



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

לפני כבוד השופט גלעד הס

התובעת סקס סטייל בע"מ

נגד

הנתבע יניב אבוטבול

פסק דין

רקע

1. התובעת הינה חברה אשר עוסקת ביבוא, פיתוח ושיווק של מוצרי סקס. בין היתר עסקה התובעת בהפקת סרטי סקס, לרבות הסרטים נשוא פסק דין זה.
 2. יובהר כבר כעת כי לאור הנספחים שצורפו לכתב התביעה אין למעשה מחלוקת כי מדובר בסרטי פורנוגרפיה מובהקים ובוטים (להלן: "סרטי פורנו"). אין מדובר בסרטים ארוטיים או באומנות, אלא ב – 'פורנו' במובנו המובהק ביותר. כך, למשל, הסרטים כוללים עירום פרונטלי ברור, תמונות תקריב ("קלוז אפ") של אברי מין וכן מציגים אקטים מיניים מגוונים ומפורשים.
 3. אין מחלוקת כי זכויות היוצרים בסרטי הפורנו הללו הינם של התובעת וזאת בהתאם לחוק זכות יוצרים, התשס"ח – 2007 (להלן: "חוק זכות יוצרים").
 4. הנתבע הינו אדם פרטי המפעיל אתר אינטרנט שכתובתו www.SexBlue.co.il (להלן: "אתר הנתבע").
 5. הטענה המרכזית של התובעת בכתב התביעה הינה כי הנתבע עושה שימוש, שאינו בהיתר או בתשלום, בסרטי הפורנו שהופקו על ידה בכך שבאתר הנתבע נכללים קישורים ל – 15 סרטי פורנו אשר זכויות היוצרים בהם שייכות לה.
- לאור הפרה זו דורשת התובעת פיצוי בסך של 100,000 ₪ בגין כל הפרה, כלומר פיצוי של 1,500,000 ₪, אולם מטעמי אגרה העמידה התובעת את התביעה על סך של 500,000 ₪.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

6. הנתבע אינו מכחיש בכתב ההגנה כי באתר הנתבע קיימים קישורים לסרטי הפורנו של התובעת, אולם טוען כי אין מדובר בשימוש מפר וזאת מהמטעמים המנויים בכתב ההגנה, בין היתר, בטענה כי קביעת קישורים באתר אינה בגדר "ביצוע פומבי". כמו כן, בכתב ההגנה נכללו טענות סף שונות.

7. ביום 7.3.2018 התקיים דיון קדם משפט. במסגרת הדיון העלה בית המשפט את הסוגיה המקדמית שנוסחה בקווים כללים כ- "האם זכויות יוצרים בסרטים פורנוגרפיים כגון הסרטים בהליך זה זכאים להגנה וזאת לאור איסור שחל לכאורה על הפצתם בחוק העונשין וכן מכוח תקנת הציבור".

הצדדים התבקשו לסכם טענותיהם בנושא זה, ואכן הוגשו סיכומים מטעם הצדדים.

אתיחס לטענות הצדדים בסיכומים מטעמם בפרק הדיון וההכרעה.

8. לאור האמור, פסק דין זה יעסוק בשתי סוגיות עיקריות:

א. האם קיימת זכות יוצרים ביצירה הפורנוגרפית;

ב. האם ראוי לתת סעד בגין הפרת זכות היוצרים ביצירה הפורנוגרפית לאור טענת אי החוקיות של יצירה זו ולאור הטענה כי היצירה הפורנוגרפית נוגדת את תקנת הציבור.

דיון והכרעה

סילוק על הסף

9. התובעת הפנתה בסיכומיה להלכות הנוגעות לסילוק תביעה על הסף, וטענה כי אלו מורות כי די באפשרות קלושה כי לפי עובדות כתב התביעה יזכה התובע בתביעתו על מנת שהתביעה לא תסולק על הסף.

אמנם ההלכה הינה כעמדת התובעת, אולם איני מקבל עמדה זו של התובעת לגבי התיק שלפניי, ואבאר:

אכן ההלכות בעניין סילוק על הסף ידועות וברורות, כאשר סילוק על הסף של תביעה הינו חריג. אולם, הלכות אלו מתייחסות למצב בו קיימת **מחלוקת** עובדתית כלשהי, כאשר במקרה שכזה יש לאפשר לתובע להוכיח את טענותיו **העובדתיות** אף כאשר אלו קלושות.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

אולם במקרים בהם אין מחלוקת עובדתית כלשהי וכאשר טענת הסילוק על הסף מבוססת באופן מלא על הטיעון העובדתי בכתב התביעה, הרי שאין כל הבדל בין דחיית (או קבלת) התביעה על הסף לבין דחייה או קבלה של התביעה בתום ההליך, וזאת כאשר ממילא אין צורך בבירור עובדתי.

10. במקרה שלפניי, התשתית העובדתית לשאלה הנורמטיבית אינה שנויה במחלוקת, כאשר מדובר בסרטי פורנוגרפיה מפורשים כפי שניתן לראות מנספחי כתב התביעה עצמו, וכאשר כך גם מגדירה אותם התובעת.

11. מכאן, השאלה המשפטית שלפניי הינה שאלה משפטית טהורה – האם סרטי פורנו אלו זכאים להגנת חוק זכות יוצרים. לצורך מתן מענה לשאלה זו אין כל צורך בבירור עובדתי וההנחה הינה כי כל העובדות בכתב התביעה נכונות הן. מכאן אין כל הבדל בין מצב בו השאלה המשפטית מוכרעת כשאלה מקדמית לבין מצב בו השאלה מוכרעת בסופו של ההליך, ר' ת"צ (ת"א) 50425-12-16 אמנון שורץ נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם במאגר נבו, 8.5.2018):

"שוורץ ציין כי בית-המשפט אינו דן בדרך כלל בבקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תביעה ייצוגית. ואולם, אין חולק כי באותם מקרים בהם ניתן להכריע בבקשה לסילוק על הסף בפשטות, וכאשר לא קיימת בין הצדדים מחלוקת עובדתית, ניתן לדון בבקשה לסילוק על הסף בנפרד מהדיון בבקשת האישור לגופה."

דברים אלו נאמרו אמנם על בקשה לאישור תובענה כייצוגית, אך נכונים גם לענייננו.

"השדה הגיאומטרי" – זכויות יוצרים ולא צנזורה

12. ראשית ראוי להבהיר את השדה הגיאומטרי של המחלוקת בענייננו.

שני הצדדים התייחסו לסוגיית חופש הביטוי הכרוכה ביצירה הפורנוגרפית והצורך או היכולת למנוע או לצנזר את שידורה.

אולם, פסק דין זה אינו עוסק בשאלות, המרתקות כשלעצמן, הנוגעות לשידור היצירה הפורנוגרפית והיכולת המשפטית, אם בכלל קיימת, למנוע את שידורה או פרסומה. בפרט, פסק דין זה אינו מבקש למנוע או להגביל שידור סרטי פורנו, או למנוע או להגביל צריכת מוצרי פורנו, כאשר הצדדים לא הציבו כל מחלוקת עובדתית או משפטית בנושא זה. שאלות אלו חורגות מהשדה הגיאומטרי של המחלוקת שלפניי.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

13. המחלוקת שלפניי נוגעת לשאלת **זכות היוצרים** ביצירה הפורנוגרפית ולא בשאלת שידורה או פרסומה של יצירה זו. כלומר, השאלה שלפניי הינה - האם היצירה הפורנוגרפית הינה יצירה הזכאית להגנה מכוח חוק זכות יוצרים, ואם כן, האם ראוי לאכוף הגנה זו לאור טענת אי חוקיות או לאור תקנת הציבור.

מכאן ברור כי בין אם אקבע שמדובר ביצירה מוגנת מכוח חוק זכות יוצרים ובין אם אקבע כי מדובר ביצירה שאינה חוסה תחת הגנת חוק זכות יוצרים, אין בכך להוות קביעה כלשהי, בוודאי שלא קביעה משפטית, לגבי הזכות לשדר או לצרוך פורנו.

14. אבהיר כי מובן כי קביעה כי יצירת פורנוגרפית לא זכאית להגנת זכויות יוצרים יש לה משמעות מרסנת לגבי הפקה של סרטים פורנוגרפיים והפצתם, עם זאת ברור כי אין היא כוללת איסור על הפקה, הפצה או שידור פורנו.

פורנוגרפיה ולא ארוטיקה

15. נקודה נוספת אותה ראוי להדגיש טרם אכנס לניתוח הסוגיות המשפטיות הינה כי מדובר בסרטים פורנוגרפיים בוטים ולא בסרטים ארוטיים או אומנותיים.

על ההבחנה בין הפורנוגרפיה לארוטיקה נשפכו הררי מילים, ר', למשל, פסק הדין המוביל בנושא בעניין בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים** (פורסם במאגר נבו, 9.1.1997) (להלן: "**עניין סטיישן פילם**"), בו נעשה דיון מעמיק בהבחנה בין פורנוגרפיה לאומנות בהקשר של הסרט 'אמפרית החושים'. כן, ר' בג"ץ 549/75 **חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע** (פורסם במאגר נבו, 13.1.1976) אשר ערך הבחנה בין סרט ארוטי מותר לסרט פורנוגרפי אסור, ועוד ר' דעת כב' השופט חשין בעניין בג"ץ 5432/03 **ש.י.ן. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין** (פורסם במאגר נבו, 3.3.2004) (להלן: "**עניין ש.י.ן.**"), אשר סבור כי פורנוגרפיה קשה (להבדיל כנראה מארוטיקה) לא תזכה ל- "כתר" חופש הדיבור.

המסקנה מדיונים אלו שלעתיים ההבחנה בין יצירה ארוטית בעלת ערך אומנותי לבין יצירה פורנוגרפית אינה פשוטה ואף תלויה בתרבות, מקום וזמן.

16. אלא, שבמקרה שלפניי אין צורך להידרש להבחנות קשות אלו, היות ואין מחלוקת כי הסרטים שלפניי אינם סרטים ארוטיים או יצירות אומנות, אלא סרטי פורנוגרפיה פשוטה כמשמעה, ואבאר:





בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

ראשית, התובעת עצמה מתייחסת לסרטים נשוא כתב התביעה כ- "סרטי סקס" ובסיכומים מטעמה כ- "סרטי פורנו", או כ- "ביטוי הפורנוגרפי" ואין כל טענה כי מדובר בסרטי ארוטיקה אומנותיים.

שנית, ולמעלה מן הצורך, דווקא במקרה שלפני נכון העיקרון שעיצב השופט סטיוארט (stewart) אשר קבע בעניין S. Ct 84 **jacobellis v. State of ohio** 1676 (1964) כי אינו מצליח להגדיר מה היא פורנוגרפיה, אולם:

"I know it when I see it"

אכן בעניין **סטיישן פילם** לעיל נדחה מבחן זה של כב' השופט סטיוארט, אולם במקרה שלפני הסרטים הינם כה בוטים וכה ברורים, כך שברור כי מדובר בפורנוגרפיה מובהקת.

17. אחזור ואבהיר כי מכתבי הטענות, כמו גם מסיכומי הצדדים, עולה כי אין למעשה מחלוקת כי מדובר בסרטי פורנוגרפיה ולא בסרטים ארוטיים.

האם סרטי הפורנו מהווים יצירה לעניין חוק זכות יוצרים?

