

יוצרים זכות פלילית: ההפללה של זכות ההעמדה לרשות הציבור וזכות השידור במשפט הישראלי

מאת

אלדור הבר*

דיני זכות יוצרים הגיחו בתחילת המאה השמונה עשרה בבריטניה ובמקורם היו מתחמים לדין האזרחי. את הופעת הבכורה בדיני זכות יוצרים ערך הדין הפלילי בשלהי המאה התשע עשרה בבריטניה. בתחילת דרכה הייתה העבירה הפלילית של הפרת זכות יוצרים מצומצמת בהיקפה והעונשים האפשריים בגינה היו נמוכים באופן יחסי. לאמיתו של דבר, עד תחילת שנות השבעים של המאה העשרים מיעטו מחוקקים להחדיר את הדין הפלילי לדיני זכות יוצרים, והפרת זכות יוצרים נותרה בעיקרה עוולה אזרחית. מגמת ההפללה (קרימינליזציה) של זכות היוצרים הפכה משמעותית יותר במדינות רבות החל משנות השבעים של המאה העשרים. כך למשל, מאותה עת החלו הפרלמנט הבריטי והקונגרס האמריקני במגמת הרחבה של קשת העבירות הפליליות, וכן העלו את רף הסנקציות הפליליות בגין הפרת הזכות. מגמת ההפללה של זכות היוצרים התעצמה לקראת סוף המאה העשרים ושינתה במידה מסוימת את התפיסה של דיני זכות יוצרים כדין אזרחי מובהק. ואולם, בניגוד להתחזקות ממשית של מגמת ההפללה במדינות רבות, דוגמת בריטניה וארצות הברית, בחר המחוקק הישראלי עד כה לנקוט גישה מאופקת בכל הנוגע להפללת זכות היוצרים. הפללה זו תוחמה למקרים מובהקים של הפרות מסחריות, תוך שמירת הסטטוס קוו של אי-הפללה בכל הנוגע להפרות בידי משתמשי קצה באינטרנט – אלו נותרו מסווגות כעוולות אזרחיות בלבד. ואולם, נדמה כי גישתו של המחוקק הישראלי עשויה להשתנות בקרוב. בנובמבר 2017 פורסמה הצעת חוק

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; חבר המרכז לסייבר, משפט ומדיניות (CCLP) והמרכז למשפט וטכנולוגיה (HCLT), אוניברסיטת חיפה; עמית מחקר, מרכז ברקמן-קליין לחקר האינטרנט והחברה, אוניברסיטת הרווארד. מאמר זה מבוסס, בין היתר, על מחקר שנערך במהלך התואר השלישי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. קצרה היריעה להודות לאלו שתרמו במרוצת השנים לחקר נושא חשוב זה. אקצר ואקדיש את תודתי האיין-סופית למיכאל בירנהק, מנחה הדוקטורט שלי, לגבריאל פוקשנר ולליאור כהן על עזרת מחקר מועילה, ולמערכת דין ודברים על הערותיהם המועילות ועבודתם הנאמנה לשיפור מאמר זה. כמו כן, אני מבקש להודות למכון סאקר למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי בסיוע פרוייקט משפט וסייבר במרכז המחקר הבינלאומי להגנת סייבר, האוניברסיטה העברית, אשר תמכו בכתיבת מאמר זה.

ממשלתית לתיקון חוק זכות-יוצרים, המבקשת, בין היתר, להרחיב את פעולות ההפרה אשר נכנסות לגדר האיסור הפלילי. הצעת החוק קובעת כי הפרות של זכות ההעמדה לרשות הציבור וזכות השידור, כאשר אלו נעשים ללא רשות בעל הזכות, "על דרך עיסוק" ובמטרה להפיק רווח מעיסוק זה, יסווגו מעתה כעבירות פליליות.

אין עוררין על כך שיש להגן על בעלי זכות היוצרים בכל הנוגע להעמדת יצירתם לרשות הציבור ולשידורה, אך כפי שנטען במאמר זה, ההשלכות האפשריות של ההפלה המוצעת עלולות להיות מרחיקות לכת. ההפלה של זכות ההעמדה לרשות הציבור וזכות השידור, גם אם היא מתוחמת לפעולות "עסקיות" לכאורה, עלולה לטמון בחובה פעולות יומיומיות של משתמשי קצה תמימים ובכך להוביל לאפקט מצנן בכל הנוגע לשימוש תדיר באינטרנט. עניין זה מקבל משנה תוקף כשמדובר בשימוש לגיטימי באינטרנט ובהגנה על זכויות יסוד, דוגמת חופש הביטוי, אשר עלולות להיפגע מנוסח האיסור הפלילי. עקב כך, קיים צורך ממשי לבחון מחדש את האיסור הפלילי המצוי בהצעת החוק תחת זכוכית מגדלת משפטית, על מנת לאתר את הכשלים האפשריים הטמונים בה ולהציע למעצבי המדיניות בישראל מסגרת שונה להתמודדות עם הכשלים שבמיצוי זכות היוצרים.

מטרת-העל של מאמר זה היא אפוא לבחון את תופעת ההפלה של זכות היוצרים, מהיבטים שונים, כדי להבין את משמעותה ואת ההצדקות שבבסיסה ולהעריך את השלכותיה האפשריות לאור החקיקה המתגבשת בישראל. המאמר יפתח בתיאור מגמת ההפלה של זכות היוצרים בעידן המודרני, כפי שהיא משתקפת בבריטניה, אשר עיצבה, במידה רבה, את משטר זכות היוצרים בישראל. לאחר מכן תיבחן במאמר ההיסטוריה החקיקתית של זכות היוצרים הפלילית בישראל, תוך בחינת הנסיבות שהובילו לתהליך זה. בהמשך המאמר תיערך בחינה מדוקדקת של הסעיפים הרלוונטיים בהצעת חוק זכות יוצרים אשר מבקשים להפיל את זכות ההעמדה לרשות הציבור ואת זכות השידור, תוך בחינת ההצדקות התאורטיות שעומדות בבסיס הפללה זו מנקודת המבט של הדין הפלילי. לאור בחינת ההפלה המוצעת לפי תאוריה מובנית של הפללה, טענת המאמר היא שההפלה של פעולות השידור והעמדה לרשות הציבור, גם אם התרחשו במידה מסוימת בשיטות משפט שונות, אינה מוצדקת במתכונתה הנוכחית בשל היותה רחבה יתר על המידה, שכן היא טומנת בחובה השלכות שליליות על דיני זכות יוצרים, על הדין הפלילי ועל החברה בכללותה. המאמר כולל אפוא המלצה למעצבי המדיניות בישראל להימנע מהפלה זו, ובד בבד עימה מוצגים בו מודלים ראויים יותר להסדרת התנהגות ולהתמודדות נאותה עם בעיית ההפרה של זכות היוצרים בעידן הדיגיטלי.

מבוא. א. בסיס ההפלה של זכות יוצרים במשפט הבריטי ב. הפללה של זכות יוצרים במשפט הישראלי: עבר והווה. ג. המסגרת הנורמטיבית בבסיס הפללת התנהגות. 1. עקרונות יסוד של הפללת התנהגות. 2. מסגרות תאורטיות להפלה. ד. ההפלה של זכות ההעמדה לרשות הציבור וזכות השידור: מבט ביקורתי;

1. בחינת הצעת חוק זכות יוצרים בראי תאוריות הפללה. 2. הפללה של זכות יוצרים: מבט (חטוף) לעתיד. ה. סיכום.

מבוא

כבר זמן רב שדיני זכות יוצרים מצויים בעיצומו של תהליך הפללה.¹ בתחילת דרכה, הפרה פלילית של זכות יוצרים הייתה מצומצמת בהיקפה והענישה האפשרית בגינה הייתה נמוכה באופן יחסי למקבילתה האזרחית. עם זאת, מעבר לגובה הסנקציות הפליליות והיקפן באותה עת היה תהליך ההפללה ספורדי בלבד. כך, עד תחילת שנות השבעים של המאה העשרים, אף מחוקקים שהקדימו להכיר בזכות היוצרים הפלילית הותירו את מרבית פעולות ההפרה של זכות יוצרים כעוולה אזרחית גרידא.

ואולם, במרוצת השנים השתנה אופייה של זכות היוצרים הפלילית ללא היכר. לקראת סוף המאה העשרים אפשר להצביע על שינוי מדיניות כלפי זכות היוצרים הפלילית במדינות שונות. כך, למשל, מגמת ההפללה של זכות היוצרים הפכה משמעותית במדינות דוגמת בריטניה וארצות הברית, כאשר הפרלמנט והקונגרס, בהתאמה, הרחיבו את קשת הפעולות אשר נכנסות לגדר העבירות הפליליות המנויות בחוק, וכן העלו באופן ניכר את רף הסנקציות הפליליות בגין עבירות קיימות.² מגמה זו נמשכת, במידה רבה, עד לעת זו. ייתכן אף כי התעצמות מגמת ההפללה של זכות היוצרים מסוף המאה העשרים ועד ימינו אנו עשויה להצביע על נקודת מפנה בתפיסה של דיני זכות היוצרים כדין אזרחי מובהק. במילים אחרות, ייתכן שאנו מצויים בעיצומו של שינוי פרדיגמטי בתפיסת זכות היוצרים כזכות שאכיפתה מוטלת על רשויות אכיפת החוק.³

מגמת ההפללה של זכות יוצרים לא פסחה על המשפט הישראלי. מכוה דבר המלך על חוק זכות יוצרים, 1911, אימץ המשפט בפלשתניה בשנת 1924 את חוק זכות יוצרים הבריטי. נוסף על כך, המשפט המקומי אימץ חלק מהסנקציות הפליליות שהיו קיימות באותה עת בממלכה המאוחדת בדמות חקיקת פקודת זכות יוצרים, שנחקקה כהשלמה לחוק.⁴ מגמה מהותית של הפללה החלה להירקם רק בשנות השמונים של המאה

1 לשם הבהרה, במאמר זה המונח "הפללה" מתייחס ל-Criminalization, ולא ל-Framing, ומשמעו הרחבתו של דין פלילי קיים, הפיכת עוולה אזרחית לעבירה פלילית או יצירת עבירה פלילית להתנהגות מסוימת בפעם הראשונה. להרחבה על ההפללה של דיני זכות יוצרים בעולם, ראו: פרק א' להלן. כלל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה באוגוסט 2018, אלא אם כן נכתב אחרת.

2 שם.

3 להרחבה ודיון בנושא שינוי פרדיגמטי זה, ראו באופן כללי: Eldar Haber, *Criminal*

.Copyright (2018).

4 ראו: פרק ב' להלן.

העשרים, כאשר המחוקק הישראלי האריך את משך המאסר המרבי בגין פעולות הפרה מסוימות ואת גובה הקנס בגינן.⁵

בניגוד להתחזקות ממשית של מגמת ההפללה במדינות רבות, דוגמת בריטניה וארצות הברית,⁶ בחר המחוקק הישראלי לנקוט גישה מאופקת בכל הנוגע להפללת זכות היוצרים. הפללה זו תוחמה למקרים מובהקים של הפרות מסחריות, תוך שמירת הסטטוס־קוו של אי־הפללה בכל הנוגע להפרות בידי משתמשי קצה באינטרנט—אלו נותרו מסווגות כעוולות אזרחיות בלבד. חיזוק לגישתו של המחוקק הישראלי לזכות היוצרים הפלילית ניתן למצוא ברפורמה הכללית של דיני זכות היוצרים, שהתרחשה בשנת 2007 עם חקיקתו של חוק זכות יוצרים חדש, שתהליך ההפללה היה חלק מהותי ממנה. כפי שאטען במאמר זה, גישה זו ראויה לשבח.

ואולם, ייתכן שמחמאות אלו יוכחו כמוקדמות מדי. בנובמבר 2017 פורסמה הצעת חוק ממשלתית לתיקון חוק זכות יוצרים, המבקשת, בין היתר, להרחיב את פעולות ההפרה אשר נכנסות לגדר האיסור הפלילי.⁷ הצעת החוק קובעת כי הפרה של זכות ההעמדה לרשות הציבור וזכות השידור, כאשר אלו נעשים ללא רשות בעל הזכות, "על דרך עיסוק" ובמטרה להפיק רווח מעיסוק זה, יסווגו מעתה כעבירות פליליות.

שינוי זה מתקשר לכאורה לפעולות הפללה שנעשו במחוזות משפטיים אחרים, דוגמת בריטניה,⁸ ואף נחזה כטבעי עקב המציאות הטכנולוגית הקיימת, המאפשרת הפרה של זכות יוצרים ביתר קלות ומערימה קשיי אכיפה על בעלי הזכויות. בין היתר, הפרות רבות מתרחשות באינטרנט, וההפרה של זכות ההעתקה אינה תואמת בהכרח את שלל הטכנולוגיות הקיימות המאפשרות הפרה זו, דוגמת הטכנולוגיה של הזרמת מדיה (streaming).

בה בעת, ההפללה מוצעת זו עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת. ההפללה של זכות ההעמדה לרשות הציבור וזכות השידור, גם אם היא מתוחמת לפעולות "עסקיות" לכאורה, עלולה לטמון בחובה פעולות יומיומיות של משתמשי קצה תמימים ובכך להוביל לאפקט מצנן בכל הנוגע לשימוש תדיר באינטרנט. עניין זה מקבל משנה תוקף בכל הנוגע לשימוש לגיטימי באינטרנט ולהגנה על זכויות יסוד, דוגמת חופש הביטוי, אשר עלולות להיפגע מנוסח האיסור הפלילי. עקב כך קיים צורך ממשי – ויש לומר אף בהול – לבחון מחדש את האיסור הפלילי המצוי בהצעת החוק תחת זכויות מגדלת

5 ש.ס.

6 Sara K. Morgan, "The International Reach of Criminal Copyright Infringement Laws: Can the Founders of The Pirate Bay Be Held Criminally Responsible in the United States For Copyright Infringement Abroad?", 49 *Vand. J. Transnat'l L.* (2016) 553.

7 ראו: פרק ב' להלן.

8 ראו: פרק א' להלן, אשר מתייחס להפללה האחרונה בבריטניה משנת 2017.

משפטית, על מנת לאתר את הכשלים האפשריים הטמונים בה ולהציע למעצבי המדיניות בישראל מסגרת שונה להתמודדות עם הכשלים הטמונים במיזוי זכות היוצרים. מטרת העל של מאמר זה היא אפוא לבחון את תופעת ההפללה של זכות היוצרים, מהיבטים שונים, כדי להבין את משמעותה ואת ההצדקות שבבסיסה ולהעריך את השלכותיה האפשריות לאור החקיקה המתגבשת בישראל. המאמר יפתח בתיאור המגמה של הפללת זכות היוצרים בעידן המודרני כפי שהיא משתקפת בבריטניה, מגמה שעיצבה במידה רבה את משטר זכות היוצרים בישראל. מנקודה זו יפנה המאמר לבחון את ההיסטוריה החקיקתית של זכות היוצרים הפלילית בישראל, אגב בחינת הנסיבות שהובילו לתהליך זה. מכאן יפנה המאמר לבחינה מדוקדקת של הסעיפים הרלוונטיים בהצעת חוק זכות יוצרים שנועדו להפליל את זכות ההעמדה לרשות הציבור ואת זכות השידור, תוך בחינת ההצדקות התאורטיות שעומדות בבסיס הפללה זו מנקודות המבט של הדין הפלילי.

לאור בחינת ההפללה המוצעת לפי תאוריה מובנית של הפללה, אטען כי ההפללה של פעולות השידור והעמדה לרשות הציבור, גם אם התרחשו במידה מסוימת בשיטות משפט שונות, אינה מוצדקת במתכונתה הנוכחית; הפללה זו רחבה יתר על המידה, שכן היא טומנת בחובה השלכות שליליות על דיני זכות יוצרים, על הדין הפלילי ועל החברה בכללותה. על כן אמליץ למעצבי המדיניות בישראל להימנע מהפללה זו, ובד בבד עם המלצה זו אעלה מודלים ראויים יותר להסדרת התנהגות ולהתמודדות נאותה עם בעיית ההפרה של זכות היוצרים בעידן הדיגיטלי.

א. בסיס ההפללה של זכות יוצרים במשפט הבריטי

המשפט הישראלי משתייך ברובו לתרבות המשפט המערבית והינו יציר כלאיים של שיטות משפט שונות ותפיסות משפטיות מגוונות.⁹ בכל הנוגע להגנה על זכות יוצרים, כמו גם בדינים רבים אחרים, על אף היותו שיטת משפט מעורבת הוא מבוסס בעיקרו על המשפט המקובל, בקבלו את מורשת המשפט המנדטורי החל מהכיבוש הבריטי בשנת 1917 והטמעתו בישראל עם קום המדינה.¹⁰ ואולם, מבלי לקבוע מסמרות לעניין

9 אהרון ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", הפרקליט מ (תשנ"א–תשנ"ג) 197, בעמ' 202.

10 להשפעת המשפט הבריטי על המשפט הישראלי, ראו: Daniel Friedman, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel", 10 *Isr. L. Rev.* (1975) 324. למותר לציין כי אינני מתיימר לקבוע מסמרות לעניין סיווג השיטה הישראלית כחלק מהמשפט המקובל או שיטת משפט אחרת. לביקורת בעניין סיווג שיטת המשפט בישראל כחלק מן המשפט המקובל, ראו: שם, בעמ' 207 ("חרף הדמיון בין שיטתנו לבין משפחת המשפט המקובל, אין לסווג אותה כחלק ממשפחה זו"). יתרה מכך, אף ההגנה על זכות היוצרים הישראלית אינה מתוחמת לבריטניה בלבד, אלא הושפעה ממגוון חוקים, נורמות ושחקנים נוספים

מקורותיה של שיטת המשפט בישראל, עניין אשר נדון רבות בספרות המקצועית,¹¹ אין עוררין על כך שלפחות בראשית דרכו היה המשפט מושתת באופן כמעט מוחלט על הדין המנדטורי בכל הנוגע להגנה על זכות יוצרים. על כן, גם משהתפתח לכיוונים נוספים, כיוונים שהמאמר ער להם,¹² בחינת תהליך ההפללה של זכות היוצרים בבריטניה – עוד טרם ימי המנדט ועד לימינו אנו – מהותית לבחינת ההפללה בישראל. חשיבותה טמונה בעיקרה בהשפעתה הרבה על מעצבי מדיניות, הן בפן המקומי והן בפן הבין-לאומי, שכן בריטניה היא החלוצה בהפללתה של זכות היוצרים בעידן המודרני.

ניתוח חבלי לידתה של זכות היוצרים הפלילית בבריטניה מצריך רקע, ולו קצר, אשר ייעודו הבנת היחס בין העולה לבין העבירה. זכות היוצרים המודרנית הגיחה אפוא לעולם בבריטניה עם חקיקת החוק של המלכה אן ב-1709.¹³ תחת חוק זה, ההגנה על זכות היוצרים המודרנית הראשונה הייתה מצומצמת מאוד ואף לא הייתה אחידה בממלכה הבריטית.¹⁴ רק בשנת 1814 התרחבה ההגנה לכלל האימפריה הבריטית, וכך התאפשר לבעל זכות יוצרים בספר שפורסם לראשונה בבריטניה לחבוע בגין הפרה

במישור הבין-לאומי. לעניין זה, ראו באופן כללי: אמיר חורי, "קריאה בין לאומית – החוק ומקורות ההשפעה הזרים", **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים** (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, תשס"ט) 237.

11 ראו, למשל: יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נהגי הסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **משפטים** כו (תשנ"ו) 119; עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר, "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 259; אסף לחובסקי, "בין 'מנדט' ל'מדינה' – על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", **משפטים** כט(3) (תשנ"ט) 698; רון חריס, "הזדמנויות היסטוריות והחמצות שבהיסח הדעת – על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה", **שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל** (מרדכי בר-און וצבי צמרת עורכים, תשס"ב) 21. בכל הנוגע להשפעה הקולוניאלית על זכות היוצרים בישראל, ראו באופן כללי: Michael Birnhack, *Colonial Copyright: Intellectual Property in Mandate Palestine* (2012).

