

"טובים השניים מן האחד" בעקבות הספר "הפשע המקוון" מאת אסף הרדוף

אברהם נ' טננבוים*

- א. מבוא
- ב. מודל שרשרת ההפללה של הרדוף
- ג. הפעלת המודל על הפשיעה המקוונת
- ד. הביקורת על המודל המוצע להפללה והגישות הסוציולוגיות-פילוסופיות לחוק
- ה. הביקורת על המודל המוצע להפללה – הגישות הראליות לחוק הפלילי
- ו. הביקורת על טענתו של הרדוף כי עולם האינטרנט לא צריך לשנות מהותית את החוק הפלילי
- ז. סוף דבר

א. מבוא

על פי שמו, ספרו של אסף הרדוף אמור להתרכז בפשעים באינטרנט, אך למעשה נוסף על נושא זה הוא עוסק בהרחבה באחת משאלות היסוד של המשפט הפלילי. אסביר.¹

חציו הראשון של הספר מוקדש לשאלה עיונית הרת עולם שבישראל מיעטו לעסוק בה, והיא: מתי החברה צריכה להשתמש בכלי החזק והקיצוני של המשפט הפלילי כדי לשנות או להכווין התנהגות כלשהי? השאלה רחוקה מלהיות פשוטה. הכול מסכימים שיש עניינים שאין למשפט שיח ושיג בהם. המשפט אינו יכול להחיות מתים, לרפא חולים, להרבות אהבה בין בני זוג, לפתור בעיות נפשיות או ליצור אמנות. ואם כך המשפט בכללותו, המשפט הפלילי על אחת כמה וכמה. כולנו כמהים לעולם ללא מחלות, אולם אין חוק הקובע כי אסור לחלות בסרטן ואין הוא משית

* ד"ר אברהם טננבוים הוא שופט בית המשפט השלום (תעבורה) בירושלים ומרצה מן החוג במכללת "שערי משפט" ובבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.
1 אסף הרדוף **הפשע המקוון** (2010).

עונש על אותם עבריינים שהעזו לחלות בסרטן למרות האיסור. אין חוק המצווה על סופרים לכתוב ספר מופת אחת לשנתיים. אין חוק המצווה על אדם לאהוב את משפחתו או מדינתו, שאם לא כן, מרה תהיה אחריתו.² אין מחלוקת כי המשפט הפלילי איננו התשובה לשאלות רבות. אלא שהמלומדים חלוקים בשאלה אם המדינה צריכה להשתמש בחוק הפלילי, ואם כן – מתי.³ הרדוף מנסה לבנות מודל הגיוני ומבוסס לשאלה זו. מודל שמלומדים וקובעי מדיניות חברתית כאחד יוכלו להשתמש בו. מודל הבנוי במלאכת מחשבת של צעד אחר צעד, והקשרים בין השלבים השונים ברורים והגיוניים (להלן: "המודל" או "המודל של הרדוף").

רק אחרי שהתקין לעצמו את כלי הבדיקה יוצא הרדוף לשלב השני במסעו, והוא מענה על השאלה – כיצד יש להתייחס למה שהוא קורא "הפשע המקוון"? והאם המשפט הפלילי יכול וצריך להתייחס אליו? ובהתאם למושגים ולרעיונות שפיתח בתחילה, הוא מגיע למסקנות בדבר "הפשע המקוון" או "הפשעה האינטרנטית".

מחקרו של הרדוף מרתק ומעניין. זהו סוג המחקרים שקל הרבה יותר להסכים עם חשיבות השאלות שהוא מציג מאשר עם התשובות, שלגביהן ניתן למצוא מגוון דעות. אפתח ואומר כי איני מסכים עם שתיים מטענותיו העיקריות הקשורות לשני השלבים. ראשית, באשר למודל הראוי לבחינת התאמתו של המשפט הפלילי, הרי המודל נכון תאורטית, אולם הוא מתעלם מתהליכי קבלת ההחלטות בעולם הממשי. ממילא יתקשה להשתמש בו באופן מעשי פרט לצד האקדמי. באשר לפשיעה באינטרנט, קשה לי לקבל את מסקנתו העיקרית כי האינטרנט לא שינה את כללי המשחק באופן משמעותי מבחינת החוק הפלילי. לדעתי, הוא כבר שינה את הכללים וישנה אותם עוד יותר בעתיד. חלק מהשינויים אינם קשורים ישירות למשפט הפלילי, אולם בדרך עקיפה ישנו גם אותו.

בחלק הראשון של הסקירה אשרטט בקצרה את מפת רעיונותיו של הרדוף על שני השלבים של ספרו: 1. מתי ראוי להשתמש במשפט הפלילי? 2. האם המשפט הפלילי מתאים להתנהגויות פליליות מקוונות? היינו, התנהגויות במרחב הווירטואלי שלו

² באופן מפתיע במהלך כתיבת ביקורת זאת, נטען כי בצפון קוריאה נענשו אנשים בעונשי מאסר משום שלא התאבלו מספיק על מותו של המנהיג קים ג'ונג איל שנפטר ב-17.12.2011. נציין כי צפון קוריאה דחתה טענה זו. ראו כתבה שפורסמה בנושא: "N. Korea denies punishment of 'insincere mourners'" *Mysinchew* 14.1.2012 www.mysinchew.com/node/69013 (נבדק לאחרונה ב-24.10.2012).

³ יש גם דעות אבוליוניסטיות קיצוניות שעל פיהן הענישה הפלילית שגויה מיסודה, וגורמת יותר נזק מאשר תועלת. בהתאם לגישות אלו, ממילא אין להשתמש כלל במשפט הפלילי. אולם גישה זו איננה מקובלת כיום על רוב העוסקים בתחום. ישנה הסכמה גורפת כי במצב הנוכחי של החברה (נכון לתחילת המאה ה-21) אין מנוס משימוש בחוק פלילי ובענישה הצמודה אליו. ייתכן כי בעתיד תגבר הגישה האבוליוניסטית, אך כרגע אין היא נותנת מענה מספק לשאלות העולות על הפרק. על הגישה האבוליוניסטית ראו: אברהם טננבוים "הגישה האבוליוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" *שערי משפט* ב 216 (2001).

היו נעברות בעולם הפיזי היו בנות ענישה? בחלק השני של הסקירה, נבקר את הצעותיו של הרדוף ונעמוד על הנקודות שנראות לנו פחות. כדי להבהיר את הרעיונות התאורטיים אשתדל במהלך דרכי להביא דוגמות עכשוויות ורלוונטיות שימחישו את האיריאה בחיי המעשה.

ב. מודל שרשרת ההפללה של הרדוף

הרדוף מנסה ליצור מסגרת כללית של עקרונות שעל פיהם ניתן יהיה להחליט אם ראוי לחוקק איסור פלילי אם לאו. השאלה שבבסיס מודל זה זוכה על ידו לכינוי "שאלת ההפללה". בעקבות מעטים וטובים שניסו ליצור מודל מושכל, מנסה הרדוף ליצור מודל שבו ארבעה תהליכים ראשיים. אסכמם בקצרה, ואסביר בקליפת אגוז כל ראש, וכהרגלי אשתדל לתת דוגמות מעשיות. ואלו השלבים כסדרם:

1. קביעת התנהגות כפוגענית הגורמת לנזק.
2. בדיקה אם המשפט הפלילי יכול למנוע התנהגות זו או לצמצמה.
3. בדיקת חלופות שאינן משפטיות פליליות להפללה.
4. שקילת החסרונות והיתרונות בהפללה.

