

דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי

אסף הרדוף*

- א. מבוא: משפט ואינטרנט
 - 1 ניגוד עניינים וירטואלי
 - 2 האינטרנט והמשפט
- ב. היסוד הפיזי
 - 1 ניסוח עברות
 - 2 היסוד הפיזי
 - 3 היסוד הפיזי באינטרנט
- ג. חדירה לחומר מחשב
 - 1 חדירה לחומר מחשב: הפסיקה
 - 2 חדירה לחומר מחשב: ניתוח
- ד. עברות התועבה
 - 1 עברות התועבה: סקירה
 - 2 עברות התועבה: ניתוח
- ה. מעשה מגונה
 - 1 מעשה מגונה: סקירה
 - 2 מעשה מגונה: ניתוח
- ו. הימורים
 - 1 הימורים: סקירה
 - 2 הימורים: ניתוח
- ז. לשון הרע ופגיעה בפרטיות

* מרצה, המכללה האקדמית צפת; מרצה מן החוץ באוניברסיטת חיפה, במסלול האקדמי המכללה למינהל, במרכז האקדמי כרמל ובמרכז האקדמי למשפט ועסקים לדיני עונשין, דיני ראיות, סדר דין פלילי ופשע מקוון; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית. תודה רבה לחבריי שי אוצרי, מיכאל בירנהק, ארתור בלאייר, חיים ויסמונסקי, בל יוסף ואלקנה לייסט על הערות מועילות לטיטות קודמות של המאמר. תודה גדולה גם למערכת הפרקליט, לעורכת המשנה שני בראון ולעורכת הלשונית אמירה כהן. תודה מיוחדת לתלמידי הקורסים הרבים שהעברתי בפשע המקוון, שהעשירו את מחשבתי וחידדוהו. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com. פורום פתוח לדיונים בפשע המקוון: www.facebook.com/groups/252674168142440

- 1 לשון הרע ופגיעה בפרטיות: רקע וחקיקה
- 2 לשון הרע ופגיעה בפרטיות: פסיקה לדוגמה
- 3 לשון הרע ופגיעה בפרטיות: ניתוח קצר
- ח. האם החקיקה הישנה מתאימה?
 - 1 פרשנות מרחיבה
 - 2 משפט פלילי ואינטרנט
 - 3 חקיקה פלילית ואינטרנט
 - 4 היסוד הפיזי המקוון: שיקול פרשנות
- ט. סיכום
- תרשימים

א. מבוא: משפט ואינטרנט

1 ניגוד עניינים וירטואלי

לפני תחילת המאמר אפתח בהכרזה על "ניגוד עניינים" מדומה שאני חווה, עניין כאזרח מול עניין כמרצה. כאזרח אני סבור שהחקיקה בישראל אינה הולמת מצבים שהטכנולוגיה האינטרנטית מאפשרת או מעודדת. לנוכח זאת ראוי היה כי המחוקק יתעורר, יתכבד ויערוך את ההתאמות הנדרשות: יגבש עמדה בנוגע לשאלות המשפטיות המורכבות ויביענה בבהירות ובמהרה. מנגד אתוודה שכמרצה הקורס "הפשע המקוון" אני דווקא שבע רצון מחוסר ההתאמה של החוק למציאות המודרנית. חוק בלתי-מתאים מוביל לא אחת לפסיקה בלתי-מתאימה. חוק ופסיקה בלתי-מתאימים מקימים מסד איתן לשיעור ביקורתי. הניסיון מלמד כי מעניין יותר לשמוע על חוק בלתי-הולם מאשר על חוק מצוין, ומאתגר יותר לדבר על פסק דין בעייתי מאשר על פסק דין שבקונצנזוס. כמרצה, אני שמח על קיומן של חקיקה ופסיקה שעמן איני מסכים, משום שאלו החומרים היוצרים שיעור מעורר מחשבה. במאמרי זה אסיר את כובעי כמרצה ובמקומו אעטה את כובעי האזרח ואסביר מדוע החוק הישראלי אינו מתאים לעולם המודרני. ואם דבריי לא יעירו את המחוקק, אשוב ואתנחם בכובעי המרצה.

2 האינטרנט והמשפט

למעלה מחמש עשרה שנה מציב האינטרנט אתגרים למכביר: לחברה, לכלכלה, וכמובן למשפט. האינטרנט זכה, זוכה ובוודאי יזכה לניתוח אקדמי ומשפטי בשפע.

בשנים האחרונות גולש האינטרנט בקצב נמוך (פס צר) אל תוך עולם הפרקטיקה הישראלית. הוא טומן בחובו אתגרים לענפי משפט מגוונים. מתוך שדה המשפט אתמקד בעץ המשפט הפלילי, ובתוכו בענף אחד מרכזי: דיני העונשין, המשפט הפלילי המהותי. האינטרנט אינו מקפח באתגריו את שני הענפים המרכזיים הנוספים של המשפט הפלילי, דיני הראיות (שכמובן אינם מוגבלים לשדה הפלילי) וסדר הדין הפלילי.¹ חלקם כבר עולים בערכאות דיוניות. כך, למשל, בנוגע להעתקה סמויה של דואר אלקטרוני של חשוד בזמן אמת בידי הרשויות עלתה השאלה אם מדובר בחיפוש ותפיסה או לחלופין בהאזנת סתר, הבחנה רבת משמעות מבחינה דיונית וראייתית;² בנוגע לריגול תעשיית אלקטרוני דרך תכנת סוס טרויאני עלתה השאלה אם עברות מחשב מצדיקות מעצר עד לתום ההליכים;³ בנוגע להפעלת סוכנים מתחזים באינטרנט, עלתה השאלה אם הדבר מאפשר לקבל טענה דיונית של "הגנה מן הצדק";⁴ עולות שאלות של המשקל שיש לייחס לראיות אלקטרוניות;⁵ וכן הלאה.

¹ אורין קר הוא כותב בולט בתחום ההשקה בין סדר הדין הפלילי ודיני הראיות במישור החוק הפורמלי לבין האינטרנט. ראו למשל: Orin S. Kerr, *Lifting the "Fog" of Internet Surveillance: How a Suppression Remedy Would Change Computer Crime Law*, 54 HASTINGS L.J. 805 (2003); Orin S. Kerr, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, 105 COLUM. L. REV. 279 (2005); Susan W. Brenner, *The Privacy Privilege: Law Enforcement, Technology, and the Constitution*, 7 J. TECH. L. & POL'Y 123 (2002); Susan Freiwald, *Online Surveillance: Remembering the Lessons of the Wiretap Act*, 56 ALA. L. REV. 9 (2004); Peter Swire, *No Cop on the Beat: Underenforcement in E-Commerce and Cybercrime*, 7 J. ON TELECOMM & HIGH TECH. L. 107 (2009). כתיבה נורמטיבית המנותקת מהחוק הפורמלי ובוחנת כיצד ראוי וכדאי להתמודד עם הדין הפלילי ולאכוף אותו לאור ייחודו של הפשע המקוון – יש בלי סוף. ראו למשל: Susan W. Brenner, *Toward a Criminal Law for Cyberspace: Distributed Security*, 10 B.U. J. SCI. & TECH. L. 1 (2004); NIMROD KOZLOVSKI, A PARADIGM SHIFT IN ONLINE POLICING – DESIGNING ACCOUNTABLE POLICING, JSD Dissertation, submitted to Yale Law School (June 2005); David S. Wall, *The Internet as a Conduit for Criminal Activity*, in INFORMATION TECHNOLOGY AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 77 (April Pattavina ed., 2005).

² ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 **מדינת ישראל נ' פילוסוף**, תק-מח 107 (1) 4855 (2007).

³ ראו בש"פ 7368/05 **זלוטובסקי נ' מדינת ישראל**, תק-על 05 (3) 2854 (2005).

⁴ ראו ת"פ (שלום ת"א) 007936/07 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-של 09 (2) 6796 (2009). ובהמשך: חיים ויסמונסקי "סוכנים וירטואליים לחשיפת דופילים באינטרנט – בעקבות פרשת ערוץ 10" **הסניגור** 160, 5 (2010); אסף הרדוף "הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10" **הסניגור** 160, 11 (2010). וכן: Jarrod S. Hanson, *Entrapment in Cyberspace: A Renewed Call for Reasonable Suspicion*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 535 (1996).

⁵ למשל: בפ"ת (תעבורה עכו) 5093-10-10 **מדינת ישראל נ' ויצמן**, תק-של 11 (1) 77603 (2011). להפניה לשלל מקרים בישראל: דריה כנף "פייסבוק: הסטטוס של היום הוא הראיה של מחר" **YNET** 5.2.2011. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4023574,00.html. בפרשת

האם הפשע המקוון שונה בהכרח מהפשע בחלל הפיזי? חקרת זאת במקום אחר,⁶ לאחר פירוק המונח פשע-עברה (crime) לארבעה רכיבים נורמטיביים: פוגענות (האם ההתנהגות הנאסרת גורמת נזק), תכליתיות (האם הדין הפלילי מסוגל לצמצם את אותו נזק), חלופיות (האם ישנם פתרונות אחרים למניעת הנזק) ומאזן (עמידה על חסרונות הפתרונות והכרעה הסדרתית).⁷ הניתוח היה עיוני: בחנתי אם האינטרנט גורם לשינוי באותם רכיבים נורמטיביים, באופן כללי או בנוגע להתנהגויות מסוימות: הימורים מקוונים והחזקת פורנוגרפיית ילדים אלקטרונית. לא התמקדתי בשאלת הניסוח של איסורים בכלל ובשאלת האפשרות להחיל איסורים קיימים על התנהגות מקוונת בפרט. עד כמה גדול האתגר, אם בכלל? האם החקיקה הפלילית הקיימת מתאימה? השאלה רחבה מאוד. דיני העונשין הם ענף רחב ומורכב, ולא אתיימר למצות כאן את הדיון בהם. אתמקד הפעם בעלה יחיד, גדול וחשוב: היסוד הפיזי. תוך המחשת שאלות מן ההלכה הישראלית, אבחן אם האינטרנט מחייב חקיקה פלילית מהותית חדשה בנוגע ליסוד הפיזי או שמא החקיקה הקיימת ניתנת להחלה: כפשוטה וללא בעיות מיוחדות, או בהתאמות פרשניות מורכבות.

המאמר יפתח ברקע כללי על היסוד הפיזי ותפקידו בדיני העונשין. בלב המאמר אבחן עברות שונות שנותחו בנוגע לאינטרנט בפסיקה (ולעתים גם בספרות) הישראלית. אציג בקצרה תהיות שונות בנוגע לעברות שטרם זכו בניתוח בהלכה. אנסה לספק כיוון תשובה לשאלת המחקר, ואדון ביחסי משפט וטכנולוגיה. אטען שהיסוד הפיזי זוכה לפרשנות מרחיבה מדי בקשר לאינטרנט, לעתים פרשנות מטפורית. רכיבי עברה אינם מפורשים באופן שיאפשר הפרדה ברורה בין עבריינים לאחרים: יותר מדי אינטואיציה ופחות מדי חוק. ובדיני עונשין בפרט – אסור לאינטואיציה לדרוס את החוק.

ב. היסוד הפיזי

1 ניסוח עברות

לא אדון במישרין בסוגיה הכללית והמורכבת עד מאוד של ניסוח עברות. ברובדה המופשט, מצויה שאלה זו במישור האקדמי ולא במישור הפרקטי, שמטיבו פועל במסגרת פורמלית קיימת. עיצוב המסגרת הוא שאלה אקדמית קשה וחשובה, ואדון

אולמרט, שטרם תמה, הועלו טיעונים בנוגע לראיות אלקטרוניות: יובל יועז "אולמרט: יחידת המחשב של המשטרה הפרה נהלים באיסוף ראיות" **גלובס** 10.10.2011
www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000689432 (נבדק לאחרונה ב־24.11.2012).

6 אסף הרדוף **הפשע המקוון** (2010).

7 שם, פרק 1.

בה בהזדמנות אחרת.⁸ לעת הזו אסתפק בכמה מילות הבהרה הנדרשות במאמר שמתמקד ביסוד הפיזי ובשאלה אם ניסוחו הפורמלי הקיים של איסור בחוק מאפשר פריסה בעולם מתפתח תמידית.

ניסוח עברות הוא מלאכה הצופה פני עתיד. המחוקק מביט במצב הקיים, מזהה מקרים שונים של פגיעות שמזכירות זו את זו באיזשהו אופן, מוצא מכנה משותף ולבסוף מנסח את העברה. ניסוח מוצלח איננו מופשט מדי ואיננו קונקרטי מדי. רמת הפשטה והכללה הכרחיות כדי שהאיסור יוכל להשיג את מטרתו ולכלול סוגים שונים של מעשים פוגעניים: לא ייתכן איסור אחד לכל מעשה פוגעני.⁹ מנגד, קונקרטיזציה הכרחית כדי שאפשר יהיה להבין מה קובע האיסור ולא להזדקק לפרשנות מורכבת: לא ייתכן חוק יחיד שלפיו "אסור להזיק לאחר".¹⁰ בנוסף, על האיסור לכסות רק את המצבים שלדעת המחוקק יש לכסות, ולהימנע מכיסוי-יתר (הפלת התנהגות שאיננו רוצים להפליל) או מכיסוי-חסר (אי-הפלת התנהגות שאנו רוצים להפליל). על הניסוח לייצר את ההתאמה המרבית בין משמעותו הלשונית המקובלת לבין תכליתו. והמלאכה קשה מאוד.

אפילו ניתן היה לנסח חוק אופטימלי בנקודת זמן פלוגנית, בכך לא די. הקושי בשמירת ההתאמה האמורה אינו מתמצה בלידת החוק, אלא מתעצם בחיות החוק. הנורמות החברתיות, הטכנולוגיה והכלכלה אינן חדלות מהתפתחות וצמיחה, וכך גם המשפט: העולם משתנה. מתהווים מצבים פוגעניים חדשים, שבאופן מסוים דומים למצבים שאסר המחוקק. שינויים בנורמות החברתיות ובמשפט עשויים להביא לכך ששאלות של דמיון ושוני תקבלנה משמעות חדשה.¹¹ גם השפה היא יצור חי המשתנה בהתמדה, ולכן גם בהנחה (המוקשה) שבחירת המחוקק הייתה מושלמת בשעתו, אפשר שבמהמשך לא תצליח לכלול את כל שביקש המחוקק לכלול או שתכלול יותר משביקש.¹² עם הזמן ייפערו סדקים או תהומות בין הרציונל שעמד מאחורי העברה לבין רכיביה. לשון הניסוח עלולה לאבד מחדותה ומדיוקה, ואפילו הרציונל עשוי להשתנות עם העתים.

⁸ אסף הרדוף הפללה תכליתית (טיוטה, לא פורסם).

⁹ השו: שחר אלדר על הרזולוציה של המשפט הפלילי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, 2003).

¹⁰ מונח עמום ומאתגר בפני עצמו. הרעיון שלפיו אין להתערב בחירות האנושית אלא במקרה של נזק לאחר מיוחס למיל. פינברג פיתח את הרעיון לארבעה עקרונות הפללה. ראו: JOHN STEWART MILL, ON LIBERTY: REPRESENTATIVE GOVERNMENT AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13 (1879); JOEL FEINBERG, 1 THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS (1984).

¹¹ השו: LAWRENCE LESSIG, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943, 951 (1995).

¹² לקשר בין המשמעות של כלל משפטי לבין השפה והרקע של הנוף החברתי ראו: FREDERICK SCHAUER, *Exceptions*, 58 U. CHI. L. REV. 871, 872 (1991).

2 היסוד הפיזי

היסוד הפיזי הוא גוף העברה, גם אם לא לבה המהותי.¹³ במבט פורמלי, דומני שהוא החלק החשוב ביותר בעברה. להבדיל מהיסוד הנפשי החמקמק, הוא אובייקטיבי יחסית; ולהבדיל מתכלית האיסור העלומה, הוא כתוב בחוק המחייב מבחינה פורמלית, וגם אם עשוי לעבור מתיחת פנים ואפילו השתלות, אין הוא נתון לשרטוט מחדש. הוא כובל את רשויות האכיפה ואת בית המשפט באופן משמעותי יותר מכפי שעושה תכלית האיסור העלומה והנזילה.

כידוע, היסוד הפיזי כולל שלושה רכיבים פוטנציאליים: מעשה, נסיבה ותוצאה. הראשון אמור להתקיים בכל עברה. בדיני העונשין אין עברה ללא **התנהגות**, או לכל הפחות לא אמורה להיות: כל עברה פלילית חייבת לכלול התנהגות; וכל אשם חייב לקיימה. רכיב ההתנהגות בעברה לא תמיד מוגדר בבירור: לשונו עשויה להיות עמומה מאוד ולעתים היא חסרת משמעות כמעט, עצמאית ונפרדת מהנסיבה (פועל כשלעצמו הוא מופשט ורב-משמעות כמעט תמיד) ומהתוצאה (עברות שונות של "גרימה"). רעיון המחדל מרחיב עוד יותר את הרשת הפלילית הפוטנציאלית משום שלפי החוק אפשר "לעשות" גם באפס מעשה. ובכל זאת, לפחות במובן עיוני, ההתנהגות היא **המעגל הראשון של העברה**, המעגל הראשון להתוויית האחריות הפלילית. היא המעגל שכמו ואמר לאזרחים: "ההתנהגות המסוימת הזו אסורה לכם בהקשרים מסוימים; הישמרו לכם".

הרכיב הנסיבתי מתווה **מעגל נוסף**, שמשורטט בעברות רבות מספור, אם לא בכולן. תפקידו לדייק את המעגל הראשון באופן שמחד גיסא יספק הדרכה טובה יותר לאזרח, ומאידך גיסא לא יותיר שיקול דעת רחב מדי לבית המשפט. הנסיבה נתנת צבע הכרחי לאירוע חסר גוון.¹⁴ מדוע אנו כותבים "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית" ולא: "האונס – דינו מאסר 16 שנה"? משום שהאפשרות השנייה מותירה עמה שיקול דעת רחב מדי: מהו אונס? האם כל כפייה היא אונס? כל כפייה מינית? כל כפייה מינית הכרוכה בבעילה? הניסוח הנבחר רותם את הרכיב הנסיבתי לעזרנו. הוא עושה כן באופן שמצד אחד יצמצם את מרחב שיקול הדעת התביעתי והשיפוטי, שלפחות בדיני עונשין יש לשאוף לצמצמו; ומצד אחר יאפשר לדין הפלילי לפרוס את הרשת הפלילית כך שתכלול את הגורמים שהוא חפץ לכלול, בלי לכלול את הגורמים

¹³ לבה של העברה לטעמי מצוי תמיד מחוץ לה, בתוצאה המזיקה שמבקשים למנוע, בערך שמבקשים להגן עליו. ראו אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243, 272–273 (2012) (להלן: הרדוף "פסקת ההפלה").

¹⁴ ראו: יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** 196 (1981). הנסיבה היא נתון במציאות האובייקטיבית הקשור להתנהגות בקשר של עיתוי ובקשר ערכי. ראו: ש"ז פלר **יסודות ביני עונשין** כרך א 376 (1984).

שאיננו חפצים לכלול. הנסיבה היא **כלי כירורגי נחוץ**, משום ששפת הפועל כמעט לעולם אינה חדה דיה כשלעצמה.¹⁵ הנסיבה מאפשרת **ביאור הכרחי של האיסור**. היא מאפשרת **תיחום מדויק של גבולות המשפט הפלילי**, בהפללת התנהגות מקובלת כיחסי מין (כש"בעילה" הופכת לאינוס), ומנגד – בהתרת התנהגות בלתי-מקובלת כמו סיוע לעבריין נמלט (אם המסייע הוא בן זוגו של העבריין, הורה של העבריין או ילדו של העבריין).¹⁶ בחירת המחוקק להגדיר אונס (גם) במלים "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית" ממירה את הרכיב ההתנהגותי "אונס" ברכיב "בעילה" ושני רכיבים נסיבתיים. הרכיב ההתנהגותי "בעילה", כשלעצמו, אינו פלילי ואף אינו שלילי חברתית. כך כמוכן גם הנסיבה "אישה". כאשר הרכיב "שלא בהסכמתה החופשית", מצטרף לקודמיו, הוא מצליח ללכוד ברשת את מי שאנו מעוניינים ללכוד ולתייג כאנסים, ומותיר מחוץ לרשת בעילות בהסכמה חופשית. להבדיל מקודמו, הרכיב הנסיבתי אינו מוגדר כהתנהגות של הנאשם, אך הוא חיוני לא פחות כדי לסייע למחוקק לתאר בדיוק המרבי את המצב שבו הוא מבקש להחיל את הדין הפלילי על מי שנוהג באופן מסוים. הנסיבה עשויה להתייחס לסטטוס של הנאשם (כשלעצמו, כמוכן, סטטוס אינו אסור)¹⁷ או של קרבנו, לסוג הסיטואציה וכדומה.¹⁸ הנסיבה בשום אופן אינה דבר טכני שיש להקל ראש בו או בפרשנותו. לא פחות מההתנהגות, היא **משרטטת במישורין את גבולות החירות האנושית**. לכל מילה ולכל אות שבוחר המחוקק יש משמעות או למצער אמורה להיות משמעות: פועל, שם עצם, שם תואר, מילת יחס, מילת קישור ושאר חלקי הדיבר. כך באופן כללי וכך בוודאי בנוגע לאיסורים פליליים. רעיונות הפרשנות בדיני העונשין תקפים **במלואם** גם בנוגע לרכיב הנסיבתי. כל נסיבה חשובה, ולהבנתי אין בנמצא רכיב עברה שהוא 'שולי ומשני'.¹⁹

רכיב **התוצאה**, שאינו רכיב שכיח באיסורים העונשיים, הוא המעגל האחרון ביסוד הפיזי. עניינו קשר סיבתי בין רכיב ההתנהגות לבין דבר מה אחר שמתואר בעברה: התנהגות של גורם אחר, שינוי כלשהו במצבו של אדם או חפץ וכדומה. ויודגש: רכיב התוצאה אינו אך מצב דברים טיפוסי שלו מביאה ההתנהגות הנאסרת, בנסיבות

¹⁵ הלוי כתב שעברה ללא נסיבה אינה פסולה, ושרק התנהגות היא דרישת חובה בכל עברה: גבריאל הלוי **תורת דיני העונשין** כרך א 698–700 (2009). במובן הפורמלי זה נכון. במובן המעשי קשה לדמיין עברה שביסוד הפיזי כוללת פועל בלבד (לא מוכרת לי כזו), וכל תוספת עובדתית לפועל היא נסיבה או תוצאה.

¹⁶ תפקידים נוספים: החמרה והקלה בעונש. ראו: רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 251–254 (מהדורה שנייה, 2010).

¹⁷ ראו: פלר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 394–395; ראו להלן פרק ד שעוסק בהחזקת תועבה.

¹⁸ השו: הלוי, לעיל ה"ש 15.

¹⁹ כגישתו (המשפיעה מאוד בהקשר **הדיוני**) של השופט שמגר לגבי השלב של אין להשיב לאשמה. ראו: ע"פ 732/76 **מדינת ישראל נ' כחלון**, פ"ד לב(1) 170, 180 (1977).

המתוארות;²⁰ אלא רכיב פורמלי שכתוב בעברה ואין עברה מושלמת בלי קיומו בפועל. בחירת המחוקק להשתמש ברכיב התוצאה נוסף על יתר הרכיבים מאפשרת לו לדייק עוד יותר בתיאור המצבים שבהם הוא מבקש להחיל את הדין הפלילי: רק בהתקיים ההתנהגות, הנסיבות (אם יש) והקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין שינוי בעולם, התוצאה, ניתן להחיל את האיסור הפלילי. בהצטרפו לקודמיו או לפחות לרכיב ההתנהגות, הוא מאפשר לצמצם את מעגל האחריות הפלילית, בהחילו את העברה רק כשמתלווה אליה תוצאה כפי שהוגדרה באיסור. זו אולי הסיבה העיקרית לכך שאין עברות תוצאה רבות;²¹ המחוקק אינו מעוניין להוסיף ולצמצם את האיסור הפלילי לאחר שכבר חידד אותו בעזרת הרכיבים הקודמים.²² לכן כשהוא אוסר בעילה (התנהגות) של אישה ללא הסכמתה (נסיבות) הוא אינו מוסיף לכך תוצאה של טראומה או פגיעה פיזית או פגיעה באוטונומיה ובכבוד. היעדר התוצאה כרכיב פורמלי מקל על התביעה ומונע חזית הגנה הכופרת בקיום התוצאה: בהיעדרה כרכיב פורמלי בעברה, היא מצויה מחוץ למשחק האחריות הפלילית ועשויה לכל היותר לעלות בגדרי שאלת העונש. כך לגבי כל עברת התנהגות: שימוש (התנהגות) בסם (נסיבה) מסוכן (נסיבה) בלא היתר (נסיבה) אינו כולל תוצאה פורמלית, ולכן הנאשם אינו יכול לטעון שלא פגע באדם ולא הסב נזק. מנגד, כשהמחוקק רותם את הרכיב התוצאתי, לעתים זה משום שאינו מסוגל לתאר את ההתנהגות באופן בהיר, ולכן היסוד הפיזי נסוב כמעט כולו סביב התוצאה; כך למשל בעברה של גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין.

שלושת רכיבי העברה מתווים עד שלושה סוגי מעגלים אפשריים של אחריות פלילית.²³ בהתקיים כל המעגלים גם יחד, ובהתווסף מעגלי היסוד הנפשי שבהם לא אדון במאמרי, אנו מצויים בשטח פלילי. ככל ששרטוט המעגלים הפליליים ברור יותר, גדל הסיכוי שהאזרח יבין מבעוד מועד מה אסור, ולא פחות חשוב מכך, מה

²⁰ חשין כתב שפרסום לשון הרע "עבירת-התנהגות היא בהגדרתה ובחזותה, אך בתוכנה ובנשמתה עבירת-תוצאה היא, הגם שתוצאה זו אינה מגלה עצמה על-פני ההגדרה כיסוד מיסודותיה. בחזותה החיצונית עבירת התנהגות היא, ברוחה ובפנימיותה עבירת-תוצאה היא". ראו: רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 592 (2005). לגישתי, כאמור, כל עברה היא עברת תוצאה ברוחה. ראו: הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 13, בעמ' 272-273.

²¹ לגישות שונות שלפיהן כל עברה היא תוצאתית ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 249-251 (1992); רון שפירא "מבנה היסוד העובדתי של העבירה" מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית 113, 130, 142 (אלי לדרמן עורך, 2001).

²² כשהמחוקק רותם את רכיב התוצאה, הוא לעתים עושה זאת 'על חשבון' רכיב ההתנהגות שנהיה חסר משמעות כשלעצמו. כך למשל העברה של גרימת מוות ברשלנות המופיעה בס' 304 לחוק העונשין כוללת רכיב התנהגות רק למראית עין: כשלעצמה ושלא בצמוד לנסיבה ברורה, המילה 'הגורם' היא חסרת משמעות בהיותה כוללת כמעט כל דבר. לעניין זה אשוב בספרי: הרדוף הפללה תכליתית, לעיל ה"ש 8.

²³ ראו תרשימים 1-2.

מותר; ככל שהמעגלים חדים יותר, מצטמצם הסיכון לאכיפה סלקטיבית ולכוח-יתר של המשטרה, התביעה ובתי המשפט.²⁴ לא רק שטח הפנים של המעגלים חשוב, אלא גם שטח החוץ. ומה שמצוי מחוץ למעגלים הוא חירות האדם מהתערבות כופה של השלטון במעשיו: **החירות האנושית**. והחירות האנושית אינה עניין טכני, גם אם היא תחומה בלשון שכוללת עד שלושה סוגי רכיבים עובדתיים.²⁵

3 היסוד הפיזי באינטרנט

כיצד מתבטאים רכיבי העברה באינטרנט? האם החוק הקיים מתאים להחלה על פעילות מקוונת? תאורטית, אפשר לבצע ברשת סוגי עברות רבים. עברות ביטוי רבות (אם לא כולן) ודאי באות בחשבון.²⁶ האם ישנן עברות שלא ניתן לבצע באינטרנט, באשר המעבר מהפיזי לוורטואלי שולל קיומן של סוגי התנהגויות, נסיבות או תוצאות? או שמא החוק גמיש ומופשט דיו ונכון לאתגר המקוון? העברות המקוונות ניתנות לסיווגים שונים. למשל, לפי תפקיד המחשב: מחשב כיעד העברה (למשל וירוסים), מחשב ככלי לביצוע עברה (למשל גנבה) ומחשב כעניין אגבי לעברה (שלב קצר ומקרי בעברה פיזית).²⁷ במאמרי לא אגע בסוג האחרון שאיננו "פשע מקוון", אלא בעברות "מחשב כיעד" ובעברות "מחשב ככלי".²⁸ אפתח בעברה שעניינה מחשב כיעד העברה: חדירה לחומר מחשב. חוק שסובב סביב רעיון זה בדיוק נראה כמקרה מתאים לבחון אם החוק מתאים לעולם המקוון; שאם חוק כזה לא יתאים, איזה חוק יתאים? לאחר מכן אתקדם לתועבה, סוגיה שכוללת עברות שהתקיימו אך לא ממש נאכפו גם לפני עידן המחשב (פרסום), לצד עברה חדשה

²⁴ השוו: לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 67-68; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 93-99.

²⁵ ראו תרשים 3.

²⁶ בספרות לא מעטים העלו טיעון נורמטיבי שלפיו הפשע המקוון שונה בהכרח מהפשע בחלל הפיזי בממד כלשהו: בהסרת תנאי ביצוע או בהוספתם, בדרכי הביצוע, בדפוסיו, באופן הפגיעה בקרבנות, בהיקף הנזק או ביכולת האכיפה. מכך גזרו צורך בשינוי הסדרתי כולל כזה או אחר. לטיעונים אלו ולביקורת עליהם ראו: הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 6, פרק המבוא. ניתן לבצע פשעים רבים בחלל הפיזי ובחלל המקוון באופן דומה לכאורה: למשל פשעי ביטוי. ראו בקצרה בהמשך לגבי לשון הרע ופגיעה בפרטיות.

²⁷ ראו: Marc D. Goodman, *Why the Police don't Care about Computer Crime*, 10 HARV. J. LAW & TEC 465, 468-469 (1997). ובישראל: חיים ויסמונסקי "על ענישה בעברות מחשב" **מחקרי משפט** כד 81, 84-85 (2008).

²⁸ לחשיבות ההבחנה בין מחשב כיעד למחשב ככלי לביצוע העברה ראו: Richard A. Mann and Barry S. Roberts, *CyberLaw: A Brave New World*, 106 DICK. L. REV. 305, 362-364 (2001). להבחנות פנימיות בעברות מחשב ככלי ראו: Michael L. Rustad, *Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier*, 11 S. CAL. INTERDIS. L.J. 63, 65 (2001).

שנולדה בעידן הממוחשב ובהקשר ממוחשב אף שניתן להחילה גם במישור הפיזי (החזקה). לכאורה, איסורים אלו ערוכים להתמודד עם האתגר המקוון. אמשיך לעברות שנולדו למציאות פיזית ולא עברו שינוי חקיקתי להתאימן לעידן הממוחשב, לא כל שכן המקוון: מעשה מגונה, הימורים ועוד. האם ניתן וראוי להחיל איסורים בעלי היגיון פיזי בנוגע לאקט מקוון? עד כמה הדבר מורכב? סוגי העברות שאבחן הם כאלו שנותחו במשפט הישראלי. אציג פסיקה הנוגעת לכל עברה ומיד אחריה ביקורת, וזאת כדי לברר אם החוק הפלילי ניתן להחלה בעולם המקוון המשתנה בהתמדה.

ג. חדירה לחומר מחשב

1 חדירה לחומר מחשב: הפסיקה

את ניתוח החוק הישראלי אפתח בעברה מחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: "חוק המחשבים"). לכאורה, עברת מחשב אמורה להתאים לעידן האינטרנט, באשר היא עוצבה במיוחד עבור מחשבים, להבדיל מחלקם הגדול של האיסורים הפליליים. בנוסף, חוק המחשבים הוא עכשווי ביחס למרבית החקיקה שתנוחת במאמר זה, ולכאורה עדכנותו אמורה לאפשר החלה פשוטה יחסית של איסוריו. לכאורה.

חוק המחשבים נפתח בסעיף הגדרות ארוך ביחס להיקף החוק. בחוק רק חמש עברות: שיבוש או הפרעה לחומר מחשב או למחשב (סעיף 2), מידע כוזב או פלט כוזב (3), חדירה לחומר מחשב שלא כדין (4), חדירה לחומר מחשב כדי לעבור עברה אחרת (5) ונגיף מחשב (6). בין אלו אתמקד בחדירה לחומר מחשב שלא כדין, שנותחה בהרחבה בשלוש הכרעות דין באותו בית משפט.²⁹

האחת ניתנה בשנת 2004. **אבי מזרחי**, חסר הבנה באבטחת מחשבים, נכנס לאתר האינטרנט של המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים שאליו שאף להצטרף, וחשד שהאתר אינו מאובטח. מכיוון שהאתר לא אפשר לתקשר עם מנהליו למעט מילוי טופס בקשת הצטרפות, פנה לאתר העוסק באבטחת מחשבים והוריד בחינם תכנה לבדיקת כשלי אבטחה, שבחר בהיותה הפופולרית ביותר לפי האתר עצמו. התכנה הופעלה בהכנסת כתובת האתר, הפיקה פלט שמזרחי לא הצליח להבין, ולכן פנה לעזרת גולשים בצ'אטים, אך ללא הועיל, התייאש ומחק את התכנה. הוא הואשם בניסיון לחדירה לחומר מחשב.³⁰

²⁹ אף שמדובר בבית משפט השלום, ניתוח נרחב סבב כולו או רובו סביב העברה האמורה, כולל הכרעת דין ללא הודאה. מכאן בחירתי להרחיב על פסיקה זו דווקא.

³⁰ ת"פ (שלום י"ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי, פדאור (12)04 769, 791-794 (2004).

השופט טננבוים פתח את הכרעת הדין בתיאור טכנולוגי מקיף של תקשורת ואבטחה באינטרנט,³¹ והמשיך בעברת החדירה, וכתב על הבעייתיות בהגדרת המונחים 'חדירה' ו'שלא כדין'. המונח חדירה שאול מעולם המושגים הגופני, שבו חדירה היא מעבר של גדר, קיר או תחום מוחשי אחר. טננבוים ביקר את המחוקק, שהגדיר חדירה באמצעות אותה מילה, תהה אם כל התקשרות למחשב היא 'חדירה' ומהם הגבולות שיש לעבור כדי לחדור. הוא קיבל את עמדת התביעה, שהחדירה למחשב אסורה כשלעצמה ואין צורך שתלווה בנזק. לידו, חוק המחשבים נתקבל בסביבת עבודה שונה, כשכל התחברות למחשב הייתה באמצעות הקלדת שם משתמש וסיסמה, ו'חדירה' אז הייתה עקיפה של הצורך בשם וסיסמה. אך כיום הטכנולוגיה שונה מאוד: מחשבים מתקשרים ביניהם בדואר אלקטרוני, מחליפים תכנים ועוד. השופט הסכים ש'חדירה' מתקיימת בכל תקשורת אינטראקטיבית בין מחשבים שונים, והרכיב 'שלא כדין' הוא שיבחין בין מותר לאסור. בדיקת אבטחתו של אתר היא דבר קל ורצוי כשלעצמו בזרזו תיקון חורי אבטחה. בעל אתר אינו יכול "לוותר" על בדיקת גולשים אחרים: כל האתרים מקושרים ופגיעותו של אחד עלולה לפגוע באחר: ספינת האינטרנט תלויה בכל גולשיה. מנגד, אם הבדיקה היא שלב מקדים לניצול חורי אבטחה, היא מהווה ניסיון לעברה. יש לפרש חקיקת אינטרנט באופן שיאפשר לעולם זה להתפתח לטובת הציבור. מזרחי זוכה.³² ערעור המדינה על זיכוי נדחה בקצרה.³³

פסק דין נוסף שבו נדונה שאלת החדירה לחומר מחשב ניתן בסוף שנת 2009. משה 'הלמו' הלוי, בעל השכלה וניסיון במחשבים, הואשם בעברות רבות ובהן חדירה למחשב. הלמו פרסם כתבת אינטרנט על כך שעופר שדות הורשע במשלוח דואר זבל ונשלח לכלא. השניים הסתכסכו על רקע הכתבה, ובשיאו של הסכסוך פנה הלמו למרכז לגביית קנסות וגילה שלשדות שני חובות, האחד של שבעה מיליוני שקלים. הלמו שילם שני שקלים בכל תיק. לטענתו, קיבל את הקישור משדות כהוכחה שאינו

³¹ שם, בעמ' 773-781. השופט ד"ר טננבוים הוא כנראה מהיחידים במערכת המשפט בישראל שמסוגל לנפק מידיעותיו שלו תיאור מפורט כזה, בהיותו בעל תואר ראשון במדעי המחשב.

³² שם, בעמ' 781-790. השופט ראה לזכותו את גרסתו העקיבה למן הרגע הראשון, את העובדה שלא נתפסו במחשבו תכנות מזיקות, את היותו בור בענייני אבטחה ופריצה, ואת העובדה שלא ניסה לטשטש עקבות. שם, בעמ' 791-795. באמרת אגב קצרה סיים את פסק הדין בדחיית טענת הגנה מן הצדק בגין אכיפה סלקטיבית. שם, בעמ' 795-797.

³³ לעומת הדיון המפורט בבית משפט השלום, בית המשפט המחוזי דחה את ערעור המדינה בקיצור נמרץ וקבע במפורש ובשמרנות שדי במסקנות העובדתיות של הערכאה הדיונית לצורך ההכרעה, ולכן מסקנותיה המשפטיות בנוגע לעברה נותרות בצריך עיון. מעשי מזרחי הם לכל היותר הכנה ונעדרים את היסוד הנפשי של עברת הניסיון, ואינם מסכנים אינטרס ציבורי. ניתן לזכות את מזרחי גם בגין פטור עקב חרטה, משום שחדל מחפץ נפשו מהשלמת מעשה העברה, אם בכלל חפץ להשלימה. כלומר, מוקד הדיון היה פלילי ולא משפטי וטכנולוגיה או משפט ואינטרנט. ראו ע"פ (מחוזי י"ם) 8333/04 מדינת ישראל נ' מזרחי, תק"מ 3(04) 4821 (2004).