12 מאז שנות השישים, למשל, ניתן לטעון כי המשפט הישראלי החל בתהליך התנתקות מסוים מהמשפט המנדטורי והעותמאני, אשר הוביל לניסיון קודיפיקציה של המשפט האזרחי ברוח קונטיננטלית. לכך ניתן להוסיף, למשל, השפעות שונות מהמשפט האמריקני שאפשר להבחין בהן בבירור גם בכל הנוגע לזכות היוצרים בישראל. להרחבה בנושא השינויים במשפט הישראלי ראו: אסף לחובסקי, "בין שני עולמות – מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה", **ירושלים בתקופת המנדט - העשייה והמורשת** (יהושע בן-אריה עורך, תשס"ג) 253.

13 Copyright Act 1709, 8 Ann., Ch. 19 (Gr. Brit.) (להלן: "החוק של אן"). החוק של אן (או חוק המלכה אן) הוא נקודת פתיחה חלוצית לחקיקת חוקי זכות יוצרים בעידן המודרני.

14 החוק של אן חל על ספרים, וזכות היוצרים שניתנה בו הייתה למשך 14 שנה, עם אפשרות הארכה ל-14 שנים נוספות (אם המחבר עורנו בחיים). כמו כן, באותה עת החקיקה חלה על אנגליה, ויילס וסקוטלנד והתרחבה לכלל הממלכה הבריטית ב-1800. ראו: Lionel Bently, "The 'Extraordinary Multiplicity' of Intellectual Property Laws in the British Colonies in the Nineteenth Century", 12 *Theoretical Inq. L.* (2011)161, pp. 171–172.

ברחבי האימפריה הבריטית.¹⁵ עד שנת 1842, ספרים שפורסמו בבריטניה על ידי תושב בריטי קיבלו הגנה אימפריאלית של זכות יוצרים.¹⁶ באופן כללי, החקיקה האימפריאלית הייתה מוגבלת באותה עת בהקשר של הגנה על זכות יוצרים, וההגנה במושבות רבות נותרה להסדרה על ידי המחוקק המקומי.¹⁷

כאמור, ההפלה של זכות יוצרים בבריטניה לא הייתה מיידית. היא התרחשה לראשונה בשנת 1862, יותר מ-150 שנה לאחר חקיקת החוק של אן – חוק זכות יוצרים הראשון בעידן המודרני. הפלה זו, הראשונה מסוגה בהיסטוריה בנוגע לזכות יוצרים, התבצעה תחת ה־Fine Arts Copyright Act, אשר הכיל סנקציה פלילית בדמות קנס, בכל הנוגע לשימוש בלתי מורשה של ציורים, רישומים או תמונות המוגנים בזכות יוצרים.¹⁸ גובה הקנס המרבי בגין הרשעה, מלבד חילוטה האפשרי של היצירה המפרה, עמד על עשר לירות שטרלינג או כפל המחיר המלא של היצירה.¹⁹ אף על פי שבשלב זה מדובר בחקיקה פלילית מקלה יחסית, קרי כזו שאינה נוגעת לשלל פעולות ההפרה השונות שהיו קיימות באותה עת בדין וכן אינה טומנת בחובה עונש מאסר, עיקר חשיבותה טמון בחלוציותה ובסמליות שלה. היא מסמלת את לידתה של זכות היוצרים הפלילית בעידן המודרני, והינה סנונית ראשונה להפלה העתידית של זכות היוצרים במדינות רבות.²⁰

מגמת ההפלה בבריטניה נמשכה בשנת 1906 תחת ה־Musical Copyright Act, שבו הרחיב הפרלמנט את ההגנה הקיימת ליצירות מוזיקליות.²¹ בשלב זה הכיר הפרלמנט לראשונה, במגבלות מסוימות, בהפרה של זכות יוצרים ביצירות מוזיקליות כעבירה פלילית. החוק הופנה ברובו כנגד עותקים "פיראטיים" של יצירות מוזיקליות וקבע כי הדפסה, העתקה, מכירה, חשיפה, הצעה או החזקה של עותקים של יצירות מוזיקליות או החזקה של לוח לצורך הדפסת עותקים פיראטיים של יצירות מוזיקליות או הפקתן הינן עבירות פליליות, שהקנס המרבי בגינן הוא חמש לירות שטרלינג.²² מעבר להרחבת ההגנה הפלילית על פעולות נוספות, חשיבותה ההיסטורית של חקיקה זו נעוצה בעובדה

-
- 15 שם, בעמ' 172–173; Act to Amend Several Acts for the Encouragement of Learning; 1814, 54 Geo. III, Ch. 156 (U.K.).
- 16 שם, בעמ' 173; Literary Copyright Act 1842, 5 & 6 Vict., Ch. 45 (U.K.).
- 17 להרחבה בעניין זה, ראו באופן כללי: Birnhack (לעיל, הערה 11).
- 18 Fine Arts Copyright Act 1862, 25 & 26 Vict., Ch. 68 (U.K.). ראו באופן כללי: Ronan Deazley, "Commentary on Fine Arts Copyright Act 1862", *Primary Sources on Copyright (1450-1900)* (Lionel Bently & Martin Kretschmer eds., 2008).
- 19 ראו Fine Arts Copyright Act 1862, § 6-8 (U.K.).
- 20 לסקירה היסטורית הנוגעת להפלה של זכות היוצרים בעולם ראו: Haber, *Criminal Copyright*, (לעיל, הערה 3) פרקים 1–3.
- 21 Musical Copyright Act of 1906, 6 Edw. VII, Ch. 36 (U.K.) (להלן: Musical Copyright Act of 1906).
- 22 שם, בסעיף 3.

שעבירה שנייה טמנה בחובה, מלבד קנס, גם סנקציה פלילית של חודשיים מאסר.²³ במילים אחרות, חשיבותה של הפללה זו אינה רק בהרחבת הפעולות שנכנסות לגדר האיסור הפלילי, אלא בעיקר בעובדה שלראשונה בבריטניה עשויה הייתה הפרת זכות יוצרים להוביל למאסר בפועל.²⁴

מגמת ההפללה בבריטניה נמשכה ב־1911, ברפורמה הכוללת של דיני זכות יוצרים הבריטיים.²⁵ החוק החדש והמאוחד של דיני זכות יוצרים הכיל סנקציות פליליות אשר נגעו בעיקרן להפרה מסחרית של כלל סוגי היצירות המוגנות בזכות יוצרים. החוק קבע עבירה של הפרה מכוונת של יצירות מוגנות על ידי מכירה, השכרה, הצגה פומבית, הפצה או יבוא.²⁶ הקנס הפלילי המרבי עמד על 40 שילינג (כשתי לירות שטרלינג) עבור כל עותק מפר, ולא יותר מ־50 שילינג (כשתיים וחצי לירות שטרלינג) לכלל פעולת ההפרה.²⁷ גם במקרה דנן, עבירה שנייה או מתמשכת גררה עונש מאסר מרבי של חודשיים (עם עבודת פרך או בלעדיה).²⁸ חוק זה כלל עבירה נוספת של הפרה ביודעין או החזקת "קלישאה" למטרה של הכנת עותק מפר של יצירה מוגנת.²⁹ נוסף על כך, החוק קבע עבירה פלילית במקרה של אדם שיציג יצירה על במה בציבור ללא רשות, ביודעין ולתועלתו הפרטית.³⁰ הרשעה בעבירות אלו נשאה גם היא קנס מרבי של 50 שילינג, ובמקרה של עבירה שנייה או מתמשכת – עונש מאסר מרבי של חודשיים (עם עבודת פרך או בלעדיה).³¹ כפי שיפורט בחלקו השני של המאמר, לחקיקה זו יש חשיבות רבה להתפתחות דיני זכות היוצרים בישראל וברחבי העולם, בין היתר עקב תחולתה הכלל־אימפריאלית, לרבות בפלשתינה.³²

- 23 שם, בסעיף 1(1).
- 24 חקיקה זו תיקנה את ה־Musical Copyright Act of 1902. Musical Copyright Act of 1902, 2 Edw. VII, Ch. 15 (U.K.).
- 25 Copyright Act, 1911. 1 & 2 Geo. V, Ch. 46 (U.K.). לסקירה כללית של חוק זכות יוצרים במושבות הבריטיות במאה התשע־עשרה ותחילת המאה העשרים, ראו באופן כללי: Deazley (לעיל, הערה 18).
- 26 Copyright Act, 1911, § 11(1)(c).
- 27 שם, בסעיף 11.
- 28 שם.
- 29 קלישאה ("Plate") כוללת "כל סטריאוטיפה או כל לוח אחר, אבן, תבנית, אימום, אם־דפוס, מעביר או נגטיבה המשמשים או מכוונים לשמש לטביעתן או לעשייתן של העתקות מכל יצירה, וכל אם־דפוס או מכשיר אחר שעושים בהם או מתכוונים לעשות בהם תקליטים, לוחות מנוקבים או מכשירים אחרים להצגת יצירה על דרך השמעה". ראו: סעיף 35 לחוק זכות יוצרים, 1911, חא"ג 2633 (להלן: חוק זכות יוצרים 1911).
- 30 Copyright Act, 1911, בסעיף 11.
- 31 שם, בסעיף 11(2).
- 32 למותר לציין כי בעוד המושבות הבריטיות היו כפופות לחוק זכות יוצרים 1911, היה באפשרותן לשנות אותו במידה מסוימת ולהתאימו לדין המקומי, בכפוף לאישור. ראו Bently (לעיל, הערה 14), בעמ' 190.

בשנת 1956 המשיכה בריטניה במגמת ההפלה, כחלק מחקיקתו של חוק זכות יוצרים חדש.³³ במסגרת רפורמה זו הרחיב הפרלמנט את היקף העבירה הפלילית של ביצוע פומבי ליצירות ספרותיות, דרמטיות או מוזיקליות.³⁴ אין מדובר בהפלה נקודתית, שבה בחר הפרלמנט לבחון מחדש את היחס בין העוולה לעבירה. ואולם, חשיבותה של הפלה זו טמונה בעיקרה בעובדה שהרחבת העבירה של ביצוע פומבי הצביעה על מעבר מסוים להפלה של פעולות הפרה ישירות, ולא דווקא הפרות בעלות אופי מסחרי.

את התעצמותה של מגמת ההפלה של זכות היוצרים בבריטניה ניתן לזהות בשנות השמונים של המאה העשרים. עקב נסיבות שונות, אשר במרכזן שינויים טכנולוגיים ופוליטיים שהתרחשו באותה עת, המשיך הפרלמנט הבריטי בהפלה של זכות היוצרים באמצעות הרחבת העבירות המנויות והעלאת רף הענישה. כך, למשל, בתגובה לחשש מ"פיראטיות" בכל הנוגע ליצירות מוזיקליות וקולנועיות, שני תיקונים לחוק, משנת 1982 ו-1983, קבעו, בהתאמה, עבירה פלילית כנגד מי שמחזיק או מוכר עותק מפר של זכות בתקליט או יצירה קולנועית.³⁵ בהתאם, המחוקק קבע קנס עד לגובה הסטטוטורי המרבי הפלילי,³⁶ או עד שנתיים מאסר, או שניהם, בגין עבירה של הכנה למכירה, השכרה, ייבוא, והפצה של עותקים מפרים של הקלטות או סרטי קולנוע.³⁷ מגמה זו נמשכה בשנת 1985, כאשר הפרלמנט בחר להרחיב את תחולת ההגנה הפלילית על תוכנות מחשב, ואלה קוטלגו מאותה עת כיצירה ספרותית. בהקשר של הזכות הפלילית, הפרלמנט בחר להעלות את הסנקציה הפלילית המרבית החלה על הפרה של הזכות בתוכנת מחשב ולהשוותה לאלה שנקבעו להפרה של יצירות מוזיקליות וקולנועיות.³⁸ ההפלה של זכות יוצרים במשפט הבריטי לא פסקה עם חקיקת חוק קניין רוחני מקיף בשנת 1988. ה־ Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) החליף את חוק זכות יוצרים מ־1956,³⁹ ובכל הנוגע להפלה, ההרחבה לבשה צורות שונות. במרכזן, רף הסנקציות הפליליות, שניתנו בתחילה ליצירות מוזיקליות, קולנועיות ותוכנות מחשב בלבד, הותאם לכלל היצירות המוגנות בזכות יוצרים.⁴⁰ הענישה כללה סנקציה מרבית של שישה חודשי מאסר, נוסף על הטלת קנס עד לגובה הקנס הסטטוטורי המרבי. מאחר

33 John Feather, *Copyright Act, 1956, 4 & 5 Eliz. II, Ch. 74 (U.K.)*. ראו לעניין זה *John Feather, Publishing, Piracy and Politics: An Historical Study of Copyright in Britain (1994) p. 7.*

34 Copyright Act 1956, 4 & 5 Eliz. II, Ch. 74, § 21 (U.K.) (repeal the Copyright Act 1911, 1 & 2 Geo. V, Ch. 46 (U.K.)).

35 ראו: Copyright Act 1956 (Amendment) Act 1982, Ch. 35 (U.K.).

36 הקבוע בחוק Criminal Justice Act 1982, Ch. 48 (U.K.).

37 Copyright (Amendment) Act 1983, Ch. 42 (U.K.).

38 Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985, § 1(1) (U.K.).

39 Copyright, Designs and Patents Act 1988, Ch. 48 (U.K.) (להלן: CDPA).

40 שם, בסעיף 107.

שמדובר בעבירה שבגינה יש להגיש כתב אישום (indictable offense), החוק החדש קבע סנקציה מרבית של שנתיים מאסר.⁴¹ כמו כן, ה־CDPA החדיר עבירה פלילית הנוגעת להכנת הקלטות מפרות, מכירתן, יבוא שלהן או שימוש מסחרי בהן.⁴² לבסוף, ה־CDPA קבע כעבירה פלילית הצגה פומבית באמצעות שידור ציבורי או תוכנית בכבלים.⁴³ מגמת ההפללה בבריטניה נמשכה אל תוך המאה העשרים ואחת. בשנת 2002 העלה הפרלמנט את סנקציית המאסר המרבית להפרות מסוימות של זכות יוצרים באופן ניכר – משנתיים לעשר שנות מאסר.⁴⁴ ב־2003 התקנה מזכירת המדינה תקנות שיישמו דירקטיבה של האיחוד האירופי (Information Society Directive),⁴⁵ ובאמצעות פרשנות רחבה (אולי אף רחבה מדי) לדירקטיבה⁴⁶ הכניסה לדיני זכות יוצרים הבריטי עבירות פליליות נוספות, הנוגעות בעיקרן לשידור, להעמדה לרשות הציבור ולעניינים המשיקים פעמים רבות להפרת זכות יוצרים, דוגמת עקיפת אמצעים טכנולוגיים.⁴⁷ לפי תיקון זה, ההפרה הפלילית של זכות השידור מצריכה ידיעה על ההפרה, וכן על כך שהיא התבצעה במהלך עיסוק או תשפיע לרעה על בעל הזכות. בהליך פלילי מקוצר, הענישה נקבעה לתקופה של עד שלושה חודשי מאסר או הקנס הסטטוטורי המרבי (או שניהם), ובהליך של אישום פלילי "רגיל" – עד שנתיים מאסר או קנס.⁴⁸ סנקציה זו נוגעת אף להפרת זכות העמדתן של הקלטות מפרות לרשות הציבור.⁴⁹

באשר לפעולות הכרוכות פעמים רבות בהפרה של זכות יוצרים, התקנות תיקנו את סעיף 296 ל־CDPA והכניסו עבירה של עיסוק ביודעין בפעילות הקשורה למכשירים ושירותים שנועדו לעקוף אמצעים טכנולוגיים. בהליך פלילי מקוצר, הענישה בגין עבירה זו נקבעה לתקופה של עד שלושה חודשי מאסר או עד הקנס הסטטוטורי המרבי (או שניהם), ובהליך של אישום פלילי "רגיל" – עד שנתיים מאסר ו/או קנס.⁵⁰

-
- 41 שם, בסעיף 107(4)(b).
- 42 שם, בסעיף 198.
- 43 שם.
- 44 Copyright, etc. and Trade Marks (Offences and Enforcement) Act 2002, Ch. 25 (U.K.), בסעיף 1(2).
- 45 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, art. 6., 2001 O.J. (L 167).
- 46 הדירקטיבה דרשה את ההטמעה של "סנקציות וסעדים מתאימים" להפרות פליליות. ראו: שם, בסעיף 8.
- 47 The Copyright and Related Rights Regulations, 2003, S.I. 2003/2498, §26(1)(a)-(b) (U.K.).
- 48 שם, בסעיף 26(1)(b).
- 49 שם, בסעיף 26(3)(b).
- 50 שם, בסעיף 24.

ההפלה נמשכה בשנת 2010 תחת ה־Digital Economy Act, כאשר הפרלמנט העלה את הסנקציות הפליליות בגין כמה עבירות קיימות.⁵¹ הפרלמנט הגדיל את הענישה הפלילית בגין הפרה של יצירות מוגנות או הקלטות מפרות⁵² וקבע את רף הסנקציה הפלילית ל־50,000 לירות שטרלינג.⁵³ ב־2015 הוחלפו הקנסות הפליליים בהגדרה כללית של "קנס" מבלי לקבוע רף מרבי.⁵⁴ יש לציין כי ב־2010 התבצעה גם הפחתה מסוימת בסנקציות המאסר של חלק מן העבירות בדיני זכות יוצרים, ואורך המאסר האפשרי הופחת משישה חודשי מאסר לשלושה. שינוי זה נעשה עקב יישום דירקטיבה אירופאית (EU Rental and Lending Directive),⁵⁵ וההפחתה בגובה המאסר האפשרי התרחשה עקב חוסר התאמה לחקיקה הקיימת.⁵⁶

נכון לכתיבת שורות אלו, ההפלה האחרונה התבצעה בשנת 2017. מדובר בהפלה מהותית שהתרחשה תחת ה־Digital Economy Act 2017.⁵⁷ הפרלמנט הבריטי בחר להרחיב את ההגדרה של הפרה פלילית של זכות יוצרים כך שההגדרה של מפר פלילי תכלול גם אדם שידע, או יש לו סיבה להאמין, שהוא מפר זכות יוצרים ושהוא מתכוון להפיק רווח עבורו או עבור אדם אחר, או שידע, או יש לו סיבה להאמין, שהעמדה לציבור של אותה יצירה תגרום נזק לבעל זכות היוצרים או תחשוף אותו להפסד כלכלי אפשרי.⁵⁸ המשמעות של תיקון זה היא לא פחות מדרמטית. התיקון לחוק מצביע על מעבר מדרישה שהמפר פעל במסגרת "עיסוק" (course of business) לדרישה רחבה בהרבה: כדי להפיל את מי שפועל במסגרת "הפצה" של יצירות יש צורך להוכיח כי הייתה לו סיבה להאמין שהחומר מפר זכות יוצרים, בעוד הדרישה לנזק היא מינימלית. נוסף על שינויים מהותיים אלו בהגדרה של מפר ושל הפרה הפלילית העלה הפרלמנט את רף הסנקציה הפלילית לכלל ההפרות לעשר שנות מאסר (משנתיים), ובכך יצר האחדה של הפרת זכות היוצרים הפלילית ברמת הסנקציות.⁵⁹

51 Digital Economy Act 2010, Ch. 24, § 42 (U.K.)

52 ש.ם.

53 באותה עת הקנס הסטטוטורי המרבי עמד על £5,000 באנגליה ובוויילס, ו־£10,000 בסקוטלנד.

54 The Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (Fines on: ראו: Summary Conviction) Regulations 2015 (S.I. 2015/664), reg. 1(1), Sch. 4 para. 17(3)(b).

55 Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights Related to Copyright in the Field of Intellectual Property, 2006, O.J. (L 376).

56 The Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Amendment) Regulations, 2010, Explanatory Memorandum to the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Amendment) Regulations 2010 (2010). S.I. 2010/2694 (U.K.). ראו: Patents Act 1988 (Amendment) Regulations 2010 (2010).

57 Digital Economy Act of 2017, Ch. 30 (U.K.)

58 ש.ם, בסעיף 32.

59 ש.ם.