השאלה הראשונה ללא ספק, היא אם התנהגות ספציפית היא "פוגענית". ודוק, הפגיעה יכולה להיות פיזית (תקיפה פשוטה הפוגעת בנפגע), ברכוש (גנבה או חבלה), בכבוד הנפגע (איומים, לשון הרע או עלבונות) או אפילו בעקרונות מופשטים (כגון פגיעה בדגל המדינה).⁴ אילו קריטריונים יש בידינו על מנת לקבוע אם ההתנהגות פוגענית אם לאו?

ישנן התנהגויות שיש הסכמה גורפת על היותן פליליות. כך למשל רצח, אונס, תקיפות פיזיות חמורות, כל אלו אסורות בקודקסים הפליליים של כל חברה הידועה לנו. אולם אותן עברות "ליבה" של המשפט הפלילי, הן חלק קטן מאוד ממנו. רוב העברות הפליליות רחוקות מלהיות כה פשוטות. כדי להגדיר התנהגות כפוגענית עלינו לבדוק אם היא גורמת נזק. ממילא עלינו לבדוק את הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין הנזק הנטען לו, וקשר סיבתי זה רחוק מלהיות פשוט וטריוויאלי. כך למשל היו תלונות על האלימות המוצגת בתכניות טלוויזיה והמובנית בתוך משחקי מחשב, והיו שביקשו לאסור זאת בחוק. אולם ישנה מחלוקת מלומדים, ריב וקטטה על הקשר הסיבתי בין האלימות המוצגת לבין אלימות האמתיים. האם חשיפה לאלימות בטלוויזיה גורמת לאלימות? אנו צריכים כמובן תשובה לשאלה זו לפני

⁴ ס' 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949 קובע כי הפוגע בכבוד דגל המדינה או בכבוד סמל המדינה, או גורם לפגיעה בכבודו, או משתמש בו באופן שיש בו כדי לפגוע בכבודו, דינו מאסר עד שנה אחת או קנס עד שלוש מאות לירות או שני העונשים כאחד.

שנחליט על איסור והפללה של אלימות בטלוויזיה.⁵

אם עברנו את מחסום השלב הראשון – הגדרת התנהגות כפוגענית, אנו צריכים להגיע אל השלב השני, אם המשפט הפלילי אכן יוכל למנוע ולמצמצם את ההתנהגות האסורה? ויחסית לשאלה זו, השלב הראשון נראה קל יחסית. בשלב השני, עלינו לבדוק תחילה אם המשפט הפלילי מזהה את עצם ביצוע העברה. זאת, משום שהרבה מאוד מהעברות אינן מדווחות ולעתים אף אינן מאותרות. ניקח לדוגמה את עברת הגנבה מהמעביד. עברה זאת מוגדרת על ידי המחוקק כחמורה יותר מאשר עברת גנבה לבדה.⁶ אולם המחוקק מוכיח כי ברוב גדול של המקרים, אפילו אם נודע למעביד על הגנבה, הוא איננו מעוניין כלל להתלונן על העובד. בין השאר, משום שבכך הוא מודה כי שכר עובדים לא ראויים שגנבו ממנו, ומי לידינו יתקע שלא גנבו גם מלקוחותיו? אשר על כן העדפתו הראשונה של המעביד היא לקבל חזרה את שנגנב ממנו, ולפטר את העובד שגנב מתוך כוונה שלא לראותו עוד. לעתים, האפשרות להתלונן במשטרה היא רק אחת מכלל הכלים שהמעביד שוקל לעשות בהם שימוש.⁷ גם אם העברות ידווחו, האם ניתן יהיה לאתר את מבצעי העברה? האם ניתן לאסוף נגדם ראיות? והאם ניתן יהיה טכנית להעמידם לדין ולגזור את העונש? ואפילו נניח שנתפסו האשמים והוטל עליהם עונש, האם ניתן יהיה לאכפו? כך למשל עונש הקנס הוא פעמים רבות לא יעיל, משום שהנשפטים אינם משלמים אותו (מחמת חסרון כיס או מפאת סירובם לעשות כן). ממילא יש צורך בעונש חלופי (בדרך כלל מאסר) שהוא יקר ומטיל מעמסה על הציבור ועל קופתו המדולדלת.⁸

⁵ המאמרים בשאלה זו רבים. ראו למשל: George Gerbner & Larry Gross, *Living With Television: The Violence Profile*, 26 JOURNAL OF COMMUNICATION 172 (1976); Jeanne B. Funk, Heidi Bechtoldt Baldacci, Tracie Pasold & Jennifer Baumgardner, *Violence Exposure in Real-Life, Video Games, Television, Movies, and the Internet: is there Desensitization?*, 27 JOURNAL OF ADOLESCENCE 23 (2004)

⁶ לפי ס' 391 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, העונש על גנבה ממעביד הוא עד שבע שנות מאסר ואילו העונש על גנבה רגילה הוא רק שלוש שנות מאסר, לפי ס' 384 לחוק העונשין.

⁷ ראו למשל מחקרים של Wimbush & Dalton הטוענים כי יותר מחמישים אחוז מהעובדים העוסקים בכספים גם גונבים מפעם לפעם. השאלה היא כמובן עניין ההגדרה. האם עובד הלוקח כלי כתיבה ממקום העבודה נחשב כגנב? וכדומה. אולם בכל מקרה, ברור שהמספרים הם גבוהים, והדיווח לרשויות הוא במספרים לא משמעותיים. Dan R. Dalton & James C. Wimbush, *Base Rate for Employee Theft: Convergence of Multiple Methods*, 82 JOURNAL OF APPLIED PSYCHOLOGY 756 (1997).

⁸ ראו בעניין זה מחקריו של תומר עינת שעל פיהם עונש הקנס בעייתי פשוט משום שאיננו נאכף כראוי: תומר עינת "אכיפה של קנסות פליליים בישראל – מדיניות, בעייתיות והצעות לשיפור" מחקרי משפט 167, 203-179 (2002); Einat Tomer, *How Effective is Criminal Fine Enforcement in the Israeli Criminal Justice System?*, 33 Isr. L. Rev. 322, 332-338 (1999).

גם עונשים אחרים רחוקים מלהתבצע באופן מלא. כך למשל אחד העונשים המקובלים ביותר על נהגים שהואשמו בעברות תעבורה הוא פסילת רישיונם. אלא שהביצוע של עונש הפסילה איננו סוגה בשוטנים. על פי המחקרים, קרוב לשישים אחוז מהנהגים שרישיונם נשלל ממשיכים לנהוג ברכב.⁹ דוח מבקר המדינה קבע כי נכון לאוגוסט 2008 היו רשומים 82,366 נהגים שרישיונותיהם נפסלו על ידי אחת מהרשויות והליך הפסילה עדיין לא הסתיים (משטרה, משרד הרישוי, בתי המשפט). על פי הדוח, **קרוב לשבעים אחוז** (ליתר דיוק 68%) מאלו שרישיונם נפסל לא הפקידו כלל את רישיון הנהיגה.¹⁰ אין אנו דנים באחוז הנהגים הנוהג למרות הפסילה והפקדת הרישיון, אלא באלו שלא טרחו להפקידו כלל (אם בגלל שלא קיבלו הודעה כדיון, אם משום שעצמו את עיניהם מלקבל ואם משום שהתעלמו מההודעה לאחר שקיבלוה). לא רק שקשה לפקח משמעותית על ביצוע עונש הפסילה המוטל על נהגים, אלא שאפילו להביא אותם להפקיד את רישיונם לא ניתן.