18. הטענה הראשונה שיש להתמודד עמה הינה - האם הסרטים הפורנוגרפיים מהווים יצירה בהתאם לחוק זכות יוצרים. אני סבור כי התשובה לכך הינה חיובית, כך שסרטי הפורנו מהווים יצירה שהיא נשוא לזכויות יוצרים בהתאם לחוק, ואבאר:

19. סעיף 4(א)(1) לחוק זכות יוצרים קובע:

"היצירות שבהן יש זכות יוצרים

4. (א) **זכות יוצרים תהא ביצירות אלה:**

(1) **יצירה מקורית שהיא יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית או**

יצירה מוסיקלית, המקובעת בצורה כלשהי;"

20. הנתבע בסיכומיו טוען כי הסרט הפורנוגרפי אינו מהווה יצירה אמנותית, תוך הפניה לעניין **סטיישן פילם** לעיל, ומכאן לטעמו אין מדובר ב"יצירה" בה יש זכויות יוצרים. אני מקבל טענה זו של הנתבע. החלופה הרלוונטית לענייננו בסעיף 4(א)(1) אינה "יצירה אמנותית" אלא "יצירה דרמטית", כאשר יצירה דרמטית מוגדרת בסעיף ההגדרות:

"יצירה דרמטית" – לרבות מחזה, יצירה קולנועית, יצירה דרמטית-

מוסיקלית, יצירת מחול ופנטומימה;"



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

כלומר, יצירה דרמטית כולל באופן מפורש יצירה קולנועית, כאשר לא נדרשת כל דרישה "אומנותית" מהיצירה הקולנועית על מנת שתיכלל בהגדרה, כך שדי בכך שמדובר ביצירה קולנועית ומקורית על מנת שתהא בה זכות יוצרים.

21. במקרה שלפני אין מחלוקת כי מדובר ביצירה מקורית של התובעת וביצירה קולנועית ולכן יש בה זכויות יוצרים. למען הסר ספק אבהיר כי הדיון אליו מפנה הנתבע בעניין **פילם סטיישן** דלעיל, ובפרט המחלוקת בין כב' הנשיא ברק לכב' השופט חשין על הערך האומנותי של היצירה הפורנוגרפית, אינה מחלוקת רלוונטית להחלטת זכות יוצרים על היצירה, אלא רק על היקף ההגנה, אם בכלל, שיש ליצירה לאור עקרון חופש הביטוי.

22. הפסיקה הישראלית קבעה אף היא, אמנם ללא דיון מעמיק, בשורה של פסקי דין הן באופן מפורש והן באופן משתמע כי היצירה הפורנוגרפית הינה יצירה שיש לגביה זכויות יוצרים. ר', למשל, ת"א (ת"א) 1932-07 **תומר הרפז נ' אלון שעשוע** (פורסם במאגר נבו, 29.3.2012) (להלן: "**עניין הרפז**"), בש"א 5104/04 **קופידון מין בוטיק בע"מ נ. שבו אמנון** (פורסם במאגר נבו, 30.3.2004) (אם כי פסק דין זה עסק בסרטים ארוטיים ולא נערך בו דיון לגופם של דברים), ת"פ (שלום רחובות) 916/80 **מדינת ישראל נ' וידיאוקסט ואח'** (פורסם במאגר נבו, 8.2.1980) ועוד.

23. לפיכך, אני סבור כי את המשוכה הזו עברה התובעת וכי הסרטים שהפיקה, על אף שמדובר בסרטי פורנוגרפיה, הם סרטים שהינם מושא לזכות יוצרים.

האם זכות היוצרים בסרט פורנוגרפי ראויה להגנת בית המשפט?

המסגרת הנורמטיבית

24. כאמור, אני סבור כי סרטי הפורנו הינם בגדר יצירת קולנוע מקורית אשר יש בה זכות יוצרים. באופן עקרוני ובהתאם לחוק זכות יוצרים, הרי שימוש של אחר ביצירה יכולה להוות הפרה של זכות היוצרים, הפרה אשר מזכה את בעל הזכות לתרופות המפורטות בפרק ח' לחוק זכות יוצרים ואף חושפת את המפר לסנקציה פלילית כמפורט בפרק ט' לחוק.

במאמר מוסגר אציין כי הסוגיה האם שימוש של האחר ביצירה מהווה הפרה של זכות היוצרים או שימוש מותר מוסדרת, בין היתר, בפרק ד' לחוק הקובע מה הם השימושים המותרים ביצירה. סוגיה זו חורגת ממסגרת הדיון כאן, היות והיא מחייבת בירור עובדתי ובית המשפט יידרש לה רק ככל שידחו הטענות הנידונות כאן.

25. במקרה שלפני כאמור קבעתי כי קיימת זכות יוצרים ביצירה, לצורך פסק דין זה אין מחלוקת כי הנתבע עשה שימוש ביצירה ללא הרשאת התובעת ואני מניח לצורך פסק דין זה בלבד, ומבלי לקבוע ממצא כלשהו בעניין, כי אין מדובר בשימוש מותר.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

לפיכך, השאלה מתחדדת והיא - האם למרות שהנתבע ביצע הפרה של זכות היוצרים כמובנה בסעיפים 47-48 לחוק זכות יוצרים, ניתן לשלול מן התובעת את הסעדים שמקנה לה פרק ח' לחוק?

הנתבע מעלה שני טעמים לשלול מהתובעת את סעדי ההפרה, הטעם הראשון הינו שמדובר ביצירה שאינה חוקית והטעם השני הינו כי מדובר ביצירה הנוגדת את תקנת הציבור.

26. אציין כי עיון בחוק זכות יוצרים מגלה כי אין בחוק אמירה מפורשת השוללת את הגנת החוק מיצירה בלתי חוקית או מיצירה הנוגדת את תקנת הציבור.

עם זאת, נראה כי איש לא יחלוק כי לגבי יצירות בלתי חוקיות בית המשפט רשאי לשלול את הגנת חוק זכות יוצרים מיצירה שאינה חוקית, ואנמק:

ראשית, מבחינת ההיגיון המשפטי אין זה הגיוני כי בית המשפט יעניק סעד ליוצר יצירה בלתי חוקית. כך, למשל, סוחר סמים אשר רקח סם חדש ורב-השפעה ומוכר את אריזות הסם עם שמו וסמלו, האם יעלה על הדעת כי סוחר זה יוכל לתבוע את חברו סוחר הסמים על שהפר את זכות היוצרים בסם החדש ובאריזתו? והתשובה כמובן שלילית.

או דוגמה הקרובה למקרה שלפנינו - נניח כי הסרטים שלפני לא היו סרטי פורנו "רגילים" אלא סרטים הכוללים יחסי מין פדופילים או יחסי מין בכפיה פיזית ואלימה תוך גרימת חבלה לאחד מהמשתתפים, היעלה על הדעת כי בית המשפט יעניק סעדים למפיק סרטים אלו, כאשר זה טוען כי זכות היוצרים ביצירה הפדופילית או האלימה שלו הופרה? גם התשובה לכך הינה שלילית.

27. כמובן כי התשובה השלילית לדוגמאות לעיל אינה נעוצה רק ב- "הגיון משפטי" ולטעמי יש לה גם מקור חוקי והוא חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג -1973 (להלן: "חוק החוזים") אשר קובע בסעיף 30:

"חוזה פסול חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל."

סעיף 61(ב) לחוק החוזים קובע:

(ב) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה."

אין מחלוקת כי אכיפת זכות יוצרים הינה פעולה משפטית ולכן מכוח ה-"צינור" של סעיף 61(ב) לחוק החוזים ניתן להחיל את הוראות פסלות החוזה הבלתי חוקי (כמו גם את זה הנוגד את תקנת הציבור ולכך אתייחס בהמשך) גם על אכיפת זכות היוצרים הבלתי חוקית.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

מקור משפטי אחר אשר עליו ניתן לבסס אי-מתן סעדים גם כשהייתה הפרת זכות יוצרים הינו הכלל "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" או כפי שהוא מכונה לעתים "אין החוטא נשכר" [לתחולת הכלל על דיני הנזיקין ר' פסק הדין הידוע בעניין ע"א 609/68 **אספרנס נתן נ' מאיר עבדאללה (אילן)** (פורסם במאגר נבו, 19.4.1970)].

28. אציין כי הספרות בנושא זה אחידה בדעה כי באופן עקרוני ניתן לשלול את הגנת חוק זכות יוצרים מהיצירה הבלתי חוקית, ר' תמיר אפורי '**חוק זכות יוצרים**' (2012) (להלן: "**אפורי, חוק זכות יוצרים**"), בעמ' 107, סעיף 4.49, כמו כן ר' אורית פישמן אפורי '**היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים**' (2005), (להלן: "**פישמן, היצירה הנגזרת**") בעמ' 467.

גם המלומד פרופ' דניאל פרידמן בספרו '**דיני עשיית עושר ולא במשפט**' (מהדורה 2, 1998) בעמ' 560-599, דן בשלילת השבה מכוח הכלל "אין חוטא נשכר" ובין היתר מציין דוגמה מתחום זכויות היוצרים.

29. עם זאת ראוי לציין כי הספרות ציינה שאין מדובר בשלילה מוחלטת של ההגנה, אלא שנדרש לערוך איזון בין הזכות הקניינית הטמונה בזכות היוצרים לבין אי החוקיות הנטענת, כאשר לא בכל מקרה של אי חוקיות תישלל זכות היוצרים, ר' "**אפורי, חוק זכות יוצרים**" בעמ' 108.

30. אשר על כן, לטעמי ככל שאקבע כי היצירה הפורנוגרפית שלפני הינה בלתי חוקית, הרי הדבר יכול באופן עקרוני לשלול מהתובעת כאן את הזכות לקבלת סעדים בגין ההפרה וזאת לאחר עריכת האיזונים הנדרשים.

31. בעניין שלילת סעדים בגין ההפרה עקב פגיעה בתקנת הציבור, אני סבור כי העיקרון המשפטי זהה, וניתן לשלול את התרופות בגין ההפרה גם כאשר מדובר ביצירה הפוגעת בתקנת הציבור.

אמנם העיקרון בעניין תקנת הציבור נראה פחות אינטואיטיבי מאשר לגבי יצירה שאינה חוקית, אולם למעשה העיקרון נשען על אותה תשתית נורמטיבית של היצירה הבלתי חוקית ואף מעוגן בעמדת המלומדים בארץ ובפסיקה הבינלאומית, ואפרט:

32. לעניין המקור הנורמטיבי, הרי סעיף 30 לחוק החוזים עוסק לא רק בחוזה בלתי חוקי, אלא גם בחוזה הנוגד את תקנת הציבור. כמו כן, הכלל של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" או "אין החוטא נשכר", אינו מחייב כי "העוולה" או "החטא" יהיו בהכרח עבירה פלילית ויש מקום להחיל כללים אלו גם כאשר מדובר בסטייה נורמטיבית שאינה עולה כדי עבירה פלילית, ר' "**אפורי, חוק זכות יוצרים**" בפסיקה 52, עמ' 415 והאסמכתאות שם.

כך שקיים מקור נורמטיבי מבוסס לשלול את סעדי ההפרה גם כאשר מדובר ביצירה שנוגדת את תקנת הציבור.





בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

33. אולם לא רק מקור נורמטיבי אפשרי קיים בחוק, אלא שנראה כי זהו גם המצב הרצוי, כאשר הדעה המקובלת שיש לקרוא את תקנת הציבור לתוך חוק זכות יוצרים. זוהי הדעה בישראל וזהו המצב הקיים בארצות המשפט המקובל. לעניין זה אבהיר כי הצדדים לא הציגו פסיקה במסגרתה נקבע כי אכיפת זכות היוצרים כפופה לתקנת הציבור ואף לא הציגו פסיקה נגדית, ואף אני לא איתרתי פסיקה המתייחסת ישירות לנושא, אולם, כאמור, העמדה המקובלת של המלומדים הינה כי זכות היוצרים כפופה לתקנת הציבור.

לעניין זה ר' ר' 'אפורי, חוק זכות יוצרים' בעמ' 416 :

"מקרים בהם עשויה להשמע טענה מעין זו, הם למשל ספר פרי עטו של פושע המתאר את מעשה הפשע, סרט פורנוגרפי המציג ניצול מיני של קטינים וכיו"ב מקרים שיש בהם אי חוקיות חמורה ופגיעה בתקנת הציבור"

ור' דברים דומים ב- 'פישמן, היצירה הנגזרת' בעמ' 451.

עמדה דומה מובאת בספרה של מיכל שור-עופרי, 'פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים' (2011) בעמ' 301 :

"במשפט המקובל נתפס עקרון תקנת הציבור או אינטרס הציבור (public interest) בזכויות יוצרים כחלק מסמכותו הטבועה של בית המשפט, עוד לפני עיגונו בחוק מ- 1988"

ור' לדעה דומה גם טוני גרינמן 'זכויות יוצרים' (מהדורה שנייה, 2008) בעמ' 89.

יתרה מזו נראה שזו גם עמדת המשפט העברי אשר נושא זכויות יוצרים כפוף למונחים דומים לתקנת הציבור, כגון: 'טובת הציבור' או 'תיקון עולם', ר' נחום רקובר, 'זכות היוצרים במקורות היהודיים' (ספרית המשפט העברי, 1991), בעמ' 349.

34. ציינתי לעיל כי במשפט הישראלי אין התייחסות מפורשת להחלת תקנת הציבור על דיני זכויות יוצרים אולם דיון משתמע קיים, ר', למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1044/08 ארגון סוכני הדואר ו- 44 סוכני דואר נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם במאגר נבו, 25.1.2016) אשר בו התייחסות ספציפית גם לנושא תחולת עקרונות תום לב כלליים על דיני זכויות יוצרים.

35. במשפט האנגלי הדוקטרינה של תקנת הציבור המגבילה את זכות היוצרים הינה דוקטרינה ותיקה ומושרשת המכונה גם Copyright Misuse, אשר מוחלת בעיקר במקרים בהם היצירה לא מוסרית או שערורייתית, או כאשר מדובר ביצירה שפוגעת בחיים הציבוריים, בבריאות הציבור או בביטחונו. ר' פסק הדין בעניין :



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

Hyde Park residence Ltd. V. Yelland [1999] R.P.C. 655

המשפט האמריקאי אימץ אף הוא את דוקטרינת ה-Copyright Misuse, לפחות באופן רחב, ר' למשל:

Lasercomb Inc. V Reynolds 911 F. 2d 970 (4th Cir. 1990)

36. לאור האמור לעיל אני סבור כי יש להחיל את עקרון תקנת הציבור גם על המקרה שלפניי, כלומר להכפיף את זכות התובעת לקבלת סעדים בגין ההפרה לדוקטרינת תקנת הציבור.

מכאן לאחר שקבעתי את המסגרת הנורמטיבית, אבחן - האם היצירה הפורנוגרפית שלפניי הינה בלתי חוקית או נוגדת את תקנת הציבור.

האם מדובר ביצירה אשר הינה בלתי חוקית?

כללי – החוק והפסיקה

37. כאמור אין מחלוקת בין הצדדים כי הסרטים נשוא התביעה הינם סרטים פורנוגרפיים, מכאן עולה השאלה, האם הפקתם והפצתם של סרטים שכאלו הינה חוקית, היות וכפי שקבעתי לעיל, יצירה שאינה חוקית או שהפצתה אינה חוקית יש בה לשלול את הגנת חוק זכות יוצרים.

38. סעיף 214 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 קובע כדלקמן:

"214.

(א) העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שלוש שנים:

(1) מפרסם פרסום תועבה או מכינו לצורכי פרסום;

(2) מציג, מארגן או מפיק הצגת תועבה –

(א) במקום ציבורי;

(ב) במקום שאינו ציבורי – אלא אם כן הוא מקום המשמש למגורים או המשמש

חבר בני אדם שהחברות בו היא למי שמלאו לו שמונה עשרה שנים ולתקופה

רצופה.

(ב) המפרסם פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, לרבות הדמיית קטין או ציור

של קטין, דינו – מאסר חמש שנים."



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

39. כלומר חוק העונשין אוסר גם את הכנת ויצירת התועבה וגם את הפצתה. מכאן ברור, כי ככל שהסרטים נשוא פסק דין זה נכללים במסגרת הגדרת "תועבה" כמובנה בחוק העונשין, הרי יצירתם, הפקתם והפצתם הינם בלתי חוקיים וככאלו ניתן לשלול מהם את הגנת חוק זכות יוצרים.

40. המונח "תועבה" אינו מוגדר בחוק העונשין, ומכאן תפקיד בית המשפט לצקת בו תוכן פרשני, וזאת בהתאם לכללי פרשנות החקיקה המקובלים (פרשנות לשונית, בחירת אפשרות לשונית בהתאם לתכלית וכדומה), לפרשנות חקיקה ר' ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות** (פורסם במאגר נבו, 6.5.1985). בין היתר, ניתן להסתמך לצורך הפרשנות על האופן בו הפסיקה התייחסה למושג זה וכן לחקיקה אחרת המתייחסת למונח זה או למונחים דומים.

41. עוד אציין כי פרשנות המונח 'תועבה' הינה פרשנות "קשה" וזאת כאשר המחוקק בחר שלא להגדיר את המונח וכאשר מדובר במונח השאוב מהמשפט המקובל האנגלי.

המלומדת ד"ר לימור עציוני במאמרה **"מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי"** מחקרי משפט ל', התשע"ו – 2016, (להלן: **"עציוני, פורנוגרפיה"**), סוקרת את פרשנות המונח 'תועבה' בדין הישראלי לאורך שנים ומגיעה למסקנה:

"מהסקירה שהוצגה עולה כי "תועבה" במשפט הישראלי איננה מונח בעל משמעות יחידה והרמונית, ופירושים מגוונים ניתנו לה בתחומים שונים של המשפט: התועבה הפלילית התעצבה כמושג אמורפי וגמיש אשר גבולותיו הם גבולות סלידתו של השופט מהחומר המוצג לפניו; ענפים שונים של המשפט המנהלי אימצו הגדרות שונות ומגוונות: חלקם יישמו הגדרות דומות ואף זהות להגדרה הפלילית (כגון דיני המכס), חלקם אימצו מבחנים המתמקדים באופי אלים, משפיל או סקסיסטי של הפרסום (כגון הרגולציה על שידורי טלוויזיה) ובחלקם טרם נוצר הצורך להצביע על הגדרה ברורה וחד-משמעית"

כלומר גם לעמדת המאמר דנא מדובר במושג אמורפי שפרשנותו אינה קלה, על רקע קושי זה אצא לדרך הפרשנית.

42. בפתח הדרך הפרשנית אציין את הכמעט מובן אליו כי המונח "תועבה" אינו רק מונח עובדתי אלא יש בו גם יסוד **נורמטיבי** מובהק, כך שהגדרתו תלויה בזמן, במקום ובהקשר, כך למשל, ייתכן כי פרסום שהיה נחשב כתועבה בתקופת אנגליה הויקטוריאנית ייחשב היום כפרסום בזרם המרכזי וכך, למשל, צילום אשר באיראן יחשב כתועבה, יפורסם באין מפריע ברחובות סן פרנסיסקו, ארה"ב.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

לפיכך, ראוי לבחון את פרשנות המונח 'תועבה' ביחס למדינת ישראל, כאן ועכשיו.

43. ראוי להתחיל את הדרך הפרשנית בישראל של שנות ה-80 של המאה הקודמת, כאשר לגבי אותה עת אין מחלוקת כי הסרטים נשוא תביעה זו הוגדרו על ידי בתי המשפט כסרטי "תועבה", אשר יצירתם והפצתם היו מובילים להרשעת התובעת בהליך פלילי. דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בפסק הדין בעניין ת"פ (שלום רחובות) 916/80 **מדינת ישראל נ' וידאוקסט ואח' (פורסם במאגר נבו, 8.2.1980)**, במסגרתו הורשעו הנאשמים שם בגין הפצת סרטים פורנוגרפיים בדומה לסרטים נשוא תיק זה. עם זאת, ראוי לציין כי הנאשמים שם הורשעו בהתאם להודאתם, כאשר בית המשפט, עוד אז, מציין את הקושי בהגדרת 'תועבה':

"מיותר לציין, כי אין הגדרה מדויקת אובייקטיבית של המושג 'חומר תועבה'".
פורנוגרפיה בלע"ז. המחוקק לא הגדיר מושג זה וגם עיון במילונים, אפילו בשפות שונות, איננו עוזר במציאת הגדרתה. כל אימת שמובא בפני בית-המשפט אישום בעבירה זו, בודק הוא את החומר נשוא האישום ומתלבט שאלה האם ניתן להגדירו כחומר תועבה והאם הוא מגיע לדרגת **hard case** **pornography** והתלבטויותיו קשות ומסובכות. הגדרת המושג "פורנוגרפיה", זו משימה סובייקטיבית של השופט, כשהקריטריונים משתנים מתקופה לתקופה ומשופט לשופט. מיותר לציין, כי קריטריונים שהיו טובים בתקופות ויקטורוניות ובחברות פוריטניות, אינם יכולים להיות תואמים את הקריטריונים בחברה מתירנית."

להרשעה בעבירה דומה של הפצת חומר תועבה שאושרה בהליכי ערעור ר' ע"פ (מחוזי ת"א) 1283/81 **מדינת ישראל נ' וידאו קסט שווק והפצות שכפול והעתקות קסטות** (פורסם במאגר נבו, 12.7.1984).

הינה כי כן, בישראל של אמצע שנות ה-80 למאה הקודמת, לא רק שהפצת סרטים פורנוגרפיים הייתה בלתי חוקית, אלא אזרחים אף הואשמו והורשעו בדין על כך.

44. אלא, ככל הנראה, הזמנים משתנים, וקשה לאתר פסקי דין חדשים אשר עסקו בסוגיית הגדרת התועבה, כאשר עיקר האכיפה בתחום נעשית כיום כלפי סרטים בהם קיימים אלמנטים דפיליים, ובכך אגע בהמשך.

מכאן, לטעמי, לא ניתן להתבסס על פסקי הדין של שנות ה-80 על מנת לקבוע באופן מוחלט כי גם היום הסרטים שלפניי נכללים בהגדרת 'תועבה' ויש להמשיך במסע הפרשני, כאשר השלב הבא הינו עיון בפסיקה שהתייחסה למושג התועבה שלא בהקשר ישיר של חוק העונשין.





בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

45. קיימים שני פסקי דין מרכזיים שדנו בפרשנות המונח "תועבה" (אמנם לא בהקשר של חוק העונשין, אולם תוך התייחסות מפורשת להגדרה בחוק העונשין) - הראשון הינו פסק הדין בעניין **סטיישן פילם** לעיל והשני פסק הדין בעניין **ש.י.ן**. לעיל. אסקור את עמדת בית המשפט העליון לגבי ההגדרה הרלוונטית לענייננו.

46. בעניין **סטיישן פילם** נדונה בבית המשפט העליון שאלת הקרנתו של הסרט היפני 'אמפריית החושים', ואגב כך השאלה האם הסרט הינו בגדר 'תועבה'.

הנשיא ברק, אשר כתב את דעת הרוב, אינו עוסק בשאלה הישירה מה היא 'תועבה' בהתאם להגדרת חוק העונשין והאם פורנוגרפיה מהווה 'תועבה', אלא עוסק בשאלה קרובה, אך כאמור לא זהה, מה היא פורנוגרפיה. כאמור, בתיק שלפני אין חולק כי מדובר בסרטי פורנוגרפיה ולכן הניתוח למונח פורנוגרפיה פחות רלוונטי לענייננו.

עם זאת אציין כי לעניין הגדרת פורנוגרפיה קובע כב' הנשיא ברק את מבחן "היצירה בכללותה" והערך האומנותי שלה ובוחן זאת לאור "נושאו הדומיננטי של החומר בכללותו כמעורר תאוות בשרים טמאה", ולאור מבחן זה מגיע למסקנה כי 'אימפריית החושים' כיצירה שלמה הינה בעלת ערך אומנותי ואינו בגדר יצירה פורנוגרפית. במאמר מוסגר אציין כי על פי מבחן זה של הנשיא ברק היצירות שלפני הינן יצירות פורנוגרפיות כאשר הן מצויות בדרגת בוטות מעל הסרט אימפריית החושים, וכאשר היצירות שלפני אינן מתיימרות להיות בעלות ערך אומנותי.

כב' השופט חשין לעומת זאת נדרש באופן ישיר לפרשנות המונח 'תועבה' בחוק העונשין. ראשית, דוחה כב' השופט חשין את מבחן 'מעורר תאוות הבשרים' של המשפט האמריקאי ושל הנשיא ברק, אולם מאמץ את "המבחן הכפול" לצורך הגדרת יצירה כתועבה, כאשר מבחן זה הינו שילוב של בחינת היצירה בכללותה וקיום ערך אומנותי ליצירה. לאחר מכן הוא קובע כי מבחן זה הינו המבחן הרלוונטי גם לצורך חוק העונשין, ואצטט:

"ראובן מואשם בעבירה של הפצת חומר "תועבה". ראובן מודה בהפצת החומר שהוא מואשם בהפצתו, אך להגנתו מוסיף הוא וטוען כי אותו חומר שהפיץ אין הוא "תועבה". משמצביעה התביעה על קטעי "תועבה" המצויים בחומר, משיב ראובן להגנתו כי לא הפיץ אותם קטעים לעצמם אלא כחלק בלתי נפרד מיצירה כוללת. וכיוון שהפיץ יצירה שלמה ולא קטעי יצירה-ממילא יש לבחון את "היצירה בכללותה". רק אם "היצירה בכללותה" היא "תועבה", כך טוען ראובן, ניתן להרשיעו בדין, ומוסיף הוא ומצביע על "ערכה האמנותי" של היצירה (הראש השני של המבחן הכפול)."



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

כלומר, כב' השופט חשין מורה לנו כי על מנת להכריע, האם יצירה הינה חוקית לפי הגדרת חוק העונשין, עלינו לבחון את היצירה כולה וערכה האומנותי. במאמר מוסגר אציין כי השופט חשין קובע, בשונה מהנשיא, כי אין לאמץ מבחן זה לצורך הצנזורה.

47. פסק הדין ישראלי נוסף אשר עסק בהרחבה בהגדרת 'תועבה' הינו פסק הדין בעניין ש.י.ן. לעיל. פסק דין זה אמנם לא עסק בפרשנות ישירה של האיסור הפלילי על הפצת תועבה, אלא בהתרת שידור ערוץ 'פלייבוי' בכבלים, אולם בית המשפט עסק במסגרתו בהגדרת המונח 'תועבה' וזאת לאור הגדרת חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, (להלן: "חוק התקשורת") אשר קבע בתיקון 27:

"שידורים אסורים

36. בעל רישיון לשידורי כבלים [ולוויין (ראו סעיף 6 לחוק)] לא ישדר שידורים –

...

(2) שיש בהם חומר תועבה כמשמעותו בחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובכלל זה מישדרים שענינם אחד מאלה:

- (1) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה, או ניצול;
 - (2) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין;
 - (3) הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני;
- והכל כשהמישדרים המנויים בפסקאות משנה (1) עד (3) אינם, באופן מובהק, בעלי ערך אמנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי, המצדיק, בנסיבות הענין, את שידורם."

כלומר, חוק התקשורת אימץ את הגדרת 'תועבה' מחוק העונשין ואף קבע מה נכלל בגדר אותה 'תועבה', ולכן קיימת רלוונטיות של ההגדרה לענייננו.

48. כבוד השופטת דורנר עורכת ניתוח מעמיק של האינטרסים השונים להם יש להידרש לצורך הגדרת תועבה, בין היתר, שיקולים פרשניים פרטיקולריים, שיקולים חוקתיים, כגון: האם שידורים פורנוגרפיים נופלים בגדר זכות חוקתית?; הגנה על רגשות, כבוד האיש וכו'. כמו כן, בודקת כב' השופטת דורנר משפט משווה, ומגיעה למסקנה, כי שידורי ערוץ פלייבוי אינם בגדר 'תועבה'.

לאור חשיבות הדברים לענייננו, ראוי לצטט את סיכום הדברים של כב' השופטת דורנר, אשר מסבירה באופן מפורט מהם הסרטים שאינם נחשבים לתועבה:



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

"כפי שקבעה המועצה בהחלטתה, שנשמכה על חוות-דעתם של המומחים מטעמה, יש לסווג את שידורי הערוץ בארבע קטגוריות: סרטים עלילתיים או סדרות; תכניות הדרכה, המציגות טכניקות לשיפור הזוגיות או לשיפור חיי המין; תכניות תעודה, אירוח ובידור בנושאי מין; תכניות המציגות נשים בעירום שלא במסגרת עלילתית או סדרה. בכל אלה מוצגות נשים "בעירום מלא (אולם ללא תקריבים של איברי המין וללא צילום כלל של איברי מין גבריים)", ויחסי-המין המוצגים הם מדומים בלבד. גם בתוכן הקלטות שהגישו הצדדים, לרבות העותרים, אין כדי להיכנס בגדר האיסור בחוק, על-פי פרשנותו הצרה לעיל. במדרג התכנים הפורנוגרפיים תכנים אלה הם קלים יחסית, ואין הם עולים כדי איסור התועבה בחוק העונשין."

49. כלומר, בית המשפט בעניין ש.י.ן. לעיל מציב רף ברור למה לא ייחשב כ- 'תועבה', כך שסרטים ברמה של הסרטים המוצגים בערוץ פלייבוי, בהתאם להגדרת כב' השופטת דורנר שצוטטה לעיל, או עדינים מהם, לא יהוו 'תועבה' ואילו סרטים חמורים יותר יכולים להיכלל בגדר 'תועבה'.

כלומר, ככל שהסרטים שלפניי היו נכללים בגדר הקטגוריות שמנה בית המשפט בעניין ש.י.ן., הרי ברור כי אין מדובר בתועבה בהתאם לחוק ואין בהפקתם והפצתם אי-חוקיות.

אומר כבר עתה, כי אין אלו פני הדברים במקרה שלפניי והסרטים נשוא כתב התביעה חמורים הרבה יותר מתכני ערוץ פלייבוי כפי שאלו מתוארים בפסק הדין ש.י.ן.. כך, במקרה שלפניי מוצגים אברי מין בתקריב "סופר קלוז אפ", כך בסרטים כאן יחסי המין אינם מדומים אלא אמיתיים לגמרי (לרבות קלוז אפ של אקט האורגזמה הגברית).

לטעמי, ולמרות הצורך להמחיש את הנושא, אין זה ראוי להציג במסגרת פסק הדין אחת או יותר מהתמונות מתוך הסרטים שצורפו לכתב התביעה, כאשר תמונה שכזו עלולה לפגוע ברגשות קוראי פסק הדין וכן ב-'שחקנים' המצולמים בה, ולכן אסתפק בהפניה לתמונות המצולמות בעמ' 6 לנספח התמונות שצורף לכתב התביעה ואשר לטענת התובע צולמו מתוך הסרט "ישראלית שופעת בסקס עם שני גברים".

לפיכך, פסק הדין בעניין ש.י.ן. קובע את רמת הסרט שלא תיכלל בהגדרת 'תועבה', אך אינו נותן מענה פסיקתי לסרטים בהם נכלל תוכן מיני קיצוני בהרבה מאלו שנדונו בעניין ש.י.ן. כגון הסרטים נשוא פסק דין זה.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

מן הכלל אל הפרט

50. לאור המערכת החוקית והפסיקתית שסקרתי לעיל ולאור הניתוח שאעשה להלן, אני סבור כי יצירת סרטי הפורנו נשוא פסק דין זה, כמו גם הפצתם, הינם **בניגוד** לסעיף 214 לחוק העונשין ולכן אינם חוקיים, כאשר מסקנה זו שלי מבוססת הן על ניתוח לשון החוק, הן לאור העקרונות שנקבעו בפסקי הדין שסקרתי לעיל והן מכוח עקרונות כלליים של השיטה.

בטרם אנמק את קביעתי זו אחזור אדגיש כי פסק דין זה אינו עוסק בהרשעת התובעת בעבירה מכוח סעיף 214 או בצנזורה של סרטי פורנוגרפיה, אלא רק בשאלה- האם יש לתת הגנה מכוח חוק זכות יוצרים ליצירה הפורנוגרפית. לפיכך, אין כל צורך להוכיח את היותם של הסרטים בלתי חוקיים באופן דווקני כפי הנדרש במשפט הפלילי.

51. לטעמי, נקודת המוצא לפרשנות המונח 'תועבה' הינה כי המחוקק לא השחית מילותיו לריק וכי יש לצקת משמעות **כלשהי** למונח 'תועבה' מעבר לפדופיליה. כך, לא ניתן לקבל עמדה כי לא קיימת יצירה פורנוגרפית אשר אינה פדופיליה ועדיין הינה בגדר 'תועבה'. מדובר באיסור חוקי המלווה את המשפט הישראלי מאז ראשית ימיו, והנכלל באופן מפורש בחוק העונשין על תיקוניו, ולא מצאתי כל נימוק ממשי הנעוץ בחקיקה לאיין מושג זה מתוכן.

52. לעומת העדר נימוק ממשי לאיין את מושג התועבה שאינו פדופיליה, קיים טיעון מוצק התומך ביציקת תוכן שאינו רק פדופילי לאיסור הקבוע בסעיף 214 על תועבה והנימוק נעוץ בתיקונים לסעיף זה, ואבאר :

המחוקק תיקן את סעיף 214, שלוש פעמים: בשנת 1999 (תיקון מס' 52), בשנת 2007 (תיקון מס' 93) ובשנת 2014 (תיקון מס' 118).