מדובר, כאמור, בהפללה הרחבה ביותר שנעשתה עד כה בבריטניה, וייתכן אף, במידה מסוימת, בעולם המערבי.⁶⁰ כך, הרחבת ההגדרות של המפר הפלילי עלולה להכיל פעילויות רבות ברשות, ובאופן פרטני, העלאה של תוכן מוגן בזכות יוצרים שנחשב כמפר תיכנס ככל הנראה לגדר עבירה פלילית שבגינה ניתן כעת לדרוש עשר שנות מאסר. כפי שאראה להלן, מהלכים אלו נרקמים במידה רבה במוחו (ובחוקיו, ככל הנראה) של המחוקק הישראלי, וניתוח משמעותם ייערך להלן בחלקו השלישי של מאמר זה.

למותר לציין כי בריטניה, על אף היותה חלוצה בנושא, אינה בודדה במערכה. ההפללה של זכות היוצרים התרחשה, ועדיין מתרחשת, במדינות רבות בעולם, ואחת המובילות בתחום זה היא ארצות הברית. לשם הדגמה, מגמה זו החלה בארצות הברית בשנת 1897, כאשר הקונגרס חוקק לראשונה סנקציה פלילית של מאסר על ביצוע פומבי שלא כדין של יצירות מוזיקליות ודרמטיות למטרת רווח. בדומה למקרה המבחן הבריטי, מגמת ההפללה נמשכה במשפט האמריקני⁶¹ והתעצמה לקראת סופה של המאה

60 אך בה בעת קשה לטעון בפה מלא כי מדובר בהפללה שהיא רחבה יותר מההפללה במשפט האמריקני שהתרחשה בשנת 1997 תחת ה-*No Electronic Theft Act (NET Act)*. תחת חוק זה בחר הקונגרס להוסיף אפשרות של הפרה פלילית על ידי משתמש קצה גם ללא כוונת רווח ממשי. להרחבה בנושא ההפללה במשפט האמריקני ראו להלן, הערות 62–64.

61 מגמת ההפללה נמשכה ב-1909 כחלק מחוק זכות יוצרים חדש, בהרחבת היריעה של הסנקציה הפלילית לכלל היצירות המוגנות בזכות יוצרים למעט הקלטות, וכן הרחבת העבירה של סיוע להפרות למטרת רווח. באותה עת, הסנקציה הפלילית הורחבה ממאסר בלבד לאפשרות של קנס ו/או מאסר. הליך ההפללה נמשך בשנת 1971, כאשר הקונגרס העניק הגנה להקלטות מוזיקליות, ובה בעת הפליל את ההפרה של הזכות בהקלטה למטרת רווח שנעשתה מתוך כוונה. ב-1974 העלה הקונגרס את רף הקנס הפלילי באופן משמעותי להעתקה ולסיוע של הקלטות למטרת רווח. כמו כן, סנקציית המאסר בגין הפרה זו, במקרים של הפרה חוזרת, הועלתה לשנתיים. כחלק מהרפורמה הכוללת בדיני זכות יוצרים שהתרחשה ב-1976 ריכך הקונגרס את דרישת היסוד הנפשי (*mens rea*) הדרוש להרשעה על הפרת זכות יוצרים מ"למטרת רווח" ל"למטרה של יתרון מסחרי או רווח כלכלי אישי". נוסף על כך העלה הקונגרס את רף הסנקציות על הפרת זכות יוצרים והרחיב את היצירות והפעולות האפשריות של הפרה. המגמה נמשכה בשנות השמונים של המאה העשרים, כאשר הקונגרס חוקק שלוש חוקים שהרחיבו את העבירה הפלילית בדיני זכות יוצרים. בין היתר, הקונגרס החיל בפעם הראשונה עבירת פשע (*felony*) על עבירה ראשונה, כאשר מדובר בהפרה בהיקף מסחרי ו"פיראטי" של יצירות מוזיקליות ואור-קוליות, והעלה באופן ניכר את משך המאסר וגובה הקנס האפשריים להפרות אלו. בחוק נוסף, מ-1984, הנמיך הקונגרס את הסף הנדרש להפרה "מסחרית" של הקלטות מוזיקליות ושל סרטים. ב-1988 הוסיף הקונגרס את ההפרה של זכות יוצרים לרשימת הפעולות הבלתי חוקיות של הלבנת כספים, ובכך העלה את הסנקציות הפליליות האפשריות, במקרים מסוימים, בגין פעולות אלו. ב-1992 קבע הקונגרס כי כלל ההפרות הפליליות בהיקף מסחרי של זכויות יוצרים הינן עבירות פשע. בכך העלה הקונגרס את הסנקציות האפשריות לכלל היצירות באופן ניכר, ולהן נוספו הפרה של תוכנת מחשב. כמו כן הנמיך הקונגרס את הסף של עבירה בהיקף "מסחרי". ב-1996, סחר במוצרים מזויפים או בשירותים נכנסו לרשימת העבירות

העשרים, עם חקיקתו של ה־No Electronic Theft (NET) Act. חוק זה הרחיב, בין היתר, את ההגדרה של "רווח כלכלי" ואת אפשרות ההפרה להעתקה או הפצה של יצירות מוגנות בזכויות יוצרים בתקופה של 180 יום, כאשר ערך היצירות עולה על \$1,000.⁶² נדמה כי מגמה זו עודנה נמשכת.⁶³

מבלי לקבוע מסמרות בשאלה איזו מדינה מובילה כעת במרוץ ההפללה, תהליך ההפללה בבריטניה הוא מקרה מבחן מעניין וחשוב, ולא רק עקב אופייה החלוצי בנושא זה. בחינת עומק של תהליך ההפללה בבריטניה מצביעה על הנסיבות השונות שהובילו להפללה וכן מעניקה מבט חטוף על לפחות חלק מן הגורמים אשר עמדו מאחורי הפללה זו. כך, למשל, ניתן לאתר נוכחות אינטרסים מסחריים של בעלי זכויות שונים כבר מההפללה הראשונה, בשנת 1862, שהתרחשה, בין היתר, בעקבות בקשת האגודה לעירוד האומנויות, ייצור ומסחר להרחיב את ההגנה הקיימת על זכות היוצרים.⁶⁴ מעורבות התעשייה נמשכה לאורך מרבית שלביו של תהליך ההפללה בבריטניה, וניתן לזהותה, בין היתר, בהפללה של 1985, שהתרחשה כתוצר ישיר של תעשיית תוכנות המחשב,⁶⁵ ברפורמה הכוללת של 1988, שהובילו בעלי אינטרסים שונים,⁶⁶ ובחוקונים האחרונים של 2010 ו־2017, שהובלו במידה רבה על ידי תעשיית המוזיקה והסרטים.⁶⁷

המנויות תחת RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act), וכללו גם הפרה של זכות יוצרים. בכך העלה הקונגרס את הסנקציות הפליליות האפשריות להפרה של זכות יוצרים באופן משמעותי. לקריאה נוספת על ההפללה במשפט האמריקני ראו, למשל: Eldar Haber, "The Criminal Copyright Gap", 18 *Stan. Tech. L. Rev.* (2015) 247; מרים ביטון, "הפיכתה של הפרת זכויות יוצרים לעבירה פלילית ואכיפתה בישראל", **מחקרי משפט כט** (תשע"ד) 511; Haber, *Criminal Copyright*; (לעיל, הערה 3) בפרק 3.

62 ה־NET Act אף הכיל הרחבות נוספות לזכות הפלילית. הקונגרס העלה את תקופת ההתיישנות של העבירות לחמש שנים, הבהיר שאפשרויות ההפצה וההעתקה חלות גם ברשת האינטרנט, העלה את הסנקציות הפליליות בגין הפרה, הוסיף את האפשרות של הצהרת נפגע עבירה והורה על יצירת קווים מנחים לתובעים. לכן, התוספת של ה־NET Act הינה נדבך חשוב בתהליך ההפללה של זכות יוצרים בארצות הברית. ראו: ביטון (לעיל, הערה 61); Haber, *The Criminal Copyright Gap*; (לעיל, הערה 61).

63 כך למשל, ב־1998, כחלק מה־Digital Millennium Copyright Act (DMCA), הוסיף הקונגרס לרשימת העבירות הפליליות פעולות אשר קשורות לדיני זכות יוצרים, בדמות עקיפת מנגנוני הגנה טכנולוגיים, כאשר הסנקציה הפלילית שנקבעה לעבירה זו אף גבוהה מהפרה פלילית של זכות יוצרים. לאחר חקיקת ה־DMCA חוקק הקונגרס שלושה חוקים נוספים שהמשיכו את מגמת ההפללה, אשר בין היתר המשיכו בהרחבת הסנקציות הפליליות, שהאחרונה בה הייתה בשנת 2008. ראו: שם.

64 באופן כללי: Deazley (לעיל, הערה 18). The Society for the Encouragement of the Arts, Manufactures and Commerce. ראו

65 במקרה זה, ה־Federation Against Software Theft טענה כי עקב היעדר הרתעה, התעשייה חווה הפסדים בסך 150 מיליון ליש"ט בשנה. ראו: David I. Bainbridge, "Copyright (Computer Software) Amendment Act (1985)", 49 *Mod. L. Rev.* (1986) 214, p. 214.

מעבר לאינטרסים כלכליים ולסיבות פוליטיות של מגמת ההפללה, המשתקפות במעורבות של ארגונים שונים בתהליכי החקיקה, אל לנו להתעלם מהשינויים הסביבתיים והטכנולוגיים שהעצימו את אפשרות ההפרה של זכות יוצרים, את הפרתה בפועל ואת הגידול האפשרי בנוק ליוצרים ולבעלי הזכויות. גורמים אלו מוצאים ביטוי פעמים רבות בדברי החקיקה, בדוחות הקודמים לה (כאשר אלו קיימים) ובדברי ההסבר הנלווים אליה, המדגישים את הצורך בהרתעת מפריים ואת הקושי באכיפת הזכות ציינו ואגב כך מציינים גם את הטכנולוגיה שהתפתחה והעצימה את כמות ההפרות בפועל.⁶⁶ במילים אחרות, פרט לטענה הבסיסית שבעלי זכות יוצרים רבים ישאפו למקסם את רווחיהם ועל כן ינסו להשפיע על תהליכי חקיקה שבהם תוקנה להם הגנה רחבה מבעבר, ייתכן שהשינויים הטכנולוגיים אכן הצריכו הענקת הגנה רחבה יותר ברמות זכות פלילית.

נדמה אפוא שאין עוררין באשר לטענה שהתפתחות טכנולוגיות שונות אפשרה הפרות רבות יותר של יצירות ביתר קלות ובעלות נמוכה מבעבר. גם אין סיבה להניח שעניין זה יפסק מעצמו, בהתחשב בקצב התפתחותה של הטכנולוגיה וללא הסדרה כלשהי של התנהגות מפריים או שינוי באפשרויות הצריכה שלהם מצד בעלי הזכויות. עם זאת, אין בקביעות נחרצות אלו כדי להוביל בהכרח למסקנה שהמזור לבעיה טמון בהפללה של זכות היוצרים. זכות היוצרים הפלילית מטבעה אומנם מעניקה לבעלי זכויות הגנה רחבה יותר על מימוש זכותם, אך אינה חפה מבעיות ועשויה אף להוביל לתוצאות שאינן מיטיבות עם בעלי הזכויות. נוסף על כך, העובדה שבריטניה או מדינות אחרות ברחבי העולם בחרו להפליל את ההפרה של זכות יוצרים אינה בהכרח מוצדקת, ואל לנו להקיש מפעולות של מחוקק כלשהו להצדקת הפללה במשפט הישראלי.

66 ראו: Federation Against Software Theft, *Submission to the inquiry by the All-Party Parliamentary Group: Has Gowers Helped or Hindered Enforcement of IP Rights?* (2008), [<http://www.allpartyipgroup.org/pdfs/FAST%20Response%20to%20All%20Party%20IP%20inquiry.pdf>]

67 יש לציין כי לפחות בכל הנוגע לתיקונים של 2010, תעשיות אלו לא לקחו חלק באופן רשמי בהפללה. Jane Merrick, *The Net closes in on internet piracy*, *The Independent* (Aug. 16, 2009) [<https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/music/news/the-net-closes-in-on-internet-piracy-1772820.html>]. כמו כן, יש לציין כי אומנם הרפורמה של 1911 אינה מיוחסת באופן רשמי לגוף מסחרי כלשהו, אך נדמה שהיא, לכל הפחות, התבצעה גם עקב לחץ מצד בעלי זכויות שונים בתחום ההוצאה לאור. ראו: Uma Suthersanen, "The First Global Copyright Act", *A Shifting Empire: 100 Years of the Copyright Act 1911* (Uma Suthersanen & Ysolde Gendreau eds., 2013) 1, p. 28.

68 כך למשל, ההפללה משנת 1906 כוונה כנגד "פיראטיות" ומטרתה, בין היתר, הייתה הרחעה. ראו: Kevin Garnett et al., *Copinger and Skone James on Copyright* (16th ed. 2011) p. 1250. ההפללות מהשנים 1982, 1983 ו-1985 היו תגובות ישירות להתפתחויות טכנולוגיות שונות שאפשרו העתקות במהירות גבוהה יותר, בעלות נמוכה ובקלות יחסית. ראו: Bainbridge (לעיל, הערה 65).

ב. הפללה של זכות יוצרים במשפט הישראלי: עבר והווה

תהליך ההפללה של זכות היוצרים בבריטניה השפיע, כאמור, על מדינות רבות, ובין היתר על המשפט בישראל. זכות היוצרים הוכרה לראשונה בפלשתניה ב-21 במרץ, 1924, מכוח דבר המלך על חוק זכות יוצרים, 1911 (הטלתו על ארץ-ישראל).⁶⁹ באותה עת, חוק זכות יוצרים הבריטי משנת 1911 לא הוחל במלואו בישראל, והעבירות הפליליות אשר היו מנויות בחוק בנוסחו הבריטי⁷⁰ חלו אך ורק על הממלכה המאוחדת.⁷¹

בד בבד עם חקיקת חוק זכות יוצרים הוכרה הזכות הפלילית באמצעות פקודה הדנה בעניין זכות העתקה (קופירייט), אשר חוקקה על ידי הנציב העליון באותה שנה.⁷² בנוסחה המקורי קבעה הפקודה כמה עבירות פליליות ליצירות המוגנות בזכות יוצרים:⁷³ התקנה לצורכי מכירה או השכרת עותק מפר; מכירה, השכרה או "הצעה למכירה או השכרה" בדרך מסחרית של עותק מפר; "חלוקת" העתקות מפרות לשם עסק או בצורה מזיקה לבעל הזכות; הצגה ברבים לצורכי מסחר; יבוא עותק מפר לשם מכירה או השאלה. כאשר פעולות ההפרה נעשו ביודעין, הסנקציה הפלילית נקבעה לקנס של 250 מיל (כרבע לירה שטרלינג) לכל העתקה, אך לא יותר מ-50 לירות שטרלינג במסגרת אותה פעולת הפרה. במקרה של עבירה נשנית הוטל קנס דומה או מאסר מרבי של חודשיים.⁷⁴ נוסף על כך קבעה הפקודה כי עשייה או החזקה של לוח שמטרתו יצירת העתקות מפרות של יצירה מוגנת, או גרימה להצגתה של אותה יצירה ברבים ללא רשות

69 דבר המלך על חוק זכות יוצרים 1911 (הטלתו על ארץ-ישראל), 1924. החוק קיבל תוקף חוקי בפלשתניה (א"י) ע"י מנשר מטעם הנציב העליון מיום 23.4.1924. ראו: חוק זכות יוצרים 1911.

70 ראו: חוק זכות יוצרים 1911, בסעיף 13 (הנוגע לתחולה של "תרופות תכופות").
71 שם, בסעיף 11. עבירה על הפעולות שקבועות בסעיף זה טמנה בחובה קנס של עד 40 שילינג לכל העתקה מפירה, אך לא יותר מ-50 לירה שטרלינג במסגרת אותה פעולה; עבירה שניה או עבירה נוספת טומנת בחובה קנס דומה או חודשיים מאסר (בעבודת פרך או בלעדית). עבירה נוספת נקבעה לאדם שהחזיק ברשותו ביודעין כל קלישאה לשם עשיית העתקות מפירות של יצירה שקיימת בה זכות יוצרים, או ביודעין ולתועלתו הפרטית מביא לידי כך שיצירה כזאת תוצג על הבמה בציבור בלא הסכמתו של בעל זכות היוצרים. בגין עבירה זו היה צפוי מורשע בעבירה לקנס של לא יותר מ-50 לירה שטרלינג, ובמקרה של עבירה שנייה או נוספת היה צפוי לקנס דומה או למאסר חודשיים (בעבודת פרך או בלעדית).

72 פקודת זכות יוצרים, 1924, חא"י א 364 (להלן: "הפקודה").

73 ראו: סעיף 3 לפקודה.

74 סעיף 3(1) לפקודה.

(ביודעין ולתועלת פרטית), גוררת קנס של 50 לירות שטרלינג.⁷⁵ במקרה של עבירה נשנית, לקנס האפשרי תתווסף אפשרות מאסר של חודשיים.⁷⁶ אם כן, ההפללה של זכות היוצרים במשפט הישראלי ראתה אור אף טרם הקמתה של מדינת ישראל, אם כי מדובר היה בהפללה מצומצמת באופן יחסי. הפללה נוספת התרחשה זמן רב לאחר הקמת המדינה, בהתאם לרוח המחוקק באותה עת שמטרתה, בין היתר, לצבור ניסיון בהתערבות במשטר זכות יוצרים המנדטורי.⁷⁷ כך, תיקון מהותי ראשון לפקודה התרחש רק בשנת 1981. עקב "התגברות התופעה של הפרות זכויות יוצרים"⁷⁸ בחר המחוקק הישראלי להעלות את סנקציית המאסר האפשרית להפרת זכות יוצרים מחודשיים לשישה חודשי מאסר, והעניק לבית המשפט סמכות מכוח חוק העונשין להטיל על המפר, במקום סנקציה זו או נוסף עליה, קנס בסך 5,000 שקלים.⁷⁹ במסגרת תיקון זה ביטל המחוקק את סעיף 3(2) לפקודת זכות יוצרים ובמקומו קבע איסור פלילי על ייצור או החזקה של לוח למטרת יצירת העתקות מפרות, ועל גרימת הצגה ברבים של יצירה מוגנת.⁸⁰

בשנת 1988 תוקנה הפקודה במישורים אחדים הנוגעים במישרין או בעקיפין להפרה פלילית של זכות יוצרים.⁸¹ תוכנת מחשב הוגדרה כיצירה ספרותית המוגנת בזכות יוצרים, ועל כן הפרתה עשויה להיכנס לגדר האיסור הפלילי.⁸² נוסף על כך הועלתה הסנקציה הפלילית האפשרית בגין הפרת זכות יוצרים משישה חודשי מאסר לשלוש שנים, וכן הועלה הקנס האפשרי על הפרה פלילית לפי שבעה מהקנס שנקבע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין באותה עת.⁸³

75 סעיף 3(2) לפקודה.

76 ש.ס.

77 כך למשל, בשנת 1952 בוצעו כמה שינויים ותיקונים בפקודה, מרביתם, בהקשר של מאמר זה, נוגעים לשינויים "קוסמטיים", כגון החלפת המונח "זכות יוצרים" בכל מקום שבו יבואו המילים "קופירייט" ו/או "זכות העתקה", וכך החלפת שמה של הפקודה ל"פקודת זכות יוצרים". ואולם, תיקונים אלו אינם נוגעים במישרין להפללה. ראו: חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים, תשי"ג-1953, ס"ח 18.

78 דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 4), ה"ח תשמ"א 239; דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 5), ה"ח תשמ"ח 26.

79 ראו: חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 4), תשמ"א-1981, ס"ח 1029; דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 4), ה"ח תשמ"א 239.

80 ראו: חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 4) סעיף 1(א)-(2) (ב) (תיקון סעיף 3 לפקודה).

81 חוק לתיקון פקודת זכויות יוצרים (מס' 5), תשמ"ח-1988, ס"ח 1260.

82 ראו: ס' 1 לחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 5) (אשר הוסיף את סעיף 2א המקנה הגנה על תוכנת מחשב כיצירה ספרותית).

83 ס' 2 לחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 5).

