ראו ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נה(1) 577, 589-587 (2000) (להלן: עניין מפעל הפיס); גרינמן, בעמ' 171-175) מוסכם ומובן מזה זמן רב כי יש להעניק הגנה כמעט לכל צילום, ובכלל זה לצילום התיעודי (ראו פסק דינו של השופט הולמס בעניין *Bleistein*, בעמ' 249-250; *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 337 F. Supp. 2d 444 (S.D.N.Y. 2005) (להלן: עניין *Coors*); Nimmer, בפרק 2.08). בתי המשפט האמריקאים הכירו בזכות יוצרים על צילומים של עצמים דוממים (כמו הספרייה הציבורית של ניו-יורק – *Pagano v. Charles Beseler Co.*, 234 F. 2d 963 (S.D.N.Y. 1916); על צילומים שנלקחו בהופעות קרקס (עניין *Bleistein*) ואף על צילומי וידאו של אירועים חדשותיים (כגון *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, עניין – 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968) (להלן: עניין *Time*)).

בהקשר זה ניתן להבין את הפרשנות הרחבה שהתקבלה בפסיקה הישראלית למונח "יצירה", אשר כולל גם יצירות שימושיות-מסחריות (עניין אינטרלגו); שלטי פרסומת (עניין גלידת ויטמן); אמצעי המחשה להוראת חשבון (ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מה(3) 749 (1988)); שידורים חיים של משחקי ספורט (עניין טלאיבנט, בעמ' 544; ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (טרם פורסם, 13.05.2012) (להלן: עניין פרמייר ליג)); הרצאות משפטיות (ע"א 8117/03 ענבר נ' יעקב, פס' 12 (טרם פורסם, 16.01.2006) (להלן: עניין יעקב)); יצירות שעיקרן הוא ליקוט ועריכה של נושא קיים (עניין אחימן) וכיוצא באלה.

מכאן, שאין מקום לייחד לצילום עיתונאי-תיעודי זכויות יוצרים "פחותות" ומצומצמות יותר בהיקפן.

העתקת הצילום התיעודי

16. משנמצא כי יצירה מסוימת מוגנת מכוח דיני זכויות היוצרים, יש לבחון האם הופרה הזכות – לאמור האם העתיקה היצירה המאוחרת מן היצירה המוגנת. ההעתיקה המפרה יכולה להתקיים גם אגב שינוי במימד או במדיה (גרינמן, בעמ' 245-246, 619-

*Rogers v. Koons*, 751 F. Supp 474 (S.D.N.Y. 1990) 960 F.2d 301 (2<sup>nd</sup> ; 618 Cir. 1992) (להלן: עניין *Koons*). לפי החוק הקודם, העתקה מפרה היא העתקת "חלק ניכר" מהיצירה המוגנת (לפי החוק הקודם). הפרשנות המקובלת לתנאי זה היא כי המדובר בהעתקת חלק מהותי מהיצירה המוגנת. המבחן הוא מבחן מהותי ולא כמותי (עניין הרשקו, בעמ' 756). במאמר מוסגר יצוין, כי כיום מבהיר החוק החדש במפורש כי יש להוכיח העתקה של "חלק מהותי" (ראו: גרינמן, בעמ' 626; עניין גבע, בעמ' 267-268; ע"א Krone AG 3422/03 נ' ענבר פלסטיק משוררין, פ"ד נט(4) 365, 381 (2005) (להלן: עניין ענבר)). ההעתקה יכולה להיות מוכחת בראיות נסיבתיות, וביניהן העובדה שליוצר היצירה המאוחרת יותר בזמן הייתה גישה ליצירה המוגנת, בצירוף העובדה שמתקיים דמיון מהותי בין שתי היצירות (ראו ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד(1) 825, 830 (1970); ע"א 15/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד לו(2) 813, 823 (1982); עניין הרשקו, בעמ' 756; עניין יעקב, פס' 12). יודגש כי ההפרה נבחנת ביחס ליצירה המקורית ולא ליצירה המפרה (עניין יעקב, בפס' 22; עניין גבע, בעמ' 268; עניין מפעל הפיס, בעמ' 592; גרינמן, בעמ' 629).

17. בית המשפט המחוזי קבע כי בהעתקה של תמונה שאינה מבויתת למדיה אחרת יש להבחין בין יסודותיה המקוריים של התמונה לבין יסודות שאינם מקוריים, וכי היסודות שהועתקו בענייננו אינם מקוריים. אלא שקביעה זו, ודרך יישומה על-ידי בית המשפט המחוזי, עלולות לאיין את ההגנה על יצירות תיעודית ועיתונאיות. אכן, ניתן, במסגרת הבחינה אם הועתק חלק מהותי מהיצירה ובכפוף לה, להתחשב במידת ההעתקה של היסודות היצירתיים והמקוריים שביצירה בהשוואה לאלה שאינם יצירתיים ואינם מקוריים. הבחנה זו הועלתה כבר בפסק הדין בעניין מפעל הפיס:

לפיכך, תיבחן הפגיעה בזכות היוצרים לאור השאלה אם המוטיבים שהועתקו מן היצירה המוגנת – בין בצורה ישירה ובין במרומז – כוללים יסודות, אשר יש בהם כשלעצמם מידה של מקוריות (עניין מפעל הפיס, בעמ' 591).

אלא שהקביעה כי בצילום תיעודי כל האלמנטים המאפיינים את הדמות המצולמת אינם מקוריים או יצירתיים – אינה נכונה. הבהרנו כבר כי מידת שיקול הדעת ומידת ההשקעה שמפעיל צלם תיעודי, כמו עוצמת ההשראה, אינן פחותות מאלה שמפעיל צלם המביים את התמונה המצולמת. נהפוך הוא. הסטודיו הוא סטטי – המציאות היא דינמית. הסטודיו מציג ואריאציות מוגבלות – המציאות היא אין סופית. עצם הבחירה להנציח מראה מסוים שנגלה לעיני הצלם – יש בה מקוריות ויצירתיות.

על כך כבר נכתב כי: "A person may create a worthwhile photograph by being at the right place at the right time" (עניין Coors, בעמ' 452).

18. הדמיון בין שתי היצירות – התמונה וההטבעה – אינו נובע רק מכך ששתיהן עוסקות באותה דמות. בין שתי היצירות קיים דמיון מהותי במאפיינים הרבים של רבין כפי שהופיעו בתמונה המסוימת הזאת; הפרופיל המיוחד של יצחק רבין, כפי שהונצח ברגע שבו נלכד בעדשת המצלמה, הבעת פניו, תסרוקתו וזווית מבטו, הפרופורציות של חלקי פניו כפי שהופיעו בתמונה, קפלי העור בעורף ובסנטר וצווארון החולצה שלבש. למעשה, הניסיון להבחין בין דמותו של רבין, כפי שהיא מוצגת בצילום לבין דמותו כפי שהיא מוצגת על המטבע, כמוהו כניסיון "למצוא את ההבדלים" במשחק לילדים (השוו: עניין גלידת ויטמן, בעמ' 356). בנוסף, למשיב הייתה גישה לתמונה (היא הומצאה לו לצורך ההטבעה) והיא שימשה אותו במהלך עבודתו. לפיכך המדליה העתיקה חלק ניכר ומהותי מהתמונה; הטענה כי לא הועתקו יסודות מקוריים ביצירה מבוססת על תפיסה צרה מדי של דרישת המקוריות ושל עבודת הצלם התיעודי.