ואחרי כל אלו, גם אם נסכים כי ביכולתה של החברה לאתר את העברות (או חלק משמעותי מהן), ביכולתנו להשיג את הראיות, לשפוט ולהעניש את הראויים לכך, ואף לאכוף את ביצוע העונש בפועל, נשאלת השאלה אם אכן ישיג המשפט הפלילי את מטרתו, והיינו: האם תפחת ההתנהגות האסורה? שכן לדעת כולם עדיף למנוע את ההתנהגות הפסולה מאשר להעניש בדיעבד.

השלב השלישי במודל של הרדוף בוחן חלופות שאינן משפטיות להפללה. זאת, בהנחה כי אין אנו רוצים במות החוטא, אלא במניעת החטא. בעניין זה ישנה ספרות עמוקה מני ים עם דוגמות טובות להפליא לחלופות ענישה שהיו יעילות יותר. אביא דוגמה מפורסמת אחת מה"גרפיטי" ברכבת התחתית של ניו-יורק. בשנות השבעים התחילה בעיר ניו-יורק מגפה של "ציורי קיר" על קרונות הרכבת (להלן: "הגרפיטי"), או ליתר דיוק, השחתת קרונות הרכבת התחתית באמצעות ציורים והתזות צבע. חלק מהציורים היו מביכים, חלק מהם היו נוראים מבחינה אמנותית וחלק ניתן היה לתאר כסתם לכלוך. אבל המשותף לכולם היה שהם השחיתו את הרכבות התחתיות ואת הקרונות. הגרפיטי הופיע לא רק על הקרונות, אלא גם על

⁹ יש לציין כי בעיה זו איננה ייחודית לישראל. לפי טענות החוקרים אחוז גבוה של הנפסלים מנהיגה ממשיכים לנהוג. מטבע הדברים האחוז המדויק איננו ידוע, אולם לפי ההערכות, מדובר בכ-60%. ראו למשל: T.C. WILLET, DRIVERS AFTER SENTENCE, 192 (1973). גבריאל שביט "תרומת המחקר הקרימינולוגי לשיקולי שפיטת עברייני תנועה" **על ענישה בתעבורה – עיונים בקרימינולוגיה** 2(א) 4, 13-14 (מהדורה שנייה, משה טלגם עורך, 1992) מזכיר את מאמרו הנ"ל של Willet וטוען כי המספר הנכון לדעתו הוא 75% משיקולים שהוא מפרט שם.

¹⁰ מבקר המדינה **דוח שנתי 2009** **259** **לשנת 2008 ולחשבונות שנת הכספים 2007** 118 (2009). לעיון בדוח המלא ראו: www.mevaker.gov.il/serve/showHtml.asp?bookid=545&id=2&frompage=117 &contentid=10057&parentcid=10052&bctype=1&startpage=14&direction=1&sw=102&hw=698&cn=4&ht=20&ct=20%תנועה20%מועדים.

מפות, שלטי הסבר וכל קיר אפשרי. התוצאה הסופית הייתה לא רק פגיעה אסתטית ברכוש, אלא גם פגיעה קשה בתחושת הביטחון של התושבים. נעשו כמובן כמה וכמה ניסיונות להילחם בגרפיטי בדרכים המקובלות של ענישה פלילית. קרי, החמרת ענישה, מארבים, עונשים לדוגמה וכיוצא באלה, אך ללא הצלחה.

בסופו של דבר הוחלט לעשות מחקר מקיף לגבי מציירי הגרפיטי ומניעיהם, מתוך ניסיון למצוא חלופה אחרת לחוק הפלילי. אחרי שנעשה מחקר כזה, הסתבר שיש קבוצה של כמה מאות בני נוער שהם עיקר "הבעיה" (אנשי הקבוצה מתחלפים כמובן בחדשים עם החודשים והשנים). לכל "ונדל" (או "צייר קיר") יש סימן משלו המוכר לאחרים. הסיפוק העיקרי של אותם "ציירים" הוא בכך ש"סימנם" מופיע קבל עם ועדה ונראה לציבור, ובעיקר לשאר חברי הקבוצה. הסיפוק שאותם בני נוער שאבו מהעובדה שהציור שלהם הופיע על קרון הרכבת התחתית היה יותר גדול מהעונשים, והם לא הורתעו מהם.

בהסתמך על המידע, ניסתה הנהלת הרכבת אסטרטגיה שונה לחלוטין שאינה מסתמכת על מערכת אכיפת החוק כלל. נקבעה מדיניות שונה. הוחלט לנקות את כל הקרונות, קרון אחר קרון בהדרגתיות. אך ההחלטה החשובה יותר הייתה כי קרון שנוקה לא יצא לשירות אם יש עליו ציור קיר או גרפיטי מכל סוג שהוא. התקבלה החלטה כי תוך שעתיים מגילוי הגרפיטי הוא יימחק. אם זה לא ניתן, הקרון יורד מהשירות עד אשר ינוקה. התהליך היה ארוך היות שבני-יורק באותה עת היו ששת אלפים קרונות. אולם המדיניות הוכיחה את עצמה. לאט לאט הפסיקו ציירי הגרפיטי את מעשיהם. הם חדלו לא מטוב לב, אלא משגילו כי גם אם יתאמצו כל הלילה לשרטט ציור קיר מפואר על קרון כלשהו – אף אחד לא יזכה לראותו. זאת, משום שבבוקר, כשייראה הציור, ינוקה מיד. ואם לא יהיה אפשר, הקרון יוזז לחצר סגורה המשמשת לכך עד שינוקה.

זוהי דוגמה טובה למקרה שבו הובהר כי החוק הפלילי איננו מהווה פתרון יעיל. במקומו נעשה שימוש בחלופה טובה יותר שהתבססה על תאוריה שנבדקה. אין זה פלא כי תוצאותיה מצליחות הרבה יותר.¹¹ אציין כי ברור שלא לכל העברות ישנן חלופות הפללה, וגם אם יש כאלו – הרי אלו אינן תמיד יעילות, והעובדה היא שנפתחו לא מעט תיקים פליליים בעטיים למרות חלופות המאסר. השאלה האחרונה שעלינו לשאול אליבא דהרדוף, נוגעת לנזקי האיסור. בהנחה שעברנו את כל שלושת השלבים הראשונים שהציע הרדוף, קרי, ההתנהגות פוגענית, ניתן להתמודד אתה בעזרת החוק הפלילי, ואין חלופות טובות, האם לא יגרום

¹¹ על הגרפיטי ברכבת התחתית ראו: Maryalice Sloan-Howitt & George L. Kelling, *Subway Graffiti in New York City: "Getting Up" vs. "Meanin It and Cleanin It"*, In SITUATIONAL CRIME PREVENTION: SUCCESSFUL CASE STUDIES 242 (Ronald V. Clarke ed., 1992). אציין שכל הספר עוסק במקרים בהם מדיניות שונה מהמדיניות 'הענישתית', ושלא התבססה כלל על החוק הפלילי, הביאה לתוצאות טובות יותר.