נוסף על הרחבה כללית של סיווג עבירות זכות יוצרים כ"עבירת מקור",⁸⁴ שהתרחשה בשנת 2000 לעניין חוק איסור הלבנת הון,⁸⁵ ההפללה המהותית ביותר בדין הישראלי, לפחות לעת זו, מצאה ביטוי בתיקון שנעשה בשנת 2002. במסגרת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים, הסנקציות הפליליות אשר היו קבועות עד אותה עת בסעיף 3 לפקודה בוטלו והוחלפו בסעיפים אחרים.⁸⁶ התיקון לפקודה קבע כמה איסורים חדשים וכן העלה את רף הסנקציה הפלילית האפשרית בגין עבירות קיימות. בין שינויים אלו, ראוי להדגיש שסיווגן של פעולות הפרה מסוימות השתנה מעבירות עוון לעבירות פשע. בכל הנוגע לייצור ומסחר בעותקים מפרים, התיקון קבע כי עשיית עותקים מפרים של יצירות מוגנות או ייבוא עותק מפר למטרות מסחריות דינם חמש שנות מאסר או קנס פי עשרה מן הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.⁸⁷ התיקון אף קבע כי מי שעוסק במכירה, בהשכרה או בהפצה של עותק מפר של יצירה או המוכר, המשכיר או המפיץ עותקים מפרים של יצירה בהיקף מסחרי, דינו שלוש שנות מאסר או קנס פי שבעה מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.⁸⁸ סנקציה דומה נקבעה למי שמחזיק עותק מפר של יצירה למטרות מסחר.⁸⁹

התיקון ביטל את סעיף 3(1)(ו) לפקודת זכות יוצרים, אשר קבע אחריות פלילית על עשייה או החזקה של "לוח" כדי לעשות בו העתקות מפירות, ובמקומו נוספה עבירה שחלה על מייצר או מחזיק "חפץ" שנועד לייצור עותקים של יצירה, אם מטרתו ייצור עותקים מפרים לשם מסחר בהם.⁹⁰ הסנקציה שנקבעה לעבירה זו היא מאסר שנה או כפל הקנס האמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.⁹¹ כמו כן הוכפל הקנס האפשרי על עבירות

84 חוק איסור הלבנת הון חל על פעולות בכספים או רכוש שהופקו במישרין או בעקיפין מעבירה שהוגדרה בחוק כעבירת מקור, או שימשו לביצועה של אותה עבירת מקור או אפשרו אותה. ראו: מהי עבירת מקור [http://www.justice.gov.il/Units/HalbantHon/odot/Pages/QuestionsAndAnswers.aspx].

85 סעיפים 2–3 לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס–2000, ס"ח 1753.

86 ראו: סעיף 1 לחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 8), תשס"ג–2002, ס"ח 1867. הסעיפים שהוספו הם סעיפים 9–15.

87 חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 8), סעיף 3 (ס' 10(א)–(ב) לפקודה). בעת הצעת החוק עמד קנס זה על 1,050,000 שקלים חדשים, והתיקון המוצע ביקש להעלות את הסנקציה למיליון וחצי ש"ח. ראו: דברי ההסבר להצעת החוק (מס' 8), בעמ' 371.

88 חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 8), סעיף 3 (ס' 10(ג) לפקודה). יש לציין כי העונש שנקבע לעבירה זו אינו חמור מהעונש שהיה קבוע בסעיף 3 לפקודה, אשר בוטל.

89 חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 8), סעיף 3 (ס' 10(ד) לפקודה).

90 שם.

91 שם, בסעיף 3 (ס' 11 לפקודה). באותה עת, קנס זה עמד על 300,000 שקלים חדשים.

פליליות של זכות יוצרים שנעשו בידי תאגיד,⁹² ונקבעה אחריות נושא משרה בתאגיד להפרה פלילית של זכות יוצרים.⁹³

בשנת 2007 התרחש שינוי מהותי במשטר זכות היוצרים בישראל, עם חקיקתו של חוק זכות יוצרים חדש (להלן: חוק זכות יוצרים).⁹⁴ חוק זה, אשר ביטל את מקבילו המנדטורי,⁹⁵ נסמך בעיקרו על החוק משנת 1911 ולא שינה מהותית את האיסורים הפליליים אשר נקבעו ב-2002 בתיקונים לפקודה, מלבד שינויים "קוסמטיים" גרידא. השינוי המהותי היחיד הוא ההשמטה של סנקציה פלילית למי ש"גורם לשם תועלתו הפרטית להצגתה ברבים של יצירה שיש בה זכות יוצרים שלא בהסכמתו של בעל זכות היוצרים".⁹⁶ מדברי ההסבר של הצעת חוק זכות יוצרים מ-2005 עולה כי הסיבה להשמטת סעיף זה הייתה שהוראה זו, אשר התייחסה ככל הנראה לביצוע פומבי של יצירות, כבר איננה מתאימה למסגרת האכיפה הפלילית.⁹⁷

כסיכום ביניים, אפשר לראות כי חוק זכות היוצרים במתכונתו הנוכחית קובע כמה איסורים פליליים על הפרת זכות יוצרים.⁹⁸ עם אלה נמנים האיסורים הבאים: יצירת עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו; יבוא עותק מפר של יצירה למסחר בו; עיסוק במכירה, השכרה או הפצה של עותק מפר של יצירה; מכירה, השכרה או הפצה של עותק מפר של יצירה בהיקף מסחרי; החזקת עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו; ייצור או החזקה של חפץ שייעודו עשיית עותקים של יצירה לשם מסחר בו.

הסנקציה הקבועה כיום לעבירות אלו משתנה בהתאם לאופי העבירה שנעברה. כך למשל, הסנקציה הפלילית המרבית אשר נקבעה עבור עשיית עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו וייבוא עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו היא חמש שנות מאסר או קנס פי עשרה מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.⁹⁹ הסנקציה הפלילית המרבית שנקבעה עבור עיסוק במכירה, השכרה או הפצה של עותק מפר של יצירה, מכירה,

92 שם, בסעיף 3 (ס' 12 לפקודה).

93 שם, בסעיף 3 (ס' 13 לפקודה). התיקון קבע כי נושא משרה בתאגיד חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירה פלילית של זכות יוצרים בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו, והסנקציה היא הקנס האמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226. אם נעברה עבירה בידי תאגיד או עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא המשרה הפר את חובתו האמורה.

94 ראו: חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007, ס"ח 2119 (להלן: חוק זכות יוצרים, 2007). החוק נכנס לתוקף ב-25.5.2008.

95 שם, בסעיף 68. החרוג הוא שהדין הישן המשיך לחול על יצירות ופעולות מסוימות אשר מנויות בסעיף 78.

96 עבירה זו הייתה קבועה בסעיף 3(1)(ו) לפקודת זכות יוצרים.

97 ראו: דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, 2005, בעמ' 1139.

98 סעיפים 61-62 לחוק זכות יוצרים, 2007.

99 שם, בסעיף 62(א). נכון לכתיבת שורות אלו, הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) עומד על 226,000 שקלים חדשים, קרי בהקשר זה הקנס המרבי עומד על 2,226,000 שקלים חדשים. ראו: סעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.

השכרה או הפצה של עותק מפר של יצירה בהיקף מסחרי או החזקת עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו הינה שלוש שנות מאסר או קנס פי שבעה מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.¹⁰⁰ לבסוף, הסנקציה הפלילית המרבית שנקבעה עבור ייצור או החזקה של חפץ שייעודו עשיית עותקים של יצירה לשם מסחר בו היא מאסר שנה או כפל הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.¹⁰¹

בחינת הסנקציות הפליליות הקבועות כיום בחוק זכות יוצרים מראה כי הן אינן חלות על כלל פעולות ההפרה המוגדרות בחוק. כך, למשל, ביצוע פומבי של יצירה או עשיית יצירה נגזרת אינן עבירות פליליות בדין הישראלי.¹⁰² אף פעולות ההעמדה לרשות הציבור והשידור אינן מהוות הפרה פלילית של זכות יוצרים, והפרתן, לפחות לעת עתה, הינה עוולה אזרחית בלבד.¹⁰³ בכל הנוגע לאלו האחרונות, גישת המחוקק עשויה להשתנות בקרוב.

בשלהי 2017 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ממשלתית לתיקון חוק זכות יוצרים 2007 (להלן: הצעת החוק), המבקשת, בין היתר, להרחיב את מרחב פעולות ההפרה אשר נכנסות לגדר הדין הפלילי.¹⁰⁴ הצעת החוק מציעה לתקן את סעיף 61 כך

-
- 100 סעיף 62(ב) לחוק זכות יוצרים, 2007.
- 101 שם, בסעיף 62(ג). מוטב לציין כי אם נעברה עבירה בידי תאגיד, הסנקציה הפלילית הינה כפל הקנס הקבוע לאותה עבירה. ראו: סעיף 62(ד) לחוק זכות יוצרים 2007. כמו כן, חוק זכות יוצרים 2007 הטיל אחריות פלילית גם על נושאי משרה בתאגיד וקבע כי אלו חייבים בפיקוח "ולעשות כל שניתן" למניעת העבירות המפורטות בסעיף 61 בידי התאגיד או כל אחד מעובדיו, כאשר הסנקציה הפלילית שנקבעה היא הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין. ראו: סעיף 63 לחוק זכות יוצרים, 2007.
- 102 ביצוע פומבי של יצירה מוגדרת כהשמעתה או הצגתה בציבור, במישרין או באמצעות מכשיר, בעוד עשיית יצירה נגזרת היא עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד. ראו, בהתאמה: סעיפים 13 ו-16 לחוק זכות יוצרים, 2007.
- 103 שידור של יצירה הוא העברה, קווית או אלחוטית, של צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכלולים ביצירה, לציבור; העמדה של יצירה לרשות הציבור היא עשיית פעולה ביצירה כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם. ראו, בהתאמה: סעיפים 14 ו-15 לחוק זכות יוצרים, 2007.
- 104 קצרה היריעה מלדון במאמר זה במגוון הרחב של ההיבטים השונים של הצעת החוק. אציין רק בקצרה כי הצעת החוק מבקשת להרחיב את סעיף ההפרה העקיפה, הקבוע בסעיף 48 לחוק זכות יוצרים, ולקבוע כי הפרה עקיפה תחול לא רק במקרים שבהם מדובר ביצירה שהועתקה בעולם הפיזי, אלא גם על יצירות אשר הונגשו ברשת תקשורת שלא בהסכמתו של בעל זכות היוצרים, על דרך של העמדתן לרשות הציבור; כמו כן, הצעת החוק מבקשת להסדיר את ההליך לקבלת מתן צו מניעה כנגד צדדים שלישיים מכוח סעיף 53 לחוק זכות יוצרים, לצורך הגבלת גישה לאתר אינטרנט אשר עיקר התוכן שבו מהווה הפרה של זכות יוצרים; לבסוף, הצעת החוק מציעה להוסיף הליך שיאפשר לבעל זכות יוצרים שזכותו הופרה לפנות לבית המשפט ולבקש את השיפת פרטי זהותו של מפרסם התוכן המפר ברשת תקשורת אלקטרונית, לצורך מיצוי הדין ואכיפת זכויותיו. ראו, באופן כללי: הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), תשע"ח 1164 (להלן: הצעת החוק); ראו גם: תזכיר חוק

שהעמדה לרשות הציבור ושידור בהיקף מסחרי, כאשר אלו נעשים ללא רשותו של בעל הזכות, "על דרך עיסוק" ובמטרה להפיק רווח מעיסוק זה, ייכנסו לגדר העבירות הפליליות של הפרת זכות יוצרים.¹⁰⁵ הסנקציה המרבית להפרות אלו תעמוד על שלוש שנות מאסר או קנס פי שבעה מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.¹⁰⁶

אם כן, אפשר לראות כי המחוקק הישראלי בחר עד כה בגישה שמרנית, באופן יחסי, בנוגע להפללה של זכות היוצרים, וזו מתוחמת רק להפרות מסוימות ורק כאשר אין עוררין על כך שמדובר בפעולות שיעודן מסחר בזכות. גישה זו שונה גישות מחמירות יותר המצויות בדינים אחרים, כגון הדין הבריטי והאמריקני. כך, בישראל, בשונה מהדין האמריקני למשל, הפרה של זכות יוצרים על ידי משתמש קצה אינה נמנית עם העבירות הפליליות הקבועות בחוק כל עוד אין כוונה של מסחר ביצירה או שזו נעשית במסגרת עיסוק, ללא קשר להיקף הפרה האמורה או לשווי היצירה.¹⁰⁷

בדומה למשפט הבריטי, תהליך ההפללה במשפט הישראלי חושף אף הוא את ההצדקות, לפחות אלו המוצהרות, אשר עומדות בבסיסה. באופן כללי ניתן לומר כי ההפללה בישראל הוצדקה ברובה על ידי שינויים טכנולוגיים אשר הובילו לחשש מפני הגנה נאותה על בעל הזכות. כך, למשל, התיקון בישראל משנת 1981 נסמך בעיקרו על שיקולי הרתעה ואכיפה, שכן הוא חוקק, בין היתר, "מאחר שהמקרים בהם מופרות זכויות היוצרים הולכים ורבים [...]".¹⁰⁸

אף התיקון מ-1988 ממשיך מגמה זו ומדגיש כי ההצדקה העיקרית נסמכת על שיקולי הרתעה, בעיקר בכל הנוגע לעבריינות "אלימה" שגוררת עימה ההפרה.¹⁰⁹ התיקון שנערך בשנת 1988 הגיח, בין היתר, עקב חשש מהעתקה ומכירה מסחרית של קלטות שמע וקלטות וידאו.¹¹⁰ אף התיקון המהותי משנת 2002, אשר בין היתר סיווג מחדש עבירות עוון כעבירות פשע, נסמך על שלושה טיעונים מרכזיים: טיעון הגמול, שכן הפרת זכות היוצרים במקרים אלו נחשבת "מעשים פסולים המצדיקים ענישה

לתיקון חוק זכות יוצרים, תשע"ו-2016 (להלן: תזכיר חוק זכות יוצרים) [באתר: <http://bit.ly/2rknVk1>].

105 סעיף 6 להצעת החוק.

106 שם, בסעיף 7; יש לציין כי תזכיר החוק קבע רף סנקציות נמוך יותר בדמות שנת מאסר או כפל הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין. ראו: סעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.

107 סעיפים 61-63 לחוק זכות יוצרים, 2007.

108 דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 4), בעמ' 239.

109 דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 5), בעמ' 26 ("ראוי עוד לציין שהעבריינות בתחום זה ברוכה במקרים רבים בעבריינות כללית, ובכללה העבריינות האלימה. מטעמים אלה מוצע להגדיל את העונש הצפוי לעברייין במטרה להרתיע עבריינים בכוח [...]").

110 שם.

משמעותית";¹¹¹ עקרון הנזק, שכן מעשים "פסולים" אלו דורשים החמרה בענישה לא עקב חומרת המעשה אלא עקב תוצאתם הפוגענית וה"קשה" בבעלי הזכויות;¹¹² ולבסוף, הצורך בהרתעה באמצעות העלאת קנס כספי על הפרה פלילית של יחידים ובידי תאגיד.¹¹³

אם כן, נדמה כי המחוקק הישראלי עשוי לנטוש את עמדתו השמרנית יחסית בנוגע להפללה של זכות היוצרים ולהרחיבה באופן ניכר. צומת זה משמעותי באשר לדיני זכות היוצרים בישראל. מהלך זה אף טומן בחובו השלכות על הבסיס התאורטי והמעשי של דיני העונשין. על אף שימושו התדיר והמפורש של המחוקק במונחים השאולים מהדין הפלילי, כגון גמול, נזק והרתעה, בכל הנוגע להצדקת הפללת זכות היוצרים, אין די בכך. כפי שאראה בחלקו השלישי של המאמר, הפללה דורשת בחינה מעמיקה ושיטתית של הסדרת ההתנהגות הרצויה, ופנייה לדיני העונשין ראויה אך ורק במקרים שבהם הסדרה זו עומדת בקריטריונים מחמירים. כפי שאטען להלן, הצעת החוק במתכונתה הנוכחית כושלת במשימה זו.

ג. המסגרת הנורמטיבית בבסיס הפללת התנהגות

1. עקרונות יסוד של הפללת התנהגות

הפללת התנהגות הינה כלי חשוב ביותר המצוי בידי המדינה. הגם שאין עוררין על כך שהדין האזרחי עשוי להטיל סנקציות כבדות, העשויות להיות יעילות מאוד למניעת התנהגות לא רצויה, הדין הפלילי הינו ככל הנראה הכלי ה"כבד" ביותר שיש בידי המדינה להכוונת התנהגות.¹¹⁴ עובדה זו נובעת בעיקרה מהגינתי האפשרי שנושאת עימה הרשעה בפלילים, כמו גם מאופי הסנקציה אשר כרוכה בשלילת חירותו של אדם באמצעות מעצר, מאסר או אף, במקרים קיצוניים, נטילת חייו.¹¹⁵ עקב כך, כחלק מעקרון

111 דברי ההסבר לחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 8), בעמ' 371.

112 ש.ס.

113 ראו: שם, בעמ' 371–372 (בכל הנוגע ליחידים: "כדי להגביר את ההרתעה מפני ביצוע של העבירות האמורות הוצע להחמיר גם את הקנס ולהעמידו על קנס מרבי [...]"). באשר לאחריות תאגיד, נקבע כי: "כדי ליצור הרתעה כלכלית ראויה, הוצע להכפיל את הקנסות המרכזיים בשל העבירות המוצעות כשהן נעשות בידי תאגיד".

114 Nils Jareborg, "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 521, p. 526 (2005).

115 ש.ס.

השירותים שבבסיס הדין הפלילי, מוטלת על מחוקקים חובה לבחון הפללה של התנהגות בכובד ראש, וזו צריכה להיעשות רק כמוצא אחרון להסדרת התנהגות בחברה.¹¹⁶ ואולם, אילו אמות מידה על מחוקקים להפעיל בקביעה אם התנהגות מסוימת מצדיקה איסור פלילי? שאלה סבוכה זו, העוסקת בהצדקות השימוש בדין הפלילי, העסיקה, ולבטח תמשיך להעסיק, חוקרים ומעצבי מדיניות רבים במרוצת השנים. עם זאת, השיח האקדמי בנושא זה, בעיקר עד העת האחרונה, הוביל לשלל תאוריות שונות ומגוונות, אשר חוסר העקיבות שבהן יצר בלבול רב בהבניית שיח מסודר של הפללה.¹¹⁷ עקרון הפללה ראשון ומרכזי מוכר כ**עקרון הנזק**, לפי משנתו של ג'ון סטיוארט מיל, כפי שהוצגה בחיבורו "על החירות".¹¹⁸ עיקרון ליברלי זה, המוכר כעקרון יסוד בהפללה ונהוג בעיקר בשיטות משפט אנגלו-אמריקניות,¹¹⁹ קובע כי הגבלת חירותו של אדם מוצדקת אך ורק במטרה למנוע נזק לאחר.¹²⁰ עיקרון זה, אשר אינו מוגבל לדין הפלילי,¹²¹ מקוטלג לעיתים כגישה פוזיטיבית להפללה, שכן נזק לבדו הינו סיבה מספקת להפללה, ובה בעת הפללה אינה מוצדקת בלעדיו.¹²² בבחינת עקרון הנזק על המחוקק להעריך אם הפעולה המופללת מובילה לנזק במובנו הרחב, קרי נזק אפשרי לאדם אחר, פגיעה בו או אף נזק לאינטרס חברתי. במילים אחרות, גם במקרה שבו נקבע כי בעלי זכויות אינם נפגעים על ידי ההפרה, המגבלה מחייבת לבחון ממבט על אם הקהילה נפגעת מאותה פעולה, דהיינו אפשר למדוד נזק חברתי ככל נזק שנגרם לחברה או למדיניות.¹²³

עקרון הפללה מרכזי נוסף הוא **עקרון המוסר**, המבוסס בחלקו על גישת הגמול למשפט הפלילי, הגורסת כי הפללה מוצדקת רק כאשר היא משקפת גמול ראוי עבור

116 שם, בעמ' 521. לקריאה נוספת על עקרון השירותים במשפט הפלילי ראו: מרדכי קרמניצר, "מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני", **גבורות לשמעון אגרנט** 325, בעמ' 326–327 (תשמ"ז).