חב דבר. מחמת הספק נפסק שכך היה.³⁴ באותה עת היו ליקויים קשים באתר: ניתן היה לגלוש ולשנות את סיומת הכתובת הגלויה שכללה את מספר תעודת הזהות של החייב, וכן לשנות את הסכום שהופיע על המסך ולשלם כל סכום שיאיין את החוב כולו, עד עיון בשרת התשלומים הממשלתי והמדויק. ואמנם, התשלום הביא למחיקת החוב. למחרת נתגלה העניין, והוגשה תלונה למשטרה. החשד נפל על שדות, לאור עברו הפלילי והמניע למעשה. בחקירתו החשיד שדות את הלמו, ובבוא המשטרה להלמו, השיב הלה מיד שיש בעיה במערכת המחשבים של המרכז, וששילם כדי לזכות בקבלה ולהוכיח את חובו של שדות כפושט רגל החייב כסף רב למדינה.³⁵

השופט טננבוים שב על דבריו מילה במילה בפרשת **מזרחי** בנוגע ל'חדירה למחשב' והוסיף שמוטב לוותר על הגדרת המונח האמור לטובת הגדרה קזואיסטית של רשימת דוגמות לחדירה, שתכלול השגת סיסמאות במרמה, כניסה לאתרים שמבקשים לחסום מבחינה טכנולוגית גישה לגולשים מסוימים או בעלי אבטחה שרמתה תוגדר בחוק ועוד. נוכח הקביעה העובדתית שהלמו קיבל משדות את הקישור, ברור שלא עבר עברת חדירה למחשב. אך גם בדיקת חשבונו של שדות בשינוי תעודת הזהות ב-URL אינה עקיפת אמצעי אבטחה, כגרסת התביעה: כל אתר שניתן להיכנס אליו בקלות כה רבה, אין לטעון שאסור להיכנס אליו. לא מדובר באמצעי אבטחה בלתי-מספיקים, אלא בהיעדר אמצעי אבטחה כלל. בהיעדר מחסום כלשהו אין לדבר על 'חדירה', ודאי שלא על חדירה 'שלא כדין', ויש לזכות את הנאשם (גם) מפרט זה.³⁶

בשנת 2012 ניתן פסק דין נוסף הסובב סביב העברה, בפרשת **עזרא**. פסק הדין עסק בעזרא, שהסתייע בקובץ שקיבל מאדם אחר, שהכיל מאגר נתונים של מספרי כרטיסי אשראי, חשבונות בנק וסיסמאות של אנשים ממדינות רבות. עזרא הודה והורשע בכמה פרטי אישום אך כפר בחדירה לחומר מחשב שנעשתה באמצעות קובץ הסיסמאות. בית משפט השלום קבע כי עברת החדירה למחשב אינה ברורה כל צורכה, ובחן אם עברה (כקבלת דבר במרמה) במערכת מחשב היא גם עברה על חוק המחשבים. השופט רון דחה את תזת התביעה, שלפיה כל עברה שנעשית תוך שימוש במחשב היא גם חדירה למחשב. הוא בחר בגישה מצמצמת, שלפיה 'חדירה למחשב' מתרחשת רק כשהורד אדם ללבו ולקרבו של המחשב, ולרוב גם פוגע בו, בדרך כלל במיומנות רבה. מטרת החוק היא הגנה על המרחב הקיברנטי: המחשב כאובייקט, ביטחון המכשיר ומרכיביו. להגנה מפני עברות אחרות ישנם איסורים אחרים. בית המשפט סבר שראוי להחיל את העברה רק על מי שפורץ 'מנעול' טכנולוגי שהגן על

³⁴ ת"פ (שלום י"ם) 9497/08 פרקליטות מחוז ירושלים נ' הלוי, תק"ש של 11734 (4) 09, פס' 8-26, 50-44 (2009).

³⁵ שם, פס' 30-42, 61-70.

³⁶ שם, פס' 78-90.

הגישה החיצונית לאתר. עוד הוסיף השופט ודן בבעייתיות המונח 'שלא כדין', והעיר כי הפרקטיקה בתביעה הכללית אינה להאשים בחדירה לחומר מחשב במצבים כאלו. עזרא זוכה מהאישומים האמורים, ובית המשפט העיר שהציע למחוקק לשוב ולהתמודד עם שאלת הפגיעה הפלילית באינטרנט.³⁷

2 חדירה לחומר מחשב: ניתוח

מעל חמש עשרה שנים חלפו מאז חקיקת חוק המחשבים.³⁸ אמנם לא מעט, אך ביחס לסעיפי חוק אחרים שיוזכרו בהמשך, גם לא הרבה. האם האיסור מתאים או שכבר כעת נדרש שינוי?

שתי נסיבות באיסור מובנות למדי: מחשב וחומר מחשב מוגדרים יחסית במפורט ובבירור בסעיף 1 לחוק המחשבים, גם אם המחשב כיום לובש צורות שונות בהרבה מאלו שלבש ב-1995. באשר לנסיבה הנוספת באיסור, 'שלא כדין', ורכיב ההתנהגות 'חדירה', ההבנה פחותה, כפי שהודגש בפסיקה. ברכיב ההתנהגות משתמש המחוקק ברכיב עצמו – מהלך מוזר של המחוקק, אם כי לא חריג.³⁹ ולכן יש להוסיף את הבחירה במילה שמופיעה בעברה פיזית כמו אינוס, בסעיף 345 לחוק העונשין, ומתאימה גם לתאר כניסה פיזית לבית. מה בין 'חדירה' לבין מחשב? החוק מגדיר חדירה לחומר מחשב כ"חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979". האם פירוש הדבר שחדירה היא התקשרות או התחברות או הפעלה? אם כן, מה תפקיד המילה 'באמצעות'? המילה מרמזת שלאחר ההתקשרות וכדומה אמורה להגיע פעולה נוספת, והיא-היא פעולת החדירה.⁴⁰ חזקה שהמחוקק אינו משתמש במלים מיותרות, ואין למהר לסתור אותה כשהרכיב הפיזי מוגדר באופן כה עמום. למילה 'באמצעות' חייב להיות תפקיד. אם אני קורא נכון את החוק, אז כל שהוא אומר על חדירה זה שהיא מתרחשת באמצעות התקשרות עם מחשב. היא אינה מתרחשת מעצם ההתקשרות, להבדיל ממה שנכתב. המילה 'באמצעות' מאותתת שמה שמגיע אחריה אינו הגדרה למונח 'חדירה' אלא אפיון שלה: נסיבה. וזו, כזכור,

37 ראו ת"פ (שלום י"ם) 40102-06-10 מדינת ישראל נ' עזרא, דינים שלום 12(17) 1097 (2012).
 38 לכך יש להוסיף כי החוק בוסס על הצעת חוק משנת 1994 שהתבססה על חוקים שכבר היו קיימים לפני כן. ראו הצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 478. החלק המהותי של חוק המחשבים לא עודכן עד לאחרונה ממש. ביום 10.7.2012 הורחב משמעותית נוסחו של ס' 6 לחוק שעוסק בנגיף מחשב, כך שיכלול גם התנהגויות נוספות. יתר חלקי החוק עומדים בעינם.
 39 בעברת ההימורים, כמתואר בהמשך, מוגדר 'משחק אסור' כמשחק שמאופיין בדברים מסוימים. אך מהו 'משחק'? החוק אינו מגדיר. ראו את ס' 224 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
 40 בהצעת חוק המחשבים העברה האמורה לא השתמשה בהגדרה מעגלית, אלא הגדירה חדירה למחשב כ"התקשרות או התחברות עם מחשב". ראו: הצעת חוק המחשבים.

תפקידה לצבוע את ההתנהגות באור אחר וכך לשרטט באופן מדויק יותר את גבולות השדה הפלילי.

בפרשת מזרחי קיבל השופט את עמדת התביעה, שעצם החדירה למחשב אסורה ואין צורך שתלווה בנזק. הוא הציע שכל תקשורת מחשבים הדדית תיחשב חדירה, והרכיב 'שלא כדין' יספק את הגוון הפלילי. בהמשך צמצם את האיסור משיקולי מדיניות. בפרשת הלמו כתב שעדיפה הגדרה קזואיסטית שתכלול רשימת דוגמות לחדירה, הוסיף ש'חדירה' אפשרית רק בנוגע למחסום איתן (מה שסותר במידת מה את דבריו שלפיהם היסוד 'שלא כדין' הוא שיבחין) ודימה את מעשה הנאשם להצצה בכלי רכב ובפתחי חירום.

אני סבור שההיזקנות למטפורות, גם אם הכרחית לעתים, ודאי מקשה עלינו את המלאכה ומאותתת שאפשר שאיננו מבינים את שמצוי לפנינו ולכן אנו 'בורחים' לעולם מוכר יותר, העולם הפיזי, ומנסים להחיל את הגיונו. המטפורה היא דרך אטרקטיבית להתמודד עם מצבים חדשים ועם אמצעי מדיה חדשים והאינטרנט במיוחד.⁴¹ היא כלי מפתה (וגם זו מטפורה) עבור המסדיר. אך היא גם כלי מוטה⁴² ועלולה להוביל להיסקים בלתי-מדויקים בנוגע לאינטרנט בכלל⁴³ ולפשע המקוון בפרט.⁴⁴ ההיגיון של החלל הפיזי אינו בהכרח מיתרגם היטב לחלל המקוון. השופט מודע לקושי בפרשת מזרחי,⁴⁵ אך חרף מודעותו התפתה למשחק הדימויים שבו החל

41 ראו: F. Gregory Lastowka, *Search Engines, HTML, and Trademarks: What's the Meta for?*, 86 VA. L. REV. 835, 854 (2000)

42 פרומקין כתב שבחירת מושא ההקבלה תקבע את התוצאה המשפטית. ראו: A. Michael Froomkin, *The Metaphor is the Key: Cryptography, the Clipper Chip, and the Constitution*, 143 U. PA. L. REV. 709, 884 (1995). שפירו הוסיף שהבעיה היא ששילוח האינטרנט פירושה שהוא יכול במובנים מסוימים לדמות לטכנולוגיות שונות. ראו: Andrew L. Shapiro, *The 'Principles in Context' Approach to Internet Policymaking*, 1 COLUM. SCI. & TECH. L. REV. 2 (2000)

43 האנטר הדגיש את חשיבות המטפורה כחלק ממודל קוגניטיבי (שלעתים איננו מודעים לפעולתו) של כולנו וכמגבלה מבנית שמשפיעה עמוקות על תהליך קבלת ההחלטות במשפט. רבים מתייחסים לאינטרנט כאל מקום פיזי; אלא שמטפורת 'המרחב הממוחשב' כמקום מובילה לסדרת גרירות מטפוריות. ראו: Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CALIF. L. REV. 439, 442-443, 452-454, 459-472 (2003) ואצלנו ראו: אברהם טננבוים "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" **שערי משפט** ד(1) 359 (2006). מטפורת האינטרנט כמקום נותחה בהרחבה בידי למלי ובהמשך בידי כהן: Julie E. Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 CALIF L. REV. 521 (2003); Cohen, *Cyberspace as/and Space*, 107 COLUM. L. REV. 210 (2007)

44 האנטר הסביר שחוקים של פשעי מחשב ממחישים את התגבשות התפיסה של הרשת כמקום והצביע כיצד שימוש במטפורות עשוי להוביל לחקיקה עונשית בעייתית (טענות דומות העלה גם בנוגע לדיני הנזיקין). ראו: Hunter, לעיל ה"ש 43, בעמ' 472-478.

45 מודעות זו התבטאה גם בהפניה ישירה להאנטר. ראו: פרשת מזרחי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 785.

התובע, והציע דימוי משלו (וכך עשה גם דויטש מאוחר יותר).⁴⁶ אף שהבריחה האנושית לכיוון המוכר והידוע מובנת, ספק אם היא מסייעת בפתרון הדילמה הפרשנית. פנייה למטפורות בנוגע לאינטרנט עשויה לאותת על מצוקה פרשנית אמיתית. איני יודע אם יש מנוס מפנייה למטפורות; אך יש להיזהר מהישענות מלאה עליהן, משום שאנו עלולים שלא להבחין בשוני שבין מושאי ההקבלה.

פרט לכך, אני סבור שהניתוח המצמצם של השופט הוא רצוי. אמנם 'חדירה' אינה מוגדרת באופן משיביע רצון ואינה מונח שהולם עולם מקוון. לא מדויק לומר שעצם החדירה אסור; אלא שהחדירה היא המעגל הראשון בהתנווית האחריות הפלילית. איני יכול להצטרף למסקנה שכל תקשורת ממוחשבת היא בבחינת חדירה (מסקנה שהשופט עצמו סותר לכאורה בפרשת הלמו באמרו שבהיעדר מחסום אין לדבר על 'חדירה'). זאת, הן בשל המילה 'באמצעות' שמחייבת משמעות נפרדת ממשמעות התקשורת שמופיעה בנפרד לה; והן משיקולי מדיניות משפטית פלילית בשל הרכיב 'שלא כדין'. רכיב התנהגות רחב עד מאוד, שכולל כשלעצמו חלק עצום באוכלוסייה, אינו דבר רצוי במיוחד, אך לעתים הוא הכרחי. כך בנוגע לעברת האיננוס הבסיסית, שרכיב ההתנהגות היחיד בה הוא בעילה, פעילות חברתית מקובלת שאין קיום למין האנושי בלעדיה. אלא שלהבדיל מעברת האיננוס, שבה הרכיב הנסיבתי תחום באופן ברור יחסית, גם אם לא באופן מוחלט,⁴⁷ הרי לפי פרשנות זו, את רכיב ההתנהגות (חדירה) בשילוב הרכיב הנסיבתי הראשי (לחומר מחשב) מקיימים בהתמדה מיליונים בישראל, גברים, נשים וטף, כמה פעמים ביום. במצב זה, המעגל הראשון של האחריות הפלילית הוא פשוט רחב מדי וגם המעגל השני אינו מועיל. בהקשר המקוון, שני המעגלים גם יחד לכאורה מתארים כל גולש. בהתחשב בכך שמדובר בעברת התנהגות וללא תוצאה, עומדים יותר מדי נאשמים פוטנציאליים על כוונת הדין הפלילי מעצם התנהגותם.

לרכיב הנסיבתי הבא עבודה רבה: יתר הרכיבים מותירים לו לסנן מיליוני גולשים ולהפוך את האיסור למדויק יותר. האם הוא חד מספיק לשם כך? הרכיב הנסיבתי

⁴⁶ התובע דימה את מעשי הנאשם לאדם הזורק אבן (או נוצה) על קיר ברזל או לאדם הנוקש על הדלת ובודק מנעולים. טננבוים ביכר היקש אחר: נהג הנוסע בכביש ורואה מכוניות אחרות שבהן בעיות ותקלות, או אדם המבקר במוזאון ברשות, מציץ ומסתכל על פתחי החירום וחלונות המוזאון. לדויטש זה נראה יותר כמו ניסיון לפתוח את פתח החירום, לא מתוך כוונה לחדור אלא לגלות אם ניתן לחדור. ראו: מיגל דויטש "חוק המחשבים במבחן העתים – זווית המבט של מציע החוק" **שערי משפט** ד(1) 257, 267 (2006). הנטייה לברוח למטפורות עולה גם בהקשרים עונשיים. למשל, ה'אנגליזר' המפורסם הושווה לראש כנופיית פריצות לבתים, והנזק שנגרם עקב החדירה למחשב תואר כנזק שגודל מהנזק שכרוך בפריצה לבית. ראו דברי השופטת ברלינר בפרשת **טננבאום**: ע"פ (מחוזי ת"א) 71227/01 **מדינת ישראל נ' טננבאום**, תק"מ 2002 (2) 1540 (2002). ראו דיונים בשאלות הנוגעות לרכיב הנסיבתי בעברת האיננוס המשתנה: ע"פ 91/80 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 281 (1980); ע"פ 3907/92 **סמחאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 104 (1992); ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302 (1993).

'שלא בהסכמתה החופשית של האישה' בעברת האינוס צובע את הבעילה (שאגב, מוגדרת אף היא כ'חדירה' מסוימת) בגוון פלילי, ומבדיל בקלות יחסית בין מיליוני בועלים לבין מאות או אלפי אנסים. הרכיב הנסיבתי 'שלא כדין' בעברת החדירה מעיד על עצמו שאינו מסוגל לדייק. הרי זהו רכיב שמטיבו נבחר במצב שבו המחוקק אובד עצות במלאכת דיוק האיסור ולכן בוחר 'רכיב פלסטלינה', שהתביעה ובהמשך לה הרשות השופטת תוכלנה לעצבו כראות עיניהן.⁴⁸ אמנם הרכיב האמור מופיע כמה פעמים בחוק העונשין, ולא מן הנמנע שבכל הופעה כרכיב בעברה (להבדיל מהופעה בכותרתה), מעיד הדבר על חוסר האונים של המחוקק לדייק בעברה; ובכל זאת, בכל המקרים הללו **מטרתו לצמצם** את העברה בעזרת חידוד מסוים, ולאפשר **פתיח יציאה** לנאשמים שמגשימים את כל יתר הרכיבים בעברה אך המחוקק אינו רוצה להטיל עליהם אחריות פלילית. ובכל אותם מקרים הרכיב הפיזי מוגדר באופן שאינו כולל מיליוני אנשים מדי יום.⁴⁹ לא ייתכן שהרכיב 'שלא כדין' יעשה את **עיקר הסינון פנימה** – מי צריך להיכלל בעברה – במקום לעשות מעט סינון החוצה.⁵⁰ ובוודאי שאין בכוחו לעשות זאת לבד. גם אם נראה בו רכיב שאמור לסנן פנימה, ברור שאינו יכול לעשות לבדו את כל הסינון ואינו יכול לברור בין מיליוני אנשים ביום. ברי כי היסוד 'שלא כדין' כשלעצמו אינו מוגבל לתיאור העולם הפלילי, שהרי אם היה מתאר רק דברים שהם עברה כשלעצמם, היה עשוי להיות נחוץ רק כנסיבה מחמירה לקיומן של העברות האחרות: נסיבה מחמירה של חדירה לחומר מחשב. וכך, לפי הפרשנות התביעתית של עברת החדירה לחומר מחשב, כל פעולה ממוחשבת המפרה איסור פלילי מצויה בסכנת הפללה כפולה, כעולה מפרשת **עזרא**; כל פעולה ממוחשבת הכרוכה בהפרת הדין האזרחי – וכאלו יש רבות, רבות מדי – מצויה בסכנת הפללה. למשל, אדם שגולש לאתר שיתוף קבצים – ודאי 'חודר' לחומר מחשב (לפי פרשנות התביעה) – מתקשר עם מחשב אחר. האם נוכח הפרת זכויות יוצרים נבקש לתייגו בתואר הפלילי 'חודר שלא כדין'? התשובה חייבת להיות שלילית, אחרת גבולה של עברה זו הופך לגבולות המשפט בכללותו בעולם המקוון.

⁴⁸ וכדבריו המאלפים כתמיד של השופט זילברג: "הביטוי המשפטי האנגלי unlawful לא זו בלבד שאינו מבהיר די צרכו את טיבו של התנאי הנוסף, אלא לעתים קרובות אף מטשטש את עצם העבירה ועושה אותה סנדל [...] הביטוי הנ"ל נוח לו שלא נברא משנברא [...] ועכשיו שנברא – עלינו לרסנו ולכלאו תוך גבולות צרים וברורים, ולא לתת לו 'להשתולל' במרחבי החוק הפלילי והאזרחי". ראו: ע"פ 106/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אלוש**, פ"ד יט(1) 505, 509 (1965).

⁴⁹ ראו ס' 141, 157, 158, 163, 191, 192, 196, 267, 305, 329–331, 333, 334, 336, 341, 376, 377, 379, 427, 428, 430, 447, 450, 451, 452, 456–458, 474 לחוק העונשין.

⁵⁰ לפני שלושים שנה גרס אזר שהרכיב שלא כדין הוא נסיבה נגטיבית: על הנאשם לטעון שהמעשה היה כדין. כלומר הרכיב הוא מקור הגנה לנאשם שיאפשר לייבא הגנות מדיניות לבר פליליים. ראו: עדי אזר "דין היסוד 'שלא כדין' בדין הפלילי" **עיוני משפט** ח 561, 562, 566–567 (1981). להרחבה על רכיב זה ראו גם פלר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 404–419; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 254–258; הלוי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 717–721; ראו תרשים 4.

אינני תמים ואינני סבור שעקרון החוקיות הוא קודש קודשים במשפט הפלילי;⁵¹ אך עדיין, להבדיל מהעברה הוותיקה של 'תקלה ציבורית', שנפחה את נשמתה בשעה טובה רק בשנת 2008, החדירה למחשב היא עברה חדשה, בעידן חוקי-היסוד ותיקון 39. האם תיתכן עברה מודרנית שהרכיב העיקרי בה הוא 'שלא כדן'? דומני שלא רק שעברה כזו עשויה ואולי אף אמורה ליפול במבחן חוקתי,⁵² היא אינה עומדת אף במבחן ההיגיון. יש לשים לב שהעברה הישראלית אינה זהה לאמריקנית, שעליה כתב קר: 'חדירה שלא כדן' ולא 'גישה ללא אישור'. קר ביקר בחריפות את עמימות המונחים 'גישה' (access) ו'אישור' (authorization), וכתב שהם בלתי-ברורים בעליל ועלולים לייצר איסור רחב בהרבה מכוונת המחוקק או מההיגיון. ברור שאין מדובר בגישה פיזית ושסטנדרטים של העולם הפיזי עשויים להפיק תוצאה שונה מאלו של העולם הווירטואלי. גם המונח 'אישור' ברור יחסית בחלל הפיזי אך עמום בהקשר הממוחשב. לדידו עדיף חוק ספציפי או למצער פרשנות שלפיה רק עקיפת קוד היא 'גישה ללא אישור'.⁵³ מצב החוק הישראלי **גרוע בהרבה**. 'חדירה' היא פעולה הרבה פחות ברורה מאשר 'גישה', לפחות בעולם המקוון, ולאור הגדרתה המוזרה היא רחבה עד מאוד; 'שלא כדן' הוא מונח בעל פוטנציאל רחב בהרבה לעומת 'ללא אישור'.

יוצא שאפילו איסור חדש, שהתקבל בחוק שעיסוקו היחיד הוא מחשבים, כושל ואינו מתאים למציאות הקיימת. מסקנה זו אינה צופה טובות ביחס לאיסורים ותיקים, שעוצבו בעידן אחר לגמרי, ואולי יתקשו עוד יותר להתאים לסביבה המודרנית. מנגד, אולי דווקא עברה שנוסחה במיוחד עבור מחשבים – מועדת לפורענות, משום שהיא 'מצלמת' את הטכנולוגיה הממוחשבת ברגע נתון, במקום לדבר בשפה מופשטת וניטרלית לטכנולוגיה? מוקדם להשיב. בינתיים אנו כבולים לעברה ששילוב רכיב ההתנהגות והרכיב הנסיבתי הראשי בה כולל חצי מדינה מדי יום, בפעולת גלישה, ועם רכיב נסיבתי נוסף בלתי-אלגנטי, רכיב פלסטילינה שמאפשר לחשלו לכל צורה שנרצה.⁵⁴ דומני שמוטב להשיב את האיסור הזה, ולצדו אולי איסורים נוספים מחוק המחשבים, לרשות המחוקקת, לחשיבה מחודשת ולשרטוט אמיתי של גבולות העברה. עד אז, מה ניתן לעשות כדי לצמצם את רוחב העברה?

⁵¹ בצדק נכתב שיש להניח שרוב העבריינים הפוטנציאליים אינם מהרהרים עמוקות אחר בחינת חוקיות התנהגותם; אך לעקרון החוקיות ערך בהתוויית מערכת היחסים בין השלטון לפרט. ראו: לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 67–68.

⁵² על תקיפה חוקתית של איסור פלילי ראו: הרדוף "פסקת ההפלה", לעיל ה"ש 13.

⁵³ ראו: Orin S. Kerr, *Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes*, 78 N.Y.U.L. REV. 1596, 1596–1599, 1643–1660 (2003).

⁵⁴ לדוגמות מהפסיקה האמריקנית לפרשנות 'גישה' ו'אישור' ראו: שם, בעמ' 1615–1640. ראו את דברי השופטת בן פורת: "אין לך כמעט מלים שהתקשו ומתקשים לרדת לחקרן כמו המלים 'שלא כדן' מתוך: ע"פ 257/79 סוויר נ' מדינת ישראל, פ"ד (לד) (3) 757, 779 (1980).

דרך אחת היא לנסוך משמעות קונקרטית לרכיב 'שלא כדין'. אסיא ואלקלעי סברו שפירושו המעשי הוא 'ללא רשות'.⁵⁵ מהלך דומה עשו אהרוני-גולדנברג וריין בהקשר הנזיקי,⁵⁶ ובהמשך הציעה זאת אהרוני-גולדנברג גם בהקשר הפלילי.⁵⁷ גם דויטש, ממנסחי החוק, לא הציע הגדרה לחדירה, אלא גרס שההסכמה המפורשת או המשתמעת תקבע את גבולות העברה.⁵⁸

⁵⁵ הן התרעו שכלליות האיסורים בחוק המחשבים עלולה להפליל התנהגויות שהיו מקובלות בענף התכנה טרם חקיקת החוק, והציעו שהמפתח לצמצום יהיה המונח 'שלא כדין'. מההיסטוריה החקיקתית עולה שהכוונה במונח זה לחייב את המשתמש לקבל רשות לביצוע הפעולה הספציפית שנחשדת כעברה, ואם הפעולה חרגה מהרשות שניתנה, תיחשב 'שלא כדין'. נעמי אסיא ורחל אלקלעי "עבירות מחשב בעשור החולף" **שערי משפט** ד(1) 397, 399 (2006). גישה דומה נרמזת משתי פרשות. שלושת האחים בדיר, עיוורים מלידה, פיתחו מומחיות בעולם התקשורת ואחד התמחה בגישה למרכזיות טלפונית ובעיסוקים פליליים בין-לאומיים. נאשם 1 הואשם גם בחדירה לחומר מחשב. השופטת רוטלוי ציינה שלשון הסעיף הרחבה מתיישבת היטב עם תכלית החוק, ש"נועד לשמש פתרון כולל לבעיית עבריינות המחשב" ומגוון אפשרויות החדירה שבסעיף מוכיח את עצמת ההגנה שביקש המחוקק להעניק למחשב. היא לא היססה לקבוע שמדובר בחדירה וקבעה שגם אם מערכת קולן אינה תכנה, היא בגדר 'מחשב' משום המידע שיש בה. לדידה, מרכז הכובד של העברה הוא הנסיבה 'שלא כדין', כעולה מתכלית החקיקה, והוא מתקיים נוכח היעדר הרשאה חוקית לחדירה. הנאשם הורשע. ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40250/99 **מדינת ישראל נ' בדיר**, תק-מח 3(1) 1793, פס' 14.5 לפסק הדין (2001). בפרשת **בללי**, מהסתעפויות פרשת הסוס הטרויאני, הנאשם הורשע בקצרה גם בחדירה לחומר מחשב. השופט כבוב לא התקשה לקבוע שתוכנת סוס טרויאני היוצרת חיבור בין מחשב הקרבן לשרת המחשב של הגורם המפעיל, מביאה לחדירה החוזרת על עצמה. הוא הפנה לפרשת **מזרחי** וציין שאינו נדרש להכריע בדבר גבולות העברה: זה מקרה מובהק של חדירה שאינה כדין, באשר נעשתה ללא ידיעת הקרבנות והסכמתם, ולא נטענה כל הרשאה אחרת. ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 **מדינת ישראל נ' בללי**, תק-מח 2(09) 9792, פס' 54 (2009).

⁵⁶ הם השוו את הרכיב 'שלא כדין' לשאלת ההסכמה, במפורש או מכללא של בעל חומר המחשב וציינו שהמונח מאפשר גמישות פרשנית. המחשב מקים מרחב מחיה המשמעותי לפחות כמו המרחב הפיזי, ויש צורך בהגנה על פרטיות המשתמש ובחופש המצפון שלו. לאדם זכות לאוטונומיה להחליט מי יוכל לעקוב אחרי מעשיו במחשב. ראו: שרון אהרוני-גולדנברג ואריה ריין "חדירה למחשב כעוולה נזיקית" **שערי משפט** ד(1) 415, 424-427 (2006).

⁵⁷ היא הסיקה שקו הגבול בין חדירה פלילית או נזיקית לחדירה מותרת תלוי בשאלת ההסכמה, במפורש או במשתמע. על ההסכמה להיות חופשית, מודעת ומותאמת: שימוש שמתאים לאופי ההסכמה ואינו חורג ממנה. ראו: שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העבירה" **ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 429, 443-444 (דורו ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

⁵⁸ דויטש דחה את הטענה כי 'חדירה' אינה מוגדרת היטב: לכל עברה ספקות פרשניים. לרוב קל לזהות אם פעולה היא חדירה למחשב, והגדרה כללית עדיפה על גישה קזואיסטית שמטיבה תפגר אחר הטכנולוגיה. כל התחברות והתקשרות למחשב הן כניסה למרחב האוטונומי (שבשונה מהחלל הפיזי, אינו בא על חשבון אחר) ובעל האתר זכאי להגדרת גבולות הוויתור על האוטונומיה. דויטש הזהיר מיישום נמהר של עקרונות מתחום הקניין המוחשי ואף מתחום הקניין הרוחני המורכב על האינטרנט; יש לאפשר לרשת להתקדם. הוא דחה את גישת 'כל

בכל הכבוד, אני סבור שעמדה זו של המלומדים, שאינה חופפת לפסיקת השופט טננבוים בפרשת **מזרחי**, אינה יכולה להתקבל כפשוטה. הסיבה היא שלא כך בחר המחוקק. הרכיב הנסיבתי 'שלא כדין' אינו יכול להיות זהה לרכיב הנסיבתי 'שלא בהסכמה'. המחוקק מכיר היטב גם את האחרון ואף משתמש בו באופן מגוון הנוגע להסכמה בחוק העונשין⁵⁹ ובחקיקה עונשית אחרת.⁶⁰ יש שהוא רותם את שתי הנסיבות גם יחד, ללמדך שמדובר במעגלים שונים להתוויית האחריות הפלילית.⁶¹ כשהמחוקק מתכוון לרכיב ההסכמה או להיעדרה, הוא יודע היטב לומר זאת, ויודע אף לצבוע את טיב ההסכמה, מונח מורכב שכשלעצמו שעשוי להותיר שאלות פתוחות רבות: מדעת? חופשית? מפורשת? משתמעת? בדיעבד?⁶² בנוגע לעברת החדירה, המחוקק לא בחר במונח זה **ואין לבחור מחדש עבורו**. קל וחומר אם דיוני החקיקה סבבו סביב מושג זה, שאז מגלה הדבר בחירה מדעת של המחוקק, וממה שנבחר יש להסיק את מה שלא נבחר.⁶³ חדירה שלא כדין אינה חדירה שלא בהסכמה, בשני מובנים: חדירה יכולה להיות כדין גם אם אינה בהסכמה; ויכולה להיות שלא כדין גם אם היא בהסכמה. פרשנות השופט טננבוים מגשימה את המובן הראשון, ובהיבט זה היא אינה שגויה. לבית המשפט שיקול דעת לקבוע מהו המונח 'שלא כדין', ואם המחוקק יצר רכיב פלסטילינה, אל ניפלא אם השתמשו בו לעיצוב העברה כראות עיני המעצב (אף שכפי שנראה, נדיר שישתמש בו לעיצוב מצר, להבדיל מעיצוב מרחיב).

המשתמשים ערבים זה לזה: אינטרס ציבורי כשלעצמו אינו מצדיק חדירה למחשב. מוטב שגבול העברה ייפרש לאור הסכמת בעל האתר במפורש או במשתמע, הסכמה שאינה נתונה לביקורת אבטחה מצד הגולשים. ראו: דויטש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 266–269.

59 ראו: ס' 139, 174, 193, 203(ב), 316, 345(א), 345(ב), 345(ג), 345(ד), 348(א), 349(ב), 370, 373(א), 383(א) לחוק העונשין.

60 ראו את ההסכמה ואפיונה בס' 1–3, 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981.

61 כך בנוגע לעברת התקיפה המוכרת. סעיף 378 מגדיר תקיפה מהי, ומשתמש במלים "בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית"; ואילו סעיף 379, האוסר על תקיפה, מוסיף מעגל חדש: "התוקף שלא כדין את חברו". גם אור כתב, בהקשר כללי, שאין לייבא היעדר הסכמה לתוך הרכיב שלא כדין. חזקה על המחוקק שלכל ביטוי יש משמעות שונה. אור, לעיל ה"ש 50, בעמ' 564–565.

62 המחוקק יודע להבחין בין סוגי הסכמה. למשל, האיסור על אינוס בס' 345(א) לחוק העונשין עניינו הסכמה חופשית; ס' 316(א) לחוק, שדן בהפסקת הריון עניינו על הסכמה מודעת; ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר הסכמה כהסכמה מדעת במפורש או במשתמע. לדיון בעניין מהות רכיב ההסכמה בעונשין בכלל ובעברת הגנבה בפרט ראו: Stuart P. Green, *Consent and the Grammar of Theft Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2505 (2007). לדיון באפיון רכיב ההסכמה בנוגע לעברת הגנבה ראו: אסף הרדוף **עברת הגנבה** פרק 4 (לא פורסם); לדיון באפיון ביחס לעברת האינוס ראו: אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" (לא פורסם).

63 בהצעת חוק המחשבים כותרת העברה בס' 6 הייתה 'חדירה **שלא ברשות** למחשב', ונוסחה: "החודר ביוזעין וללא רשות כדין למחשב". ראו: ס' 6 לה"ח המחשבים.

גם התנהגותו של **עזרא** היא ודאי 'גישה ללא הרשאה', אלא שהמחוקק קבע 'חדירה שלא כדין', וחייבת להיות משמעות אחרת למונח זה. למשל, ניתן להציע לצמצם את האיסור למצב שבו **התקשורת המסוימת** בין שני מחשבים אסורה כשלעצמה: כשאדם מנסה לצלוח אתר חסום באמצעות עקיפה טכנולוגית, לתקשורת בין המחשבים אופי אסור. מנגד, כשאדם משתמש בסיסמה של אחר, שהשיג שלא כדין ושלא ברשות (בניחוש, בקניית המידע מאחר שחדר למחשב לשם השגתה וכדומה), כדי לגשת לחשבון הבנק, הדואר האלקטרוני או הרשת החברתית של האחר, התקשורת בין המחשבים מותרת כשלעצמה: מערכת המחשבים פועלת באופן תקין, גם אם כושלת למנוע חשיפת מידע. כלומר, אם הבעיה היא **בתקשורת**, ניתן לדבר על חדירה שלא כדין; ואם הבעיה היא **במתקשר** (שנעדר רשות לכך), ייתכן שהמעשה יטופל בדין אחר, פלילי או אזרחי. תחת גישה כזו, ההסכמה תהיה רכיב שמוציא את הפרט מתחולת האיסור; אך היעדרה לא יספיק כדי להכניסו לשם. הגישה מתיישבת גם עם הניתוח הערכי המצמצם לעברה, כמפורט בהמשך.

לפרשנות כזו ניתן להגיע גם בדרך אחרת. ייתכן שאין לסמוך על הרכיב 'שלא כדין' לערוך את מלאכת הצמצום של העברה: המלאכה רבה מדי והרכיב האמור גמיש מדי. מוטב לשוב לרכיב 'חדירה' ולנסות לצמצמו. דומני שדווקא הצעת בירנהק, שבא מזירת המשפט והאינטרנט, היא הטובה ביותר לצרכינו, אולי משום שהוא באמת מוטרד מרוחבו של האיסור ומהשלכתו על האינטרנט. המלומד היחיד שמציע פרשנות מצמצמת לאיסור הפלילי דרך תכליתו (כמפורט מיד); שיוצא נגד חפיפה גדולה בינו לבין איסורים וענפי משפט אחרים; ושמוטרד שזו עברת הכנה⁶⁴ – מגיע מחוץ לדיני העונשין. זאת, אולי משום שמלומדי דיני העונשין יודעים היטב שדינים אלו אינם נעדרים פרשנות מרחיבה, שחפיפה כאמור רחוקה מזדירה, ושהדין הפלילי עמוס 'עברות הכנה'⁶⁵. אך דווקא חשיבה כאמור תורמת לרובד הנורמטיבי של הדין הפלילי

⁶⁴ בירנהק סבר שאין להחיל את האיסור על חריגה מהרשאה, לנוכח מעגלי הגנה משפטיים נאותים אחרים להבטחת בקרת הגישה הפנימית: מוטב שאותה פעילות לא תיאסר במקביל בדינים נפרדים. אם המהות העיקרית של הפעולה הבעייתית מוסדרת בחוק אחר, אין לפנות לחוק המחשבים, פן נחמין את שיקולי הנגד שבדינים העוסקים בפעילות האסורה ממש, נייצר הרעת-יתר ונעקוף איזונים מורכבים שבדינים אחרים. יש לבחון חריגה מהרשאה לפי הדין הכללי הקיים כמו פגיעה בפרטיות, הפרת זכות יוצרים או סוד מסחרי, דיני חוזים ודיני העבודה, או לפי דין משמעת. הסדרה טכנולוגית תסגור את יתר החורים ואין לפרש את עברת החדירה כאוסרת חריגה מהרשאה. אין להחיל על האינטרנט כללים משפטיים קיימים כמו שהם, בלי הבנת הטכנולוגיה והערכים החיוביים המגולמים בה. ראו: מיכאל ד' בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" **שערי משפט** ד(1) 315, 334–343 (2006).

⁶⁵ או בשמן האחר, 'עברות יצירת סיכון'. ראו למשל: HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 266–267, 270–271 (1968); Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259, 260–264 (Andrew P. Simester & A. Tony H. Smith, eds., 1996);

באינטרנט. הערך המוגן, אם יאותר בקפידה, עשוי להביא לידי הצמצום ההכרחי לעברה הכה רחבה; והיכרות טובה עם דינים המגנים (פלילית ואחרת) על ערכים קשורים עשויה לאפשר לזהותו.