האיסור לנזקים חמורים יותר? וכאן נכנסים כמה נושאים השנויים במחלוקת מזה עידן ועידנים. למשל, האם מן הראוי לאסור את הזנות לחלוטין?¹² האם יש להתירה בדרך כלשהי? האם מן הראוי להתיר הימורים לציבור?¹³ מה צריך להיות מעמד החוקי של סמים קלים?¹⁴ וכן נושאים אחרים שישנו ויכוח ציבורי לגביהם, ודעות הסוברות שעצם האיסור הפלילי בנוגע אליהם גורם ליותר נזק מאשר תועלת.¹⁵

ג. הפעלת המודל על הפשיעה המקוונת

ולאחר שבנינו את המודל לפרוזדור, מן הראוי שניכנס לטרקלין, קרי, הפעלת המודל על הפשיעה באינטרנט, וזהו חלקו השני של הספר. הרדוף פוסע בזהירות, בדיוק בהתאם למודל שהתווה בחלק הראשון. על השאלה הראשונה, אם מדובר בהתנהגות פוגענית, הוא מתגבר באופן אלגנטי ופשוט. הוא איננו נכנס למשל לשאלה אם יש לאסור או להתיר הימורים. לענייננו, השאלה פשוטה יותר. בהנחה שאנו אוסרים הימורים (או כל התנהגות אחרת) בעולם הרגיל, האם יש מקום ליחס אחר בעולם הווירטואלי? והתשובה של הרדוף היא כי אין הכרח ביחס נורמטיבי כללי שונה, גם אם יש ניואנסים שונים וגם אם נדרשות התאמות. השאלה השנייה היא יכולת המשפט הפלילי להשיג את מטרותיו. בעניין זה הרדוף משווה בין העולם הרגיל לעולם הווירטואלי, ומסקנתו היא כי הדין הפלילי יכול להשיג את מטרותיו בעולם הווירטואלי לא פחות משהוא יכול בעולם המעשי, ולעתים אפילו יותר. וכבר כעת אוסיף כי אינני מסכים עם מסקנתו זו, אך אדון בכך

¹² ההתייחסות לזנות בעולם אינה אחידה: מחד גיסא, יש מדינות דוגמת הולנד וגרמניה שהזנות ממוסדת בהן, והעוסקות בה נמצאות תחת פיקוח רשמי; ומאידך גיסא, בהרבה מן המדינות, כגון ארצות-הברית, היא אסורה במידה זו או אחרת. שוודיה חוקקה בשנת 1999 חוק, דלפיו, הזנות אסורה על הלקוח. עצם הצעת ממון עבור שירותי מיין נחשבת עברה, אך אין אחריות פלילית לאישה, משום שהיא נתפסת כקרבן. גם בהלכה היהודית היו ויכוחים שונים על עניין זה. ראו: אברהם טננבוים "על עברת הזנות: 'אל תחלל בתך להזנותה'" **פרשת אחרי מות-קדושים** 249 (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, התשס"ו). www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/249-2.htm. (נבדק לאחרונה ב-24.10.2012). לשאלת ההפללה של צריכת הזנות ראו גם: אסף הרדוף "הפרקטיקה של פסקת ההפללה: הצרה חוקתית של הדין הפלילי" **הסנגור** 182, 4 (2012).

¹³ ראו למשל הוויכוחים החוזרים והנשנים על הקמת קזינו בישראל. מרכז המידע והמחקר, כנסת ישראל **הקמת קזינו באילת – הימורים בישראל** (2008) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01954.pdf (נבדק לאחרונה ב-24.10.2012). ראו גם: אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243, 254–260, 303–306 (2012).

¹⁴ אברהם טננבוים "סמים מסוכנים" **משפטים** כז 431 (1997).

¹⁵ ראו מחקרו של Schlosser המתריע מפני הסכנה בשליטת גורמים בעולם התחתון בתחומים שהחוק איננו מסדירים בצורה ברורה וחד-משמעית. ERIC SCHLOSSER, REEFER MADNESS: SEX, DRUGS AND CHEAP LABOR IN THE AMERICAN BLACK MARKET (2004).

בפירוט בהמשך. ומכאן לשני השלבים האחרונים, חלופות אפשריות למשפט הפלילי, והשאלה אם החסרונות בשימוש בו לא עולים על חסרונותיו. הוא עובר שלב אחר שלב ומגיע למסקנה הסופית כי אין הבדל מהותי נורמטיבי בין השניים. בקצרה, המשפט הפלילי איננו מצריך מהפכה בנוגע לפשיעה המקוונת או לפשיעה באינטרנט. לדידו של הרדוף, הדין הפלילי עדיין מסוגל לפעול היטב גם בנוגע לאינטרנט, ואין סיבה גורפת לקבוע אחרת. הרדוף נזהר מלקבוע מסקנות לעתיד לבוא, אך לעת עתה הוא איתן בדעתו זו.

הרדוף גם מתעמק בשני תחומים פליליים שמשכו את תשומת לב הציבור: הימורים באינטרנט והחזקת קובצי מחשב המכילים פורנוגרפיה ילדים. בשני אלו הוא מסכם באופן מעורר הערכה את כל הספרות המשמעותית בתחום, וניתוחו מחזק את דעתו העקרונית, קרי, אין הבדל מהותי בין עולם האינטרנט לעולם המעשה, והמשפט הפלילי איננו צריך לעבור שינויים מהותיים.

כפי שהזכרתי, ביקורת נוגעת לשתי מסקנותיו של הרדוף, הן לגבי מודל ההפללה שהוא מציע, והן לגבי הצורך בשינוי בעקבות עולם האינטרנט. נדון בכל שלב לגופו.

ד. הביקורת על המודל המוצע להפללה והגישות הסוציולוגיות-פילוסופיות לחוק הפלילי

למרות ההיגיון הפנימי במחקר, הרי גישתו זו מתעלמת לחלוטין מהדרך שבה נחקק בפועל המשפט הפלילי. ראשית, מחקרו, שהוא משפטי בעיקרו, מתעלם מכל הגישות הסוציולוגיות, המסבירות באופן שונה לגמרי את הסיבה שבעטייה נחקקים החוקים הפליליים. עיקר המחקר הוא חיפוש אחר גישה משפטית נורמטיבית, וכאן גם חולשתו.

נקודת המוצא של הרדוף להפללת התנהגות כלשהי, היא מה שהוא מכנה "התנהגות פוגענית". אולם יש תאוריות לסיבות שונות לגמרי להפללה. אדגים זאת בהסתכלות (תמציתית) על גישתו של אמיל דורקהיים (Durkheim).¹⁶

לדעת דורקהיים, ענישה היא מעל לכל תהליך חברתי. מטרת הענישה היא לשמור על הערכים המשותפים והמוסכמות החברתיות שעליהם מבוססת כל חברה אנושית.¹⁷ כל שאר המטרות הן שוליות. על פי דורקהיים, המוסר של כל חברה מהווה תרכובת של עקרונות המאפשרים לחברה לתפקד באופן סדיר. במילים פשוטות, המוסר של כל חברה קשור ישירות למבנה החברתי שלה. דורקהיים אינו מאמין

¹⁶ לפרטים על דורקהיים ועל רעיונותיו הסוציולוגיים בכללותם ראו: HARRY ALPERT, EMILE DURKHEIM AND HIS SOCIOLOGY (1939); KEN THOMPSON, EMILE DURKHEIM (1982).

¹⁷ בנושא זה ראה בעיקר בספרו של דורקהיים: EMILE DURKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY (1933).

במוסר אוניברסלי שכלליו תקפים בכל זמן ובכל מקום. טענתו היא שכל מוסר נוצר על ידי חברה ספציפית כדי לעזור לה לפעול היטב. ממילא החוק הפלילי של כל חברה נוצר כדי להגן על אותו מוסר. זוהי מטרתו המוסווית, היא ותו לא.