117 לטענה זו ראו למשל: Paul H. Robinson & John M. Darley, "The Utility of Desert", 91 *Nw. U. L. Rev.* (1997) 453, p. 454 ("[t]he debate over the justification for punishing criminals has been deeply confused, and the confusion has a long and honorable (history)".

118 ראו באופן כללי: John Stuart Mill, *On Liberty* (1982; 1859).

119 Andrew Simester & Tony Smith, "Criminalization: The Role of Theory", *Harm and Culpability* (Andrew Simester & Tony Smith eds., 1996) 1, pp. 4-6. בספרות המקצועית בישראל ראוי לציין במיוחד את ספרו של אסף הרדוף בנושא חשוב זה, אשר תרם רבות לשיח ההפללה בישראל וכן לכותב מאמר זה. ראו: אסף הרדוף, **הפשע המקוון** (תש"ע), בעמ' 39–40.

120 Mill (לעיל, הערה 118), בעמ' 14.

121 Antony Duff, Lindsay Farmer, Sandra E. Marshall & Victor Tadros, *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial* (2007) p. 16.

122 לדיון בנושא הקטלוג של עקרון הנזק כעיקרון פוזיטיבי, ראו באופן כללי: Michael S. Moore, "A Tale of Two Theories", 28 *Crim. Just. Ethics* (2009) 27.

123 Joel Feinberg, *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law* (1984) p. 11.

אותה התנהגות.¹²⁴ עיקרון זה גורס בבסיסו כי הפללה מוצדקת להתנהגות בלתי מוסרית (עם קיומו של יסוד נפשי).¹²⁵ לפי עיקרון זה עשויה להיות הצדקה להטלת מגבלות על התנהגות בטענה שההתנהגות עצמה אינה מוסרית, מבלי להיזקק לבחינת קיומו של נזק לאדם אחר או פגיעה בו.¹²⁶ ואולם, סיווג התנהגות ככזו שאינה מוסרית אינו משימה פשוטה. מוסר הוא באופן כללי תלוי-תרבות וחברה, והוא עשוי להשתנות עם הזמן. שאלת המוסר בהקשר של הפללה צריכה להתייחס לפעולה המוסדרת כאל פעולה שהיא בלתי מוסרית (morally wrong behavior), ללא קשר לאיסור החוקי עליה. הנורמה החברתית, למשל, עשויה לקבוע שהתנהגויות מסוג רצח וגזל אינן פעולות מוסריות, ולכן גם אם החוק אינו אוסר פעולות אלו, חלק ניכר מהחברה לא יעסוק בהן בשל העובדה שהפנים את חוסר המוסריות שבהן.¹²⁷ התנהגויות אלו מוגדרות פעמים רבות כרעות כשלעצמן (Malum in se).¹²⁸

ואולם, עקרון הנזק עודנו מקבל במה מרכזית כהצדקה מובילה להפללה. עיקרון זה פותח עם השנים ויושם על ידי תאורטיקנים פלייליים רבים. ג'ואל פיינברג (Feinberg)¹²⁹ למשל, הציע, מתוך גישה ליברלית-מתונה, ארבעה עקרונות ראשיים להגבלת חירותו של אדם: עקרון הנזק, עקרון הפגיעה, פטרנליזם (רך) ומוסרנות משפטית.¹³⁰ לדידו של פיינברג, התקיימותו של כל עיקרון תומכת בהפללה אך אינה מחייבת אותו.¹³¹ כך,

-
- . Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (2008) p. 82 124
 Andreas von Hirsch, "Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory", 12 *Crim. L. & Phil.* (2012) 1, p. 8; Victor Tadros, *Wrongness and "Criminalization"*, *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (Andrei Marmor ed., 2012) 157, p. 159. 125
 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing* (1988) p. 27 126
 Tom R. Tyler, "Compliance With Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective", 29 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (1996) 219, p. 225; 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.* (2002) 167, p. 238 (2002) ; ביטון (לעיל, הערה 61) בעמ' 517. 127
 ראו להלן: בדיון בנושא אם החוק רחב יתר על המידה כדי להשיג את מטרתו. 128
 Feinberg, *Harmless Wrongdoing* (לעיל, הערה 126). 129
 גישתו של פיינברג מתויגת כ"מתונה" יותר מזו של מיל עקב העובדה שעקרון הנזק הינו עיקרון מרכזי אך אינו עיקרון יחיד בהגבלת חירותו של אדם. ראו: Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts* (2007) p. 13 130
 לדייק, פיינברג טען כי "[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is no other means that is equally effective at no greater cost to other values" ראו: Feinberg, *Harmless Wrongdoing* (לעיל, הערה 126) בעמ' xix. 131

פיינברג גורס, עקרון הנזק אינו עיקרון בלעדי להפלת התנהגות, אלא "סיבה טובה" להפלה המתקיימת בד בבד עם עקרונות אחרים.¹³²

חוקרים רבים המשיכו את דרכו של פיינברג בפיתוח עקרון הנזק.¹³³ כך, למשל, דאף (Duff) ואחרים גרסו כי צריך לפרש את עקרון הנזק ככזה המטיל מגבלות שליליות על הפללה אשר אינה מוצדקת כאשר היא כושלת במניעת נזק.¹³⁴ עם זאת, במרוצת השנים מתחו חוקרים רבים ביקורת על עקרון הנזק.¹³⁵ בין היתר, עקרון הנזק של מיל בוקר עקב עמימותו,¹³⁶ שכן מיל לא הציע הגדרה ברורה לתיחום העיקרון.¹³⁷ בדומה לכך, עקרון המוסר בוקר, בין היתר, על עמימותו הרבה והקושי בהגדרת מוסר אובייקטיבי.¹³⁸

בשיטת המשפט הקונטיננטלית, ובמידה רבה גם במשפט הישראלי, התפתח עיקרון חלופי נוסף על עקרונות הנזק והמוסר, המוכר כעקרון ההגנה על ערכים.¹³⁹ לפי עיקרון זה, תפקידו של הדין הפלילי הוא להגן על ערכים כנגזרת של הגנה על ערך חברתי מוגן.¹⁴⁰ כך, מטרתו של האיסור הפלילי היא להגן על אותם ערכים חברתיים שמצויים בבסיס הקיום של חברה מאורגנת, והערך המוגן הוא האינטרס שלשמו נוצר האיסור.¹⁴¹ עקרון ההגנה על ערך חברתי מוגן אף מצא את דרכו לחוק העונשין ב-2012 כעיקרון מרכזי בקביעת מתחם העונש ההולם וגזירת עונשו של הנאשם.¹⁴²

- 132 לפרשנות זו ראו: Peršak (לעיל, הערה 130) בעמ' 13. ראו גם: Bernard E. Harcourt, "The Collapse of the Harm Principle", 90 *J. Crim. L. & Criminology* (1999) 109, p. 114.
- 133 כך למשל רז (Raz) טען כי בד בבד עם עקרון הנזק יש להכיר בעקרון האוטונומיה. ראו באופן כללי: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986) 17.
- 134 ראו: Duff et. al. (לעיל, הערה 121) בעמ' 17.
- 135 ראו למשל: James Fitzjames Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity* (1874) p. 152; Arthur Ripstein, "Beyond the Harm ; 18–17 בעמ' (121) הערה 121) בעמ' 17–18; Arthur Ripstein, "Beyond the Harm ; 18–17 בעמ' (121) הערה 121) בעמ' 17; Cass R. Sunstein, "Legal Interference ; Principle", 34 *Phil. & Pub. Aff.* (2006) 215; Peršak ; with Private Preferences", 53 *U. Chi. L. Rev.* (1986) 1129, p. 1131 (לעיל, הערה 130) בעמ' 14.
- 136 ראו למשל: Peršak (לעיל, הערה 130) בעמ' 60–61.
- 137 לביקורת זו ראו: Andrew Simester & Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* (2011) p. 36.
- 138 ראו למשל: Dennis J. Baker, *The Right No to be Criminalized* (2011) p. 5.
- 139 ראו: הרדוף (לעיל, הערה 119) בעמ' 41–42. ניתן למצוא בסיס לטענה זו בכתביו של אמיל דורקהיים, אשר גרס כי ענישה פלילית היא תהליך חברתי שבבסיסו הגנה על ערכים משותפים. ראו, באופן כללי: Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society* (1933).
- 140 ראו למשל: מרדכי קרמניצר, "האם חסרי עבירות אנחנו?", **משפטים** יג (תשמ"ג–תשמ"ד) 159, בעמ' 160; מרדכי קרמניצר, **המרמה הפלילית** (תשס"ט) בעמ' 39.
- 141 הרדוף (לעיל, הערה 119) בעמ' 41.
- 142 סעיף 140 לחוק העונשין קובע כי "בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט". ראו: חוק העונשין, סעיף 140ג.

מבלי לגרוע מחשיבותם הרבה של עקרונות ההפלה השונים שהוצעו בספרות, הגישה המקובלת בספרות האקדמית היא שהם אינם גורמים מספקים להפלת התנהגות כאשר הם עומדים בגפם.¹⁴³ כך למשל, בישראל, גם אם נקבל את עקרון ההגנה על ערכים כעיקרון מרכזי לשאלת ההפלה (ולא רק לקביעת מתחם ענישה), אין הוא כשלעצמו מקדם את המחקק דיו על מנת להכריע אם ההפלה ראויה או לאו. הגנה על ערכים חברתיים הינה חשובה, אך פגיעה בהם אין משמעה בהכרח הפלה, שכן ערכים חברתיים עשויים להיפגע גם מפעולות שונות שאינן חוסות תחת הדין הפלילי; יתרה מכך, להפלה יש השלכות נוספות על החברה. הבעייתיות בעקרון הנזק דומה, שכן נזק כשלעצמו אינו מקדם דיו את שאלת ההפלה, שהרי אם כך היה הדבר, פעולות מזיקות רבות דוגמת הפרת חוזה היו נכנסות לגדר הדין הפלילי.

2. מסגרות תאורטיות להפלה

מתוך הכרה בבעייתיות של שלל העקרונות היחידים או אף הדואליים להפלת התנהגות, בין אם מדובר בעקרון הנזק, המוסר או עקרון ההגנה על ערכים, חוקרים שונים החלו בהבניה של מסגרות תאורטיות רחבות ומקיפות יותר.¹⁴⁴ דוגמה ראשונית לכך הייתה הצעתו של פיינברג, כאמור לעיל, לבחון ארבעה עקרונות ראשיים להגבלת חירותו של אדם, כאשר עקרונות אלו משתלבים, אך עיקרון יחיד אינו מספיק להצדקת הפללתה של התנהגות.¹⁴⁵ דוגמה נוספת, הממשיכה את פיתוחו של פיינברג במובן מסוים, הציגו אנדרו סימסטר (Simester) ואנדראס וון-הירש (von Hirsch), אשר הציגו גישה דו-שלבית להפלה: הסתמכות הן על עקרון הנזק והן על עקרון המוסר, כאשר רק מילוי שני העקרונות האלו מוביל להפלה מוצדקת (עם תלות מסוימת בגורמים נוספים).¹⁴⁶

143 ראו: הרדוף (לעיל, הערה 119), בעמ' 41–44.

144 ראו למשל את הצעתם של דאף (Duff) ואחרים להכיר בעקרון המוסר כחלק בלתי נפרד מכל תהליך הפלה. Duff et al. (לעיל, הערה 121) בעמ' 58.

145 לדידו של פיינברג, עקרון הנזק והמוסר ("מוסרנות משפטית" בהגדרתו) אינם מספיקים כשלעצמם להצדקת הפללתה של התנהגות ויש להוסיף להם את עקרון הפגיעה ופטרנליזם (רך) ומוסרנות משפטית. **עקרון הפגיעה** מכוון להובלה של מצב נפשי בלתי רצוי, כגון גועל, בושח, כאב וחורדה. תחת עיקרון זה, קיימת סיבה טובה לתמיכה בהפלת התנהגות כאשר קיים צורך למנוע פגיעה באנשים אחרים וכאשר ההפלה תהיה יעילה לתמוך במטרה זו. **פטרנליזם (רך)** מתייחס להצדקה של הפללת התנהגות הקשורה לפגיעה עצמית, בין אם פיזית, פסיכולוגית או כלכלית. ראו באופן כללי: Feinberg, *Harm to Others* (לעיל, הערה 123) בעמ' 78; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others* (1985) בעמ' 18–19; Duff et al. (לעיל, הערה 121) בעמ' 19 (אשר מסכמים את גישותיו של פיינברג לעקרון הנזק).

146 ראו: Simester & von Hirsch (לעיל, הערה 137). יש לציין כי סימסטר וון הירש לא הציגו קריטריונים לבחינת מוסר. לתובנה זו ראו: von Hirsch (לעיל, הערה 125) בעמ' 8.

ואולם, גם תאוריות אלו זכו לביקורת בטענה שאינן מעניקות כלים מספיקים לבחינה סדורה ומבוקרת של הפללה.¹⁴⁷

תאוריית הפללה מובנית הוצעה לראשונה בספרות האקדמית בשנת 1994 על ידי ג'ונתן שונשק (Schonsheck), שהציע מודל הפללה מורכב, הנסמך על "עקרונות הפללה".¹⁴⁸ עקרונות אלו מתבטאים בשלושה "מסננים", אשר הפללת התנהגות מחויבת לעבור כדי להצדיקה: מסנן העקרונות (Principles Filter), המחייב את מילוי של לפחות אחד מארבעת העקרונות להגבלת חירותו של אדם שהציע פיינברג: עקרון הנזק, עקרון הפגיעה, פטרנליזם (רך) ומוסרנות משפטית; מסנן הַתְּזָקוֹת (Presumptions Filter), המחייב את המחוקק לבחון חלופות פוגעניות פחות מהדין הפלילי; המסנן המעשי (Pragmatics Filter), המחייב את המחוקק לבחון את השלכות ההפללה באמצעות ניתוח של עלות-תועלת.

מודל נוסף, אשר ראוי לדעתי לסווגו כמודל המרכזי והמפורט ביותר שהוצע בספרות המקצועית עד כה, הוצע על ידי דאגלס הוסאק (Husak) ב-2008.¹⁴⁹ המתווה של הוסאק מורכב משבע מגבלות להפללה, המחולקות למגבלות חיצוניות ופנימיות לדין הפלילי.¹⁵⁰ ארבע המגבלות הפנימיות הן: (1) **נוק בלתי טריוויאלי או רע**; ¹⁵¹ (2) **מוסר** (שהתנהגות אינה מוסרית לפחות באופן מסוים); ¹⁵² (3) **גמול** (ענישה פלילית הינה מוצדקת רק כאשר היא "ראויה"); ¹⁵³ (4) **הטלת נטל ההוכחה על המדינה להצדקת ההפללה**.¹⁵⁴ שלוש המגבלות החיצוניות הינן: (1) **אינטרס מדיני מהותי** (המדינה מחויבת לזהות את האינטרס ולהוכיח כי הוא לגיטימי ומהותי); ¹⁵⁵ (2) **קידום האינטרס באמצעות ההפללה** (עניין אשר מחייב בחינה אמפירית); ¹⁵⁶ (3) **מידתיות**, קרי החוק אינו יכול להיות רחב יתר על המידה לצורך השגת מטרתו (עניין אשר מחייב בחינת חלופות פוגעניות פחות).¹⁵⁷ ארבע דברים על המגבלות החיצוניות בפרק ד' להלן.

-
- 147 ראו למשל: הרדוף (לעיל, הערה 119) בעמ' 42–44.
- 148 ראו: Jonathan Schonsheck, *On Criminalization* (1994) pp. 25–26, ולאורך הספר. למותר לציין כי עד להצעתו של שונשק, ההצדקות בבסיס ההפללה הסתמכו על בחינת עיקרון אחד (בין אם מדובר בעקרון הנזק או המוסר) או על המודל המשולב של סימסטר ווין-הירש. המודל של שונשק, לעומת זאת, מציע לראשונה מסגרת תאורטית סדורה אשר באמצעותה, לדידו, יש לבחון הפללת התנהגות. ראו: הרדוף (לעיל, הערה 119) בעמ' 44–45.
- 149 ראו: Husak (לעיל, הערה 124).
- 150 שם, בעמ' 55–56, ולאורך הספר. יש לציין כי הוסאק מדגיש שההפרדה בין מגבלות פנימיות לחיצוניות אינה גזרת גורל, וכי הן חופפות במידה רבה. ראו: שם, בעמ' 57, 121.
- 151 שם, בעמ' 66.
- 152 שם.
- 153 שם, בעמ' 82.
- 154 שם, בעמ' 99–100.
- 155 שם, בעמ' 132.
- 156 שם, בעמ' 145.
- 157 שם, בעמ' 132, 153–154.

מוטב לציין כי המודלים המוצעים של שונשק והוסאק אינם חפים מבעיות.¹⁵⁸ כך למשל, בדומה לביקורת שהועלתה כנגד עקרון הנזק, קיימת עמימות מסוימת גם במודל של שונשק, בעיקר בכל הנוגע למסנן השני ולמסנן השלישי. כמו כן, שונשק לא התייחס לשאלת קיומו של אינטרס מדיני או של כל ערך מוגן אחר בהסדרת ההתנהגות. הביקורת על המודל של הוסאק הייתה על כך שהוא מתייחס להפללה ברמת המשגה גבוהה בלבד, ללא מתן שיקולים ברורים דיים.¹⁵⁹ עם זאת, תוך הכרה במגבלות המודל של הוסאק, נדמה שמודל זה ראוי ליישום בעת זו על הפללת התנהגות, שכן מדובר במודל המפורט ביותר שקיים כיום לבחינתה של הפללת התנהגות,¹⁶⁰ והוא מכיר בצורה נאותה, תוך יצירת איזון מורכב, בין הסיבות השונות להפללה של התנהגות. יתרה מכך, גם לו נשמעה ביקורת כלפי מרכיב זה או אחר של המודל שהציע הוסאק, מעצבי מדיניות שאינם מכירים במרכיב כלשהו במודל ההפללה שלו עשויים להפחית במשקלו בשקלול תוצאת ההפללה. בהתאם לכך, ועם הזהירות הנדרשת, במאמר זה ייעשה שימוש במודל של הוסאק לבחינת ההפללה האפשרית של זכות העמדה לרשות הציבור וזכות השידור, כפי שהוצעה בישראל.

ד. הפללה של זכות העמדה לרשות הציבור וזכות השידור: מבט ביקורתי

אשוב להצעת החוק לתיקון חוק זכות יוצרים 2007. כאמור בחלקו השני של מאמר זה, הצעת החוק מציעה להוסיף לעבירות הפליליות הקיימות את ההפרה של זכות העמדה לרשות הציבור ושל זכות השידור. בשונה מהעוולה האזרחית הקבועה לזכויות אלו,

158 ראו: הרדוף (לעיל, הערה 119) בעמ' 48-49.

159 כך למשל, אסף הרדוף גורס כי היצמדות לרובד הפשטה כללי מדי אינה מקדמת מספיק לכדי שיקולי הפללה ברורים. ראו: הרדוף (לעיל, הערה 119) בעמ' 48. ראו גם Miriam Gur-Arye, "Comments on Douglas Husak's Overcriminalization", 1 *Jrslm. Rev. Legal Stud.* (2010) 21, p. 21; Stuart P. Green, "Is There Too Much Criminal Law", 6 *Ohio St. J. Crim. L.* (2009) 737; Darryl K. Brown, "Can Criminal Law be Controlled?", 108 *Mich. L. Rev.* (2010) 971.

160 ראוי לציין כי בספרות הישראלית הוצעו שני מודלים חשובים נוספים לבחינת הפללתה של התנהגות. המודל הראשון הוצע על ידי יובל קרניאל בחיבורו "הפרת אמונים בתאגיד". קרניאל מציע לבחון הפללת התנהגות באמצעות שש אמות מידה שונות (גישה כלכלית למשפט; דרישת עוול; פגם מוסרי; נוסח האיסור ובהירותו; שירות הדין הפלילי; יעילות האכיפה). ראו: יובל קרניאל **הפרת אמונים בתאגיד** 275-276 (2001). המודל השני הוצע על ידי אסף הרדוף, אשר מפתח מודל של הפללה באמצעות "סולם הפללה". מודל זה נסמך בעיקרו על המודלים שהוצעו בספרות, תוך ביאור שלבי הביניים השונים. המודל מורכב מארבעה שלבים: (1) זיהוי סוג של התנהגות פוגעת; (2) תכליתיות: מניעת נזקים ופגיעות ערכיות באמצעות הדין הפלילי; (3) בחינת חלופת הפללה; (4) הערכת הפגיעה של הפתרונות. ראו: הרדוף (לעיל, הערה 119) בעמ' 49-98.