תיקון מס' 52 ותיקון מס' 118 הינם התיקונים עוסקים בסרטים פורנוגרפיים המערבים קטינים (סרטים פדופילים) והם עורכים שינוי הן לעניין הגדרת העבירה והן לעניין החמרת הענישה בעניין פדופיליה. אולם, מה שחשוב לענייננו בתיקונים הללו הינו כי במסגרת התיקונים המחוקק **לא** ביטל את האיסור על הפצת תועבה **שאינה** כרוכה בפדופיליה.

כלומר, לו טענת התובעת הייתה נכונה ויש לראות באיסור על תועבה רק איסור על פדופיליה, היה המחוקק יכול עוד בשנת 1998, עת הוסיף את הסעיף המחמיר לגבי תועבה בה מעורב קטין, לבטל את סעיף התועבה הכללי, או לכל הפחות להבהיר כי האיסור על תועבה אינו חל על סרט פורנוגרפי רגיל. אין חולק כי המחוקק לא עשה כן. יתרה מזו, גם לאחרונה, בשנת 2014 עת נדרש המחוקק לתקן פעם נוספת את סעיף 214 ולהרחיב את העבירה כך שתחול גם לגבי אחזקה בלבד של תועבה פדופילית, לא מצא לנכון המחוקק לבטל את הסעיף הכללי האוסר על פרסום תועבה שאינה פדופילית, או להבהיר כי איסור זה אינו חל עוד על סרטי פורנו 'רגילים'.





בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

53. מעניין במיוחד בהקשר זה תיקון מס' 93 משנת 2007 אשר מתייחס באופן מפורש לאיסור הכללי של הצגת תועבה בסעיף 214(א) וקובע הבחנה לעניין אופן הגשת כתב אישום בין פרסום 'תועבה' 'רגילה' לבין זו המערבת קטינים. למקרא התיקון ברור כי לפחות בשנת 2007 לא רק שהמחוקק סבר כי אין לאיין את האיסור על יצירת והפצה "תועבה" רגילה, אלא שהמחוקק קבע פרוצדורה להגשת כתב אישום בעניין 'תועבה' רגילה, לרבות הגבלת מועד. אף מהצעת החוק לתיקון מס' 93 עולה כי אין כל כוונה של המחוקק לבטל את האיסור הפלילי לגבי "עבירות פרסום והצגת תועבה שלא בקשר לקטינים" (הדגשה שלי - ג.ה.).

54. בנסיבות אלו ניתן להגיע למסקנה כי האיסור הקיים בסעיף 214 על הפצת חומר תועבה שריר וקיים וכי אין מקום לפרשו כאות מתה וכן כי יש לתת לו פרשנות הכוללת גם יצירה פורנוגרפית שאינה פדופילית.

קעת אבחן האם סרטים פורנוגרפיים כדוגמת הסרטים שלפני נכללים במסגרת האיסור.

55. פסק הדין בעניין ש.י.ן. מצד אחד, והאיסור על פורנוגרפית קטינים מהצד השני, תוחמים למעשה את המתחם האפשרי של סרטים שיוגדרו כתועבה.

כך, פסק הדין בעניין ש.י.ן. קובע כי פורנוגרפיה "רכה" כדוגמת זאת שבערוץ פלייבוי וכפי שתוארה על ידי השופטת דורנר, לא תיכלל בגדר 'תועבה' ואילו מהצד השני, לגבי פורנוגרפית קטינים, לא רק שברור כי מדובר בתועבה, אלא שהמחוקק הוסיף איסורים ספציפיים לאכיפת האיסור עליה, וזאת ללא ביטול האיסור הכללי על 'תועבה'.

לטעמי יש בהצבת המתחם דנא בכדי להוביל למסקנה הכרחית כמעט, כי הסרטים שלפני נכללים בגדר הגדרת 'תועבה', היות וכל תוצאה אחרת תשאיר את הגדרת התועבה הכללית שאינה פדופילית כקבוצה ריקה. כאמור, עמדתי הינה כי הסרטים שלפני, הגם שאין בהם חומר פדופילי, הינם חמורים בהרבה בהקשר של הפן המיני מהחומרים שתוארו על ידי בית המשפט כמוקרנים בערוץ פלייבוי, ולמעשה הם בדרגה אחת בלבד מתחת לתועבה פדופילית. לפיכך היה ואשולל מהגדרת תועבה את הסרטים האלו, ויוותרו כתועבה אך ורק הסרטים הפדופילים באופן המרוקן מתוכן את הגדרת התועבה שאינה פדופילית. כך, קבוצת ה- 'תועבה הרגילה' תהיה כקבוצה ריקה וזאת בניגוד לכוונת המחוקק כפי שפירטתי לעיל.

אציין כי המסקנה כי הגדרת התועבה "הרגילה" אינה קבוצה ריקה אינה רק מסקנה של ניתוח טכני, אלא שקיימים ערכים מוגנים בבסיס האיסור על פורנוגרפיה מעבר להגנה על ילדים, כגון מניעת הנזק התוצאתי של הפורנוגרפיה, איסור על החפצת גוף האדם בכלל וגוף האישה בפרט וטעמים נוספים כפי שאפרט בהרחבה בהמשך.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

56. חיזוק למסקנה זו כי הסרטים שלפניי נכללים בגדר הגדרת 'תועבה' ניתן למצוא בשני תיקוני חקיקה מהשנים האחרונות ממש, הראשון הינו תיקון מס' 49 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשע"א – 2011, והשני הינו תיקון 45 לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 משנת 2018.

מדובר בתיקונים מהעת האחרונה בישראל, כך שלא ניתן לגרוס כי האמור בהם מנותק מהלך הרוח הנוכחי ביחס לפורנוגרפיה בישראל.

וכך קובע תיקון מס' 49 לחוק התקשורת (בזק ושידורים):

"תוכן פוגעני" – כל אחד מאלה:

- (1) הצגת חומר תועבה כמשמעותו בחוק העונשין, ובכלל זה –
 - (א) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול;
 - (ב) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין;
 - (ג) הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני;
- והכל כשאין בתוכן המוצג ערך אמנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי המצדיק, בנסיבות העניין, את הצגתו;

ובאופן זהה כמעט קובע תיקון 45 לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו:

"(2א) חומר תועבה, כמשמעותו בחוק העונשין, ובכלל זה מישדרים שעניינם אחד מאלה:

- (1) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול;
 - (2) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין;
 - (3) הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני;
- והכול כשהמישדרים המנויים בפסקאות משנה (1) עד (3) אינם, באופן מובהק, בעלי ערך אמנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי, המצדיק, בנסיבות העניין, את שידורם;

57. בתיקונים אלו זה למעשה "משלים" המחוקק את הגדרת 'תועבה' בחוק העונשין, כאשר הם קובעים ומפרטים מה נכלל בגדר 'תועבה' וזאת על ידי צמד המילים "ובכלל זה".

בחינת הגדרת חוקים אלו את המונח 'תועבה' אל מול נספח א' לכתב התביעה מגלה כי הסרטים שלפניי בהחלט נכללים בהגדרה. כך, הסרטים מציגים יחסי מין שיש בהם "ביזוי" או "השפלה" כהגדרת החקיקה (ולטעמי גם "ניצול" אולם אני משאיר את הדבר ב'צריך עיון') ויתרה מזו יש בהם בהחלט להציג הן את האדם והן את אבריו "כחפץ זמין לשימוש מיני".



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

קשה לתאר במילים את ההתאמה של תוכן הסרטים שלפני להגדרה בחוקים הללו ואסתפק בהפניה לאופן בו הגדירה התובעת עצמה בכתב התביעה את שמות הסרטים, הקטע הרלוונטי בסרט והתמונה.

כך, למשל, הסרט "מופקרות", קטע 4, מכונה על ידי התובעת כסרט בו ניתן לצפות ב: "ישראלית שחומה מקבלת זין משני גברים". לטעמי, יש בכך בהחלט ביזוי וההשפלה של האישה (המכונה "ישראלית שחומה") ובכל מקרה יש בו כדי להציג את האישה, את הגבר ואת איבריהם כחפץ זמין למין.

גם בסרט "נערות במדים" בקטע 9 "חיילת ישראלית בסקס מחרמן" מצאתי שיש ביזוי והשפלה, לכל הפחות של האישה, ובוודאי שיש בו הצגת שני הצדדים (ולמעשה יותר משניים) לאקט המיני כחפץ זמין למין. למעלה מן הצורך ומבלי לקבוע מסמרות, אציין כי לאור הגדרת שם הסרט כ- "נערות" איני בטוח שהסרט לא נכלל גם באיסור החמור יותר המתייחס לקטינים.

אני סבור כי די בדוגמאות אלו על מנת להבין את התמונה הכללית העולה מ- 15 הקטעים המפורטים בנספחי כתב התביעה.

למותר לציין כי אין בסרטים אלו כל ערך אומנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי המצדיק את הצגתם.

58. מכאן אני סבור כי תיקוני החקיקה של השנים האחרונות וההגדרות המפורטות בהם, מובילים לתוצאה הפרשנית כי המונח 'תועבה' בחוק העונשין כולל את הסרטים נשוא פסק הדין.

59. לתוצאה דומה נגיע גם לאור "המבחן הכפול" שמציע כב' השופט חשין בעניין ש.י.ן. לעיל, כאשר כאמור אין ערך אומנותי לסרטים נשוא כתב התביעה.

60. בהקשר זה אציין כי המחוקק האנגלי במסגרת Criminal Justice and Immigration Act משנת 2008 חידד את ההגדרה לגבי פורנוגרפיה המהווה עבירה פלילית והחיל את האיסור לגבי "Extreme Pornographic Image", כאשר אלו יהיו עבירה פלילית כאשר הם נועדו לגירוי מיני ותו לא. עיון בהגדרה זו של החוק האנגלי ביחס לסרטים שלפני מגלה כי הסרטים אלו היו נכללים גם באיסור הפלילי האנגלי.

61. התובעת טענה כי אף אם באופן פורמאלי נכללים הסרטים במסגרת הגדרת 'תועבה', הרי בפועל החוק אינו נאכף על פורנוגרפיה שאינה פדופילית, כאשר התובעת טוענת בהקשר זה כי בהתאם להנחיית פרקליט המדינה מס 2-22 מיום 31.8.2016 מכוונת התביעה לפעול רק נגד סרטי פורנוגרפיה הכוללים פדופיליה. איני מקבל טענה זו ואנמק;



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

62. עיינתי בהנחיית פרקליט המדינה ואין בה כל אמירה או אף רמז כי על המדינה לאכוף את החוק רק לגבי סרטי פדופיליה ולא לגבי פורנוגרפיה רגילה. אכן ההנחיה עוסקת בפרסום חומר פורנוגרפי הקשור לקטינים, אבל אין בה אמירה כלשהי כנגד אכיפת החוק או אי אכיפת החוק לגבי חומר פורנוגרפי אחר.

63. לעניין הטענה של התובעת בהקשר זה כי בפועל המשטרה אינה פועלת לאכיפת החוק כנגד סרטי פורנוגרפיה שאינם כוללים פדופיליה וכי לא מוגשים כתבי אישום בגין ביטויים פורנוגרפיים כאלו, אני מוכן לקבל טענה זו כנכונה עובדתית וזאת לאור העדר פסיקה בשנים האחרונות של אכיפה שכזו וכן לאור השלב הדיוני של המשפט במסגרתו אניח כי הטענה העובדתית נכונה היא.