19. גם העובדה שנעשה שימוש במדיה אחרת – הטבעה – אינה מעלה או מורידה לצורך קיומה של העתקה, במקרה זה. יודגש, כי אין מדובר על שינוי מיצירה דו-מימדית ליצירה תלת-מימדית, אלא על העברה למדיה אחרת, דו-מהותית על פי מהותה. ההטבעה על המדליה אינה נסמכת על שלושה ממדים. עובייה אינו מלמד אחרת בדיוק כפי שלא נבדיל בין צילום המודפס על נייר דק, על נייר עבה או על קרטון. השוני בחומר ממנו יצוקה המדליה לעומת הצילום אינו שולל את יסוד ההעתקה כשם שטיב החומר עליו מודפסת התמונה אינו משנה את טיב ההעתקה.

מונופול על דמותו של יצחק רבין?

20. טענתו העיקרית של המשיב בערעור זה היא כי מתן הגנה לתמונות שבהן מצולם אדם שנפטר מן העולם יוצרת מעין "מונופול" על דמותו, זאת מאחר ותימנע מיוצרים אחרים האפשרות להציב את הדמות ביצירה משלהם באותה תנוחה ובאותה זווית. בכך אין ולא כלום. הזכות הקניינית המוענקת ליוצר על יצירתו משמעה, מעצם טבעה, הגבלה על ביטויים עתידיים. אכן, מקום בו מדובר באדם שנפטר, עשויה הכרה בזכותם של יוצרים, אשר תיעדו אותו בימי חייו, להקשות על יוצרים המעוניינים להשתמש בדמותו ביצירותיהם העתידיות. הדבר נכון גם לגבי צילום של אירועים היסטוריים, אשר לא יחזרו על עצמם. ניתן בדרך זו לומר כי הצלם שהזדמן למקום הנכון וצילם את התמונות בזמן הנכון זוכה במעין מונופול על יצירות שבהן מופיע

אותו אדם או אירוע (השוו לעניין *Time*, שבו הכיר בית המשפט במדינת ניו-יורק בזכות יוצרים על צילום וידאו חובבני של אירוע רצח קנדי). כך הוא – ואין בכך כדי לשנות מן ההגנה על זכות היוצרים. טענות המשיב לעניין זה משקפות את המתח המתמיד שבין הצורך להכיר בזכויות יוצרים כאמצעי לעידוד היצירה לבין החשש מפני הקניית זכות קניינית ליוצר – מתח הטבוע בדיני זכויות היוצרים (השוו, בין היתר, לטענות הנוגעות לחשש מפני בעלות ברעיון, בעניין יעקב, פס' 20-21; פסח, בעמ' 371; עניין גבע, בעמ' 266-267; עניין מפעל הפיס, בעמ' 596; השוו גם לטענות אודות המונופול שניתן לחוקרי המגילות הגנוזות בעניין קימרון, בעמ' 827-828, 834-835; מיכאל ד' בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב 347, 395-407 (תשס"ב)). הגנה רחבה מדי על היצירה התיעודית עלולה לפגוע בהתפתחות היצירתית העתידית, בעוד אשר הגנה צרה מדי תפגע בתמריץ ליצור יצירות תיעודיות מלכתחילה (השוו: עניין גבע, בעמ' 266). הצורך באיזון בין שני השיקולים האלה בא לידי ביטוי, בדין למשל, בכך שזכות היוצרים היא זכות מוגבלת מבחינת מושאה, היקפה, משך קיומה וכיוצא באלה (עניין גבע, בעמ' 267). מתח זה לא חמק מתודעתו של המחוקק בעיצוב זכות היוצרים והיקפה –

המחוקק לא התעלם ממשמעות היקף השימוש ותכליתו בעיצוב הזכות; שימושים מסוימים בנסיבות מסוימות הוצאו מתחום הגנת זכויות היוצרים מסיבות של מדיניות ציבורית. ואולם, הכשרתם של אלה אפשרית רק במסגרת החריגים לזכות. המחוקק היה ער לצורך לאזן בין מטרות דיני זכויות היוצרים ובין אינטרסים ציבוריים אחרים, על-ידי מתן לגיטימציה לשימושים מסוימים, ואף ייחד לכך סעיף בחוק. כפי שיבואר להלן, מעניק סעיף 2 לחוק הגנה מפני טענת הפרה, למרות שמדובר בהעתקה (או בפעולה אחרת שהזכות הבלעדית לעשייתה נתונה ליוצר). זאת, כשנסיבות השימוש ו/או תכליתו נופלות בגדר אחד החריגים המפורטים בסעיף-קטן (1) סיפא. כיוון שכך, הרי שגם את האיזון מול חופש הביטוי והיצירה ואינטרס הציבור בטיפוח אסכולה אמנותית זו או אחרת מן הראוי לבחון במסגרת זו. ברי כי גם אם המסגרת הקיימת אינה מאפשרת את השימוש – אין לעקוף את מגבלות ההסדר החוקי על-ידי הצרה מלאכותית של המונח: 'העתקה' (עניין גבע, בעמ' 268).

21. על כן, האיזון בין הצורך להגן על פרי יצירתו של היחיד ולתמרץ יצירות וביטויים עתידיים, מחד גיסא, לבין האינטרס החברתי "לשגשג על הקרקע הפורייה של העבר" (עניין קימרון, בעמ' 834), מאידך גיסא, בא על פתרונו במסגרת החוק והדברים ברורים: ראשית, מובן הוא כי זכות היוצרים של המבקש אינה משתרעת על דמותו של

רבין כשלעצמה, אלא על הביטוי הקונקרטי שלה כפי שהוא מופיע בתמונה (השוו להבחנה בין רעיון לביטוי: גרינמן, בעמ' 72-80). אין הגנה איפוא על תוכן התמונה. המדליה, במקרה שלפנינו, דומה דמיון מהותי להיבטים בתמונה ואלה חורגים מתווי פנים רגילים. התמונה הנציחה הבעה מיוחדת, נטיית הראש, עוצמת הביטוי כפי שנקלטו באותו רגע מסוים שבו נלכדה הדמות בעדשתו של המבקש. כל אלה הם פרי עבודתו המקורית והיצירתית של המבקש, והם זכאים להגנה.

ההבחנה היא בחירה וברורה: שניים שצילמו במועדים שונים או במעמד אחד את אותו אדם – כל אחד במצלמתו שלו – אין האחד מפר את זכות היוצרים של האחר. עניינו של החוק הוא במניעת העתקה, ולא בעצם היצירה של מוצר זהה (עניין אינטרלוגו, בעמ' 170, 184; ע"א 9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פס' 18 (לא פורסם, 22.8.2006). לביקורת נוספת על טיעון המונופול ראו פסח, בעמ' 370-371). במילותיו החדות של השופט הולמס: "Others are free to copy the original. They are not free to copy the copy" (עניין Bleistein, בעמ' 449). גם הנשיא מ' שמגר התייחס לעניין זה וציין כי:

זכות היוצרים מוגנת בפני החיקוי וההעתקה – בגלוי או תחת מסווה; היא איננה מעניקה מונופולין כלליים, שמשמעותם או תוצאתם היא המניעה הכללית של היצירה המקבילה, העלולה להיחשב להפרת זכות בשל הדמיון או הזהות המקוריים והבלתי מודעים, המתגלים בה לאחר מעשה. הזכות מוגנת, כאמור, בפני החיקוי, ואם הוכח, כי פלוני יצר יצירה דרמטית באופן בלתי תלוי, כפרי רוחו שלו וללא קשר כלשהו ליצירה אחרת שקדמה לה, אין המחבר הראשון זכאי לכל סעד נגד היוצר השני (עניין גולדנברג, בעמ' 822).