הפרה תיכנס לגדר האיסור הפלילי רק כאשר היא נעשתה "על דרך עיסוק" ובמטרה להפיק רווח מעיסוק זה.¹⁶¹ כאשר בוחנים את מגוון הזכויות המוענקות לבעל הזכות, אשר במסגרתן מנויות גם זכותו הבלעדית של בעל הזכות לשדר את יצירתו וזכותו להעמיד את יצירתו לרשות הציבור, נראה אך טבעי להוסיף פעולות אלו לאיסור הפלילי, לצד שאר הזכויות הקיימות שם. כך, במידה רבה, עשתה בריטניה בשנת 2017. ואולם, הסיבה להפרדה זו, וכן לקיומו של מדרג סנקציות שונה לעבירות קיימות שונות, נעוצה, בין היתר, בשירותיות הדין הפלילי ובאיזון האינטרסים העדין שבין היוצר לציבור.¹⁶² – בין זכות הקניין הרוחני לזכויות הפרט דוגמת חופש הביטוי וחופש המידע.¹⁶³

בדיקה מעמיקה של הפללה אפשרית זו חושפת את הכשלים והסכנות הטמונים בה, הגם שאבות זכות היוצרים הישראלית בחרו לפנות למגמה זו. הפללה זו עלולה אף לפגום, בין היתר, בבסיס האינטרס המדיני לשמור על איזון האינטרסים שבבסיס דיני זכות היוצרים, שכן תיתכן פגיעה במטרה של עידוד היצירה, אשר מצויה בליבה של ההגנה על הזכות. כך למשל, יוצרים רבים עלולים להירתע מלשתף יצירות עקב העובדה שהם עשויים להפיק רווח כלכלי משיתוף זה. על כן, כפי שעולה מחלק זה של המאמר, השימוש בדין הפלילי בכל הנוגע להעמדה לרשות הציבור ושידור אינו ראוי כאשר הוא טומן בחובו אפשרות ממשית לצינון פעולות חשובות רבות, וכן כאשר קיימות חלופות פוגעניות פחות מהדין הפלילי להשגת מטרה דומה.

1. הצעת חוק זכות יוצרים בראי תאוריות הפללה

כאמור, המתווה של הוסאק מחייב בחינה של שבע מגבלות שונות לחקיקה פלילית, המורכבות מארבע מגבלות פנימיות (נזק לא טריוויאלי או רע; מוסר; גמול; הטלת נטל ההוכחה על המדינה להצדקת הפללה)¹⁶⁴ ומשלוש מגבלות חיצוניות (אינטרס מדיני מהותי; קידום ישיר של האינטרס המהותי; בחינה אם החוק רחב יתר על המידה לצורך השגת מטרתו).¹⁶⁵ אפנה להלן לבחון את הצעת החוק לאור שבע המגבלות הללו, תוך הכרה במגבלותיהן, כגון עמימות האיזון ביניהן.

161 ראו: ס' 6 להצעת החוק.

162 ניתן לסווג את איזון האינטרסים בדיני זכות יוצרים לשניים: איזון פנימי, המבקש לקדם שימושים שנתפסים כחשובים ליצירה, ואיזון חיצוני, המבקש להעשיר את דיני זכות יוצרים כך שיכללו שיקולים נוספים חיצוניים לדין, דוגמת חופש הביטוי. להרחבה על סיווג זה, ראו למשל: מיכאל בירנהק "יצירה משפטית: שימוש הוגן בדיני זכויות יוצרים" **משפט, תרבות וספר: ספר נילי כהן** 84 (שי לביא ועופר גרוסקופף, עורכים, 2018).

163 לקישור בין הפללה הפרת זכות היוצרים לבין כרסום אפשרי בזכות לחופש ביטוי ראו: Lucille M. Ponte, "Coming Attractions: Opportunities and Challenges in Thwarting Global Movie Piracy", 45 *Am. Bus. L.J.* (2008) 331, p. 335 (לעיל, הערה 61) בעמ' 518.

164 HUSAK (לעיל, הערה 124).

165 שם.

בחינת ארבע המגבלות הפנימיות

– **נזק לא טריוויאלי או רע.** הפרה של זכות יוצרים עלולה להוביל לנזק כלכלי ואף לנזק חברתי.¹⁶⁶ הנזק עשוי להיות נזק כלכלי ליוצרים, לבעלי זכויות שונות שאינם היוצרים, למתווכים (כגון ספקים ומפיצים), לצרכנים שאינם מפרים (למשל עקב העלאת מחירים) ולחיי הסחר המקומי והבין-לאומי באופן כללי.¹⁶⁷ כך, מלבד מחקרים בודדים הגורסים אחרת,¹⁶⁸ הדעה הרווחת בספרות האקדמית הינה שההפרות של זכות יוצרים אכן גורמות נזק מסוים.¹⁶⁹ באופן כללי, קשה לקבוע מסמרות בעניין גובה הנזק הנגרם לבעלי זכויות עקב הפרה של זכות יוצרים, וייתכן מאוד כי הפרות שונות, הן של תכנים שונים והן של זכויות שונות מאגד הזכויות, עשויות להוביל לתוצאות שונות באשר

166 בספרות האקדמית אף הוצע להכניס הפרה של זכות יוצרים תחת הקטגוריה של עבירות צווארון לבן. ראו לעניין זה I. Trotter Hardy, "Prosecuting White Collar Crime: Criminal Copyright Infringement", 11 *Wm. & Mary Bill of Rts. J.* (2002) 305, pp. 306–307.

167 Diane L. Kilpatrick-Lee, "Criminal Copyright Law: Preventing a Clear Danger to the U.S. Economy or Clearly Preventing the Original Purpose of Copyright Law?", 14 *Balt. Intell. Prop. L.J.* (2005) 87, p. 118; Stephen E. Siwek, Inst. For Pol'y Innovation, Policy Report 189: The True Cost of Copyright Industry Piracy to the U.S. Economy I (2007) http://www.ipi.org/docLib/20120515_CopyrightPiracy.pdf. בכל הנוגע לנזק "חברתי" ראו, למשל: Cheng Lim Saw, "The Case for Criminalising Primary Infringements of Copyright— Perspectives from Singapore", 18 *Int'l J.L. Info. Tech.* (2009) 95, p. 104.

168 ראו Felix Oberholzer-Gee & Koleman Strumpf, *File-Sharing and Copyright* (Harvard Business School, Working Paper No. 09-133, 2009), [<https://hbswk.hbs.edu/item/file-sharing-and-copyright>]; William Patry, *Moral Panics and the Copyright Wars* (2009) pp. 15–16. והמוזיקה ממשיכות לגדול מדי שנה למרות הפרת זכויות יוצרים).

169 ראו, למשל, Eric Goldman, "A Road to No Warez: The No Electronic Theft Act and Criminal Copyright Infringement", 82 *Or. L. Rev.* (2003) 369, pp. 426-427; Norbert J. Michel, "Digital File Sharing and the Music Industry: Was There a Substitution Effect?", 2 *Rev. of Econ. Res. on Copyright Issues* (2005) 41, p. 50; Martin Peitz & Patrick Waelbroeck, "The Effect of Internet Piracy on Music Sales: Cross-Section Evidence", 1 *Rev. Econ. Res. On Copyright Issues* (2004) 71; Alejandro Zentner, "File Sharing and International Sales of Copyrighted Music: An Empirical Analysis with a Panel of Countries", 5 *Topics in Econ. Analysis & Pol'y* (2005) 1. ראו גם דיווחים בעיתונות לגבי הנזק שנגרם לתעשיית המוזיקה עקב תוכנות לשיתוף קבצים, David Goldman, Music's Lost Decade: Sales Cut in Half, CNN Money (Feb. 3, 2010, 9:52 AM), [http://money.cnn.com/2010/02/02/news/companies/napster_music_industry].

להיקף הנזק האמור וייתכן אף לעצם קיומו.¹⁷⁰ גם הנזק האפשרי מהפרה באינטרנט אינו בהכרח שווה ערך לנזק קנייני קלסי בעולם הפיזי.¹⁷¹ בבחינת עקרון הנזק על הפללת ההתנהגות המוצעת בהצעת החוק, כבר בנקודה זו יש לדחות את הטענה העולה בהצעה הגורסת כי "מאחר שאין הצדקה להבחין בין הפרות המתבצעות בעולם הפיזי להפרות של אותן הזכויות המתבצעות ברשת האינטרנט, מוצע לקבוע איסור פלילי גם על פעולות אלה".¹⁷² עמדה זו, שיש לקבוע איסור פלילי דומה לאותן פעולות בשל חומרתן והנזק שהן גורמות, אינה מבוססת דיה. כאמור, הנזק של הפרה בעולם הפיזי אינו בהכרח שווה ערך לנזק בעולם הדיגיטלי, ולא דווקא מדובר בנזק גבוה יותר כשמדובר בעולם הפיזי. שאלת הנזק דורשת נסיבות אשר בעיקרן נשענות על בחינת השאלה אם ללא ההפרה האמורה היה המפר רוכש את היצירה. בעולם הפיזי, למשל, נטילה שלא כדין של יצירה מוגנת גורמת נזק לגורמים שונים, אך הורדה (ללא שיתוף) של אותה יצירה אינה בהכרח עושה כן, אם אין בכוונת המפר לשלם על אותה יצירה. במילים אחרות, יש לבחון אם ההפרה של זכות היוצרים בעידן הדיגיטלי הינה תחליף לרכישת המוצר.

יתרה מכך, בעלי זכויות רבים עלולים אף להגדיל את עוגת ההכנסה שלהם למרות קיומן של הפרות, שכן חשיפת תכנים מסוימים עשויה להגדיל את הכנסותיהם במידה מסוימת.¹⁷³ בעניין זה יש לציין כי ככל שטענה זו עומדת במבחנים כמותניים, ויש להטיל עובדה זו בספק בעת זו ללא הוכחה, העמדה לרשות הציבור ושידור עשויים להוות מוצר תחליפי מושלם לתכנים אחרים, ועל כן נדמה שאין עוררין על כך שזק מסוים עלול להיגרם לחלק מבעלי הזכויות. מבלי לקבוע מסמרות באשר להיקף הנזק הנגרם מהפרת זכויות אלו, ולאור העמדה המקובלת בספרות המקצועית בעניין הנזק, הנחת מוצא של מאמר זה היא שעקרון הנזק מתקיים באופן כללי בכל הנוגע להפרת הזכות להעמדה לרשות הציבור ולזכות השידור.

170 עניין זה עשוי להיות רלוונטי אף לסוג המדיה המופרת. כך, למשל, עשוי להיות הבדל בין הפרה של יצירה מוזיקלית לבין הפרה של יצירה קולנועית עקב אופי הצריכה שלהן. ניתן לראות ביצירה מוזיקלית מעין "מדיה רב-פעמית", שכן חיבה ליצירה מסוימת עשויה להוביל לרצון להאזין לה פעמים מספר, בעוד יצירה קולנועית היא מעין "מדיה מוגבלת", שכן חיבה ליצירה לא בהכרח תוביל לרצון לצפייה חוזרת בה (או רצון זה יהיה מוגבל). להבחנה זו ראו: Eldar Haber, "Copyrights in the Stream: The Battle on Webcasting", 28 *Santa Clara Computer & High Tech.* (2012) 769, pp. 795-796.

171 ראו למשל Geraldine Szott Moohr, "The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry into the Basis of the Crime", 83 *B.U. L. Rev.* (2003) 731, p. 754. Based on Morality, Harm, and Criminal Theory.

172 ראו דברי ההסבר של הצעת החוק, בעמ' 44.

173 בין היתר, חשיפה לתכנים עשויה להגביר חשיפה לתכנים שיירכשו עקב אותה חשיפה, אומנים יכולים להשיא רווחים מהופעות וממכירת מוצרים נלווים ועוד.

— **מוסר**. מה בין מוסר לבין זכות יוצרים? התשובה לכך אינה פשוטה ולבטח אינה חד-משמעית.¹⁷⁴ כאמור בפרק ג' לעיל, בחינה של מוסריות התנהגות במובנה הקלסי מתרחשת כאשר מדובר באותן התנהגויות המוגדרות כרעות כשלעצמן (Malum in se). כאשר מדובר בהפרה של זכות יוצרים השאלה סבוכה יותר, שכן נדמה לפחות שאין נורמה חברתית ברורה באשר למוסריות של הפרת הזכות באופן כללי.¹⁷⁵ לו הייתה בישראל נורמה חברתית כזו, הדיון בהפללה עשוי היה להתייטר, שכן מרבית האנשים לא היו מפרים ולכן הנזק האפשרי היה ככל הנראה קטן באופן ניכר.

במקרה דנן, על המחוקק לבחון אם העמדה לרשות הציבור ושידור של תכנים המוגנים בזכות יוצרים הינן פעולות בלתי מוסריות. לשם כך יש לבחון כמה תרחישים הכרוכים בהפלת פעולות אלו. התרחיש הקלסי הינו המפר אשר מעמיד לרשות הציבור או משרד תכנים כגון סדרות, סרטים או משחקי ספורט, אשר אין עוררין על כך שהוא אינו מורשה לעשות כן.¹⁷⁶ אף שאין מדובר בבחינה איכותנית או כמותנית, נדמה כי יהיה זה סביר לגרוס כי פעולות אלו אינן מוסריות, לפחות במידה וברמה מסוימות. כפי שנהוג פעמים רבות להשוות פעולות הפרה בזכות יוצרים לעולם הפיזי — השוואה שאינה בהכרח מדויקת כאמור — ייתכן שיש בכך מעין נטילה שלא כדין, שדומה, במידה מסוימת ובזהירות מרבית, למהות העומדת מאחורי עבירות גזל כגון גנבה.¹⁷⁷ במילים אחרות, הפרת הזכות במקרה זה מונעת מהיוצר במידה מסוימת ליהנות מפרי עמלו, ובכך פוגמת בתמריץ של יוצרים רבים ליצור.¹⁷⁸ ואולם, מבלי לקבוע מסמרות לעניין מטפורת הגנבה, הטענה בכל הנוגע להפרת זכות יוצרים,¹⁷⁹ אין עוררין על כך שהפרת הזכות

-
- 174 לבחינתה של שאלת המוסריות בפעולת ההפרה של זכות יוצרים ראו למשל Moohr (לעיל, הערה 171) בעמ' 733.
- 175 ראו: Green (לעיל הערה 127) בעמ' 238.
- 176 דוגמה לאתר המעמיד לרשות הציבור תכנים מוגנים בזכות יוצרים הינו אתר הנושא את השם "Sdarot" (סדרות), אשר נכון לעת כתיבת שורות אלה ניתן כנגדו צו חסימה מוחלט. ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 4481-10-13 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' בן עמי (פורסם בנבו, 9.4.2017).
- 177 לביקורת על השימוש במילה "גנבה" (theft) לתיאור הפרה של זכות בקניין רוחני ראו: Green (לעיל, הערה 127) בעמ' 241.
- 178 ראו למשל Glen O. Robinson, "On Refusing To Deal with Rivals", 87 *Cornell L. Rev.* 1177, p. 1210 (2002). מנגד, ראו: Jonathan M. Barnett, "Shopping for Gucci on Canal Street: Reflections on Status Consumption, Intellectual Property, and the Incentive Thesis", 91 *Va. L. Rev.* (2005) 1381, p. 1422 (המחבר מטיל בספק את הטענה שהפרה של זכות יוצרים תמיד מובילה לירידה בתמריץ ליצור).
- 179 להשוואת השימוש ב"גנבה" להפרה של קניין רוחני, ראו למשל Irina D. Manta, "The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement", 24 *Harv. J.L. & Tech.* (2011) 469, pp. 473–80.

במקרה זה ברורה, וככל הנראה קיים דופי במעשיהם של אותם מפריס, שניתן לסווג תחת הקטגוריה של פעולה בלתי מוסרית.¹⁸⁰ התרחיש הסבוך יותר מגיח מתוך בחינה מעמיקה של שלל הפעולות שעשויות להיכנס בגדר סעיפי החוק. כך במקרה זה, בחינה של מגוון הפעולות שהאינטרנט מאפשר בכל הנוגע להעמדה לרשות הציבור ושידור מעוררת תהיות. כנקודת מוצא, דמיינו כי החוק מפליל את זכות ההעמדה לרשות הציבור וזכות השידור ושותק בכל הנוגע לאופייה המסחרי של הפרה זו, כלומר אדם שמעמיד לרשות הציבור יצירה מוגנת או משדר אותה עלול למצוא את עצמו מורשע בעבירה פלילית. כך, העלאת סרטון למדיה חברתית או שידור חי בזמן קונצרט עלולים ליפול לגדר סעיף זה. קשה לטעון בפה מלא כי מדובר בפעולות בלתי מוסריות.

נדמה כי אף המחוקק אינו מתיימר לטעון כי פעולות אלו נופלות בגדר פעולות שהינן בלתי מוסריות (מנקודת המבט הפלילית לפחות), אלא, לדידו, הן עלולות להפוך לכאלו רק כאשר הן מתבצעות על דרך עיסוק, ללא רשותו של בעל זכות היוצרים ובמטרה להפיק רווח מעיסוקו. גם ביסוס זה, ככל שפרשנות ההבחנה מדויקת, אינו חף מתהיות. האם קיומו של רווח כלשהו מפעולת הפרה של זכות יוצרים הוא ההופך התנהגות מוסרית לכזו שאינה מוסרית? על אף קיומה האפשרי של נורמה חברתית המבחינה בין מפריס "רעים" (שמפריס לטובת רווח) לבין מפריס "טובים" או "לא רעים" (שמפריס ללא מטרת רווח),¹⁸¹ נדמה כי התשובה לשאלה סבוכה זו אינה פשוטה כלל.

דמיינו כי משתמש קצה אנונימי מעלה לאינטרנט, ללא תשלום מצד הגולשים או מצדדים שלישיים, סרט באורך מלא ובאיכות גבוהה, שהינו מוצר תחליפי מושלם לרכישתו/השכרתו בחנות פיזית או מקוונת. מחד גיסא, ההנגשה של תכנים עשויה דווקא להיחזות כפעולה חברתית רצויה, שכן ההנגשה של ידע והעשרת עולמם של רבים שידם אינם משגת עשויה להיות חיובית. מאידך גיסא, טענות ה"רובין-הוד" המודרני אינן לגמרי משכנעות, שכן, ממבט-על, פעולות אלו אינן בהכרח רצויות ליוצרים בפרט ולחברה ככלל. הן עשויות לפגוע בבסיס התמריצים השונים ליצירה ובכך לפגוע בצרכנים עקב התמריץ השלילי האפשרי ליצור ולהשקיע ביצירות. על כן, פעולות אלו, גם אם אין בהן ערך מסחרי כשלעצמן (ובמקרה דנן האנונימיות מבטלת טענות של

180 עם יש לציין כי עמדה מנוגדת לכך גורסת כי הפרת הזכות היא אמצעי חשוב של השוק לצאת כנגד התעשייה מסיבות שונות, וכי קיים צורך בהנגשת יצירות למי שידו אינה משגת. עוד יש לציין כי טענת ה"רובין הוד" בכל הנוגע לקניין רוחני הועלתה בהקשרים שונים בספרות המקצועית. דוגמה לכך ניתן למצוא בהקשר של השימוש בלחצים על מדינות מתפתחות בכל הנוגע להגנה על זכויות קניין רוחני. ראו לעניין זה: Mary Kopyczynski, "Robin Hood Versus the Bullies: Software Piracy and Developing Countries", 33 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* (2007) 299.

181 ראו: ביטון (לעיל, הערה 61) בעמ' 521–522.

רכישת מוניטין כערך כלכלי-מסחרי), ככל הנראה יפלו לגדר פעולות שמוסריותן, לכל הפחות, מוטלת בספק.