מהו הערך המוגן באיסור של חדירה שלא כדין?⁶⁶ בירנהק הציג תזה מפורטת, שלפיה הערך, עניינו שמירה על פעולת מערכת המחשב ללא הפרעה וללא התערבות. הוא דחה ערכים שמוגנים בדרכים אחרות ודחה את ההשוואה בין עברות המחשב לעברות התפרצות וגניבה, שלפיה יש לפרש את האיסור כעקיפה טכנולוגית של קוד.⁶⁷ דומני שזו פרשנות סבירה.⁶⁸ אולם יש לחדד. העברה של חדירה לחומר מחשב

Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293, 1310–1312 (2003); Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963, 966–970 (2003); Douglas Husak, *What Moral Philosophers might Learn from Criminal Theorists*, 36 RUTGERS L. J. 191, 192–193 (2004); R. A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, 65 LA. L. REV. 941, 963–965 (2005); Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 413–417 (2008); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 161–168 (2008).

בהצעת חוק המחשבים נכתב בדברי ההסבר שמטרת הסעיף לטפל בהסגת גבול במחשב, עניין שמצדיק עברה מיוחדת בשל הקושי לאיתור העבריינים והפוטנציאל לביצוע עברות נוספות לאחר החדירה. ראו ה"ח המחשבים.

בירנהק כתב שההיסטוריה החקיקתית נראית אנכרוניסטית בחלוף 'שנות דור טכנולוגיות' והציע פרשנות תכליתית לחוק המחשבים כדי לדייק בתיחום האחריות הפלילית ולהימנע מהרחבת יתר, לנסח את תכלית האיסור ביתר מיקוד, כהגנה על עקרונות אבטחת המידע, לוודא שהמערכת ממלאת ייעודה ללא הפרעה. הוא הציע לצמצם את תחולת העברה דרך הערך המוגן, נוכח קיום הגנות משפטיות לערכים ואינטרסים קשורים. ראו: בירנהק, לעיל ה"ש 64, בעמ' 325–329, 333–334. בה"ש 25 הפנה לדיונים במליאת הכנסת וציין שאינם מביאים למסקנה ברורה באשר לתכלית החוק, שנעה בין הגנה על הערך התפקודי של המחשב, לשלמות החומר ולפרטיות בחומר מחשב. לאחרונה זוכה דיויד נוסאל בארצות-הברית, שנאשם תחת איסור פדרלי, על ששידל עובדים בתאגיד שבו עבד בעבר לגשת למאגרי הנתונים של התאגיד ולספק לו מידע, בניגוד למדיניות התאגיד. בית המשפט לערעורים מהמחוז התשיעי, ברוב של תשעה נגד שניים, דחה את פרשנות התביעה, שלפיה הביטוי 'exceeds authorized access' מתקשר לגישה למחשב בניגוד למטרות ההרשאה, וביכר את פרשנות ההגנה, שלפיה הכוונה לגישה ללא הרשאה בכלל: האקינג. לפי דעת הרוב שכתב הנשיא קוזינסקי, פרשנות התביעה הופכת איסור על האקינג לאיסור של שימוש לרעה, ומשמעותה שמילוני עובדים יחשבו פושעים: למשל, כאלו שעושים שימוש פרטי במחשב כמו משלוח דואר אלקטרוני למשפחה או גלישה באתרי בידור. גם קטינים שגולשים באתרים לבגירים או גולשים שמפרים מדיניות של רשת חברתית עלולים להיחשב כמבצעי חדירה לחומר מחשב. אין להותיר חוק רחב לחסדי התביעה ונדרש לפרשו בצמצום; ואין להביט רק בנאשם הנדון, אלא בהשפעה האפשרית של הפסיקה על חי אזרחים רגילים. דעת המיעוט שכתב השופט סילוורמן מתחה ביקורת חריפה על הרוב שעיוות את לשונו הברורה של המחוקק ומצאה בו בעיות שאף ערכאה לא מצאה בעבר. ראו: U.S. v. Nosal, 2012 WL 1176119 (9th Cir. 10.4.12).

אינה בדיוק מגנה על התפקוד הטכנולוגי; היא נותנת קו הגנה נוסף ומיוחד למה שמאחורי ה"חומה הטכנולוגית", **קו הגנה משפטי פלילי לקו ההגנה הארכיטקטוני** (השוו להגנה האמריקנית המשפטית פלילית על ה-Digital Rights Management, DRM). החומה הטכנולוגית מגנה על ערכים מגוונים: התפקוד הממוחשב, הפרטיות, הקניין ועוד. האקר עשוי להגיע לחומר מחשב בלי להזיק לתפקוד המחשב או לתפקוד המחסום הטכנולוגי; אך במצב כזה קו המגן הארכיטקטוני כשל. זאת להבדיל ממצב שבו הסיסמה הנכונה הוכנסה שלא ברשות, שאז הארכיטקטורה פעלה באופן מושלם. פרשת **עזרא** מגוללת פעולה מקוממת; הפעולה הזו אינה "חדירה שלא כדין" אלא "גישה ללא הרשאה".

יש לשים לב שעברות נוספות בחוק מגנות על קו ההגנה הארכיטקטוני ולא במישרין על מה שבא אחריו (הקניין, הפרטיות, שלום הגוף ועוד). למשל, עברות ההתפרצות בסעיפים 406–408 לחוק העונשין ועברת ההתפרצות לכלי רכב בסעיף 1413 לחוק (האיסור על החזקת כלי פריצה מספק קו הגנה שלישי). האם אדם שקיבל מאחר מפתח גנוב לרכב והשתמש בו כדי להיכנס לרכב ולהניעו – התפרץ לרכב? האם אדם שקיבל מאחר מפתח גנוב לבית והשתמש בו להיכנס – התפרץ לבית? מבחינה משפטית, התשובות חיוביות, לנוכח ההישענות על סעיף 405, המגדיר **במפורש** כהתפרצות גם כזו שנעשית באמצעות מפתח. סעיפים 406–408 קובעים שמדובר בעברה אם הכניסה נעשית במטרה לבצע גנבה או פשע. אלמלא ההגדרה המפורשת של ההתפרצות ככוללת גם שימוש במפתח, היה מקום לסבור שאין פה התפרצות, ודאי לא מבחינה לשונית, משום שהארכיטקטורה פעלה פה באופן מושלם (ואז רק מה שנעשה לאחר ההתפרצות עשוי להוות גנבה או עברה אחרת). מנגד, בחוק המחשבים יש עברה של חדירה במטרה לבצע עברה אחרת; אך אין הגדרה ברורה של החדירה, כמו גישה עם המפתח עצמו. לדעתי אין לייצר הגדרה זו בפסיקה. בירנהק הציע לצמצם את העברה ולהקפיד על הרכיב 'שלא כדין', על המחשבה הפלילית הנדרשת ועל זוטי דברים.⁶⁹ מסופקני אם כך תצמצם העברה. ברכיב 'שלא כדין' כבר נגעתי. המחשבה הפלילית לא תועיל רבות, באשר היא מצריכה אך מודעות לרכיב העובדתי. האם הגולש מודע לכך שהוא מתקשר עם מחשבים אחרים? כנראה. האם הוא מודע לכך שהוא עושה זאת שלא כדין? המודעות לרכיב נסיבתי זה היא עניין משפטי מורכב, ואין להישען עליה לצמצום העברה;⁷⁰ גם לא על סייג זוטי הדברים, סייג

⁶⁸ מנגד, נכתב על ערך מוגן מרובד, לנוכח הקלות והאטרקטיביות של ביצוע העברה ולנוכח הנזקים: בלימת הקידמה, פגיעה בפרטיות, בחופש הדעות והביטוי, בקניין ובאוטונומיה. ראו: אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 57, בעמ' 435–443.

⁶⁹ בירנהק, לעיל ה"ש 64, בעמ' 344.

⁷⁰ אזר גרס שהיעדר מודעות ביחס לרכיב 'שלא כדין' אינה שוללת הרשעה. ראו: אזר, לעיל ה"ש 50, בעמ' 573–575.

שלא זכה לעדנה בפרקטיקה,⁷¹ ואינו יכול לעשות את עיקר הסינון של העברה, אלא רק לגזור את שוליה.⁷² להבנתי, עיקר העבודה הפרשנית המצמצמת מוטל על רכיב 'החידרה'. עד להגדרה מחודשת של העברה, יש לצמצם את היקף רכיב זה, כך שיכלול רק מצב של עקיפה טכנולוגית של מחסום, קוד ממוחשב; אך לא יכלול חריגה מהרשאה ובוודאי לא כל תקשורת ממוחשבת. אחרת נישאר עם איסור בלתי-תחום, תקלה ציבורית ממוחשבת, עברה שלא כדין.

אסכם, גישה ללא הרשאה אינה חופפת לחידרה שלא כדין. ייתכנו מצבים בהם אדם ניגש לחומר מחשב ללא הרשאה אך עושה כן ללא תמרון טכנולוגי. אדם עשוי לגשת למחשב של בן זוגו שהשאיר את תוכנת הדואר האלקטרוני שלו פועלת, ולקרוא את הדואר שלו במקום לצאת מייד (מצב 1). הוא עשוי גם לגשת לחשבון דואר אלקטרוני או רשת חברתית באמצעות ניחוש סיסמתו, שלעתים קרובות אינה מורכבת במיוחד ושעונה על תאריך לידה או משהו אחר שמוכר לו (מצב 2). אדם עשוי לגשת למחשב של גורם שנתן לו הרשאה אך לחרוג מגדרי ההרשאה, במובן זמן הגישה המותר או מטרת הגישה המותרת (מצב 3). הוא עשוי לגשת לאתר בתשלום באמצעות סיסמה שמסר לו חברו או שמצא ברשת האינטרנט, ללא רשות בעל האתר (מצב 4). ילד עשוי להוריד משחק מחשב באתר שיתוף ולהפעילו בלי רשותו של בעלי הקניין הרוחני (מצב 5). הוא עשוי לגשת לרשת חברתית או לאתר בעל תוכן אלים או מיני לאחר ששיקר ביחס לגילו (מצב 6).

כל המצבים הללו (וניתן לדמיין רבים אחרים) מתארים אדם שניגש לחומר אליו הוא אינו אמור לגשת. אך כל אלו אינם בגדר מי שחודר לחומר מחשב שלא כדין משום שאינם קשורים לטכנולוגיה שמתגברת במישרין על הגנה טכנולוגית ואינם מלמדים על סיכון של "הסדר הממוחשב", קו ההגנה הארכיטקטוני. מצבים 1-2 מתארים פגיעה בפרטיות. מצבים 3-5 מתארים פגיעות קנייניות שונות. מצב 6 מתאר פגיעה חברתית (שכיחה מאד וכמעט לחלוטין בלתי-מטופלת). זאת, בשונה מגורם שמשמש באמצעי טכנולוגי כדי לעקוף מחסום טכנולוגי (למשל מפצח ההגנה הטכנולוגית של קובץ המוגן בזכויות יוצרים, להבדיל מאלו שנהנים מהתוצר שפוצח) או מגורם שמשמש באמצעי טכנולוגי כדי 'לקטוף' את סיסמת הגישה של משתמש אחר ('ה'קטיף' הוא החידרה שלא כדין, ולא השימוש ב'פרי'). לשון אחר, לדעתי ראוי כי העברה של חידרה לחומר מחשב שלא כדין תכסה רק התגברות טכנולוגית ישירה על מחסום טכנולוגי; אם העקיפה הושלמה על-ידי פלוני, שמכר

⁷¹ ראו את הפסיקה המובילה בתחום: ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג(5) 747 (1999); וכן ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120 (2005).

⁷² השוו: ג'ודי ברודר סייג זוטי-הדברים 193, 257 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, 2001); ג'ודי ברודר "תיחומו של סייג זוטי-הדברים לאור לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין" מחקרי משפט כא 495, 498-499 (2005).

את התוצר (סיסמה למשל) לאלמוני, פלוני אשם בחדירה שלא כדין, ואילו אלמוני בגישה ללא הרשאה (עברה שיש ליצור, בגבולות מוקפדים) ובעברות נוספות שביצע, אם ביצע.

יצוין כי גם עברות אחרות בחוק המחשבים אינן משורטטות היטב. עברת השיבוש למחשב בסעיף 2 כוללת רכיבים עמומים, אם כי מעט ברורים יותר. מהו שיבוש פעולתו התקינה של מחשב ומהי הפרעה לשימוש בו? הסעיף אינו מגדיר, אך דומני שרכיבים התנהגותיים אלו ברורים יותר או למצער שכיחים פחות מרכיב החדירה. מחיקת חומר מחשב, אחת מהחלופות, גם היא התנהגות יחסית ברורה; אלא שלהבדיל משיבוש, כשלעצמה מחיקה היא התנהגות נפוצה מאוד. אף לגביה מטריד שהנסיבה 'שלא כדין' שמופיעה באיסור היא הרכיב שיבדיל בין עשורת ומאות פושעים לבין מיליוני אנשים שכותבים, מחברים ומעלים תמונות – ומוחקים. הנחת משקל כה כבד על רכיב זה מתעלמת מכך שאי-אפשר לעמוד על כתפיים, אפילו רחבות, שעה שהן חסרות חוט שדרה. גם אם היעדרו של חוט השדרה טרם נחשף כיאות, באין העמדה לדין ופסיקה בעניין – מה שאולי קשור להגדרה העמומה, לבעיית אכיפה או לחילופין לצייתנות מופלגת – נראה לי שאפילו חוק בן פחות משני עשורים אינו מתאים לאינטרנט המתפתח. כמו הרכיב הנזיל 'שלא כדין' הוא מצריך חישול קצת יותר משמעותי או בנייה מחדש, בנייה מהיסוד.

ד. עברות התועבה

1 עברות התועבה: סקירה

חוק המחשבים נולד בשנת 1995. להבדיל, עברות התועבה בחוק העונשין בישראל נולדו לפני עידן המחשבים אך בהמשך עודכנו חלקית.⁷³ העברות מצויות בסעיף 214 לחוק העונשין וכוללות בין היתר איסור לפרסם או לארגן פרסום תועבה; איסור מוחמר לפרסם פרסום תועבה ובו דמות קטין, לרבות הדמיית קטין או ציור שלו;

⁷³ סעיף 214 קיבל את נוסחו הנוכחי בשנת 1998, עקב הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997. בדברי ההסבר הובהר שההצעה מתיישבת עם האמנה לזכויות הילד משנת 1989, שמדינת ישראל היא צד לה ומכוחה מחויבת להתאים את חוקיה להגנה על קטינים. התגברות התופעה של ניצול קטינים לשם הפקת פורנוגרפיה מחייבת מענה, ו'אנשי מקצוע' סבורים שיש להקטין את הביקוש הפרטי לחומרים ולבכר את ההגנה על קטינים על פני חופש הבחירה של הפרט בביתו. ראו ה"ח העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), ה"ח 464, בעמ' 472. בניסוח זה גולמו הערכות כלכליות ופסיכולוגיות, לצד שיפוט ערכי משפטי, ולא ברור באיזה מקצוע ובאילו אנשים מדובר. לסקירה היסטורית מפורטת של עברת התועבה במשפט האמריקני ראו: Susan W. Brenner, *Complicit Publication: When Should the Dissemination of Ideas and Data Be Criminalized?*, 13 ALB. L.J. SCI. & TECH. 273, 307–310, 330–331 (2003).

איסור להשתמש בגופו של קטין לעשיית פרסום תועבה; ואיסור קל יחסית על החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, תוך החרגת החזקה באקראי ובתום לב. סעיף 214ב מגן על מי שפרסם או החזיק למטרה כשרה.

מונח הסל 'תועבה' אינו מוגדר בחוק העונשין. מה פירושו? שני דיונים מרכזיים בעשורים האחרונים נגעו במושג התועבה, ושניהם נערכו מחוץ לדין הפלילי.⁷⁴ בשנת 1997 הפך בית המשפט העליון בדעת רוב את הכרעת המועצה לביקורת סרטים בנוגע לסרט **אימפריית החושים**. בדעת רוב זיהה הנשיא ברק בין פורנוגרפיה לתועבה, וכנסחת עבודה בחר בהגדרה האמריקנית בפרשת *Roth*: "פרסום שלפי אמות המידה הציבוריות המקובלות על בני זמננו, נושאו הדומיננטי של החומר בכללותו מעורר תאוות בשרים טמאה". יצירה תיחשב תועבה לאור מבחן היצירה בכללותה.⁷⁵ בדעת יחיד כתב השופט חשין ששאלת ההגדרה של פורנוגרפיה וחומר תועבה מעוררת קושי ומבוכה וציין שההגדרה שבחר ברק מפנה למשהו לוט בערפל כבד, בייחוד בהיעדר מושבעים. למעשה מדובר ב'אדם סביר' לעניין תועבה. לאפיוני התועבה, דוגמת 'תאוות בשרים טמאה', 'יצרי תאוה' וכדומה, גבולות פרוצים שמדיפים ריח ימי-בינימי, פוריטניות ונזירות. ההסדר מצוי 'בממלכת הפטרנליזם החברתי' והמוסר החברתי, ותכליתו קשורה לשימור צניעות חברתית קודם כול, ובהמשך גם לשימור כבוד נשים וקטינים.⁷⁶ חשין הבחין בין הפן הפלילי של השאלה לפן המנהלי שלה: מבחן 'היצירה בכללותה' ישמש כהגנה עבור הראשון בלבד.⁷⁷

בשנת 2004 הכריעה השופטת דורנר בפרשת **פלייבוי**. חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 27), התשס"ב-2002, אסר שידורים שיש בהם משום תועבה,

⁷⁴ קשה למצוא התייחסויות ישירות של בית המשפט העליון ל**עברת** התועבה. לפני מעל ארבעים שנה בפרשת דן עומר פורש מונח התועבה כפורנוגרפיה. נפסק שהחשש הוא מהשחתת המוסר הציבורי ושאת קו הגבול של העברה יקבע בית המשפט. השופט לנדוי אישר הרשעה בהפצת חומר תועבה בנוגע לחומר מילולי לחלוטין: תיאורי מין מפורטים. ראו: ע"פ 495/69 **עומר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כד(1) 408, 411-415 (1970). מסופקני אם נותר ערך מעשי כלשהו לפסק דין זה.

⁷⁵ ברק הפנה ל: *Roth v. United States* 77 S. Ct. 1304, 1311 (1957). ברק דחה את גישת השופט סטיוארט (Stewart) שכשל להגדיר תועבה אך כתב: "I know it when I see it" הפנה ל: *Jacobellis v. State of Ohio* 84 S. Ct. 1676, 1683 (1964). תרגום: "לכשאראנו אכירנו": ע"פ 2411/06 **סלימאן נ' מדינת ישראל**, תק-על(3)08 3815, פס' ק"ו לפסק הדין (2008). זאת בדומה ל'מבחן הפיל' בלשון השופט טל: "חיה שקשה להגדירה אך כל רואיה יכירוה". ראו: בג"ץ 5168/93 **מור נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נ(4) 628, 638 (1996). ברק הפנה להגדרות נוספות מהפסיקה האמריקנית: לפי כולן פרסום בעל ערך אמנותי, ספרותי, פוליטי או מדעי, אינו נתפס באיסור. ראו: בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד נ(5) 661, 673-678 (1997).

⁷⁶ שם, בעמ' 691-694.

⁷⁷ שם, בעמ' 703-708. חשין הציע לדחות את העתירה וחזה את ביטול המועצה לצנזורה או התריע מפניו.

כמשמעו בחוק העונשין. ואולם הדיון בפסק הדין סבב סביב לשון ההמחשה השלישית שנקט האיסור: הצגת "אדם או איבר מאבריו כחפץ זמין לשימוש מיני".⁷⁸ דורנר דחתה את טענת העותרים שהחוק בא לדכא את תעשיית הפורנוגרפיה והארוטיקה בכללותן, בגין פגיעתן בנשים. לנוכח החלופות בסעיף למונח 'תועבה', דחתה האפשרות שהחלופה הנדונה תכלול גם תכנים של יחסי מין כשלעצמם.⁷⁹ האיסור הפלילי לפרסם ולהציג פורנוגרפיה העולה כדי תועבה צריך להתפרש בצמצום ולעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. אין להתעלם מהנורמות החברתיות המקובלות ומכך שפורנוגרפיה זמינה וחוקית במגוון מדיה, בייחוד באינטרנט שמנגיש תכנים קשים בהרבה.⁸⁰ לדורנר הצטרפו עשרת שופטי ההרכב. השופט חשין ציין שפורנוגרפיה היא תלוית-מקום ותלוית-תקופה, כתב שהאיסור כולל 'רקמה פתוחה' ויימלא תוכן מהתרבות העכשווית והפנה לספר 'מאהבה של לידי צ'טרלי' שנתפס כספרות תועבה בצאתו, "ואילו היום – היום שחוק יימלא פינו".⁸¹ השופט טירקל דווקא סבר שתכניות המציגות נשים בעירום מלא שלא במסגרת סרט עלילתי הן בגדר "הצגת אדם או איבר מאבריו כחפץ זמין לשימוש מיני", אך החליט שלא להתערב בשיקול דעת המועצה.⁸²

כאמור, שני הדיונים האמורים נערכו הרחק מחוץ לדיני העונשין, גם אם הזכירו אותם, ולכן מובן שיש להיזהר מהסקת מסקנות על פיהם. אף שנוסחו הנוכחי של האיסור הכללי על פרסום והצגה של תועבה נקבע עוד ב-1991, בשנים האחרונות לא התייחס בית המשפט העליון לעברות התועבה.⁸³ עידן האינטרנט ייצר לא מעט נאשמים בעברות תועבה שונות, לרבות עברת ההחזקה החדשה. להבדיל מהאיסור הקודם שנדון, חדירה לחומר מחשב, איסורי התועבה ובעיקר הקל שבהם זוכים לאכיפה משמעותית יחסית. אלא שמרבית התיקים מסתיימים בלי קרב: הודאה. ואם

78 שתי ההמחשות הראשונות של המונח תועבה בחוק: (1) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול; (2) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין.

79 בג"ץ 5432/03 ש.י.ן נ' המועצה לשידורי כבלים, פ"ד נח(3) 65, פס" 11–13 לפסק דינה של השופטת דורנר (2004).

80 שם, פס' 17 לפסק דינה. דורנר הפנתה להבחנה האמריקנית בין ביטוי פורנוגרפי מוגן לבין תועבה בלתי-מוגנת, כאמור במבחן המשולש בפרשת מילר [Miller v. California, 413 U.S.].^{15, 24} (1973). היא ציינה שיש לתחום כתועבה אסורה רק חלק מצומצם מהביטוי הפורנוגרפי. שם, פס' 18.

81 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט חשין.

82 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט טירקל.

83 השופט לוי דחה בקצרה בקשת רשות ערעור באביב 2009 בנוגע לנאשם שהודה בהחזקת תועבה המציגה קטינים במחשבו, וביקש להימנע מהרשעתו. בית משפט השלום, בהמלצת תסקיר המבחן, נמנע מהרשעה; בית המשפט המחוזי קיבל הערעור והרשיע. לוי לא ראה עילה לרשות ערעור והוסיף באמרת אגב שתכלית האיסור מתקיימת ביחס למי שמחזיק בחומרים. ראו: רע"פ 3890/09 מור נ' מדינת ישראל, תק"ע על (2)09 (2)1797 (2009).

מתקיימים קרבות, לרוב אין הם נוגעים בשאלות הקשות ביותר, וההכרעה פשוטה ונחרצת. אין זאת אומרת שהחוק פשוט, מובן ומתאים. אתאר בקצרה כמה פסקי דין שעסקו בעברות אלו, בעיקר כאלו שלא עסקו אך ורק במלאכת גזירת הדין.⁸⁴

בשלהי 2006 ניתן פסק הדין בפרשת **מיל**, שעסק בהחזקת חומרי תועבה המציגים קטינים, סרטונים ותמונות מאתרי אינטרנט שהוריד למטרת צפייה. מיל הודה בעובדות אך טען נגד חוקתיות סעיף 214(ב3) וגרס שהוא פוגע בפרטיות ובצנעת החיים, אינו מידתי וסותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שופט השלום פלד דחה את הטענות וקבע שההחזקה מעודדת את התעשייה ומהווה חלק אינטגרלי מהפצת התכנים. מיל הורשע: סעיף 214(ב3) עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה.⁸⁵

בראשית 2008 הוכרעה פרשת **קורידו**, שאינה עוסקת באינטרנט אך מאירה את האיסור. קורידו הואשם בהחזקת תועבה ובפגיעה בפרטיות, לאחר שצילם בחוף הים קטינים בעירום בטלפון הנייד. ההגנה גרסה ששימוש סובייקטיבי בצילום (אוונות) אינו יכול להפכו לבלתי-חוקי. השופטת כוחן קבעה שאין לנתק את הצילום מהנסיבות והמטרות שאפפו אותו: מדובר בתועבה.⁸⁶

באביב 2009 נפסק דינו של **פלוגי**, שהודה שהשתמש בתכנות שיתוף קבצים ברשת להורדת אלפי תמונות וסרטים של תועבה המציגים קטינים; ופעם אחת שיתף אחר בחומרים. שופט השלום מור דחה את עתירת התביעה להרשעת הנאשם ולמאסרו. נמצא קושי בעניין ההחזקה והפרסום: האיסור הוא להחזיק ולא לצפות, וחומר אלקטרוני שמקורו ברשת רחוק וכנראה זר, אינו 'מוחזק' בידי הנאשם, כי הקבצים אינם נשמרים דרך קבע בכונן מחשבו ואין לו שליטה בהם. בנוגע לפרסום, הנאשם העביר קבצים לאדם יחיד, שכנראה רצה בהם, ולכן לא היה צפוי להיפגע מהם.⁸⁷ ערעור התביעה התקבל מקץ כחצי שנה. בית המשפט המחוזי פסק שפלוגי הודה בעובדות המשקפות את העברה, בהסדר טיעון ובלי שניתנה לתביעה הזדמנות לענות לקו המשפטי שיזם השופט. נפסק שתכלית האיסור התקיימה, פלוגי הורשע ודינו נגזר.⁸⁸

⁸⁴ לסקירת מקרים שהסתיימו בהודאה ראו אסף הרדוף "החזקת פורנוגרפיית ילדים אלקטרונית – האם ניתן להרשיע, והאם ראוי, או: היכן מעדיפה החברה את הפדופילים שלה? מסע ערכי בעקבות מיל, פלוגי ומור" **הסניגור** 150, 4 (2009) (להלן: הרדוף "החזקת פורנוגרפיית ילדים אלקטרונית").

⁸⁵ ת"פ 5174/06 (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' מיל**, תק-של 06(4) 27461 (2006). ערעור לא הוגש, באשר הושג הסדר טיעון ביחס לעונש.

⁸⁶ ת"פ 6136/07 (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' קורידו**, פדאור 08(6) 327 (2008).

⁸⁷ ת"פ 007936/07 (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' פלוגי** תק-של 09(2) 6796 (2009). על פרשה זו הרחבתי את הדיבור במקום אחר: אסף הרדוף "פדופיל על האימיוול, אבל זכאי" **NANA10** 6.5.2009 <http://net.nana10.co.il/Article/?ArticleID=634520>

⁸⁸ בית המשפט המחוזי הוסיף שמקובלת עליו טענת הפרקליטות, שלגופו של עניין הסוגיה מורכבת עובדתית, טכנולוגית ומשפטית, וראוי היה להזמין הצדדים ולקבל תגובתם ואף לשמוע

באותה עת תמה פרשת **משיח**, שמעניינת אף שתמה בהודאה וללא ניתוח משפטי. המתלוננת, בת 14 בעת המעשים, צ'וטטה עם הנאשם בעזרת מצלמת אינטרנט. בשתי הזדמנויות כשצפה בה, ביקש ממנה לפשוט בגדיה, לבצע ריקוד ארוטי בפני המצלמה ולגעת בגופה העירום ובאיבריה. היא עשתה כדבריו, וללא ידיעתה הקליט את שראה, יצר שני סרטונים ובהמשך העלה אותם בתכנת שיתוף קבצים, תוך הצגת פרטיה. נערים מבית ספרה זיהו אותה והורידו את הסרטונים. משיח הודה וביקש להימנע מהרשעתו, אך הורשע בפרסום תועבה ובו דמות קטין ובפגיעה בפרטיות.⁸⁹

בשלהי 2010 הוכרעה פרשת **אלימלך**, שוטר שהואשם שהחזיק במחשבו כ-25 פרסומי תועבה ובהם דמויות קטינים, וטען שהחזיקה הייתה אקראית ובתום לב. השופט פלאח ציין שהמילה 'למעט' שבאיסור בסעיף 214(ב3) באה לצמצום היקפו. האקראיות ותום הלב שבהחזקת פרסומי התועבה אינם משפיעים על אופי המעשה, אלא הופכים חלק מרכיבי העברה, שהנטל להוכחתם על הנאשם, שלא הוכיח כלל את האקראיות ותום הלב שבהחזקת התועבה. שינוי מקום התיקיות מלמד שהחזקת החומר שהורד דרך תכנת שיתוף קבצים אינה בתום לב. בתכנת האימול במחשב הנאשם נמצאו בהיסטוריית החיפושים מילות חיפוש רבות בעלות 'אופי פדופילי', שהעידו על מודעות לחומר המוחזק ועל חוסר תום לב ואקראיות. השופט כתב שהחוק אוסר החזקת פרסומי תועבה, ודחה את טענת ההגנה שהיה מקום לבחון אם הנאשם צפה בחומרים או השתמש בהם. הצפייה בפרסומי תועבה אינה אסורה בישראל, ולכן אינה משנה. הנאשם הורשע.⁹⁰

ראיות ועדויות מומחים, ולא מן הנמנע ששופט השלום טעה. ראו: ע"פ (מחוזי ת"א) 7493/09 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק"מ 309 (3) 13925 (2009).

⁸⁹ ראו: ת"פ (שלום ב"ש) 3990/07 **מדינת ישראל – פמ"ד נ' משיח**, דינים שלום 10 (142) 431 (2010).

⁹⁰ ראו: ת"פ (שלום חי') 10672-12-08 **מדינת ישראל נ' אלימלך**, פדאור 10 (69) 845 (2010). על אלימלך נגזרו שישה חודשי מאסר על תנאי. שאלת ההחזקה באקראי עלתה גם בקיץ 2011 בפרשת **גורביץ**, שהואשם בהחזקת קובצי תועבה. הלה טען שנכנס לסייג באקראי ובתום לב משום שלא השתמש בקבצים שבמחשבו, לא צפה בהם ולא היה מודע לתוכנם. הבדיקה שערך השוטר הטביעה על כל הקבצים את תאריך יום הבדיקה, ולכן לא ניתן היה לברר מתי נעשה שימוש בקובץ, אלא רק מתי הורד, וכך נפגעה יכולת הנאשם לטעון שלא צפה בסרטים. הנאשם העיד בחקירתו שידע שהחזיק סרטים כאלו אך התכוון למחוק אותם, אך לא הסביר מדוע סרטי התועבה מוינו לתיקיות שחלקן נסתרות, לא נמחקו וכיצד מלכתחילה הגיע אליהם נוכח שמותיהם הלא תמימים. לאור זאת פסקה השופטת האפט שלא עלה בידו להוכיח שהחזיק באקראי ובתום לב, וקבעה שהעברה עוסקת בהחזקה בלבד, ואין לנו עניין בשאלת השימוש והצפייה או בהוצאת המעשים מהכוח אל הפועל. ראו: ת"פ (שלום נצ') 08-09-6961 **מדינת ישראל נ' גורביץ**, פדאור 11 (70) 880 (2011). ערעור גורביץ על הכרעת הדין נדחה: בית המשפט המחוזי קבע שהוא היה מודע היטב לתוכני הסרטים ולהחזקתם משך כמה חודשים. עוד נקבע שאין צורך בחיפוש אקטיבי של קבצים כאמור, אלא די בהחזקתם, ושאין הכרח בצפייה לשם

בשלהי 2011 הוכרע דינו של **ברקאי**, רופא ילדים שהודה בחקירתו ובבית המשפט בהחזקת למעלה מ-190,00 פרסומי תועבה אך כפר בפרסומם של החומרים שבהם החזיק והוריד בתכנת שיתוף. השופט פלאח קבע כי ברקאי התיר למשתמשים אחרים גישה לקבצים שהוריד בעצמו: זאת, כדי לזכות בגישה לחומרים המצויים במחשבי המשתמשים האחרים. אמנם קהל היעד כנראה נהנה מהצפייה בחומרים, אך קהל של קטינים עלול להיפגע, במובן שהצפייה בפרסומים מעודדת את התעשייה להמשיך ולייצר סרטי פדופיליה, והם שפוגעים בקטינים, חלק בציבור העלול להיפגע בעקבות פרסום פרסומי התועבה. ברקאי הורשע גם בעברת הפרסום ובהמשך נשלח לעונש מאסר משמעותי.⁹¹

2 עברות התועבה: ניתוח

בשונה מעברת החדירה לחומר מחשב, שזכתה בישראל למעט פסקי דין שניתחו בהרחבה את השאלה המשפטית ולא רק את העובדתית, דומה שהדין בעברות התועבה, שנעברות או למצער נאכפות לעתים קרובות בהרבה, מתמקד בשאלות עובדתיות ופחות משפטיות. האם פירוש הדבר שהפן המשפטי אינו מורכב במיוחד, מה שמעיד אולי שהחוק מתאים וערוך למשימה המקוונת? סבורני שלא. כמה שאלות עולות או ניתנות להעלאה מההלכה וכמה נוספות מלשון החוק. אגע בהן במשותף, לפי סדר האיסורים.

(א) פרסום תועבה

השאלה הראשונה שעולה מהחוק, אך טרם עלתה בפסיקה עדכנית, נוגעת לאיסור הכללי בסעיף 214(א), על פרסום תועבה, להבדיל מהאיסור בסעיף 214(ב) של פרסום תועבה ובו דמות קטין. באופן מוזר או שלא, גם לאחר שנים של אכיפה משמעותית יחסית לעברות מקוונות אחרות, לא השכלתי לאתר ולו ניתוח אחד שאף מנסה להתמודד עם **השאלה המתבקשת** 'מהי תועבה?'. ובלי סנגוריות שתאגרנה את השופטות, הן אינן מציעות פרשנות משלהן למונח, אלא מדלגות להרשעה. מדוע? לדעתי, הגישה בפועל של עורכי הדין ושל בתי המשפט היא שברור שמדובר בתועבה: They know it when they see it. אבל הגישה הזו אינה הכרחית ואינה ראויה. אפשר וצריך למצוא משמעות למונח 'תועבה'. ראוי היה שהמחוקק ייתן משמעות

הרשעה, די בהחזקה. ערעור המדינה על קולת העונש התקבל והוטלו עליו שישה חודשי עבודות שירות: ע"פ (מחוזי נצ') 490-08-11 מדינת ישראל נ' גורביץ, תק-מח 12(1) 1556 (2012).
⁹¹ ראו ת"פ (השלום חי') 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי, תק-של 11(4) 54257 (2011).
 ביום 11.3.2012 נשלח ברקאי לרצות 18 חודשי מאסר בפועל.

כזו; אך עד שיתעורר, עבודת פרשנות חייבת לבוא ולהסביר לאזרחים מהי תועבה; שאחרת, אם איננו יודעים מהי, אפשר שנפרסם אותה בלי להבין שאנו עוברים על החוק.

קיום האיסור הכללי לצד האיסור הספציפי מחייב את המסקנה הפשוטה אך הזנוחה, שתועבה אינה חופפת לאקט מיני פדופילי. אקט מיני פדופילי כלול באיסור הספציפי. למונח 'תועבה' חייב להיות פירוש כללי.⁹² במה עוסק האיסור הכללי? שאלה זו משיבה אותנו לקושי שלעיל בנוגע למונח 'תועבה'. בעידן הרשת, מונח זה אינו יכול להיות חופף לפורנוגרפיה; מה שהיה נכון לפני חמש-עשרה שנה בעיני הנשיא ברק בנוגע לשאלה מנהלית חוקתית של צנזור סרט קולנוע אינו יכול להיות נכון כיום בימי העונשין. שבע שנים לאחר פרשת אימפריית החושים ביטאה השופטת דורנר מודעות ברורה לכך שאנו חיים בעולם של פורנוגרפיה. כיום, רק אדם שהיה בהסגר עשור ומשהו עשוי לחשוב אחרת. האינטרנט רווי פורנוגרפיה וסיכויי ההצלחה של החוק האמור להילחם בה נמוכים מסיכויי דון קישוט במלחמתו בטחנות הרוח. בלשון אחרת: האפשרות לאכוף חוק כזה תהיה אפסית.⁹³ תועבה אינה זהה לפורנוגרפיה. זו לכל הפחות הסכמה שבשתיקה מצד רשויות האכיפה שאינן מוצאות עניין פלילי בפורנוגרפיה רגילה. מבחני העזר האמריקניים לאיתור תועבה אינם מועילים בעידן האינטרנט. מיליוני פרסומים מקוונים באים לעורר תאוות בשרים (איני בטוח לגבי המילה 'טמאה', שהשימוש בה הרבה יותר נדיר ופחות מובן בעולם משפטי ליברלי). צדק השופט חשין: פורנוגרפיה היא עניין של גאוגרפיה ועניין של זמן. הגאוגרפיה של האינטרנט גלובלית⁹⁴ והזמן רווי מיניות. אימפריית החושים נדרסה ונכבשה בידי אימפריית המידע, העשירה במחוזות תאוה פופולריים. תועבה אינה יכולה להתייחס לאקטים מיניים כשלעצמם. וכך אנו מוצאים את עצמנו עם איסור שהרכיב הנסיבתי בו גמיש מאוד.

לכך נוספת בעיה קשה: הרכיב ההתנהגותי 'פרסום' הפך קל מאוד לביצוע, כזה

⁹² ראו תרשים 5.

⁹³ מבחן האכיפות מודד אם יכול הדין הפלילי לממש את מטרותיו, ואם כן – כיצד: האם לאתר פשעים ופושעים, לתפוס פושעים, לאסוף ראיות נגדם ולצמצם את ההתנהגות האסורה באמצעות הפעלת שיטות הענישה השונות. ראו: הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 62–72.