אכן מבחינה תאורטית יכלו גם אחרים לצלם את רבין באותו מועד ובאותו אופן, באותה הבעה ובאותה זווית, מאותו מרחק ותוך שימוש בעדשה מקרבת – אלא שאיש לא עשה כן מלבד המבקש. המבקש לבדו הצליח ללכוד רגע שלא חזר של מציאות ושל הבעה שהפכו את התמונה לתמונה מוכרת ומצליחה – וזוהי יצירתו. אכן, זכות היוצרים של המבקש אינה משתרעת על דמותו של רבין כמושג מופשט, לא זה המקרה. במקרה זה הועתקה דמותו כפי שהיא מופיעה בתמונה המסוימת של המבקש – העתקה אשר מהווה הפרה של זכות היוצר והמסקנה האחת היא כי המשיב הפר את זכות היוצרים של המבקש בתמונה.

לכך יש להוסיף שברגיל אין מניעה כי אמן המעוניין לעשות שימוש ביצירתו בתווי פניו של איש ציבור שנפטר ("תוכן התמונה") יביט בתמונות (ואולי אף בפסלים) המנציחים את דמותו של איש הציבור, יקבל השראה מהם וייצור בדרך זו קומפוזיציה מקורית. אלא שכך לא נעשה במקרה שלפנינו – שבו השתכנע בית משפט השלום כי המשיב העתיק את יצירתו את המבקש. זוהי קביעה עובדתית שאין בסיס להתערב בה במקרה זה.

22. שנית, החשש מפני הגבלה על יכולתם של אמנים להשתמש בדמויות של אישי ציבור שנפטרו אינו מצדיק גריעה מעקרונות זכויות היוצרים הרגילים מלכתחילה. זכות היוצרים אינה יכולה להיבחן ביחס לחשיבות היסטורית שיכולה להתווסף ליצירה בדיעבד. אכן, אין חולק כי קיימת תכלית חברתית חשובה ביצירה התיעודית, וחשיבות בחשיפתן של יצירות תיעודיות ועיתונאיות לכלל האוכלוסייה. אולם ספק אם פגיעה בתמריץ הכלכלי של היוצרים התיעודיים תשרת את התכלית הראויה הזאת (השוו: עניין פרמייר ליג, פס' 21 לפסק דיני). בוודאי כך מקום בו משמשת הפגיעה ליצירתה של מדליה אשר נמכרת תמורת תשלום, ולא בהכרח תפיץ את מורשתו של רבין בציבור הרחב. השיקול בדבר השימוש הרצוי בדמותו של רבין ובמאפייניה, יכול למצוא את מקומו במסגרת ההגנות על שימוש הוגן ביצירה. ניתן להתייחס לערך הטמון בחשיפת היצירה התיעודית לקהל הרחב במסגרת בחינת היקף השימוש ההוגן (במסגרת השיקול של אופי היצירה שבה נעשה השימוש. עניין גבע, בעמ' 275; סעיף 19(2) לחוק החדש; השוו לעניין Koons, בעמ' 310, ולעניין Time). במסגרת זו ניתן אף לבחון את היקף השינוי שנערך ביצירה החדשה ואת טיבו. ככל שמדובר בשימוש טרנספורמטיבי ביצירה, כך יהיה קל יותר להכיר בשימוש כשימוש הוגן (ראו עניין פרמייר ליג, פס' 20 לפסק דיני).

אלא שבענייננו, שאלת השימוש ההוגן אינה עומדת למבחן, שכן לא נטען – וממילא אף לא הוכח – כי הגנה זו עומדת למשיב. עם זאת, לא למותר לציין כי המשיב ביקש להשתמש בתמונה לצורך עבודה מוזמנת בעבור תשלום, שסופה במדליה אשר נמכרה כמוצר מסחרי – נסיבות המחלישות את הטענות בדבר השימוש ההוגן (עניין פרמייר ליג, פס' 20; עניין יעקב, פס' 23).

הגנת המפר התמים

23. מקובלת עלי גם מסקנתו של בית משפט השלום שלפיה לא עומדת למשיב הגנת המפר התמים. טענתו של המשיב בבית משפט השלום הייתה כי סבר שאין צורך

לבקש את אישור הצלם מאחר שהגב' רבין ביקשה להשתמש בתמונה; וכי סבר ש"העברת התמונה למדיה אחרת" אינה עולה כדי הפרה של זכות היוצרים. בכך אין ולא כלום. אכן, במקרה הרגיל אין למצולם (או ליורשיו) בעלות, במוכן של זכות יוצרים, על הצילום. על כן, אף אם חשב המשיב כי ניתנה לו רשות מאת בעל הזכות הרלוונטית – לא הייתה לאמונה זו על מה שתסמוך. המשיב טען כי בגלל טעות זו צריכה לעמוד לו הגנת המפר התמים, שכן לא ידע כי ההרשאה שניתנה לו לשימוש בתמונה מאת לאה רבין אינה מספיקה. טענה זו, כאמור, אין לקבל.

הגנת המפר התמים הייתה קבועה בעתו בסעיף 8 לחוק, אשר הורה כך:

אם הוגש משפט מחמת הפרת זכות-יוצרים ביצירה, והנתבע טוען שלא ידע מדבר קיומה של זכות-יוצרים ביצירה, לא יהא התובע זכאי לכל תרופה משפטית, פרט לקבלת צו מניעה או צו-איסור לגבי ההפרה, אם הוכיח הנתבע שבתאריך ההפרה לא ידע ולא היה יסוד נאמן לחשוד שקיימת זכות יוצרים [ההדגשה הוספה – א' ר'].

הגנת המפר התמים עומדת אפוא למי שלא ידע ולא חשד כלל בקיומה של זכות יוצרים ביצירה. רק הנחה מוטעית – שיש לה יסוד נאמן – על אי קיום זכות יוצרים תקים למפר הגנה, ואילו הנחה סתמית על קיומה של הרשאה או על כך שאין מדובר בהעתקה – אינה מקימה את ההגנה (עניין שביט, בעמ' 154; עניין קימרון, בעמ' 837; ע"א 241/55 דפוס ניאוגרפיקה נ' מטדה בע"מ, פ"ד יא 890, 892 (1957)).

למשיב לא עומדת איפוא הגנת המפר התמים.

זכות מוסרית

24. בית משפט השלום קבע – ובדין כך – כי הופרה זכותו המוסרית של המבקש, בנוסף לזכותו הכלכלית (ראו עניין קימרון, בעמ' 840; ת"א (שלום ת"א) 43688/06 רובינגר נ' וואלה! תקשורת בע"מ (טרם פורסם, 5.2.2009)).

הזכות המוסרית נקלטה למשפט הישראלי מכוח בסעיף 4א לפקודת זכות יוצרים, 1924, שקבע כי:

(1) מחבר זכאי ששמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה המקובלים.

(2) מחבר זכאי שלא ייעשה ביצירתו כל סילוף, פגימה או שינוי אחר, או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה.

25. הזכות כי היצירה תיקרא על שמו של היוצר, היא הזכות לייחוס, חלה גם לגבי יצירות נגזרות (גרינמן, בעמ' 842). בעת שיוק המדליה צוין שמו של המשיב בקטלוג כמי שעיצב את המדליה, אולם איש לא טרח לציין את שמו של המבקש כצלם התמונה שעליה התבססה המדליה. בית משפט השלום בצדק ציין כי במקרים דומים נהוג ומקובל לציין גם את שמו של הצלם שעל תמונתו התבססה המדליה (ראו סעיף 89 לפסק דינו של בית משפט השלום) ומקובלת עלי מסקנתו כי המבקש לא זכה שהיצירה תקרא על שמו בהיקף ובמידה המקובלים. ממילא בנסיבות אלה לא זכה המבקש כי שמו יצוין בהיקף ובמידה הראויים. ולו גם בקטלוג המדליות.