לגישת דורקהיים, לא תיתכן לעולם חברה ללא פשע, משום שתמיד יהיה צורך בחיזוק ערכים חברתיים וסולידריות חברתית ברמה זו או אחרת. נסתכל לדוגמה על שתי התנהגויות: הראשונה היא תקיפת אדם והשנייה היא העלבתו ברבים על ידי הקביעה המילולית כי הוא מכוער. אין ספק שההתנהגות הראשונה של תקיפת אדם נחשבת עברה, ואילו השנייה מוגדרת כרגישות חברתית לקויה. אולם שתי התנהגויות אלו הם פנים של אותה תופעה, זלזול בגופו של אחר. אם נניח שבחברה מסוימת היינו מגיעים למצב אידיאלי שבו איש איננו תוקף את רעהו, היה זה משום שכולם מסכימים שאין לפגוע בגופו של אדם אחר. אבל אם הערך של אי-פגיעה באחר היה כה מושרש בחברה זו, אפילו העלבתו הייתה נחשבת לפשע, ואז היה נוצר לנו פשע חדש, ייחודי לחברה זו.

נניח כי יש לנו חברה של מלאכים, כולם צדיקים וישרים יסוד עולם. בחברה כזו לא יהיו קיימים פשעים כגון שוד או רצח, אבל פעולות אחרות שכיום נחשבות חוסר נימוס גרידא ייחשבו כפשע. אותו סקנדל שכיום גורר רצח אכזרי, יגרוו בחברה כזו עברות כגון לשון הרע, רכילות, שלא לדבר על ניאוף. אם לחברת הצדיקים הזו יהיה כוח לשפוט ולהעניש, אין ספק שמהר מאוד יחקקו חוקים שיכריזו על פשעים שהיום נחשבים להתנהגות מותרת.¹⁸ כך, למשל, התנהגות שבארצות המערב נחשבת לחסרת טעם, ולפעמים אפילו מקובלת, נחשבת התנהגות פסולה בחברות מוסלמיות קיצוניות (כגון אירן של מינו). קריצת עין או שריקה לאישה עוברת נחשבות בלתי-מתקבלות על הדעת.¹⁹ לכן הניסיון לחפש את "ההתנהגות הפוגענית" איננו רלוונטי, לדידו של דורקהיים. פשע בכל חברה מוגדר כמה שפוגע בערכי החברה הזמניים והארעיים.²⁰ זאת, לעתים מבלי שבני החברה עצמם מבינים את סיבת הגדרתו.²¹

¹⁸ שם, בעמ' 68.

¹⁹ כדוגמה לחברה הרואה בחומרה התנהגויות אלו ראו מאמרו של סאלח נג'ידאת "תגובה חברתית ומנגנוני שפיטה במקרי אונס ועבירות-מין בחברה הבדווית כנגב" **עבריינות ועבודה סוציאלית: ידע והתערבויות** 34 (יוחנן רוזנר, מרים גולן ומאיר חובב עורכים, 1994).

²⁰ כהערת אגב אעיר כי לאור הגדרה זו, ברור כי פשע הוא לא רק תופעה טבעית, אלא לפעמים גם רצויה. חברה שאין בה פשע כלל, היא חברה שבה כולם מסכימים במאת האחוזים על ההתנהגות הרצויה. חברה שבה אין שום מחלוקת על מהו הערך הנכון, היא חברה קפואה שאין לה כל אפשרות להשתנות. ניקח לדוגמה את סוקרטס. סוקרטס ביצע פשע על פי חוקי אתונה, ועל כן נידון למוות. דע עקא שמקובל כיום על כמעט כל הציבור שסוקרטס לא היה פושע ולא היה עליו למוות. קיום של פשע בחברה מראה לנו שלא כולם מסכימים עם ערכיה, ולפעמים הדרך לשינוי ערכים אלו והחברה בכללה היא על ידי התנהגות שמוגדרת כפשעה על פי החוק. דוגמה מהשנים האחרונות היא היחס להומוסקסואליות. עד לפני מספר שנים לא רב, התנהגות הומוסקסואלית נחשבה לפשע ברוב מדינות המערב. למרות זאת, הומוסקסואליות לא נעלמה, ואנשים המשיכו להתנהג

הרדוף יכול אמנם להתמודד עם גישתו של דורקהיים המגדירה את החוק הפלילי כמגן על ערכי החברה העוזרים לקיומה. המודל של הרדוף יסביר כי "התנהגות פוגענית" היא זו הפוגעת בערכי החברה. אולם ישנן גישות סוציולוגיות (בעיקר מרקסיסטיות ורדיקליות) הרואות בחוק הפלילי פשרה שנחקה עקב לחץ קבוצות בעלי הכוח בחברה. קיימים איסורים שונים שנחקקו עקב לחץ של קבוצות דומיננטיות וספציפיות באוכלוסייה. בלחצם של קבוצות נוצרות דתיות בראשית המאה בארצות הברית, למשל, נאסר השימוש באלכוהול. למותר לציין שחלק גדול מהציבור התנגד לחוקים אלו שכונו "חוקי היובש", ועשה כל שביכולתו כדי לעבור עליהם. ככלל, ניתן לטעון שהחוק הפלילי איננו משקף את הקונצנזוס לגבי טוב ורע. אין פה עניין של נזק אמתי, אלא שיקוף של פשרה בין כוחות וזרמים חברתיים שונים.²²

פרט לכל אלו, הרדוף אינו נכנס לדיון בשאלת הגמול. קרי, שיטות הענישה הדוגלות כי העיקרון המרכזי להצדקתה הוא הגמול שצריך להינתן לעבריין על חטאו, וזאת, בלי שום קשר לשאלה אם העונש ימנע או יצמצם התנהגות כזו בעתיד. זאת, משום שישנן התנהגויות פוגעניות המונעות מסיבות שאינן רציונליות בהכרח, כך שענישה לא תעלה ולא תוריד לגבי העבר. אולם אין מי שסבור שיש לוותר על האיסור הפלילי והעונש שבעקבותיו.

התייחסתי רק לשתים מהגישות הסוציולוגיות.²³ המשותף בין כל אותן גישות הוא יחסן לתאוריה הרשמית ("מטעם") של החוק הפלילי. כולן סוברות כי ההסברים ה"רשמיים" לסיבה לחקיקת החוק (התפיסה המשפטית השולטת) הם חלקיים בלבד. הסברים אלה תמיד מסתמכים על טענות ל"התנהגות פוגענית" או נזק אחר לציבור.

בניגוד לחוק עד שהחוק עצמו שונה. חברה ללא פשע היא חברה ללא התפתחות ושינוי, תופעה שמנגודת לטבע האנושי. Schedler הלך רחוק אף מדורקהיים בנסחו רעיון זה: "The object of a system of punishment is not the *elimination* of illegal activity. It is a way of allowing individuals to pursue what they find valuable, though one must 'pay one's way' if one acts in a way violative of the rules. Punishment might be regarded as a commitment to ethical pluralism". ראו גם: GEORGE SCHEDLER, BEHAVIOR MODIFICATION AND "PUNISHMENT" OF THE INNOCENT: TOWARDS A JUSTIFICATION OF THE INSTITUTION OF LEGAL PUNISHMENT (1977).

²¹ אברהם נ' טננבוים על שוטרים וגנבים: סוגיות בקרימינולוגיה 32–40 (2003).

²² נסתכל למשל על החוקים שנחקקו בישראל לגבי היחס בין דת למדינה. חוקים אלו נוגעים למעמדה של הרבנות הראשית, לדרכי הנישואין, לכשרות, ועוד. לכמה מהם יש גם היבטים פליליים, לדוגמה, כל העורך טקס נישואין בידיעה שהם אסורים על פי דין תורה דינו מאסר (ס' 182 לחוק העונשין). אין זה ברור כלל שחוקים אלו מייצגים את הקונצנזוס הישראלי. סביר מאוד שחוקים אלו מבטאים את הפשרה ושיווי המשקל הפוליטי שהיה קיים בעת שחוקקו.

