

יצירה פלילית מתועבת: קניין רוחני פוגש משפט פלילי, פורנוגרפיה פוגשת את דיני התועבה

(בעקבות ת"א (שלום הר') 17-08-38541 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול)

אסף הרדוף*

תקציר

באוגוסט 2018 דחה בית-משפט השלום תביעת זכות יוצרים בנוגע לסרטי פורנוגרפיה. חברת סקס סטייל תבעה בעלים של אתר על שהשתמש בלי רשות בקישורים לסרטי פורנוגרפיה שהפיקה. הנתבע לא הכחיש, אך טען כי הצבת קישורים באתר אינה בבחינת "ביצוע פומבי", ולפיכך אין מדובר בשימוש מפר. בדיון מקדמי העלה בית-המשפט ביוזמתו סוגיה: "האם זכויות יוצרים בסרטים פורנוגרפיים כגון הסרטים בהליך זה זכאים להגנה וזאת לאור איסור שחל לכאורה על הפצתם בחוק העונשין וכן מכוח תקנת הציבור"? השופט קבע כי סרטי פורנוגרפיה הם תועבה לפי חוק העונשין. מרכז פסק-הדין, כיאה לתובענה, הוא דיני זכויות היוצרים, אולם חלק מכריע במהלך הוא הפרשנות השיפוטית שלפיה פורנוגרפיה מהווה תועבה לפי סעיף 214 לחוק העונשין. פרשנות מרחיקת-לכת זו – מבחינת השפעתה הפוטנציאלית על המשפט הפלילי, החברה והכלכלה – מצויה במוקד הרשימה. הרשימה חושפת קשיים אופרטיביים, דוקטרינריים ונורמטיביים בפרשנות של פורנוגרפיה כתועבה מבחינת החוק הפלילי. מודגש כי השאלה חורגת בחשיבותה מפרשנותו של סעיף חוק פלוני, וכי ראוי לה להידון בבית-המחוקקים, תוך מבט מעמיק ורחב בביטויים פוגעניים ובעייתיים ובאופן ההסדרה הראוי להם.

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת. תודה רבה למיכאל בירנהק, לקוראת החיצונית ולמערכת מאזני משפט על הערות שתרמו להשבחת המאמר, ותודה רבה גם לעורך הלשוני על עבודתו היסודית. האחריות לכל טעות שנפלה במאמר היא שלי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

מבוא

- א. זכויות יוצרים מתועבות
 - ב. פורנוגרפיה כעברת תועבה
 1. חוקיות היצירה כתנאי לזכות יוצרים
 2. תולדותיה של עברת התועבה
 3. דיונים במונח "תועבה"
 4. פורנוגרפיה כתועבה פלילית – מבט דוקטרינרי
 5. פורנוגרפיה כתועבה פלילית – הרמוניה ערכית
 6. פורנוגרפיה כתועבה פלילית – פרשנות חסרת תקדים
- סיכום – מבט רחב

מבוא

באוגוסט 2018 דחה בית-משפט השלום תביעת זכות יוצרים בנוגע לסרטי פורנוגרפיה. חברת סקס סטייל תבעה בעלים של אתר על שהשתמש בלי רשות בחמישה-עשר קישורים לסרטי פורנוגרפיה שהפיקה. הנתבע לא הכחיש, אך טען כי הצבת קישורים באתר אינה בבחינת "ביצוע פומבי", ומשכך אין מדובר בשימוש מפר. בדיון מקדמי העלה בית-המשפט ביוזמתו סוגיה: "האם זכויות יוצרים בסרטים פורנוגרפיים כגון הסרטים בהליך זה זכאים להגנה וזאת לאור איסור שחל לכאורה על הפצתם בחוק העונשין וכן מכוח תקנת הציבור"¹? השופט הבהיר ש"השדה הגיאומטרי" של הדיון אינו נוגע בצנזורה, אלא רק בזכויות יוצרים ובסעד הנובע מהפרתן;² וכן שהשאלה מתייחסת לפורנוגרפיה, להבדיל מאירוטיקה.³

השופט קבע כי סרטי הפורנוגרפיה מהווים "יצירה מוגנת" תחת חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, באשר מדובר לכל-הפחות ב"יצירה קולנועית", ואין הכרח שידובר ב"יצירה אמנותית". הוא אף הפנה לפסיקה ישנה שקבעה כך במפורש.⁴ חרף זאת הוא קבע בהמשך כי זכויות היוצרים בסרטי פורנוגרפיה לא

1 ת"א (שלום הר') 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול, פס' 7 (פורסם באר"ש, 7.8.2018).

2 שם, פס' 12-14.

3 שם, פס' 15-17.

4 שם, פס' 18-23.

יזכו בהגנה משפטית, והדגיש כי ניתן לשלול שיפוטית את התרופות בגין הפרת זכויות היוצרים במקרה של יצירה (אפילו מוגנת) הפוגעת בתקנת הציבור.⁵ השופט קבע כי אכיפת זכות יוצרים היא פעולה משפטית, וכי לאור סעיפים 30 ו-61(ב) לחוק החוזים, התשל"ג-1973, ניתן להחיל את ההוראות בדבר פסלות חוזה בלתי-חוקי על אכיפת זכות יוצרים בלתי-חוקית. לפיכך עבר השופט לדון בחוק הפלילי כדי להראות שבמקרה הנדון אכן מדובר בזכות יוצרים לגבי פעולה בלתי-חוקית. סעיף 214 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), עוסק בעברות תועבה מגוונות, לרבות הכנת תועבה והפצתה. בהעדר הגדרה למונח-המפתח "תועבה", החל השופט בהפניה למאמרה של עצינוני בנושא,⁶ והמשיך בהפניה לפסיקה ישראלית משנות השמונים של המאה הקודמת שהרשיעה במצבים דומים,⁷ אך הבהיר כי קשה למצוא פסיקה עדכנית דומה. בשני פסקי-דין מרכזיים של בית-המשפט העליון שדנו במונח "תועבה" – בג"ץ סטיישן פילם⁸ ובג"ץ ש.י.ן.⁹ – לא מצא השופט תשובה נחרצת ומחייבת באשר לפורנוגרפיה,¹⁰ אולם לאור העקרונות שאיתר בהם ולאור לשון החוק, הוא הסיק כי פורנוגרפיה היא אכן תועבה. השופט הדגיש כי לא ייתכן שהאיסור יחול על חומר פדופיליה גרידא, בין היתר משום שהמחוקק בחר – לצד עדכון עברות התועבה העוסקות בקטינים – לא לבטל את האיסור הכללי לגבי תועבה, ואף לא הבהיר כי האיסור אינו חל על פורנוגרפיה רגילה. חקיקה מחוץ לחוק העונשין מחזקת את המסקנה כי פורנוגרפיה היא תועבה. העדר האכיפה הפלילית בתחום אינו מחליש את המסקנה, משום שמעשה הוא בלתי-חוקי גם אם הוא אינו נאכף. השופט תמך את מסקנתו בערכים המוגנים, במגמה להילחם בהחפצת נשים.¹¹

5 שם, פס' 24–36.

6 לימור עצינוני "מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי" מחקרי משפט ל 837 (2016).

7 ת"פ (שלום רח') 916/80 מדינת ישראל נ' וידיאוקסט (פורסם בנבו, 8.2.1980); ע"פ (מחוזי ת"א) 1283/81 מדינת ישראל נ' וידאו קסט שווק והפצות שכפול והעתקות קסטות (פורסם בנבו, 12.7.1984).

8 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997) (להלן: בג"ץ סטיישן פילם).

9 בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004) (להלן: בג"ץ ש.י.ן).

10 עניין סקס סטייל, לעיל ה"ש 1, פס' 37–49.

11 שם, פס' 50–65.

לנוכח זאת קבע השופט כי אין להגן על זכות יוצרים בפורנוגרפיה. אף שהכיר בבעייתיות של מסקנתו לנוכח היות הפורנוגרפיה נפוצה מאוד, הדגיש השופט כי זהו החוק; כי שכיחות התופעה אין פירושה שהיא רצויה; כי בעבר הייתה החברה שמרנית יותר; וכי הוא אינו מחייב צנזורה של פורנוגרפיה, אלא אך שולל ממנה את ההגנה של זכות היוצרים.¹² למעלה מן הצורך הוסיף השופט כי גם תקנת הציבור – כאפשרות חלופית לתזת הפליליות של הפורנוגרפיה – תוביל לתוצאה זהה, כלומר, לשלילת ההגנה של זכות יוצרים. כאן הדגיש השופט את נזקי הפורנוגרפיה בהחפצה, בפגיעה תוצאתית במעמד האישה ובעידוד לאלימות, והשווה בין פורנוגרפיה לבין חשפנות – תופעה שנגדה נכתב פסק-דין ישראלי בשנת 2017.¹³ לדידו קיימת תמימות-דעים במשפט הישראלי שהפורנוגרפיה היא תופעה שלילית, ועצם העובדה שנשים מסוימות בתעשייה סובלות די בה להצדיק את הקביעה כי שלילת ההגנה על זכות יוצרים נדרשת מתקנת הציבור.¹⁴ לקראת סיום ציין השופט כי הנתבע מרוויח חרף מעשיו, אך זו תוצאה הכרחית המהווה תמריץ שלילי ליצירה הפורנוגרפית. כמורכך הוא תקף חלק מסרטי הפורנוגרפיה הישראליים על הכללת דמויות במדי צה"ל, ומחה על כך שהסכסוך שלעיל אילץ אותו לצפות בחומרים בעצמו.¹⁵

פסק-הדין האמור מרתק, אמיץ ומחדש, וכולל – סוף-סוף בישראל – אמירה שיפוטית ברורה ובלתי-מתחמקת באשר לפורנוגרפיה. אולם לצד היות חלק ממהלכי פסק-הדין נכונים ומדויקים, חלק אחר מהם מעלים קושיות. מרכז פסק-הדין, כיאה לתובענה, הוא דיני זכויות היוצרים, אולם חלק מכריע במהלך הוא הפרשנות השיפוטית שלפיה פורנוגרפיה מהווה תועבה לפי סעיף 214 לחוק העונשין. פרשנות מרחיקת-לכת זו – מבחינת השפעתה הפוטנציאלית על המשפט הפלילי, החברה והכלכלה – תהיה במוקד הרשימה. אף שהבנתי בתחום זכויות היוצרים מוגבלת ביותר, אפתח בהתייחסות קצרה לסוגיה שהובילה לתובענה, ואשר הכרעת-הדין משפיעה עליה במישורין. משם אתקדם לשאלה המרכזית שרשימה זו עוסקת בה, והיא אם הפרשנות של פורנוגרפיה כתועבה מבחינת החוק הפלילי אפשרית ומהן השלכותיה, ואסכם בהעלאת הצורך במבט רחב ועמוק בערכים שעל הפרק.

12 שם, פס' 66–73.

13 עת"ם (מנהלי ת"א) 8707-07-15 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' ירושלמי (פורסם בנבו, 28.8.2017).

14 עניין סקס סטייל, לעיל ה"ש 1, פס' 74–90.

15 שם, פס' 91–94.