26. לעומת זאת, הקביעה באשר להפרת זכותו המוסרית של המבקש לשלמות היצירה היא קביעה מורכבת יותר. אמנם נעשה שינוי שהוא בבחינת "שינוי אחר" ביצירה, בעצם הפיכתה למדליה, אולם לא הוכח, במידה הדרושה כי יצור המדליה פגע בכבודו או בשמו הטוב של המבקש. בפסיקה ובספרות התעוררה השאלה אם הסיפא לסעיף 4א – התנאי של פגיעה בשמו הטוב או בכבודו של היוצר – חלה על התיבות "שינוי אחר" (ראו ע"א 782/87 אלחנני נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מו(3) 529 (1992); ת"א (מחוזי חי') 799/86 טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ב(3) 89, פס' 18-21 (1992)).

לשוננו של סעיף 4א סובל שתי פרשנויות אפשריות: הפרשנות האחת, היא כי הדרישה של הוכחת פגיעה בכבוד או בשם הטוב מתייחסת רק לחלקו השני של הסעיף – ל"כל פעולה" אחרת (יהושע ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכות יוצרים" מחקרי משפט ז' 51, 63 (תשמ"ט)). הפרשנות האחרת, היא כי הדרישה של פגיעה בכבוד או בשם הטוב מתייחסת לכל חלופות הסעיף, לרבות "שינוי" או "סילוף" (ראו עניין טאו, פס' 21). הבחירה בין החלופות טרם הוכרעה בפסיקת בית המשפט העליון (בעניין אלחנני השאיר השופט ש' לוי את השאלה בצריך עיון. ראו שם, פס' 11; לסקירת המחלוקת בערכאות הנמוכות ראו: גרינמן, בעמ' 838 וההפניות שם).

27. כתמיכה באפשרות הפרשנית השנייה ניתן לציין את העובדה כי אמנת ברן, אשר ממנה נשאבה הזכות המוסרית – מורה כי הזכות המוסרית נפגעת רק במקום בו

נגרמה פגיעה בכבודו או בשמו הטוב של היוצר (ראו ויסמן, בעמ' 63). על כן ניתן להסיק כי נוסחו המעורפל של סעיף 4א התקבל, ככל הנראה, בעקבות טעות שבהיסח דעת (ויסמן, שם). בנוסף, ברוב מדינות העולם נהוג להגביל באופן דומה את הזכות לשלמות היצירה (ראו טוני גרינמן "הזכות המוסרית – מ-Droit Moral ל-Moral Right" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 439, 443 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)). נוסף על כך, כיום מבהיר חוק זכות יוצרים כי הזכות המוסרית אוסרת רק על שינוי או סילוף שיש בהם פגיעה בכבודו או בשמו של היוצר (ראו סעיף 46 לחוק החדש; גרינמן, בעמ' 852-854). סעיף 46 לחוק החדש קובע:

זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר –  
 (1) כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים  
 בנסיבות העניין;  
 (2) כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או  
 שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית  
 ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע  
 בכבודו או בשמו של היוצר.

על כן אילו היה התיק נדון לפי החוק החדש, המסקנה הייתה כי הזכות המוסרית הופרה רק במובן של פגיעה בזכות לייחוס. סבורני כי השינוי שהתקבל בחוק זכות יוצרים מעיד על כוונת המחוקק להגביל את הזכות המוסרית למידות אלה, וכי החוק החדש אך נועד להבהיר את הדין הקיים בעניין זה ולא לשנותו (ראו דברי ההסבר לחוק החדש, ה"ח הממשלה תשס"ה 196, 1134).

28. המסקנה היא כי הדרישה של פגיעה בכבוד היוצר או בשמו הטוב חלה על כל חלופות סעיף 4א. פרשנות אחרת תעניק הגנה חזקה יתר על המידה לזכות המוסרית, ותאסור למעשה כל שינוי באשר הוא. הפרשנות שבה אנו נוקטים אף תגשים במידה רבה יותר את מטרתו של החוק ללכת בעקבות אמנת ברן. מאחר שלא הוכח כי בעניין שלפנינו התקיימה פגיעה בכבודו של המבקש או בשמו הטוב עקב שינוי יצירתו והפיכתה למדליה – הגעתי למסקנה כי זכותו המוסרית לשלמות היצירה לא נפגעה.

29. סיכומי של דבר: המשיב הפר את זכות היוצרים של המבקש ביצירתו, לאחר שהעתיק חלק ניכר ועיקרי ממנה למדליה; למשיב לא עומדת הגנת המפר התמים. גם זכותו המוסרית של המבקש הופרה, אך בעניין זה ראיתי לצמצם את ההפרה לזכות לייחוס ולא לזכות לשלמות היצירה. אף שבעת שומת הפיצויים לקח בחשבון בית משפט השלום גם את הנחתו כי הופרה הזכות לשלמות היצירה, לא מצאתי לנכון

להפחית מסכום הפיצויים שנקבע שם – וזאת בהתחשב בכך שעוצמת הפגיעה בזכות המוסרית לייחוס היא משמעותית כשלעצמה.

אשר על כן, פסק דינו של בית המשפט המחוזי מבוטל. פסק דינו של בית משפט השלום שב על כנו למעט הקביעה בדבר הפרת זכותו של המבקש לשלמות היצירה. המשיב יישא בהוצאות המבקש בסך 30,000 ש"ח.

כמו-כן, מצטרף אני לקביעתו של חברי השופט א' רובינשטיין, כי ככל שהמדליה עודה מופצת, על המשיב לדאוג כי הפרסומים הרלוונטיים יאמר "עוצב בעקבות תמונה שצילם אמיר ויינברג".

### המשנה-לנשיא (בדימ')

#### השופט א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא (בדימוס) א' ריבלין אשר לקבלת בקשת רשות הערעור, אך דעתי שונה באשר לפיצוי, וסבורני שיש להפחיתו מאשר שנקבע בבית משפט השלום, כפי שיפורט. עוד אומר, כי לדעתי הצנועה הסתבך תיק זה מעל ומעבר לנחוץ. אינני יודע אם היו מאמצי גישור בשלב כלשהו, אך הודאה מצד המשיב בכך שעשה שימוש בתמונת המבקש, גם אם לשיטתו שלו אין זו העתקה במלוא מובנה, תוך מתן "קרדיט" ראוי לעניין הזכות המוסרית, ואולי תשלום מסוים למבקש - היו חוסכים שבע שנות התדיינות ומשקפים פתרון של שכל ישר, מצרך נדיר מדי במחוזותינו.

רקע והליכים

ב. בשנת 1991 צילם המבקש, צלם עיתונות, את יצחק רבין ע"ה, אז חבר כנסת, בטקס יום הזיכרון לחללי צה"ל, ומעיניו ניבט במבט רציני ונוגה, שתאם את המעמד ואת אישיות יצחק רבין כפי שהכרתיה מקרוב (זכיתי להיות מזכיר ממשלתו וראש משלחת המו"מ לשלום בהנחייתו). לימים - 1998 - עיצב המשיב, אמן בתחומי, מדליה למטבעה המלכותית הנורבגית, ואין חולק במהות כי בעיצוב המדליה נעשה שימוש בצילום של המבקש, גם אם יש מחלוקת על "עוצמת השימוש". המשיב לא כיחד, כי בין התמונות בהן התבונן לעשיית מלאכתו היתה התמונה יצירת המבקש, והיא זו שאותה הדגישה בפניו אלמנת יצחק רבין, לאה רבין ע"ה. התבוננות בתמונה ובמדליה

מזהה קשר ברור בין השתיים, בין השאר בהטיית הראש, בקמטי העורף והסנטר ובמבט, ואף בצווארון החולצה; זאת - אף כי אין לטעמי זהות גמורה, ואשוב לכך בהמשך, וישנם הבדלים קטנים. כך או אחרת, בית משפט השלום קבע כעובדה כי סקיצה שערך המשיב כהכנה לעיצוב המדליה היא העתקה ברישום של הצילום.