⁹⁴ שאלת הסטנדרטים הקהילתיים באינטרנט סבוכה במיוחד. בני משפחת תומס הואשמו בסריקת תמונות תועבה והעלאתן ללוח מודעות מקוון שהפעילו מביתם שבקליפורניה. בית המשפט הרשיעם: הם היו נתונים לסטנדרטים קהילתיים בכל מקום אליו שלחו חומרים לחברים. טענת תומס לתחולת 'הסטנדרטים של האינטרנט' נדחתה. ראו: *United States v. Thomas* 74 F.3d (6th Cir. 1996), 711, 701. כן ראו: *Amy Oberdorfer Nyberg, Is All Speech Local? Balancing Conflicting Free Speech Principles on the Internet*, 92 GEO. L.J. 663, 686 (2004); יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" **מחקרי משפט** כג 259, 300 (2006).

שהמחוקק ודאי לא העלה על דעתו בשנת 1991. בשנת 1998 עודכן סעיף 34כד, סעיף ההגדרות בחוק העונשין, והגדיר 'פרסום' (שם עצם = רכיב נסיבתי) גם כחומר מחשב; 'פרסם' (פועל = רכיב התנהגותי) ככולל הפצה באמצעות מחשב בדרך הזמינה ל'ציבור'; וציבור הוגדר על דרך הריבוי ככל חלק שעלול להיפגע מההתנהגות המדוברת. תיקון זה לא נולד דווקא עבור איסור פרסום התועבה; חוק העונשין אינו דל במפרסמים.⁹⁵ למעלה מעשור עבר מאז התיקון האחרון להגדרה 'פרסם'. בשנת 1998 המחוקק לא צפה ולא יכול היה לצפות את עידן הרשתות החברתיות שבו כל אחד הופך למפרסם; וכנראה לא צפה את התפתחות הדואר האלקטרוני ואת אפשרות צירוף הקבצים. קלות הפרסום בלתי-נסבלת; ולא במובן שכל אחד יכול לפרסם, אלא במובן ששוב הרכיב ההתנהגותי מקיף יותר מדי גורמים פוטנציאליים. וכשמוסיפים לכך את הנוזליות של הרכיב הנסיבתי, מקבלים עוד איסור חשיל מדי, איסור שאם היה בו טעם בעולם הדפוס ובעולם הקולנוע, ההיגיון נזל ממנו והתייבש כמעט לגמרי. עד כה רשויות התביעה נהגו בתבונה ובריסון ולא פנו (או שמא פשוט לא הופנו) לסעיף זה. אך אין להותיר להן את שיקול הדעת הרחב מדי מצד אחד ואין להסתפק בהדרכה (אזהרה) כה דלה לאזרח מצד אחר. שלטון המחוקק אינו שלטון התביעה ואינו שלטון בתי המשפט.⁹⁶

דומני ששאלת הגדרת התועבה ושאלת הגדרת הפרסום מצריכות חשיבה מחדש מצד המחוקק, כל אחת מסיבותיה. המונח תועבה הוא נוזלי ולא אינטואיטיבי, ואפילו הגדרה מילונית לא תקדם אותנו רבות;⁹⁷ ואילו פרסום הפך פעולה קלה מדי, קלות שלא נצפתה בעת הגדרתו, ואינה נוגעת עוד בעיקר במתווכים חזקים כבתי דפוס. בנוגע לפרסום, האינטרנט של היום אינו דומה כלל לאינטרנט של 1998. למעלה משני עשורים עברו מאז התיקון האחרון לאיסור הכללי על פרסום תועבה, ודומני שהטכנולוגיה והנורמות החברתיות זועקות בעד מחיקת האיסור המדובר או למצער בעד צמצום דרסטי שלו.

אם בכל זאת יש איזשהו טעם לקיום האיסור האמור, דומני שעליו לשאוב היגיון משני מקורות, מקור **שמחריג** ממנו תוכן ומקור **שנוסך** בו תוכן. המקור מחריג התוכן הוא סעיף 214א לחוק העונשין שאוסר פרסום פוגע של שלטי חוצות, ולהבדיל

⁹⁵ ראו: ס' 134, 144ב, 144ד(2), 149, 159א(א), 168, 173(1), 205א, 205ב, 205ג, 214א(א), 227, 251, 254(3), 255, 424א(ג), 428 לחוק העונשין.

⁹⁶ ראו: מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" **משפטים** ל 105, 113–114 (1999); מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים **הסתה, לא המרדה – ההמרדה בידי העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי** 14 (1997).

⁹⁷ אבן שושן הגדיר את המונח בכמה חלופות: 1. נבלות, שיקוף, ניוול, דבר מאוס; 2. יחס של תיאוב ומאסה; 3. כינוי גנאי לבעלי חיים שהיו מקודשים בעיני גויי הקדם ולאליהם. אמנות תועבה היא כינוי לדברי ספרות ואמנות פורנוגרפיים. ראו: **מילון אבן שושן המרוכז** 1004 (2004).

מעמיתו דווקא מגדיר 'פרסום פוגע'. מדובר בתמונות עירום או תמונות של קיום יחסי מין או אלימות מינית שכוללות ביזוי או השפלה או החפצה מינית, או תמונה של חשיפת גוף חלקית שפוגעת ברגשות הציבור או בקטינים.⁹⁸ 'פרסום פוגע' אינו יכול לתחום את המונח 'תועבה'. לכל אחד מהם תפקיד שונה. מסקנה זו מתחזקת לאור פערי הענישה: סעיף 214א קל משמעותית ביחס לסעיף 214 (א), שישה חודשי מאסר לעומת שלוש שנים; ואם שניהם היו מתייחסים לאותו סוג פרסום, צריך היה להיות הפוך – שסעיף 214א יהיה מחמיר יותר, בעסקו בפרסום בראש חוצות אליו עלול להיחשף קהל גדול ושבו.

המקור נוסך התוכן הוא סעיף 214(ב), שאף שגם הוא עמום, כפי שיתואר מיד, נאכף תחת היגיון מסוים, היגיון שמצריך חידוד והטעמה אמנם, אך קיים: ההנחה שהפרסום מתאר פעילות בלתי-חוקית וחמורה במיוחד, שהמפרסם מעודד אותה בעצם הפרסום. אם זה ההיגיון וזו ההנחה, ואם היא משכנעת, אז ניתן לסבור כי 'תועבה' היא בעצם סנאף (Snuff), פרסום המתעד פעילות בלתי-חוקית חמורה ואלימה כאונס או רצח או התעללות בבעלי חיים, ופרסומו נתפס כמעודד אונס ורצח והתעללות נוספים. אונס ילדים הוא סוג של סנאף; ומכוח ההיגיון של האיסור על פרסומו, ניתן לפרש את איסור פרסום התועבה ככזה הנוגע לסנאף ולסנאף בלבד. ההיגיון והתכלית אפשריים הן בנוגע לילדים והן שלא בנוגע לילדים; כלומר מתאפשרת פרשנות כללית למונח 'תועבה'. הרעיון הוא שקיימת זיקה בין התיעוד (סרט, תמונה או קול) לבין המעשה הפושע האלים, ולא סתם זיקה: המעשה האלים האמור לרוב קורה לכבוד התיעוד. וזו תכלית העברה: לא לשמור על רגשות הצופה ולא להגן על פרטיות המתועד, אלא לייצר קו הגנה מיוחד נגד התנהגות אלימה ודוחה שעלולה ליזכות ברוח גבית לאור פרסום שמחזק מודל כלכלי או חברתי של אותה התנהגות פוגענית. קו ההגנה מתווסף לאיסורים העצמאיים על אונס ורצח, באשר ההקשר החברתי של אונס ורצח שנעשו למטרות פרסום האונס והרצח שונה ומצדיק מלחמה עצמאית בפרסום בנוסף למלחמה במעשים, שהם – ולא הפרסום – מהווים את שיא הרשע של אותה שרשרת התנהגותית פוגענית. נובע מכך שכאשר המעשים עצמם אינם פליליים ואינם מרושעים, תיעודם אינו יכול להיות הפקת 'תועבה' ופרסומם אינו יכול להיות פרסום 'תועבה'. העובדה שאדם מפרסם או מחזיק משהו דוחה מוסרית או חברתית אינה עושה אותו תועבה, להשקפתי. תועבה נבדלת מהפרסום, בהגדרה, ולהשקפתי היא בשיא רשעותה ופגיעתה בעת הפקתה.

בהמשך לכך, תכלית האיסור אינה מתקיימת בשעה שהפרסום הוא של תיעוד

⁹⁸ הפרסום צריך להיות על 'שלטי חוצות' בלבד, שמגודרים בסעיף כשלטי פרסומת בצדי דרכים, באוטובוסים ובלוחות מודעות בפיקוח רשות מקומית. נראה לי ברור מהלשון הפיזית ומהתכלית המסתמנת של הגנה על קהל שבו שסעיף זה אינו ניתן להחלה על העולם המקוון, שאם לא כן, הוא יכלול הרבה מדי.

התנהגות אלימה כשאין קשר בין הגורם האלים לבין המתעד, ובייחוד כשהתיעוד אינו רצוי בעיני המבצע. לכן אין להחיל את האיסור, למשל, על עיתונאית שפרסמה תמונות רצח שראתה ברחוב מרחוק, או על עמותה אוהבת חיות שפרסמה תמונות של בעלי חיים עוברים התעללות. פרט לפרשנות התכליתית האמורה, יבוא לעזרן גם סעיף ההגנות, 214ב, ויוציאן מתחולת החוק, באשר מטרת הפרסום היא כשרה ובאה דווקא לדכא את המעשים המתוארים בו. להבדיל, אם פדופיל מתעד אונס בילד, אם שותפו של רוצח מתעד הוצאה להורג לשם ההנאה, אם שונא חיות מתעד התעללות ושחיטה של כלב בידי חברו – הם עצמם חשופים לדין פלילי בגין המעשה עצמו וכן בגין הפקת התועבה. גם מי שיפרסם חומרים כאלו בהמשך יפרסם תועבה. אם גולש פרסם סרטון שבו ילד נאנס ועשה כן במופגן ובמוצהר כדי להביע זעזוע וסלידה – סעיף המטרה הכשרה יגן עליו. גולש שפרסם סרטון כאמור בקהילת פדופילים המפיקה הנאה מינית מהפרסום – לא ייחנה מהגנה. הרציונל ברור: המפרסם השני עלול לעודד (חברתית או כלכלית) את התופעה המתועדת, עידוד **שהוא הסכנה האמיתית בפרסום** (הפגיעה בפרטיות מוגנת בחוק אחר). המפרסם הראשון עשוי דווקא לדכא (חברתית) את התופעה האמורה.

(ב) פרסום תועבה ובו דמות קטין

שתי שאלות הנוגעות לרכיב הפיזי, התועבה והפרסום, זוכות כעת לזווית נוספת. סעיף זה אוסר פרסום תועבה ובו דמות קטין. ברור שהעובדה שבפרסום מופיעה דמות קטין אינה מספקת; נדרשת תועבה. פרשנות המונח תועבה צריכה להיות עקיבה לפרשנות אותו מונח ממש שמופיע באותו סעיף חוק, 214א(א). מה שמבחין בין הסעיפים הוא **רק** הרכיב הנסיבתי המחמיר שבפרסום מופיעה דמות קטין. לא סביר פרשנית לקבוע אחרת. העובדה שאיסור עוסק בקטינים אינה מייצרת רשיון ואינה מקנה לאיש אסמכתא לסטות מעקרונות דיני העונשין. רק המחוקק הוא שרשאי לפרוס הגנה רחבה יותר לילדים באמצעות איסור עצמאי רחב, מפורש וברור. כל עוד האיסור הוא מרובד ונוגע הן לבגירים והן לקטינים, ושונה רק ברכיב נסיבתי זה, לא ייתכן פרשנית לתת לאותו מונח (תועבה) משמעויות שונות, אלא רק משמעות כללית ומשמעות קונקרטית.

מהי תועבה? נאמן לגישה שתיארתי בקצרה קודם, סבורני שתועבה היא סנאף: תיעוד יזום של עברה אלימה.⁹⁹ ויודגש: **לא עצם התיעוד** הוא שצריך להיות בלתי-

⁹⁹ דומני שמונח זה עדיף על המונח 'פורנוגרפיית ילדים', 'Child Pornography', בגין עמימות האחרון, שכולל חומר רך (תמונות עירום גרידא, ללא תפאורה מינית, ולעתים אף פחות מכך: לבוש מלא ותמונות תמימות), וחומר קשה (תיאור מיני). ג'נקינס סבר שמשכיכה של מבוגר לבנות 14 אינה ראויה לתיוג פלילי, שכן התנהגות מינית בגילים כאלו נורמלית ברוב החברות. המונח הפסיכולוגי המתאים הוא Ephebophilia: משכיכת בגיר כלפי נערוֹת טיפש עשרה. ראו:

חוקי, באשר במצב שכזה כל תיעוד של פגיעה בפרטיות או של לשון הרע יהפוך לסנאף. הדבר אינו רצוי הן משום שהעברה תורחב יתר על המידה והן מפני שהתנהגות כזו כלולה ממילא באיסור פלילי שמתאר במדויק את ליבת הערך המוגן: פגיעה בפרטיות או השם הטוב. לדעתי, הפעולה המתועדת היא שצריכה להיות בלתי-חוקית (וחמורה) באופן **עצמאי ונפרד** מהתיעוד. אם תתקבל עמדתי, פירוש הדבר שפרסום סרטון של שני בני 17 שמקיימים יחסי מין מרצון אינו פרסום תועבה ובו דמות קטינים, משום שאין פה תועבה כלל. תחת חוק שבמסגרתו גיל ההסכמה הוא 16, כעולה מסעיף 346(א)(1) לחוק העונשין, יחסי מין מוסכמים כשלעצמם אינם תועבה, והצגת תיעוד יחסי מין כאלו ודאי אינו פרסום תועבה. האיסור בא לדכא את המעשה המיני עצמו, מתוך הנחה שהפרסום צפוי ברמת הסתברות משמעותית להביא למעשים דומים נוספים. תכלית האיסור אינה מניעת ההנצחה של המעשה המיני, עניין שעשוי להיכנס למסגרות משפטיות אחרות. מניעת פרסום של מעשה שמותר כשלעצמו היא בבחינת **ניפוץ המראה**. בדומה, פרסום תמונות עירום של ילדים שצולמו בסתר אינו פרסום תועבה ובו דמויות קטינים. אין צורך לדאוג שאותם מפרסמים יחמקו מאימת הדין: פרסום כזה תפור למידות סעיף 42(4) לחוק הגנת הפרטיות: "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו". והפלא ופלא, סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, היוצר את האיסור הפלילי של הפגיעות המתוארות בסעיף 4, מטיל עונש מאסר בן חמש שנים, בדיוק כמו סעיף 214(ב) (רף שכנראה ממילא לא נתקרב אליו). ייתכן שראוי לעדכן את חוק הגנת הפרטיות ולהוסיף לפגיעות בפרטיות נסיבה מחמירה של היות הנפגע קטין.

לאור מסקנתי זו, דומני שלא ראוי היה להרשיע את **משיח** בעברת פרסום דבר תועבה ובו דמות קטין. משיח עודד ילדה בת 14 להתפשט מול מצלמת אינטרנט ולגעת בעצמה, צילם אותה בסתר בשתי הזדמנויות והעלה את הסרטונים לרשת. מעשי משיח שפלים ביותר. אך יש לתייגם במדויק. משיח ביצע שתי עברות והורשע בשתיים. הוא הורשע בפגיעה בפרטיות; ובפרסום חומר תועבה ובו דמות קטין. ההרשעה הראשונה מתבקשת ומוצדקת; השנייה פחות. התיעוד היה אסור; אך הפעילות שתועדה לא הייתה אסורה, ואין איסור על אדם, בוגר או בן 14, להתפשט ולגעת בעצמו. פטרנליזם, כלפי ילדים או כלפי אוכלוסיות אחרות, צריך להיות מפורש וברור, למשל כמו בסעיף 3(א)(6) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשמ"ח-1998, שקובע שאם המוטרד הוא מתחת גיל 15, פניות מיניות אליו עשויות להיחשב כהטרדה מינית.¹⁰⁰ בהיעדר הגדרה מפורשת למונח 'תועבה', אין להישען על

PHILIP JENKINS, BEYOND TOLERANCE – CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET 27, (2001) 81.

¹⁰⁰ משיח, שהורה, הורשע ונדון לעבודות שירות, כלל לא נענש בגין האינטראקציה עם הילדה כשלעצמה. דומני שמוטב היה להעמידו לדין בגין הטרדה מינית, לאור האמור לעיל, לצד האישום בפגיעה בפרטיות שהוגש נגדו. בהמשך נראה תמונת ראי לפרשת **משיח** שהולידה

פטרנליזם כדי להסיקה במקרה נתון, אלא יש לדרוש תיעוד של פעולה האסורה וחמורה כשלעצמה, למשל משגל כפוי בין בגיר לילד. אם ילדה בת 14 הייתה מצלמת את עצמה מיזמתה ושולחת לכן כיתתה, האם היינו מרשיעים אותה בפרסום תועבה? אם שני ילדים בגיל 13 היו מקיימים יחסי מין מרצון, מתעדים ומפרסמים, האם היינו קובעים שהם מפרסמים 'תועבה'? פטרנליזם הוא סיבה אפשרית להפלה,¹⁰¹ אך עליו להיות ברור ומפורש, ולא להיכנס לדין הפלילי בדלת התועבה העמומה. מנגד, מי שמבקש לתמוך בהרשעה יוכל לטעון שהתפשטות ילדה כשלעצמה אינה עברה, ואולם כשהיא באה לאחור הנחיה של בגיר, היא מהווה עברה של מעשה מגונה (עניין אליו אשוב בהמשך) ולכן יש פה תיעוד של עברה ('אלימה' או לא). גם אז איני בטוח שהרשעה תהיה מוצדקת, אלא אם ייקבע שמעשהו של משיח בא לעודד מעשים מגונים עתידיים. לו היה משיח פתיין סדרתי המביא ילדות להתפשט, מצלם אותן ומוכר את התיעודים לאתר השעון עסקית או חברתית על חומרים אלו, ניכר היה שמתקיימת התכלית של האיסור לפגוע בעידוד היצירה. סביר להניח שלא כך היה הלך המחשבה התביעתי, משתי סיבות. ראשית, משיח כלל לא הואשם בעשיית מעשה מגונה, עברה שבכירור חמורה יותר מהתיעוד של המעשה: המעשה המגונה הוא הלכה של הרוע, ולא תיעודו, ואם העושה הוא גם המתעד, אזי האישום המתבקש הראשון הוא המעשה ולא תיעודו. שנית, אילו חשבה התביעה כאמור, כי אז לדעת האישום הנכון, בנוסף למעשה המגונה, לא היה 'פרסום' תועבה לפי סעיף 214(ב) לחוק העונשין, אלא האישום החמור יותר (שבע שנות מאסר לעומת חמש), שמופיע בסעיף 214(ב) של 'שימוש בגופו של קטין לעשיית פרסום תועבה'. אם זונחים את קו המחשבה האמור, משיח עדיין ראוי לטיפולו החמור של הדין הפלילי, אך לא תחת המסגרת של עברות התועבה.

שאלה נוספת נוגעת ל'פרסום'. שני נאשמים הודו והורשעו בפרסום תועבה ובו דמות קטין, אף שהעבירו את הפרסום לאדם יחיד שהיה עמם בקשר. פוקסמן צ'וטט עם גולשת והציג עצמו ככזב כצלם אמנותי בן 48 ואב לקטינה בת 13 שהוא מצלם בעירום. הגולשת ביקשה שישלח לה תמונה ולאחר שעשה כן ושלח לה תמונת תועבה שהחזיק, דיווחה למועצה לשלום הילד, שדיווחה למשטרה.¹⁰² פלוני העביר קבצי תועבה לאדם אחד, שכנראה רצה בהם. השופט מור למד מכך שאין להרשיעו בפרסום חומר תועבה. בית המשפט המחוזי, כזכור, הפך את החלטתו. סבורני שהרשעות אלו אינן מוצדקות. פרט לתכלית האיסור המורכבת, שלדעת אינה מתגשמת בנוגע להעברה רצונית וחינמית של תועבה בין שני פרטים בוגרים,

אישום במעשה מגונה באדם: פרשת ליאור. ראו: ת"פ (שלום ראשל"צ) 2225/07 מדינת ישראל

נ' ליאור (לא פורסם, 25.6.2008). www.law.co.il/media/computer-law/avraham_lior1.pdf

101 ראו: JOEL FEINBERG, HARM TO SELF: THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW (1986).

102 ראו: ת"פ (שלום פ"ת) 3555/05 מדינת ישראל נ' פוקסמן, תק"ש של 5739 (1)07 (2007).

לא לכך כיוון המחוקק. בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997 נכתב: "בשל ההתפתחויות בתחום התקשורת מוצע לתקן את ההגדרות האמורות ולכלול בהן גם פרסום שנעשה באמצעות מחשב, ובלבד שהעברת החומר אינה נעשית בתקשורת סגורה בין מחשבים מסוימים, אלא בתקשורת פתוחה המיועדת לציבור בכלל או לציבור מסוים שיש לו עניין לתקשר" (הדגשה שלי – א.ה.).¹⁰³ נוכח קלות הפרסום בימינו, ראוי להבחין בין פרסום שכוון לציבור פתוח לפרסום שנשלח לאדם אחד שביקש לקבלו; אף אם את הראשון יש לכלול באיסור, את השני אין לכלול.

בהקשר זה יש לשים לב לסעיף ההגדרות בחלק המקדמי לחוק העונשין, שמגדיר 'ציבור': "לרבות כל חלק ממנו העלול להיפגע מהתנהגות שעליה מדובר בהקשרו של מונח זה". אם נתעלם לרגע מהמילה 'לרבות', הגדרה זו אינה יכולה לחול בנוגע לשיתוף קבצים וולונטרי בין צופים מעוניינים, הן אם השיתוף הוא בין שני מחשבים והן אם בין יותר משני מחשבים. צופה א' המבקש לחלוק חומרי תועבה עם צופים ב' – ג', המבקשים אותו לחלוק אותם וחולקים עמו חומרים אחרים – כל אלו אינם צפויים להיפגע. העובדה – שעליה ניתן להתווכח, כמפורט בהמשך – שהם מעודדים את תעשיית התועבה לייצר חומרים נוספים ולפגוע בילדים – אינה פותרת את הבעיה. סעיף ההגדרות בחלק המקדמי לחוק העונשין מגדיר 'פרסם' דרך שימוש במונח 'ציבור', וברור שנדרשת זהות בין הציבור שקולט או עלול לקלוט את הפרסום לבין הציבור שעלול להיפגע. במובן זה, ציבור פדופילים החולקים חומרים אינו ציבור שעלול להיפגע (למעט פגיעתה של האכיפה הפלילית). אלא שהמילה 'לרבות' בהגדרת 'ציבור' מאפשרת, לצד החלק הממחיש בהגדרה, גם פרשנות מילולית רגילה של קהל אנשים. פרשנות זו הכרחית כדי להותיר תוכן משמעותי לסעיף 214(ב), שאחרת ניתן יהיה להשתמש בו רק במצב של אדם המפרסם חומרים כאלו בפני קהל שאינו מעוניין בהם; וזו בוודאי פרשנות שמתנגשת חזיתית עם תכלית הסעיף, מניעת פעולה שלפי החשש צפויה לעודד יצירת חומרים נוספים.

למרות האמור לעיל, איני בטוח שנכון היה להרשיע את ברקאי. אדם שלא הפיק רווח כספי מהחומר ולא העלה בעצמו תכנים, אלא אפשר שיתוף של תכנים שהוריד בעצמו מאחרים אינו 'מפרסם'. בפרשנות התכליתית אדון בהמשך בנוגע לאתרי שיתוף, שדווקא פוגעים בגלגלי תעשיית התועבה, ולא משמנים אותם. אך בכל מקרה איני סבור שעל מצב כזה חשב המחוקק, אלא על פרסום אקטיבי. שיתוף ופרסום אינם היינו הך, בייחוד במצב שבו המשתף עושה כן מבררת מחדל טכנולוגית או מתוך מוטיבציה להשיג חומרים, וכדברי השופט פלאח: "אם לא היה משתף, לא היה מקבל". ברקאי אינו המפרסם שעליו חשב המחוקק, שאחרת כל גולש המוריד חומרים ייחשב כמפרסם שלהם, ובמקום מיליון מורידים של קבצים המוגנים בזכויות יוצרים

¹⁰³ ראו: ה"ח המחשבים, לעיל ה"ש 38, בעמ' 466.

ומאה מפרסמים נקבל מיליון מפרסמים. ואם נקבל מיליון מפרסמים, נצטרך לחשוב מחדש על הטעם בהחמרה פלילית או אזרחית עם המפרסמים דווקא, להבדיל מהמורידים. אולי רבים בציבור ישמחו להרחבת האחריות הפלילית בנוגע לפדופילים, בעיקר אם הם רופאי ילדים; אבל אותם רבים לא בהכרח ישמחו כשאותה פיקציה בעייתית שבה נעשה שימוש לתפיסת הפדופיל – מונהגת גם לגבי ציבור 'נורמטיבי' יותר. את המונח "מפרסם" יש לפרט בזהירות, מתוך הבנה שמה שנגיד לגביו היום לגבי פדופילים – יהיה תקף באותה מידה מחר לגבי יתר המפרסמים של חוק העונשין. ומי שיצהל מהרשעת רופא ילדים בפרסום תועבה אולי יצהל פחות כשעברות הפרסום האחרות תלכשנה צורה וירטואלית ברשת, צורה שהמחוקק לא בהכרח ירצה שתלכשנה. אם מהלך משפטי תקף בנוגע לעברה א', אזי אותו מהלך תקף גם בנוגע לעברות ב'–ת'. לפני שנרחיב משמעות של יסוד מופשט חשוב, כדאי שנחשוב על משמעות ההרחבה ועל יסודיותה.

שאלות שטרם נשאלו בפסיקה הישראלית נוגעות להגדרה המרחיבה של קטין: "לרבות הדמיית קטין או ציור של קטין". הגדרה מוזרה זו עשויה להתייחס לציור ממוחשב, להלבשת דמות של קטינים על גופם של שחקנים בגירים ולשחקנים בגירים בעלי חזות ילדותית או נעריה.¹⁰⁴ האם איור של בארט וליסה סימפסון מקיימים יחסי מין הוא פרסום כאמור?¹⁰⁵ האם פרסום סנאף של ילדים שאינם קיימים צריך להיכנס בגדרי האיסור?¹⁰⁶ האיסור לפרסם תועבה ובה ילדים וירטואליים אינו רצוי ואינו משכנע. ולהבדיל מהאיסור הכללי על פרסום תועבה, איסור זה נחקק בעידן חוקי היסוד וכפוף לביקורת חוקתית. מקרה כזה טרם נדון בפסיקה בישראל. חוק האוסר הדמיה כאמור נפסל בבית המשפט העליון האמריקני.¹⁰⁷ לטעמי בצדק רב נפסל:

¹⁰⁴ ראו: Debra D. Burke, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, 34 HARV. J. ON LEGIS. 439, 440–441 (1997); Audrey Rogers, *Playing Hide and Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on the Internet*, 50 VILL. L. REV. 87, 92–102 (2005); Shepard Liu, *Ashcroft, Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence*, 11 UC. DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 1, 2–3, 37 (2007).

¹⁰⁵ מנוע החיפוש הפופולרי גוגל מאפשר כיום שלושה מצבים בסיסיים לחיפוש תמונות: חיפוש בטוח מחמיר; חיפוש בטוח מתון וחיפוש בטוח כבוי. מי שיחפש תמונות ויכתוב את מילות החיפוש התמימות מאוד bart and lisa, תחת 'חיפוש בטוח כבוי', יראה כבר בדף התוצאות הראשון שלל תוצאות של איורים מיניים בוטים של משפחת סימפסון, על ילדיה ובוגריה.

¹⁰⁶ לטיעונים בעד איסור כזה: Adam J. Wasserman, *VIRTUAL.CHILD.PORN.COM: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography by the Child Pornography Prevention Act of 1996 – A Reply to Professor Burke and Other Critics*, 35 HARV. J. ON LEGIS. 245, 267 (1998); Bill W. Sanford, 'Virtually' a Minor: Resolving the Potential Loophole in the Texas Child Pornography Statute, 33 ST. MARY'S L. J. 549, 575 (2002).

¹⁰⁷ בפרשת **אשקופט** הועלו טענות חוקתיות נגד חוק פדרלי, שאסר (גם) על פרסומי פורנוגרפיה

הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לבין הפגיעה בערך המוגן רופף מאוד.¹⁰⁸

(ג) החזקת פרסום תועבה ובו דמות קטין

גם איסור החזקת פרסום תועבה ובו דמות קטין, האיסור הקל ביותר מבחינה עונשית בתוך סעיף 214, כפוף לביקורת חוקתית. דיון קצר בעניין נערך בפרשת מיל ונעצר בבית משפט השלום: לאחר הרשעתו חתם מיל על הסדר טיעון. אך דומני שהשאלה מורכבת בהרבה, וכוללת פוטנציאל לביקורת חוקתית משמעותית, אם לא בגין הקשר הסיבתי הלא פשוט בין האיסור לבין הערך המוגן,¹⁰⁹ אז למצער בגין השפה הרחבה והעמומה של האיסורים. עד לדיון שיגיע, אם יגיע, אכתוב על היסוד הפיזי בעברה, אציג זווית אחרונה לעניין התועבה וארחיב לראשונה על עניין ההחזקה.

כזכור, קורידו הורשע בהחזקת חומרי תועבה, בהחזיקו תמונות שצילם בעצמו של ילדים עירומים בחוף הים. סבורני שבמובהק יותר מפרשת משיח, שהביא את הילדה לעירום ובהמשך תיעד אותה, הסיטואציה שבה היה קורידו אינה יכולה לייצר את המונח האובייקטיבי 'תועבה'. צודקת ההגנה: גם אם קורידו השתמש שימוש מתועב

בתמונות, אין מדובר בתמונות תועבה. להבדיל מפרשת משיח, מדובר בתיעוד של מחזה ציבורי שגרת, גם אם מטריד חלק מהאוכלוסייה: פעוטות בעירום בחוף הים. אם קורידו הוא מחזיק חומר תועבה, אזי פעוטות בעירום בחוף הים הם-הם התועבה; ואם הם תועבה, הוריהם בבחינת 'מציגי תועבה' וראויים לעונש כבד משל קורידו. דומני שהעמדת קורידו לדין בהחזקת חומרי תועבה והרשעתו שגויות מיסודן. חומר מסוים הוא תועבה או לא, בלי קשר לידיים שמחזיקות בו (גם אם יש ידיים מסוימות שמחזיקות בו למטרה כשרה, למשל ידי התביעה). לא ייתכן שאותו חומר יהיה תועבה בידי דפופיל ויהיה לא-תועבה בידי אזרח אחר. דפופיל יכול להשתמש שימוש 'מתועב' גם בתמונות שצילם ברחוב, בגן משחקים או בחצר בית ספר, בסרטים הוליוודיים כמו 'ילדה יפה' או 'לוליטה', ואף בעזרת סרטוני פרסומת של תינוקות בטלוויזיה או תמונות שהורים צילמו את ילדיהם באמבט ופרסמו בפייסבוק. השימוש בחומר אינו הפעולה האסורה, כך הודגש בפסקי הדין בפרשת אלימלך ובפרשת

של מה שנחזה כדמויות קטנים. בית המשפט העליון האמריקני קבע שחלק מסעיפי החוק עמומים ורחבים מדי, ולכן בלתי-חוקתיים ופסולים. הרציונלים לחוק אינם חלים, ובמידה מסוימת ההפך הוא הנכון: פורנוגרפיית ילדים וירטואלית דוחפת את פורנוגרפיית הילדים האמתית אל מחוץ לשוק. ראו: Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, 250-254 (2002). לאחר פסק הדין תוקן החוק, וכיום פורנוגרפיית ילדים וירטואלית אינה אסורה בארצות-הברית.

¹⁰⁸ להרחבה ראו: הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 6, פרק 5.

¹⁰⁹ ראו שם; הרדוף "החזקת פורנוגרפיית ילדים אלקטרונית", לעיל ה"ש 84.

גורביץ; ההחזקה היא שאסורה. אין זה מן הנמנע שהעמדת קורידו (ומשיח) לדין והרשעתו בעברה זו, להבדיל מהעברה של פגיעה בפרטיות, באו למטרה יחידה: איתות חברתי שקורידו פדופיל או שמעשהו פדופילי. המימרה 'אין עונשין על דברים שבלב' שחוקה ואינה מצריכה ביאור. חוק העונשין אינו אוסר, ובצדק אינו אוסר, אוננות ופנטזיה מינית על ילדים. אילו עשה כן, סביר להניח שניתן היה להרשיע את קורידו בסעיף שכזה. כל עוד האיסור כולל רכיב אובייקטיבי של תועבה, לא ייתכן שהשימוש בחומר שכבר הופק יקבע בדיעבד אם מדובר בתועבה אם לאו.

שאלה נוספת וחשובה הנוגעת ליסוד הפיזי עוסקת ברכיב ההתנהגותי '**החזקה**'.¹¹⁰ רכיב החזקה מופיע באופנים שונים בחוק העונשין, ומוגדר באופן כללי בסעיף 34כד. לחוק העונשין: "שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו".¹¹¹

האם הגיוני וראוי להחיל איסורי החזקה בנוגע להחזקה אלקטרונית? לכאורה, סימן השוויון שיצר המחוקק בין שליטה לבין החזקה מחייב להשיב בחיוב. אלא שיש לשים לב שהמחוקק שהגדיר 'החזקה' בתיקון 39 בשנת 1994 טרם עיין מחדש בהגדרתו. אפילו אם מנסחי תיקון 39 השיתו לבם לפן הממוחשב האפשרי של החזקה, ודאי לא יכלו לצפות כמה דברים יהיו בני החזקה ממוחשבת מקץ כשני עשורים. כמו בנוגע לפרסום, דומני שעל המחוקק להרהר מחדש בעניין החזקה ואולי להפריד בין החזקה כשליטה, רעיון שמוטב להחילו בצמצום בנוגע לאיסורים מסוימים בלבד, לבין החזקה ממשית חומרית, שמוטב להימנע מהחלה אוטומטית שלה על התנהגות מקוונת. חשבו על רשתות חברתיות. האם הצטרפות לקבוצה מסוימת שמפרסמת תמונות פירושה החזקה בתמונות? האם גולש המגיב לתמונה ומקיש 'אהבתי' (like) הוא בבחינת 'מחזיק' בה? האם העובדה שאחד פרסם תמונה ששני רואה פירושה שהשני 'מחזיק' בה? האם שמירת כתובת אלקטרונית של תוכן מסוים בסרגל 'המועדפים' היא בבחינת החזקה של התוכן? כמו באשר לפרסום בעידן הרשתות החברתיות ואף יותר ממנו, החזקה היא פעולה שקלות ביצועה ברשת היא בלתי-נסבלת, במובן שיש להרהר שמא לעצב מחדש את הגדרת החזקה בחוק העונשין או לחלופין לעצב מחדש עברות החזקה שונות, בייחוד כאלו שנוגעות להחזקת פרסומים.

¹¹⁰ יש לשים לב: איסור החזקה אינו מכוון לתועבה הכוללת הדמיית קטין. זו אסורה בפרסום אך לא בהחזקה. כך מובן הן ממבט בסעיף הפרסום והן מדברי ההסבר לחוק. ראו: ה"ח המחשבים, לעיל ה"ש 38, בעמ' 473.

¹¹¹ ראו ס' 116(1), 116(2), 116(5), 134(ג), 144(א), 144(ד), 144(ט), 186(א), 193(ב), 204, 219(א), 228, 338(א), 339, 375(א), 383(א), 410(2), 413, 462(2), 464(1), 464(2), 464(5), 464(6). המיעוט של ברק בעבר עיצבה את הגדרת המונח בחוק: ראו ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 813 (1986).

כל האמור אינו שולל אפשרות להרשיע בהחזקת חומרי תועבה, לכל הפחות משום שאיסור זה נחקק בשנת 1998 ונולד בהקשר הממוחשב. המחוקק היה מודע להרחקת הלכת של האיסור אל תוככי בית הפרט ומחשבו (גם אם לא שיער עד כמה הטכנולוגיה עוד תרחיק לכת בעניין זה).¹¹² לכן מבחינה טכנית די לשאול אם הנאשם מחזיק או שולט בחומרים הממוחשבים. בטכנולוגיה הנוכחית, קבצים המורדים דרך תכנת שיתוף קבצים אמנם מוחזקים על ידי המוריד. בפרשת פלוני שגה שופט השלום בעניין זה כשסבר שהקבצים אינם על מחשבו של הגולש שהורידם; ושגו גם שופטי המחוזי בכתבם שמדובר בסוגיה טכנולוגית מורכבת. היא אינה מורכבת כלל ועיקר. חומרים שמוריד הנאשם למחשבו מצויים בשליטתו, ואולי אף בשליטה גבוהה יותר מכפי שיש לו בחומר פיזי. המדיום האלקטרוני מאפשר לשכפל את הקבצים, לתמרן אותם, להפיץ אותם, לצרוב אותם, לצפות בהם גם במצב לא מקוון וכדומה. הכול בקלות רבה ולעתים קרובות בחינם. מקור החומר בשרת זר; אך לאחר הורדתו למחשב, אינו עוד רק בשרת הזר, אלא גם במחשב. במובן הטכני אמנם זו 'החזקה'. האם צפייה בחומר כשלעצמה מהווה החזקה, גם ללא שמירתו? שאלה זו טרם נדונה בישראל. שני אפיקים סוללים תשובה חיובית. האחד הוא שגם בצפייה ללא שמירה אקטיבית במחשב, עדיין נשמר החומר במטמון.¹¹³ האחר הוא שברגע הצפייה הצופה מחזיק, ולו לשנייה אחת.¹¹⁴ **בינתיים, בתי המשפט רומזים כי צפייה והחזקה אינן**

¹¹² ראו ה"ח המחשבים, לעיל ה"ש 38, בעמ' 472.

¹¹³ תזה זו בעייתית ללא הוכחת מודעות הנאשם לכך שהחומר נשמר אוטומטית בזיכרון המטמון (cache) במחשב.