א. זכויות יוצרים מתועבות

זכות היוצרים עניינה בלעדיות בנוגע לשימושים מסוימים ביצירות ספרות, ביצירות מוזיקליות, בצילומים, בשידורי רדיו וטלוויזיה, בסרטים ועוד. דיני זכויות יוצרים משרטטים גבולות עמומים בין זכויות בלעדיות, מן הצד האחד, לבין החירות לצרוך ולהתבטא בחופשיות, מן הצד האחר.¹⁶ תיאוריות שונות עומדות בבסיס ההכרה בזכות היוצרים. הגישה התועלתנית מכירה בזכות זו כדי לעודד יצירת ביטויים והפצתם, לנוכח הערך שהחברה מוצאת ביצירות ובטובין מופשטים. החברה מקנה זכויות בלעדיות במשאב הרוחני כעידוד וכתמריץ כלכלי לאדם (ועימו גם לגורמים המעורבים ביצירה ובשיווק) לתור ולגבש רעיונות ולתרגמם לביטוי מקורי.¹⁷ עידוד זה נעשה באופן טיפוסי בלי התייחסות לתוכן היצירה.¹⁸ לפי הטיעון בדבר מנגנון השוק, הבסיס להכרה בזכות יוצרים מצוי באינטרסים הפרטיים של היוצר או בזכות הטבעית שיש לו בעבודתו, שהיא אינטרס פרטי הראוי להגנה כשלעצמו. הדבר מתקשר לתיאוריית העבודה – אשר מקובל להשתמש בה להצדקת ההכרה בזכות הקניין באופן כללי – שלפיה לכל אדם יש זכות טבעית בפרי עמלו, במגבלות מסוימות. לפי טיעון הגמול, זכותו הקניינית של אדם בפרי עבודתו היא בבחינת גמול בעבור הערך המוסף מעבודתו.¹⁹ לפי תיאוריית האישיות, זכות יוצרים נובעת מהזיקה הבלתי-אמצעית בין היוצר ליצירה. היצירה היא ביטוי חיצוני לאני הפנימי של היוצר כאדם, וככזו

16 ראו: Yochai Benkler, *The Public Domain: Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 173, 175 (2003) (להלן: Benkler, *The Public Domain*).

17 ההנחה היא שחרף מניעים אישיים אפשריים ליצור, כגון רצון במימוש עצמי, ביקרה, בפרסום, בקידום מקצועי וכדומה, לפחות חלק מהפעילות היצירתית לא היה מתקיים ללא הבטחת הזכויות הבלעדיות. הנחה נוספת היא שתמיכה שלטונית ביצירה אינה תחליף נאות לזכות היוצרים. ראו גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359, 361-367 (2000); ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב 319, 328 (2002); חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 39, 49 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

18 Ann Bartow, *Fair Use and the Fairer Sex: Gender, Feminism, and Copyright* 14 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 551, 555 (2006) (להלן: Bartow, *Fair Use and the Fairer Sex*).

19 ראו פסח, לעיל ה"ש 17, בעמ' 380-390; דגן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 40-59.

מוצדק להגן עליה בשם ההגשמה העצמית.²⁰ כמובן, אף לא אחת מהתיאוריות האמורות נקייה מביקורת.²¹

חוק זכות יוצרים קבע מהי יצירה מוגנת ואיזו הגנה תוענק לה, והוא אינו מתלה את ההגנה המשפטית בתוכן היצירה. אף שככלל הגנת זכות היוצרים אדישה לתוכן היצירה, אין זה מובן מאליו שהביטוי הפורנוגרפי זוכה בכלל בהגנה משפטית כקניין רוחני.²² האם התיאוריות שבבסיס זכות היוצרים אכן תומכות בביטוי הפורנוגרפי? ניתן להציע שאין מדובר ביוזמה יצירתית (creative endeavor) שראוי לתמך,²³ שאין תועלת אמיתית בפורנוגרפיה, שהיא אינה משקפת עבודה הראויה להגנה או פן אישיותי שמוצדק להגן עליו, ולעומת זאת – שהיא כרוכה בנזקים מגוונים.²⁴ פרט לכך, הגנה משפטית על זכות יוצרים בפורנוגרפיה ניתנת לתפיסה כהכשרה עקיפה של פורנוגרפיה.²⁵

אפשר להמשיך את הקו הזה ולהציע לשלול זכות יוצרים כדרך משפטית לצמצם ביטויים פוגעניים בכלל ופורנוגרפיה בפרט. דרך זו לא תעזור ביטויים שאינם

20 ראו פסח, לעיל ה"ש 17, בעמ' 403–404; דגן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 52. בנקלר הראה כי התפיסה האמריקאית לגבי קניין רוחני היא בעיקרה תועלתנית, ולא לוקיאנית או הגליאנית, ואף נימק תפיסה זו. ראו Benkler, *The Public Domain*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 176–178, 193 ו-204; Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 N.Y.U. L. REV. 23, 57–61, 88–89, 105 (2001). טורסיני ציין כי גם הגישה שהוכרה בבית-המשפט העליון בישראל היא שמטרתם של דיני זכויות היוצרים היא להמריץ ייצור, ולא לגמול ליוצר. ראו עופר טורסיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחידושים במשפט הישראלי)" קריית המשפט ה' 177, 208–210 (2005) (המפנה לע"א Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S. A., פ"ד מח(4) 133, 164–167 (1994)).

21 ראו פסח, לעיל ה"ש 17, בעמ' 368–375, 391–396 ו-407–409.

22 להיסטוריה של הקניית זכות יוצרים לפורנוגרפיה בארצות-הברית ראו Ann Bartow, *Pornography, and the Fairer Sex Coercion, and Copyright Law 2.0*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 799, 831–834 (2008).

23 ראו: Ann Bartow, *Copyright Law and Pornography*, 91 OR. L. REV. 1, 12–13, 55 (2012).

24 Bartow, *Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 838; Ann Bartow, *Copyright Law and Pornography: Reconsidering Incentives to Create and Distribute Pornography*, 39. U. BALT. L.F. 75, 83–86 (2008).

25 מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון "הקדמה" הגבול המוסרי של הקניין הרוחני 3, 6 (מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון עורכים, 2018). ניתן כמובן להציע תפיסה חלופית שלפיה הגנה על זכות יוצרים אינה אמירה בשבח התוכן.

מסחריים, אך יכולה לצמצם מאוד את התמריץ לייצר ביטוי מסחרי. היצרן הפוטנציאלי יראה במהרה שאחרים מפיצים את תכניו בלי רשותו ושהמשפט אינו נותן לו כל סעד, ולפיכך התמריץ שלו להפיק תכנים חדשים יפחת. להפדת קניין רוחני יש סעדים משפטיים אזרחיים ופליליים,²⁶ ושלילתם מצטיירת כדרך מידתית מאוד לצמצם ביטוי מסחרי פוגעני לעומת צנזורה, אשר מונעת ביטוי, או הפללה, אשר מענישה בגינו.²⁷ ניתן להציע שבאמצעות התוויה מחדש של דיני זכויות יוצרים אפשר לצמצם את נזקי הפורנוגרפיה²⁸ או לכל-הפחות לוודא שהאדם שנראה מקיים פעילות מינית בביטוי הפורנוגרפי אכן נתן הסכמה מספקת לכך.²⁹ אולם ככל דרך, גם ייבוש זכות היוצרים הוא כלי מוגבל לצמצום הביטוי הפורנוגרפי, וסביר שהמפיקים הגדולים ימשיכו להרוויח כסף, במישרין ובעקיפין, באמצעות מודלים עסקיים מתאימים, כגון גביית תשלום ממפרסמים.

מכל מקום, אף אם יש יתרון נורמטיבי למאבק בפורנוגרפיה באמצעות שלילת זכות היוצרים, דומה שהגורם המתאים לקבלת הכרעה כזו הוא המחוקק. אפשר לתפוס את הגדרת היצירה המוגנת שנוסחה על-ידי המחוקק הישראלי (והדין הבין-לאומי) כרחבה מדי, לנוכח הקלות שבה ניתן ליצור יצירה כזו. אפשר גם להציע שצריך לחרוג מהכלל של אי-שיפוט תוכן של יצירות, ולייצר רף מינימלי כלשהו – תרבותי, חברתי, אומנותי, כלכלי, מוסרי, ואפילו חוקי. ניתן להעלות קושיות על כך שכל צילום נהנה מזכויות יוצרים, לרבות צילום מפוקפק, ובמיוחד

26 ראו, למשל: Lydia Pallas Loren, *Digitization, Commodification, Criminalization: The Evolution of Criminal Copyright Infringement and the Importance of the Willfulness Requirement*, 77 WASH. U. L. Q. 835, 836–860 (1999); Aaron M. Bailey, Comment: *A Nation of Felons?: Napster, the Net Act, and the Criminal Prosecution of File-Sharing*, 50 AM. U. L. REV. 473, 489–492 (2000); John R. Grimm, Stephen F. Guzzi & Kathleen Elizabeth Rupp, *Intellectual Property Crimes*, 47 AM. CRIM. L. REV. 741, 782–784, 792–793 (2010). ראו גם: Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS L.J. 167, 236–237 (2002).

27 כמובן, שלילת זכות יוצרים מאבדת משהו ממידתיותה אם ההנמקה השיפוטית היא שמדובר בעצם במעשה פלילי, שכן הנמקה כזו פירושה העתידי המסתמן הוא אכיפה פלילית, מצד אחד, וצנזורה ממשית, מצד אחר, וזאת לנוכח חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017.

28 ראו Bartow, *Copyright Law and Pornography*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 48–49.

29 ראו Bartow, *Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 837.

צילום שהוא עברה פלילית בעצמו, כגון צילום אדם ברשות היחיד שלא בהסכמתו, כעולה מחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. ניתן להציע שאין להגן על יצירות שהופקו לא כחוק,³⁰ או אפילו להציע שהמוסר והערכים שמגולמים ביצירה ייהפכו למדד לשם קבלת הסעד המשפטי.³¹ יהיו לכך כמובן השלכות רוחב והשלכות-עומק על הכלכלה והחברה, כמו-גם על הדיון המשפטי הצפוי בנוגע ליצירות שיש גורם המבקש לרתום את זכות היוצרים המשפטית להגנתן. כמפורט בהמשך, לא רק הפורנוגרפיה ניתנת לתפיסה כבלתי-מוסרית, אלא גם יצירות אחרות רבות מאוד, אולי רבות מספור. לנוכח ההשלכות הדרמטיות שצפויות להיות למדד מוסרי-ערכי בנוגע להגנה על זכות יוצרים, דומה שהגורם המתאים להכריע בעניין, מבחינת שלטון החוק, הוא המחוקק.

פרט לדרך המשפטית הראויה להשגת היעד, חשוב לבחון ברצינות את ההשלכות הכלכליות של הקביעה המשפטית כי בעל זכות היוצרים בפורנוגרפיה לא יזכה בסעד משפטי. חשיבותה של קביעה זו חורגת הרבה מעבר לתובעת ולנתבע בעניין סקס סטייל. בית-המשפט דיכא במודע תמריץ להפקת פורנוגרפיה, וגם הכריז כי הפצת פורנוגרפיה שהופקה על-ידי אחרים לא תהווה עילה לתובענה (כך שסביר שהפצת הפורנוגרפיה תימשך). כאן עולה דיסוננס משפטי הנוגע בתפיסת רעיון אחד בשתי דרכים שונות, להבדיל מתפיסה הרמונית לגביו. למשל, ישראלי המפיץ פורנוגרפיית ילדים שהופקה בחוץ-לארץ אולי מפר זכות יוצרים, אך איש אינו צפוי לעמוד מאחורי זכות זו ולתבוע הגנה עליה, משום שמדובר ביצירה שהפקתה היא עברה פלילית מובהקת וחמורה. מצב שבו אדם ניגש לבית-המשפט לבקש סעד נזיקי ומפליל את עצמו באמצעות בקשתו הוא מצב מוזר, חריג ונדיר. זהו סוג של ירייה עצמית ברגל, ולפיכך סביר שאותו אדם לא הביח את משמעות טענתו.³²

30 ראו אלדר הבר "הגנה על יצירות בלתי חוקיות" הגבול המוסרי של הקניין הרוחני 10 (מיכאל בירנהק ואור כהן-ששון עורכים, 2018).