אולם, לטעמי, אין בכך להועיל לתובעת בענייננו.

ראשית, העובדה כי רשויות האכיפה נמנעות מלאכוף חוק מסוים אינה הופכת את הפעולה שלא נאכפת לחוקית.

שנית, התובעת לא הציגה כל הנחיה רשמית שלא לאכוף את איסור הפצת התועבה על סרטי פורנוגרפיה רגילים. אכן, בעבר היו מקרים בהם היה איסור פלילי בספר החוקים שלא נאכף בפועל עד שלמעשה לא ניתן היה לראות בו עוד כאיסור פלילי, לדוגמה האיסור על יחסים הומוסקסואלים. אולם במקרה של האיסור על יחסים הומוסקסואלים הייתה הנחיה רשמית של היועץ המשפטי לממשלה באותה עת, חיים כהן, שלא לאכוף סעיף זה למרות קיומו בספר החוקים, הנחיה שלא קיימת במקרה שלפניי (לעניין זה ר' יצחק זמיר, 'השופט חיים ה' כהן: האיש והרוח' (המשפט י"א, תשס"ז)).

64. עוד לעניין הטענה בדבר האכיפה ר' עיצוני פורנוגרפיה לעיל בעמ' 845 :

"מאז פרשת לבנוס, שבה לראשונה הורשע אדם בעבירות של פרסום תועבה באינטרנט, אכן ניתן להצביע על עלייה ניכרת באכיפת איסורי התועבה, ובמיוחד האיסורים הנוגעים לפרסומי תועבה ובהם דמות קטין."

כלומר זו מציינת כי האכיפה בתחום דווקא מתגברת בשנים האחרונות, בעיקר לגבי פדופיליה אך לא רק.

65. למדנו עד כאן כי לשון החוק 'תועבה' יש בה לכלול גם פורנוגרפיה שאינה פדופילית כדוגמת הפורנוגרפיה כאן וכן למדנו כי העדר האכיפה אינה מאיינת את לשון החוק.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

אולם לא רק לשון החקיקה מובילה למסקנה כי מדובר ביצירה פורנוגרפית שאינה חוקית, אלא גם הכיוון הכללי של החקיקה, חקיקה אשר בשנים האחרונות נוטה יותר ויותר למנוע את החפצת גוף האדם בכלל וגוף האישה בפרט במרחב הציבורי.

לעניין מגמה ברורה זו אין לי אלא לצטט את דבריו של בית המשפט (כב' השופטת מיכל אגמון גונן) בעניין עת"מ (מחוזי ת"א) 8707-07-15 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' ערן ירושלמי (פורסם במאגר נבו, 28.8.2017), לאחר שזה עורך סקירה מקיפה של החקיקה וקובע:

"מהחקיקה הישראלית לאורך השנים עולה מגמה מפורשת לאסור או להגביל

באופן משמעותי פעילות המחפצות נשים ופוגעות בכבודן כבנות אנוש."

עוד לעניין מגמה זו ר' רע"ב 5493/06 עמנואל פלד נ' שרות בתי הסוהר (פורסם במאגר נבו, 12.10.2010) במסגרתו נקבע כי החלטה שלא לאפשר לאסיר לצפות בפורנוגרפיה הינה סבירה.

66. כפי שצינתי לעיל, אין די בכך שקבעתי כי הפקת והפצת היצירות הפורנוגרפיות הינם בלתי חוקיים על מנת לקבוע כי אין הן ראויות להגנת חוק זכות יוצרים, אלא יש לאזן בין אי החוקיות לבין זכות הקניין אשר חוק זכות יוצרים מגן עליה.

לעניין זה ניתן לערוך השוואה עם סעיף 30 לחוק החוזים, כאשר בהקשר לו נפסק כי לא כל אי חוקיות דינה פסלות החוזה, ויש מקום לערוך איזון בין האינטרסים השונים [ר'], למשל ניתוח מפורט בעניין ע"א 4305/10 מזל אילן נ' יוסף לוי (פורסם במאגר נבו, 9.5.12).

במקרה שלפני, אני סבור כי מדובר באי חוקיות הנוגעת לחוק מצווה ולא לחוק מדריך [על ההבחנה בין השניים לעניין אי חוקיות חוזה ר' ע"א 87/50 דוד ליבמן נ' ברטה ליפשיץ (פורסם במאגר נבו, 15.1.1952) ומכאן הנטייה תהיה לשלול את ההגנה במקרה של חוק מצווה. בנוסף, מדובר על אי חוקיות במישור הפלילי, אי חוקיות הנוגעת הן לאיסור על הכנת היצירה והן לאיסור על הפצתה, מכאן, לטעמי, לא ניתן ליישב מתן הגנת זכות יוצרים למעשה אי חוקי הנוגע ליצירה גופה.

67. מעניין להשוות את המצב כאן לפסק הדין בעניין ת.א. (מחוזי ת"א) 1395/05 מוזיאון תל אביב לאמנות נ' ספרוקט גדי (פורסם במאגר נבו, 31.12.2007) (להלן: "עניין ספרוקט") במסגרתו דן בית המשפט בעתירת מוזיאון תל אביב למנוע הקרנת סרט שצולם לטענת המוזיאון תוך הפרת החוק, כאשר בית המשפט דחה את הטענה ואפשר את הקרנת הסרט. לטעמי אין בפסק דין זה מלשנות את המסקנה אליה הגעתי. ראשית, בעניין ספרוקט דובר על בקשה למנוע את שידור הסרט ולא לשלול ממנו את זכות היוצרים וכמבואר לעיל מדובר בנושא שונה. שנית, בית המשפט שם אומנם אישר את הקרנת הסרט למרות הטענה כי הופק בעוולה, אולם קבע:



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

"אולם – אין מקום למנוע הקרנה של סרט, רק משום שהוא נוצר תוך ביצוע עוולה, כאשר עצם ההקרנה שלו לא תגרום לנזק נוסף כלשהוא." (הדגשה במקור - ג.ה.)

כלומר, ככל שבית המשפט שם היה סבור שיש בהקרנה על מנת לגרום נזק, ייתכן והתוצאה הייתה שונה.

בכל מקרה ראוי לשים לב כי בעניין ספרוקסט התוצאה למעשה הינה כי בית המשפט נמנע מלתת הגנת זכות יוצרים לסרט, אמנם לא מטעמי אי חוקיות, אבל ברור מכך שהתוצאה כאן אינה סותרת את האמור בעניין ספרוקסט.

68. הגעתי אפוא למסקנה כי היצירות שלפני, שהינן יצירות פורנוגרפיות מובהקות וקשות, מהוות 'תועבה' על פי חוק העונשין ולכן הפקתן והפצתן הינה בלתי חוקית, ולאחר איזון שערכתי בין אי החוקיות לזכות הקניין, אני סבור כי אין הן ראויות להגנה מכוח חוק זכות יוצרים.

ישאל השואל, האם מדובר בתוצאה הגיונית?

הרי יביט בית המשפט שמאלה וימינה וימצא את הפורנוגרפיה הזו מכל עבר, באתרי האינטרנט, בטלפון הנייד, בהודעות הוואטסאפ, בטלגרם, בטוויטר, באפליקציות ייעודיות לפורנו, ב-"דארק נט" ולמעשה בכל המרחב הוירטואלי. האם אכן יעלה על הדעת להגדיר את כל הפעילות הענפה הזו כבלתי חוקית?

התשובה על כך מורכבת מארבעה רבדים:

69. ראשית – זהו החוק. חוק העונשין קבע כי הפקה והפצה של 'תועבה' אינם חוקיים, כפי שהראיתי לעיל, אין כל אפשרות הגיונית או פרשנית להחריג את הסרטים שלפני מהגדרת תועבה ללא איון מעשי של לשון החוק.

לפיכך, כאשר המחוקק קבע כי מדובר במעשה לא חוקי, ולא רק שקבע כך, אלא שנמנע מלבטל את האיסור בשלוש הזדמנויות שונות לאחרונה ממש, הרי בית המשפט מצווה לפעול בהתאם לחוק. ובכל מקרה, ביטול האיסור הוא עניין למחוקק ולא לבית המשפט, בוודאי שלא לערכאה דיונית זו.

70. שנית – עצם העובדה כי מדובר בתופעה נפוצה אינו אומר כי מדובר בתופעה רצויה.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

כך, למשל, סעו בכביש והביטו שמאלה וימינה וטראו נהגים רבים מספור אשר עוסקים בטלפון הנייד בשעת נסיעה. מדובר בתופעה חוצת גילים, מגדרים וקבוצות, כאשר נראה שכולם שולחים או מקבלים מסרונים בשעת נהיגה. האם המסקנה מכך תהיה כי מדובר בתופעה ראויה? האם המסקנה מכך הינה כי יש להחריג את האיסור על משלוח ההודעות בנהיגה מספר החוקים? אני סבור כי ברור לכול כי התשובה לכך שלילית. דין דומה חל גם לגבי "מכוני העיסוי" הקיימים בארצנו, ולעניין זה ר' דעת הרוב בעניין ע"פ 3520/91 הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר נבו, 14.2.1993).

71. שלישית – אכן אין חולק כי הפורנו מקיף אותנו היום מכל עבר, אולם ניתן להתבונן על כך מזווית היסטורית רחבה קצת יותר, שיש בה, אולי, להביא למסקנה דומה למסקנה אליה הגעתי.

אכן בשנות ה-80 נאכף האיסור על הפצת סרטים פורנוגרפיים באופן פלילי כפי שציטטתי לעיל, כאשר הדבר שיקף, ככל הנראה, את רוח התקופה השמרנית של אותה עת, כאשר בארצות המשפט המקובל שלטו הנשיא רייגן והגב' תאצ'ר.

תנועת הנגד לשמרנות של שנות ה-80 החלה בשנות ה-90 עם פיתוחה של רשת האינטרנט והגלובליזציה. תנועת הנגד לוותה גם בהפסקת האכיפה על יצירה והפצה של חומרי פורנוגרפיה 'רגילה', ועליה מטאורית בכמות החומר הפורנוגרפי.

בשנים האחרונות נשמעת דעה אחרת והיא כי הגיעה העת לשים "בלמים" (ויש שיאמרו כי יש לעשות "פניית פרסה") לתעשיית הפורנו, תעשייה הבנויה על ניצול בני אדם (בעיקר נשים, אך לא רק) ועל הצגת גוף האדם כחפץ ואשר צמחה לכדי "מפלצת" של ממש, כאשר יש המדמים 'עצירה' זו לתהליך שהתרחש בעניין הטרדות מיניות ותנועת ה-#METOO.

אבהיר כי מובן שמדובר בהצגה כללית של הנושא ואין הכוונה להציג תפיסה כוללת של הליכים היסטוריים מרוכבים ורבי רבדים, אולם הקווים הכלליים שהצגתי לעיל ובפרט הכמות האדירה של תוצרים פורנוגרפיים היום, יש בהם לכל הפחות גרעין של אמת אשר ניתן להיעזר בו כנימוק משלים.