ג. במישור המשפטי קבע בית משפט השלום כי משעשה המשיב שימוש בחלק ניכר של היצירה, הפר את זכויות המבקש, מקום שלא קיבל אישורו להפקת המדליה; נקבע גם כי אין עומדת למשיב הגנת המפר התמים. צוין כי לא ניתן למבקש אשראי (קרדיט בלע"ז) ועל כן גם הופרה זכותו המוסרית.

ד. בבית המשפט המחוזי השיג המשיב הן בנושא זכות היוצרים והן - לחלופין - באשר לגובה הפיצויים.

ה. בית המשפט המחוזי נדרש לשאלה האם החלק המוגן ביצירה הוא תוכנה או אמנות הצילום. לשיטתו, צלמי עיתונות - עם שאינם מעורבים, מטבע עבודתם, בהכנת הדמויות לצילום - משקיעים בעבודתם יצירתיות ומקוריות; אך זו תלויה בנסיבות המקרה, ויש חשש פן להגנה רחבה מדי למצלם דמות ציבורית ידועה, תהא השלכה על יצירת אמנות עתידה, שכן מאפייני הדמות אינם תוצר מקורי של הצלם. לשיטת בית המשפט המחוזי, מידת ההגנה שראוי להעניק לצילום דמות "מקורית" על פי העמדת היוצר רחבה מזו שיש ליתן לצילום דמות ציבורית מוכרת, בנסיבות שאינן מבוטאות, מבלי להמעט מהשקעתו של הצלם בנידון דידן, שגם טרח והביא ציוד מיוחד. אף שיש דמיון בין המדליה לצילום, סבר בית המשפט כי זכות היוצרים של המשיב אינה משתרעת על תוכנה - מאפייני דמותו של יצחק רבין ע"ה - באופן שימנע מאמן אחר להעמיד את הדמות באותו מצב; לא נתגבשה העתקה מן הצילום, גם אם היתה השראה הימנו; ובצילום תיעודי, באשר לא הצלם עיצב את הדמות, אין זכות היוצרים חלה על הדמות עצמה. אוסיף, כי בית המשפט ציין שהמדובר בהלכה חדשה, אשר טרם הוכרעה בישראל. סוף דבר, הערעור נתקבל וחייב הפיצוי בוטל. בית המשפט, נוכח התוצאה אליה הגיע, לא דן בשאלת הפיצוי, שאף עליו נסב הערעור.

ו. בבקשת רשות הערעור ובתגובה לה נחלקו הצדדים בשאלת מידת ההגנה לצילומה של דמות ציבורית. לשיטת המבקש הסוגיה פשוטה - לא דמותה של האישיות הציבורית היא על האבניים, אלא הייחוד שבדרך הצילום שבחר המבקש, ושהולידה לשיטתו מקוריות, ומכאן זכותו שהופרה. המבקשים להצטרף, קבוצת צלמי עיתונות,

סבורים כי זכות יוצרים אינה מקנה זכות עתידיות במצולם, כחשש בית המשפט המחוזי, אך כל צילום, כולל תיעודי, מוגן בזכות יוצרים; לשיטת המשיב - אין ליתן מונופול לצלמים על דמויות ציבוריות, ועל כן לא היתה הפרה. אציין כי בהחלטה מיום 23.12.09 העברתי את התיק להרכב שלושה, וניתן עיכוב ביצוע חלקי לעניין השבת הסכום שבו חויב המשיב בבית משפט השלום ושלום, כך שמחצית תושב (בעקבות פסק הדין בבית המשפט המחוזי), ולגבי המחצית השניה תופקד ערבות בנקאית אוטונומית.

ז. בדיון בפנינו נטען מטעם המבקש, כי הבסיס הנכון לקביעה השיפוטית הוא קליטתה המיוחדת של דמות יצחק רבין ע"ה באותו "רגע קסום" של הצילום, וייחוד זה הועתק על-ידי המשיב; טענת המבקש אינה לזכות יוצרים על תוי הפנים של ראש הממשלה המנוח, אלא על יצירתו שלו. זו היתה גם עמדת בא כוחם של המבקשים להצטרף (שאנו מצרפים) בהטעימו, כי השאלה בבחינת התקיימותו של "חלק ניכר" כלשון סעיף 1(2) לפקודת זכויות יוצרים (בשעתו) לעניין הפרה אינה כמות אלא מהות; אין מקום לטעון כי אירוע ציבורי או אישיות ציבורית אינם יכולים להוות חלק מהותי מיצירה; לא האובייקט הוא המוגן אלא האופן בו צולם, ואת זאת אין להעתיק. לשיטתו, השאלה איפוא אינה אָשם אלא זכויות. בא כוח המשיב טען, כי קביעת בית משפט השלום מבוססת על טעות קשה - שכן למבקש אמנם זכויות יוצרים בצילום, אך מה שיצא מתחת ידו של המשיב, השונה באור ובצל ועוד, אינו מוגן.

הכרעה: ההפרה

ח. חברי המשנה לנשיא (בדימוס) סקר כידו הטובה את המצב המשפטי. מסכים אני עם כל ניתוחיו באשר לזכות היוצרים האפשרית בצילום תיעודי, ולא אכביר מלים. קשה מאוד לחלוק באמת ובתמים על כך שצלם תיעודי, גם אם יכלו לעמוד לצדו באותו זמן צלמים תיעודיים אחרים ולצלם אותו אירוע או אותה אישיות, משקיע מרוחו, מכשרונו ומיצירתיותו בזוית, במשחק האור והצל, בקביעת המרחק הנכון, ב"לכידת" הרגע המתאים, וכל שאמר חברי בהקשר זה (במיוחד בפסקה 11) מקובל עלי. לדוגמאות שהביא חברי (בפסקה 13) אוסיף את צילומי הבלתי נשכחים של רוברט קאפה ממלחמת האזרחים בספרד ממלחמת העולם השניה וממלחמת הקוממיות שלנו, עד שנהרג על משמרתו בהודו-סין ב-1954, את דוד בן גוריון העומד על הראש בחוף הים, ועוד; על פולמוסים בקשר ל"אותנטיות הרגע" לעומת "העמדה" בחלק מן התמונות של צלמים שהזכיר חברי והזכרתי, ראו רשימתו של Bill Marsh: "Faked Photographs Look and Then Look Again", ניו יורק טיימס, 23.8.12. בלי להשוות ולהשתוות כל עיקר לצילומים ההיסטוריים שנזכרו, בלשכתי בבית המשפט תלויה