²³ על הגישות הסוציולוגיות לחוק הפלילי ולענישה ראו: אברהם טננבאום "הגישה הסוציולוגית-היסטורית לחקר הענישה הפלילית" **עבריינות וסטייה חברתית, תאוריה ויישום** 173 (משה ארד ויובל וולף עורכים, 2002).

אך, למעשה, הם מכסים בדרך כלל על הסברים אמתיים ועמוקים יותר. הסברים שיש סיבות טובות לכך שהם מכוסים מן העין.²⁴ לסיכום: הבסיס למודל שמציע הרדוף איננו מבוסס מספיק. למרות יופיו המבני, הוא מתעלם מתאוריות עיקריות בבסיסו של החוק הפלילי. הוא איננו משלב את הגישות המדגישות את עקרון הגמול, ואיננו מתייחס כלל לגישות הסוציולוגיות.

ה. הביקורת על המודל המוצע להפללה – הגישות הראליות לחוק הפלילי

הרדוף אינו מייחס חשיבות מספקת, לטעמי, לעובדה שבמציאות אין אנו פועלים לפי קריטריונים הגיוניים. המודל המשוכלל שלו יתקבל בברכה ובהסכמה כמעט על ידי כל אדם חושב. אין מי שלא יסכים עם מרבית עקרונותיו. מי לא יתמוך ברעיון שרק התנהגויות פוגעניות ייחשבו כפליליות? שיש לבדוק אם המשפט הפלילי מתאים לכך? שיש לבדוק חלופות אחרות? מי לא יסכים עם פירוטם של עקרונות כלליים ומופשטים לכדי מבחנים ברורים יחסית, ופרישתם של העקרונות לכדי שרשרת לוגית? אולם למרות ההסכמה התאורטית עם שרשרת ההפללה של הרדוף, אנו רואים כי בפועל, בכל העולם המערבי, השימוש במשפט הפלילי הולך ומתפשט. אין מדובר בתופעה ישראלית דווקא, אלא בתופעה אוניברסלית. השאלה הנכונה יותר היא מדוע למרות ההסכמה הרחבה על עקרונות הפתיחה, לא נעשה בהם כמעט שימוש?

בעבר הלא רחוק, באנגליה, שממנה ירשנו את שיטת המשפט, מי שהחליט על האיסורים הפליליים היו דווקא השופטים שעשו זאת פעמים רבות לאחר מעשה. אנו נוהגים כיום לראות תופעה זו בשלילה, מתוך מחשבה ש"אין עונשין אלא אם כן מזהירין". התפיסה היא כי הרשות המחוקקת והיא לבדה צריכה להחליט על האסור והמותר. אולם לזכותה של השיטה הקודמת עמדה היד הקפוצה של השופטים בהוספת עברות. המדיניות הרשמית נטתה להיזהר מאוד מלקבוע התנהגויות חדשות כפליליות.²⁵

כיום, השיטה שונה לחלוטין. הרשות המחוקקת הנבחרת על ידי הציבור היא זו המחליטה על כללי המשחק. יתרה מזו, הרשות המחוקקת אינה יכולה לעשות הרבה מלבד לחוקק חוקים. לפיכך קשה שלא להיזכר בדבריו של אברהם מאסלו "מי שמחזיק פטיש ביד, כל בעיה נראית לו כמו מסמר". עובדתית, בכל העולם המערבי, כולל ישראל, ישנו שימוש רב ומרובה במשפט

²⁴ נעיר שוב שעברות ה"ליבה" של החוק הפלילי: רצח, אונס, שוד, תקיפות אלימות וכיוצא באלה, אינן זקוקות בדרך כלל להצדקות. אולם רוב הקודקס הפלילי שונה מאוד מכך.

²⁵ יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 78–80 (מהדורה שנייה, 2010).

הפלילי כדי לפתור כמעט כל בעיה אפשרית. לעתים גורמת הצפה זאת לכך שרבים עוברים על החוק מבלי לדעת אפילו על קיומו של חוק שכזה.²⁶ תלונות על ריבוי העברות והעונשים בצדן ישנן ללא סוף. אולם זהו המצב כעת, ולא ברור אם ישתנה בזמן הקרוב. ראו לדוגמה דברים שנאמרו בעניין זה בארצות-הברית, המסכמים זאת בצורה טובה:

“There are thousands of federal crimes and hundreds of thousands of federal regulation that can be criminally enforced [...] most Americans are criminals and don't know it”.²⁷

אפשר כמובן לטעון שהמצב המצוי איננו הראוי. אולם הרדוף משתמש במודל זה על מנת לבחון את הפשיעה המקוונת. אין זה הגיוני לבחון הפללה דרך מודל שלא נעשה בו שימוש ועל ידי כך להגיע למסקנות. המודל המוצע שונה מהמקובל וממילא מסקנות המבוססות עליו תהיינה בעייתיות.

לסיכום, הרשות המחוקקת נוהגת לחוקק חוקים רבים כולל חוקים פליליים שלא בהתאם למודלים תאורטיים. קיימת ספרות רבה המתלוננת על חקיקת-היתר של חוקים פליליים; לא רק בישראל, אלא בעולם כולו.²⁸ אולם במצב הראלי הנתון כיום,

²⁶ גם בישראל ניתן לראות זאת, ונציג כמה עברות שלא רבים יודעים על קיומן. תקנה 139 לתקנות התעבורה קובעת: “לא יוליך אדם בדרך שיירת גמלים אלא כשהם קשורים זה לזה בטור ערפי ובקבוצות של לא יותר מחמישה גמלים”. תקנה זו יכולה לעורר חיוך וניתן לפטור אותה בטענה שמדובר בשריד מנוון של החקיקה הבריטית שאיננו רלוונטי עוד לימינו. אולם ישנם סעיפי חוק רבים אחרים כגון ס' 2 לחוק החזקת תעודת זהות והצגתה, התשמ"ג-1982 הקובע: “תושב שמלאו לו 16 שנים חייב לשאת עמו תמיד תעודת זהות ולהציגה בפני קצין משטרה בכיר, ראש רשות מקומית, שוטר או חייל במילוי תפקידם, כשידרשו זאת ממנו”. העונש על הפרת סעיף זה הוא 5,000 ₪, אם כי לא ידוע אם אכן הועמד אדם על סעיף זה לדין. גם סעיף זה יכול להיראות סביר, אולם ישנן גם תקנות אחרות כגון, תק' 10(ג) לתקנות למניעת מפגעים (מניעת רעש), התשנ"ג-1992 הדורשות: “בעל רכב שברכבו מותקנת ומופעלת מערכת אזעקה יקבע במקום נראה לעין באחד מחלונות הרכב, שלט המפרט, בכתב ברור וקריא, את השם ומספר הטלפון של מי שמוסמך מטעמו לטפל במערכת האזעקה במקרה של קלקול או תקלה ולהפסיק את פעולת הצופר; בעל הרכב יחזיק את השלט במצב תקין וקריא בכל עת; לענין תקנה זו, “שלט” – לרבות מדבקה”. התקנות גם דורשות שהמוסמך מטעם הרכב יגיע תוך שלושים דקות ועוד דרישות רבות ואחרות. הסנקציה על התקנות היא מאסר עד שישה חודשים או קנס. דומני שיהיה זה נכון לומר כי מרבית בעלי הרכב במדינת ישראל (אם לא כולם) עברו על תקנה זו מבלי לדעת כלל על קיומה.

²⁷ Alex Kozinski & Misha Tseytlin, *You're (Probably) a Federal Criminal, In IN THE NAME OF JUSTICE: LEADING EXPERTS REEXAMINE THE CLASSIC ARTICLE “THE AIM OF THE CRIMINAL LAW”* 44 (Timothy Lynch ed., 2009).

²⁸ רבין וואקי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 29-30.

כאשר סמכות החקיקה נמצאת בידי מחוקקים נבחרים, שאין להם אפשרות, זמן או רצון לבדוק את כל הטענות שמעלה הרדוף, המודל המוצג הוא תאורטי לחלוטין. המודל המעשי הוא פשוט הרבה יותר. בכל מקרה שישנה טענה ציבורית רחבה נגד נזק כלשהו, בסופו של דבר, מתורגמת הטענה הזאת למשפט הפלילי.²⁹ נרצה בכך אם לאו, זה המצב.

1. הביקורת על טענתו של הרדוף כי עולם האינטרנט לא צריך לשנות מהותית את החוק הפלילי

בנקודה זו מתפרץ הרדוף למחלוקת ידועה ומפורסמת בקרב מלומדי המשפט העוסקים במחשבים, באינטרנט ובטכנולוגיה בכלל. ישנן שתי גישות קוטביות באשר להשפעתם של המחשב והאינטרנט על המשפט. יש האומרים כי מה שהיה הוא שיהיה, ואין חדש תחת השמש. לידים של אלו, טכנולוגיות חדשות וחדשניות יכולות להיכלל או להיבלע בעולם המשפט הישן והעכשווי. לשיטתם, המשפט משתמש בהגדרות שלוטשו במהלך מאות או לעתים אלפי שנים שנעשה בהן שימוש. די בהן כדי לחול ולהשתלט על המציאות הטכנולוגית החדשה.

הגישה הקוטבית השנייה גורסת כי נדרשים כלים משפטיים חדשים בתכלית על מנת להתמודד עם המציאות המשתנה. לשיטתם של אלו, ניסיונות למתוח את החבל או לנפח את הבלון כדי להכיל מה שאין בו, יגיעו לכדי פיצוץ.

אלה ואלה מחזיקים דוגמות בידיהם. החדשנים מעידים עליהם את המכונות ואת המטוסים. המכונות הראשונות עוצבו כ"כרכרות ללא סוסים". מכך נגזר מבנן, טבען ואפילו צבען. רק משהתנתקו הממציאים הראשונים והבינו כי מדובר בברייה חדשה, החלה המכונות להתפתח במהירות. דוגמה נוספת היא האווירון. אלפי שנים ניסו בני אדם לעופף באוויר תוך כדי חיקוי כנפי הציפורים. רק משנטשו רעיון זה והחלו להבין כי דרך התעופה של בני אנוש תהיה לא באמצעות כנפיים נעות, אלא בכוח עילוי ומדחפים, צלחה הטיסה בידם. בקצרה, הקידום האנושי נדחה בגלל מטאפורות חשיבתיות מוטעות שהיו בידי הממציאים הראשונים.

השמרנים יותר טוענים כי למרות שינויי הטכנולוגיה, אופי האדם נותר בעינו.

²⁹ דוגמות יש למכביר. למשל, כרגע ישנה הצעת חוק המבקשת לאסור פרסום מודעות על טיפול רוחני. על פי ההגדרה, הטיפול כולל "כל עסקת חליפין של טיפול בתמורה, ואין נפקא מינה אם הייתה התמורה בכסף או בשווה כסף, או אם הוגדר הטיפול הרוחני המוצע כקסם, מיסטיקה, גידוש שדים, ביטול עין הרע, ביטול ויצירת חג'אב, ידיעת העתיד וגילוי או בכל כינוי אחר ובכל אמצעי שהוא". לדברי מציעי ההצעה, המטרה היא למנוע מרמאים לנצל אנשים במצוקתם. למותר לציין שההצעה בעייתית מיסודה (מה מונע מאותם "מטפלים" לקרוא לעצמם "מדריכים להעצמה"? וכדומה). אולם ההצעה קיימת. ראו: הצעת חוק העונשין (תיקון – איסור פרסום מודעות על טיפול רוחני או מיסטי), התש"ע–2010, ה"ח 2141 שאף עברה קריאה ראשונה.

אותם מניעים ראשוניים של אהבה, קנאה, שנאה ותחרות לא השתנו מאז ימי קין והבל ועד ימינו. ממילא, עקרונות משפטיים יסודיים של בעלות, משפחה, ענישה וכיוצא בזה, יישארו רלוונטיים בעולם החדש. השינוי הטכנולוגי אינו מהותי להנחות היסוד של עולם המשפט.

שתי השקפות קיצוניות אלו מרחפות בחלל המשפט. הגישה השמרנית טוענת כי מה שהיה הוא שיהיה. ייתכן שיהיה צורך בשינויים לא משמעותיים, אך לא יותר מכך; תיקונים קלים בדיני החוזים, שיפוצים בזכויות יוצרים, התאמות בנזיקין וכדומה. לעומת זאת, הגישה הקיצונית גורסת כי ההווה המשפטית תתהפך ללא היכר בשנים הקרובות ממש.

הוויכוח איננו רק תאורטי, אלא גם מעשי. אין כמעט מחוקק בעולם המודרני שלא התייחס לכך, וכך גם המחוקק הישראלי. מחוקקים ובתי משפט התלבטו כיצד לטפל בטכנולוגיה החדשה. יש שסברו שהדרך הנכונה היא לתקן את החוקים, כל חוק בתורו, ולהתייחס למחשבים, קרי, להוסיף תיקונים בדיני הנזיקין, הקניין, העונשין וכיוצא בזה. היו שסברו שמן הראוי לחוקק חוקים מיוחדים למחשבים ולאיינטרנט. המחוקק הישראלי בחר שלא לחוקק חקיקה מקיפה ל"עולם החדש", אלא לתקן כל בעיה לגופה, ובמקביל חוקק חוק קצר יחסית, "חוק המחשבים", שלא התגלה כהצלחה יתרה.³⁰

הרדוף גורס כי השינוי בפשע המקוון איננו שינוי כללי נורמטיבי מהותי. לדידו, די בהתאמות של הדין הפלילי על ענפיו, לרבות דיני העונשין. כאן דעתנו שונה לחלוטין. השינוי איננו כמותי, אלא איכותי. בקליפת אגוז, הדרך להתמודד עם פשעי האינטרנט היא בעיקרה טכנולוגית, וכל המשפט הפלילי לא יהיה אלא נלווה אליו. הסיבה לכך היא המדיום שבו פועל הפשע המקוון. אין פשע מקוון ללא אינטרנט, נקודה. האינטרנט כולו יציר האדם, ובניגוד למקובל לעתים לחשוב, ניתן לשליטה ביתר קלות מהעולם הרגיל.

אקח לדוגמה את אחד התחומים שבו עוסק הרדוף – הימורים ברשת האינטרנט. בתחילה נקטו הרשויות בישראל צעדים נגד בתי "קפה-אינטרנט" פיזיים, אך לא נגד אתרי האינטרנט.³¹ מכיוון שכך, ראו בעלי האתרים רשות לעצמם לפרסם את אתריהם בריש גלי ותחת כל עץ רענן. הגיעו הדברים עד כדי כך שחברות הימורים אף פרסמו את כתובות אתריהם על גבי אוטובוסים של חברת "דן", ובאתרים ידועים כגון "וואלה" ואחרים.³²

³⁰ חוק המחשבים, התשנ"ה-1995. ראו ביקורת על החוק: ויקטור ח' בוגנים "חוק המחשבים והתמודדות המשפט עם האתגר הטכנולוגי" **שערי משפט** ד 283 (2006).