¹¹⁴ כלומר, ההחזקה היא כרגע הצפייה. **דיאודורו** גלש וצפה בתמונות מיניות של קטניות בלי לשלם עליהן ובלי להורידן. בית המשפט העליון בפנסילבניה קבע שצפייה ללא שמירה בכונן הקשיח אינה החזקה בידועין של החומר; המחוקק לא הפליל צפייה ועל הנאשם ליהנות מהספק. בדיון נוסף נהפך הזיכוי ונקבע שפעולותיו של דיאודורו בתפעול העכבר, איתור דפי הרשת, פתיחת האתרים והצגת התמונות על המסך וסגירתן, המחישו עניין וכוונה לשלוט בחומר. ראו: Commonwealth v. Diodoro, 2007 WL 2390713. ראו גם את הנייתוח של מארין את שאלת ההחזקה בצפייה והצעת מבחן דו-שלבי התר אחר שליטה וחיפוש ("dominion and control" and "seek to obtain") לביסוס הרשעה בהחזקת פורנוגרפיית ילדים. ראו: Giannina Marin, (2008). בית המשפט העליון הקנדי דן בצפייה בפורנוגרפיית ילדים בלי שמירה: R. v. Morelli [2010] 1 SCR 253. הקוד הפלילי הקנדי אוסר בנפרד גישה לפורנוגרפיה והחזקה: Criminal Code, RSC 1985, c C-46, s 163.1(4.2). השאלה הייתה אם צפייה בתמונה על המסך, שהובילה לשמירה אוטומטית במטמון של המחשב, פירושה שהנאשם אשם בהחזקה או רק בגישה. הרוב קבע שמדובר בגישה בלבד, לא החזקה. השופט פיש (Fish) קבע שדיני ההחזקה התפתחו בנוגע לאובייקטים פיזיים קונקרטיים, והרחבתם לאובייקטים וירטואליים מציגה בעיות מושגיות (שם, פס' 18). הרוב קבע שהחזקה באזור זה ניתנת לביסוס באמצעות קובץ התמונה או הקידוד שלו על המסך. פרשנות כזו נאמנה יותר להבנה המסורתית של 'החזקה'.

זהות: כך בפרשת אלימלך וכך בפרשת גורביץ. אלא שיש לשים לב להקשר הדברים: בתי המשפט קבעו כן לא כדי לצמצם את האחריות הפלילית, אלא כדי לדחות טענת הגנה שלפיה לא הוכח שהנאשם צפה. איני יודע אם יקום נאשם שרק צפה ללא שמירה, באשר רוב הצופים גם נוטים לשמור;¹¹⁵ אך דומני שכאשר יקום, בית המשפט לא ימהר להשתמש בסימן האי-שוויון כדי לזכות את הנאשם. בפן הטכני, גם קובץ אלקטרוני ניתן להחזקה. אך מה עם הפן המהותי? מה טיבה של עברת החזקה והאם מיתרגם היטב לעולם המקוון? החזקה כשלעצמה כמעט לעולם אינה מזיקה (למעט, למשל, החזקת רעל נדיף). באופן כללי, עברות החזקה הן

דברים כמו סמים וכלי נשק ניתנים להעברה לאדם אחר. בלי שמירה, תמונה על המסך אינה ניתנת להעברה. האפשרות לשתף קישור או להתמקד בתמונה אינה מספיקה כדי לשלוט בתוכן האתר. קובץ נתונים הוא האובייקט שניתן להעברה, לאחסון ולהחזקה. האובייקט שמוחזק חייב להיות בעל סוג של תמידיות. אולם למטרות החזקה הפלילית לא משנה כמה קצרה החזקה של האובייקט, האובייקט המוחזק אינו יכול להיות ארעי במהותו, כמו תמונה שנראית בטלוויזיה או על מסך. העובדה שניגשו לתמונה אינה יכולה כשלעצמה להוות החזקה של התמונה (שם, פס' 28–31). השמירה האוטומטית של קבצים במטמון בעת הצפייה אינה מהווה ראייה להחזקה, משום שהיסוד הנפשי הנדרש הוא כוונה לשלוט, ואילו משתמשי מחשב רבים אינם מודעים למערכת המטמון (שם, פס' 36–37). דעת המיעוט של השופט דשמפס (Deschamps) הסכימה שידיעה בדבר שליטה היא מרכזית להחזקה, אבל לא הסכימה שנדרש מעשה של הורדה מכוונת כדי להוכיח החזקה (שם, פס' 134–145). לאחרונה זוכה ג'יימס קנט, מרצה למנהל ציבורי, משתי עברות במדינת ניו-יורק: קידום אקט מיני של ילד (כותרת מעניינת שנראית לכאורה עברה מוצדקת), והחזקת חומרי תועבה. קנט פנה לקבל תמיכה טכנית למחשבו, ולאחר סריקת אנטי-וירוס נתגלו בזיכרון המטמון שרידים של תמונות פורנוגרפיות ילדים. בית המשפט לערעורים פסק שאמנם מציאת התמונות במטמון מוכיחה צפייה, אך האפשרות של הנאשם לשמור את החומרים ולשלוט בהם אינה זהה להחזקה. השופט סיפריק (Ciparick) פסק שצפייה אינה החזקה ואין להרשיע בלי להוכיח אקט חיובי של שמירה או הדפסה כדי להחזיק, או לחלופין להוכיח מודעות של הנאשם להחזקה דרך המטמון. שאם לא כן, פירוש הדבר הרשעה בגין התנהגות שהמחוקק לא אסר: צפייה. זה ניכר במיוחד לאור עדכון בחוק הפדרלי משנת 2008 (המעשים נחשפו בשנת 2007) שאסר במפורש גם את הגישה לחומרים פדופיליים. השופט סמית' הצטרף וביקר את דעת היחיד שלפיה גם מי שלא תקשר עם ילד, לא העתיק קובץ פורנוגרפי של ילד, הורידו או שמר אותו, ולא תרם אפילו פני ליצורי החומרים – דינו מאסר שבע שנים. בדעת יחיד ביקר השופט גרפאו (Grafteo) את עמדת הרוב "לפיה מותר לצפות בפורנוגרפיית ילדים במדינת ניו יורק". לדיו, השאלה היא אם הגולש שולט בחומר בעת הצפייה בו, ואכן הדבר אפשרי. אין צפייה בלתי-מזיקה בנוגע לחומרים כאלו.

ראו: NY v. James Kent (8.5.12).

תמונות פורנוגרפיות ילדים משמשות בעיקר לגירוי מיני; אך גם להימנעות רגשית (emotional avoidance), לאספנות ולהקלת יחסים חברתיים. ראו: DENNIS HOWITT & KERRY SHELDON, SEX OFFENDERS AND THE INTERNET 109–119 (2007). אספני חומרים מבלים זמן רב עם אוספיהם. ראו: Ethel Quayle and Max Taylor, *Child Pornography and the Internet: Perpetuating a Cycle of Abuse*, 23 DEVIANT BEHAVIOR 331, 332–333, 353–354 (2002).

בעייתיות וניתן לפקפק בהצדקה להן.¹¹⁶ מדוע החזקה נאסרת במקרים לא מעטים? לעברות ההחזקה השונות יש שתי תכליות כלליות אפשריות שלעתים חופפות. האחת מניעתית והשנייה ראייתית. להשקפתי, התכלית המניעתית ראשונה בחשיבותה ומניחה שהחזקה עלולה להוביל בהמשך הדרך לפגיעה עתידית של המחזיק או של גורם אחר. למשל, החזקת כלי נשק אסורה, כנראה, משום שעלולה להוביל לירי בלתי-רצוי ולפגיעות בגוף וברכוש. מנגד, התכלית השנייה והנלווית היא ראייתית ומאפשרת לרשויות לא רק להתערב בשלב מוקדם, אלא לעשות כן ללא הוכחת כוונה לפגוע או סיכון מוחשי בפגיעה. למשל, החזקת סמים אסורה, כנראה, משום שעלולה להוביל לצריכה ומפני שלעתים קל יותר להוכיח החזקה מאשר צריכה, בעיקר אם נתפס סם. לחלופין, התכלית הראייתית מאפשרת להרשיע אדם בהיעדר ראיות ישירות לעברה שבוצעה בעבר: למשל, החזקת רכוש החשוד כגנוב נאסרת כרשת ביטחון של הפללה שתאפשר מועד ב' עבור רשויות האכיפה בנוגע לגנוב: אם לא נתפס על הגנבה או על קבלת הרכוש הגנוב, ייתפסו הוא או שותפיו על החזקת הרכוש הגנוב.

להחזקה יש פן ממשי ופן קונסטרוקטיבי. הפן הממשי הוא התנהגות פיזית; הפן הקונסטרוקטיבי, צריך לומר ביושר, איננו התנהגות כלל, אלא סטטוס.¹¹⁷ אדם מחזיק

¹¹⁶ ראו דיונים בנושא: Douglas Husak, *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 535, 542 (2005); Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 415–416 (2008); GEORGE P. DUFF; FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 176 (1998) לעיל ה"ש 65, בעמ' 956–955, 961.

¹¹⁷ סטיל כתב כי החזקה אינה התנהגות וגם אינה תוצאה. אין צורך לבצע כל התנהגות: דרישת היסוד הפיזי פסיבית במהותה, ועשויה להיות קונסטרוקטיבית. אין גם צורך להוכיח תוצאה: החזקה מביאה להטלת אחריות. החזקה היא עברה מושלמת שיוצרת אשמה לפני הנקודה של עברות התחלתיות מסורתיות כניסיון. אך להבדיל מניסיון, החזקה אינה מצריכה הוכחת קשר לעברה אחרת. סטיל הפנה לדאבר, שכתב שהחזקה היא עברה חסרת-התנהגות, סטטוס, או ליתר דיוק מערכת יחסים בין אדם לבין חפץ. במקום הפליל התנהגות עתידית או התנהגות עבר, החזקה מענישה סטטוס עדכני כראיה להתנהגות עתידית או התנהגות עבר. החזקה היא כלי לחיסול איומים: האיום מצדיק את הפשע ולכן את השיתוק. ראו: Markus Dirk Dubber, *The Possession Paradigm: The Special Part of the Police Power Model of the Criminal Process*, in *DEFINING CRIMES: ESSAYS ON THE SPECIAL PART OF THE CRIMINAL LAW* 91 (Antony Duff & Stuart P. Green, eds., 2005). סטיל הוסיף כי כשעברה אוסרת על החזקה של מידע היא למעשה מכוונת לאסור את ההשגה או השימוש במידע, וחלף זאת מפלילה סטטוס או מעשה מוקדם. סמים אסורים, כלי נשק ופורנוגרפיית ילדים נראים כולם כאובייקטים מסוכנים. מה מסוכנים עד שהחזקתם יוצרת הנחת פליליות. לכן ההצדקה של הפללת החזקת מידע פירושה ודאי שהמידע מסוכן באופן מובהק. סטיל יצא נגד ההפללה של החזקת מידע. ראו: Alex Steel, *The True Identity of Australian Identity Theft: Measured Response or an Unjustified Status Offence?*, 33 UNSW LAW JOURNAL 503, 514–515, 524–525 (2010).

ברכושו גם כשאינו אוחז בו פיזית. רכיב התנהגותי אמיתי – אין כלל. במובן זה, ייתכן שהאיסור הוא על החזקה ולא על שליטה, משום ששליטה היא בכירור סטטוס והחזקה מתקשרת אינטואיטיבית לפן הפיזי שלה. בבטות, הכותרת של העברה היא 'החזקה' אך האיסור הוא של שליטה, וכך ניתן לסבור שהכותרת למעשה מכבסת עברת סטטוס של פדופיליה,¹¹⁸ אף שהדין הפלילי כביכול נמנע מעברות שכאלו. כאן באה התכלית הראייתית וגוברת על העיקרון העונשי.

מה חשיבות לדברים אלו לענייננו? ההחזקה של פרסום תועבה ובו דמות קטינים באה לתכלית מסוימת, שלא פשוט לזהות. אילו דובר בהחזקה של גיליון מודפס של עיתון סנאף, העברה הייתה משרתת את שתי תכליות עברת ההחזקה: החזקה היא ראייה/חזקה (presumption) לצריכה; צריכה שהיא ראייה לתשלום של המחזיק או של אחר (זו התכלית הראייתית); תשלום שמניע את השוק לייצר עוד סנאף (וזהו הנזק העתידי שמבקשים למנוע, זהו שיא הרשע). אך הדברים אינם זהים בעולם המקוון. סמים ונשק אסורים בהחזקה לנוכח תכלית מהותית וראייתית, וגם אם מהלך הנזק הכרוך בהם אינו פשוט, עדיין ברור שתפיסת הסמים מסירה אותם מהשולחן ועמם את הסיבתיות המזיקה שלהם עצמם. קילוגרם סמים או אקדח נתפסו; הם לא ישמשו איש להסבת הנזק שממנו חששנו. לא כן בנוגע לחומר אלקטרוני, שלרוב תפיסתו אינה כרוכה בהשפעה דרמטית או אפילו שולית על הנזק המוסב, משום שלהבדיל מסמים ומאקדח, ניתן לשכפלו אין ספור פעמים ללא עלות, ומשום שהגשמת הסכנה והפגיעה המתקשרת לנזק עשויה להיות רחוקה מאוד מהמחזיק – רחוקה תרתי משמע: הן במובן ארץ ייצור החומר¹¹⁹ והן במובן העובדה שהמוצר,

¹¹⁸ המונח 'פדופיליה' מתאר סטייה חברתית שעניינה משיכה מינית על ידי מבוגרים כלפי ילדים. שימוש בו מתאים אך לתיאור הרקע לסוגי התנהגות שונים, לרבות (אך לא רק) צריכת פורנוגרפיית ילדים. פדופיליה היא מונח שמתקשר ליותר מסוג התנהגות אחד, ולמעשה אינו חייב להתקשר לסוג התנהגות כלל.

¹¹⁹ על אילו ילדים אנו מגנים? בפרשת **פולק** הודגש הסיכוי הנמוך שהקרבת המוצגים בחומרים הם מישראל: ת"פ (שלום כ"ס) 3071/06 **מדינת ישראל נ' פולק**, תק-של (4) 17057 (2007). אכן, סביר להניח שלא על ילדינו אנו מגנים. אין פירוש הדבר שההגנה אינה ראויה; אך יש לשים לב לדבר. יש שלוש תאוריות אפשריות לביסוס הקשר בין החזקת פורנוגרפיית ילדים לבין ניצול פיזי מיני של ילדים, כמבואר בהרחבה: הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 340-347. מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 59) (שימוש בגופו או בדמותו של קטין), התשנ"ז-1997, ה"ח 2639 עולה שהבסיס לאיסור הפצה אינו תאוריית הרתעת השוק, החזקה יחסית, אלא דווקא תאוריית הנטייה, הפחות משכנעת. לפחות במובן ההיסטוריה החקיקתית, נדמה שהגנה על ילדים מחו"ל לא הייתה עיקר, אלא עניין עקיף ושולי יחסית, אולי כחלק ממילוי המחויבות הבין-לאומית או מס שפתיים. אין זה מובן מאליו לאכוף איסור פלילי שכמעט כולו נועד להגן על ילדים זרים. הגנה על ילדים באשר הם היא מבורכת. האם המחוקק מעוניין לשמור על גופם ועל זכויותיהם של ילדים מחוץ לישראל, ולספק לאותם ילדים לא רק הגנה ישירה (העמדה לדין של מי שתקף וניצל אותם, בהנחה הלא סבירה שנתפוס אותם ונעמידם לדין בישראל דווקא), אלא גם הגנה עקיפה שנוגעת לפגיעה במודל העסקי שמקדם

כאמור, אינו יריבותי, להבדיל מסמים ונשק.¹²⁰ סם ונשק שמוחזקים הם ראייה חזקה לצריכה כלכלית שכנראה הניעה (לפחות בעקיפין) את פס הייצור; קובץ אלקטרוני אינו ראייה כזו, כי האינטרנט מציע קבצים רבים בחינם. החזקה כשליטה הגיונית יותר בעולם שבו השליטה בלעדית במוצר יריבותי, והרבה פחות בעולם שבו ניתן לשכפל את המוחזק עד אינסוף ללא עלות. החזקה קונסטרוקטיבית אינה הגיונית בנוגע לאינטרנט, משום שהיא קלה מדי, קלה ואינסופית, ומעל הכול: אינה בלעדית, באשר כמעט כל אחד יכול להחזיק, בחינם, ובלי לגרוע מהחזקת אחרים. להבדיל מאקדח או סמים שמצריכים חדירה למעגל פלילי כלשהו, והגיוני יותר לפנות לרעיון ההחזקה כשליטה פוטנציאלית בת מימוש, באינטרנט יש אינספור חומרים שכל גולש יכול לשלוט בהם בכמה הקשות מקלדת ועכבר, בלי ליצור קשר ישיר או אף מרוחק עם עבריין ובלי להתקרב לחפץ פיזי מסוכן. במובן זה, איסור החזקת חומרי תועבה, שנולד בישראל בשנת 1998, היה הגיוני או תכליתי בהרבה לפני עידן האינטרנט. מי שהחזיק במצב כזה כנראה שילם על החומר והניע את פס הייצור הבא: משלם אחד = מחזיק אחד. אדם שמוריד תועבה אלקטרונית בתכנת שיתוף קבצים שולט בחומר; אך אינו תורם משמעותית ליצירת סרטוני סנאף חדשים. להפך! הרי טענתם של בעלי זכויות היוצרים בנוגע לאתרי השיתוף היא שהשיתוף פוגע במודל העסקי שלהם ומדכא את הייצור, משום שהיוצר אינו זוכה לתמורה בגין השקעתו, ולכן יוצרים פוטנציאליים עלולים להימנע מיצירה. הורדת קובץ בחינם אינה מספקת את התמריץ הכלכלי לייצור נוסף אלא מצמצמת אותו.¹²¹ משלם אחד = אינסוף מחזיקים. צפייה

את ניצולם? אם כן, אני תמה מדוע אין המחוקק אוסר מכירה (שלא לדבר על החזקה שהיא חלק חלש יותר במודל העסקי לעומת מכירה) של מוצרים שיוצרו ב-sweatshops ויובאו ממדינות שבהן ילדים מנוצלים בתעשייה. השוו: סוכנויות הידיעות "הקירה: ניצול עובדים חמור במפעל של דיסני בסין" YNET 29.8.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4115440,00.html

¹²⁰ תפיסת סמים מסירה אותם מהשוק. תפיסת מחזיק 5000 תמונות תועבה כוללת השפעה אפסית על נגישות המוצר: מיליוני עותקים אחרים קיימים. ראו: Philip Jenkins, *Cut Child Porn*, *Link to Abusers*, Guardian, Jan. 23, 2003. ג'נקינס כתב שלהבדיל ממלחמה בארגוני פשע בסמים, המלחמה בפורנוגרפיית ילדים דומה יותר למלחמה בארגוני גרילה – תאים ולא ארגון בעל ראש. ראו: Jenkins, לעיל ה"ש 99, בעמ' 16. סטיל כתב כי עברות החזקה מבוססות על רכוש מוחשי. אדם מחזיק חפץ אם יש לו שליטה פיזית בו. בהחזקה מובנית היכולת לאבד את ההחזקה כשאחר נוטל שליטה בלעדית בפריט בזמן כלשהו. ראו: Steel, לעיל ה"ש 117, בעמ' 516.

¹²¹ מה גם שייצור נוסף אינו מחייב הפקת סנאף. לא כל תמריץ להציע חומרים חדשים גורר ייצור: היצע חומרים חדשים עשוי לבוא גם בנטילה (appropriation). ייתכן שלשם כיוון לבנפוס שטען שנטל את החומרים שהפיץ מאתרי אינטרנט אחרים (כלומר, הוא לא תרם ליצירת החומרים שהפיץ), ושהאתר היה סגור בישראל ולקוחותיו היו מארצות-הברית (כלומר, פוטנציאל הפגיעה הפיזי של הצרכנים לא היה בישראל). הוא הודה והורשע בעברות פרסום והחזקת תועבה. ראו ת"פ 2781/03 (ש'לום חי) 'מדינת ישראל נ' לבנפוס, תק-של (1)04 (8449) (2004). ברור שגם הפקת חומרים חדשים עשויה להיערך שלא תוך ניצול פיזי-מיני של ילדים (למשל,

בחומרים ללא תשלום עליהם אינה בהכרח מעודדת ייצור נוסף. תאוריית הרתעת השוק המכוונת לפגיעה במודל העסקי של הייצור¹²² אינה פועלת באופן משכנע לגבי החזקה אלקטרונית. ולכן התכלית האפשרית היחידה עבור המורידים אינו מניעת ייצור נוסף, אלא מניעת פגיעה ישירה של המורידים עצמם, דרך פיתוח תאבון¹²³ או פיתוי ילדים בעזרת הקבצים.¹²⁴ ואלו פגיעות ללא סיבתיות משכנעת, כך קבע בית המשפט העליון האמריקני, ובצדק.¹²⁵ ובלי אלו נותרנו עם תכלית משכנעת אחת לאסור החזקת תועבה, להבדיל מאיסור רכישתה: החזקה פשוט קלה יותר להוכחה. אך את הקושי להוכיח רכישה ניתן לפתור באמצעות יצירה של כלל ראייתי, חזקה יחסית לפיה בהיעדר ראיות לסתור, חזקה תשמש הוכחה לצריכה; יתכבד הנאשם ויוכיח שהשיג את חומריו בלי לשלם עליהם ובלי לתמוך במודל עסקי או חברתי של יצירת תועבה.

במצב שכזה, איסור החזקה ראוי רק אם התכלית הערכית (להבדיל מהראייתית) היא תפיסת פדופילים. מי שתומך באיסור האמור יתייחס נא, בינו לבין מצפונו, לדוגמה הבאה. איתרנו שני אנשים: א' מתוודה שיש לו נטיות פדופיליות קשות אך הוא אינו מממש אותן, ומסתפק באוננות תוך מחשבה על ילדים. ב' מוריד קבצים של פורנוגרפיית ילדים למחשבו, לצרכי סיפוק מיני עצמי. לו הכוח היה בידכם – האם היית שולחים לכלא רק את ב'? לו הכוח בידכם, האם זה באמת משנה לכם ש-א' לא הוריד חומרים במחשב? איני בטוח שמי שמצדד בהרשעת ב' יתנגד להרשעת א'. לא מן הנמנע שתפיסת פדופילים היא תכליתו האמיתית של האיסור, ש'מכובסת' פעמיים: רכיב ההחזקה מכבס עברת סטטוס של שליטה; רעיון הפגיעה הערכית מכבס את התכלית של תפיסת בעלי סטטוס דרך שרשרת סיבתית לא משכנעת של פגיעה

פורנוגרפיית ילדים (וירטואלית). מנגד, ראו את דעת היחיד של השופט ג'פאו בפרשת *Kent*, לעיל ה"ש 114, שמדגישה שהחוק אינו מבדיל בין החזקה שקדמה לה רכישה לבין החזקה ללא תשלום.

¹²² ראו: *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 759–760 (1982); וכן: *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 108–111 (1990).

¹²³ זו תאוריית הנטייה: Wasserman, לעיל ה"ש 106, בעמ' 272. לטיעון הנגד, פורקן או זיכרון: Ethel Quayle & Max Taylor, *Child Pornography and the Internet: Perpetuating a Cycle of Abuse*, 23 *DEVIANT BEHAVIOR* 331, 333 (2002). טיעון הפורקן הועלה גם בנוגע לפורנוגרפיה 'רגילה' ואונס. ראו: Anthony Burgess, *What is Pornography?*, in *INTRODUCTION TO PERSPECTIVES ON PORNOGRAPHY* 4, 5–6 (Douglas A. Hughes ed., 1970).

¹²⁴ ראו: Mehagen Doyle, *Bad Apples in Cyberspace: The Sexual Exploitation and Abuse of Children over the Internet*, 21 *WHITTIER L. REV.* 119, 123 (1999); Sanford, לעיל ה"ש 106, בעמ' 604.

¹²⁵ ראו: פרשת *Ashcroft*, לעיל ה"ש 107. לביקורת על מהלכים אלו ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 347–344.

פיזית ממשית בילדים. לדעתי, איסור שאינו מגלם פגיעה משכנעת בערך המוגן אינו יכול להיות מוצדק.¹²⁶ איני בטוח שאיתור פדופילים אינו תכלית מנהלית ראויה, למשל לצורכי טיפול ומניעה; אך העמדה לדין בגין משהו שמבחינה מילולית קשה מאד לומר שהוא מהווה התנהגות, ללא פגיעה משכנעת בערך מוגן, אינה ראויה לטעמי, ומוטב לצמצמה למקרים שבהם הגולש לא החזיק חומרים, אלא גם שילם עליהם או באופן אחר עורר ממשית ייצור נוסף.¹²⁷

ה. מעשה מגונה

1 מעשה מגונה: סקירה

עברת המעשה המגונה לובשת צורות שונות בחוק העונשין. סעיף 348 מתאר כמה מדרגות, שהגבוהות שבהן מבחינת חומרה, עניינן מעשה מגונה השעון על נסיבות שונות המתוארות בסעיף 345, עברת האינוס, וגוררות עונשי מאסר מרביים של עד עשר שנים. סעיף קטן ג' הוא אחת משתי החלופות הקלות ביותר של המעשה המגונה ה'רגיל': מעשה מגונה באדם שלא בהסכמתו, ולא בנסיבות המחמירות המתוארות ביתר הסעיפים הקטנים. סעיף קטן ה' הוא החלופה הקלה ביותר: מעשה מגונה בבגיר

תוך כדי ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות. מהו מעשה מגונה? סעיף קטן ו' מגדירו כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".

סעיף 349 משלים את תמונת המעשה המגונה ויוצר עברה נפרדת וקלה יותר של מעשה מגונה בפומבי. כיצד ייתכן שדווקא המעשה המגונה הפומבי קל יותר? התשובה מצויה בהבדל חשוב בין שתי העברות. סעיף 348 אומר 'מעשה מגונה באדם'. סעיף 349 לשונו 'מעשה מגונה בפני אדם'.

שני הסעיפים הללו אינם חדשים ואינם שייכים לעולם האינטרנט דווקא, ואם כבר – במבט ראשון הם לא נראים שייכים במיוחד לעולם האינטרנט. קצרה היריעה מסקירת פסיקה העוסקת בעברות אלו בחלל הפיזי. אגש היישר לפסיקה עדכנית המפרשת את העברה באינטרנט.

בשנת 2008 הורשע **ליאור** לפי הודאתו במעשה מגונה בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 348(א) + 345(א)(2), עברה שדינה שבע שנות מאסר. הוא שוחח עם בת 13

¹²⁶ השוו: מרדכי קרמניצר **עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות** 191–193, 199–202 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980).

¹²⁷ לחלופין, אפשר שבעניין החזקת חומרי תועבה יש להציע קווים מנחים להעמדה לדין במשורה, למשל כשיש אינדיקציות שונות למסוכנות גדולה העולה מהמחזיק. שיקולי הענישה שפירט ויסמונסקי באופן כללי בנוגע לעברות מחשב עשויים במקרים מסוימים לשמש את התביעה גם בהחלטתה אם להעמיד לדין. ראו: ויסמונסקי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 108–119.

והתחזה כצלם אופנה והציע לה לעבוד עמו כדוגמנית. תחילה סירבה ובהמשך נתרצתה. הוא הורה לה להתפשט ולבצע תנוחות שונות מול המצלמה בעירום, לגעת באיבריה האינטימיים ולפשק רגליה. וכך עשתה. ליאור הורשע בהסדר טיעון ונגזרו עליו שלושה חודשי עבודות שירות ופיצוי כספי למתלוננת.¹²⁸

בשנת 2010 נדחה ערעורו של **חיים** על הרשעתו בניסיון למעשה מגונה בפומבי לפי סעיף 349(ב) ובניסיון להטרדה מינית. זו הייתה הסתעפות של פרשת **ערוץ 10**.¹²⁹ חיים פנה בצ'אט לתחקירנית שהציגה את עצמה כילדה בת 13 ושלחה לו תמונת ילדה, כתב לה מסרים מיניים והצעות מיניות, לרבות במצלמת אינטרנט. פעם אחת התפשט מול המצלמה ואונן. ההגנה טענה שלא התקיים הרכיב העובדתי 'בפני אדם' מאחר שדובר במצלמת אינטרנט. לאחר דחיית טענה מקדמית זו, הודה הנאשם. בערעור הוא שב וטען שהנסיבה 'בפני אדם' מצריכה נוכחות קרובה של האחר או לפחות הימצאות בטווח ראייה ללא עזרי צפייה, שכן די בלחיצת כפתור כדי להביא לסיום הנוכחות הווירטואלית. השופטת המחוזית שפירא הציגה ציטוט ארוך מפרשת **ברק כהן**¹³⁰ וקבעה שהמסע הפרשני תם כבר באיתור תכלית החוק: ברור שחיים ביצע את המעשה המגונה 'בפני' המתלוננת בידעו שהיא צופה בו באופן מקוון, ומתוך כוונה תחילה. יש להגן על קטינים מפגיעות מיניות ופדופילים בכלל ובאינטרנט בפרט. הפרשנות הפיזית של המונח אפשרית אך אינה מגשימה באופן המיטבי את תכלית החוק. בחירת המערער לאונן בפני המצלמה מחייבת החלה של החוק והתאמתו למציאות הטכנולוגית: הערך המוגן נפגע. אין ספק שאילו רצה המחוקק, היה מתקן את העברה כך שתחול גם במצבים שכאלו ואפשר שעוד יעשה כן בעתיד.¹³¹

2 מעשה מגונה: ניתוח

(א) כללי

עברות המעשה המגונה הן כיום '**עברות ענן**': חסרות כל גבול ברור. תחילתן במחשבה מינית וסופן אינו ידוע. הן מוגדרות באופן בעייתי ביותר ועיקרן, שלא לומר כולן,

¹²⁸ ראו: פרשת **ליאור**, לעיל ה"ש 100.

¹²⁹ על אלו ראו: ויסמונסקי והרדוף, לעיל ה"ש 4.

¹³⁰ מדובר בדיון נוסף המקדש את רעיון הפרשנות התכליתית בפלילים: דנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, תק-על 109 (1) 2978 (2009).

¹³¹ ע"פ (מחוזי ת"א) 7476/09 **חיים נ' מדינת ישראל**, תק-מח 10 (1) 17517 (2010). מטעמי קוצר מקום הצגתי רק את הכרעת ערכאת הערעור ולא את הכרעת בית משפט השלום. ת"פ (שלום ראשל"צ) 10-04-41544 **מדינת ישראל נ' לינג**, תק-של 11 (2) 105681 (2011). פסק דין מעניין נוסף שעסק במעשה מגונה בפומבי דרך מצלמת מסנג'ר התמקד ביסוד הנפשי ולכן נותר מחוץ למאמר זה: ת"פ (שלום פ"ת) 13384-02-09 **מדינת ישראל נ' אדלר**, פדאור 11 (7) 625 (2011).

מצוי דווקא במישור הנפשי, עברות מחשבה ממש: "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". מהו 'מעשה'? תעלומה. הגדרה זו בעייתית לכאורה: כל אדם שקיים יחסי מין מוסכמים, כל אדם שעל רקע מיני נגע בגוף של אחר בהסכמתו או אפילו בגופו שלו, כל אדם שעשה מעשה כלשהו במחשבה מינית – ביצע 'מעשה מגונה'. אכן, גם כל גבר שבעל אישה – קיים את רכיב ההתנהגות בעברת האונס בסעיף 345 לחוק העונשין. אבל רכיב הבעילה אינו מדבר בלשון נורמטיבית ערכית, להבדיל מכותרת העברה, 'אונס'. הביטוי 'מעשה מגונה' כולל בתוכו סלידה, כולל גינוי, פשוטו כמשמעו. הייתכן שכולנו 'מגונים'? ואם כן, מה צורך יש בעברות המין האחרות? הרי כל אונס, כל מעשה סדום, כל בעילה אסורה בהסכמה וכל הטרדה מינית – הן 'מעשה מגונה'. ולא רק הן, אלא כל פעולה על רקע מיני: צפייה בפורנוגרפיה או בארוטיקה, אוננות, דיבורים מיניים, שרבוט איור של איברי מין ומה לא. אפילו בדיחה על חשבוננו של עברייני מין מורשע עשויה להיחשב כמעשה מגונה, אם באה כדי לבזותו מינית. כל העולם (המיני) כולו – מעשה מגונה (רחב מאוד). זו כמוכן בעיה קשה לעקרון החוקיות (ולרעיון התיג ההוגן, שעליו ארחיב בהמשך). האם יש פתרון לבעיה האמורה? מעיון בהיסטוריית החקיקה עולה שבעבר הוצע פתרון. בהצעת חוק משנת 1986 הוצע להגדיר לראשונה מעשה מגונה בחקיקה, מאחר שמונח זה פורש באופן לא ממצה ולא אחיד בפסיקה. סעיף 354 הציע: "מעשה מגונה – נגיעה מכוונת של איבר מוצנע של אדם בגופו של זולתו או נגיעה מכוונת כלשהי של אדם, אף על ידי חפץ, באיבר מוצנע של זולתו, והכל לשם גירוי מיני או לשם ביזוי, ואחת היא אם האיבר המוצנע היה חשוף או לבוש".¹³² אלא שההצעה (הראויה) לא התקבלה. תיקון 22 לחוק העונשין, שהתקבל בשנת 1988, אסר מעשה מגונה (לצד איסור מוחמר בגין תקיפה מינית, איסור שחלף מן העולם בהמשך). סעיף 349 קבע "העושה מעשה מגונה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים [...] דינו מאסר שלוש שנים".¹³³ כלומר, המלים "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" לא הסבירו ולא הגדירו מהו מעשה מגונה, אלא רק הוסיפו לו יסוד של כוונה מיוחדת. הצעת חוק משנת 1990 שמרה על נוסח שאינו מסביר מהו מעשה מגונה: "מעשה מגונה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".¹³⁴ והנה, במקום לפתור את הבעיה, תיקון 30 לחוק העונשין, שהתקבל באותה שנה, הוביל מהפך תמוה ורע, בלי שום קשר להצעת החוק שהוגשה על ידי הממשלה חודש לפני כן: נוסף מקף – שהפך את היוצרות. מאז ועד היום מוגדר מעשה מגונה כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".¹³⁵ כלומר, בלי כל טעם טוב, הפכה הכוונה המיוחדת מתנאי מצטבר לרכיב התנהגות הבלתי-מוגדר –

¹³² ראו: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 302, בעמ' 306-307.

¹³³ ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62.

¹³⁴ הצעת חוק בעונשין (תיקון מס' 33), התש"ן-1990, ה"ח 223, בעמ' 226.

¹³⁵ ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 30), התש"ן-1990, ס"ח 196, בעמ' 197.

להגדרת רכיב ההתנהגות. וכך עשויה כל התנהגות לגבש 'מעשה'. האם חוק העונשין מספק איזשהו פתרון לבעיה של רוחב-היתר של רכיב ההתנהגות? מהחלק המקדמי לא תבוא הישועה. סעיף 18 מגדיר מעשה על דרך הרכיבי: "לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת". כל פעולה עשויה להיות מעשה מגונה, ובלבד שמטרתה היא גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.¹³⁶ לכאורה, כל הטרדה מינית היא מעשה מגונה; ומה צורך יש בחוק למניעת הטרדה מינית?

אם כן, רכיב ההתנהגות, המעגל הראשון המתווה את האחריות הפלילית הוא רחב. אין רחב ממנו. הדרישה של רכיב ההתנהגות מתמצה ב'מעשה'; 'מעשה' הוא כל פעולה אפשרית. **מעגל ראשון ברוחב אינסוף** הוא דבר שאמור להטריד כל משפטנית וכל אזרח. עברות נוספות בחוק העונשין כוללות מעגל ראשון עצום היקף. גרימת מוות ברשלנות, כאמור בסעיף 304 לחוק העונשין, היא עברה שרכיב ההתנהגות שלה כשלעצמו הוא חסר משמעות וחסר הדרכה: 'הגורם'. אך להבדיל מסעיף 304, שהוא עברת תוצאה ואף תוצאה דרמטית מאוד, מות אדם, סעיפי המעשה המגונה אינם עברות תוצאה. מבחינת היסוד הפיזי, כל שיש בהם הוא התנהגות בלתי-מוגדרת בעליל; ורכיבים נסיבתיים מועטים. אין זה סביר להטיל אחריות פלילית רק בגין 'מעשה' בצירוף יסוד נפשי, נלוז ככל שיהא. ולכן יש להשית **חשיבות עליונה ליתר** הרכיבים הפיזיים של המעשה המגונה, לרכיבים הנסיבתיים. כפי שהדגשתי, הרכיב הנסיבתי אינו טכני או זניח. וככל שהמעשה מוגדר באופן רחב ועמום יותר, כך עולה משקל הרכיב הנסיבתי, בעיקר בעברה שאינה תוצאתית. וכשהרכיב ההתנהגותי אינו רכיב פלסטלינה אלא 'רכיב אוויר' – חסר כל משמעות מגבילת עברה – משקל הרכיב הנסיבתי נוסק אל על. כובד התיחום של האחריות הפלילית, במובן הרכיב הפיזי, מוטל **כולו** על הרכיב הנסיבתי. ואם זה המצב, לשון החוק מקבלת חשיבות עצומה ואין לעקמה בעד שום תכלית עמומה. המונחים 'כאדם' או 'כפני אדם' אינם משהו שניתן להקל ראש בחשיבותם; הרכיב הפיזי כולו עשוי לקום או ליפול על פיהם.¹³⁷

(ב) מעשה מגונה בפני אדם

חיים הורשע במעשה מגונה בפומבי לפי סעיף 349(ב), לאחר שאונן מול מצלמת אינטרנט בפני תחקירנית שהציגה עצמה כילדה בת 13. ערעורו התמקד בניתוח הרכיב 'פני אדם'. שתי ערכאות לא היססו לקבוע שאוננות בפני מצלמה היא 'פני אדם', לאור תכלית החוק, הגנה על קטינים מפגיעות מיניות, ערך שנפגע גם בהקשר המקוון של אוננות מול מצלמת רשת. הטענה שנדרשת נוכחות נאשם לצד הקרבן

¹³⁶ השוו: גבריאל הלוי "היסוד העובדתי בעברות המין בישראל: ניתוח ביקורתי" **משפט וצבא** 16 (2003), 651-667-669.