תמונה שבה, בימי המשא ומתן לשלום עם ירדן, צולמתי באחד האירועים בושינגטון כאשר כמעט מעדתי על חבל תוחם, אלא שהמלך חוסין תפס בזרועי ומנע את המעידה, והצלם "תפס את הרגע" של "המעידה הנמנעת"; בתמונה נראה גם ראש הממשלה יצחק רבין. האם תמונה אקראית זו אינה זכאית להגנה? אתמהה. בית המשפט המחוזי לא התעלם מ"השקעתו המקצועית והיצירתית של המשיב (המבקש אצלנו - א"ר), שבחר להגיע אל הטכס מצויד במצלמה מקצועית ובעדשה מיוחדת... ובמפתח צמצם... שאיפשרו לו לצלם את רבין ז"ל ממרחק רב ומזוית ייחודית". ואולם, בית המשפט הבחין בין צילום סטודיו מושקע ועמוס שיקול דעת אמנותי לבין מקרה של תיעוד מעין זה שלפנינו. לטעמי, בכל הכבוד, שיקול הדעת האמנותי מופעל גם בתיעוד כמו זה בו עסקינן; ואשר להעתקה, ראשית, אביע תמיהה על כך שבית משפט השלום לא קיבל אפשרות להתבונן כדבעי בזמנו החופשי במדליה עצמה. מכל מקום על פי הצילומים שבפנינו, עם שישנם הבדלים מסוימים כגון באור ובצל, ודומני שאולי עוד קמצא (עניין הדגל המופיע בתמונה ולא במדליה שהועלה על-ידי המשיב כבסיס לטענת שוני, זניח בעיניי ולא רלבנטי לנושא, שהוא דיוקן יצחק רבין ולא הדגל) - אין כיום חולק כי נעשה שימוש בתמונה שצילם המבקש; ואכן היה הדבר כך באופן מהותי כעולה מצילומי המדליה. ארשה לעצמי לציין מהיכרות קרובה עם יצחק רבין ע"ה בתפקידים שונים לאורך שנים לא מעטות, כי התמונה שצילם המבקש נותנת ביטוי לאישיותו, ולטעמי במיוחד להבעתו הרצינית והנוגה כמעט תדיר - לא אחת אף קודרת. לטעמי המדליה אף מעצימה קדרות זו ומקרינה זעף מסוים, ובכך שוני מן התמונה. אך כך או אחרת רכיבים משמעותיים בתמונה מצויים במדליה, והם "חלק ניכר" מן התמונה שצילם המבקש כלשון סעיף 1(2) בנוסחו הרלבנטי; על כן הופרו זכויות היוצרים של המבקש באופן המזכה אותו בפיצוי.

על המשפט העברי

ט. לא אלאה בחזרות על האסמכתאות שהביא חברי מזן אל זן, המקובלות עלי. אזכיר רק כי גם המשפט העברי נדרש בדורות אחרונים לשאלות של זכות יוצרים, משעה שאלה התעוררו עם ההתפתחויות הטכנולוגיות; ראו סקירה בע"א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שוח פ"ד נח(6) 869, 888-892; ע"א krone 3422/02 נ' ענבר פלסטיק, פ"ד נט(4) 365, 379-380; רע"א 2991/07 אקו"ם נ' קפוצ'ין (לא פורסם), פסקאות ל"ד-ל"ז; נ' רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים; ואסמכתאות נוספות המופיעות בפסקי הדין הללו. אקדים ואזכיר את דברי ר' ישעיה הלוי הורוויץ (השל"ה הקדוש, המאות ה"ז-ה"יז) האומר, "גדול שיאמר דבר בשם אומרו ולא יגזול דעת האומרו, כי הגזילה זו יותר מגזילת ממון... ומה מאוד גדול

עבירה זו בעיני, האומר פשט הכתוב בספר, או אשר שמע, ולא מזכיר שם האומר או הכותב" (שבועות קפד, ע"ב, מובא על-ידי רקובר שם, 39; ראו גם ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, 841, מובא על-ידי השופט טירקל).

י. פרופ' רקובר מביא דוגמאות פסיקה לעניין צילום ספר או העתקת קלטת של הזולת, בין היתר (עמ' 105) בתשובה של ר' משה פיינשטיין, מגדולי הפוסקים במאה העשרים, הכותב (אגרות משה אורח חיים ד', מ', י"ט), כי "אבל לעשות טייפ אחר מטייפ אחד שלא ברשות – הוא איסור גזל"; ראו גם הרב ע' בצרי, "זכות יוצרים" תחומין ו' (תשמ"ה), 169; הרב ז"נ גולדברג "העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים", שם, 185; הרב נ' בר אילן, "העתקת ספרים או קסטות" תחומין ז' (תשמ"ו), 360 ותשובת הרב גולדברג שם, 368; הרב אליה כץ, "זכות יוצרים", תחומין ח' (תשמ"ז) 259; הרב ש' אישון "הורדת שירים מהאינטרנט" תחומין כ"ד (תשס"ד), 96 והאסמכתאות דשם; נ' רקובר, "'ארור משיג גבול רעהו', לזכויות היוצרים המו"לים", פרשת השבוע (עורכים א' הכהן ומ' ויגודה), דברים 236; הרב ח' נבון "זכויות יוצרים בהלכה", צהר ז' (תשס"א); הרב ד"ר מ' אברהם "גניבת דעת וקניין רוחני", תחומין כ"ה (תשס"ה) 350. נושאים אחדים של קניין רוחני נדונים, בין השאר, בפי הדיין הרב צ"י בן יעקב (תחומין י"ח (תשנ"ח), 221; משפטי ליעקב ג' תשנ"ט).

יא. הרב סיני לוי, במאמרו "פיצוי ללא הוכחת נזק על הפרת זכויות יוצרים" תחומין ל"ב (תשע"ב), 233 (המבוסס על פסק דין בבית דין לממונות), מסכם את היסודות ההלכתיים להגנה על זכויות יוצרים, ובהם איסור גזל, החובה לפצות את חברו בשל הנאה מממונו, וכן "דינא דמלכותא דינא" (עמ' 234). המדובר שם היה בצלם חובב שהעלה תמונה לאתר אינטרנט, ושבועון תורני העתיק את התמונה בלא ייחוס לצלם; הרב לוי מסמך פסיקתו על מקורות ובהם אמירת דבר בשם אומרו כאחת הדרכים לקניין תורה (משנה אבות ו', ו'). לדברי המחבר (עמ' 235) "נציין שהצורך החברתי בדורנו הוא בעל מאפיינים חדשים. בדורות עברו, המטרה העיקרית היתה להגן על אנשים שהשקיעו ממון ויש חשש שהשקעתם תרד לטמיון. ההגנה על זכויות יוצרים כיום, ובמיוחד ההגנה על הזכות המוסרית (שחקיקתה בתשמ"א בתיקון לפקודת זכויות יוצרים התבססה בין השאר על מקורות המשפט העברי - הצעות חוק תשמ"א, 238; רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים 115 - א"ר), נועדה כיום גם לצורך חברתי משמעותי של עידוד אנשים להעמיד את יצירותיהם לרשות הציבור, ובכך להעשיר את כלל האנושות בידע רחב ואיכותי וביצירות רבות ומגוונות". הפיצוי ללא הוכחת נזק מותר לשיטתו (עמ' 237-238), גם בזמן הזה שיש בו סמכות לבית דין להטיל קנסות

בדבר שהוא צורך שעה (רמ"א, חושן משפט א' ה' "... קנסות שבאים חכמים לקנוס מעצמן על תקנתן, גובין בכל מקום...", וכן שם ב', א' "וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כבית דין הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג..." וראו עוד שם). נאמר עוד, כי לכגון זה יש לקבוע סכום פיצוי שאינו זניח (שם חייב בית הדין לממונות ב-3,000 ש"ח ובהוצאות).