אם כן, שאלת המוסריות הופכת סבוכה יותר במקרי הביניים שבתחום האפור. כך למשל, העלאת סרטון על ידי משתמש קצה לאתר דוגמת YouTube, המאפשר הפקת רווח ישיר מהעלאת סרטונים או רווח עקיף כתוצאה של מוניטין, עלול להיכנס לגדר הסעיף המוצע (כאשר קיימת הפרה לכאורה של זכות יוצרים).¹⁸² במקרים הללו, ספק רב אם נגרם נזק לבעלי הזכויות, ונדמה ששאלת אי-המוסריות בפעולות מעין אלו מוטלת אף היא בספק רב (בתלות בנסיבות המקרה).

התקיימותם של עקרון הנזק והפרה של עקרונות המוסר בהעמדה לרשות הציבור ושידור מוטלים אפוא בספק במקרים רבים ותלויים בנסיבות המקרה. מנקודת מבט צרה, ניתן לקבל את הטיעון שעקרונות אלו עשויים להתמלא ככל שהחוק יתוחם לאותם מקרים שבהם אין עוררין על כך שמדובר בהפרה בלתי מוסרית הגורמת נזק; עם זאת, במסגרת האיוון שייערך תחת המגבלות החיצוניות להפללה שייבחנו בהמשך הדברים, יש להבטיח כי אכן רק אותן פעולות נכנסות לגדר האיסור הפלילי. הבעיה, כפי שעולה ממאמר זה, היא שלא ניתן לעשות כן במסגרת הצעת החוק במתכונתה הנוכחית.

– **גמול.** בחינת גמול איננה משימה פשוטה כלל ועיקר, כיוון שפעמים רבות לא ניתן לאמוד אותה. יתרה מכך, הגמול במשפט הפלילי עשוי להתערבב במידה מסוימת עם דרישת הנזק והמוסר, שכן ככל שפעולה מסוימת אינה מוסרית וגורמת לנזק, אזי הגמול בדמות הענישה הפלילית עשוי להיחשב כראוי ומוצדק יותר.¹⁸³ בנקודה זו ניתן להעלות תהייה בנוגע להפללת זכות היוצרים בסביבה הדיגיטלית. בדוגמה הקיצונית, שבה אדם מפעיל אתר אינטרנט ומנגיש באמצעותו אלפי תכנים שאין כל ספק כי הם מפרים זכות יוצרים, והוא אף משיא רווחים מאותו עיסוק, נשאלת השאלה: האם הגמול הראוי הינו בהכרח הדין הפלילי? מדוע דווקא במקרה דנן הגמול הראוי הוא הדין הפלילי ולא האזרחי, אם זה האחרון אכן יעיל בהשגת מטרתו?

הקושי בניתוח מגבלה זו חוזר כאשר מפרידים בין פעולות שונות או תרחישים שונים הנוגעים להעמדה לרשות הציבור ולשידור. מן הצד האחד של המתרחש עומדים אותם מפרים שמעמידים לרשות הציבור ו/או משדרים תכנים דרך האינטרנט במטרה מובהקת להפרת זכות היוצרים. מעברו שני של המתרחש עומדים משתמשי קצה שמעלים תכנים העלולים להפר זכות יוצרים לפלטפורמות שונות, וייתכן כי הם אף "עוסקים" בכך, לשם רווח כלכלי ממשי מאותם אתרים או צבירת מוניטין, שאף אותו ניתן לתרגם למונחים

182 להרחבה על מודלים כלכליים שונים שדרכם YouTube מתגמלת מעלי תכנים, ראו למשל: Rebecca Ratcliffe, YouToo can earn £100,000 on YouTube, Guardian (Jan. 13, 2012) [https://www.theguardian.com/money/2012/jan/13/earn-money-youtube-viral-video]

183 Husak (לעיל, הערה 124) בעמ' 82–83. מובן שיש באופי טענה זו מעגליות מסוימת, שכן היא מייתרת את דרישת הגמול כחלק מתאוריית ההפללה.

כלכליים. נדמה כי קשה יהיה לטעון שהדין הפלילי יהיה גמול ראוי למשתמשים שהעלו תכנים לאותן פלטפורמות, כל שכן שניתן להעמידם לדין לפי החקיקה האזרחית הקיימת. – **נטל ההוכחה להצדקת ההפללה.** שלב זה מטיל כאמור את נטל ההוכחה להצדקת ההפללה על המדינה המבקשת להפליל את ההתנהגות. דברי ההסבר של התזכיר ושל הצעת החוק מבהירים את חשיבות התיקונים הנדרשים. משרד המשפטים מציין, ובצדק רב, כי קיימות בעיות אכיפה המתעוררות בשל ההתפתחות הטכנולוגית.¹⁸⁴ לכאורה, יש היגיון רב בדברי ההסבר. אין עוררין על כך שההתפתחויות הטכנולוגיות הובילו לבעיות אכיפה בכל הנוגע להפרה של זכות יוצרים. יתרה מכך, העובדה שהטכנולוגיה מאפשרת למשתמשי קצה להפר זכות יוצרים ביתר קלות אינה מצדיקה הפרות אלו, ויש להילחם בתופעה. אך בד בבד עם כך, אל לו למחוקק להקיש מבעיות אלו היישר לפתרון של שימוש בדין הפלילי.

יתר על כן, הרף של נטל ההוכחה במקרה דנן מוכרח להיות גבוה. על המדינה להוכיח באופן מובהק את התקיימותם של שלל התנאים להפללה, כולל המגבלות החיצוניות. במילים אחרות, על המחוקק הישראלי לבחון לעומק את קיומו של האינטרס המדיני המהותי להסדרת ההתנהגות, קידומו הישיר באמצעות ההפללה ולבסוף לבחון אם ההפללה רחבה יתר על המידה לצורך השגת מטרתה. בשלב זה לא די בשיקולים של נזק, מוסר ואף גמול כדי להצדיק הפללה זו. כפי שתראה בחינתן של שלוש המגבלות החיצוניות, קיימים פגמים מהותיים בהפללה זו.

בחינת שלוש המגבלות החיצוניות

– **אינטרס מדיני מהותי.** המגבלה החיצונית הראשונה מטילה אחריות על המדינה לזהות את האינטרס העומד בבסיס ההפללה ולהוכיח כי הוא לגיטימי ומהותי. אין עוררין על כך שקיים אינטרס מדיני להגן על קניין רוחני באופן כללי ולהילחם בתופעת ההפרה של זכות יוצרים, וודאי שאינטרס זה אינו מוגבל להפרות בעולם הפיזי. הפרות זכות יוצרים בעידן הדיגיטלי אינן שונות בכל הנוגע לאינטרס המדיני להילחם בתופעה זו, שכן יש הצדקות מהותיות להענקת זכות היוצרים והגנה עליה. מאחורי אינטרס זה עומדות, בין היתר, ההצדקות השונות למשטר של דיני זכות היוצרים והקניין הרוחני ככלל. מבין שלל המטרות להגנה על זכות היוצרים,¹⁸⁵ ולהפחתת פגיעה באופן כללי עקב מעורבות

¹⁸⁴ ראו דברי ההסבר של הצעת החוק, בעמ' 43–44.

¹⁸⁵ קצרה היריעה במאמר זה לדון בגישות השונות הקיימות להצדקת ההגנה על זכות היוצרים. אציין רק שתי גישות בולטות בספרות המקצועית: תפיסה קניינית-רכושית, המבוססת על משנתו של ג'ון לוק, ומדגישה את זכותו של יוצר לפרי עמלו, ותפיסה ציבורית-הסדרתית, אשר רואה באינטרס הציבורי את היעד ובזכות הניתנת את האמצעי להשגתו. במדינות הקונטיננטל מקובל לדבר על תאוריית האישיות, המבוססת על משנתם של קאנט והגל, אשר מתמקדת בקשר האישי בין היוצר ליצירה. ראו: מיכאל בירנהק, "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית", **עלי משפט ב** (תשס"ב) 347, בעמ' 354–355. להרחבה

(לכאורה) של גורמים עברייניים בהפרת זכויות,¹⁸⁶ ההצדקה העיקרית במשפט הישראלי נוגעת בעיקרה לשיקולים חברתיים-תועלתניים של עידוד היצירה.¹⁸⁷ מנגד עומד אינטרס נוסף של המדינה: לאפשר את התפתחות הטכנולוגיה ומתן כר מספק ליצירתן של יצירות נוספות. כנובע מההצדקות להגנה על זכות יוצרים, ההגנה על הזכות משקפת איזון בין אינטרסים של היוצרים לאלה של הציבור. איזון זה נעשה, למשל, באמצעות מתן זכות מוגבלת בזמן ובהענקת חריגים דוגמת שימוש הוגן.¹⁸⁸

קשה לחלוק על כך שהאינטרס המדיני במקרה דנן – הגנה על בעלי הזכויות – אינו מהותי. אך בה בעת יש להבחין בין האינטרסים השונים של המדינה כאשר היא בוחרת לקבוע איסור פלילי שעלול להשליך על אינטרסים אחרים. בחינה זו תיעשה באמצעות שתי המגבלות החיצוניות הנוספות, קרי קידומו הישיר של האינטרס המהותי ובחינה אם החוק רחב יתר על המידה לצורך השגת מטרתו. בשלב זה של ניתוח ההפללה, אף על פי שניתן לטעון כי האינטרס המדינתי הקיים אינו מהותי דיו כך שיצדיק פנייה לדין הפלילי, נניח שהוא מתקיים, זאת לצורך בחינה הוליסטית של כלל המגבלות החיצוניות, שכפי שאראה במאמר מובילות למסקנה שההפללה תחת הצעת החוק אינה מוצדקת.

בנושאים אלו ראו: Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", 77 *Geo. L. Rev.* (1988) 287; גיא פסח, "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים", **משפטים** לא (תשס"א) 359.

186 לטענה זו, ראו: Maureen Walterbach, "International Illicit Convergence: The Growing Problem of Transnational Organized Crime Groups' Involvement in Intellectual Property Rights Violations", 34 *Fla. St. U. L. Rev.* (2007) 591 (ביטון (לעיל, הערה 61) בעמ' 518).

187 ראו למשל את דברי הנשיא שמגר: "בעל זכות יוצרים, אם כן, מעשיר את עולם היצירות שלנו. דיני זכויות יוצרים נועדו לתמרץ אותו לעשות זאת. דינים אלו הם כלי שנועד להסדרת ייצור פרטי של טובין ציבוריים (public good), כאשר הטובין הציבוריים שמדובר בהם הם עולם היצירות המקוריות [...] מטרתם של זכויות יוצרים היא לעודד את הגיוון הביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים [...] מתן תמריץ כלכלי נועד לשפר את כמות המידע והביטויים ואת האיכות שלהם בלי להתייחס לתועלת שניתן להפיק מהמידע החדש או הביטוי החדש". ראו: ע"א 513/89 *Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4), 133, בעמ' 161–163 (1994). למותר לציין כי הגישה הטבעית לזכות יוצרים לא נדחתה בישראל, כפי שניתן לראות בפסיקה השופטת דורנר בפסק הדין בעניין **אקו"ם נ' גלי צה"ל** ("עידוד היצירה נעשה לא רק באמצעות הבטחת תגמול כספי על יצירתו (זכות היוצרים הכלכלית), כי אם גם בדרך של הכרה בכבוד היוצר והיצירה (זכות היוצרים המוסרית)". ראו: רע"א 6141/02 **אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל**, פ"ד נו(2) 625 (2003). להרחבה בנושא הרציונלים העומדים בבסיס ההגנה על זכות היוצרים בישראל ראו: טוני גרינמן, **זכויות יוצרים** (תשס"ח) בעמ' 9–13.

188 הדין הישראלי קובע כי זכות יוצרים ביצירה תהא למשך חייו של היוצר וכן 70 שנים לאחר מותו. ראו: סעיף 38 לחוק זכות יוצרים, 2007. החוק אף קובע כי שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך. ראו: סעיף 19 לחוק זכות יוצרים, 2007.

— **קידום ישיר של האינטרס המהותי.** בהנחה שקיומו של האינטרס המדיני הינו אכן מהותי, ועל קביעה זו ניתן לערער, על המדינה מוטלת האחריות להראות כי החוק יקדם אינטרס זה באופן ישיר. בשלב זה מקשה הוסאק על המחוקק, כאשר הוא קובע כי יש להוכיח את קידומו הישיר של האינטרס בצורה אמפירית. נכון לעת כתיבת שורות אלו, מחקר מהסוג המבוקש אינו קיים בישראל, וסיבה זו, כשלעצמה, מצביעה על אי-מילוי שלב זה בבחינה של הפללת התנהגות. ואולם, גם אם נסיר עול כלכלי זה מן המחוקק, קיימים מחקרים אמפיריים בנושאים משיקים, אשר נערכו בעבר וניתן במידה רבה להקיש מהם. כך, מחקרים אמפיריים בנושא אכיפת זכות יוצרים פלילית בארצות הברית הראו כי בידי רשויות האכיפה לא מצויים האמצעים או התמריץ לאכוף הפרות של זכות יוצרים באינטרנט באמצעות הדין הפלילי במקרים שבהם קיים סיכוי, קלוש ככל שיהיה, להפללת משתמשי קצה.¹⁸⁹

קיים ספק ממשי אם החוק אכן יצליח למנוע העמדה לרשות הציבור ושידור באינטרנט, וזאת מכמה סיבות: עקב אופיו הגלובלי של האינטרנט, המאפשר אחסון אתרים בשרתים חיצוניים למדינה; עקב שימוש באתרים מקבילים, שאינם מופעלים על ידי אזרחי המדינה; עקב התפתחויות טכנולוגיות, שמשנות את אמצעי צריכת התכנים או יוצרות קשיי אכיפה ניכרים. כאשר נרקם פער אכיפה, העשוי להתרחש אם חוק זה יעבור במתכונתו הנוכחית, יש סכנה ממשית לאפקט ההרתעה האפשרי של הדין הפלילי (אם הרתעה כזו קיימת) ודילול משמעותו באמצעות טשטוש הקווים בין הדין האזרחי לפלילי. לכן, שלב זה אינו מתקיים, והוא תומך באי-הפללה של ההתנהגות.

— **האם החוק רחב יתר על המידה לשם השגת מטרתו?** כבואו לבחון את המגבלה החיצונית השלישית שמציע הוסאק, על המחוקק לבחון אם קיימות חלופות פוגעניות פחות לחוק האמור. עיקרון זה מתבסס מטבעו על עקרון השיוריות של הדין הפלילי, קרי המחוקק בוחר בו כמוצא אחרון להסדרת התנהגות, שכן הוא נחשב לאמצעי הפוגעני ביותר בחירותו של האדם. יש לציין כי גם עיקרון זה אינו מוחלט, ויש מקרים שבהם יבחר המחוקק להפליל התנהגות חרף העובדה שקיים מנגנון יעיל או אפקטיבי יותר להסדרת ההתנהגות האמורה. כך, למשל, גם כאשר יוכח כי הדין האזרחי יעיל יותר להסדרת עבירת הרצח, אין פירוש הדבר שעל הדין הפלילי להימנע מהפללה. בנקודה זו, כאשר מדובר בהתנהגות שהיא ללא עוררין רעה כשלעצמה (Malum in se), היא מחויבת בהפללה,¹⁹⁰ זאת לעומת התנהגות שאינה בלתי מוסרית באופן אינהרנטי או מובהק, והיא רעה כי נאסרה (Malum prohibitum). הפרת זכות יוצרים, באופן כללי, נכנסת

189 לטענה זו ראו: Haber, *The Criminal Copyright Gap* (לעיל, הערה 61) בעמ' 278–279, 287–288.

190 להבדלים (ואף לביקורת) בהבחנה שבין רע כשלעצמו לבין רע כי נאסר, ראו: Richard L. Gray, "Eliminating the (Absurd) Distinction Between Malum In Se and Malum Prohibitum Crimes", 73 *Wash. U. L. Q.* (1995) 1369, p. 1370.

לקטגוריה של רע כי נאסר,¹⁹¹ ולכן ההצדקה לאיסור חייבת להיעשות בד בבד עם בחינת אמצעים מידתיים אחרים להסדרתה.

בהנחה שהצעת החוק תצליח לעמוד במשימה המורכבת של הגשמת מטרתו המוצהרת, היא עודנה נותרת רחבה יתר על המידה לצורך השגת מטרתה. אסביר קביעה נחרצת זו. נראה כי בעלי הזכויות בארץ לא מיצו חלופות פוגעניות פחות מהדין הפלילי, דוגמת שימוש בכלי המשפט האזרחי או שינוי מודליים עסקיים המגשימים תכנים לצרכנים בישראל. כך למשל, מלבד הכלים האזרחיים הנוספים שהצעת החוק מתעדת להוסיף, שיפורטו בהמשך המאמר, כבר כיום ניתן לזכות בסעדים בגין ההפרה של זכות ההעמדה לרשות הציבור ושל זכות השידור. סעדים אלו כוללים, בין היתר, צווי מניעה ופיצויים ללא הוכחת נזק עד לגובה של 100,000 ש"ח להפרה.¹⁹²

מגבלה חיצונית זו חשובה לאין שיעור עקב השלכותיה מרחיקות הלכת, ועל כן ראוי להתעכב על ניתוחה. השלכות ההפלה של העמדה לרשות הציבור ושידור הינן רבות ומגוונות. העמדה לרשות הציבור ושידור הן פעולות שכיחות, משתמשי קצה מבצעים באינטרנט מדי יום ואף עושים כן, פעמים רבות, בהיסח הדעת. משתמשי קצה רבים אינם פסיביים באינטרנט. הם יוצרים ומשתפים תכנים, ולעיתים רבות אף מתוגמלים כלכלית מפעולות אלו או מהמוניטין שיצרו. הצעת החוק הנוכחית לא רק מפלילה עשיית רווח ממשי מהעמדה לרשות הציבור ושידור, אלא מציבה רף נמוך במיוחד – "מטרה" להפקת רווח. בנוסחה המקורי מדובר בהפלה גורפת של כל אדם שיפרסם תכנים מוגנים לכאורה ברשתות חברתיות (שמלבד העמדה לרשות הציבור, מאפשרות לעיתים גם שידור) ובפלטפורמות דוגמת YouTube. התועלת האפשרית המרבית מהפלת ההתנהגות במקרה דנן הינה הגשת תובענה פלילית כנגד מפעילי אתרים אשר מאפשרים לצפות בתכנים באמצעות הזרמה (streaming).

ואולם, תועלת זו מוטלת אף היא בספק עקב קשיי אכיפה. העלות, מנגד, גבוהה מדי. הפלת התנהגות זו עלולה לגרום לאפקט מצנן אצל משתמשי קצה אשר יחששו לשתף ולהעלות תכנים, הגם שקיימת אפשרות סבירה שהם חוסים תחת חריג השימוש ההוגן, עקב החשש מפתיחת תיק פלילי. זהו האפקט המצנן האפשרי שעולה פעמים רבות בהקשר של זכות יוצרים, שכן האיסור הפלילי עלול להוביל להרתעה כנגד פעולות שלא

191 לטענה זו, ראו: Steven Penney, "Crime, Copyright, and the Digital Age", *What is a Crime? Criminal Conduct in Contemporary Society* (Law Comm'n of Canada ed., 2004) 61, p. 71.

192 יש לציין כי הפרות המתבצעות במסכת אחת של מעשים ייחשבו כהפרה אחת. ראו: סעיפים 47–60 לחוק זכות יוצרים, 2007.

זו בלבד שהינן רצויות, אלא הן הכרחיות לשמירה על האיזון העדין שבבסיס קיומה של הזכות.¹⁹³

אף הקונגרס האמריקני, אשר נתפס בעיני רבים למחמיר ביותר בהפלת דיני זכות יוצרים, הכיר בהפרה פלילית של העמדה לרשות הציבור ב-2005 (The Family Entertainment and Copyright Act) רק במקרה הקיצוני של העמדה כזו של יצירה אשר טרם פורסמה ומצויה בהליכים של הפצה לציבור.¹⁹⁴ ה-*NET No Electronic Theft Act* (משנת 1997, אשר הפליל פעולות מסוימות של משתמשי קצה באינטרנט, נמנע מלהפליל פעולות של העמדה לרשות הציבור ושידור,¹⁹⁵ וכן זוכה לביקורת חדשות לבקרים על ההפלה האפשרית של משתמשי קצה. אין זה מפתיע כי חלקים אלו בחקיקה הפכו במידה רבה לאות מתה במשפט האמריקני.¹⁹⁶ אף הקונגרס האמריקני בחר אפוא שלא להפליל את זכות ההעמדה לרשות הציבור (המצומצמת ממילא בדין האמריקני) וזכות השידור למטרות אחרות מהחריג המיוחד שנוגע לנסיבות ספציפיות מאוד, וכן דחה שלל הצעות חוק להפלה דומה לזו שהוצעה בישראל.