¹³⁷ ראו תרשים 6.

נדרחתה, וגם תמיכת קדמי בטענה זו, באשר פרשנותו אינה ערכנית ואינה הולמת את הטכנולוגיה. דגש הושם על בחירתו המכוונת של הנאשם במעשה. והועלתה התזה שלפיה המחוקק ודאי היה מתקן את העברה כך שתחול גם במצבים כאלו.

דומני שהשורה התחתונה של פסק הדין איננה מופרכת אך גם אינה נכונה, ובכל מקרה ההנמקה לוקה בחסר. רצונו המשוער של המחוקק בתיקון החוק כך שיכסה מצב נתון – להבדיל מרצונו המשוער בהחלת החוק הקיים במצב זה – אינו סיבה לפריסת החוק מעבר לגבולותיו הלשוניים. אם רוצה המחוקק לתקן, יתקן; כל עוד לא תיקן, החוק הקיים יידון, ולא חוק רצוי משוער. לשון החוק מלמדת על תכליתו, אך גם כובלת אותה. רצונו המשוער בחוק חדש שטרם גובש אינו אמור לשמש לפרשנות חוק קיים. גם זדוניות הנאשם אינה רלוונטית כשלעצמה בפרשנות היסוד הפיזי של העברה. רצון הנאשם אמור להשליך על היסוד הנפשי החשוב, אך לא למעלה מכך.¹³⁸

מה לגבי הפרשנות התכליתית? בלי להיכנס לבעייתיה הכלליות של זו (לעת עתה), איני בטוח ששאלת קרבתו הפיזית של הנאשם אל הקרבן אינה רלוונטית. אם נלך בעקבות הפרשנות שניתנה בפרשת ברק כהן לסעיף 34כא. לחוק העונשין, וננסה לשער את התכליות האפשריות של העברה, האם שאלת הקרבה הפיזית אינה שופכת אור על התכלית? הנה שתי תכליות אפשריות של העברה שעניינה מעשה מגונה בפני קטין מתחת לגיל 16: האחת היא הגנה על נפשו של הקטין מפני חשיפה לתוכן בלתי-רצוי, שמירה על צנעת הקטין; האחרת היא הגנה על שלומו נוכח פוטנציאל ההחרפה שעשוי לכלול המעשה המגונה – הגנה על הקטין מפני פחד טראומטי שמא המעשה המגונה שלמולו יחריף לכדי תקיפה מינית. במובן זה, האיסור יוצר עבור קטינים מתחת לגיל 16 קו הגנה מיוחד ונוסף עבורם, שישמור על האוטונומיה הגופנית שלהם. התכלית השנייה עשויה להתקשר גם לחשש ממגע מיני מוסכם בין הקטין לבין בגיר, שעשוי לגבש עברות שונות; שוב, קו הגנה מיוחד ונוסף עבורם, לאוטונומיה המינית שלהם.

איני סבור שהפרשנות הראשונה היא ההכרחית או שהפרשנות השנייה מופרכת. שתיהן אפשריות. הראשונה מתרכזת לא בהגנת המוסר, שאם לא כן, כל פרסום מיני (ואפשר למצוא ברשת אחד או שניים כאלו) יצלח את מלוא היסוד הפיזי של עברת המעשה המגונה, אלא בהגנת הקטין עצמו מפני טראומה אפשרית (או ממגע מיני שמוסכם עליו אך לא על החברה). ככל שהקטין משתף פעולה עם הנאשם, דומני שהחשש מטרואומה נחלש, לפחות בזמן אמת.¹³⁹ רציונל הפטרנליזם הולך ונחלש ככל

¹³⁸ מנגד, השופט ג'ובראן ציין שבהלכה נקבעו מבחני עזר כמו המניע המיני של המבצע, ויש זרימה בין היסוד הנפשי לעובדתי. המערער ידע שהוא סוטה מין. ראו: ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, תק"ע 11(3) 4357, פס' 13, 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2011).

¹³⁹ השוו לפרשה בה סוממו קטינים ונאנסו וצולמו. לאחר האינסור הראתה המשטרה את הסרטונים לקטינים ואז נודע להם מה עברו. ראו: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1021/04 מדינת ישראל נ' חוברת, תק"מ 05(2) 4861 (2005).

שהעברה אינה משרטטת מעגל פיזי ברור (להבדיל מבעילת ילד בהסכמתו או מהטרדתו המינית בהסכמתו). הפרשנות השנייה מתמקדת בחשש ההחרפה: מעשה מגונה בפני ילד עלול להחריף למעשה מגונה בילד, שעלול להחריף לבעילה אסורה בהסכמה (פטרנליזם) או לאינוס (נזק קלאסי). אלו שתי תכליות אפשריות של סעיף 349(ב). האם אחת מהן סובלת פרשנות לשונית מצמצמת לטובת הנאשם? בבירור כן. נוכחות הנאשם אינה נדרשת במפורש בסעיף, אך המונח 'בפני אדם' סובל גם סובל פרשנות שכזו. דומני שלא רק שזו הפרשנות שעליה חשב המחוקק בעת שיצר את האיסור בעולם ללא אינטרנט וטלפון דור 3, אלא שאף בעידן הנוכחי, פרשנות לשונית טבעית תהא שמעשה מול אדם החוזה בו במצלמה אינו 'בפניו'. פרשנות רחבה לרכיב 'בפניו' בשם ההגנה על צניעות הקטין היא אינסופית ויכולה לכלול גם שיחת מסנג'ר נטולת מצלמה ואולי אף דואר אלקטרוני או דף אינטרנט מיני. חרף העובדה שהמילה 'בפומבי' אינה מופיעה בסעיף 349(ב) אך מופיעה בסעיף 349(א), עדיין כותרת העברה היא 'מעשה מגונה בפומבי'. וגם ללא רכיב הפומביות, פרשנות שלפיה 'בפני אדם' מחייבת נוכחות פיזית היא האפשרות הסבירה מבחינה לשונית, ואינה אפשרות בלתי-סבירה מבחינת תכלית האיסור. ברור מאוד שפרשנות כזו הייתה מביאה לזיכוי הנאשם מעברה זו. חיים לא נכח באותה זירה עם הקרבן, וזו אף כלל לא הייתה קרבן. גם בהנחה שבצד השני של המסנג'ר הייתה ילדה בת 13, לחיים לא היה פוטנציאל להחרפת הסיטואציה ולאיום על האוטונומיה הגופנית של הילדה. היא הייתה יכולה להגן על עצמה בהינף עכבר ולסלק את הפולש, וודאי הייתה עושה כן לו הייתה ילדה אמיתית. בהיעדר פוטנציאל החרפה, כל שאנו נותרים עמו הוא ערך מוגן של צניעות.¹⁴⁰

¹⁴⁰ ערך זה בעייתי מאוד כשעל הפרק אין צניעות אלא רייטינג, ואין ילדה אלא בגירה. חיים לא דיבר עם ילדה בת 13 אלא עם תחקירנית בגירה. הרשויות ההינו למתוח את ההיגיון שמאחורי האחריות הפלילית גם על רקע סיפור שנולד על רקע יצר רייטינג. אך דומני שרעיון הניסיון הבלתי-צליח אינו צריך להרחיב מעגל פלילי שגם כך רחב מדי. אפשר שלא בכדי גם פרשת חיים וגם פרשת אדלר, לעיל ה"ש 131, שבהן נדון הרעיון של מעשה מגונה בפני אדם דרך האינטרנט – נשענו שתייהן על רעיון הניסיון הבלתי-צליח, וכלל לא מרחיק לכת לשער שאילו דובר בילדה אמיתית, היא הייתה קוטעת את השיחה בשלב מוקדם.

(ג) מעשה מגונה באדם

פסק הדין בפרשת **ליאור** עסק בהרשעה בהסדר טיעון וללא ניתוח משפטי. האם עובדות הסיפור משקפות את סעיפי ההרשעה, 348(א) + 345(א)(2)? הכוונה למעשה מגונה באדם בנסיבות של קבלת הסכמה במרמה. על שאלת המרמה קשה לחלוק: הזהות השקרית שהציג ליאור לילדה, התחזותו כצלם אפנה. אך מה באשר למעשה המגונה? האם אדם בגיר המנחה ילדה להתפשט ולגעת בעצמה מבצע 'מעשה מגונה באדם'¹⁴¹? פרשת **ליאור** מציגה תמונת מראה משפטית לפרשת **משיח**, של צילום במסג'ר של ילדה שנוגעת בעצמה (שהוביל לאישום בפרסום תועבה); ומראה עובדתית לפרשת **חיים**, של מעשה מגונה בפומבי (כשהמצולם הוא הנאשם ולא הקרבן). כפי שניתן להתרשם, הדרכים מובילות בכיוון הרחבת האחריות הפלילית לקראת הרשעה. האם אפשר לבצע באדם אחר מעשה מגונה מרחוק, בעזרת מסג'ר באינטרנט?

ראשית, אפתח ואודה שנראה לי מאוד לא אינטואיטיבי לפרש את המלים 'מעשה מגונה באדם' כך שיחולו על מצב ללא מגע. כלומר, לא רק האפשרות שניתן לבצע מעשה מגונה באדם ללא נוכחות הנאשם נשמעת לי רחוקה; גם האפשרות לבצע מעשה מגונה באדם מקרוב ללא מגע נראית לי קשה.¹⁴² הקושי גדל לנוכח סעיף 349

¹⁴¹ שאלה זו כמובן לא נדונה בפסק הדין. שאלה דומה עלתה בפרשת **לינג**, לעיל ה"ש 131, בנוגע לשיחת טלפון: לינג צלצל לבת 12, דיבר על מין, ביקש ממנה לתאר את תחזוניה ולדמיין גברים עירומים. בנוסף הואשם שצלצל לבת שבע תשע פעמים, דרש שתיגע באיבר מינה עד שאמרה שהיא מבצעת את דרישתו. הוא הודה בהטרדה במתקן בזק, פגיעה בפרטיות, איומים וסחיטה באיומים וסיכם עם התביעה שבית המשפט יכריע בבקשתה להרשיעו גם במעשה מגונה לפי ס' 348(א) ו-345(א)(3) לחוק העונשין. השופטת נחמן קיבלה את פרשנות התביעה שלפיה המונח 'באדם' כפשוטו אינו מחייב נוכחות פיזית או ויזואליות. הנאשם אינו רשאי להסתתר מאחורי טענה טכנית פורמלית של פרשנות מילולית גרידא ולחמוק מאחריות למעשים שכוונתו בהם ברורה. לפי המילון 'ב' יכול להיות גם 'על ידי אדם' או 'באמצעות אדם', ולכן אין הכרח בנוכחות פיזית: הדגש הוא על שימוש באדם אחר ולא בדרך של השימוש באחר, להבדיל מסעיף 349 שקובע שנדרשת נוכחות של אחר. מעשי הנאשם בעליל לא הגונים ולא צנועים, אלא מגונים. בעידן האינטרנט מיטשטשת ההבחנה בין מלים למעשים, בין אלימות פיזית למילולית, בין תקיפה אמיתית למטפורית: הגיעה העת לוותר על הרעיון שתקיפה פיזית כרוכה בקרבה פיזית. חובתו הראשונה של בית המשפט בהליך פלילי להגן על הציבור, בעיקר על קטינים, ולא ניתן להפריז ברמת המיאוס והסלידה שמעוררים מעשי הנאשם. לינג הורשע.

¹⁴² כאמור, לאחרונה פסק בית המשפט העליון כי ניתן לבצע מעשה מגונה ללא מגע. מדובר במי שצילם בטלפון נייד ובמצלמת וידאו איברי מין של נשים וקטינות במקומות ציבוריים ופרטיים, כולל בדירתו, ללא הסכמתן וללא ידיעתן, צפה בתמונות ואונן בעת הצילום או בצפייה בביתו. לחלקן גם צלצל והטרידן טלפונית ואונן. הוא הודה בסעיפי אישום רבים ומגוונים וטען רק נגד ההרשעה בחלק מעברות המעשים המגונים לפי סעיף 348, במקרים שלא נגע במתלוננות. בעדור טען שהמעשים שביצע ללא ידיעת המתלוננות אינם מעשה מגונה אלא מעשי מציצנות

לחוק העונשין, 'מעשה מגונה בפני אדם'. לשון אחר, כנקודת מוצא אינטואיטיבית (והאינטואיציה ראויה לשמש ככזו, ולא כנקודת סיום), איני חושב שנכון ואיני סבור שאפשר לפרש את סעיף 348 לבדו, כאילו אין סעיף נוסף אחריו שכולל רכיבים דומים וגם רכיבים שונים. והרכיב השונה העיקרי הוא הנסיבתי, 'בפני אדם' ולא 'באדם'. מעשה בפני אדם, מבחינה לשונית, הוא מולו (וכפי שכתבתי קודם, אני מעדיף את הפרשנות שלפיה הוא מולו פיזית). ככלל, מעשה באדם ראוי להיות מולו ובמגע.¹⁴³

שנית, אין חולק כי התקשרות מקוונת או טלפונית היא בבחינת מעשה; האם יש פעולה שאינה מעשה? אך גם בהנחה הקשה שניתן לבצע מעשה מגונה באחר ללא מגע ישיר, ולגרום לאחר לבצע דבר או לבצע מעשה מגונה בנוכחות הקרבן, בכל זאת לא מתבקשת מסקנת הרשעה במצב של שיחה מינית מרחוק והנחיות למגע עצמי. סעיף 349 הוא כלי פרשני חיוני עבור סעיף 348. בחירת המחוקק בלשון א' בסעיף עברה אחד מצביעה בהכרח על בחירתו בלשון ב' בסעיף העברה הנלווה והקשור בעליל. איני חולק כהוא זה על כך שמעשי ליאור מגונים ודוחים. אך **במעשה דוחה לא די**.¹⁴⁴ נדרש מעשה מגונה באדם. ובשם הפרשנות התכליתית לא ניתן לעזוב את

גרידא, ואף שהתקיים היסוד הנפשי, לא התקיים היסוד העובדתי: עיקר הפגיעה במתלוננות הוא בחדירה לפרטיותן. צילום אינו מעשה מגונה, שתכליתו מניעת תקיפה בין העברין לנפגע. השופט ג'ובראן דחה את הערעור (גם על העונש הכבד) וכתב שאלמנט של מיניות גלויה מאפשר הרשעה במעשה מגונה גם ללא מגע פיזי של המבצע בקרבן. פרשנות מרחיבה – מוצדקת. ראו פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 138, פס' 20 לפסק הדין. הסנגוריה הארצית הגישה בקשה לדין נוסף. הנשיאה (כתוארה דאז) ביניש דחתה את הבקשה: אמנם יש חידוש בהלכה, אך לא כזה המצדיק דיון נוסף, וקביעותיה "מתיישבות עם לשון החוק, ההלכה הפסוקה והגיגות של דברים [...] דברים אלה מתחזקים לשיטתי במציאות המודרנית והשינויים הטכנולוגיים הנלווים לה". ראו דנ"פ 7457/11 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 6 לפסק הדין, תק-על (1)12 (2012). 4243.

ניתן לגרום מנגד שהמילה 'באדם' מתייחסת למיקום **המעשה** ביחס לקרבן, ולא למיקום **העברין** ביחס לקרבן. טיעון זה נראה לי בלתי-משכנע, כי הוא מחייב שאת המעשה המגונה יעשה אדם אחר. ואז, מה הצורך בסעיף 350? "לעניין עבירה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר". איני סבור שניתן ורצוי להשתמש בסעיף זה להאשים אדם בכך שהנחה אחר לגעת בעצמו. לכן גם לא נראה לי שניתן לנצל את הרעיון של ביצוע באמצעות אחר לפי סעיף 29(ג) לחוק העונשין כשהמבצע האחר הוא הקרבן: מגע עצמי אינו מעשה מגונה 'באדם'. ממש כמו ששקר שהוביל לשיחת טלפון מינית שכללה אוננות מצד אישה אינו צריך להיחשב 'אינוס במרמה'. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 350 מגלה שהוא בא לכלול מצב שבו הנאשם מנחה את הקרבן לגעת בנאשם. ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 303, בעמ' 307; וכן ע"פ 412/06 **אליאגוייב נ' מדינת ישראל**, תק-על (1)08 2832, פס' 11 לפסק דינו של השופט אלון (2008).

בע"פ 9603/09 **פלוני**, לעיל ה"ש 138, בפס' 12, 16, הפנה ג'ובראן לפסיקה שלפיה מעשה מגונה כולל רכיב מגונה לפי השקפות החברה וכולל אלמנט של מיניות גלויה ושל חוסר הגינות, מוסר וצניעות לפי אמות מידה אובייקטיביות נורמטיביות של האדם הממוצע. איני סבור

הלשון ולהתעלם מהרכיב הנסיבתי החיוני, בעיקר במצב שהוא עושה את כל העבודה בתיחום הרכיב הפיזי.¹⁴⁵ גם אם נלך לפי דעת הרוב בפרשת **ברק כהן** (שאינה נקייה מבעיות),¹⁴⁶ אין להסתפק באמירה אינטואיטיבית שתכלית האיסור ברורה וכך גם הערך המוגן בו. תכלית האיסור, כל איסור והערכים המוגנים בו – הם מהקשים ביותר לאיתור, גם אם לעתים נדמה אחרת. האיתור הוא מלאכה סבוכה שמצריכה הבנה עמוקה של מה שיכול האיסור להשיג ומה שאין ביכולתו להשיג. והאיתור לעולם צריך להישען על הלשון ולא על תחושת בטן שלפיה יש להגן על ילדים או על קרבנות אחרים. מה תכלית האיסור של מעשה מגונה באדם? שוב, כמו קודם, נראה לי שאפשר לשער יותר מתכלית אחת. אני סבור שהערך המוגן שעומד מאחורי איסור זה הוא האוטונומיה הפיזית המינית של אדם. ומנגד ניתן לסבור שהערך המוגן הוא אוטונומיה מינית רחבה יותר, נפשית, ולא רק פיזית.¹⁴⁷ דומני שסברה זו אינה מופרכת, אך היא פחות משכנעת בראי סעיף 349. מה טעם בסעיף 349 בכלל וסעיף 349(ב) בפרט אם סעיף 348 רחב מספיק לכסות גם את האוטונומיה המנטלית כפי שפורש? שתי התכליות האמורות אפשריות ואינן בלתי-סבירות. ואם כך, 'מותר' לנו לשוב ללשון החוק. ומבחינה לשונית, תמוה מאוד כיצד ניתן לבצע מעשה מגונה באדם בלי מגע ואף בלי נוכחות (שלפחות יוצרת פוטנציאל חרפה מידי ולא ניתן לסיימה בלחיצת עכבר). תמוה מאוד גם ללא סעיף 349; בלתי-אפשרי לנוכח סעיף זה, על הרכיב הנסיבתי שלו. גם בעידן הפרשנות התכליתית, התוצאה חייבת להיות

זיכוי.¹⁴⁸

שהגדרה פסיקתית עמומה ונורמטיבית (להבדיל מעובדתית) לרכיב ההתנהגותי יכולה לפתור את התקלה הציבורית שהותיר המחוקק.

¹⁴⁵ ואין בפרשת **פלוגי**, שם, ולו בדל אזכור של שאלת הרכיב הנסיבתי (או ההיסטוריה החקיקתית המזוהה של עברת המעשה המגונה).

¹⁴⁶ וראו גם את המהלך של בית המשפט העליון בפרשת **לוי**: במצב בו שתי פרשנויות לשוניות אפשריות וגם שתי תכליות, תיבחר הפרשנות שלטובת הנאשם, אפילו אם התכלית המוצעת על ידו פחות משכנעת, ובלבד שהיא אפשרות תקפה. ראו: רע"פ 3237/99 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 140 (1999). לביקורת חריפה ומשכנעת על רעיון הפרשנות התכליתית בפלילים ראו: בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט** ג 165 (2003). ביקורתי שלי בהמשך. ראו: הרדוף **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 8.

¹⁴⁷ לעניין הערך המוגן הפנה ג'ובראן לפרשת **פלוגי**: האיסור בא להגן על שלמות גופו, צנעת פרטיותו וכבודו האדם. ע"פ 6269/99 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 496, פס" 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2001). ג'ובראן כתב שהמערער הפך את קרבנותיו בעל כורחן וללא הסכמתן למושא לסיפוק תאוותו המינית, ופגע באוטונומיה שלהן על גופן. בפרטיותן ובצניעותן. העובדה שלא חשו במעשים אינה מקהה את אופיים המגונה של מעשיו ולא נדרשת הוכחת נזק לקרבן. ראו: פרשת **פלוגי**, לעיל ה"ש 138, פס" 16, 18.

¹⁴⁸ בשלהי דצמבר 2011 הוגשו לבתי המשפט המחוזי מרכז ותל-אביב כתבי אישום המתארים אינוס דרך האינטרנט ודרך הטלפון: תפ"ח 11-12-2011 **מדינת ישראל נ' סכה**; תפ"ח 11-12-2011 **מדינת ישראל נ' מלמד**. את הרעיון האמור אני מבקר במקום אחר: הרדוף **עברת הגנבה**, לעיל

האם עברת המעשה המגונה מקבלת זווית ייחודית באינטרנט? במה שונה השאלה אם ניתן לבצע מעשה מגונה בצילום אדם ישן מהשאלה אם ניתן לבצע מעשה מגונה במסנג'ר? דומני שהן שונות במובן הסכנה הפוטנציאלית הטמונה בכל מעשה (הישן עשוי להתעורר) ובכך שעלינו לחשוב מחדש על הערך המוגן ולחדרו, ולא להסתפק באמירה אינטואיטיבית על הגנה על ילדים וצניעות. אמנם ייתכן שהחלת עברת המעשה המגונה בעידן המקוון חושפת לא את הקושי ביישום החוק בעולם וירטואלי, אלא את ערוותו של החוק עצמו, שהוא רחב כל כך עד שהרשעה במעשה מגונה בלי מגע ונוכחות אינה מעוררת סערה משפטית. ואולי בכך תקום תועלת מהעידן המקוון: חשיפת עמימות ורוחב יתר בחקיקה ותיקה (שכזכור, החלק הבעייתי בה נוצר בגין מה שנראה כתקלה חקיקתית תמוהה). ייתכן שהאינטרנט מקצין קשיים בחקיקה בעייתית ומזכיר לנו עד כמה היא קשה ועד כמה רחוק אפשר למתוח מילים מופשטות ותכלית כללית. אמירות שהגיעה השעה לוותר על הרעיון שתקיפה פיזית כרוכה בקרבה פיזית לטובת הרעיון שאפשרית תקיפה (פלילית!) וירטואלית,¹⁴⁹ מחייבות אותנו לחשוב מחדש על האיסור ועל גבולותיו. אם אמנם הגיעה השעה האמורה, ומספקני שכך, זו שעת המחוקק ולא שעת בית המשפט. בית המשפט אינו אמור, מוסמך או רשאי להכריז על איסור פלילי של תקיפות וירטואליות. תקיפה אינה מטפורה. **דיני עונשין אינם מטפורה**. גופם הוא הלשון, וכל עוד זו לא שונתה ונתחדשה, אין להישען על תחושות בטן ולכבוש את המילים כאילו חסרות משמעות הן. מיאוס וסלידה שמעוררים מעשי נאשם ורצון להגן על הציבור אינם פוטרים את בית המשפט מחובתו ליישם את החוק.¹⁵⁰

ה"ש 62.

¹⁴⁹ כאמור בפרשת **לינג** (שכזכור עסקה בטלפון), לעיל ה"ש 131. בפרשה מאוחרת סירב השופט מיכאל קרשן להרשיע אדם שהודה שקרא לבתו בת ה-16 בטלפון מכתב בעל תכנים מיניים מבזים. הנאשם הודה בעובדות והורשע בהטרדה במתקן בזק. הפרקליטות לא התייצבה עקב השביתה, והנאשם הסכים להערת השופט שמעשהו מהווה גם עברה של הטרדה מינית, והסכים להרשעתו. השופט לא מצא צידוק לדון 'בטענתה החדשנית' של המדינה שלפיה מעשה מגונה אפשרי במילים מיניות. מאוחר יותר דחה את בקשתה לעיון חוזר ולא ראה סיכוי בקבלת פרשנותה, ביקר בחריפות את פסק הדין **לינג**, לעיל ה"ש 131, והתריע מהרחבה אינסופית של העברה. ראו ת"פ (שלום כ"ס) 10-02-5503 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פדאור 11(95) 433, ס' 20 (2011). בסופו של דבר גזר השופט עונש חמור של 26 חודשי מאסר בפועל.

¹⁵⁰ רובינשטיין הצטרף לעמדת ג'ובראן. לעברת המעשה המגונה 'רקמה פתוחה' המשתנה מעת לעת, מהקשר להקשר ומטכנולוגיה לטכנולוגיה, ועשויה להגיע לאופקים חדשים "שלא שיערום אבותינו". בתי המשפט יתמודדו עם סיווג העברה ואין חולק שגם צילום איברים אינטימיים מקיים את יסודות העברה בעולם הטכנולוגי שבו אנו חיים. לנוכח האפשרויות החדשות למעשים מגונים, אין לפטור את המבצעים מהדין אך בשל היעדר מגע פיזי. ראו: פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 138, פ"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

1. הימורים

1 הימורים: סקירה

חוק העונשין יוצר הסדר מורכב ומפורט הנוגע להימורים. הוא כולל סעיף הגדרות (224), סעיפי עברות (225–228, 231א), סעיפי החרגה (230–231), סעיפי מנהל (229, 234–235) וסעיפי ראיות (232–233). האיסורים נוגעים לארגון הגרלות והימורים (225), השתתפות במשחק (226), הפצה ומכירה של כרטיסי הימורים (227), החזקה או ניהול של מקום הימורים אסורים (228) ומכירה של כרטיסי הגרלה לקטינים (231א). הואיל והפרשות שתוצגנה מיד אינן נוגעות במישורין לדיני העונשין באינטרנט, אקצר בהצגתן. פרשה אחת, שהוכרעה לאחרונה, שבה וממחישה שהחוק הקיים אינו בהכרח מתאים לעידן האינטרנט, מאחר שמילותיו שייכות למציאות פיזית ולא למציאות מקוונת; שתי פרשות עדכניות אחרות, האחת מהחלל הפיזי והאחרת מהאינטרנט, ממחישות שבייחוד בעידן הרשת, ייתכן שהחוק מנוסח באופן רחב, שכולל יותר מדי התנהגויות. אגע בשתי נסיבות העולות מלשון החוק.

'חצרים': בשלהי 2010 הוגשה עתירה מנהלית נגד מפקד משטרת מחוז תל אביב, בגין נטילת סמכות והפעלתה שלא כדין. העתירה תקפה את הוראת המשטרה לספקיות האינטרנט בישראל לחסום גישה לרשימת אתרים שעוסקים בהימורים, הוראה לנוכח פרשנות סעיף 229 לחוק העונשין, באופן שהמונח 'מקום משחקים אסורים' כולל גם אתרים מקוונים. איגוד האינטרנט הישראלי טען שזו "פרשנות חסרת תימוכין ומרחיקת לכת" שעלולה להמשיך לצנזור אתרים נוספים על בסיס תוכנם. רק בשנת 2012 (!) קיבל בית המשפט את העתירה. לאחר דיון הנוגע לחופש הביטוי קבעה השופטת רובינשטיין שחוק העונשין אינו מסמיך את המשטרה לנהוג כאמור. המילה חצרים (premises) עניינה מקום פיזי, אולם האינטרנט נסמך על תקשורת מחשבים ואינו 'מקום'. לפרשנות המדינה אין אחיזה לשונית, וסגירת מקום אינה כחסימת אתר. הפרשנות התכליתית היא שהמחוקק לא התכוון להורות על חסימת אתרים, פעולה שונה ומורכבת יותר מסגירת בית. המחוקק הוא שצריך לערוך את ההתאמות הנדרשות לעידן הנוכחי, לאחר דיון ציבורי מעמיק שישקול את כל האינטרסים שעל הפרק. בית המשפט לא ייכנס בנעליו ולא ישלים החסר בחקיקה שיפוטית. הצווים הוצאו בלא סמכות ולכן בטלים.¹⁵¹

"גורל יותר מהבנה או יכולת": שתי החלטות ניתנו בשנים האחרונות בנוגע להימורים. פרשת **רוק** עסקה בפוקר טקסס הולדם. משחק הקלפים המפורסם נותח

¹⁵¹ ראו: ע"מ (מנהלי ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' מפקדת משטרת מחוז תל אביב, תק-מח 2012 (2) 167 (2012). באמצע מאי 2012 הגישה המדינה ערעור לבית המשפט העליון. במקביל, החל משרד המשפטים לקדם חקיקה חדשה.

לא בקשר לאינטרנט, אלא בקשר לחלל הפיזי; אך ההחלטה נושאת חשיבות לעולם המקוון שגם בו משחק זה נערך ומצליח. נדונה שאלה מרכזית אחת: האם משחק קלפים זה הוא 'משחק אסור'. אין חולק שזהו משחק; באותו עניין ניתן היה לזכות בכסף; והשאלה המרכזית הייתה אם התוצאות תלויות בגורל יותר מאשר בהבנה או ביכולת. סעיף 224 יוצר משוואה עקרונית שלפיה בנוגע לתלות התוצאות, הגורל קובע יותר מהבנה או מיכולת. בפרשת **רוק** נקבע, בהמשך לפסיקה ישנה של בית המשפט העליון, ששאלת המשוואה תוכרע לפי השחקן הממוצע ולא השחקן המומחה. וכך דחתה השופטת גרינברג את הטענה שלפיה שחקן מיומן תלוי יותר ביכולתו מאשר בגורל.¹⁵² קביעה דומה מכיוון אחר לגמרי הגיעה בהקשר מקוון. בפרשת **דבוש**, במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, נדונה השאלה אם 'מכרזים הפוכים' באינטרנט מהווים משחק אסור. המכרז ההפוך פירושו שעל המשתתף להציע את ההצעה הגבוהה ביותר בטווח המחירים המותר (והנמוך) שאיש לא הציע, וזאת לאחר תשלום דמי השתתפות במכרז. השופטת רונן לא היססה לקבוע שמדובר במשחק נושא פרסים ולא במכרז אמיתי. היא התמקדה במשוואה שלעיל ובדומה לפרשת **רוק** דנה בשחקן הבלתי-מיומן ולא במומחה כדי לקבוע שזהו משחק אסור לכל דבר, באשר השחקן הממוצע אינו יודע כמה הציעו השחקנים האחרים, והצלחתו במשחק תלויה יותר בגורל מאשר בהבנתו או ביכולתו. השופטת לא העלימה עין מכך שגם במכרז 'קלאסי' יש אלמנט של ניחוש, ואיש מהמשתתפים אינו יודע כמה יציעו האחרים. אלא שבעניין זה, המשתתף מביא בחשבון את המחיר המרבי שכדאי לו להציע על המוצר ולא רק ניחוש; ובנוגע למכרז יש תועלת ציבורית בקיומו, באפשרות לתחרות שוויונית. להבדיל, אין ערך חברתי או כלכלי לקיומם של משחקים כמו המכרזים ההפוכים, ולכן נכון להגדירם כהימור.¹⁵³

2 הימורים: ניתוח

חצרים: לשאלה אם 'מקום משחקים אסורים' עשוי לכלול גם מקום מקוון חשיבות גם עבור דיני העונשין המהותיים. החוק מגדיר מקום כזה: "חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים, בין שהם פתוחים לציבור ובין שהם פתוחים לבני אדם מסוימים בלבד, ואין נפקא מינה אם הם מוחזקים גם למטרה אחרת". המילה 'חצרים' פותחת את ההגדרה. האם למילה זו תיתכן משמעות וירטואלית? דומני שבשום אופן לא. הניתן לומר על דירה שבתוכה שרת שדרכו מנוהלים הימורים שהיא מקום כאמור?

¹⁵² ראו: ת"פ (שלום ת"א) 3814/07 מ.י. מדור תביעות פלילי ת"א נ' רוק, תק-של 10(1) 59031 (2010); ת"פ (שלום ת"א) 3814/07 מדינת ישראל נ' חלפון, תק-של 08(2) 19003 (2008).

¹⁵³ ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 30284-01-10 דבוש נ' קונקטיב גרופ בע"מ, תק-מח 11(1) 30499 (2011). היישום Texas Hold'em Poker כולל, נכון ליום 24.11.2012, כמעט 67 מיליוני משתמשים. ראו: www.facebook.com/TexasHoldEm.

אין זה פשוט כלל ועיקר. דירה בהחלט יכולה להיחשב 'חצרים'. אבל האם המשחקים האסורים נערכים 'בהם', כלומר בחצרים? פרשנות זו קשה מאוד, משום שהדירה היא ה'חצרים' ולא המחשב, והמשחקים האסורים נערכים במחשבים שרובם אינם באותה דירה כלל. גם אם נסבור אחרת, ברור שאין החצרים הממוחשבים כחצרים הפיזיים, אם בכלל ניתן לדבר על חצרים ממוחשבים. ואם לא ניתן לדבר כאמור, הרי שלא ניתן להורות על חסימת אתרים לפי סעיף 229, ולא ניתן להעמיד לדין לפי סעיף 228. הניתוח של השופטת רובינשטיין ראוי הן מבחינה לשונית והן מבחינת הריסון השיפוטי, הדוחה את בקשת הרשות להישען על פרשנות יצירתית ומציע להמתין לדבר המחוקק, שישקול את מלוא המורכבות של הסוגיה. גם בהנחה שחסימת אתרי הימורים היא דווקא דבר רצוי, בהיותו מידתי לעומת העמדה לדין של גולשים בגין הימורים, וגם בהנחה שחסימה כאמור היא דבר אפקטיבי שאינו קל לעקיפה, הגורם המתאים לקבלת החלטה כאמור הוא המחוקק. ככלל, פרק העברות בחוק העונשין אינו עוסק בסמכויות מנהליות, ואם מצויה כזו שם דווקא, להבדיל ממיקומה במסגרת מתאימה לכך המשקפת ראייה רחבה של המחוקק, יש לפרשה בזהירות ובמצומצום. הסמכת מפקד מחוז לנקוט פעולה מנהלית היא דבר חריג מאד בגדרי חוק העונשין. להבנת, ההגיון שלה נוגע למצב שבו המשטרה פשטה על בית הימורים סודי וכעת, לצד העמדה לדין, היא מבקשת למהר ולחסום את הסכנה הנובעת ממנו, חסימתו הפיזית באמצעות סגירת דלתותיו. סעיף 229 אף מאפשר לסגור מקום בו משחקים בקלפים ובמכונות נוכח חשש שהמשך המשחקים "עלול לפגוע בשלום הציבור או בטובת תושבי הסביבה או להביא לעבריינות". גם מלים אלו מלמדות על ההגיון בהסמכה מנהלית: המקום דרוש סגירה כאן ועכשיו כדי למנוע סכנות פיזיות, למשל לתושבי הסביבה. הגיון זה אינו חל ביחס לאתרי אינטרנט. גילוי אתר כזה אינו נעשה בהכרח לצד תפיסת עבריינים שהם ה'כתובת' מאחורי הכתובת. פרט לכך, קיומו של אתר כזה אינו כולל סכנה סביבתית כלשהי, כמו הסכנות המקושרות לריבוי מהמרים, למהמרים כבדים ולסכומים גבוהים שמצויים על השולחן, פשוטו כמשמעו. ולבסוף, אין כל סיבה שהגורם שיכריע בחסימת האתר יהיה מנהלי דווקא. אין כל דחיפות שמונעת בקרה שיפוטית לפני הפעולה, מחד גיסא; ואין למפקד מחוז במשטרה (להבדיל, אולי, מרשות מיוחדת כמו הרשות למשפט וטכנולוגיה) כלים מיוחדים להכריע בדבר הסכנה הכרוכה באתר אינטרנט ובדבר שאלת יעילות החסימה מאידך גיסא, כמו גם בשאלות הקשורות ליחסים בין מדינות ולהסדרת האינטרנט. המחוקק הוא הגורם המתאים לשקול את האופן המתאים לטפל בהימורים מקוונים.¹⁵⁴

¹⁵⁴ על התופעה של ההימורים המקוונים ועל הסדרה אפשרית הרחבתי במקום אחר. ראו: הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 297–334. התייחסתי במפורש גם לשאלת החסימה של אתרי הימורים. ראו שם, בעמ' 319–320. על שאלת מערכת היחסים בין מדינות בנוגע לאכיפת הדין הפלילי הרחבתי בפרק 4.

גורל יותר מהבנה או יכולת: כאמור, החוק מייצר משוואה מכרעת, שתקבע איזה משחק ואיזו הגרלה מותרים ואילו אסורים. המשוואה נראית פשוטה על הנייר, אך יישומה מורכב מאין כמוהו, משום שהיא כוללת שלושה משתנים עמומים: מהו גורל? מה כוללות הבנה ויכולת? האם הן נוגעות רק לשחקן הנאשם או גם לגורמים אחרים? למשל, האם מותר לי להשתתף בטורניר כדורסל שמאפשר זכייה בכסף או בפרסים? ניצחוני ודאי תלוי ביכולתי, אך גם ביכולתם של אחרים, וגם באופן שבו תיקבע ההגרלה, שאלת התאמת היריב: לעתים א יכול לנצח את ב שיכול לנצח את ג שיכול לנצח את א. הגורל יקבע מי נגד מי. האם זה משחק אסור? אפילו במשחק מורכב כשחמט ודאי לגורל יש השפעה. בין שחמט כמשחק האולטימטיבי שתלוי ביכולת ובהבנה (אף שגם הוא תלוי בשאלות של גורל, בעיקר בטורניר) לבין משחק הקלפים 'מלחמה' כמשחק האולטימטיבי שבו אין כל השפעה ליכולת ולהבנה, מצויים אינספור משחקים, ונולדים חדשים כל הזמן. איך יצליחו אזרחים מהיישוב לפתור משוואה בשלושה נעלמים? אני מנחש שבמקרים רבים הם לא יצליחו. ופרט לעמימות המשוואה, ניתן וצריך לתהות על הגיונה ועל צדקתה. מדוע חשוב אם היכולת וההבנה משפיעות יותר מהגורל? מדוע המשחק וההגרלה פחות מסוכנים או יותר נסבלים במצב שבו לגורל השפעה של 45% ולהבנה 55%? ההיגיון של החוק ראוי לחשיבה מחדש, בעיקר בעולם שכל כך אוהב לשחק ולהמר, ובמדינה שבה המונח 'טובת הנאה' פורש כפשוטו, כהנאה – והרי כל זכייה במשחק מסבה הנאה. החוק רחב ועמום ומצדיק חשיבה מחודשת באופן כללי.