³¹ נגד בתי ה"קפה-אינטרנט" הוגשו פעמים רבות כתבי אישום. ראו למשל: ת"פ (י-ם) 1351/04 **מדינת ישראל נ' חיים** (פורסם בנבו, 09.06.2004) שבמסגרתו נידון הנאשם למאסר בפועל של 4.5 שנים עוד ב-8.7.2004.

³² עומר שרביט "קואופרטיב דן וגוגל מפרסמים מודעות של אתרי הימורים – בניגוד לחוק"

עקב הביקורת הציבורית ולאחר ששקלו את העניין הודיעו הרשויות באוקטובר 2005 כי יילחמו באתרי ההימורים. ואכן, בעקבות הנחייתו של היועץ המשפטי דאז, מנחם מזוז, החלה המשטרה לפעול. בדצמבר 2005 נערכה פשיטה משטרתית מתוקשרת היטב על משרדי חברת "וואלה", והודע רשמית כי כך ייעשה לכל מפרסמות ההימורים.³³ בנוסף, הודיעה המשטרה כי תנקוט אמצעים נגד חברות האשראי אשר יודעות ומאפשרות הימורים באינטרנט. אמנם לא ידוע לנו על פעולות ממשיות שנעשו נגד חברות האשראי, אולם ברור שחברות האשראי לא תאשרנה הימורים, ובוודאי לא באופן רשמי. פעילות המשטרה נגד חברות האשראי נמשכה.³⁴ נוסף על אלו, במהלך חודש אוגוסט 2010 הורתה משטרת ישראל לספקיות האינטרנט בישראל לחסום שמונה אתרי אינטרנט. מדובר באתרים שמקום אחסונם איננו בישראל, וכולם משמשים לצורך סוג כזה או אחר של הימורים.

ב-23.10.2010 הגיש איגוד האינטרנט הישראלי עתירה מנהלית לבית המשפט המחוזי בתל-אביב נגד פעולת המשטרה. איגוד האינטרנט זכה בעתירה בצורה גורפת (אם כי נכון ליוני 2012 קיים ערעור על ההחלטה).³⁵ יצוין שההחלטה לא טענה נגד הפרקטיקה של חסימת אתרים לגופה, אלא נגד הסמכות הספציפית של מפקדי המחוזות.

אין אני נכנס לשאלה המשפטית לגופה, אולם מבחינה מעשית, פעולה זו של חסימת האתרים התבררה יעילה פי כמה וכמה מאשר כל פעולה של המשפט הפלילי. אשר על כן, הדרך לא צריכה להיות איסורים פליליים, אלא נסיונות לחקיקה שתאפשר חסימת אפשרויות פשיעה דרך האינטרנט או כל דרך מקוונת-טכנולוגית אחרת. האפשרות הטכנולוגית היא זו המפרידה באופן בולט וברור בין העולם הרגיל לעולם המקוון.

בעולם הרגיל אין כל אפשרות "לחסום" אנשים מלארגן הימורים חוץ מאשר רדיפתם הפיזית, מה שמתברר כמסובך וממילא אין מנוס משימוש בחוק הפלילי. בכך הביקורת העיקרית שלי על הרדוף: בעולם המקוון החסימה הפיזית קלה ואפשרית הרבה יותר ממרדף אחרי העבריינים עצמם. במעבר מהעולם הרגיל למקוון התהפכו

³³ www.themarker.com/advertising/1.384945 01.11.2006 TheMarker (נבדק לאחרונה ב-24.10.2012).

³⁴ אפרת וייס וגל מור "המשטרה פשטה על אתרים המפרסמים הימורים" Ynet 19.12.2005 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3186855,00.html (נבדק לאחרונה ב-24.10.2012).

³⁴ שני מזרחי "המשטרה לרדוף אתרים: היסמו חשבונות של אתרי הימורים באינטרנט" TheMarker 3.10.2011 www.themarker.com/law/1.1488492 (נבדק לאחרונה ב-24.10.2012).

³⁵ עת"מ (ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' ניצב מפקד מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 2.4.2012). החלטה סופית בעתירה ניתנה על ידי השופטת מרים רובינשטיין ביום 2.4.2012. משרד המשפטים הודיע כי הוגש ערעור על החלטה זו. [www.justice.gov.il/MOJHeb/](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/News/HagbalatHimurim.htm) (נבדק לאחרונה ב-24.10.2012).

היוצרות. בעולם הפיזי קשה למנוע **מראש** מאנשים לפשוע. ממילא אין מנוס משימוש בהפחדה בעזרת החוק הפלילי ומרדיפה סיזיפית אחרי העוברים על החוק. בעולם המקוון, לעומת זאת, קשה לרדוף אחרי אנשים שהשתמשו בו, שכן גם המארגנים וגם המשתמשים קשים להשגה ולתביעה. לעומת זאת, קל יחסית למנוע **מראש** את הפשיעה על ידי טכנולוגיה. אני ער לעובדה שתמיד יהיו כאלו שיצליחו לעקוף את הטכנולוגיה למרות כל החסימות. אולם אלו יהיו המיעוט היוצא מן הכלל שאיננו מלמד על הכלל.

לסיכום, לדעתי, ברור שהדרך למאבק בפשיעה מקוונת היא באמצעות תושייה טכנולוגית, ובעיקר בה. השימוש במשפט הפלילי תמיד יהיה הכרחי, אך שולי ונלווה לטכנולוגיה.³⁶ כמובן, תמיד יתעוררו שאלות משפטיות וחוקתיות רבות. אולם הדגש צריך להיות על פתרונות משפטיים שיאפשרו שימוש נרחב ככל האפשר בטכנולוגיה, ולא שימוש מיושן במשפט הפלילי שאיננו מתאים לתפקידו החדשני.

ז. סוף דבר

ספרו של הרדוף, או ליתר דיוק, שני ספריו המחוברים כאחד, עוסקים בשתי בעיות קרדינליות של המשפט כיום, האחת עתיקה כימי המשפט עצמו, והשנייה חדשנית להפליא. הראשונה נעוצה בבסיס המשפט הפלילי, ועיקרה בשאלה איזו התנהגות יש להפיל? השנייה שואלת כיצד השפיע עולם האינטרנט על המשפט הפלילי אם בכלל?

מחקרו של הרדוף ממקד, מבהיר ומסכם שתיים מהבעיות החשובות ביותר של המשפט לראשית המאה ה-21. הרדוף פורש מסכת סדורה ושלמה, ומסכם את מיטב הספרות הקיימת בתחום, ובהתייחס אליה מגיע לטענותיו. אפשר להתווכח על מסקנותיו של הרדוף, ומן הסתם יהיו רבים שיעשו כן. אולם ספרו מהווה דוגמה איכותית לדרך שבה מחקר משפטי צריך להיבנות ולהיכתב. אין לנו אלא לקוות שמחקרים נוספים ילכו בעקבותיו. הן על ידי הרדוף והן על ידי כותבים אחרים בתחום.

³⁶ נכון הוא שגם בחלל הפיזי המשפט הפלילי הוא רק כלי אחד בארגז. גם בפשיעה רגילה יש פתרונות ארכיטקטוניים (למשל, גדר או אזעקה), וגם שם (וגם ברשת) הם נעקפים. ראו למשל את הספר בעריכתו של Clark, לעיל ה"ש 11, הדן בכך. אך בפשיעה הרגילה הפתרונות הטכנולוגיים הם חלק מהלוחמה בפשע, ואילו בפשע המקוון עיקר הלחימה היא טכנולוגית.