עוד אבהיר למען הסר ספק כי אין הכוונה לחזור לתקופת השמרנות של שנות ה-80, אלא לערוך את ההבחנה הראויה בין חירות מינית שהינה חיובית וראויה לבין ההצגה האובססיבית של גוף האדם, ובפרט גוף האישה, כחפץ מין.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

72. רביעית, הקביעה בפסק דין זה אינה כי יש לצנזר סרטי פורנו, או למנוע את הפצתם והוא אף אינו מבקש להעניש את התובעת. כל שיש בפסק הדין הינו קביעה כי התובעת אינה זכאית להגנת חוק זכות יוצרים, כאשר היא עוסקת בפעילות המוגדרת בחוק העונשין הישראלי כבלתי חוקית.

73. בסיומו של פרק זה אציין כי לא נעלם מעיני פסק הדין בעניין ת.א. (מחוזי ת"א) 1932-07 **תומר הרפז נ' אלון שעשוע** לעיל, במסגרתו עלתה לכאורה טענת אי החוקיות של הפקת סרטים פורנוגרפיים ואשר אליו גם הפנה ב"כ התובעת.

אלא שעיון זהיר בפסק הדין מגלה כי טענה זו נטענה רק בכתב ההגנה שם (ר' סעיף 4 לפסק הדין) אולם נזנחה במסגרת הסיכומים (ר' סעיף 6 לפסק הדין). מכאן אין בפסק הדין **הרפז** זה דיון ממשי של בית המשפט בטענות אלו (למעט אמירה של "וטוב שכך" לגבי זניחת טענות, שאין זה ברור לאיזו טענה שנזנחה היא מתייחסת) וממילא אין בפסק הדין בכדי להוות הלכה מחייבת או מנחה של בית המשפט.

האם אכיפת הפרת זכות היוצרים ביצירה הפורנוגרפית מהווה פגיעה בתקנת הציבור

74. לאור מסקנתי כי הפקתה והפצתה של היצירה הפורנוגרפית הינה בלתי חוקית ולכן אינה ראויה להגנת חוק זכות יוצרים מתייטר למעשה הצורך לדון בשאלת תקנת הציבור. עם זאת, וכחילופין לטענת אי החוקיות, ברצוני להבהיר כי לשיטתי סרטי פורנו נשוא כתב התביעה יש בהם גם כדי פגיעה בתקנת הציבור, ואנמק.

75. כפי שהבהרתי לעיל הדעה המשפטית המקובלת הינה כי אכיפת זכות היוצרים כפופה לתקנת הציבור. במשפט הישראלי אין התייחסות מפורשת לסוגיה - האם פורנוגרפיה נכללת בגדר אותם מקרים הנוגדים את תקנת הציבור והמצדיקים אי אכיפה של הפרת זכות היוצרים, ועל מנת להכריע בשאלה זו יש לבחון האם תופעת הפורנוגרפיה היא תופעה כה שלילית עד כדי כך שמוצדק לשלול את אכיפת זכות היוצרים בה.

76. לטעמי לעניין זה יש להבחין בין שיפוט **מוסרי** של הפורנוגרפיה לבין שיפוט **תוצאתי** של הפורנוגרפיה.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

77. בעבר האיסור על פורנוגרפיה נבע בעיקר משיקולים מוסריים ומשיקולים דתיים. השיקול המוסרי כאשר הוא עומד בפני עצמו, הינו שיקול קשה בעיני, בפרט בחברה ליברלית, ולטעמי יש לצמצם את המקרים בהם בית המשפט יקבל החלטה אופרטיבית על סמך שיקולי מוסר. הדברים נכונים מכוח קל וחומר לגבי החברה הישראלית המורכבת מקהילות בהן המוסר הנוהג שונה באופן קיצוני בין קהילה לקהילה ובין קבוצה לקבוצה, כך שמעשה אשר יהיה מקובל לחלוטין בבני ברק ויחשב למעשה מוסרי, יהווה מעשה לא מוסרי בעליל רק 2 ק"מ משם בעיר גבעתיים, ולהפך. עוד על הקושי לאכוף איסור מוסרי טהור ר' "עציוני, פורנוגרפיה" לעיל בעמ' 864-883.

לפיכך, לשיטתי ולטעמי, יש לשים את הדגש על השיקול התוצאתי של הפורנוגרפיה ובמסגרתו לבחון האם יש בפורנוגרפיה בכדי לגרום לתוצאה שלילית בחברה וברשות היחיד, או בלשון אחרת, האם הפורנוגרפיה גורמת נזק חברתי.

78. סקירה של הפסיקה והספרות בעניין מגלה כי אם בעבר הייתה מחלוקת לגבי האפקטים התוצאתיים השליליים של הפורנוגרפיה, כאשר עמדה זו הייתה נחלת מלומדים מהאסכולה הפמיניסטית, אשר המפורסמת ביניהם הינה Catharine A. MacKinnon, בין היתר בספרה משנת 1989 'Pornography and civil rights : a new day for women's equality', הרי היום ישנה כמעט תמימות דעים משפטית וסוציולוגית כי הפורנוגרפיה גורמת נזק ממשי לחברה, ל"שחקנים" בסרט וכן לצופים, בפרט לצופים בגיל הנעורים, ואבאר :

79. המשפט הישראלי התייחס ליצירה הפורנוגרפית באופן שלילי ועמד על תוצאותיה השליליות ועל נזקה באופן עקבי.

כך, קובע כב' הנשיא ברק בעניין פילם סטייטשן לעיל :

"פגיעה כזו יכולה להצדיק הגבלה של הביטוי הפורנוגרפי עד כמה שיש בביטוי זה כדי להשפיל את האישה ולדמותה ל"שפחת מין", דבר הפוגע – במישרין ובעקיפין- במעמד השוויוני של האישה בחברה שלנו ומעודד אלימות בכלל ואלימות כלפי נשים בפרט." (הדגשה שלי - ג.ה.).

כלומר, אין כאן עניין של שיפוט מוסרי של פורנוגרפיה, אלא פגיעה תוצאתית במעמד האישה ועידוד לאלימות.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

דעה דומה נאמרה בפסק דין בעניין ש.י.ן. לעיל, כאשר כב' השופטת דורנר קובעת לגבי פורנוגרפיה:

"פורנוגרפיה אף עלולה לפגוע ולהזיק, ועל-כן זקוקה היא לעתים לריסונו של הדין הפלילי."

ושוב, לא שיפוט מוסרי או מוסרני, אלא תוצאתי – עלולה להזיק.

80. פסק דין מרכזי וחשוב לעניין הפגיעה התוצאתית הגלומה בפורנוגרפיה הינו פסק הדין המקיף שניתן לאחרונה בעניין עת"מ (מינהלי ת"א) 8707-07-15 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' ערן ירושלמי (פורסם במאגר נבו, 28.8.2017) (להלן: "עניין ירושלמי"), אשר עסק אמנם במופעי חשפנות, אך העקרונות הכלליים שבו תקפים גם תקפים לסרטי פורנו, בין היתר הקביעה העקרונית:

"הספרות הפמיניסטית של עשרות השנים האחרונות טבעה את הביטוי החפצה (objectification), כמצב בו נוהגים בבני אנוש כבחפץ, כלי או אמצעי. הצגת אישה כחפץ ולא כבת אנוש, היינו כאובייקט ולא כסובייקט. בהקשר שלפניי, חשפנות לצורך גירוי מיני, משמעה שימוש בגוף האישה ככלי לגירוי, עוררות או סיפוק מיניים של הגבר או הגברים המגיעים לצפות."

81. עיון בסרטים נשוא תיק זה מגלה כי מדובר בהחפצה ממש של גוף האדם, ולמעשה לא מצאתי כל הבדל בין מצבם של "השחקנים" בסרטים הללו לבין החשפנית במועדון אליה מתייחסת כב' השופטת אגמון-גונן בפסק הדין דנא. אף אם קיים הבדל, הוא דווקא לרעת אותה "שחקנית" אשר מקיימת משגל מלא עם שלושה גברים לעיני המצלמה, וזאת לא מפאת שחשקה בהם מינית, אלא רק בגלל שהיא מקבלת תשלום עבור כך. ולאלו הטוענים כי מדובר ב'משחק' בהסכמת האישה אפנה למאמר של נעמי לבנקרון, 'מה לה לסטודנטית למשפטית בבית זונות? הרהורים על קליניקות משפטיות העוסקות בזנות', המשפט יז' 161 (2012), העוסק בהעדר יסוד הסכמה אוטונומית אמיתית במצבים אלו. אף אם יש החולקים על מסקנה זו, הרי בוודאי מדובר בהסכמה המעוררת קשיים, ר' צילי דגן, טליה פישר 'על שווים ושווים יותר: הרגולציה של האימוץ' (מתוך "מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות", 2016).

עוד על ההשפעה התוצאתית השלילית של הפורנוגרפיה, ר' הקביעה הספציפית והברורה בפסק הדין בעניין ירושלמי:



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

"התיקון לחוק התקשורת התבסס על אותה כתיבה פמיניסטית בנוגע להחפצת נשים, ואף עשה שימוש במטבע לשון זו מפורשות (ראו: טריגר, המשפט הישראלי, שם).. המחוקק קיבל את הניתוח החברתי-תרבותי המראה כי פורנוגרפיה מבססת ומאששת את מעמדן הנחות של הנשים ואת הפגיעה בהן. החוק אינו אוסר על הצגת עירום, לרבות אברי מין, אך הוא אוסר על הצגת גוף האדם בנסיבות ובהקשר שיש בהם להראותו כחפץ הזמין לשימוש מיני. איסור כזה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של שיטתנו שבמרכזה כבוד האדם, שהחפצה מנוגדת לו כלל ועיקר." (הדגשה שלי - ג.ה.).

ויפים דברים אלו לענייננו.

82. למעשה קיימת תמימות דעים במשפט הישראלי, כי הפורנוגרפיה היא תופעה שלילית, לאו מבחינה מוסרית, דתית או מוסרנית (היות ועל כך ניתן להתווכח), אלא מבחינה **תוצאתית**, וזאת כאשר יש בה החפצה של גוף האדם והשפלה וביזוי של אדם ובעיקר של נשים, דבר הגורם לפגיעה במעמד השוויוני של הנשים ומעודד אלימות כלפיהן.

אבהיר כי גם במקרים בהם פרש בית המשפט את חסות הגנת חופש הביטוי על הביטוי הפורנוגרפי, הוא עשה זאת תוך מתיחת ביקורת נוקבת על צורת ביטוי זו.

83. עמדה זו של המשפט הישראלי בדבר הנזק שגורמת הפורנוגרפיה מקובלת היום על מרבית המלומדים בארץ ובעולם וזאת במספר מישורים עיקריים:

84. המישור הראשון הינו הקשר בין הפורנוגרפיה לבין אלימות מינית בעיקר כלפי נשים. במישור זה קיימים מחקרים רבים לאורך השנים המבססים קשר שכזה, מחקרים אשר תקצר היריעה מלתאר אותם, ואסתפק בסיכום מתוך המאמר **"עציוני, פורנוגרפיה"** אשר סוקרת את המחקרים לאורך השנים, ומגיעה למסקנה בעמ' 889:

"לסיכום, לאחר 40 שנה ויותר של חקר הקשר בין פורנוגרפיה לבין אלימות כלפי נשים ניתן לזהות קונצנזוס מחקרי סביב המסקנה שאכן קיים קשר בין צריכת פורנוגרפיה מסוגים מסוימים לבין עליית הסיכון לגילויי אלימות כלפי נשים מצד הצרכן." (הדגשה שלי - ג.ה.).