בחזרה לפרשות שנסקרו קודם. שתי הקביעות שהוצגו מטרידות מאוד, לאו דווקא משום שהן שגויות. הקביעה בפרשת רוק מטרידה אם מחילים אותה על העולם המקוון ואם מביאים בחשבון פסיקה קודמת של בית המשפט העליון בעניין הימורים. עולם האינטרנט מלא משחקים, גם משחקי קלפים. יישום פופולרי מאוד בפייסבוק כולל את המשחק פוקר טקסס הולדם וכולל כסף וירטואלי. כסף זה אינו ניתן לפדיון בפייסבוק, אך ישנו סחר פנימי ענף בין משתתפי המשחק, כסף אמיתי תמורת נקודות משחק. כשלוקחים נתון זה ומוסיפים לו את קביעת בית המשפט העליון בפרשת רומנו, אין כל קושי להסיק שמדובר במשחק אסור. שם נפסק ברוב דעות שמשחק במכונות שעולה כסף ומאפשר לזכות בנקודות משחק שאינן בנות פדיון, אלא לשם משחק נוסף – הוא משחק אסור, משום שהנקודות הן בבחינת 'שווה כסף' או 'טובת הנאה': אלמלא הזכייה בנקודות, היה על השחקן לשלם כסף נוסף כדי להוסיף ולשחק. השופט זמיר (שאליו הצטרפה השופטת ביניש) לא היסס לקבוע שנקודת המוצא של פרשנות החוק הפלילי היא הלשון, ואין לגשת לתכלית ולצמצם את הלשון, ואם רוצה המחוקק – ינהג אחרת.¹⁵⁵ אם נחבר $1 + 1 + 1$ (פרשת רוק + פוקר

¹⁵⁵ ראו: פס' 1 לפסק דינו של השופט זמיר (דעת הרוב) בפרשת רומנו: "אכן, לפי מילון אבן-שושן, טובת הנאה כוללת תועלת קלה, הנאה מועטת. קשה לתאר ביטוי רחב יותר שהמחוקק היה יכול

באינטרנט + הלכת רומנו), נקבל המוני משתתפים במשחק אסור. סעיף 230 לא יועיל להוציאם מתחולת החוק הפלילי, משום שהמשחק אינו מכוון לחוג אנשים מסוים, אלא לכל מי שיש לו פייסבוק ומעוניין לשחק. וכאלו יש רבים, רבים פי כמה מאלו שבחוג האנשים המגיע למועדון ובו מכונות משחק. עשרות מיליונים.

הקביעה בפרשת **דבוש** מטרידה אף היא. היא מזכירה עד כמה רחבה לשונו של סעיף 224 ולפיכך רחבה גם האחריות הפלילית הפוטנציאלית העולה מסעיפים כמו 225 ו-226. במהלך פסק הדין ביטאה השופטת את ההבנה שגם מרכז רגיל, למעשה, נכנס לתוך ההגדרה של משחק אסור. כדי להוציאו משם, נעזרה בערך החברתי הקיים במרכז הרגיל, ערך חברתי וכלכלי שאינו קיים במשחקים כמו המכרזים ההפוכים. שתי בעיות במהלך. הראשונה היא ההנגדה הבלתי-מדויקת: התעלמות מכך שגם במכרזים הפוכים יש ערך חברתי וכלכלי: ערך עבור מנהל המכרז מחד גיסא, ומאידך גיסא עבור גולשים שנהנים מהמשחק ומוכנים ליטול על עצמם סיכון שיפסידו את דמי ההשתתפות הנמוכים. מדוע להניח מראש שאין ערך רק משום שאין זה מרכז רגיל? הדברים מתקשרים לשאלת תכלית האיסור שהיא מורכבת עד מאוד,¹⁵⁶ הרבה יותר מכפי שנדמה לעין ואפילו לעין חוקתית מעמיקה.¹⁵⁷

הבעיה השנייה במהלך היא סטייתו מהחוק הפורמלי. קיומו של ערך חברתי וכלכלי במרכז רגיל או בכל משחק אחר אינו יכול להוציאו מתחולת האיסור ככל שמבחינה לשונית הוא נמצא בבירור בתוך האיסור, ולא בשוליו (ניסיון לצמצם את תחולת האיסור דרך פרשנות תכליתית נדחה ברוב דעות בפרשת **רומנו**). המחוקק לא הותיר פתח יציאה עבור סוגי התנהגות שנכנסים לתוך האיסור, בסגנון רכיב נסיבתי רחב כמו 'שלא כדין'. פתחי היציאה הקיימים מצויים בסעיפים 230–231 שאינם רלוונטיים ביחס למכרזים רגילים. לא ניתן לייצר פתח יציאה חדש רק משום שנתגלה שבתוך המעגל הפלילי יש נקודה גדולה שלא היינו רוצים לשייכה אליו. את הנקודה האמורה ניתן לנסות ולחלץ בעזרת הפרשנות התכליתית, שכאמור מורכבת מאוד; או לחלופין, דרך הקביעה המתבקשת שכלל אין מדובר ב'משחק' (וגם לא בהגרלה או בהימור). חוק העונשין אינו מגדיר 'משחק', ובהגדרת המונח 'משחק אסור'

להשתמש בו כדי לתפוס בהגדרה של משחק אסור כל תועלת או הנאה. וכי יש ספק שנקודות המשחק, המאפשרות לאדם המעוניין בכך להמשיך במשחק, או לעבור למשחק אחר, הן בגדר טובת הנאה לאותו אדם? אילולא נהנה אדם מן המשחק במכונות, לא היה משלם כסף בעבור המשחק, שבסופו זיכה אותו בנקודות". השופטת פרוקצ'יה כתבה את דעת המיעוט וביקשה, דרך רעיון הפרשנות התכליתית וההיגיון של ס' 230 לחוק העונשין (נסיבות מיוחדות של משחקים), לצמצם את האיסור. ראו: רע"פ 9140/99 **רומנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 349 (2000).

¹⁵⁶ ראו: הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6, פרק 5.א.

¹⁵⁷ ראו את הניתוח החוקתי המעניין של בית המשפט העליון את ההסדר העונשי בעניין הימורים: עת"מ 4436/02 **תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים**, פ"ד נח(3) 782 (2004). לביקורת על פסק דין רחב זה: הרדוף "פסקת ההפלה", לעיל ה"ש 13, פס"ג.1.א.

משתמשים במילה 'משחק' (בדומה למהלך המחוקק בהגדרת החדירה לחומר מחשב). זהו אינו צעד רצוי מבחינת עקרון החוקיות, צעד שמותיר שיקול דעת רחב מאוד, בנוגע לאיסור עמום שמטיבו מעודד אכיפה סלקטיבית. אך ניתן להשתמש בו הפעם לצמצם את גדר העברה. איני רואה קושי רב לקבוע שמכרז אינו משחק כלל. האם ייתכן שמכרז אינו משחק ואילו 'מכרז הפוך' הוא משחק? ככל שניתן להבחין מהותית ופורמלית בין מכרז למכרז הפוך, איני רואה בעיה כזו. דומני שרצוי היה שהמחוקק עצמו יתכבד ויסביר לאזרחיו מהו 'משחק' ויעשה כן בלי להשתמש במילה 'משחק'. באותה הזדמנות, הגיעה העת לחשיבה מחדש על עברת ההימורים ועל מקומה בספר החוקים.¹⁵⁸

ז. לשון הרע ופגיעה בפרטיות

1 לשון הרע ופגיעה בפרטיות: רקע וחקיקה

באופן כללי, אם יש סוג מסוים של עברות שקל לדמיין מעבר מוצלח שלהן מהחלל הפיזי לחלל הווירטואלי, אלו עברות המבוססות במלואן על מידע. **השגת** מידע קלה מבעבר בעידן הרשת, ובעידן הרשתות החברתיות **פרסום** מידע קל ונוח במיוחד. אינטואיטיבית, אין כל קושי בפרסום לשון הרע או בפגיעות שונות בפרטיות באינטרנט, זה ואלו מהווים עברה פלילית. שני החוקים היוצרים את האיסורים הפליליים מורכבים ומפורטים, ואין זה המקום לצלול לעומקם.

חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 יוצר בסעיף 6 עברה: "המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני אדם או יותר זולת הנפגע, דינו – מאסר שנה אחת". לשון הרע מוגדרת בסעיף 1 לחוק בארבע חלופות, ואילו פרסום מוגדר בסעיף 2 באופן רחב מאוד: "בין בעל פה ובין בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר". החוק כולל הסדר נרחב ואיזונים מפורטים ומורכבים, לרבות הגנות שונות, חזקות ראייתיות ועוד. סעיף 8 לחוק מאפשר הגשת קובלנה פרטית. כלומר, כדי ליזום הליך פלילי, הקרבן אינו נדרש להגיש תלונה ואינו עובר מנגנון מסנן כלשהו. סעיף 7 לחוק מאפשר להגיש תביעה נזיקית בגין לשון הרע.¹⁵⁹

¹⁵⁸ אין מקום לאופטימיות בעניין זה: לאחרונה החמיר בית המשפט העליון בעונשם של מארגני הימורים באינטרנט, וחזר בתמציתית על התכליות הבלתי-משכנעות שהועלו בעניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 157. ראו: ע"פ 6889/11 **מדינת ישראל נ' עובד**, פס' 15-16 (פורסם בתקדין, 26.09.2011). לניתוח נורמטיבי של ההסדר ביחס להימורים מקוונים ראו: חיים ויסמונסקי "הימורים באינטרנט – דין ישן וחדש" **רשימות בנתיב קנייני הרוח – השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה** 1, 291 (2004).

¹⁵⁹ להרחבה על חוק זה ראו: האלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובעוז שנור **לשון הרע – הדין המצוי והרצוי** (2005).

חוק הגנת הפרטיות מורכב לא פחות. הוא יוצר פשע בסעיף 5: "הפוגע במזיד בפרטיות זולתו, באחת הדרכים האמורות בסעיף 2(1), (3) עד (7) ו- (9) עד (11), דינו – מאסר 5 שנים"¹⁶⁰. ייתכן שנוכח מורכבות המונח 'פרטיות'¹⁶¹ נמנע המחוקק מלהגדירו על דרך ההפשטה, ובחר בהגדרה קזואיסטית, רשימת אחד-עשר מקרים אפשריים לפגיעה בפרטיות, בסעיף 2. גם חוק זה כולל הגנות, פטורים, חזקות ועוד. גם לגביו ניתן להגיש קובלנה פרטית, מכוח התוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) או תביעה נזיקית, לפי סעיף 4.

האפשרות להגיש תביעה נזיקית בעברות האמורות, בייחוד בצירוף האפשרות להגיש קובלנה פרטית, מצמצמת מאוד את מספר המקרים שבהם הפרקליטות מעמידה לדין פלילי; ואם מעמידה, דומה שזה בנלווה לעברות אחרות, שהן אלו שהולידו את החקירה.¹⁶² מרבית תיקי לשון הרע והפגיעה בפרטיות באינטרנט נדונים בהקשר אזרחי.¹⁶³ גם ההקשר האזרחי, כמובן, עשוי לחייב חקיקה חדשה או למצער

¹⁶⁰ להיסטוריה החקיקתית של סעיף 5 ולטענות נגד הפללה בהקשר זה ראו אלי הלם **דיני הגנת הפרטיות** 171-176 (2003).

¹⁶¹ מושג שעשוי להכיל את חופש המחשבה, שליטה על הגוף, התבודדות בבית, שליטה על מידע על עצמי, חירות ממעקב, הגנת מוניטין והגנה מפני חיפושים וחקירות. ראו: Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CALIF. L. REV. 1087, 1088 (2002); Ruth Gavison, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PA. L. REV. 477, 485-486 (2006); *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421, 422 (1980); Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087, 2087 (2001); *Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087, 2087 (2001); מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא 9, 13-19 (2007).

¹⁶² דוגמה לתק פלילי שהסתיים בהרשעה בפגיעה בפרטיות בלבד: ת"פ (שלום ת"א) 4304/08 מ.י. **פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' סמוכיאן**, תק-של (1)10 55730 (2010). פסק הדין עסק בבקשה להרשעה בהפצה מקוונת של תמונות עירום של המתלוננת. אלא שסמוכיאן הואשם באיומים ובהטרדה, ואין זה מופרך לשער שאלמלא כן לא הייתה הפרקליטות מעמידה אותו לדין. בהסדר טיעון נמחקה עברת האיומים, והשופטת מתחה ביקורת על הפרקליטות שהשתתה שלוש שנים בהעמדה לדין והחליטה להימנע מהרשעת הנאשם. דוגמה להעמדה לדין שכולה סביב פגיעה בפרטיות עולה בפרשת בלוך. בלוך עבד בחנות צילום ופיתח תמונות של לקוחה שמסרה לו אותן, ושמר עותק דיגיטלי במחשבו, ובהמשך העביר לגולשים באתרי היכרויות, תוך התחזות למתלוננת עצמה. ראו: ת"פ (שלום רמ') 1551/07 **פרקליטות מחוז מרכז נ' בלוך**, תק-של (4)08 3595 (2008). גם כאן, איני בטוח שהפרקליטות הייתה מעמידה לדין אלמלא עברת ההתחזות.

¹⁶³ ראו דיון מורכב בתביעה אזרחית בגין לשון הרע ופגיעה בפרטיות בפורום חרשים מקוון: ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 **בורוכוב נ' פורן**, תק-של (2)02 1216 (2002); לשון הרע ופגיעה בפרטיות בהעברת תמונות עירום בדואר אלקטרוני: ת"א (שלום נת') 7920/07 **פלונית נ' אסטרן**, תק-של (4)10 91759 (2010); ע"א (מחוזי מרכז) 10-12-17433 **פלונית נ' אסטרן**, פדאור (16)11 639 (2011); לשון הרע ופגיעה בפרטיות בפרסומים בבלוג שתארו את חיי הנישואין של אדם גרוש, ותמונות ילדיו שפורסמו: תמ"ש (משפחה ת"א) 42434/07 **י.ד.א. נ' כ.ד.א.**, דינים משפחה 30645/08 (44)11 386 (2011); לשון הרע על הכחשת שואה באתר אינטרנט: ת"א (שלום ת"א) 30645/08

התאמה של החקיקה הקיימת לפני החלתה. אולם זהירות מיוחדת נדרשת בהקשר הפלילי. מלכתחילה אין זה מובן מאליו שפגיעה בפרטיות ולשון הרע הן עברות פליליות. לכך יש להוסיף את הפיכתן לאות פלילית שאם אינה מתה, היא ודאי אינה בריאה ורעננה, נוכח מיעוט העמדה לדין לאורך השנים. עוד יש לזכור את האפשרות להגשת קובלנה פרטית, שרחוקה מלהיות שגורה בנוף המשפטי,¹⁶⁴ ואת האפשרות להגיש תובענה נזיקית, שניתן לסבור שהיא דרך המלך במקרים כאלו¹⁶⁵ ודי בה למיזוי תחושת הצדק. ולכך יש להוסיף את האינטרנט, שמצריך זהירות רבה ביישום הדין. אמחיש בקצרה באמצעות מקרה אחד.

2 לשון הרע ופגיעה בפרטיות: פסיקה לדוגמה

בפרשת **פלונית** הואשם פלוני בפרסום לשון הרע. הנאשם והקובלת היו בקשר זוגי ארבעה חודשים. לאחר שהקשר לא עלה יפה והשניים נפרדו, פרסם הנאשם בפרופיל הפייסבוק שלו, בין היתר, תמונות שבהן הופיעה הקובלת לצד הקובל והיא תמויגת בכינויי גנאי. המשפט כלל עדויות של הקובלת ובני משפחתה. הקובלת היא שסיפרה לבני משפחתה ולחבריה על התמונות והכיתוב, והם ראו את התמונות עקב כך. הקובלת ועדיה ניסו לשכנע את בית המשפט בדבר משמעות הביטויים האמורים. הנאשם ניסה לשכנע שהתיוג היה פליטת פה וביטוי לכעס, בדומה לקללות, והדגיש שלא נערך כל הליך מקדים לקובלנה, והוא אף לא התבקש להסיר את הכיתוב או את התמונות.

השופט קוטון הקדיש לא מעט מקום כדי לקבוע שמדובר בפרסום. בהמשך בחן את התמונה שבה נראים הנאשם והקובלת ישובים על מחצלת. מתחת לתמונה בצד שמאל, **תחת מקום ישיבת הקובלת** הופיע הכיתוב באנגלית 'real slut here'. מכאן הוסק שהמעייין והצופה הסבירים יבינו שהקובלת, המוצגת בתמונה ללא שמה, היא 'זונה אמיתית'. בתמונה נוספת שלה ישיבה על כסא, והופיע הכיתוב 'why are bitches such fuckin' bitches'. הנאשם התעקש כי דובר בקללות ונאצות, ואלו הוכרו בפסיקה כאמירות שאינן מצדיקות שימוש בדיני לשון הרע. השופט דחה את הטענה וקבע שהפסיקה עסקה באמירות בשעת כעס, וגם אם הנאשם כתב את שכתב בשעת כעס, הרי הותיר את הכיתוב במשך ימים רבים, ועוד בתמונת פרופיל. הוא

בורכט נ' פרי, פדאור 11(36) 167 (2011); ופגיעה בפרטיות בתוכנת הסוס הטרויאני (פרשה שנשענה על התיק הפלילי): ת"א (שלום הרצליה) 1386/06 **ז'קונט נ' האפרתי**, תק-של 11(2) 174110 (2011).

¹⁶⁴ לפסק דין המרחיב על מוסד הקובלנה הפרטית, על יתרונותיו וחסרונותיו ועל האפשרות לעצור עד תום ההליכים במסגרתו ראו בש"פ 3503/91 **שוברט נ' צפירי**, פ"ד מו(4) 136 (1992). בתחילת שנת 2011 פורסם תזכיר של משרד המשפטים הממליץ לבטל את מוסד זה כליל נוכח מיעוט הקובלנות ונוכח חסרונות אחרים של הליך זה.

¹⁶⁵ ראו עמדת ברק: רע"פ 9818/01 **ביטון נ' סולטן**, פ"ד נט(6) 554 (2005).

הוסיף שלא דובר בקללות וגידופים, אלא בניסיון להציג את הקובלת כמופקרת שאינה ראויה להערכה (בתיוג אחר נכתב עליה 'never mind her'). לראיה הפנה לחלק מעדי הקובלת שטענו שהבינו מהכיתוב שהיא נערה קלה להשגה, מה שעלול לעשותה מטרה ללעג ולבוזותה. השופט מצא כוונה לפגוע לנוכח הליך קודם שבו כשל הנאשם לתבוע אותה להשגת כספים, ולאור זאת כנראה ביקש לפגוע בה. הנאשם הורשע.¹⁶⁶

3 לשון הרע ופגיעה בפרטיות: ניתוח קצר

דומני שכלל לא ניתן להתווכח על כך שמדובר בפרסום, ואין זה משנה אם הפרופיל מוגדר כציבורי (שמאפשר גישה לכל פרופיל אחר) או פרטי (לקבוצת החברים המאושרים בלבד). די בהעברת התוכן לשני אנשים זולת המתלונן, כמצוות החוק המפורשת. השאלה המעניינת היא אם זו לשון הרע. אין מחלוקת על העובדות, על התמונות ועל הכיתוב; רק על משמעותו. מה דרוש כדי להשיב על שאלה כזו? האם נחוצות דעות של עדי תביעה שונים, ומה משמעותן בכלל? דומני שדעות של עדי תביעה אינן רלוונטיות. כאשר הכיתוב והתמונות אינם במחלוקת, מה נפקות יש לכך שפלוני, קרוב משפחה של הקובלת, סבור שהכיתוב הוא מבזה? דומני שמה שלא עזר **למרדכי בש לצמצום** האחריות הפלילית¹⁶⁷ אינו יכול ואינו צריך לעזור לפלונית **להרחבת** האחריות הפלילית.

האם נחוץ שהשופט עצמו יבין ויחווה את פייסבוק כדי לקבוע אם פרסום מסוים עלול "להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם" או "לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו"? דומני שאי-אפשר לצפות מכל שופט לחוות בעצמו כל הקשר חברתי שנושא חשיבות להכרעה. אך מנגד ברור שיש חשיבות גדולה **להבנת** ההקשר. ללא הבנת הנורמות החברתיות הרווחות באינטרנט, ובהמשך הבנת הנורמות החברתיות הרווחות בקהילות מקוונות, ובהמשך הבנת הנורמות החברתיות הרווחות בפייסבוק – גדל הסיכוי לטעות בפרשנות של משפט, מילה, תמונה וכדומה. סבורני שחבר פייסבוק מן היישוב – וכאלו רבים מאוד

¹⁶⁶ ק"פ (שלום חי') 1002-08 פלונית נ' פלוני, תק"ש של 10(2) 123119 (2010). בסוף דבר, בהסכמת הקובלת, נמנע השופט מהרשעת הנאשם, ותחת זאת העמידו בצו מבחן וחייבו לשלם 50,000 ₪ פיצוי למתלוננת.

¹⁶⁷ הכוונה לפרשה המפורסמת שבה נכנסו שני ילדים למקרר שנטש בש ומצאו בו את מותם. בש הביא שכנים רבים שיעידו שגם הם נהגו כך ולא העלו על דעתם את האפשרות הנוראית. בית המשפט העליון דחה את קו ההגנה: מי שיקבע מיהו האדם הסביר אינו האדם מן היישוב, יישובו של בש – אלא בית המשפט עצמו. ע"פ 196/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' בש, פ"ד יח(4) 568, 569-573 (1964); ד"נ 15/64 בש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 309, 310-313 (1965).

בימינו – ובמיוחד חבר צעיר (ואלו מרבית החברים), בקראו את הכיתוב נשוא הקובלנה, היה מבין דבר אחד ברור: שנאה או כעס גדול של המשתמש הנאשם בנוגע לקובלת. זהו מדיום שמעודד פרסומים רבים ומקל אותם. חשיבות כל פרסום אינה בהכרח גדולה. בהקשר זה, כמובן, יש להבחין בין הרשתות החברתיות השונות – לכל אחת נורמות משלה: לא הרי פייסבוק כהרי טוויטר כהרי מקושרים. אורך החיים של פרסום בפייסבוק ארוך משל טוויטר, אך קצר בהרבה לעומת אתרי בלוגים דוגמת קפה דה מרקר. גם הלשון עשויה לשאת משמעות שונה מאתר לאתר. התיוג הוא יישום פופולרי בפייסבוק שמאפשר לאדם לתייג אדם אחר בתמונתו אף אם אינו מופיע בה (פייסבוק משנה את האפשרויות הטכנולוגיות מעת לעת, בעניין זה ובכלל). חיוני להבין את האתר טכנולוגית, חברתית וכלכלית. הבנה חברתית כזו עשויה להביא לתוצאה אחרת או למצער להנמקה אחרת. תיוג עלמה צעירה כ'זונה אמיתית' הוא ודאי מעליב ומשפיל, אך כשלצדה בתמונה המתייג עצמו, הבנת התיוג כאמירה שמדובר בנערה מופקרת – מוקשה. ואם הבין השופט את הנורמות וביקש לשנותן (מסופקני) – דומני שמוטב לעשות כן באופן שקוף ומפורש.

אם כן, גם בנוגע לביטויים, האינטרנט מחייב התאמה, אם לא של החוק אז של פרשנותו. הכרת המדיום והבנת הזירה נחוצות להבנת המשמעות החברתית (ובהמשך לה – המשפטית) של ביטוי. בפרשנות החוק יש להתחשב גם בערכים שמקדם המדיום, וכל כך הרבה כאלו יש¹⁶⁸ או למצער לבטא חוסר סובלנות כלפי ערכים אלו וניסיון גלוי ושקוף לבארם. השיח החופשי בפייסבוק הוא בעל ערך רב בעיניי. ואם חוק איסור לשון הרע אינו צריך לבטל עצמו מפני חופשיות השיח, הרי לכל הפחות עליו לסגת, ולו במובן הפלילי, או לחלופין לצעוד קדימה בזהירות רבה יותר.

ת. האם החקיקה הישנה מתאימה?

1 פרשנות מרחיבה

כיצד יש ליישם את החקיקה העונשית הקיימת על מעשים מקוונים? כרונולוגית, שאלה פרשנית זו נענית קודם כול על ידי רשויות האכיפה: המשטרה החוקרת והתביעה המעמידה לדין. בהמשך לכך, נערכת פרשנות על ידי ההגנה, שמחליטה אם לכפור ולטעון משפטית (מצב נדיר, למרבה הצער), להודות או להגיע להסדר טיעון. אם כפרה, ורק אם כפרה, יפרש בסופו של דבר בית המשפט את החקיקה שהובאה

¹⁶⁸ לא אחת, בעת פרשנות החוק, מגלים בתי משפט מודעות ודאגה לערכים שמקדם המדיום. ראו למשל את פסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין: רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי., תק-על 10230 (1) 2010. כן ראו פסיקה של ערכאות דיוניות בנוגע ללשון הרע ופרטיות: פרשת בורוכוב, לעיל ה"ש 163, פס' 38–47; ת"א 7920/07 אסטרן, לעיל ה"ש 163, פס' 14.

לשולחן המחלוקת, שהוא אחראי לניהולו. מסקנתי היא כי בחלקה הגדול (בעיקר בחלק הפדופילי), הפרשנות מביאה להרחבת האיסורים הפליליים. הרכיב ההתנהגותי מפורש בהרחבה ולעתים הופך מפעולה פיזית מוכרת היטב למטפורה. הפרשנות המטפורית עשויה להתקשר לקושי להבין את האינטרנט; ולחלופין להתקשר לרצון להרשיע נאשם שביצע מעשה מכוער, גם אם לא בדיוק תואם את לשון האיסור. ההרחבה הטיפוסית של האיסור הפלילי היא בהחלתו על מצב שמזכיר באופן כלשהו את המקרה הקלאסי (הפרדיגמה) של העברה. צילום ילדים בחוף הים מזכיר לנו פדופיל, שמזכיר לנו פורנוגרפיה ילדים, שמזכיר לנו את סעיף 214 לחוק העונשין. שיחת מסנג'ר ובה אדם בוגר מאונן מול מצלמה או מבקש מילדה לגעת בעצמה מזכירה לנו סוטה שמתפשט מול ילדה או נוגע בה, מעשה מגונה. הדמיון האינטואיטיבי דוחף את התביעה ובהמשך לה את בית המשפט להרחבת גבולות העברה. אלא שגם אם הפרקטיקה של המשפט היא חיפוש אחר הקבלות, הרי האינטואיציה שלנו לגבי הזירה הדיגיטלית עשויה להטעות אותנו.¹⁶⁹ ובמצב שכזה, מסוכן במיוחד שהלשון הגלויה תאבד מכוחה לטובת התכלית הנסתרת. עקרון החוקיות והטוב שהוא בא להשיג הולכים ומתמסמסים. אין חדש בכך שאסור למערכת המשפט לקבוע איסורים מתוך אנלוגיה.¹⁷⁰ אך הלכה למעשה, פרשנות מרחיבה, שגם היא אינה חדשה,¹⁷¹ פרשנות שהופכת פיזיות לוירטואליות – היא איסור אנלוגי.

מי אחראי לכך? בראש ובראשונה המחוקק, ביצירת הגדרה בלתי-הדוקה של היסוד הפיזי. לעתים קרובות רכיב ההתנהגות רחב מדי, על שום הדרך שבה נכתב או פורש. כך, למשל, רכיב ההתנהגות בעברת החדירה לחומר מחשב פורש כך שאפילו לצד אחד הרכיבים הנסיבתיים (חומר מחשב) הוא עדיין מכסה התנהגות של מיליוני גולשים תמימים ביום. רכיב ההתנהגות בעברת ההחזקה של חומרי תועבה רחב או עמום מטבעו, בכך שהולך ומתרחק מהתנהגות וקרב לסטטוס (שליטה בדבר כהחזקה, שליטה וירטואלית בדבר כשליטה 'רגילה'). רכיב ההתנהגות בעברת פרסום חומרי תועבה ברור יותר מקודמיו, אך עדיין רחב מאוד וקל מאוד לביצוע, אולי קל מדי.

¹⁶⁹ ראו: Daniel E. Geer, Jr., *The Physics of Digital Law: Searching for Counterintuitive Analogies*, in CYBERCRIME: DIGITAL COPS IN A NETWORKED ENVIRONMENT 13, 13 (Jack M. Balkin et al eds., 2006).

¹⁷⁰ ראו דבריו היפים של השופט חיים כהן: "כלל גדול הוא דיני העונשין: 'אין עונשין מן הדין' [...] לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחוקק בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנלוגיה והגיון יכולים לעשות". ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973). כן ראו: לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 72.

¹⁷¹ ראו: לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 83; רבין וואקי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 111–112.

והקלות הבלתי-נסבלת של מעשה, אין פירושה קלות בלתי-נסבלת של הפללה. רכיב ההתנהגות בעברות המעשה המגונה חסר כל משמעות עצמאית ומוגדר באופן הרחב ביותר שיכול המחוקק להגדיר 'מעשה'. כפי שכינתיו קודם, זהו 'רכיב אוויר'. רכיב ההתנהגות בעברת המשחק האסור הוא 'השתתפות', וגם הוא חסר משמעות ממשית בלי הרכיב העוקב.

כשרכיב ההתנהגות נוסח מלכתחילה כדי לכלול בפוטנציה כל התנהגות שהיא, מתעצמת חשיבות הרכיב הנסיבתי לצמצום גבולות העברה. כשהרכיב ההתנהגותי כמעט חסר משמעות עצמאית במנותק מהרכיב הנסיבתי (החזקת משהו) – ומבחינה לשונית זה המצב לעתים קרובות – שומה עלינו להקדיש מאמץ רב להבהרת הנסיבה, בייחוד כשהיא מושא ההתנהגות, הפועל (החזקת תועבה, למשל). אם אסור לחדור לחומר מחשב בנסיבות מסוימות, מוטב לכולנו לדעת מהן הנסיבות הללו. אם אסור לעשות מעשה במטרה לבזות מינית אדם אחר, מוטב לכולנו לדעת באילו מעשים מדובר, שאחרת כל שנישאר עמו הוא איסור שכולו כוונות רעות. אם אסור להשתתף במשחק, מוטב שנבין היטב את הנסיבות שבהן המשחק אסור.

אם המעגל החיצוני הוא אדיר היקף, חשיבות המעגל הפנימי **מכרעת** עבור החירות האנושית. אלא שלא אחת כפי שמעגל זה מפורש, הוא אינו עושה עבודה משמעותית במיוחד. הרכיב 'שלא כדין' עמום לחלוטין ומותר שיקול דעת אינסופי כמעט לרשויות התביעה ובהמשך להן לבית המשפט. האשמה רובצת על המחוקק. מנגד, הרכיבים 'בפני אדם' או 'באדם' ברורים יותר, אך מפורשים כדי לכלול את כל מי שעושה מעשה מכוער על רקע מיני. זה סביר והגייוני שהמחוקק ישתמש גם ברכיבים שכשלעצמם הם רחבים מאוד, 'רכיבי פלסטלינה'. אבל ככל שרבה חשיבותו של רכיב נתון, גדלה הסכנה בעת שהוא גמיש לחלוטין ויוצר 'עברת ענן'. בין הרכיבים, חשוב מכול שהרכיב ההתנהגותי יהיה קשיח יחסית. ואם אינו כזה אפילו בהצמדה לנסיבת המושא, על יתר הרכיבים הנסיבתיים (או התוצאתיים, אם יש) להשלים את מלאכת החישול ולאפשר 'מוצר' – איסור – ברור וחד יחסית. מלאכת החישול מוטלת בראש ובראשונה על המחוקק, ויש לתת משמעות דווקנית לכל מילה שנבחרה וגם לזו שלא נבחרה. אם בחר המחוקק ברכיב הנסיבתי 'שלא כדין', לא תוכל הפרשנית להמירו באופן גורף ברכיב 'ללא היתר', גם אם יש אזורי דמיון והשקה בין אלו. **תכלית האיסור אמורה לשמש לצמצום לשון רחבה מדי, ולא להרחבת לשון עמומה מדי.**¹⁷² כפי שזה נראה, 'נשק' הפרשנות התכליתית נשלף כמעט אך ורק לשם הרחבת מעגל האחריות הפלילית, במקום לעשות את תפקידו הראוי ולהביא לצמצום האחריות. עליו להתיר ללשון לסמן את המעגל העיקרי ואחריו כל סימון רק יצר את המעגל ולא ירחיבו. למשל, פרשנות תכליתית ביקורתית יותר לאיסור החזקת חומרי תועבה עשויה לצמצמו, בהנחה שתכלית האיסור אינה – כפי שכתבתי בבוטות – תפיסת פדופילים.

¹⁷² ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 146, בעמ' 166, 184–185.

לחלופין, נדרשת פרשנות שתצמצם את האיסור הוותיק והטעון חשיבה מחדש על הימורים. גם כשהחוק עצמו נוגע למידע, ולכאורה ניתן להחלה פשוטה בהקשר טכנולוגי חדש, יש להחילו בזהירות מרובה, בוודאי בשלב שבו המדיום אינו מוכר היטב לכל שופטת ותובע, ובמצב שהמדיום עצמו משתנה בלי הרף. האם בעידן האינטרנט יצירה של איסור פלילי חדש או הרחבה של איסור ישן הן בלתי-נמנעות?

2 משפט פלילי ואינטרנט

למשפט יחסים מורכבים עם טכנולוגיה: התאמה אנושית של הסביבה לצרכים שימושיים, תמרון של העולם הפיזי, הביולוגי או הלוגי למטרות אנושיות.¹⁷³ טכנולוגיה כשלעצמה אינה טובה או רעה, אלא פשוט משנה את התמונה, ביצירת אפשרויות ומגבלות. כך במבט באדם למול גורמים שונים המסדירים את התנהגותו, שהטכנולוגיה היא אחד מהם.¹⁷⁴ כך גם במבט במדינה: הטכנולוגיה עשויה לשנות את הבעיות שעמן על המשפט להתמודד (שינוי מטרה), ומנגד – לשנות את טווח התגובות הנגיש עבור בעיה ותיקה או חדשה (שינוי אמצעים).¹⁷⁵ יתרה מזו, המשפט עשוי להשפיע על התפתחות הטכנולוגיה במישרין ובעקיפין.¹⁷⁶ החוק עשוי להגיב על התפתחות טכנולוגית מאיימת או לחלופין לעודד שימוש בטכנולוגיה.¹⁷⁷ הטכנולוגיה מאתגרת את המשפט, ויש שיגידו שהיא יוצרת בהכרח משפט חדש נוכח

¹⁷³ Arthur J. Cockfield, *Towards a Law and Technology Theory*, 30 MAN. L.J. 383, 384 (2004); Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145, 1156 (2000).

¹⁷⁴ הטכנולוגיה היא חלק מהארכיטקטורה. שלושת המסדירים האחרים במודל המפורסם של לסיג הם המשפט, הנורמות החברתיות והשוק. ראו: Lawrence Lessig, Code – Version 2.0 121–137, 340–345 (2006) <http://codev2.cc/download+remix> בנוגע לאינטרנט ראו: הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6, החל מעמ' 120. למודל חלופי של גורמי הסדרה: המשפט, הטכנולוגיה והערכים, ראו: מיכאל ד' בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 169, 220–221 (שי לביא עורך, 2003).

¹⁷⁵ ראו: Joseph W. Dellapenna, *Law in a Shrinking World: The Interaction of Science and Technology with International Law*, 88 KY. L.J. 809, 881 (2000); וכן: Cockfield, לעיל ה"ש 173, בעמ' 386. קוקפילד כתב שהטכנולוגיה עלולה לערער אינטרסים וערכים חשובים שהחוק מבקש להגן עליהם. בד בבד, ככל שחיינו נשזרים בטכנולוגיה, כך גדלה השפעתה על הערכים, הנורמות, האינטרסים והתרבות שלנו. שם, בעמ' 383, 385.

¹⁷⁶ ראו: ניבה אלקין-קורן "כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע ברשת" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 223, 224–225 (שי לביא עורך, 2003).

¹⁷⁷ ראו: Cockfield, לעיל ה"ש 173, בעמ' 399–400.

הצורך בהסדרתה ובהסדרת השפעתה; כך באופן כללי וכך בוודאי באינטרנט.¹⁷⁸ יחסי משפט וטכנולוגיה נראים מעניינים במיוחד במדיום השיל לכאורה.¹⁷⁹ הארכיטקטורה של האינטרנט בנויה מטכנולוגיה;¹⁸⁰ והטכנולוגיה היא במרכז בימת האינטרנט, המקום בו "הקוד הוא החוק/המשפט".¹⁸¹ לחוק שפע אפשרויות פעולה כדי להתמודד עם אתגרי האינטרנט. החוק יכול להסדיר את העולם המקוון במישורין ולחייב התאמות בתכנה, בסטנדרטים ובחומרה,¹⁸² לקודד בחירה פוליטית ולעצב את הקוד.¹⁸³ ניתן להטיל את האחריות לכך על גורמים מגוונים,¹⁸⁴ כמו מתווכים שונים,¹⁸⁵ שתמיד קיימים בנוגע לאינטרנט.¹⁸⁶

¹⁷⁸ ראו: יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" **משפט וממשל** ו 353, 354–353 (2003).
¹⁷⁹ גרינליף הדגיש שהארכיטקטורה האינטרנטית היא כמעט כולה מעשה ידי אדם, להבדיל מזו של החלל הפיזי שרק חלקה מעשה ידי אדם. ראו: Graham Greenleaf, *An Endnote on: Regulating Cyberspace-Architecture vs. Law?*, 21 U.N.S.W. L. J. 593, note 46 (1998) Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, 506 (1999) Shapiro, לעיל ה"ש 42.