31 ראו בירנהק וכהן-ששון, לעיל ה"ש 25, בעמ' 3-7. הצעה זו אינה משקפת את הדין הישראלי, וגם לא את הדין האמריקאי. *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law*, 2.0, לעיל ה"ש 22, בעמ' 836.

32 ראו תובענה נזיקית של אדם נגד מי שלדבריו ארגן לו משחק אסור לפי סעיף 225 לחוק העונשין: ת"צ (מחוזי ת"א) 30284-01-10 דבוש נ' קונקטיב גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 30.3.2011). בית-המשפט המחוזי החמיץ את הנקודה, אך בית-המשפט העליון הבחין כי פירוש הטענה היא הודאה בהשתתפות במשחק אסור, שהיא עברה עצמאית לפי סעיף 226 לחוק העונשין. נקבע כי אין סיבה להעדיף צד אחד לאירוע העברייני על צד אחר. ראו ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש, פס' 14-19 לפסק-דינו השופט מזוז (פורסם בנבו, 5.11.2015).

הדבר מעורר שאלות קשות על עבריינים כניזוקים.³³ לא כן לגבי פורנוגרפיית ילדים, אשר הכל מבינים את הפליליות המובהקת שבה, ושום יוצר תועבה כזו לא יעז לדרוש זכות יוצרים בגינה, ממש כשם ששום סוחר סמים לא יגיש תובענה נזיקית נגד קונה שלא שילם לו.³⁴ במילים אחרות, בסוגיות אלה המצב המשפטי מובהק עד כדי כך שלא צפויה דיסהרמוניה צורמת בין המשפט האזרחי למשפט הפלילי. אולם המצב שונה בנוגע לפורנוגרפיה, שבה עובר לפסק-הדין בעניין סקס סטייל נראָה שאם קיים בישראל מצב משפטי מובהק בנושא זה, הוא הפוך בעליל, ולפיו הפורנוגרפיה הבגירה היא חוקית לגמרי, כמפורט בהמשך.

שוו בנפשכם שיתברר כי הדין הישראלי אינו מגן על זכות יוצרים בפורנוגרפיה. כעניין של ריאליזם משפטי, בהנחה שרשויות האכיפה הפלילית יתמידו בתפיסתן שפורנוגרפיה אינה תועבה, פירוש הדבר הוא פְּרָצה קורצת מאוד המאפשרת להרוויח מהפרת זכות יוצרים. תעשיית הפורנוגרפיה הישראלית חלשה וקטנה למדי מבחינת הפקת תכנים, ובמובן זה ההשפעה האפשרית של פסק-הדין כוללת דיכוי של תכנים מועטים בלבד. בעולם, לעומת זאת, קיימות תעשיות ענקיות של הפקת תכנים פורנוגרפיים, שהרשויות שם אינן מדכאות, אלא מגינות עליהן, לרבות באמצעות מתן סעדים הנוגעים בזכויות יוצרים. כעת, אם אזרחי ישראל יעשו שימוש מפר בפורנוגרפיה אמריקאית, למשל, כיצד לדעתכם יגיבו התאגידים האמריקאיים, ומה יגיד הממשל האמריקאי, בהינתן הרווח הענקי שתעשייה זו מניבה לו, לרבות בפן המקוון שלה, אשר שעון במידה רבה על המודל של הגנת זכות יוצרים?³⁵ הכסף הגדול יוביל ללחץ משפטי, אשר ייתרגם בוודאי לשלילת האפשרות המשפטית להפיץ תכנים פורנוגרפיים תוך הפרת זכות יוצרים ללא מורא. מי שסבור כי מדובר בהגזמה צינית מוטב שיעיין בשני התקדימים הישנים היחידים שהזכיר בית-המשפט בעניין סקס סטייל להרשעה בעברות תועבה לגבי פורנוגרפיה. פסק-הדין הראשון נפתח בהדגשת החשיבות של מחויבותה של ישראל לאכוף את דיני זכויות יוצרים גם לגבי חומר זר.³⁶ בהכרעת-הדין בתיק

33 אסף הרדוף "הפוך על הפוך: מכירה מקוונת כמשחק אסור, משחק אסור כעוולה נזיקית – בעקבות ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 50, 6, 9–14 (2015).

34 ראו את התרחיש הדמיוני שהעלה הבר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 10, לגבי אסיר התובע מהכלא הגנה על זכות היוצרים שלו בפורנוגרפיית ילדים.

35 ראו *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 835.

36 ת"פ וידיאוקסט, לעיל ה"ש 7, פס' 1.

נכתב כי החקירה החלה בגין פנייה אמריקאית: "הצהרות הנאשמים... עוררו חשדם של מפיצי הסרטים האמריקאיים בארץ ובאמצעות נציגם... פנו אל היוהמ"ש לממשלה והתלוננו על התופעה של יצירת קסטות וידיאו טייפ פיראטיות הנעשות, לדעתם, תוך הפרת חוקי זכויות היוצרים ובאופן הגורם נזק אדיר לחברות שמפיקות סרטי קולנוע וטלוויזיה."³⁷ כך גם בפסק-הדין השני: "חקירת המשטרה נפתחה לאחר פניה של עורך דין המייצג חברות להפקת סרטים בארה"ב, אשר טען כי מרשיו לא העניקו לאף אחד בישראל, ואף לא במקום אחר בעולם, זכות להעביר את היצירות הקולנועיות ואחרות לוידאו, ולכן מתבצעת בארץ הפרת זכות יוצרים בהיקף גדול. החקירה הביאה להגשת כתב-אישום זה."³⁸ כלומר, באופן אבסורדי פתחו רשויות האכיפה הישראליות בחקירה, ובהמשך העמידו לדין מפיצי תועבה מקומיים, לבקשתם של יוצרי התועבה הזרים.

הפעלת הדין הישראלי המקומי כך שהוא אינו נאבק בפורנוגרפיה, מצד אחד, אך גם אינו מגן על זכות היוצרים בה, מצד אחר, יוצרת נתק בינו לביין העולם. הפעלה זו של הדין הישראלי כמערכת סגורה היא בעייתית במישור הדין הביין-לאומי הנוגע בזכות יוצרים. היא בעייתית גם מבחינת ריאליזם משפטי. נקיטת עמדה משפטית מקומית עלולה להוביל לנקיטת עמדת-נגד משפטית זרה, ומה שנפתח בקול תרועה רמה עלול להסתיים בנסיגה שקטה. כך, למשל, הנחרצות שבה קבעו שתי ערכאות בישראל כי ארגון הימורים שנעשה בהתאם לחוק הבריטי אך מגיע לישראל מהווה מקצת עברה, ולפיכך מאפשר העמדה לדין בישראל,³⁹ לא הובילה בסופו של יום אפילו לכתב אישום בישראל. ניתן לשער כי מישורו בכריטניה לא אהד את האופן שבו התימרה ישראל להפעיל את המשפט הפלילי שלה כלפי עסק בריטי מצליח, והוביל את רשויות האכיפה לנסיגה מהתיק.⁴⁰ לבסוף, אם ישראלים רבים אכן ינצלו את הפרצה על-מנת להפיץ תכנים כאמור ולהרוויח מכך מבלי לשלם, אזי עד שתגיע הפנייה מחוץ-לארץ בדרישה – אולי בליוויית באיומים – לאכיפת זכות היוצרים של תעשיית הפורנוגרפיה העצומה, תגבר בוודאי הפצת הפורנוגרפיה בישראל. אם כך יהיה, אזי פסק-הדין שביקש

37 ת"פ (שלום רח') 916/80 מדינת ישראל נ' וידיאוקסט, פס' 3 (פורסם בנבו, 26.6.1981) (ההדגשה במקור).

38 ע"פ וידאו קסט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2.

39 ראו, למשל, מ' (שלום ראשל"צ) 1106/07 משטרת ישראל נגד קרלטון תק-של 2007(1) 8723; ב"ש (מחוזי ת"א) 90861/07 קרלטון נ' יאח"ה, תק-מח 2007(2) 11247.

40 אסף הרדוף "תפסת מקצת, תפסת הכל: עולם ללא גבולות, משפט ללא גבולות – תחולת המשפט הפלילי הישראלי על פעילות מקוונת, בשום מקום ובכל מקום" (טרם פורסם).

לצמצם את הביטוי הפורנוגרפי ופגיעותיו יוביל בדיוק לתוצאה ההפוכה, בבחינת בא לקלל ויצא מברך. זהו אחד ממאפייניו של האקטיביזם השיפוטי, המבקש לפתור בעיה נקודתית שהתגלתה לפניו מבלי לעמוד על רוחבה ועומקה ומבלי להבין לעומק את ההשלכות האפשריות בבעיה ובפתרונה.⁴¹ עד להכרעה בערעור הסתיימה פרשת סקס סטייל, אולם המציאות רק מתחילה.

ב. פורנוגרפיה כעברת תועבה

1. חוקיות היצירה כתנאי לזכות יוצרים

מוסריות וערכים כמדד מכריע להגנת זכות יוצרים מייצרים בעיה קשה – הן לגבי הקביעה אילו מוסר וערכים ראויים להגנת זכות היוצרים, והן לגבי הקביעה אילו מוסר וערכים היצירה הנדונה משקפת בדיוק. למשל, האם יצירה שעולים בה מסרים חיוביים אך גם שליליים ראויה להגנה? האם יצירה שמנציחה תפיסות פטריארכליות (או גזעניות וכדומה), לא באמצעות עירום והחפצה, ראויה להגנה? אם המסר ביצירה נתונה הוא כי מקומה של האישה בבית וכי הגשמתה העצמית העיקרית מתבטאת בהבאת ילדים לעולם, האם צריך לשלול את ההגנה מזכות היוצרים בה? ברור שמדובר בשאלות סבוכות וקשות, ואולי גם משום כך מוסריות וערכים אינם מדד מכריע בדיני זכויות היוצרים.

להבדיל, הטיעון שלפיו יצירה צריכה להיות חוקית כדי ליהנות מהגנת זכות יוצרים – אף אם הוא אינו עולה מחוק זכות יוצרים כנוסחו דהיום – נשמע פשוט למדי ואף אינטואיטיבי. הרי כיצד ייתכן שהפרת החוק תוביל להגנת החוק?⁴² כיצד ייתכן שמעילה בת עוולה תצמצם זכות תביעה?⁴³ אולי קשה יותר לגרוס כי הפרת החוק האזרחי – למשל, הפקעה שהפרה דיני עבודה – צריכה להוביל גם לשלילת ההגנה על זכות היוצרים ביצירה שהופקה. אולם לכל-הפחות בזווית הפלילית נראה סביר מאוד לטעון כי חומר שהופק בביצוע עברה פלילית – ואשר לעיתים גם אינו אלא תיעוד של עברה פלילית – אינו ראוי להיחשב "יצירה" כלל; ומה שהמשפט צריך לתת ליוצרו אינו הגנה משפטית, אלא כתב אישום פלילי.

41 ראו אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפוטית וחיירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות אי-המשפט" בכרך זה.

42 לא ייתכן שהתנהגות בלתי-חוקית תיהפך לחוקית רק משום שהיא מצולמת. ראו: California Bartow, v. Freeman, 488 U.S. 1311, 1313 (1989) (O'Connor, J.) כמופנה אצל, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0, לעיל ה"ש 22, בעמ' 799.

43 עניין סקס סטייל, לעיל ה"ש 1, פס' 27 ו-32.

במובן זה, פרשנות שלפיה פורנוגרפיה היא תועבה לפי חוק העונשין, כדרך לשלילת ההגנה על זכות היוצרים בה, היא מהלך שנראה חזק. אם פרסום פורנוגרפי אכן מהווה עברה שדינה שלוש שנות מאסר, אזי ברי שאיש לא יעז לפנות לבית-המשפט בתביעת זכות יוצרים לגבי פרסום כזה. אולם האומנם פורנוגרפיה היא תועבה פלילית? ומהן ההשלכות של תשובה חיובית לשאלה זו? את הדיון בשאלות אלה אפתח בסקירה קצרה של תולדותיה של עברת התועבה. לאחר-מכן אזכיר את הפעמים האחרונות שבהן דן בית-המשפט העליון ביסודיות במונח "תועבה", ואת מגמת האכיפה בעברות התועבה בישראל כיום. לבסוף אבחן בביקורתיות את הקביעה השיפוטית בעניין סקס סטייל ואת השלכותיה.

2. תולדותיה של עברת התועבה

עברת התועבה נולדה בשנת 1727, כאשר בית-משפט אנגלי קבע כי אסור לפרסם ספר על אהבה לסבית במנזר מפאת תוכנו המיני הפוגעני. הערכים המוגנים שצוינו שם היו המוסר והשלום.⁴⁴ מאה ושלושים שנה לאחר-מכן התקבלה באנגליה חקיקה שאסרה תועבה אך לא הגדירה אותה. בשנת 1868 קבע בית-המשפט העליון האנגלי כי מבחן התועבה הוא אם החומר נוטה להשחית את מי שנתון להשפעה מוסרית כזו, ואם יש חשש שהחומר יגיע לידיים כאלה.⁴⁵ בארצות-הברית נראו ניצני האכיפה במאה התשע-עשרה, ואחריהם הופיעו ניצני החקיקה.⁴⁶ במאה העשרים פסק בית-המשפט העליון האמריקאי כי אף שהאיסור מגביל את חופש הביטוי, למדינה יש אינטרסים לגיטימיים בהסדרה, כגון שימור איכות החיים בקהילה, הסדרת סביבת העסקים במרכזי מסחר והגנה על הציבור מפני התנהגות פוגענית שעלולה לנבוע מתועבה.⁴⁷ המחוקק האמריקאי ובית-המשפט העליון לא הגדירו את המונח "תועבה".

לישראל הגיע האיסור של פרסום תועבה דרך המשפט המנדטורי, בסעיף 179 לפקודת החוק הפלילי, 1936. הסעיף נאכף לעיתים, ואף הוביל בשנת 1970 להרשעה בבית-המשפט העליון של הסופר, העורך והמבקר דן עומר, בגין החזקת

Susan W. Brenner, *Complicit Publication: When Should the Dissemination of Ideas and Data Be Criminalized?*, 13 ALB. L.J. SCI. & TECH. 273, 307-8 (2003)

44 ברנר הפנתה שם לפסק-הדין: (K.B. 1727) 849 Eng. Rep. *Dominus Rex v. Curl*, 93 Eng. Rep. 849 (K.B. 1727).
45 Brenner, לעיל ה"ש 44, בעמ' 308-309. פסק-הדין שהגדיר תועבה הוא: *Regina v. Hicklin*, L.R. 3 Q.B. 360, 371 (1868).

46 Brenner, לעיל ה"ש 44, בעמ' 309-310.

47 *Paris Adult Theater I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

ספר בעל תכנים מיניים מילוליים ומכירתו לשני אנשים.⁴⁸ בהמשך התגלגל האיסור לחוק העונשין, שאסר התנהגויות מגוונות לגבי תועבה, בקובעו (בנוסחו המקורי) כי "אין הבלדל, לענין סעיף זה, אם חומר התועבה הוא דבר שבדפוס או שבכתב, או תמונה, תצלום, שרטוט, דגם או כל חפץ אחר העשוי לגרום להשחתת המוסר".⁴⁹ בשנת 1991 התקבל תיקון מס' 35 לחוק העונשין,⁵⁰ שהחליף את ההוראה בנוגע ל"פרסום והצגת תועבה", ודברי ההסבר הבהירו כי ההוראה החדשה באה לאפשר להעניש גם מציגי תועבה במקום ציבורי, לרבות תועבה במתכונת של חומרים קוליים, דוגמת מילות שחקנים בתיאטרון.⁵¹ תיקון מס' 52 לחוק העונשין, משנת 1998,⁵² הפליל במפורש ובנפרד הפצת פרסום תועבה ובו דמות קטין; הפליל לראשונה פרסום חומרים שכוללים הדמיה ואיורים של קטינים וכן החזקת חומרי תועבה ובהם דמויות קטין; והוסיף סעיף הגנות שעניינו מטרה כשרה בפרסום ובהחזקה.⁵³ בסוף שנת 2014 התקבל בכנסת תיקון מס' 118 לחוק העונשין,⁵⁴ אשר הרחיב את איסור ההחזקה של חומר תועבה ובו דמות קטין כך שיכלול גם מעשה של צריכת תועבה כאמור.

3. דיונים במונח "תועבה"

חוק העונשין אינו מגדיר "תועבה", ועד היום לא סיפק בית-המשפט בישראל הגדרה פסיקתית ברורה למונח. הפעמים האחרונות שבהן דן בית-המשפט העליון בהרחבה בסוגיית התועבה היו מחוץ לשדה הפלילי.

בשנת 1997 הפך בג"ץ את החלטת המועצה לביקורת סרטים (שבוטלה מאז) לפסול את הקרנת הסרט "אימפריית החושים". הנשיא ברק דן בקשיי ההגדרה של המונח "תועבה", וכנוסחת-עבודה בחר בהגדרה האמריקאית בפרשת *Roth*:⁵⁵

48 המונח "תועבה" פורש כפורנוגרפיה. נפסק כי החשש הוא מהשחתת המוסר הציבורי, וכי את קו הגבול של העברה יקבע בית-המשפט. השופט לנדוי אישר הרשעה בהפצת חומר תועבה בנוגע לחומר מילולי לחלוטין: תיאורי מין מפורטים. ראו ע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 408, 411–415 (1970).

49 ס' 214(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, 260.

50 חוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א-1991, ס"ח 208.

51 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"א-1991, ה"ח 253.

52 חוק העונשין (תיקון מס' 52), התשנ"ח-1998, ס"ח 316.

53 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997, ה"ח 464, 466 ו-472–473.

54 חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה-2014, ס"ח 32.

55 *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 489 (1957).

"פירסום אשר – לפי אמות המידה הציבוריות המקובלות על בני זמננו – נושא הדומינאנטי של החומר בכללותו מעורר תאוות בשרים טמאה".⁵⁶ בדעת יחיד באותו עניין הדגיש השופט חשין את הקושי בהגדרה של פורנוגרפיה וחומר תועבה; ציין כי לאפיוני התועבה יש גבולות פרוצים שמדיפים ריח ימי־בימימי, פוריטניות ונזירות; וכתב כי ההסדר מצוי "בממלכת הפטרנליזם החברתי" והמוסר החברתי, ותכליתו קשורה לשימור צניעות חברתית קודם־כל, ובהמשך גם לשימור כבודם של נשים וקטינים.⁵⁷

פסק־הדין העליון האחרון והמפורסם שדן בהרחבה במונח "תועבה" היה גם הוא רחוק מהשדה הפלילי. בשנת 2004 דחה בג"ץ עתירה נגד שידורי פלייבוי. כותבת פסק־הדין, השופטת דורנר, דחתה את הטענה כי תועבה כוללת פורנוגרפיה. היא הדגישה כי את האיסור הפלילי יש לפרש בצמצום ולאור תנאיה של פסקת ההגבלה, והבהירה כי היא אינה מוכנה להתעלם מהנורמות החברתיות המקובלות, ומכך שהפורנוגרפיה זמינה וחוקית במגוון מדיה, במיוחד במרשתת, אשר מגישה תכנים קשים בהרבה.⁵⁸

פסקי־דין מאוחרים של בית־המשפט העליון שעסקו בתועבה עשו זאת בהקשר פדופילי ובקיצור נמרץ. כך היה בדחיית בקשת רשות ערעור של מי שהודה בהחזקת חומר תועבה הכולל קטינים וביקש להימנע מהרשעתו, כאשר השופט לוי, אשר לא ראה עילה לתת רשות ערעור, ציין אגב אורחא כי האיסור מבקש למגר התעללות מינית בקטינים באמצעות המלחמה בהפצת החומרים;⁵⁹ וכך היה בדחיית בקשה להקלה בעונשו של מי שהודה בהחזקת חומרי תועבה.⁶⁰

בשנים האחרונות האכיפה הישראלית של עברות התועבה עוסקת באופן בלעדי בהקשרים פדופיליים. כדי לרמז שהמגמה אינה בלעדית, ושקיימת אכיפה גם לגבי תועבה ללא קטינים, הפנה בית־המשפט בעניין סקס סטייל⁶¹ למאמרה של עציוני, שכתבה כי ניכרת עלייה באכיפה בשנים האחרונות, בעיקר לגבי

56 בג"ץ סטיישן פילם, לעיל ה"ש 8, בעמ' 679. ברק הפנה להגדרות שונות מהפסיקה האמריקאית, ולפי כולן פרסום בעל ערך אומנותי, ספרותי, פוליטי או מדעי אינו נתפס באיסור. ראו שם, בעמ' 673–678.

57 שם, בעמ' 691–694.

58 בג"ץ ש.י.ן, לעיל ה"ש 9, פס' 11–13 ו־17 לפסק־דינה של השופטת דורנר. לדורנר הצטרפו עשרת שופטי ההרכב.

59 רע"פ 3890/09 מור נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 17.5.2009).

60 ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 16.1.2014).

61 עניין סקס סטייל, לעיל ה"ש 1, פס' 63.

פרסומים הכוללים דמויות קטינים.⁶² אולם בית-המשפט, כמו עציוני, לא הצביע ולו על מקרה אחד שבו נאכף האיסור לא לגבי קטינים ולא בהקשרים פדופיליים. כיצד רעיון התועבה משתקף בשנים האחרונות בישראל? ברוב המקרים של אכיפה בעברות התועבה בישראל הנאשמים מודים במסגרת הסדר-טיעון או בטיעון פתוח – בין בנוגע לעברת הפרסום⁶³ ובין בנוגע לעברת ההחזקה.⁶⁴ במקרים מעטים הועלו קריאות-תיגר משפטיות לגבי האיסור, כגון שאלת חוקתיותו של איסור ההחזקה,⁶⁵ השאלה אם הורדת קבצים פדופיליים בתוכנת שיתוף מהווה פרסום,⁶⁶ השאלה מהי החזקה "באקראי ובתום לב"⁶⁷ ועוד.

מקרים ספורים הובילו לדיון – ולו תמציתי – בשאלה "מהי תועבה". כך, בשנת 2008 הורשע קורידו בהחזקת חומרי תועבה הכוללים דמויות קטינים, מאחר שצילם תמונות של ילדים עירומים בחוף הים. טענת ההגנה כי שימוש בצילום (לצורך אוננות) אינו הופך מעשה לבלתי-חוקי נדחתה בקביעה השיפוטית כי הצילום, בצירוף נסיבותיו ומטרותיו, מתחברים לכלל תועבה.⁶⁸ בתחילת שנת 2017 הורשע לוריא בהחזקת חומרי תועבה הכוללים דמויות קטינים, תוך זיכוי מחלק האישומים. בית-המשפט זיכה אותו מהחזקת מה שכינה "פורנוגרפיה קשה", אף שהסכים כי מדובר בתועבה, הואיל ואיסור ההחזקה מכוון לתועבה הכוללת דמויות קטינים בלבד. הנאשם זוכה גם מאישומים שנגעו בתמונות עירום של ילדתו, מחמת הספק.⁶⁹ לבסוף, באביב 2018 הורשע שפרינג בעברות תועבה שונות, לצד זיכוי מחלק מהאישומים. בית-המשפט, באופן נדיר למדי, הדגיש את

62 עציוני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 845.

63 למשל, ת"פ 2781/03 (שלום חי) מדינת ישראל נ' לבנפוס (פורסם בנבו, 3.3.2004); ת"פ (שלום פ"ת) 3555/05 מדינת ישראל נ' פוקסמן (פורסם בנבו, 8.1.2007); ת"פ (שלום ב"ש) 3990/07 מדינת ישראל – פמ"ד נ' משיח, דינים שלום 2010 (142) 431.

64 למשל, ת"פ 1780/06 (שלום חי) מדינת ישראל נ' אופר (פורסם בנבו, 13.7.2006); ת"פ 6681/02 (שלום חי) מדינת ישראל נ' דרייב (פורסם בנבו, 14.12.2006); ת"פ (שלום כ"ס) 3071/06 מדינת ישראל נ' פולק (פורסם בנבו, 25.11.2007); ת"פ 3299/08 (שלום פ"ת) מדינת ישראל – פרקליטות מחוז המרכז נ' שושן (פורסם בנבו, 7.1.2009).

65 ת"פ 5174/06 (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' מיל (פורסם בנבו, 27.12.2006). לא הוגש ערעור, באשר הושג הסדר-טיעון ביחס לעונש.

66 ת"פ (שלום חי) 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי, תק-של 2011 (4) 54257.

67 ת"פ (שלום חי) 10672-12-08 מדינת ישראל נ' אלימלך, פדאור 2010 (69) 845; ת"פ (שלום נצ') 6961-09-08 מדינת ישראל נ' גורביץ, פדאור 2011 (70) 880.

68 ת"פ 6136/07 (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' קורידו (פורסם בנבו, 8.1.2008).

69 ת"פ (שלום ראשל"צ) 42667-02-15 מדינת ישראל נ' לוריא (פורסם בנבו, 15.1.2017).

עמימותו של המונח "תועבה", הציע להתמקד בפרסומים פדופיליים העוסקים בניצול מיני של ילדים, ובהתאם קבע כי תמונות של ילדות שצולמו ברחוב או בכגדלים אינן מהוות "תועבה".⁷⁰

4. פורנוגרפיה כתועבה פלילית – מבט דוקטרינרי

המסקנה המשפטית שלפיה פורנוגרפיה היא "תועבה" אינה מופרכת, ובעבר היה נדמה לעיתים ששני המונחים הם חלופיים.⁷¹ מבחינה היסטורית, כאמור, הקשר בין תועבה למיניות הדוק בהרבה מהקשר בין תועבה לפדופיליה. אם ספרות הכוללת תיאורי מין מפורטים נחשבה תועבה, נראה שתפיסת פורנוגרפיה מצולמת כתועבה היא מהלך של קל וחומר. ספרות משקפת דמיון או תיאור של משהו שקרה בעבר, ואילו פורנוגרפיה משקפת ברגיל, לבד מתסריט שניתן לתפיסה כתועבה, גם תיעוד של מעשים מיניים שמתבצעים מול המצלמה ולכבודה, בימיו של סצנות כאמור, עריכה של תוצרי צילומים כאלה ועוד.⁷²

אולם חלף זמן רב מאז הורשע אדם בישראל בהפצת תועבה בקשר לפורנוגרפיה, מהגם שבשני המקרים היחידים שהוזכרו בעניין סקס סטייל דובר בנאשמים שהודו כי מדובר בתועבה,⁷³ ונטייתם של בתי-המשפט בישראל היא לא לדון באופן ביקורתי ברכיב עברה שהנאשם הודה שמתקיים, אף אם דיון כאמור מתבקש מבחינה דוקטרינרית.⁷⁴ ממילא קשה לראות בכך חיזוק ממשי לתזה של פורנוגרפיה כתועבה בישראל 2018. אף שהפורנוגרפיה עודנה מושא למתקפה נורמטיבית מכיוונים מגוונים, כמוזכר בהמשך, מבחינה משפטית פורמלית היא אינה מתויגת כ"תועבה" בישראל.

גם מבחינה דוקטרינרית הפרשנות שלפיה פורנוגרפיה היא תועבה אינה מופרכת. כפי שכבר הודגש בעבר לא אחת, אף שרוב עברות התועבה עוסקות בדמויות

70 ת"פ (שלום ראש"צ) 33493-08-17 מדינת ישראל נ' שפרינג פס' 30-31 (פורסם באר"ש, 15.5.2018).

71 רם ריבלין פורנוגרפיה: מוסר, חירות, שוויון – הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה ועבירות קרובות 8 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

72 ראו *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 837.

73 ת"פ וידיאוקסט, לעיל ה"ש 7, פס' 33; ע"פ וידאו קסט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8. כמוודגש בהמשך, בשני המקרים ניכר כי מה שהוביל להעמדה לדין היה הפרת זכות היוצרים, ולא עברות התועבה.

74 אסף הרדוף "פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יודיות ובעיית השקר המשפטי" המשפט כד 39 (2018).

קטינים, בית-המשפט בעניין סקס סטייל צודק בהזכירו כי לפחות מבחינת החוק קיימת גם גרסת תועבה בלי קטינים. כך, בצד סעיף 214(ב) לחוק העונשין, שעניינו פרסום חומר תועבה הכולל דמות קטין (עבירה שדינה חמש שנות מאסר), קיים גם סעיף 214(א), שעניינו פרסום חומר תועבה (עבירה שדינה חמש שנות מאסר). מכאן שמי שמציע פרשנות לתועבה הכוללת דמויות קטינים צריך להציע פרשנות עקיבה לרעיון התועבה גם ללא דמויות קטינים. פרשנות אפשרית כזו שהוצעה בספרות נגעה ב"סנאף" – מעשה של אלימות ממשית וחמורה המבוצע לצורך תיעודו והפצתו המסחרית בשוק הרלוונטי. תחת תפיסה כזו, אם סרט משקף אונס שבוצע מול המצלמות, אין קושי לקבוע כי מדובר בתועבה, ולצד זאת לקרוא להעמדה לדין בגין האינוס, שהוא עבירה חמורה בהרבה מעברות התועבה.⁷⁵

בית-המשפט בעניין סקס סטייל פנה לקו דרמטי פחות ורחב יותר מהסנאף. בהתאם לקו זה, מי שמציע שתועבה העוסקת בקטינים היא "פורנוגרפיית ילדים" עשוי להציע שתועבה שאינה עוסקת בקטינים היא פשוט פורנוגרפיה, או למען הדיוק – "פורנוגרפיה בגירה".⁷⁶ במילים אחרות, פרשנות זו מאפשרת הרמוניה בין רובדי החוק השונים, ויש ברכה דוקטרינרית בהרמוניה כזו ואפילו ברכה בניסיון להשיגה, להבדיל מהתעלמות מסעיף-משנה של חוק אשר משליך בבירור על תוכנם של סעיפי-משנה אחרים.

לעומת זאת, הקביעה כי תועבה היא פורנוגרפיה מעלה קשיים בלתי-מבוטלים. האחד והחשוב הוא ש"פורנוגרפיה" הוא מונח נזיל לא פחות מ"תועבה", ופרשנות של מונח עמום אחד באמצעות מושג עמום אחר מותירה את האזרחים ואת עקרון החוקיות בערפל כבד מבחינת האסור והמותר להם.⁷⁷ האם פורנוגרפיה כוללת כל

75 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 96 (2013); חיים ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת – בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה-2014, והצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2) התשע"ד-2014" מאזני משפט י 181, 188 (2015); אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י 209, 239 (2015); אסף הרדוף "קבצים מוצפנים, חוק מוצפן – על מונח התועבה ועל הרשעה בהחזקת חומר תועבה ללא עיון בחומר – בעקבות ת"פ 42667-02-15 מדינת ישראל נ' לוריא" המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 70, 5, 15 (2017).

76 עניין סקס סטייל, לעיל ה"ש 1, פס' 54.

77 השו: Daniel Mark Cohen, *Unhappy Anniversary – Thirty Years Since Miller v. California: The Legacy of the Supreme Court's Misjudgment on Obscenity* 138 (2003) Part, 15 ST. THOMAS L. REV. 545, 550–551; ריבלין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 138.

תיעוד גרפי מקרוב של מעשים מיניים?⁷⁸ כל ייצוג מפורש של פעילות או עוררות מינית?⁷⁹ האם היא כוללת תיעוד מסחרי בלבד או גם תיעוד פרטי? האם נדרשת פעולה ישירה או עקיפה של הזניה? האם נדרשת אלימות?⁸⁰ האם המונח "פורנוגרפיה" מתייחס רק לתיעוד של אלימות ממשית כלפי הנשים המופיעות או גם אלימות מדומה, כמו זו שיש בשפע במרחב הקולנועי? האם חומר פורנוגרפי כולל בהכרח השפלה?⁸¹ האם נדרשת החפצה? האם נדרשים צילומי תקריב של איברי מין? האם עלילה וסיפור או אמירה אומנותית או מוסרית כלשהי פוּדִים את התיעוד מגדר פורנוגרפיה? האם נדרש יותר מאדם אחד שמופיע? האם נדרשות נשים או שמא גם חומר הומוסקסואלי ייחשב פורנוגרפיה?⁸² האם תיעוד אישי או ביתי עשויים להיחשב פורנוגרפיה?⁸³ האם אנו מבקשים להילחם רק ב"ביטוי פורנוגרפי קיצוני", ב"יחסי מין הכוללים ניצול, איום, אכזריות, אלימות או ביצוע פשע", או שמא גם בגרסה מסוימת של מה שנחשב כיום עֲבֵרָה קלה יחסית של "פרסום פוגע על שלטי חוצות", המעוגנת בסעיף 214א לחוק העונשין?⁸⁴ שאלות רבות אלה הן רק קצה הקרחון של המשימה הקשה עד הבלתי־אפשרית להשתמש במשפט כדי להגדיר ולתחום מראש ובבירור מגוון אינסופי ממש של יצירה אנושית. מעבר לכך, הרמוניה בין רובדי החוק עשויה וצריכה להשליך גם על הרמוניה אכיפתית, ועלינו לשים לב להשלכות הדוקטרינריות האפשריות, הכלליות והקונקרטריות. השלכה כללית עולה לגבי סמכות עניינית. בישראל נקבע בכמה מקרים כי בעידן המרשתת די בכך שחלק מההוויה הממוחשבת מתרחש בישראל לקבוע כי מקצת העֲבֵרָה נעשתה בישראל.⁸⁵ פירוש הדבר הוא שכל גורם זר שמעלה תוכן פורנוגרפי חשוף לאישום פלילי בישראל.⁸⁶ האומנם אנו מבקשים

- 78 ראו *Bartow, Copyright Law and Pornography*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 14.
- 79 ריבלין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 9.
- 80 שם, בעמ' 61.
- 81 ראו שם, בעמ' 73, וכן: JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: OFFENCE TO OTHERS* 144 (1985).
- 82 ריבלין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 26.
- 83 ראו *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 812–816.
- 84 ראו עצינוני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 861–862, 867 ו־901–903.
- 85 ראו, למשל, פרשת קרלטון, לעיל ה"ש 39; ת"פ (שלום עכו) 1826/08 מדינת ישראל, לשכת תביעות גליל – משטרת ישראל נ' הלוי (פורסם בנבו, 27.1.2009); ת"פ (שלום ראשל"צ) 38070-06-12 מדינת ישראל נ' גודוביץ (פורסם בנבו, 30.6.2013).
- 86 עוד ראו את בעיית הסטנדרטים הקהילתיים באשר לתפיסת התועבה. בני משפחת תומס הורשעו

להפליל מפיצי פורנוגרפיה בגירה שיושבים מחוץ לישראל ומפרסמים אותה במרשתת?

אומנם, תפיסת פורנוגרפיה כתועבה אפשרית בהחלט לנוכח מבחני-עזר מהעבר האמריקאי, כגון המבחן המפורסם בעניין *Miller*: "חומר תועבה הוא כזה שהאדם הממוצע, המפעיל סטנדרטים קהילתיים עדכניים, ימצא כי הוא נועד לעורר תאוה מינית."⁸⁷ אולם תעשיית הפורנוגרפיה בארצות-הברית היא ענקית, כידוע;⁸⁸ חוקי התועבה ומבחני-העזר לא עצרו אותה,⁸⁹ וחרף הקשר והדמיון בין התופעות, אפילו הפללת הזנות לא הציבה מקל בגלגליה.⁹⁰ המרשתת רק הגבירה את התופעה הפורנוגרפית,⁹¹ ותאגידי הפורנוגרפיה פועלים באגרסיביות כדי להגן על זכויות היוצרים שלהם.⁹² הנה כי כן, תפיסת הפורנוגרפיה כתועבה רחוקה מלהתיישב עם הליברליזם המערבי ועם המציאות המערבית.

קיימות גם השלכות דוקטרינריות קונקרטיות הנובעות מן האופן שבו פורשו עברות התועבה הנוגעות בקטינים. למשל, בישראל נקבע, כבר יותר מפעם אחת, כי מי שמוריד מהמרשתת חומרי תועבה שבהם דמויות קטינים באמצעות תוכנות שיתוף, המאפשרות לאחרים להורידם ממנו, אינו רק "מחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין" (עברה שעונשה שנה מאסר), אלא גם "מפרסם פרסום

בסריקת תמונות פורנוגרפיה ובהעלאתן ללוח-מודעות מקוון שהפעילו מבתם שבקליפורניה. בית-המשפט הרשיע אותם וקבע כי הם היו כפופים לסטנדרטים קהילתיים בכל מקום שאליו שלחו חומרים לחברים: *United States v. Thomas*, 74 F.3d 701, 711 (6th Cir. 1996). כן ראו יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" מחקרי משפט כג 300, 259 (2006).

87 *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 22 (1973).

88 ראו *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, בעמ' 806–808; ויקי שירן "המאבק הפמיניסטי נגד הפורנו בישראל" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום 605, 606–608 (מ' חובב, ל' סבה ומ' אמיר עורכים, 2003).

89 ראו *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, בעמ' 817, 820–821 ו-828; *Bartow, Copyright Law and Pornography*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 14–15; עציוני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 864.

90 ראו *Bartow, Copyright Law and Pornography*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 3 ו-17; שירן, לעיל ה"ש 88, בעמ' 626.

91 ראו ריבלין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 103–119; מיכאל ד' בירנהק "חופש לגלוש בספריות ציבוריות" משפט וממשל ו 421, 422–423 (2003); *Bartow, Copyright Law and Pornography*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 6–7; *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 800–802.

92 ראו *Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 809–810.

תועבה וכו' דמותו של קטין" (עברה שעונשה חמש שנות מאסר).⁹³ אם כך, מי שמוריד קבצים של פורנוגרפיה בגירה באמצעות תוכנות שיתוף, המאפשרות לאחרים להורידם ממנו, מבצע עברה פלילית שעונשה שלוש שנות מאסר – "פרסום חומר תועבה".

עוד נקבע בישראל כי העברת חומר מאדם אחד לאדם אחר, אפילו יחיד, מהווה "פרסום".⁹⁴ אם כך, הואיל ו"פורנוגרפיה" היא רעיון נזיל, אשר יכול לכאורה לכלול גם תיעוד מיני פרטי של בני-זוג, כאשר שני בני-זוג בגירים מעבירים חומרים זה לזה, הם מבצעים לכאורה עברה פלילית של פרסום תועבה.⁹⁵

5. פורנוגרפיה כתועבה פלילית – הרמוניה ערכית

פרט להשלכות הדוקטרינריות המוקשות, פרשנות שלפיה פורנוגרפיה היא תועבה יוצרת גם קשיים ערכיים. מבחינת הרמוניה, יש להביט ברצינות בערכים שהציע בית-המשפט כבסיס לתפיסת פורנוגרפיה כתועבה: החפצה ופגיעה במעמד האישה בעיקר.⁹⁶ בעולם המודרני ניכרות שתי מגמות בולטות: החפצה ומלחמה בהחפצה. המלחמה בהחפצה ובניצול המיני לובשת פן עכשווי מדובר מאוד, בין היתר ב"תנועת Me Too", בהוקעה של עבריינות המין ובחוסר הנכונות להשלים עם הפוגענות המינית המתמשכת – הגלויה והסמויה.

אולם ההחפצה הייתה ועודנה תופעה פופולרית ביותר. בית-המשפט בעניין סקס סטייל הבחין בין אירוטיקה לבין פורנוגרפיה. אולם מבחינת החפצה, האומנם ההבדל כה גדול? במה האירוטיקה, שכוללת עירום ומיניות, גרועה פחות? הבוטות של הפורנוגרפיה אינה ניתנת להכחשה, וכך גם מגמתה ליצור עירור מיני. אולם האם הבוטות של הפורנוגרפיה מגדילה את המסר המחפיץ או שמא דווקא העידון של האירוטיקה הוא שעושה זאת? ניתן להציע שהפורנוגרפיה מסוכנת יותר למופיעות בה אך מבחינת ההשפעה המחפיצה דווקא העידון מסוכן יותר. כך, למשל, נכתב כי ההחפצה הפופולרית מסוכנת בהרבה מההחפצה הפורנוגרפית, שבה צופים לבד ובסתור.⁹⁷ בעולם הפרסום נשים מוצגות כאובייקטים מיניים,

93 ראו עניין ברקאי, לעיל ה"ש 66; עניין שפרינג, לעיל ה"ש 70, פס' 30–31.

94 למשל, ע"פ (מחוזי ת"א) 7493/09 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 2009(3) 13925.

95 ראו, למשל, את העברה האמריקאית של הפצת פורנוגרפיית ילדים, המקיפה גם הפצת תכנים שהפיקו בני-נוער זה עבור זה: 18 U.S.C. §§ 2252(a)(1)(A), 2256(2)(A) (2006).

96 ככל שהפקת הפורנוגרפיה כרוכה בעברות אלימות ומין, ניתן לכאורה להתמודד עמה על-ידי אכיפת עברות אלה, שמשקפות קונסנזוס רחב מאוד. השווו Brenner, לעיל ה"ש 44, בעמ' 336.

97 פרסטון, למשל, סברה כי המסרים המינניים המסוכנים ביותר מצויים בפרסומות הפופולריות:

כקישוט למוצר הנמכר, וגם אופרות-סבון וקומדיות הוליוודיות מציגות נשים בעמדה לא-שוויונית. הסכנה היתרה הגלומה בכל אלה נובעת מכך שמדובר בפרסומים נפוצים ומקובלים שאינם לוקים בתיוג השלילי של הפורנוגרפיה.⁹⁸ פרסומי עירום (מלא או חלקי, מפורש או משתמע) וכן פרסומים המיועדים ליצור עוררות מינית הם חזון נפרץ בכל פינות המרשתת. להבדיל מהפורנוגרפיה, שדומה כי ברגיל עודנה נצרכת בשקט, במבוכה ואולי גם בבושה,⁹⁹ עירום ומיניות ממלאים את הזירות הפופולריות ביותר במדיה: מין הוא אטרקטיבי מאוד, והמדיה בונה על כך.¹⁰⁰ המרשתת רוויה עירום ומין. פורטלים מצליחים מגרים גולשים באמצעות פרסומי מין ועירום. הרשתות החברתיות מלאות פרסומים מיניים פרובוקטיביים, אשר אף אם לא יכנונו "פורנוגרפיה", ברור כי כוונתם או מגמתם ליצור עירור מיני. מגמת ההחפצה ברשת "אינסטגרם" בולטת ביותר, כאשר נשים וגברים מפרסמים תמונות בוטות של עצמם ברוח משחקי הצנזורה של רשת זו: ישבן חשוף מותר, איבר מין אסור; חזה נשי מותר, פטמות גלויים אסור; וכדומה. אף שזהו חפצון עצמי, אין פירוש הדבר שהוא חופשי מנורמות חברתיות פטריארכליות ושהוא אינו פוגעני. ההחפצה המינית באה על רקע שוק המעוניין בכך, ולפיכך מיתרגמת למאות אלפי ולמיליוני עוקבים, שבתורם מיתרגמים לכסף רב שמפרסמים משלמים לבעלי הפרופילים. מי שמחפש ימצא בלי קושי גם תכנים פורנוגרפיים, ויצטרך רק לדלג מעל אזהרת התוכן. כך עוד יותר ברשתות חברתיות פופולריות אחרות, דוגמת טוויטר, שם ניתן לראות לא רק עירום מלא, אלא גם תמונות תקריב וסרטונים של חדירה – מה שמכונה ברגיל "פורנוגרפיה קשה". כל שצריך כדי לראות הוא להקליק על מדיה שמתוארת כמכילה חומר רגיש. לא רק המרשתת מלאה החפצה. "משחקי הכס", למשל, היא מהסדרות המצליחות ביותר בעשור האחרון, והיא רוויה עירום ומין (ואלימות). אולם אין צורך להרחיק לכת מחוץ לישראל. רשתות טלוויזיה מובילות בישראל יודעות היטב שהחפצה מוכרת, ולפיכך לא נדיר להיתקל בהפקות מקומיות, בעיקר תוכניות מציאות (ריאליטי) דוגמת "האח הגדול" ו"הישרדות", הכוללות סיטואציות מיניות

Cheryl B. Preston, *Consuming Sexism: Pornography Suppression in the Larger Context of Commercial Images*, 31 GA. L. REV. 771, 842–851 (1997)

98 ריבלין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 66.

99 אף שהתופעות של צפייה בחומרים אלה בציבור, באמצעות טלפון חכם, נדירות פחות מאשר בעבר.

100 Shaun B. Spencer, *Reasonable Expectations and the Erosion of Privacy*, 39 SAN DIEGO L. REV. 843, 872 (2002).

וצילומי תקריב של גוף האדם – בעיקר של גוף האישה – בבגדיים. אפילו בשעשועונים אין זה נדיר להיתקל בהחפצה, לעיתים תוך התייחסות מפורשת של המנחים לחיטוב גופם של המתמודדים, כמו בתוכנית הקיץ משנת 2018 "נינג'ה ישראל". לא למותר לציין שגם המילה הכתובה מחפיצה, ורבי-מכר רבים, שחלקם זכו בעיבוד קולנועי, סובבים סביב מין, דוגמת סדרת "חמישים גוונים".

ההחפצה הפופולרית מהדהדת רחוק ועמוק. מושאי ההחפצה מושכים תשומת-לב ציבורית ותקשורתית רבה, ונהפכים לגיבורות תרבות ולגיבורי תרבות. ההחפצה מייצרת פופולריות חברתית, שמייצרת מפתח לפרנסה ולהצלחה חברתית וכלכלית.

הואיל וההחפצה פושה בכל מקום, עסקינן בבעיה רחבה ועמוקה. נקודה זו הועלתה בעבר הן מצד מתנגדי הפורנוגרפיה והן מצד מגיניה. למשל, אף מי שסבורה כי התמונות בפורנוגרפיה הקשה הן ההצגות המסוכנות ביותר של נשים מדגישה כי תמונות אלה אינן עושות זאת לבד; שורשיהן וענפיהן מוגנים ומשתקפים במגוון של תמונות בסביבה התרבותית.¹⁰¹ החפצה (או "חפצון"), כהווייה שבה נשים נצפות על-ידי גברים, היא תופעה תרבותית ותיקה, רחבה ועמוקה, שמציבה נשים כאובייקט בשביל הגבר, כחיזיון שכל תכליתו היא שגברים יצפו בו, ואשר מעצבת ומנציחה בכך תפיסת-עולם של מבנה חברתי פטריארכלי ומפלה. הדבר מתבטא לא רק בפורנוגרפיה, אלא גם בקולנוע המקובל ואף באומנות הציור.¹⁰² תחת תפיסה כזו, הפורנוגרפיה אינה הבעיה הערכית כולה, ואולי אף לא מרכזת, אלא אך ייצוג מודרני אחד שלה. הפמיניזם יוצא נגד התופעה הרחבה שבמסגרתה עולם קפיטליסטי פטריארכלי הפך את גוף האישה למטבע עובר לסוחר, שבאמצעותו מוכרים כיום מכוניות, בגדים וכל כיוצא בהם.¹⁰³ ההצגה המינינית של נשים אינה מוגבלת לפורנוגרפיה, ועולה גם בספרי ילדים, ברומנים קלסיים, באומנות הפלסטית, בעולם הפרסום, בקולנוע וכמעט בכל תחום אנושי. לפיכך התמקדות המאבק בפורנוגרפיה, כאילו יש לה הצלחה מיוחדת בייצור המדרג המגדרי ובקיבועו, מעוררת קושי.¹⁰⁴

101 ראו Preston, לעיל ה"ש 97, בעמ' 774 ו-782.

102 אורית קמיר "על פורנוגרפיה (הזניה מתועדת) וכבוד האדם: פסק-הדין שלא נכתב (בעניין הארגונים החברתיים וחברי-הכנסת נגד שידורי ערוץ פלייבוי ואח)" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 247, 275–285 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

103 שירן, לעיל ה"ש 88, בעמ' 625. כמוכן, גם גברים הם מושא להחפצה.

104 לנוכח זאת הציע הראל כי המאבק צריך להתמקד לא בהגבלת היצירה השלילית, אלא בעידוד יצירה אנושית חלופית, שתביע רעיונות חיוביים: אלון הראל "הערות על פורנוגרפיה

המחייב, דומה שההכרעה בפרשת ש.י.ן הייתה צריכה להוביל את בית-המשפט לתוצאות הפוכות מאלה שאליהן הגיע.

בית-המשפט בעניין סקס סטייל הפנה לפרשת ש.י.ן לא כאל תקדים מחייב, אלא רק כדי לגזור ממנה מסקנות לגבי פורנוגרפיה כתועבה. זאת, בטענה שהמסקנה בעניין ש.י.ן כי אין מדובר בתועבה מלמדת כי אירוטיקה אינה תועבה משום שהיא אינה כוללת תקריבים ואינה תיעוד של יחסי מין ממשיים, להבדיל מפורנוגרפיה קשה.¹⁰⁸ אולם זהו מהלך בעייתי מאוד מבחינת הכוונה השיפוטית, הרקע העובדתי והרקע המשפטי, ודומה שהתקדים המשפטי הישראלי מוביל למסקנה ברורה שפורנוגרפיה אינה נחשבת תועבה במערכת בתי-המשפט בישראל.

לבד מכך שהפרשה עסקה בשידורים במדיום מרכזי ביותר (הטלוויזיה) מטעם גופים כלכליים ענקיים (חברות הלוויין והכבלים), הפרשה ניתחה את המונח "תועבה" כהגדרתו בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת), ולא בחוק העונשין. ההקשר הפרשני של חוק העונשין שונה מאוד מזה של חוק התקשורת: הראשון מפליל, בעוד השני מונע שידורים מטעם גופים כאלה ואחרים.¹⁰⁹ איני גורס כי המצב של מונח אחד בעל משמעויות שונות בענפי משפט שונים – ואפילו בדברי חקיקה שונים¹¹⁰ – הוא רצוי. אולם ההיסק מחוק שאינו פלילי לתוך הסדר פלילי הוא בעייתי, גם אם הוא נעשה בסוגריים (רחבים) בתיק אורחי.

פרט לכך, המהלך הפרשני של השופט דורנר לגבי אפיון החומר של פלייבוי לא הציע הזמנה שיפוטית למאבק משפטי בפורנוגרפיה, אלא רחוק מכך. דבריה מצריכים ציטוט:

"אין להתעלם מכך שפורנוגרפיה הינה חוקית וזמינה במכלול מדיומים זולת טלוויזיה בכבלים ובלוויין, כגון ספרים ועיתונים, וכן קלטות וידאו, תקליטורים ו-D.V.D, המצויים לא רק בספריות ההשאלה אלא אף במכונות אוטומטיות הממוקמות תחת כל עץ רענן... בייחוד בולט האינטרנט, שתפוצתו רחבה מאוד, והמאפשר גישה קלה לתכנים פורנוגרפיים קשים בהרבה מאלה של ערוץ פלייבוי. נראה שאף אין זה אלא עניין של זמן עד שהנוחות והזמינות של תוכני האינטרנט

108 עניין סקס סטייל, לעיל ה"ש 1, פס' 49.

109 ראו עציוני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 858-859.

110 ראו, למשל, את המונח "החזקה", המקבל משמעויות שונות בענפי משפט וחקיקה שונים: ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק-דינו של השופט ברק, פ"ד מ(1) 813 (1986).

יעלו על אלו של כל מדיום אחר... בנוסף, פרשנות מרחיבה של האיסור שנקבע בחוק, שתסטה במידה ניכרת מן הנורמות החברתיות המקובלות, תפתח פתח רחב לפסילת תכנים מיניים רבים המשודרים במכלול ערוצי הטלוויזיה, הכבלים והלוויין. עלינו להיזהר מפני חזרה לימי העבר של צנזורה אינטנסיבית, שקשה ליישבה עם חברה דמוקרטית ופתוחה, המכבדת את זכויות האדם.¹¹¹

כלומר, דורנר כתבה שאירוטיקה אינה תועבה לא כדי לרמוז שפורנוגרפיה קשה היא תועבה, אלא כדי להציע שאין טעם להילחם בערוץ של אירוטיקה במציאות שבה פורנוגרפיה קשה כה נגישה ואף חוקית. בית-המשפט העליון, בהרכב רחב, היה מודע היטב לקיומה הרחב של פורנוגרפיה קשה, נמנע מלהפלילה במפורש או במשתמע, ואף נמנע מלקרוא להיאבק בה. דורנר כתבה כי הערך החברתי של הביטוי ביצירה הפורנוגרפית נמוך ונחות, אך נזקו האפשרי אינו מוציא ככלל מגדר חופש הביטוי, והביטוי הפורנוגרפי נופל עדיין לגדר זכות-היסוד לחופש הביטוי. דורנר הדגישה כי את האיסור הפלילי לגבי פרסום והצגה של פורנוגרפיה העולה כדי "תועבה" אסורה יש לפרש בצמצום, בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, וכי ההגנה החוקתית על חופש העיסוק חלה גם על תעשיית הפורנוגרפיה.¹¹²

נקודה נוספת שראויה לציון בפרשה זו היא הרקע העובדתי והמשפטי. דומה שחלק מעובדות-הרקע נשמטו או נזנחו מפסק-הדין ומההיסטוריה. פסק-הדין התמקד בערוץ פלייבוי ובתוכנו, בהתעלם מערוצים מקבילים ומתוכנם. אולם לצד תחילת השידורים של ערוץ פלייבוי – שהוביל את הדיון בפרשה – החלו לשרר ערוצים נוספים בכבלים ובלוויין. כך, בלוויין אושר לשידור ערוץ Blue, ובכבלים אושר לשידור ערוץ Vivid.¹¹³ שני ערוצים אלה שידרו תכנים פורנוגרפיים קשים. עתירה נגד הערוצים הוגשה על-ידי חברי הכנסת זבולון אורלב ושולמית אלוני, אולם בהמלצת בית-המשפט חזרו בהם העותרים מהעתירה, והיא נמחקה.¹¹⁴ לא

111 בג"ץ ש.י.ן, לעיל ה"ש 9, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת דורנר. לאחר פרישתה שבה דורנר על דבריה והוסיפה כי הנורמות הציבוריות כוללות מתירנות מינית ועירום למחצה, לרבות מצד סטודנטיות בקמפוס, ובמצב כזה אי-אפשר לאסור שידורים כגון פלייבוי: "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" דין ודברים א 15, 43–44 (2004).

112 בג"ץ ש.י.ן, לעיל ה"ש 9, פס' 13–14 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

113 שם, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

114 השופטת ביקרה את העתירה לצור-ביניים בגין שיהוי, ולפיכך סירבה לבקשתם לצור-ביניים מייד: בג"ץ 5885/00 אורלב נ' המועצה לשידורי כבלים ולוויין (פורסם באר"ש, 18.8.2000). ביום 4.9.2000 קיבלו העותרים את המלצתם של הנשיא ברק והשופטות דורנר וביניש וחזרו בהם, והעתירה נמחקה. בהחלטה אין כל הסבר להמלצה האמורה.

קל לראות מדוע חזרו בהם העותרים.¹¹⁵ קשה אף יותר להבין מדוע הדיון שנערך בסופו של יום – להבדיל מהדיון שלא נערך – עסק בתוכני פלייבוי במנותק מתוכניהם של ערוצי פורנוגרפיה קשה ותוך התעלמות מקיומם.

פסק-דין ש.י.ן הציב את בית-המשפט העליון בדילמה הערכית הלא-נוחה הגלומה בעימות שבין חופש הביטוי לבין זרם בולט בפמיניזם. סביר להניח שלבית-המשפט היה קל ונוח יותר לצדד בחופש הביטוי באשר לתכניו של ערוץ פלייבוי לעומת תוכני הערוצים Vivid ו-Blue. מדוע אם כן ויתרו העותרים על הדיון בפורנוגרפיה הקשה והתמקדו באירוטיקה? האם הם עשו כן משום שהם החליטו לתקוף גורם מוכר יותר? האם הם נהגו כך משום שהם סברו כי האירוטיקה מסוכנת יותר, באשר היא מתחברת לתרבות הפופולרית ביתר קלות? נראה שלא אלה הסיבות לכך.¹¹⁶ מה שבטוח הוא שבית-המשפט העליון ידע לא רק על הפורנוגרפיה הקשה הזמינה "תחת כל עץ רענן", אלא גם על הפורנוגרפיה הקשה המשודרת בטלוויזיה, על-ידי חברות הלוויין והכבלים, לצד ערוץ פלייבוי. בית-המשפט העליון, בהרכב רחב, ידע ולא עצר, ואף לא קרא להשתמש במשפט כדי לעצור את הפורנוגרפיה. אכן, גם בחלוף עשור וחצי שידורי הלוויין והכבלים כוללים עדיין ערוצים של פורנוגרפיה קשה.¹¹⁷

סיכום – מבט רחב

רשימתי לא כחנה אם ראוי להגביל באופן משפטי את הביטוי הפורנוגרפי, על-ידי הפללתו או על-ידי שלילת ההגנה על הקניין הרוחני בו, ככל שקיים כזה. איני סבור שחופש הביטוי גובר תמיד על ערכים אחרים, לא כל שכן חופש הביטוי המסחרי. אולם הפורנוגרפיה אינה רק זמינה ושופעת בישראל, אלא עושה רושם שהרשויות מתייחסות אליה כאל תופעה חוקית, גם אם רחוקה מלהיות מבורכת.

115 שירן, לעיל ה"ש 88, בעמ' 619, כתבה כי ההצעה לעותרים להסיר את העתירה נומקה בכך שאין להחיל איסור גורף על הערוץ, אלא צריך לדון לגופו של סרט. כן ציינה שירן כי אלוני לא גובתה באותה עת על-ידי הארגונים הפמיניסטיים, והתנגדותה לפורנוגרפיה נתפסה בציבור החילוני כקוריוז.

116 דומה שעמדת העותרים הייתה שאין להבחין בין הפורנוגרפיה לאירוטיקה, בהיות שתיהן תעשיות המחפצות נשים. ראו בג"ץ ש.י.ן, לעיל ה"ש 9, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

117 לפי פרסומים של החברות במרשתת נכון לאוקטובר 2018, יש כולל את הערוצים Blue Hustler ו-Touch; והוט כולל אותם שני ערוצים, ולצידם גם את הערוץ ששמו קורץ למשפט הפלילי: Barely Legal.

באופן כללי הוצע שהציבור רואה ברשויות אוכפות החוק את נושאות דברה של השיטה המשפטית, ולומד מהן על קיום החוק, תוכנו ומימושו יותר מאשר מעיון בספר החוקים.¹¹⁸ לאחר עשרות שנים של מציאות פורנוגרפית מבחינה כלכלית, חברתית ומשפטית, שינוי המציאות צריך להגיע לאחר דיון משפטי רציני באפשרות להגביל את הביטוי הפורנוגרפי בבית-המחוקקים, תוך בחינת הערכים המוגנים והאפשרות להגשימם¹¹⁹ והתבוננות פתוחה על טיעוני-הנגד.¹²⁰

לצד פוליטיזציה ופופוליטיקה, אשר צפויות בוודאי לעלות בבית-המחוקקים, הדיון בהכנת החוק יכול מן הסתם מומחים, אנשי-מקצוע ופעילים חברתיים, ומשרדי ממשלה יצטרכו לשקול את רוחב השאלות ועומקן (להבדיל מדיון שיפוטי נקודתי), לגבש עמדה, ולאורה להכריע אם וכיצד לצמצם משפטית את פוגענותם של ביטויים שונים. הכנסת אינה צריכה להתחמק מסוגיות ערכיות קשות, שהן במובנים רבים חוצות מפלגות, ולהותיר לבתי-המשפט להתמודד עם מורכבותה של המציאות. אם אנו מעוניינים במאבק משפטי בפורנוגרפיה – בצורת הפללה, צנזורה, אי-מתן זכות יוצרים וכדומה – דרוש מסר מפורש ובהיר מהמחוקק. עד אז הפורנוגרפיה אינה זקוקה למחוקק שיצא להגנתה ויכשירה; מה שהמחוקק לא אסר במפורש, הפרט חופשי ליהנות ממנו, משום שבררת-המחדל במשטר דמוקרטי היא חירות לפרט, גם בהקשר הפורנוגרפי.¹²¹ מי שזקוק להגנה הוא מי שמוצא את עצמו נפגע מפורנוגרפיה, ולמענו נדרש מסר חד, מפורש ובלתי-מתחמק. אולם דומה שהמחוקק הישראלי טומן את ראשו בחול אל מול אוקיינוס של פורנוגרפיה.

מעבר לכך, אם ברצוננו להילחם בהחפצה מינית, עלינו להידרש למבט כן בתרבות הפופולרית בכלל ובמרשתת הפופולרית בפרט. ראוי להרחיב את המבט אל ביטויים פוגעניים אחרים ולשאול את עצמנו עד כמה אנו רציניים ומסורים

118 דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב 477, 494 (1994). על הרשות האוכפת כמחוקקת האמיתית ראו גם: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 506–507, 519, 598–599 (2001).

119 לדיון נורמטיבי יסודי ועדכני במעמדה של הפורנוגרפיה במשפט הישראלי ראו עזיוני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 870 ואילך.

120 טיעונים ערכיים הועלו גם נגד הגבלת פורנוגרפיה, בין היתר בגין פגיעה בחופש המיני ובעיצוב הזהות המינית: Leonore Tiefer, *Some Harms to Women from Restrictions on Sexually Related Expression*, 38 N.Y. L. SCH. L. REV. 95 (1993) ה"ש 104, בעמ' 590–591.

121 ריבלין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 10.

למאבק הערכי בהם. למשל, אם פורנוגרפיה מעודדת אלימות, אולי גם טלוויזיה, קולנוע ומשחקי מחשב פופולריים עושים כן;¹²² ואם פורנוגרפיה מעודדת הפליה, אולי גם ביטויים מינניים, גזעניים, הומופוביים ואחרים עושים כן. אפשר גם שהם עושים זאת לא בהסתר, אלא בפריים-טיים ממש. לגבי חלק לא-קטן מתרבותנו ניתן לתהות על ערכו ותרומתו החיובית לחברה, וניתן להצביע על נזקים מגוונים שהוא עלול להסב. חשבו בהקשר זה, לדוגמה, על תרבות הריאליטי.¹²³

למבט רחב בבעיות יש חשיבות עצומה. לצד המבט המשפטי החד בתופעה צרה ראוי להביט גם בתופעות דומות ולוודא שהמאבק המשפטי אינו סובל מ"צרות-יתר".¹²⁴ כאשר אנו מביטים בהימורים פרטיים, עלינו להביט גם בהימורים ציבוריים;¹²⁵ כאשר אנו מביטים בפגיעות באוטונומיה המינית או בקניין בקשר לאיסור אחד, עלינו להביט גם באיסורים קיימים אחרים ואף בפעולות פוגעניות מותרות;¹²⁶ כאשר אנו מביטים בחוסר יושר אקדמי, עלינו להביט גם בחוסר יושר ציבורי;¹²⁷ כאשר אנו מביטים בביקורתיות בחינוך המשפטי, עלינו להביט בביקורתיות גם בחינוך האקדמי ובחינוך בכללותו;¹²⁸ וכדומה. איני קורא להתעלמות מהתמונה הקונקרטית, אלא להתבוננות עליה, להבנתה ולשפיטתה גם על רקע התמונה הרחבה.

הגיעה העת לחשיבה מחודשת על איסור התועבה בפרט ועל הגבלת ביטויים פוגעניים בכלל.¹²⁹ במהלך החשיבה ידרש מבט ממושך במראה. אם אנו סולדים

122 שם, בעמ' 62 ו-80.

123 ניתן עם זאת להציע שאם פרסום שולח מסר, מכוער ככל שיהיה, הוא ראוי משום כך להגנת חופש הביטוי. בעבר נכתב כי דווקא כוחה של הפורנוגרפיה לעצב עמדות שליליות כלפי נשים ולהנציח את נחיתותן מקנה לה הגנה חוקתית: *American Booksellers v. Hudnut*, 771 F.2d 323, 325 (7th Cir. 1985), כמופנה אצל ריבלין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 41. באופן דומה נכתב שאם פורנוגרפיה באה לקדם את הרעיון שנשים נחותות, אזי מדובר בביטוי רב משמעות; גם ביטויים שקריים מוגנים, וזאת מתוך שאיפה לגילוי האמת, שכן הצגתם חושפת את שקריותם ומחזקת את נימוקיהם של המחזיקים בעמדות הנכונות. שם, בעמ' 41.

124 ראו אסף הרדוף הפשע המקוון 73–75 (2010).

125 ראו אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי על הדיכוטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" משפט וממשל יח 157 (2017).

126 ראו אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצרנית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65 (2016).

127 אורית קמיר "מודל לחשיבה משפטית-תרבותית; ניתוח מקרה – היעדר יושר אקדמי ו'מבחני כבוד'" דין ודברים ד 167 (2008).

128 יוסף ויילר "עדיין חינוך לשטחיות? מה אומרים הדקאנים" המשפט יט 39, 45–46, 48 (2014).

129 האם, למשל, מוצדק לאסור פגיעה בדגלים? ראו: Mohammed Saif-Alden Wattad, *The*

מההשתקפות הניבטת אלינו מהמרשתת בפרט ומהמדיה ומהתרבות בכלל, עלינו לערוך שינוי יסודי. בעיה נקודתית המשפט יכול וצריך לפתור, אולם בעיה יסודית רחבה ועמוקה – בעיית-ליבה – מצריכה פתרון חברתי, אף אם הדרך לכך מתסכלת וסיומה אינו נראה באופק.¹³⁰ אלה הקוראים ומנסים להשתמש במשפט לתיקון הליבה הערכית של העולם שוגים באשליות בדבר כוחו. רומנטיזציה של המשפט לא תתקן את העולם ולא תעצור את גלגלי הכלכלה והחברה, אף כאשר אלה דורסניים במיוחד. לשם כך דרוש משהו גדול בהרבה.

Meaning of Wrongdoing – A Crime of Disrespecting the Flag: Grounds for Preserving “National Unity”?, 10 SAN DIEGO INT’L L.J., 5, 21–55 (2008). בישראל ראו את הפרשה של “קקי במקום דם”: כאשר האומנית נטלי כהן וקסברג צילמה את עצמה מטילה צואה על דגלי מדינות, לרבות דגל ישראל, היא עוררה כעס ציבורי גדול ואף נעצרה. 130 ראו, למשל, לגבי הניצול האנושי העמוק והרחב של בעלי-החיים: אסף הרדוף “התעללות ראווה? בין צער בעלי חיים לעונג האדם” דין ודברים י 141, 228–231 (2017).