נוסף על כך, בעלי הזכויות בארצות הברית אינם משתמשים כמעט כלל בכלי הפלילי העומד לרשותם, שכן הדין האזרחי נחשב מספיק להתמודדות עם מפרי זכות יוצרים (ואף רווחי).¹⁹⁷ נוסף על שימוש בתביעות אזרחיות, בעלי זכויות רבים פנו למודלים עסקיים אחרים ברשת (דוגמת Spotify, Netflix ו-Hulu), ובכך הנגישו למשתמשי הקצה תכנים באיכות גבוהה ובתשלום נמוך יחסית והפחיתו את כמות ההפרות של זכות יוצרים בארצות הברית.¹⁹⁸ בנקודה זו, על מנסחי החוק לבחון בחינה מעמיקה: האם בעלי הזכויות בישראל מיצו את האמצעים העומדים לרשותם בדין האזרחי? האם הם בחנו

193 לטענה בדבר האפקט המצנן האפשרי על השימוש ההוגן ועל תקשורת באופן כללי עקב הפלה של זכות יוצרים ראו: Moohr (לעיל, הערה 171) בעמ' 779 (הטענה אומנם מתמקדת ב-*NET ACT* האמריקני, אך יפה גם לענייננו).

194 17 U.S.C. § 506(a)(1)(c).

195 שם, בסעיף 506(a).

196 על חוסר השימוש ב-*NET Act* האמריקני ואכיפה פלילית בארצות הברית באופן כללי, ראו: Haber, *The Criminal Copyright Gap* (לעיל, הערה 61).

197 לטענה כי ייתכן שדי בדין האזרחי במאבק כנגד ההפרה של זכות יוצרים ראו: Geraldine Szott Moohr, "The Problematic Role of Criminal Law in Regulating Use of Information: The Case of the Economic Espionage Act", 80 *N.C. L. Rev.* (2002) 853, p. 918; ביטון (לעיל, הערה 61) בעמ' 518–519.

198 ראו בהקשר זה Leonid Bershidsky, Why Netflix Is Winning the Online Piracy Wars, Bloomberg (May 2, 2017) [https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-05-02/why-netflix-is-winning-the-online-piracy-wars]. למותר לציין כי Netflix ו-Spotify החלו לפעול גם בישראל, אך נכון לעת כתיבת שורות אלו, תכניה של נטפליקס לפחות עדיין מוגבלים לעומת מקבילתה האמריקנית. ראו לעניין זה: הילה חיימוביץ', "מסכמים חצי שנה עם נטפליקס בישראל – היה שווה לחכות?," *Geektime* (25.6.2016) [https://www.geektime.co.il/six-months-with-netflix].

לעומק מודלים עסקיים שעשויים לגוון ולהרחיב את אמצעי צריכת התכנים בישראל ובכך להפחית באופן ניכר את כמות ההפרות של זכות יוצרים? מה ההשפעה של כניסת שחקנים דוגמת Spotify ו-Netflix על השוק המקומי? וכיצד השימוש בפלטפורמות הללו יכול להועיל לבעלי הזכויות בארץ? לכאורה, ובנקודת הזמן הנוכחית, נדמה כי החוק הקיים מספק לבעלי הזכויות אפיק משפט ראוי דיו, ואין מקום להפללה נוספת של הדין הקיים.

ואולם, בשנים האחרונות התרחש בארצות הברית דבר מה נוסף גם בתחום האזרחי. התביעות המרובות בגין הפרת זכות יוצרים כעולה אזרחית כנגד משתמשי קצה, אשר מוערכות במספר הגבוה מ-35,000 פסקו לאחר שרבים בתעשייה השכילו להבין שצעד זה אינו בהכרח נכון מצידם.¹⁹⁹ האסטרטגיה של מלחמה בצרכנים שלך, באופן כללי, איננה ככל הנראה האסטרטגיה הנכונה ביותר. בו בזמן התפתחו ופרחו שווקים אלקטרוניים חדשים, שבהם ניתן לרכוש או לשכור במחיר נמוך באופן יחסי מדיה כגון מוזיקה, ספרים, סדרות וסרטים. שווקים אלו התרחבו בעת האחרונה גם לישראל במידה מסוימת, אך המענה לצרכן הישראלי עדיין אינו שווה ערך עבורו.

למותר לציין כי משרד המשפטים נחרץ להדגיש שמטרת האיסור הפלילי היא כנגד הפרות המתבצעות באופן שיטתי בלבד, ואין כוונה לכלול במסגרת האיסור את מי שמבצע הפרות באופן מזדמן או כפעולה נלווית או אגבית לפעולה אחרת.²⁰⁰ במילים אחרות, לפחות לכאורה, המחוקק אינו מבקש להפליל את פעולתם של משתמשי הקצה ה"רגילים". משרד המשפטים ער לחלק מהבעיות שהועלו במאמר זה ומציין במפורש בתזכיר כי לנוכח שירותי הדין הפלילי, התיקונים הנוספים המוצעים בהצעת החוק – קרי חלקו האזרחי – עשויים ליתן מענה הולם לבעיות האכיפה וההגנה על זכות היוצרים.²⁰¹ בין היתר, ומבלי לקבוע מסמרות באשר להשלכות של תיקונים מוצעים אלו על חופש הביטוי ועל החברה,²⁰² ההצעה מבקשת להכיר בהפרה עקיפה של העמדה לרשות הציבור,²⁰³ ליתן כלים בידי בתי המשפט להורות על הגבלת גישה לאתרי אינטרנט על ידי צו הגבלת גישה לאתר אינטרנט²⁰⁴ ולאפשר את חשיפת פרטי זהותו של

199 ראו: Eliot van Buskirk, RIAA to Stop Suing Music Fans, Cut them off Instead, Wired (Dec. 19, 2008) [https://www.wired.com/2008/12/riaa-says-it-pl/].

200 ראו דברי ההסבר של הצעת החוק, בעמ' 44 ("מכיוון שמטרת האיסור היא מניעת הפרות של זכויות יוצרים כאמור, המתבצעות באופן שיטתי, אין כוונה לכלול בגדרי האיסור את מי שמבצע הפרות באופן מזדמן או כפעולה נלווית או אגבית לפעולה אחרת").

201 שם, בעמ' 17.

202 להשלכות האפשריות של הצעת החוק, ראו: תגובת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה לתזכיר חוק זכות יוצרים (התשע"ו–2016), [http://law.haifa.ac.il/images/techclinic/Clinic%20responseIP.pdf].

203 ס' 5 להצעת החוק.

204 ס' 7 להצעת החוק.

מפרסם התוכן המפור. ²⁰⁵ משרד המשפטים אף ציין במפורש את החשש מפני אפקט מצנן ביחס להתנהגויות מועילות וחיוביות שהאיסור הפלילי עלול לגרום. ²⁰⁶ חששות אלו, כשלעצמם, היו אמורים לחייב את הקפאת הליך החקיקה ובחינת ההסדר מחדש. לסיכומו של חלק זה, ניתן לטעון כי בחינת ההפללה המוצעת אינה מותרת ספק שמדובר בהפללה אשר אינה מוצדקת ועלולה להוביל לאפקט מצנן של שימוש תכוף ברשת האינטרנט של משתמשי קצה, על לא עוול בכפם. הפללה אפשרית זו מציבה סכנה ממשית לחופש הביטוי, לחדשנות ולשיח באינטרנט. ההפללה של זכות ההעמדה לציבור וזכות השידור למטרת הפקת רווח, לכל הפחות במתכונתה הנוכחית, הינה פסולה. כאשר ההפללה אינה מוצדקת, קיימת השפעה שלילית על הדין הפלילי כחלק ממגמה של הפללת-יתר (Overcriminalization). ²⁰⁷ עניין זה עלול להוביל לענישת-יתר ולסטיגמטיזציה-יתר, שאינן רצויות לחברה בכלל ולדין הפלילי בפרט. אל למדינת ישראל להיות מהמובילות בעולם בתחום ההפללה של זכות יוצרים ולהוקיע קדמה טכנולוגית וערכי יסוד של חברה דמוקרטית.

2. הפללה של זכות יוצרים: מבט (חטוף) לעתיד

השימוש בדין הפלילי להסדרת התנהגות של הפרת זכות יוצרים עלול להיות בעייתי ובלתי מוצדק. בחינת ההפללה של זכות יוצרים באמצעות תאוריה מובנית של הפללה מובילה למסקנה שפעמים רבות זכות היוצרים הפלילית רחבה מדי ואינה תואמת בהכרח את ההצדקות שבבסיס הדין הפלילי; היא אף עלולה להיות מנוגדת לאינטרסים שהמדינה מבקשת להגן עליהם, קרי הגנה על זכויות יסוד דוגמת חופש הביטוי ואף הגנה על יוצרים. השימוש בדין הפלילי, כאמצעי נוסף להילחם בהפרה של זכות יוצרים ולהרחבת הזכות, נעשה פעמים רבות באופן שגוי, מאינטרסים חיצוניים לדין הפלילי ולדיני זכות יוצרים. כך, למשל, מעורבותם של בעלי אינטרסים בעיצוב המדיניות של זכות יוצרים עלול להוביל למדיניות בלתי ראויה, אשר עלולה לסכן את הרציונלים העומדים בבסיסם של דיני זכות היוצרים ושל הדין הפלילי, ואולי אף חשוב מכך, את החירויות וזכויות הפרט בחברה ליברלית. בהקשר הישראלי, היא עלולה לעצב מחדש התנהגות באינטרנט, ולא דווקא את אלו שהחוק מבקש לעצב.

נדמה כי טרם נאמרה המילה האחרונה בכל הנוגע להפללה של זכות יוצרים במדינות שונות בעולם, בהן בריטניה וישראל, ועל כך יש להצר. אין עוררין על כך שהתפתחויות טכנולוגיות שונות עלולות להעצים את כמות הפרות בעתיד, אך נדמה כי בעניין זה אפשר ללמוד רבות מהניסיון האמריקני. בכל הנוגע להפרה פלילית של זכות יוצרים,

205 ס' 9 להצעת החוק.

206 ראו: דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 17–18.

207 ראו, למשל: Mordechai Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law", 21 *Is. L. Rev.* 364, p. 364 (1986).

המודל האמריקני עדיין נחשב בעיני רבים למחמיר ביותר בעולם המערבי. הוא קובע עונשי מאסר גבוהים למדי, ובעיקר, החל משנת 1997, מכיל גם סנקציות כבדות כנגד הפרה של משתמשי קצה, צעד מרחיק לכת שבוקר רבות בספרות המקצועית וטרם אומץ על ידי מדינות אחרות.

ההחמרה האמריקנית על הפרת זכות יוצרים פלילית הובילה לכמה תוצאות. ראשית, נכון לכתיבת שורות אלו, כ-21 שנים לאחר חקיקת החוק, טרם הוגשה ולו תביעה אחת כנגד משתמש קצה בגין הפרה פלילית של זכות יוצרים. האם מדובר באות מתה, כפי שטענתי לעיל? לאו דווקא. מלבד הטענה הברורה שייתכן שכמות ההפרות ירדה עקב הפן ההרתעתי הטמון בדין הפלילי,²⁰⁸ ייתכן מאוד, וזו סברה שקשה לתקף ללא מחקר איכותני או כמותני, שבעלי זכויות שונים היו מעוניינים באותם כלים פליליים כדי להגביר את כוח ההרתעה שלהם כנגד משתמשי קצה בכל הנוגע להסדרי פשרה בדין האזרחי.²⁰⁹

במילים אחרות, גם אם העתיד טומן בחובו איום ממשי לתעשיות השונות, אין להקיש מכך כי על הדין הפלילי להתערב. יש לבחור בדין הפלילי אך ורק כמוצא אחרון להסדרת התנהגות, לאחר שכלל האפשרויות האחרות מוצו כראוי, ולבטח כאשר מדובר בעבירה המנויה עם הקטגוריה של "רע כי נאסר". אותן התפתחויות טכנולוגיות אשר מאיימות על התעשייה הן גם אלו הנותנות לה מענה. הטכנולוגיה מאפשרת, בין היתר, שינוי, פתיחה של שווקים חדשים וחשיפה רחבה מאי פעם. היא מתמרצת את בעלי הזכויות והיוצרים "להמציא את עצמם" מחדש ולחדש את הקשר עם הצרכנים בצורה שונה. שימוש מושכל באפשרויות הגלומות בטכנולוגיה עשוי להיטיב עם כלל הצדדים, ועם החברה בכללותה, כפי שתעשיות רבות בארצות הברית כבר הכירו בכך במידה רבה.²¹⁰

למצער, אין טענה זו באה ללמדנו על העתיד לבוא. קשה לצפות מה יוליד יום וכיצד תעצב הטכנולוגיה את האפשרויות של צריכת המדיה ושיתופה בסביבה הדיגיטלית. אף

208 קצרה היריעה מלהרחיב את הדיון בעקרון ההרתעה במסגרת המשפט הפלילי והביקורת האפשרית על יישומו. על גישת ההרתעה וניתוח כלכלי של פשע, ראו: Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 169, p. 199. לביקורת על מודל ההרתעה, ראו למשל: Dan M. Kahan, "The Theory of Value Dilemma: A Critique of the Economic Analysis of Criminal Law", 1 *Ohio State J. Crim. L.* (2004) 643, p. 644.

209 ראו טענתי בעניין זה בהקשר דומה: Haber, *The Criminal Copyright Gap* (לעיל, הערה 61) בעמ' 285.

210 יש לסייג את הבחירה של תעשיות שונות לנסות להשיא רווח באמצעות מודלים אחרים משימוש בדין הפלילי או במשפט בכלל, שכן גם בעת האחרונה נדמה כי בעלי זכויות רבים מנסים לקדם חקיקה הקשורה, בין היתר, להרחבת ההגנה הפלילית על הפרה של זכות יוצרים. שני ניסיונות מפורסמים שלא צלחו בארצות הברית היו הצעות חוק בשם Stop Online Piracy Act (SOPA) ו- The Protect IP Act (PIPA). להסבר על הצעות חוק אלו בהקשר של ההפללה של זכות ראו: Morgan (לעיל, הערה 6) בעמ' 574–577.

לנורמות החברתיות ולשוק יהיה ככל הנראה תפקיד חשוב בעיצוב מציאות זו. קיימת אף הסתברות לא מועטה שבעלי אינטרסים שונים ימשיכו בניסיונות להשפיע על העיצוב המשפטי של זכות היוצרים ולהטות את הכף לטובתם, או לכל הפחות, כפי שהיא נחזית בעיניהם. אין גם צורך להלין על ניסיונותיהם של לפחות חלק מבעלי הזכויות להעצים את כוחם ככל האפשר. תפקידם אינו לאזן בין אינטרסים חברתיים שונים, אלא, באופן הכוללני ביותר, למקסם רווחים.

יחד עם זאת, יש לזכור כי הדין הפלילי אינו כלי משחק בידי קבוצות של בעלי אינטרס, אלא כלי להסדרת התנהגות כמוצא אחרון. אין לעשות בו שימוש אלא כאשר הוא מוצדק לפי מבחני הפללה סדורים. במקרה דנן, ניתוח הצעת החוק מראה כאמור כי מבחנים אלו אינם מתמלאים בכל הנוגע לפעולות העמדה לרשות הציבור ולשידור, ועל כן, לפחות בנוסחו הנוכחי של החוק וכל עוד האיסור יכיל פעולות יומיומיות באינטרנט, יש להימנע מהפללה. לעת הזו מוצע אפוא לתור אחר אפיקים אחרים מהדין הפלילי להסדרת ההתנהגות של אותם מפריים שהמחוקק מבקש להסדיר.²¹¹

ה. סיכום

דיני זכות יוצרים הופכים לפליליים יותר ויותר עם השנים, כך שהגבול בין העוולה האזרחית לעבירה פלילית מתחיל להיטשטש. בעוד בתחילת דרכם היו דיני זכות יוצרים אזרחיים בלבד, כיום אי-אפשר להתעלם מהפן הפלילי שלהם, שקיבל במה מרכזית. הרציונל המוצהר שעומד מאחורי הפללה זו נסמך בדרך כלל על קשיי אכיפה ועל הצורך

²¹¹ כך למשל, בספרות הוצעו כמה מודלים, אשר בעיקרם הם משפטיים או כלכליים, בניסיון להתמודד עם ההפרות הנשנות באינטרנט. מודל מרכזי הוצע, למשל, על ידי פרופ' ויליאם פישר (Fisher) בספרו *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*. פישר סוקר בו את המצב המשפטי, הטכנולוגי והעסקי אשר הובילו אותנו אל המציאות הקיימת, שבה ההפרות של זכויות יוצרים ברשת עשויות לאיים על המודלים הכלכליים של בעלי הזכויות, העלולים לקרוס עקב כך, תוך רצון למציאת האיזון הראוי, וזאת דרך העצמת חופש המידע והביטוי אשר, בין היתר, מאפיינים את רשת האינטרנט במרבית מדינות העולם. אשר על כן, פישר מציע מודל חלופי לעידוד היצירה על ידי מתן "פרסים" ליוצרים. פרסים אלו יחולקו באמצעות מודלים שונים של מיסוי. פישר גורס כי באמצעות מיסוי זה, אשר כספיו יחולקו לבעלי הזכויות, לפי כמות ההורדות של יצירותיהם ברשת, ניתן יהיה להתוות פתרון נרחב לבעיית ההפרות. ראו לעניין זה William W. Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment* (2004), III. מודל דומה בתכליתו, הוצע על ידי פרופ' ניל נתנאל (Netanel), והמחלוקות בין החוקרים הינן בעיקרן על דרכי יישומו של מודל המיסוי והשלכותיו. ראו: Neil Netanel, "Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing", 17 *Harv. J.L. & Tech.* (2003) 1. מודלים אלו או אחרים עשויים להיות ראויים ויעילים בהרבה מהדין הפלילי, ועל כן המחוקק מחויב לבחון אותם לעומק.

לעשות שימוש בפן ההרתעתי שהדין הפלילי עשוי להביא עימו. ההגנה על זכות יוצרים בישראל משתרעת אף היא לדין הפלילי, ובנוסחה כיום היא אף מוצדקת באופן כללי. היא נשמרת לאותם מצבים שבהם ברור כי הדין הפלילי אמור לחול, והחשש מאפקט מצנן הינו זעום או כלל אינו קיים. לא כך הדבר באשר להצעת חוק זכות יוצרים, המבקשת להרחיב את היריעה ולהצטרף לתקדימים מסוכנים של הפללת זכות היוצרים בעולם, דוגמת ה־NET Act האמריקני וההפללה שהתרחשה ב־2017 בבריטניה. מוטב יהיה למחוקק הישראלי להימנע מהפללת־יתר של פעולות יומיומיות אשר מתבצעות על ידי משתמשי הרשת. מלבד הכלים המשפטיים הקיימים, שיתרחבו באופן ניכר אם הצעת חוק זו תעבור במתכונתה הנוכחית, מודלים עסקיים אחרים וכלים שונים מהמשפט האזרחי עשויים לספק מענה הולם להפרת הזכויות באינטרנט ואף לתרום לכל הצדדים. ללא קשר לאותם כלים משפטיים אמורים, השקעה במודלים אלו עשויה להוביל להשקעה ביצירות נוספות ואף להיטיב עם בעלי הזכויות. המשך המאבק בקהל הלקוחות עלול להוביל לנזק לתעשייה, ועם קצב ההתפתחות הטכנולוגית, אם בעלי הזכויות יתבצרו בעמדתם, אנו צפויים למאבקים משפטיים כנגד טכנולוגיות מפרות (לכאורה) ומפרים מסוגים שונים. מאבקים אלו יימשכו ככל הנראה גם אם יבחר המחוקק בהפללה המוצעת, וישראל תטפס לראש רשימת המדינות המפלילות את זכות היוצרים יתר על המידה.