85. המישור השני הינו המישור של השפעת הפורנוגרפיה על מעמד האישה, כאשר הטענה הינה כי היצירה הפורנוגרפית גורמת להנצחת היררכיה מגדרית חברתית אשר מרחיקה את הנשים משווין חברתי וזאת על ידי החפצת האישה.



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

לעניין זה ר' עציוני, פורנוגרפיה, בעמ' 891 :

"תעשיית הפורנוגרפיה משרישה בתפיסתם של הצופים דמות נשית שעברה "החפצה". היא נעשית מעין חפץ בכך שהיא נטולת רצונות, זהות או דעות. בסרטים פורנוגרפיים רבים צילום אכן מתמקד באופן בלעדי באברי המין של האישה או בשדיה ובמכניקה של האקט המיני, עד כי ניתן לשכוח כי אותם איברים הם חלק מגופה של אישה, בשר ודם, ולא חפץ דומם. האישה המוצגת בפורנוגרפיה זמינה תמיד וחפצה תמיד בקיום יחסי מין, חווה עוררות מינית רק לנוכח מודל גברי דומיננטי וכוחני ונהנית מיחסי מין המציבים אותה בעמדה "נשלטת"."

עיון בסרטים נשוא תיק זה, מגלה כי תיאור זה של ד"ר עציוני כמו נכתב בדיוק עבורם, כאשר המצלמה אכן מתמקדת באברי המין ובמכניקה של האקט המיני.

86. אדגיש, כי אם בעבר תיאוריה זו של פגיעת הפורנו במעמד האישה הייתה רק פרי נחלתם של חוקרים בעלי אוריינטציה פמיניסטית, הרי היום תיאוריה זו נמצאת בזרם המרכזי של המחקר האקדמי, ר', למשל, Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, **Criminalizing Revenge Porn**, 49 Wake Forest L. Rev. 345 (2014).

87. המישור השלישי הינו הפגיעה ב-"שחקנים" המשתתפים באותם סרטים, ובפרט בשחקניות. כאשר מחקרים מראים כי הנזק שנגרם ל-"שחקנים" אלו הינו זהה לנזק הנגרם לעוסקים בזנות ולמעשה מדובר בנזק חמור ובמקרים רבים בלתי הפיך.

ד"ר אורית קמיר במאמרה "על פורנוגרפיה ("הזניה מתועדת") וכבוד האדם: פסק-הדין שלא נכתב (בעניין הארגונים החברתיים וחבריה הכנסת נגד שידורי ערוץ פלייבוי ואח')", משפט חברה ותרבות (2006), מרכזת מחקרים על עדויות של נשים שהועסקו בתעשיית הפורנו, וזהו התיעוד:

"נשים ששימשו את תעשיית ההזניה המתועדת (גם זו שאינה נחשבת אלימה או משפילה) מתארות בשימועים הללו כיצד פותו, בהיותן צעירות ותמימות, להיכנס לעולם שהוצג להן כזהר ומרגש. משהתפתו לעזוב את בתי ההורים ולעבור לגור בחברת גברים שהבטיחו להן אושר ועושר, הן מצאו את עצמן מנוצלות ומשועבדות. הן מתארות כיצד נדרשו ואולצו לקיים מגעים מיניים שלא היו רצויים להן, חלקם מכאיבים, משפילים ומכוערים בעיניהן, כיצד אולצו, לעיתים באיומים של פגיעה במשפחותיהן ולעיתים באיומי אקדח, להזדווג עם חיות, להתיר לגברים לעשות עליהן את צורכיהם ולפלוט זרע על פניהן, לקשור אותן, להצליף בהן ולהכותן."



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

הן מתארות כיצד נאנסו שוב ושוב לשם צילומים אך גם מעבר ל"שעות העבודה", כיצד נקלעו להריונות לארצויים ואולצו לבצע הפלות מלאכותיות, כיצד אולצו לבצע ניתוחים פלסטיים להגדלת השדיים או לשינוי חלקי גוף שונים, כיצד סורסרו עלידי "מעסיקהן" לחברים ולקולגות. הן מתארות דכאוניות קשים, חוויות של ניכור, בדידות, אימה, תלות מוחלטת וחוסר אונים גמור. הן מתארות כיצד השתמשו בהן "מעסיקהן" כבסחורה, והרוויחו עליהן הון עתק בלא כל התחשבות ברגשותיהן או ברצונותיהן. הן מתארות כיצד ניתנו להן סמים כדי שיוכלו לעמוד בכאב או ברעב שנגזר עליהן כדי לשמור על גזרה דקה;

הן מתארות כיצד אולצו לחייך, להעמיד פנים כנהנות מכל הנעשה להן, ולתאר בראיונות ובתוכניות שונות עד כמה חייהן טובים."

כמובן שאין מקום לומר כי גורל ה"שחקניות" בסרטים נשוא כתב התביעה הינו כגורלן של נשים אלו, וזאת כאשר לא נשמעו לפני כל עדויות בעניין. אולם ההכרעה כאן הינה הכרעה עקרונית בדבר נזקי תעשיית הפורנו ככלל, ודי בכך שחלק מהנשים בתעשייה זו סובלות כמתואר במאמר ובמחקרים לעיל, בכדי שהדבר יהווה טיעון של ממש לקבוע כי מתן הגנת זכות יוצרים לתעשיית הפורנו מנוגדת לתקנת הציבור.

88. אציין כי קיים מישור רביעי בטיעון הנזק התוצאתי של הפורנוגרפיה והוא הפגיעה ברגשות הציבור (ר' "עציוני, פורנוגרפיה" בעמ' 894), אולם לטעמי טיעון זה חופף במקצת את הטיעון המוסרי והוא פחות דומיננטי במארג השיקולים לשלול הגנת חוק זכות יוצרים מהיצירה הפורנוגרפית.

89. לאור האמור לעיל, אני סבור כי אף אם הייתי מגיע למסקנה כי סרטי הפורנו נשוא תיק זה חוקיים הם (ולטעמי הם לא), הרי מטעמי תקנת הציבור, לא היה מקום להעניק להפרת זכות היוצרים בהם סעד מכוח חוק זכות יוצרים.

90. להשלמת התמונה אציין כי במשפט המשווה קיימת התייחסות מפורשת לשלילת הגנת זכויות יוצרים מיצירה פורנוגרפית.

כך, לגבי המשפט האנגלי, ר' מיכל שור-עופרי, 'פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים' (2011) בעמ' 301 :

"כך אפשרה תקנת הציבור לבתי המשפט האנגלים לסרב לאכוף את זכויות היוצרים ביצירות שנתפסו כבעלות תוכן מגונה..."



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

במשפט האמריקאי התמונה מורכבת יותר. כך, מצד אחד, סרב בית המשפט ליתן סעד מתחום זכויות היוצרים למפיץ סרטים פורנוגרפיים, ר', **Devils Films Inc. V. Nectar Video**, 29 F. Supp. 2d 174 (1998).

לעומת זאת, בעניין **Nova Products Inc. V. Kisma Video Inc. No. 02 Civ 3850** (2004) הגיע בית המשפט הפדרלי לתוצאה הפוכה.

עוד בנושא זה ר' מאמרה של Bartow Ann :

"Copyright Law and Pornography", Oregon Law Review (Vol 91, 2012)

אשר במסגרתו מגיעה המחברת למסקנה כי במשפט הנוהג ככל הנראה קיימת הגנה ליצירה הפורנוגרפית מפני הפרת זכות היוצרים, עם זאת ראוי כי :

"A strong case can be made that such materials do not warrant copyright protection."

91. לסיום פרק זה ברצוני לציין שלוש נקודות נוספות בהקשר לשלילת הגנת חוק זכות יוצרים לאור פגיעה בתקנת הציבור :

92. הנקודה הראשונה הינה טענת התובעת כי תוצאה שכזו מוציאה את החוטא נשכר, כך שהנתבע אשר אף הוא מפיץ חומר פורנוגרפי לא נאלץ לשלם עבור זכות היוצרים אותה הפר.

אכן, נכון הדבר שבמקרה הפרטני הזה 'מרוויח' הנתבע. אולם, כאשר בית המשפט שוקל שיקול פרשני לא רק התוצאה הפרטנית כלפי הצדדים הספציפיים שלפניו נשקלת על ידו, אלא שעליו להביא בחשבון גם תכלית החקיקה ועקרונות היסוד של השיטה ומכאן השפעת הפרשנות הניתנת על כלל הציבור.

בענין שלפניי ברור כי שלילת הגנת חוק זכות יוצרים מהיצירה הפורנוגרפית יש בה להוות תמריץ שלילי משמעותי להפקת סרטי פורנו ומכאן לצמצום התופעה.

93. הנקודה השניה הינה כי בסרטים נשוא תיק זה, או לפחות בחלקם, קיים נושא נוסף אשר יש בו להוות באופן פוטנציאלי פגיעה בתקנת הציבור וייתכן ואף אי חוקיות, וזאת כאשר בחלק מהסרטים ה- "שחקנים" או ה"שחקניות" מוצגים כחיילי צבא הגנה לישראל ולובשים מדי צה"ל (ר' הסרט הנקרא "נערות במדים" והסצנה "חיילת ישראלית בסקס מחרמן").



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

נראה כי קשה יהיה לחלוק כי המתרחש בסרטים אלו פוגע ומבזה את צה"ל ואת לובשי ולובשות המדים, ובכך לכאורה קיימת גם עבירה על סעיף 217 לחוק העונשין. עם זאת, לאור התוצאה אליה הגעתי ממילא, לא הבאתי ענין זה בחשבון.

94. הנקודה האחרונה הינה השיקול המוסדי. הכרה בזכויות היוצרים ביצירה הפורנוגרפית ואכיפתם מחייבת דיון בנושא זה בבית המשפט, לרבות כפייה על בית המשפט וצוותו לעיין ולצפות בשורה של סרטי פורנוגרפיה קשים. שיקול זה כשלעצמו בוודאי אינו מצדיק הגדרת היצירה הפורנוגרפית כפוגעת בתקנת הציבור, אולם יש בו להמחיש את הקושי הטמון במתן הגנה ליצירות שכאלו, אשר לפחות מקצת הציבור חש אי נוחות כאשר הוא צופה בהן בוודאי שבפומבי. למען הסר ספק אבהיר כי מדובר בשיקול משני, כאשר בית המשפט מורגל בחשיפה לחומרים שאינם פשוטים בשורה של נושאים קשים המחייבים הכרעה שיפוטית, עם זאת כאשר מדובר בסכסוך בין יוצר הפורנו למפיץ הפורנו, נשאלת השאלה האם הדבר אכן מוצדק (ר' והשווה בג"ץ 36/68 סולימאן בלאן נ' שר החקלאות (פורסם במאגר נבו, 24.4.1968)).

סיכום

95. לאור האמור והמנומק לעיל, אני סבור כי הסרטים הפורנוגרפיים נשוא כתב תביעה זה הינם יצירות שהינן מושא לזכות יוצרים.

עם זאת, אני סבור כי הפרת זכות היוצרים בסרטים אלו אינה מקנה סעד לבעלי הזכות וזאת מהטעם כי הכנת והפצת הסרטים הפורנוגרפיים הינה בלתי חוקית, או לחילופין סותרת את תקנת הציבור.

96. אשר על כן, אני דוחה את התביעה.

97. בנסיבות הענין אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ו אב תשע"ח, 07 אוגוסט 2018, בהעדר הצדדים.


גלעד הס, שופט



בית משפט השלום בהרצליה

ת"א 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול

