



ק"פ 28455/06/18 - אברהם חי בלוך נגד ליאור מרדכי שליין.2. ערוץ 10 החדש בע"מ.3. נענע 10 בע"מ

בית משפט השלום בירושלים

ק"פ 28455-06-18 בלוך נ' שליין ואח'

בפני קובלים נגד
אברהם חי בלוך
נאשמים
1. ליאור מרדכי שליין.2. ערוץ 10 החדש בע"מ.3. נענע 10 בע"מ

ב"כ הקובל: עו"ד אביעד ויסולי

ב"כ הנאשמים 2-3: עו"ד יסמין רובין, עו"ד יותם גולדשטיין

ב"כ הנאשם 1: עו"ד ד"ר מאיר קוגמן

החלטה

כללי

1. הקובל, שחקן, יוצר ומפיק, הגיש נגד הנאשמים קובלנה פלילית, אשר תוקנה ביום 4.10.18, ובה הם מואשמים בעבירות לפי סעיפים 61(ג)-61(ה) לחוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007 (להלן: "חוק זכויות יוצרים") ולפי סעיפים 6(א) ו-6(א1) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק זכויות מבצעים").
2. עניינה של הקובלנה בשימוש שעשו, לכאורה, הנאשמים בסרטון שיצר הקובל, שבו מופיע הקובל כשחקן יחיד, ואשר צולם עבור המטה המשותף לתנועות הר הבית והמקדש, שהוא, על פי הנטען בכתב הקובלנה, ארגון גג של ארגונים שונים העוסקים בקידום זכויותיהם של יהודים בהר הבית. השימוש בסרטון נעשה במסגרת תכנית הטלוויזיה "גב האומה" ששידרו הנאשמים, ואשר הוקרן בטלוויזיה, הנאשמת 3 שידרה אותו באתר האינטרנט שלה והנאשם 1 שידר אותו בערוץ ה-YouTube שלו, הכל לשם הפקת רווחים מסחריים ופוליטיים.
3. ביום 26.11.18 הוגשה בקשה לעיון בחומרי חקירה, ובה התבקש הקובל להעמיד לעיון הנאשמים תצהירים של 19 עדי התביעה המופיעים ברשימת העדים שבכתב הקובלנה. ביום 7.1.19 ניתנה החלטתי בבקשה לחומרי חקירה, בה נקבע כי על הקובל להעמיד לעיון ההגנה אמרות בכתב של כל אחד מעדי התביעה (בע"ח 60914-11-18).



4. ביום 4.2.19 דחיתי את בקשותיו של הקובל להמצאת מסמכים לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, ליתן לו צו שיאפשר לו לערוך חיפוש בחומר מחשב של הנאשמים, להסמך אותו לגבות עדויות מעדי התביעה וליתן צו שיורה לעדי התביעה למסור לו את עדויותיהם בכתב.

5. בד בבד הוגש ערר על החלטתי בבקשה לקבלת חומרי חקירה. ביום 2.6.20 קיבל בית המשפט המחוזי את הערר, וההחלטה המחייבת את הקובל להמציא לנאשמים אמרות בכתב של עדי התביעה, בוטלה (עבע"ח (י-ם) 14471-02-19).

6. לאחר החלטתי בעניין חומרי החקירה הגישו הנאשמים בתאריכים 27.3.19-28.3.19 טענות מקדמיות, ובהן בקשות לביטול הקובלנה.

תשובות הקובל לטענות המקדמיות הוגשו ביום 6.5.19.

7. בהחלטתי מיום 16.5.19 קבעתי כי לצורך הכרעה בטענות המקדמיות יש להמתין עד להכרעת בית המשפט המחוזי בערר שהוגש על החלטתי בעניין חומרי חקירה, שכן יש בהכרעת בית המשפט המחוזי בעניין כדי להשפיע על שאלת התקיימותה של הגנה מן הצדק. משהכריע בית המשפט המחוזי בערר, הגיעה העת להכריע בטענות המקדמיות.

8. הנאשמים 2-3 טענו כי לא ניתן להגיש קובלנה פלילית בעבירה לפי חוק זכויות מבצעים, שאינו נכלל בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי").

עוד טענו הנאשמים, כי כתב הקובלנה המתוקן אינו מגלה עבירה, שכן הוראות חוק זכויות יוצרים מתייחסות רק לעותקים פיזיים של היצירה ולא לשידור היצירה בתכנית טלוויזיה, וכי הואיל והנאשמים לא יצרו עותקים פיזיים של היצירה ולא הפיצו אותם לשם מסחר, הם לא עברו כל עבירה. לחלופין נטען, כי ממילא תכלית הסרטון הייתה הפצתו ברבים והקובל כלל לא הראה כי הוא בעל הזכויות בו.

בנוסף נטען, כי הנאשמים 2-3 נהנים מהגנת "שימוש הוגן" בשל כך שהשימוש שנעשה בסרטון הוא לצרכי סאטירה, וכן טענו להגנת זוטי דברים.

לבסוף נטען להגנה מן הצדק, בשל כך שהקובל מנצל לרעה את ההליך פלילי שהוא קיצוני בהשלכותיו האפשריות, במקום שבו ניתן, ראוי ומתאים יותר לברר את העניין בדרך של הליך אזרחי, והכל מתוך מניע להשתקת הנאשמים ולפגיעה בחופש הביטוי של אמצעי תקשורת והרתעתו מהבעת דעה ביקורתית. בהקשר זה נטען עוד, כי אין עניין ציבורי בניהול הקובלנה, כי הגשתה מנוגדת לכללי הצדק הטבעי וכי ניהול הליך פלילי מבלי שנאסף חומר ראיות שנמסר לנאשמים ותוך ניסיון להלך אימים על הנאשמים בדרך של בקשה של הקובל לקבל סמכויות של קצין משטרה שיופעלו כלפי הנאשמים, פוגע קשות בהגנתם ואינו מאפשר לנהל משפט הוגן.

9. הנאשם 1 ביקש להצטרף לכל הטענות שנטענו על ידי הנאשמים 2 ו-3 והוסיף וטען כי אף אחד מהמעשים



שמתוארים בכתב הקובלנה המתוקן אינו מיוחס לנאשם 1 אשר אינו המפיק של התכנית, אינו המשדר שלה ואינו אחראי על החלקים הטכניים של השידור. לפיכך נטען, כי תפקידו של הנאשם 1 אינו נופל באף אחת מהעילות המאפשרות הגשת קובלנה.

10. מנגד, הקובל טען כי על מרביתן של הטענות להתברר במהלך המשפט ולא כטענות מקדמיות. לעניין ההיבט המסחרי של השימוש בעותקים המפרטים טען כי התכנית שבה הוקרן הסרטון משודרת בערוץ מסחרי, כי הנאשם 1 הוא הבעלים היחיד של חברת ההפקה של התכנית וכי הסרטון אף הופץ בערוץ ה-Youtube שלו לשם הפקת רווח מסחרי.

אשר ליצירת העותק המפר הפנה הקובל לסעיף 12 לחוק זכות יוצרים, הקובע כי יצירה של עותק מפר היא גם באחסונו באופן אלקטרוני.

לעניין הכללת האישום לפי חוק זכויות מבצעים, הקובל טען כי קובלנה פלילית היא בגדר "תרופה אזרחית", כזו שחוק המבצעים קובע שניתן לתבוע זכות בגינה. עוד טען כי חוק זכויות יוצרים וחוק זכויות מבצעים הם חוקים דומים ובנוסף, לשיטת הקובל, ממילא לבית המשפט נתונה הסמכות להרשיע את הנאשמים בהוראות חוק אחרות ממה שמצוין בכתב האישום.

אשר לטענת ההגנה מן הצדק נטען כי ההגנה על חופש הביטוי אינה רחבה כשמדובר בחופש ביטוי של תאגיד וכי הדין אינו כופה עליו לבחור דווקא בהליך אזרחי.

לבסוף טען הקובל כי לא מתקיימים התנאים לביטול הקובלנה בשל זוטי דברים וזו נשוא זה, כמו גם סוגיית השימוש ההוגן צריכים להתברר במהלך המשפט ולא כטענות מקדמיות.

דין והכרעה

11. טרם אדון בטענות לגופן, אבהיר כי ההכרעה בטענות המקדמיות תעשה על בסיס העובדות הנטענות בכתב הקובלנה המתוקן בלבד, ועל יסוד ההנחה כי בידי הקובל ראיות להוכחת כל הכתוב בו. לפיכך, במסגרת הכרעה זו לא תהיה התייחסות לשאלות ראייתיות ואף לא אבסס החלטתי על טענות שעובדותיהן אינן מפורטות בכתב הקובלנה המתוקן, ועל כן טענות הוכחה.

מדובר בהנחת עבודה בלבד, ומובן כי אין בכך כדי לקבוע כי עובדות כלשהן הנטענות בכתב הקובלנה המתוקן התקיימו או לא התקיימו.

בקשת הנאשם 1 למחיקתו מן הקובלנה

12. עיקרה של טענה זו היא כי לנאשם 1, שהוא העורך הראשי ואחד המשתתפים ברב-שיח שבתכנית "גב האומה", לא ניתן לייחס כל חלק במעשים המיוחסים לנאשמים בכתב הקובלנה, שכן הוא אינו המפיק של התכנית ולא אחראי על הפן הטכני של השידור ועל התכנים המוצגים בה.



13. יש לדחות טענה זו.

ניסיונו של הנאשם 1 להציג את עצמו כ"אחד המועסקים", כלשונו, ביצירת התוכנית, מעורר אי-נחת, בשעה שגם הנאשם 1 עצמו אינו חולק על כך שהוא העורך הראשי של התוכנית, הוא ה"כוכב" המזוהה עמה יותר מכל אחד אחר, ומובן כי תפקידו אינו כשל "קריין" המגיש טקסטים שערכו אחרים ללא כל מודעות או התייחסות לתוכניהם.

14. מכל מקום, עובדות כתב הקובלנה המתוקן מייחסות לנאשם ביצוע פעולות מהותיות המקימות, על פי הנטען, את יסודות העבירות שבהן מואשמים הנאשמים, ועל פי נוסח כתב הקובלנה, ככל שעובדותיה אמנם מגלות עבירות, אחריותו של הנאשם 1 לביצוען אינה מכח דיני האורגנים בתאגידים אלא מכח דיני השותפות.

האם ניתן לכלול בקובלנה אישום בעבירה לפי חוק זכויות מבצעים?

15. סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי קובע:

"על אף האמור בסעיף 11 רשאי כל אדם להאשים בעבירה מן המנויות בתוספת השניה על ידי הגשת קובלנה לבית המשפט." (ההדגשות הוספו).

בעוד שעבירות לפי סעיף 61(ג), (ד) ו-(ה) נזכרות בסעיף 3 לתוספת השניה לחוק סדר הדין הפלילי, אין התוספת כוללת עבירות לפי חוק זכויות מבצעים.

16. רשימת העבירות הכלולות בתוספת השניה לחוק היא רשימה סגורה. כוחו של קובל להגיש קובלנה מוגבל לרשימה זו, שלא ניתן להרחיבה על דרך של היקש או בכל דרך אחרת. ראו ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ ואח' (פ"ד מז(5) 289) וראו גם עק"פ (ב"ש) 58610-08-18 בר נ' בלומנטל (פורסם בנבו 11.12.18) ועק"פ (ב"ש) 23220-12-16 דהרי נ' לדרמן (פורסם בנבו, 15.10.17).

17. סעיף 5 לחוק זכויות מבצעים, הקובע כי למבצע שזכותו לפי החוק הופרה, יהיו כל התרופות האזרחיות המוקנות לפי כל דין לבעל זכות יוצרים שזכותו הופרה, בשינויים המחויבים, אין בו כדי להרחיב את סמכותו של בית המשפט לדון בקובלנה לפי חוק זכויות מבצעים. הוראת סעיף 5 מתייחסת באופן מפורש ל"תרופות אזרחיות", בעוד שקובלנה לפי סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי (בוודאי כזו שאזהרת מאסר מופיעה בשוליה, כמו במקרה דנן), היא, באופן מובהק, תרופה פלילית, גם אם מי שנוקט בהליכים לפיה הוא אזרח ולא רשות ממלכתית.

18. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם העקרון המחייב ליתן פרשנות מצמצמת להוראות הדין הפלילי, ומכל מקום, לבחור בפרשנות הסבירה המקלה עם הנאשם (ראו סעיף 34 כא לחוק העונשין, התשל"ז-1977). על כן, גם לדמיון שבין חוק זכויות יוצרים לחוק זכויות מבצעים אין כל רלבנטיות לעניין.



19. אשר לסמכות בית המשפט לפי סעיפים 184-185 לחוק סדר הדין הפלילי להרשיע את הנאשמים בעבירה שונה או נוספת, הרי שהוראה זו מתייחסת למצב שבו במהלך שמיעת הראיות מוכחות עובדות שלא נטענו בכתב האישום המגלמות עבירה שונה או נוספת. הוראה זו וודאי לא נועדה להכשיר מראש את האפשרות לעקוף את מגבלת הסמכות הקבועה בסעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי. וכך נקבע בעניין זה בע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ ואח' הנ"ל:

"הסמכות לפי סעיף 184 לחוק הינה סמכות שבשיקול-דעת, ויש יסוד לסברה שבית המשפט לא יעשה בה שימוש כשדן הוא בקובלנה פרטית, כשימוש בסמכות על-ידי יביא להרשעה בעבירה אשר לא ניתן היה להגיש בגינה קובלנה פרטית".

20. מהאמור עולה כי החוק אינו מאפשר לכלול בכתב הקובלנה עבירה לפי חוק זכויות המבצעים, ויש למחוק עבירה זו מפרק הוראות החיקוק שבכתב הקובלנה המתוקן.

האם כתב הקובלנה המתוקן מגלה עבירות לפי חוק זכויות יוצרים?

21. עיקרה של טענה זו היא כי הנורמות האוסרות שבסעיפים 61(ג)-(ה) מתייחסות רק לעשיית עותקים פיזיים של מדיות שעליהן מוטבעות היצירות (כגון ספרים שבהם הודפסה יצירה ספרותית או תקליטורים שעליהם מוטבעות יצירות קולנועיות או מוסיקליות וכיוצא באלה). בכתב הקובלנה המתוקן נטען, כי הנאשמים הפרו את זכויות היוצרים של הקובל בכך שיצרו עותק דיגיטלי של יצירתו ולאחר מכן הפיצו אותה באופן מסחרי.

22. הוראות החוק שבהן מואשמים הנאשמים לפי חוק זכויות יוצרים קובעות כדלקמן:

"61. עבירות

...

(ג) לא יעסוק אדם במכירה, בהשכרה או בהפצה של עותק מפר של יצירה.

(ד) לא ימכור אדם, לא ישכיר ולא יפיץ עותקים מפרים של יצירה בהיקף מסחרי.

(ה) לא יחזיק אדם עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו.

..."

23. על פי עובדות כתב הקובלנה המתוקן, הנאשמים יצרו עותק של הסרטון ללא רשות בעל זכויות היוצרים בו, ושידרו את העותק המפר של הסרטון כמפורט להלן: הנאשמים 1-2 שידרו את העותק המפר בתכנית טלביזיה (סעיף 11 לכתב הקובלנה המתוקן), הנאשמת 3 שידרה את העותק המפר באתר האינטרנט שלה (סעיף 12 לכתב הקובלנה המתוקן) והנאשם 1 שידר את העותק המפר בערוץ ה- YouTube שלו באינטרנט (סעיף 13 לכתב הקובלנה המתוקן).



24. סעיף (12)(1) לחוק זכויות יוצרים קובע כי העתקה היא גם באחסון היצירה באמצעי אלקטרוני, וכאמור לעיל, הנחת המוצא היא, כי בידי הקובל ראיות להוכיח את קיומה של זכות היוצרים וכן להוכיח את הטענה כי הנאשמים יצרו עותק של הסרטון לצורך הפקת התכנית ושדורה, בין אם עותק פיזי ובין אם עותק שאוחסן באמצעי אלקטרוני.

25. כאן המקום להדגיש כי יצירת עותק מפר לשם מסחר בו, כשלעצמה מהווה עבירה פלילית על פי סעיף 61(א) לחוק זכויות יוצרים, אלא שסעיף זה אינו נזכר בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי, וממילא לא ניתן להגיש קובלנה פלילית על עצם יצירת העותק המפר.

26. טענת הנאשמים כי הוראות סעיפים 61(ג)-(ה) לחוק זכויות יוצרים עניינן במכירה, השכרה או הפצה של עותקים פיזיים בלבד של היצירה עולות בקנה אחד עם לשונו של החוק, עם תכליתו ועם הסביבה הנורמטיבית שבה מצויות הוראות אלה, ועל כן יש לקבלה, מן הטעמים שיפורטו להלן;

27. ראשית, לשונו של החוק בסעיפים 61(ג)-(ה) עוסקת בהפצת עותק של יצירה. דא עקא שבכתב הקובלנה המתוקן נטען כי הנאשמים יצרו עותק (אחד) של היצירה, ושידרו את תוכנו (להבדיל מהפצת העותק עצמו). דהיינו- הנאשמים לא מואשמים בכך שהפיצו עותקים מפרים של היצירה, אלא יצרו עותק אחד והפיצו, בדרך של שידור, את היצירה המוטבעת עליו.

28. גם בחינת תכליתן של הוראות החיקוק שבהן מואשמים הנאשמים מובילה למסקנה כי הוראות החיקוק שבהן מואשמים הנאשמים מתייחסים להפצת עותקים פיזיים של היצירה. להוראות סעיפים 61(ג)-(ה) לחוק זכויות יוצרים קדמו הוראות עונשין דומות, שנקבעו בסעיף 10 לפקודת זכויות יוצרים. וכך, למשל, נכתב בדברי ההסבר לסעיף 10(ד) להצעת החוק לתיקון הפקודה (ה"ח תשס"ב מס' 3093 (11.3.2002), 370, 371), שהוא המקביל לסעיף 61(ה) לחוק זכויות יוצרים דהיום:

"מוצע לקבוע עבירה חדשה של החזקת עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו, ולקבוע בצדה עונש זהה לעבירה כאמור בסעיף קטן (ג). מטרת ההוראה היא להטיל אחריות פלילית על מי שמחזיק, למשל במחסן או בכלי רכב, עותקים מפרים במטרה להפיצם או למכרם;"

ההדגשות הוספו על מנת להראות כי כוונת המחוקק בהוראות אלה הייתה להפצת עותקים פיזיים, שניתן לאחסנם במחסן או ברכב, ולא להפצה באמצעים טכנולוגיים.

29. מסקנתי נתמכת גם בסביבה הנורמטיבית שבתוכה מצויות הוראות העונשין שבסעיפים 61(ג)-(ה) לחוק זכויות יוצרים, ובפרט בהוראות סעיפים 61(ז)-(ח) לחוק הקובעות כדלקמן:

"61.עבירות

...



(ז) לא ישדר אדם יצירה בהיקף מסחרי, על דרך עיסוק, בלא רשותו של בעל זכויות יוצרים במטרה להפיק רווח מעיסוקו בשידור כאמור, באופן שמהווה הפרה של זכות היוצרים לשידור כאמור בסעיף 11(4).

(ח) לא יעמיד אדם יצירה לרשות הציבור בהיקף מסחרי, על דרך עיסוק, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, במטרה להפיק רווח מעיסוקו בהעמדה לרשות הציבור כאמור, באופן שמהווה הפרה של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור כאמור בסעיף 11(5)."

30. הוראות אלה הוספו לחוק זכויות יוצרים בשנת 2019 במסגרת תיקון 5 לחוק. בדברי ההסבר להצעת התיקון לחוק (ה"ח הממשלה תשע"ח מס' 1164 (1.11.17) 32, בעמ' 44) נכתב:

"הניסיון המצטבר באכיפת החוק בשנים האחרונות מלמד כי העבירות הפליליות הקבועות בחוק, בפרק ט' אינן מותאמות למציאות הטכנולוגית. יצירות שהופצו בלא רשות מאת בעל זכות היוצרים ברשת האינטרנט נגישות לציבור לא פחות מאשר עותקים מפרים פיזיים של יצירות שהופצו שלא כדין... מאחר שאין הצדקה להבחין בין הפרות המתבצעות בעולם הפיזי להפרות של אותן הזכויות המתבצעות ברשת האינטרנט, מוצע לקבוע איסור פלילי גם על פעולות אלה". (ההדגשות הוספו)

31. ודוק, כפי שעולה בבירור מתוך דברי ההסבר להצעת התיקון לחוק, לו היה שידור בערוץ טלביזיה או אינטרנט מקים עבירה של הפרת זכויות יוצרים לפי סעיפים 61(ג)-61(ה) לחוק, לא היה נדרש כלל תיקון לחוק.

32. עיקר מעשיהם של הנאשמים אינו ביצירת עותק מהסרטון (שייתכן אף כי ניתן לראות בו עותק זמני מותר כמשמעותו בסעיף 26 לחוק זכויות יוצרים), אלא בשידור הסרטון בערוצי הטלביזיה והעמדתו לרשות הציבור בערוצי האינטרנט. יש להדגיש כי גם בכתב הקובלנה המתוקן, היסוד ההתנהגותי שמייחס הקובל הקובל לנאשמים הוא "שידור" (ראו סעיפים 11-13 לכתב הקובלנה המתוקן).

33. הפרת זכויות יוצרים בדרך של שידור או העמדה לרשות הציבור לפי סעיפים 61(ז) או 61(ח) לחוק זכויות יוצרים, אינה נזכרת בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי ועל כן לא ניתן להגיש בגינה קובלנה פלילית.

הפסיקה שהקובל הפנה אליה בסעיף 15 לתשובתו לטענות המקדמיות של הנאשם 1 כתמיכה לטענותיו, ע"א 9183/09 **The Football Association Premier League Limited נ' פלוני** (פ"ד סה' 3) 521, יכולה אמנם ללמד על כך ששידור יצירה מוגנת עשוי להוות עבירה לפי חוק זכויות יוצרים, אלא שמדובר בפגיעה בזכות לפי סעיף 14 לחוק, דהיינו עבירה לפי סעיף 61(ז), ולא העבירות שבהן מואשמים הנאשמים כאן.



34. יש להדגיש כי גם מתוך דברי הקובל עצמו עולה, כי המעשה שפגע בו היה שידור הסרטון ולא עצם עשיית עותק ממנו לצורך הפקת התכנית (ראו סעיף 9 לתשובת הקובל מיום 6.5.19 לטענות המקדמיות של הנאשם 2-3). שידור הסרטון במסגרת התכנית והעמדתו לרשות הציבור בערוצי האינטרנט הוא מעשה עצמאי ונפרד מהעתקתו, שחולשת עליו הוראת חוק עצמאית שאינה נמנית על הוראות החיקוק שבגינן ניתן להגיש קובלנה פלילית, ובנסיבות העניין, יצירת העותק בודד של הסרטון לצורך הפקת התכנית אינו אלא מעשה הכנה.

35. אמת, הפסיקה הכירה בכך שלקובל החירות לבחור את סעיפי האישום ואף את המסגרת העובדתית שבכתב האישום, על מנת שיוכל להיכנס לגדר העבירות המנויות בתוספת השניה לחוק סדר הדין הפלילי (ראו למשל ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ (פ"ד מז(5) 289)). ואולם, בכך אין כדי לפטור את הקובל מהחובה לבחור בהוראות חיקוק שהעובדות הכלולות בכתב הקובלנה מקיימות את כל יסודותיהן.

36. כתב האישום אינו מגלה את יסודות העבירות שבהן מואשמים הנאשמים, ובפרט את הנסיבה "עותק מפר" או "עותקים" הנדרשת בכל אחת מהוראות החיקוק שבהן מואשמים הנאשמים.

37. לצד זאת, עובדות כתב הקובלנה המתוקן אף לא מגלות את היסוד "לשם מסחר בהם". הגם שאין מקום להתייחסות מצמצמת ל"מסחר" כאל "מכר" בלבד, הרי שמנגד, עצם קיומה של פעילות מסחרית של עושה העותק (ובעניינו, על פי הנטען בקובלנה - מכירת זמני פרסום), אינה מקימה בפני עצמה אחריות פלילית שכן הפעילות המסחרית אין עניינה במכירת או הפצת הסרטון (ראו ת. אפורי, **חוק זכויות יוצרים** (2012) עמ' 483-484).

38. משעה שעבירות אחרות לפי חוק זכויות יוצרים שעשויות להתאים לנסיבות העניין אינן נמנות על העבירות שבגינן ניתן להעמיד לדין במסגרת קובלנה פלילית, אין מקום לאפשר לקובל לתקן את הקובלנה, והסעד המתאים בהתאם לסעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי הוא ביטול האישום.

39. בשולי הדברים מצאתי להדגיש כי אין באמור כדי לקבוע כי בוצעו עבירות אחרות, שאינן נמנות על הוראות החיקוק שבקובלנה על ידי מי מהנאשמים, או שכתב הקובלנה המתוקן אמנם מגלה כי בוצעו עבירות אחרות שכאלה.

טענותיהם הנוספות של הנאשמים

40. משקבעתי כי יש לבטל את כתב האישום כולו, מתייתר הצורך לדון בטענותיהם הנוספות של הנאשמים- הגנת שימוש הוגן מכח חוק זכויות יוצרים, זוטי דברים והגנה מן הצדק.

41. עם זאת, מצאתי להתייחס בקצרה לטענות אלה, אף אם למעלה מן הדרוש.

42. סעיף 19 לחוק זכויות יוצרים קובע כך:



"19. שימוש הוגן

(א) שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.

"...

43. בשל מעמדו החשוב של חופש הביטוי, הפסיקה הכירה באפשרות כי סאטירה ופארודיה יהוו ביקורת, ועל כן יהוו שימוש הוגן ביצירה המוגנת. ראו למשל ע"א 3425/17 **Societe des Produits Nestle** נ' **אספרסו קלאב בע"מ** (פורסם בנבו 7.8.19) ורע"א 2687/92 **גבע נ' וולט דיסני** (פ"ד מח(1), 251).

44. על פני הדברים, לו תוכנה טענותיהם של הנאשמים, נראה כי ביקורת פוליטית, המצויה בלב ליבם של חופש הביטוי וחופש העיתונות, אף אם נאמרת בדרך של סאטירה או פרודיה, ראויה להגנה מדרגה גבוהה, ומהווה, על כן, שימוש הוגן ביצירה.

45. על אף האמור, טענותיהם של הנאשמים בעניין זה הן טענות הגנה הטענות הוכחה. כפי שהובהר לעיל, המסד העובדתי לבחינת הטענות המקדמיות הוא זה המפורט בכתב הקובלנה המתוקן.

טענות הנאשמים בנוגע לשימוש בסרטון לצורך סאטירה, כוללות טענות עובדתיות ביחס לטקסטים שליוו את הסרטון בשידורים מטעמן, ואלה אינם חלק מכתב הקובלנה המתוקן ועל כן נדרש להוכיחם בראיות.

46. לפיכך, אף אם כתב הקובלנה המתוקן לא היה נמחק, לא ניתן היה להכריע בטענת השימוש ההוגן במסגרת הטענות המקדמיות.

47. הוא הדין ביחס לטענה ההגנה בדבר זוטי הדברים.

48. סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

49. כתבי הטענות של הצדדים מגלים מחלוקות מהותיות ביחס לנסיבות השימוש שעשו הנאשמים בסרטון, ובכלל זה בנוגע לשאלה האם נעשה שימוש בכל הסרטון, כפי שנטען בכתב הקובלנה, או רק בחלק קצרצר ממנו, כפי שנטען במסגרת הטענות המקדמיות. כן ישנן מחלוקות ביחס להקשר שבו הוצג הסרטון והטקסטים שליוו את שידורו והאם בעל הזכויות בסרטון הוא שביקש מן הציבור הרחב הצופה בו להפיצו.



50. לפיכך, ככל שכתב הקובלנה המתוקן היה נותר על כנו ולא מבוטל, היה צורך לשמוע ראיות ולהכריע הכרעות עובדתיות בדבר נסיבות ביצוע העבירות הנטענות, על מנת להכריע בשאלה האם המעשה, תוצאותיו ומידת פגיעתו באינטרס הציבורי הם קלי ערך.

51. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לטענת ההגנה מן הצדק, שבה ניתן להכריע כבר בשלב זה.

52. עיקרה של טענה זו היא כי לניהול קובלנה פלילית בנסיבות העניין השלכות רוחב משמעותיות, פגיעה קשה בחופש הביטוי והיא בעלת השפעה מצננת על חירות זו, בפרט כאשר מדובר בניהול הליך פלילי שלא בדרך השגרית של הגשת כתב אישום על ידי המדינה, אלא בדרך החריגה של קובלנה פלילית המוגשת על ידי אדם פרטי. בהקשר זה נטען כי הקובל מנצל לרעה את ההליך הפלילי כדי להלך אימים על הנאשמים, הן בדרך של אזהרת המאסר המופיעה בשוליו של כתב הקובלנה המתוקן, הן בדרך של בקשה לקבל לידיו סמכויות של קצין משטרה ולהפעילן כנגד הנאשמים, הן בדרך של ניהול הליך פלילי מבלי שיועמדו לידי הנאשמים רובן המכריע של הראיות שעליהם מבקש הקובל להסתמך לצורך הוכחת האישום. לבסוף נטען כי מדובר בעניין שהוא אזרחי במהותו, כי אין עניין ציבורי בניהול ההליך הפלילי וכי ישנם הליכים חלופיים שפגיעתם בנאשמים פחותה.

53. דוקטרינת ההגנה מן הצדק עוגנה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, ומקומה במסגרת הטענות המקדמיות. דוקטרינה זו מאפשרת לבית המשפט לבטל את כתב האישום כאשר הגשתו או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. מדובר בטענה שבהליכים פליליים שבהם המדינה היא המאשימה, תתקבל רק במקרים חריגים, כאשר ברור ונהיר כי קיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות, כפי שקבע בית המשפט העליון עוד בשלב שבו נעשה שימוש בדוקטרינה מכח הפסיקה בלבד:

"המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כעניין שבשגרה ובענייני דיומא סתם..." (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 372).

בהלכה שנפסקה בעניין זה על ידי בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ (פ"ד נט(6), 776) נקבע:

"ההכרעה בשאלה, אם המקרה שלפני בית המשפט מצדיק את החלתה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד, ניצבים האינטרסים



התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם: העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עימם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה, וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; והגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר השני, ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם: הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; ושמירת אמון הציבור בבית-המשפט" (שם, עמ' 807).

54. בית המשפט המחוזי שדן בערר על ההחלטה בבקשה לחומרי חקירה, קבע כי הקובל אינו חייב למסור לנאשמים את תוכן של הראיות שיוצגו בפרשת התביעה, וכן התייחס להסכמתו של הקובל לכך שהנאשמים ישוחחו עם העדים קודם למשפט. לפיכך, מובן כי הטענה שעל הנאשמים לנהל את הגנתם מבלי שיהיה בידם חומר הראיות שנועד להוכיח את אשמתם, כשלעצמה, אינה מקימה, בנסיבות המקרה דנן, הגנה מן הצדק.

55. הליך הקובלנה הפרטית מהווה חריג לכלל שלפיו המדינה היא האחראית לניהולו של ההליך הפלילי ולאכיפת הנורמות הפליליות. בית המשפט העליון עמד על החסרונות הנובעים מאופן חריג זה של ניהול ההליך הפלילי בבג"ץ 4957/08 שורת הדין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [פורסם בנבו 17.10.10]:

"על קשייה העיקריים של הקובלנה הפרטית נמנית העובדה כי היא אינה מותנית בקיומן של ערבויות הכרוכות בניהול הליך פלילי בידי המדינה, המבטיחות, בין היתר, כי קודם להאשמת אזרח בביצוע עבירה פלילית, תקום חקירה מספקת, תאספנה ראיות מספיקות לצורך הגשת כתב האישום, והראיות תועמדנה לעיונו של הנאשם; יתר על כן, הליך הקובלנה עלול להיות מונע מרגשי נקם או הטרדה, ואף להביא להליך סרק, המשחית את זמנה של מערכת המשפט לריק... נוכח קשיים אלה, ראה החוק להבטיח את תקינות מוסד הקובלנה הפרטית בדרך של מתן הגנות שונות שנועדו להבטיח כי הוא לא ינוצל לרעה...

אף שהקובלנה הפלילית מונעת על ידי אדם פרטי, על פי רוב בשל אינטרס פרטי מובהק, מדובר בהליך פלילי במהותו שתוצאותיו פליליות, ועלולות לשלול מאדם חירויות יסוד באמצעות סנקציה פלילית שתוטל עליו. היועץ המשפטי לממשלה, בתורת מי שנושא באחריות לניהול ההליך הפלילי במדינה, חייב לפקח על עשיית שימוש ראוי בהליך הקובלנה הפרטית למטרות לשמן הוא נועד, ולשמור מפני חריגה מעיקרי תכליותיו, העלולה להסב נזק לאינטרס הציבורי... שימוש בלתי נכון או בלתי ראוי באמצעי הקובלנה הפרטית עשוי לשאת צורות שונות. הוא עשוי לשמש אמצעי פסול לניגוח נאשם לצורך קידום מטרות של נקמה אישית, או לרדיפה והתנכלות לעובד מדינה הפועל במסגרת תפקידו; הוא עשוי להינקט בידי הפרט גם בלא תשתית עובדתית מינימלית המצדיקה שימוש בו, והוא עשוי להוות אמצעי בידי הפרט בנושא בעל אופי ציבורי מובהק, שאינו הולם כלל מתכונת דיונית זו, גם אם ניתן לשבצו במובן הטכני ל'עבירות קובלנה פרטית'."



56. המחוקק אמנם קבע מספר מנגנונים שתכליתם למנוע שימוש לרעה במכשיר המשפטי של קובלנה פלילית פרטית. מנגנונים אלה נקבעו בסעיפים 71, 73 ו- 231 לחוק סדר הדין הפלילי.

על אף האמור, מאחר ומנגנונים אלה מופעלים תוך כדי ניהול ההליך, אין בכך כדי להבטיח באופן מלא, כי קובלנה פרטית תוגש לבית המשפט רק לאחר שנשקלו כל השיקולים הרלבנטיים לעניין. כפי שקבעה המשנה לנשיא (כתוארה אז) כב' השופטת נאור ברע"פ 1955/12 **שאול נמרי נ' משה בנימיני** [פורסם בנבו 9.5.13]:

"נדגיש: כשמוגש כתב אישום על ידי המדינה נשקלות כל נסיבות העניין... אחד מחסרונותיה הרבים של הקובלנה הפלילית הוא היעדר שיקול דעת כזה. לאחרונה הוגשה הצעת חוק לבטל את מוסד הקובלנה הפרטית...דברי ההסבר להצעת החוק מבהירים היטב את הרקע להצעה. על יסוד נסיוני- ובעיקר נסיוני השיפוטי כשופטת שלום- אני רואה בברכה את הצעת החוק האמורה."

57. משעה שהקובל הוא אדם פרטי, ש"חזקת תקינות המעשה המנהלי" ממנה נהנים רשויות אכיפת החוק אינה חלה לגביו, יש לבחון בדקדקנות רבה יותר את התנהלותו, את מניעיו ואת השיקולים שעמדו בבסיס הגשת הקובלנה. הדברים מקבלים משנה תוקף, שעה שהקובל מבקש לאכוף באמצעות הקובלנה הגבלה על חופש הביטוי הפוליטי, זכות יסוד המצויה בליבו של המשטר הדמוקרטי.

58. במקרה דנן, הסוגיה המשפטית שבה מבקש הקובל להלביש את העובדות- פגיעה בזכות יוצרים- היא נושא אזרחי- ממוני במהותו. לרשות הקובל עומדים מנגנוני אכיפה אזרחיים, אך הוא העדיף על פניהם את ההליך הפלילי. אמנם, אין מניעה חוקית לכך שהקובל יפעל בשני האפיקים במקביל (ראו ק"פ (ת"א) 21216-08-16 **אהרונוביץ' נ' זמיר** (פורסם בנבו 27.1.19) ואף אין מוטלת עליו חובה להעדיף את ההליך האזרחי על פני ההליך הפלילי. עם זאת, ההליך האזרחי הוא יעיל יותר מבחינתו של הקובל בכל היבט: נטל ההוכחה בו קל יותר מזה שבהליך הפלילי, אפשרויות הפיצוי הכספי במסגרתו רחבות יותר והוא יכול לקבל גם סעד זמני של הסרת הפרסומים עד להכרעה בתביעה, סעד שאינו אפשרי בהליך הפלילי.

בנסיבות אלה, בחירתו של הקובל לפעול לאכיפת הפרת זכויותיו הנטענת באמצעות הליך פלילי, תוך ציון אזהרת מאסר לפי סעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי בכתב הקובלנה המתוקן ובקשה להעניק לעצמו סמכויות חקירה, חיפוש ותפיסה של קצין משטרה, מעלה תהיות עמוקות בדבר מניעיו האמיתיים בהגשת הקובלנה.

59. כאמור, לאור הכרעתי לעיל, הדיון בשאלת ההגנה מן הצדק נערך למעלה מן הצורך ומבלי שמצאתי להכריע בדבר. יחד עם זאת, גם אם לבסוף טענת ההגנה מן הצדק לא היתה מתקבלת, היו בדבריי לעיל כדי להגביר עד מאד את הנטל שהיה מוטל על הקובל להוכיח כי לא מדובר בהליכים שננקטו משיקולים זרים שלא עומדים ביסוד ההליך הפלילי.



60. לנוכח האמור לעיל, בשל קבלת הטענות שלפיהן לא ניתן להעמיד לדין במסגרת קובלנה בעבירה לפי חוק זכויות מבצעים, ובשל כך שכתב הקובלנה אינו מגלה את העבירות שבהן הואשמו הנאשמים לפי חוק זכויות יוצרים, אני מורה על ביטול הקובלנה.

61. הקובל ישלם לכל אחד מהנאשמים הוצאות בסך 5,000 ₪.

62. זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים, בתוך 45 ימים מהיום.

63. הערה לאחר סיום- העתק מכתב הקובלנה בתיק זה, כמו יתר הקובלנות המוגשות לבית המשפט, נשלח, כמצוות המחוקק, לפרקליט המחוז. הדעת נותנת כי כאשר על הכף עומדים נושאים רבי חשיבות ובעלי עניין ציבורי גדול, ובהם חופש הביטוי ומעמדה של סאטירה פוליטית, תגלה הפרקליטות עניין, ואם לא תודיע על ניהול ההליכים בעצמה או על העמדת ההליכים, תיתן אינדיקציה כלשהי לכך ששקלה אפשרויות אלה ובחרה להימנע מהן.

שתיקתן של רשויות התביעה בעניין זה, מהדהדת.

64. המזכירות תעביר העתק ההחלטה לצדדים ולפרקליט מחוז ירושלים (פלילי).

ניתנה היום, ז' חשוון תשפ"א, 25 אוקטובר 2020, בהעדר הצדדים.