יב. דומני כי הצד השווה בין המחברים המלומדים במשפט העברי בעידנים אלה הוא ההבנה, כי נושא זכויות היוצרים הוא בעיה אמיתית שיש להידרש אליה, גם אם לא עלתה לפני חכמים בעידני עיצובה של התשתית ההלכתית המרכזית, בימי התלמוד ובתקופת הראשונים. דומה כי הכל, בדיונים מרתקים, סבורים כי יש למצוא דרך הלכתית לעיגון זכויות היוצרים. בפרשת אבסולוט שוח ציינתי (פסקה י"ט(6)) את הלבטים באשר למסגרת ההלכתית הספציפית, והוספתי "יהא אשר יהא המקור ההלכתי הישיר לכך, מתוך ההלכה פנימה או כדינא דמלכותא, התפיסה היא של הגנת בעל הקניין הרוחני". וכדי לדבב שפתי ישנים אזכיר כי הרב י"ש אלישיב ע"ה, שזה לא כבר נתבקש לבית עולמו, מצוטט כאומר "שאינו מבין איך ניתן לחלוק על כך, שליוצר ישנה בעלות וזכות על יצירתו" (הרב ד"ר מ' אברהם שם, 353). סוף דבר, גם מהיבט המשפט העברי משנפגעה זכות היוצרים של הצלם, כבמקרה דנא, יש לו זכות לפיצוי.

הכרעה: גובה הפיצוי

יג. בית משפט השלום זיכה את המבקש בפיצוי בסך 66,500 ₪ ליום פסק הדין (19.12.06). הוא בנה סכום זה מרכיבים אלה: ראשית בגין הפרת זכויות יוצרים, על פי סעיף 3 א' לפקודת זכויות יוצרים, 1924, פיצוי סטטוטורי מירבי ללא הוכחת נזק בסך 20,000 ₪ משוערך מיום ההפרה (11.6.98) ליום פסק הדין, קרי 34,020 ₪. שנית, בגין הפרת הזכויות המוסריות לפי סעיף 4א(5) לפקודת זכויות יוצרים, בסך 15,000 ₪ בליווי הצמדה וריבית, שעמד על 16,000 ₪ ליום פסק הדין (אגב, בפסק הדין שבידי בסעיף 100 דומני שחסרה בטעות הגהה המלה "לא", וצריך להיות "לא דאג הנתבע כי יינתן קרדיט לתובע..."). שלישית, פיצוי בגין עשיית עושר ולא במשפט בסך 6,500 ₪, שכן - כך נקבע - ניתן להניח ברמת ודאות גבוהה שעבודת המשיב תקנה לו מוניטין נוסף והזמנות חדשות. רביעית, פיצוי בגין עגמת נפש בסך 10,000 ₪; ובסך הכל כאמור 66,500 ₪.

יד. בערעור בבית המשפט המחוזי טען המשיב כי פעל בתום לב, גם כיון שהפנתה אליו גב' רבין את הצילום והוא שימש כלוגו של מרכז רבין, ולכן נקי היה, לדעתו, מזכויות יוצרים; כן נטען כי המבקש דרש בעבר ממוסדות ציבור סכומים של 500 עד 1,500 ₪ בעבור צילומיו, והיה מקום להתבסס על מדד זה. נטענו עוד טענות באשר לזכות המוסרית ולעשיית עושר. המשיב טען שם בתמיכה בהכרעתו של בית משפט השלום.

טו. לטעמי, מבלי לטעת מסמרות כלליים, היה עניין זה מתאים יותר מטבעו לקביעת פיצוי גלובלי ולא על כל ראש נזק בנפרד. אכן, המחוקק מאפשר פיצוי ללא הוכחת נזק בנפרד לפי סעיף 3א לפקודה (הפרת זכות יוצרים) וסעיף 4א (זכות מוסרית). ואולם, בשונה מפרשת Eisenman נ' קמרון הנזכרת, שם נפסק פיצוי סטטוטורי בעבור ההפרה ופיצוי נוסף לעניין עגמת הנפש, ובה היה מדובר בעבודה בת 11 שנים שהשקיע פרופ' קמרון בפענוח מגילת "מקצת מעשה תורה" מן המגלות הגנוזות, אין ענייננו דומה בהיקפו לכך. משקיבל המשיב ממוסד פרס נובל 1,500 דולאר בלבד, גם אם הוסיף לו הדבר יוקרה - ואני יוצא מהנחה זו - הסכום הכולל הנפסק צריך להיות מתון יותר. באשר לזכות המוסרית, מסקנת חברי המשנה לנשיא בדבר זכאותו של המבקש בתחום זה לזכות לייחוס אך לא לשלמות היצירה - מצטרפת לכך. לדידי הרכיבים שיש להביא בחשבון הם ההפרה, הזכות המוסרית ועגמת הנפש, ואיני סבור שיש מקום לפיצוי על עשיית עושר ולא במשפט, שכן עילה זו נבלעת בנסיבות דנא באחרות (ראו רע"א 5768/94 א.ש.י.ר.נ' פורום אביזרים פ"ד נב(4) 289, 337: "במקום ששני העיגולים מקנים, כל אחד מהם לעצמו, זכות וסעד לנפגע, הכלל העקרוני הוא שהנפגע יקנה את שתי הזכויות גם יחד, ואולם כפיצוי לא יזכה אלא פעם אחת בלבד, בגין אחת מן הזכויות". השופט - כתארו אז - מ' חשין). בשקלול הורדת רכיב זה וצמצום הרכיב של הזכות המוסרית, הייתי מעמיד את הסכום הנפסק כולו ליום פסק הדין על 45,000 ₪. עוד הייתי מציע, כי ככל שהמדליה עודה מופצת, ידאג המשיב כי בפרסומים הרלבנטיים יאמר "עוצב בעקבות תמונה שצילם אמיר ויינברג".

סוף דבר

טז. כללם של דברים, מצטרף אני לחוות דעת חברי לעניין קבלת הבקשה והערעור באשר להפרה, אך אם תשמע דעתי, יופחת הפיצוי הנפסק כאמור מעלה.

ש ו פ ט

## השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף והמאלף של חברי, המשנה לנשיא (בדימ') אליעזר ריבלין, אשר כפי שיאה לנושא הוא בבחינת מעשה אמן.

2. נוכח הענין בו מדובר (הנצחתו של יצחק רבין ז"ל) וההשלכות התקדימיות של פסק דינו זה, הנני מרשה לעצמי להוסיף דברים אחדים:

א. על חשיבותו של הצילום בכלל ושל זה הדוקומנטרי בפרט עמדתי במקום אחר (ראו: בג"צ 7195/08 אשרף אבו רחמה נ' הפצ"ר (טרם פורסם – 1.7.09). פה אציין כי נראה שבית המשפט המחוזי הנכבד נתפס כאן לידי אי-הבנה, שאותה ביטא פעם מייסון קולי באמרו כי:

"אנשים מאמינים שצילומים הם אמיתיים ולכן אינם יכולים להיות אמנות" (מכתבים עירוניים, אוסף שלושה עשר 1994, מובא בתרגום לעברית באוצר הציטטות בעריכת איתן בן-נון (ערך: צילום) 650 (הוצאת מאגנס 2009).

ואולם צילום הוא סוג של יצירה אמנותית. כך היה בעבר במשטר של חוק זכויות יוצרים 1911 (החל על ענייננו); ראו: ת.א. (י-ם) זום 77 בע"מ נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ, פ"מ תשס"ב (3) 577 (2003)) וכך הוא הדבר בחוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007, שבגדרו מוגדרת "יצירת צילום" כ"יצירה אמנותית" (ראו סעיף 1 להגדרות שם).

אומר על כך תמיר אפורי בספרו החדש חוק זכויות יוצרים (2012) (להלן – אפורי, חוק זכויות יוצרים) כדלקמן:

"בענין זה ההגדרה איננה מבחינה בין צילום אמנותי המתוכנן מראש לבין צילום המתעד את המציאות באופן ספונטני. יצירת צילום כוללת איפוא צילום חדשותי, צילום אופנה, צילום מסחרי של פרסומות וגם צילום משפחתי, מתוכנן או אקראי". (שם בעמ' 58).

ב. בעקבות קביעות אלו נשאלת השאלה האם מותר להעתיק, או לעשות שימוש, או נגזרת "בצילום של רגע היסטורי", או בתווי פניו של אדם. התשובה לכל הקושיות הללו יוצאת מנקודת ההנחה שיש זכויות יוצרים בתמונה, ואולם דומה שבמאטריה זו נדרשות מספר התאמות מיוחדות, בשים לב לאופי היצירה ולסיטואציה בה היא נוצרה – זאת בארבעה מישורים:

- (1) הזכות המוסרית.
- (2) מרחב היצירה הנגזרת.
- (3) האפשרות לכפות פרסום התמונה (הבניה של מעין "רישיון כפיה").
- (4) הסעדים האפשריים העומדים לרשותו של בעל זכות היוצרים ובעל הזכות המוסרית – כנגד המפר (צו מניעה ו/או פיצויים).

נושאים אלה הינם רחבים מני-ים ולכן אסתפק בהקשר שלנו, זו הפעם, רק במספר הערות.

3. מקובלים עלי דבריו של חברי, המשנה לנשיא (בדימ'), השופט א' ריבלין (אליו מצטרף גם חברי השופט א' רובינשטיין בנקודה זו) כי הזכות המוסרית הופרה כאן במובן של פגיעה בזכות היחוס. עם זאת הנני מבקש להשאיר את השאלה הכללית יותר של פרשנות סעיף 4 לפקודת זכות יוצרים 1924 בצריך עיון, כפי שעשה השופט ש' לוין ב-ע"א 782/87 אלחנני נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד מ"ו (3), 529 (1992).

4. האמור בפיסקה 3 שלעיל משליך, בין השאר, על מרחב היצירה הנגזרת. נראה לי שיש לבקש מבעל זכות היוצרים ומהבעלים של הזכות המוסרית רשות לעשות יצירה נגזרת – מהיצירה המקורית. (ראו עתה סעיפים 11 (6) ו-16 לחוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007). עיינו גם: Roger v. Koons 960 F.2d 301, 310-312 (2nd Cir. 1992); אורית פישמן אפורי, היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים 66 (2005) (להלן – פישמן אפורי). לביקורת על ההלכה הנ"ל – של מי שדוגלים באסכולה של האמנות הפוסט מודרניסטית וכן התשובות לכך – ראו פישמן אפורי בעמ' 66-67.

עם זאת בהקשר של "צילומים היסטוריים" מתחייבת הגמשת-מה. בפסק הדין Time Inc. v. Bernard Geis Assocs. 293 F Supp. 130 (1968) העניין שעלה היה הסרטה של רצח הנשיא קנדי, שלגביה היתה לתובע זכות יוצרים. הנתבע גזר מספר קטעים

מתוך הסרט, שהנציח את הרצח, והפך אותן לתמונות סטילס ושילבן בספר שכתב על רצח הנשיא. בית המשפט קבע כי העתקת התצלומים הבודדים מתוך הסרט מהווה "שימוש הוגן", בין היתר משום שיש אינטרס רב לציבור לקבל את מירב המידע על רצח קנדי. ראו: פישמן אפורי, עמ' 339 ה"ש 42. עיינו גם: אפורי, חוק זכויות יוצרים 204.

התרחשות אחרת שהיתה קשורה גם היא בצילומים הכרוכים ברצח קנדי ואף לה השלכות על הנושאים הנדונים כאן – ענינה בצילום של ז'קלין קנדי, אותו צילם הצלם האמריקאי הנודע הנרי דאומן בהלווייתו של הנשיא האמריקני. תמונה זו פורסמה לאחר מכן במגזין לייף, שהיה בבעלות Time. דאומן ו-Time קיבלו זכות יוצרים על התמונה. האמן אנדי וורהול הכניס תמונה זו לאחת מעבודותיו והציגה בדרך ביקורתית. הנרי דאומן ו-Time ביקשו לתבוע את אנדי וורהול ואחר כך את הקרן שניהלה את עזבונו האומנותי. הענין הסתבך בסוגיות של ביטוח (ראו: Andy Warhol Foundation for the Visual Arts Inc. v. Federal Insurance Company 189 F.3d 208 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999)) והסתיים בסופו של דבר בפשרה. לאזכור הפרשה – ראו: הדרה בר-מור, דיני תאגידים, כרך ד' 114 (2009).

העולה מהאמור לעיל מלמד כי בסיטואציות של "צילומים היסטוריים" יש מקום לאפשר לעתים הכנת יצירות נגזרות על דרך של "שימוש הוגן", ואולם עשיית יצירות נגזרות כאלה הפוגעות באמן המקורי, או ביצירתו, או בדמות המצולמת, יכולה לבסס זכות תביעה לנפגעים. דרך אחרת להגנת הציבור ועל זכות הציבור לדעת במצבים שכאלה היא על דרך של "רישיון כפיה" לשם פרסום התמונה המקורית, או לטובת הפקה של יצירה נגזרת הימנה. על כך מיד בסמוך.

5. בישראל בשלב זה – אין המכשיר האמור של "רישיון כפיה" זמין במצבים הללו על פי המצב הסטטוטורי הקיים ואולם בעולם מתגבשות תרופות שכאלה. ראו: פישמן אפורי 400-402; אורי דינשטיין "רישיון כפיה בזכות יוצרים" משפטים כ"א 251 (תשנ"ב); COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT – Compulsory Licenses (16<sup>th</sup> ed. 2011) 28-56 – 28-01. ענין זה מביא אותנו לסוגיית הסעדים, שאתייחס אליה מיד בסמוך.

6. בסיטואציות כמו אלה שלפנינו, כאשר מדובר בהקשרים היסטוריים – אם בעל זכות היוצרים, או הבעלים של הזכות המוסרית יסרב ליתן רישיון לעשות יצירה נגזרת ותיעשה יצירה נגזרת תוך הפרת זכויותיו – דומה שהתרופה של צו מניעה לא תמיד תעמוד לו והוא יאלץ להסתפק בפיצויים כמו במקרה שלפנינו (עיינו גם: אפורי, חוק זכויות יוצרים 425-431) וכן באיזכור שמו ויצירתו המקורית. ענין זה מביא אותי לשאלת התרופות בתיק זה – עניין שבו נחלקו חברי.

7. בסוגיית גובה הפיצוי אני מצרף קולי לדעתו של חברי, המשנה לנשיא (בדימ') השופט א' ריבלין, אך בנוסף לכך יש מקום לדעתי כי תתקבל אף הצעתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, על פיה ככל שהמדליה עדיין מופצת – ידאג המשיב לכך כי בפרסומים הרלבנטיים, לצד המדליה ויחוס המדליה לעצמו (למשיב) יאמר: "עוצב בעקבות תמונה שצילם ויינברג". בהקשר זה חברי השופט רובינשטיין הפנה את תשומת הלב לעובדה כי במשפט העברי זכויות היוצרים מתבססים, בין היתר, על הרעיון: "גדול שיאמר דבר בשם אומרו ולא יגזול דעת האומרו..." (שבועות קפ"ד, ע"ב).

לפיכך ראוי שתאוזכר כאן יצירתו המקורית של אמיר ויינברג – והכל לכבודו של יצחק רבין ז"ל, אשר תמונתו והמדליה, מושאי ערעור זה, מציגים את יחודיותו המופלאה (ולמים את גורלו), והרי המצלמה – לא משקרת. היא משקפת את האמת הרגעית – לנצח.

**ש ו פ ט**

**הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיא (בדימ') א' ריבלין.**

**ניתן היום, י' באלול התשע"ב (28.8.2012).**

**ש ו פ ט**

**ש ו פ ט**

**המשנה-לנשיא (בדימ')**