¹⁸⁰ תפקיד הארכיטקטורה של האינטרנט נדון בספרות המשפטית בנוגע למגוון שדות רחב. לפירוט כתיבה בתחומים האמורים ראו: Lawrence B. Solum & Minn Chung, *The Layers Principle: Internet Architecture and the Law*, 79 NOTRE DAME L. REV. 815, 824–826 (2004).

¹⁸¹ מימרה זו מיוחסת ללסיג, אך היה זה מיטשל שתייג את האינטרנט כ'עיר של ביטים' וכתב שבמקום כזה קוד הוא חוק. ראו: WILLIAM J. MITCHELL, *CITY OF BITS: SPACE, PLACE, AND THE INFOBAHN* 111 (1995) LAWRENCE LESSIG, *CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE* 5–6 (1999) Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 569–581 (1998) R. Wagner, *On Software Regulation*, 78 S. CAL. L. REV. 457, 459 (2005).

¹⁸² ראו: Greenleaf, לעיל ה"ש 179, ליד ה"ש 46; וכן: David S. Wall, *Digital Realism and the Governance of Spam as Cybercrime*, 10 EUROPEAN JOURNAL ON CRIMINAL POLICY AND RESEARCH 309, 323–327 (2004).

¹⁸³ ראו: Lawrence Lessig, *The Constitution of Code: Limitations on Choice – Based Critiques of Cyberspace Regulation*, 5 COMMLAW CONSPECTUS 181, 184 (1997) Lessig, לעיל ה"ש 179, בעמ' 516–515; Lawrence Lessig, *The Charles Green Lecture: Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance*, 74 CHI. KENT. L. REV. 1405, 1408 (1999) Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J.L. & TECH. 6 (2003) J.L. & TECH. 6 (2003) 9–12, 23, 135 (2006).

¹⁸⁴ ראו: Reidenberg, לעיל ה"ש 181, בעמ' 583; Joel R. Reidenberg, *States and Internet Enforcement*, 1 U. OTTAWA L. & TECH. J. 213, 223–224 (2003–2004).

¹⁸⁵ להרחבה ראו: Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet*

יש דרכים רבות לנסות להילחם בפשע המקוון שלא באמצעות הדין הפלילי.¹⁸⁷ אך גם הדין הפלילי הוא דרך לגיטימית ותקפה¹⁸⁸ להילחם בנזקים מקוונים. למיטב ידיעתי, כיום כבר איש אינו טוען כי האינטרנט הוא ממלכה שבה אין תחולה למשפט,¹⁸⁹ ובכלל זה למשפט הפלילי. איני מניח ואיני מבקש להניח דטרמיניזם טכנולוגי בכלל או בקשר לאינטרנט בפרט.¹⁹⁰ מנגד, קשה לגרוס שהמשפט אדיש לאינטרנט ויש להחיל את חוקיו כרגיל, כאילו מדובר באותה גברת באותה אדרת.¹⁹¹ וכך גם בנוגע למשפט הפלילי. אין לאינטרנט חסינות ואין לגולשיו חסינות מפני העמדה לדין. ניתן לייצר עבור האינטרנט איסורים חדשים ומיוחדים,¹⁹² וניתן גם

Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link, 155 U. PA. L. REV. 11, 14–16, Lawrence Lessig & Paul Resnick, *Zoning Speech on the Internet: A* 27 (2006) כן ראו: Assaf Hamdani, *Legal and Technical Model*, 98 MICH. L. REV. 395, 410, 413 (1999); *Who's Liable for Cyberwrongs?*, 87 CORNELL L. REV. 901, 911 (2002); Ronald J. Mann & Seth R. Belzley, *The Promise of Internet Intermediary Liability*, 47 WM. & MARY L. REV. 239, 247, 267–268 (2005); Jonathan L. Zittrain, *Internet Points of Control*, 44 B.C. L. REV. 653, 659, 669 (2003); Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Providers Accountable*, 14 SUP. CT. ECON. REV. 221, 228–230, 257 (2006).

186 ראו: Jack Linchuan Qiu, *Virtual Censorship in China: Keeping the Gate between the Cyberspaces*, 4 INT'L J. 4 COMM. L. & POL'Y 1, 2 (1999–2000); JACK GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? ILLUSIONS OF A BORDERLESS WORLD 68–75 (2006).

187 ראו: הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6. שם הוקדש פרק 3 לבחינה מופשטת של חלופות הפללה באינטרנט.

188 ברנר הסיקה שמודל האכיפה המסורתית אינו יכול להתמודד ביעילות עם העברות הממוחשבות. Brenner, לעיל ה"ש 1. קוזלובסקי טען שלחקירה והעמדה לדין יש תפקיד זניח באינטרנט. ראו: Kozlovski, לעיל ה"ש 1, בעמ' 108.

189 הקולות המעניינים שנשמעו באמצע שנות התשעים דעכו, וכעת ברור שממשלות מסדירות את האינטרנט. ראו: הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 158–162. השוו: Joel R. Reidenberg, *Technology and Internet Jurisdiction*, 153 U. PA. L. REV. 1951, 1952, 1960 (2005).

190 כדברי ריידנברג: למדינה תמריץ לבכר עליונות של המשפט על פני דטרמיניזם טכנולוגי. ראו: שם, בעמ' 1974–1971.

191 השוו: מיכאל ד' בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" **פתוח"ח** 5, 173, 177, 183–186 (2003); בירנהק "משפט המכונה", לעיל ה"ש 64, בעמ' 318 ואילך; מיכאל ד' בירנהק "חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית" **פוליטיקה** 13, 101, 102–103 (2005).

192 ואיני טוען שנדרש ענף משפטי חדש לגמרי. לזיכרון הקלאסי אם דיני האינטרנט הם גרסה שונה למשהו מוכר, 'דיני הסוס' או שמא נדרש דין מיוחד עצמאי ראו מצד אחד את איסטרברוק בקצרה ואת סומר באריכות: Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 207, 208–209 (1996) U. CHI. LEGAL F. 207, 208–209; Sommer, לעיל ה"ש 173; ומן הצד האחר את

לנסות להחיל איסורים קיימים. מנגד, אין זאת אומרת שיש לחוקק חוקים או לפרש את החוק בלי הבנה של המדיום, ובוודאי שאין לפרוש את מילותיו הרחק מעבר לגבול הלשון הטבעית.

3 חקיקה פלילית ואינטרנט

האפשרות הראשונה ולכאורה הרצויה היא חקיקה מיוחדת שתותאם עבור האינטרנט. חקיקה כזו עשויה לתפור חליפה הולמת למידותיו של האינטרנט – שאינה רחבה או צרה מדי, שצבעיה הולמים את הלובר, וזאת, לאחר שיערוך המחוקק תהליך רציני ומורכב שבו ישקול את מלוא שיקולי ההפלה. האיסור יתחשב בנורמות החברתיות והכלכליות ובארכיטקטורה של הרשת. מדוע המחוקק אינו נוקט אפשרות זו? מטפורה מוכרת היטב היא שהמשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט מפגר אחרי הטכנולוגיה,¹⁹³ אולי אפילו 'פיגור כפול'.¹⁹⁴ היו שכתבו שחקיקה היא תהליך אטי ומעייף וטכנולוגיה משתנה במהירות אדירה, ופער הזמנים מקדם חוסר ודאות בקשר לזכויות ומחויבויות משפטיות; ייתכן אף שרפורמה משפטית לא תתאים עד שישומי הטכנולוגיה יובנו כהלכה.¹⁹⁵ מנגד, אפשר שהקושי אינו בטכנולוגיה, אלא באופי המשתנה של החברה והמשפט.¹⁹⁶ כך או כך, בין שהמחוקק טרם מצא את החוק המתאים ובין שטרם חיפש, בוודאי כיום אין חקיקה שיטתית של איסורים על התנהגות מקוונת. למעט תיקונים ספוראדיים מעטים בחוק העונשין, חוק המחשבים מבטא את תשומת הלב המפלילה השיטתית האחרונה שקיבל העידן הממוחשב. יש

עמדת לסיג: Lessig, לעיל ה"ש 174, בעמ' 502. גם בלי להכריז על ענף משפטי חדש, המשפט מסדיר טכנולוגיות שונות בחקיקה פרטנית, למשל ביחס לטלפון.

¹⁹³ ראו: Reidenberg, לעיל ה"ש 181, בעמ' 586; Rustad, לעיל ה"ש 28, בעמ' 86, 97; Douglas

Lichtman, *How the Law Responds to Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 215 (2005)

¹⁹⁴ סומר גרס כי פרקטיקות חברתיות מטמיעות טכנולוגיה, ואז המשפט מטמיע את הפרקטיקות החברתיות. מכך גזר קושי רב בחיזוי השפעת הטכנולוגיה על המשפט, רב אף מחיזוי השפעתה על השווקים או על פרקטיקות חברתיות אחרות. ראו: Sommer, לעיל ה"ש 173, בעמ' 1149, 1154-1157, 1161.

¹⁹⁵ ראו: Cockfield, לעיל ה"ש 173, בעמ' 403.

¹⁹⁶ פלדמן דחתה את הסברה שהבעיות בממשק שבין חוק ומדע נובעות מהאופי המשתנה של **המדע**. לדידה, הבעיות העמוקות ביותר באות דווקא מהאופי המשתנה של **החוק**, שמטבעו מתפתח וסתגלן. חרף המסה הגדולה של חוקים ופסקי דין, בתי המשפט מעומתים בהתמדה עם נסיבות וסוגיות משפטיות חדשות: מצד קבוע של שינוי טכנולוגי וחברתי מבטיח זרם קבוע של סוגיות חדשות. המשפט ממשיך להתחדש, גם משום שהחוק עצמו מניע התנהגות ומניע טיעונים משפטיים לעבר אזורים חדשים. שביל המשפט יוביל באופן בלתי נמנע אל החדש. אמנות הדין היא להסתגל לנסיבות המשתנות במסגרת של מה שהיה בעבר. ראו: Robin Feldman, *Historic Perspectives on Law & Science*, STAN. TECH. L. REV. 1, sec. 4-5, 84-90 (2009).

לזכור שהיה זה בשנת 1995, בעידן ממוחשב אחר לגמרי, לא ממש עידן מקוון בישראל. חוק המחשבים ממחיש עד כמה מהר יכולה חקיקה מיוחדת לאבד חלק משמעותי מתוכנה ומהגיונה, כאשר עברה מרכזית בו, הדירה לחומר מחשב שלא כדון, כוללת רכיבים שלפי הפרשנות כיום כוללים כל גולש בישראל בכל שעה, ורכיב אחד שאינו אומר דבר לאיש. האם פירוש הדבר שחקיקים ספציפיים אינם רצויים בנוגע למדיום דינמי כל כך, בכך שהם נוטים להתיישן מהר?¹⁹⁷ איני בטוח. וגם אם חיקוק מתיישן ואינו מצליח לכלול סוגי מצבים שלא נצפו, איני בטוח שמדובר באסון כבד, ואני בטוח שאין מדובר באסון ארוך טווח. למחוקק שמורה תמיד האפשרות לעדכן את החקיקה.¹⁹⁸ אכן, לפרקליטות ולבתי המשפט קשה להתאפק, משום שהפרשנות התכליתית מאפשרת את מימוש חוש הצדק הפרטי שלהם, שפעם אחר פעם גובר על עקרון החוקיות.¹⁹⁹ אפילו בשדה האזרחי לעתים קשה לבתי המשפט להתאפק כשהם רואים בעיה חוזרת שאינה מטופלת בחוק, ומחליטים לייצר פתרון. אך האיפוק ראוי,

¹⁹⁷ מזמן כתב לי שדי בשנה אחת לאבדן ההבנה בנוגע לאינטרנט, שמשנתה במהירות מדהימה ומציב לחוק בעיה 'פשוטה': לשמור על הקצב: Edward Lee, *Rules and Standards for Cyberspace*, 77 NOTRE DAME L. REV. 1275, 1279 (2002). ראסטאר כתב שהשתרכות משפטית אחר הפשע המקוון היא בלתי-נמנעת, משום שהחוק אינו יכול לעמוד בקצב התפתחות האינטרנט: חוקים פליליים הופכים במהרה מיושנים לנוכח שינויי הטכנולוגיה. ראו: Michael L. Rustad, *Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier*, 11 S. CAL. INTERDIS. L.J. 63, 115 (2001). האוול סברה שחוק מוכוון אינטרנט יוכל לספק אזורה הוגנת לאזרח וכן לשמש מדריך לרשויות האכיפה; וגם אם זה יצריך מאמץ בלתי-נלאה לעדכן את החוק בקצב הטכנולוגיה, קצב חקיקה אטי אינו חיסרון, באפשרו להגדיר היטב את הבעיה ואת הפתרון. ראו: Beryl H. Howell, *Real-World Problems of Virtual Crimes*, in CYBERCRIME: DIGITAL COPS IN A NETWORKED ENVIRONMENT 87, 87, 98 (Jack M. Balkin et al ed., 2006).

¹⁹⁸ לפירוש תהליכי ההפללה המקוונת בארצות-הברית ראו: Kozlovski, לעיל ה"ש 1, בעמ' 32-36. להצבעה על צורך בתיקונים שונים בקוד הפלילי האמריקני (שבשונה מהקוד הפלילי הישראלי, רחוק מלהיות דל בעדכוני חקיקה הנוגעים לאינטרנט), בנוגע לחוקי דואר זבל, דיוג ועוד, ראו: Charlotte Decker, *Cyber Crime 2.0: An Argument to Update the United States Criminal Code to Reflect the Changing Nature of Cyber Crime*, 81 S. CAL. L. REV. 959 (2008). דקר סיכמה שהאינטרנט משנה צורה בלי הרף ובלתי-אפשרי לחזות את האופי וההיקף של קשת האפשרויות כיום ובעתיד לפשע המקוון. המחוקק חייב ללמוד את האופי של האינטראקציות הממוחשבות ולהתאים את החוק להתמודד עם הסיכונים מרגע התבהרותם. שם, בעמ' 1015-1016. לאחרונה קראה השופטת ד"ר אבניאלי מבית המשפט המחוזי למחוקק להתעורר ולעדכן את החקיקה כדי להגן על ילדים מהסכנות הטמונות ברשת האינטרנט, משום שהוראות החוק הקיימות אינן מספיקות לשם כך. ראו: תפ"ח (מחוזי ת"א) 32318-06-10 מדינת ישראל נ' סרנגה, תק-מח (2)12, 16814, בעמ' 22 (2012).

¹⁹⁹ על האקטיביזם השיפוטי בשדה הפלילי ראו אסף הרדוף "מדוע הציבור והכנסת אוהבים אקטיביזם" *עורך הדין* 15, 86 (2012).

בייחוד כשהשאלה שעל הפרק רחבה ומורכבת.²⁰⁰ פרשנות תכליתית של בתי המשפט מאיינת את ההכרח, הצורך והדחף המעשי בחקיקה חדשה. לעקרון החוקיות יש מחיר, ואם אין לו מחיר, כי אז אין לו משמעות. והמשמעות היא שלא לכל מקרה יש מענה הולם בחוק הפלילי הקיים. כרגע, איננו משלמים מחיר ערכי של זיכוי אנשים שפלים שלא מילאו אחר מלוא יסודות העברה. רק מחיר כזה עשוי להעיר את המחוקק מתרדמתו. אלא שכאן מוצא עצמו האקטיביזם השיפוטי בזירה נוחה מבחינה ציבורית. הציבור ודאי אינו שמח לזיכוי אדם שפל אך משום שהדבר מתבקש מטעמים עיוניים בדיני העונשין; גם בית המשפט אינו שש לזכות

²⁰⁰ ראו את דעת הרוב בבית המשפט העליון בעניין חשיפת פרטי גולשים, שהפכה פסיקה של ערכאות נמוכות רבות, נוכח היעדר חקיקה מתאימה (בדעת יחיד הציע השופט רובינשטיין למצוא דרך יצירתית להגיע לצדק). המשנה לנשיאה ריבלין כתב: "שיתת משפט אחראית מחויבת לכך שבהגיענו לנקודה מסוימת לא יהא ניתן עוד להתקדם מבלי התערבות חקיקתית [...] כשלעצמי, אני חש כי גם הפעם הזו, עלול בית המשפט לעבור את המידה הראויה, להשיג גבולם של אחרים, להכיר ביצירת 'משפט מקובל' בפסקי דין שאינם תקינים – והכול ללא אחיזה בחוק ובחקיקת המשנה – חקיקה שהמחוקק עצמו ער לה, עוסק בה ומתחבט בה." פרשת מור, לעיל ה"ש 168, פס' 29 ו' 37 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. וראו שם גם את פסק הדין הקצר והמאלף של השופט לוי: "חסר זה מקורו [...] בפיגורו של הדין החוקק אחר המציאות הטכנולוגית. וכידוע, אין זו הסוגיה היחידה הקשורה ברשת האינטרנט ונדרשת להסדר חקיקתי, אשר ככל שיקדים לבוא כן ייטב. אולם, אותו הסדר מחייב התייחסות למכלול רחב של פרמטרים. השלכותיו רבות, והן משתרעות הרחק מעבר לגדרה של השאלה העומדת לדיון [...] אין אלו סוגיות ההולמות את קביעתם של הסדרים ראשוניים בהלכה פסוקה. תפקיד המחוקק הוא, ויש להניח כי זה ירים את הכפפה ויפעל להשלמת הטעון השלמה בהקדם." מקץ שנתיים האפיפק השיפוטי של המשנה ריבלין עצמו קרב לקצו, בפרשה דומה שעניינה חשיפת גולש המפר זכות יוצרים: "מסכים אני עם חברי השופטים [...] כי בהיעדרה של חקיקה, לאורך זמן, ראוי יהא לעצב תרופה שיפוטית למכת ההפרה [...] מוסכם על כולנו כי בהיעדר פתרון חקיקתי ראוי יהא לפתח פתרון משפטי באשר לדין המהותי והצענו פתרונות אפשריים." ראו: ע"א The Football Association Premier League Limited 9183/09 נ' פלוני, תק-על 21(2) 2608, פס' 31, 34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2012). ראו גם את דברי השופט מלצר, שם, פס' 5, 10: "ידוע הוא שהטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים חדשים [...] עם זאת למחוקק יש, כמובן, עדיפות בגזרה זו, שכן הוא מצויד בכלי המחקר הנדרשים ובאפשרות לראיה כוללת, תוך מתן הזדמנות לרשות המבצעת ולכל שאר הנוגעים בדבר להשמיע קולם בעת הליך החקיקה. דא עקא שלעתים החקיקה מתמהמהת ומנגד הצרכים דוחקים ואז למערכת המשפט אין ברירה אלא להכנס לזירה בדרך של גיבוש 'משפט מקובל – תוצרת הארץ'. [...] העולה מכל המקובץ מלמד שאם בתקופה הקרובה לא תקורם חקיקה מתאימה, הרי שהמערכת תוכל, לשיטתי, להגיש תביעה חדשה, תוך הכנסת תיקונים ושינויים נדרשים." ולבסוף, ראו את המסר הנחרץ למחוקק שיתעורר, עליו חותמים שלושת השופטים: "מוסכם על כולנו כי על המחוקק לדאוג לכך שלא לעולם חוסן, וכי ניתן יהא להיפרע ממעולים כמו פלוני ושכמותו. בהיעדר חקיקה נידרש לפיתוח ההלכה המשפטית כמתואר בפסק דיננו".

אדם שפל. לא אכנס כעת לדיון הכללי על אקטיביזם שיפוטי. אציין רק זאת: לא מן הנמנע שהציבור אוהד אקטיביזם שיפוטי (כלי להבין שבכך מדובר) מהסוג שמיישם בית המשפט בדיני עונשין ובהקשרים אחרים. האקטיביזם בדיני העונשין אינו בהכרח נופל מזה שבמשפט החוקתי ואפשר שאף עולה עליו. אולם מכיון שהוא אינו על חשבון אינטרס פוליטי (ימין ושמאל, ביטחון וכדומה), אלא על חשבון עיקרון אקדמי (עקרון החוקיות) ועל חשבון נאשמים שפלים, אין מי שיצא להתכתש נגדו. וכך, **באפס מעשהו**, המחוקק מעודד את בתי המשפט לפרשנות תכליתית מרחיבה שסותמת פרצות בחוק בשיטת טלאי על טלאי, **מרגיל אותם לאקטיביזם**. מנגד, הפרשנות המרחיבה מונעת את הדחיפה לשינוי החוק בהליך שיאפשר דיון מורכב, עשיר וכללי שיפיק תוצר ברור, חד ומדויק, בעל תגית הולמת²⁰¹ ומעט יותר ודאות, גם אם בעתיד יידרשו תיקונים נוספים, באשר אין חוק שיכול לקלוע לכל עתיד אפשרי. לעתים **יצירתיות שיפוטית מונעת מאתנו חוקים טובים יותר**; כך באופן כללי וכך בנוגע לאינטרנט. העובדה שהמחוקק כמעט מתעלם מדיני העונשין באינטרנט אין פירושה שעליו לעשות כן. אך כל עוד יעשה כן, מלוא המשקל יונח על שאלת הפרשנות.

4 היסוד הפיזי המקוון: שיקולי פרשנות

הניתן להתוות שיקולי פרשנות עיקריים בנוגע לשאלות של דיני עונשין באינטרנט? דומני שראוי לנסות לעשות כן, כדי לשפוך מעט אור על סוגיות עתידיות ולסייע ולו במעט לבתי המשפט המתמודדים עם שאלות מורכבות, חדשניות וקשות. אציע כמה שיקולים בלתי-ממצים (שבשינויים מחויבים עשויים לסייע גם בנוגע לפרשנות איסור בקשר לחלל הפיזי).

(א) לשון

נקודת המוצא בפרשנות כל חוק, ודאי בפרשנות איסור פלילי, היא לשונו. בכל הכבוד לרעיון הפרשנות התכליתית, החוק הוא לשון ולא תכלית. עם הצגת חידוש טכנולוגי, כלכלי או חברתי – גובר הפיתוי למהר ולהיזקק לפרשנות התכליתית. אך זו שעונה על הלשון ואינה באה במקומה או לפניה. אין לחשוש מזיכוי משום שהחוק אינו מתאים. כאמור, **ללא זיכויים כאלו, לא יתוקן החוק**, משום שלמחוקק נוח שמישהו מטליא עבורו את כל הקרעים במלבושים שתפר. זיכוי בגין חוסר התאמה של החוק אינו אסון. הוא בסך הכול התרעה עבור המחוקק שמצביעה על כך שהגיע הזמן

²⁰¹ ראו: הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס", לעיל ה"ש 62.

לתיקון.²⁰²

בנוגע לטכנולוגיה המקוונת המורכבת והדינמית כל כך, בנוגע לעולם רחב ועשיר שקשה לנו לתפוס משום שאין לו צורה פיזית, חשוב שבעתיים להקפיד על הפרשנות המילולית ולא המטפורית. איני גורס שמטפורה אינה כלי מועיל או שאסור להישען עליה בנוגע לאינטרנט.²⁰³ מטפורה היא כלי מועיל, ברתמה דמיון קיים לבעיה שעמה אנו יודעים להתמודד. אך פרשנות מטפורית של היסוד הפיזי בדיני עונשין היא צעד שסותר את הרעיונות הבסיסיים שמשקף עקרון החוקיות. אם נדלג מפרשנות מילולית לפרשנות מטפורית, אנו עלולים לכלול לא רק את שהמחוקק לא העלה בדעתו בעת החיקוק, ולא רק את שהמחוקק המתמהמה טרם החליט לכלול, אלא גם התנהגות שהמחוקק כיום לא היה מסכים לכלול או לתייג באותו אופן. ובכל הכבוד וכפי שכבר נכתב, שלטון החוק אינו שלטון בתי המשפט. כאשר מונחים המתוארים בלשון החוק הופכים אצל הפרשנים מפיזיים לוורטואליים, שלטון החוק הופך וירטואלי אף הוא.

(ב) תכלית

לאחר הלשון, מגיע תורה של התכלית. התכלית מוסקת מהלשון המופשטת של החוק ולא מהמקרה הספציפי. התכלית אינה תחושת בטן שלפיה מגיע לנאשם עונש, והיא אינה אינטואיציה שמעשהו מזכיר באיזשהו אופן את הפרדיגמה של העברה.²⁰⁴

²⁰² בשלב מוקדם בהיסטוריה המקוונת האמריקנית, העמדה לדין בגין פשעי מחשב התבססה במידה רבה על חקיקה קיימת: הונאה בדואר, גנבה, פריצה והסגת גבול. בתי המשפט לעתים יצרו פיקציות משפטיות והענישו ללא הדרכה מראש. לאחר תוצאות בלת-מספקות שהביאו העמדות לדין על בסיס איטורים מהחלל הפיזי, החל המחוקק החל להגדיר פשעים שהתייחסו לסוג הפעילות החדש. ראו: Aaron Burstein, A Survey of Cybercrime in the United States, 18 BERKELEY TECH. L.J. 313, 315–316 (2003), לעיל ה"ש 53, בעמ' 1604–1613. ברנר כתבה שחדירה למחשב מקבילה להסגת גבול פיזית, פיצוח מקביל לפריצה והפצת וירוס עשויה להקביל לוונדליזם. גם אם ניתן להעמיד לדין תחת העברות הישנות, השוני בסביבה מצדיק הגדרת עברות חדשות. ראו: Susan W. Brenner, *Distributed Security: Moving Away from Reactive Law Enforcement*, 9 INT'L J. COMM. L. & POL'Y 11 (2005).

²⁰³ בנוגע לשאלות של אכיפה מקוונת, תקף קר גישות שונות שהועלו בספרות כפתרונות לפשע המקוון: הישענות כבדה על מטפורות וירטואליות כרוכה בסיכון של הישענות על הנחות מהחלל הפיזי שמתפוררות באינטרנט. ייבוא תפיסות מהחלל הפיזי לוורטואלי כרוך בסיכון של עודף-ייבוא והמטפורות מערפלות את האופן שבו מתרחשים פשעי מחשב במקום לשפוך עליו אור. ראו: Orin S. Kerr, *Virtual Crime, Virtual Deterrence: A Skeptical View of Self-Help, Architecture, and Civil Liability*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 197, 199, 202–203 (2005).

²⁰⁴ בית המשפט המחוזי המיר הרשעה בזיוף רישיונות נהיגה, תעודות זהות ודרכונים להרשעה בניסיון לזיוף, לאור פרשנות תכליתית מצמצמת שלפיה הזיוף אינו מושלם במחשב אלא לאחר

מלאכת חיפוש התכלית היא מורכבת מאין כמוה, ולא זה המקום להרחיב עליה. אך דומני שמבחן צרות-היתר שהזכרתי במקום אחר עשוי לעזור לחידודה; תכלית רחבה מאוד אינה כזו שאיסור פלוני יכול להגשים, ואין לומר על חוק שיש לו תכלית שאין לו כל סיכוי להגשים.²⁰⁵

לאחר עמידה מופשטת על התכלית, שחייבת לשכנע בלי כל קשר למקרה של הנאשם, יש לבחון אם התכלית מתקיימת בנסיבות המקרה. כאן יש להכיר היטב את מאפייני המדיום והזירה, שכמובן עשויים להיות חשובים גם לפרשנות הלשונית. אם הטכנולוגיה מאפשרת העתקה ללא עלות, אם השוק מעודד כלכלת מתנה, אם הנורמות החברתיות מקדמות שיתופיות – כל אלו עשויים להיות שיקול בפרשנות עברה. למשל, אם הסקנו באופן מופשט שתכלית איסור החזקת חומרי תועבה היא עצירת המודל העסקי של ייצור חומרי תועבה, הרי שבמצב שהנאשם הוריד את החומרים דרך תכנת שיתוף – וכך לא רק שלא תרם למודל העסקי, אלא פגע בו (לפי ההיגיון של הטיעון מכיוון זכויות יוצרים) – אין להרשיעו. לחלופין, אם תכלית האיסור היא תפיסת דפופילים, ברי שהיא מתקיימת גם במצב כזה.²⁰⁶ מאפייני המדיום חיוניים כדי לקבוע אם במצב שבו לשון החוק התגשמה, גם תכליתו מתגשמת.

(ג) ערכי המדיום

מאפייני המדיום הם חלק הכרחי בפרשנות התכליתית ולעתים גם הלשונית. ערכי המדיום הם משהו אחר. אמנם למדיום, לטכנולוגיה ולחפצים אין ערכים – ערכים הם נחלתה של חברה בלבד; לאינטרנט אין ערכים – אך הוא מבטא ערכים, מקדם ערכים

הדפסה, שרק היא מאפשרת הטעיה בנוגע לסוג מסמכים זה. מאלפים דברי השופט אמיר שלפיהם אין ללכת שבי אחר סיסמאות כלליות של פרשנות מודרנית עכשווית המתאימה את הדין הישן לפעמי הקדמה, אלא יש לבחון את הדין במדויק, לשון ותכלית. צודק אמיר: התכלית נלמדת ממכלול נתונים, ולשון החוק היא ראשון שבהם. ראו ע"פ (מחוזי מרכז) 148-09-10 **פפיסמלוב נ' מדינת ישראל**, תק-מח 311(3) 5955 (2011).

²⁰⁵ למבחן צרות-היתר כחלק ממהלך ההפללה ראו הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 73-76; למבחן האמור ככלי בפרשנות איסור פלילי ראו: הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 13, פס' 4.1. להמחשה של פרשנות תכליתית מצרה בנוגע לצריכת זנות ראו: אסף הרדוף "הפרקטיקה של פסקת ההפללה: הצרה חוקתית של הדין הפלילי" **הסניגור** 4, 182 (2012).

²⁰⁶ בעבר נמצא שעברות פורנוגרפיות ילדים עשויות להיות אפילו סממן חזק יותר לפדופיליה מאשר תקיפה מינית של ילד. לא כל מנצל ילדים הוא פדופיל, משום שהוא עשוי לבחור בילד כפשרה; אך אנשים בדרך כלל בוחרים בסוג הפורנוגרפיה שמתאים להעדפתם המינית, ומעטים הלא-פדופילים שיבחרו פורנוגרפיות ילדים בלתי-חוקית. ראו: Michael C. Seto, James M. Cantor & Ray Blanchard, *Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia*, 115 JOURNAL OF ABNORMAL PSYCHOLOGY 610, 613 (2006).

ומדכא ערכים. אין לטעות: ערכים אינם נורמות חברתיות, גם אם יש קשר ביניהם. נורמות חברתיות הן נוהג קונקרטי שהפועל לפיו זוכה בתגמול או בגינוי קטנים או גדולים: למשל, פינוי מקום ישיבה לקשיש, או לחלופין השמת יד מול הפה בעת התעטשות.²⁰⁷ מנגד, ערכים הם רעיון מופשט שזוכה להוקרה: למשל, חופש הביטוי, פרטיות, אנונימיות, שיתופיות, אוטונומיה, הגשמה עצמית, יצירתיות, שקיפות. כל אלו נחשבים כיום כערכים שהאינטרנט מקדם. אין הם יכולים לקבוע אם מעשה של גולש פלוני הוא עברה או לא, להבדיל מהנורמות החברתיות שיותר קל להן להצביע על כך שמעשה שמקיים את רכיבי העברה הוא מעשה תמים, מה שממחיש שהאיסור נהיה רחב מדי עבור המציאות הטכנולוגית החדשה. ערכי המדיום אינם יכולים לפרוק ממשקו איסור שמתקיים מבחינה לשונית ותכליתית. מנגד, הם עשויים להקהות את עוקצו ולייצר צורך בפרשנות מצמצמת בבית המשפט או לחלופין להציג לתביעה שיקול שלא להעמיד לדין לנוכח היעדר עניין ציבורי.²⁰⁸ למשל, אם נדון איסור עמום, כהעלבת עובד ציבור,²⁰⁹ והעלבון האמור עולה מתגובת (טוקבק), ייתכן שמוטב להימנע מהעמדה לדין לאור חשיבות השיח המקוון ותרומתו לדמוקרטיה ולשקיפות. דומני ששיקול ערכי המדיום חשוב במיוחד עבור הפרקליטות מבעוד מועד יותר מאשר עבור בתי המשפט בדיעבד. ואך מובן שהוא חשוב עבור המחוקק.²¹⁰ מנגד, ברור שערכי המדיום, כמו מאפייניו, הם עניין בר שינוי ובר תמרון, גם אם לא קל למשפט לשנות ולתמרן ערכים ונורמות.²¹¹

(ד) חקיקה קיימת אחרת, ענישה ותיוג

שיקול נוסף שחשוב במיוחד עבור התביעה הוא שאלת האישום החלופי. מלאכת שיבוץ העובדות (שמצריכה בעצמה הפעלה של שיקול דעת ראיתי) לתוך סעיפי האישום קשה ומורכבת. אבל זו מלאכת התביעה, ועליה לעשותה היטב. אין להצדיק מגמה של דחיפה מראש לפרשנות תכליתית במקום ללכת על בטוח ולפנות לאיסור

²⁰⁷ להבנת שדה הנורמות החברתיות באופן כללי ראו: CHRISTINA BICCHIERI, THE GRAMMAR OF SOCIETY: THE NATURE AND DYNAMICS OF SOCIAL NORMS (2006). לסקירת שדה זה בקשר לאינטרנט ראו: הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 135–145.

²⁰⁸ ראו ס' 62 (א) לחסד"פ ופרשנותו בפסיקה: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 פס' 24–29 לפסק דינו של השופט ברק (1990); בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 1–6, 37–42 לפסק דינו של השופט לוי (2008).

²⁰⁹ בהקשר לא מקוון ראו: דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פדאור 11(71) 347 (2011).
²¹⁰ למשל, ניתן לגרוס שלאור העובדה שהאינטרנט צמצם או ביטל את המסננים המעשיים שהגבילו במשך זמן רב את ההפצה של רעיונות ומידע ואפשר סוגי תקשורת חדשים, ראוי לחשוב מחדש על איסורים פליליים קיימים. ראו: Brenner, לעיל ה"ש 73, בעמ' 275, 335 ואילך.

²¹¹ לתמרון משפטי כזה בקשר לאינטרנט ראו: הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 207–214.

שבבירור כולל את המקרה. ככלל, התביעה אינה צריכה לשאוף לייצר תקדימים, ובוודאי אינה אמורה לשאוף לכך בשעה שיש חקיקה אחרת שדי בה הן לצורכי הענישה והן לצורכי התיוג. רק במקרים חריגים, שבהם התיוג נושא חשיבות רבה במיוחד, למשל נוכח עניין ציבורי רחב בדיון, נוכח עונש מותנה קיים או נוכח רצון ברף ענישה שמתאפשר רק תחת הפרשנות המרחיבה, אפשר שמוצדק מהלך תביעתי מרחיב. כשסעיפי אישום אחרים חלים בבירור, סעיפים הגיוניים מבחינת התיוג וסבירים מבחינה עונשית – יש לפנות אליהם. ולעתים קרובות יש כאלו, משום שהחוק הפלילי רחב ונדיב ומכסה מצבים שונים ביותר משמיכה אחת. אמחיש בנוגע לתיקי המעשה המגונה שנדונו קודם לכן, שחלקם ניתנים לשיבוץ הולם והוגן בחקיקה קיימת אחרת וחלקם אמנם שובצו במקביל גם באיסורים אחרים.

פסקי הדין בפרשת חיים ובפרשת ליאור ממחישים היטב את האתגרים שעומדים בפני מערכת המשפט, ואת קושי המערכת לצלוח אותם. שניהם הורשעו על פי עובדות שספק אם מקימות את היסוד הפיזי של העברה. למקרא דבריי ניתן, אולי, לקבל את הרושם שלדעתי מעשיהם אינם מצדיקים עונש. אך לא זו טענתי. להפך: אם כבר, אני סבור שעונשיהם קלים מן הראוי. הנקודה שאבקש להדגיש אינה מתמקדת בענישה, אלא באחריות הפלילית, בעקרון החוקיות ובתיוג ההולם.

כמו מעשי משיח, גם מעשי חיים מתאימים הרבה יותר להידון תחת החוק למניעת הטרדה מינית. סעיף 3(3) לחוק מגדיר הטרדה מינית כהצעות חוזרות בעלות אופי מיני המופנות לאדם שהראה למטריד שאינו מעוניין בהן; סעיף 3(4) מגדיר כהטרדה מינית גם התייחסויות חוזרות כלפי אדם המתמקדות במיניותו של אדם שהראה למטריד שאינו מעוניין בהתייחסויות אלו; ואילו סעיף 3(6) משלים את התמונה וקובע כמה מצבים שבהם מדובר בהטרדה מינית גם כשהמוטרד לא הראה שאינו מעוניין בהצעות ובהתייחסויות. המצב הראשון הוא של קטין או חסר ישע תוך ניצול מערכת יחסים מסוימת, ואם הקטין מתחת לגיל 15, גם בלי ניצול יחסים כאלו, בתנאי שהמטריד אינו קטין. סעיף 4 קובע איסור פלילי על הטרדה מינית, וסעיף 5 מתריע על העונש: עד שנתיים מאסר בגין הטרדה מינית.

לדידי, אין קושי רב להרשיע את חיים תחת שילוב הסעיפים האמורים. הוא כתב למי שחשב שהיא ילדה בת 13 (לצורך העניין אתעלם מכך שמדובר בתחקירנית מתחזה, עניין שמצריך לשם הרשעתו דיון בשאלת הניסיון הבלתי-צליח) מסרים מיניים. למעשה, לא מפליא שכתבתי שניתן היה לדון בו לפי החוק האמור; חיים אכן נדון גם לפי החוק האמור, הורשע בו ולא ערער על הרשעתו זו.

באשר לליאור, ניתן היה בהחלט להעמידו לדין תחת העברה הרחבה של קבלת דבר במרמה, לפי סעיפים 414 ו-415 לחוק העונשין. על המרמה אין ויכוח. האם קיבל "דבר"? איני רואה קושי לפרש את התפשטותו של אדם אחר מול מצלמה או שיתוף

פעולה שלו כטובת הנאה.²¹² גם עברת העושק בסעיף 431 נראית הולמת: ניצול חוסר הניסיון או קלות הדעת של הזולת לשם קבלת דבר שאינו מגיע לו כדין. שתי העברות כוללות בצדן עונש מאסר בן שלוש שנים.

בלי לקבוע מסמרות בדבר ובלי לערוך ניתוח מלא, לא מן הנמנע שמבחינת התיוג ההולם, החוקים האמורים ראויים ומספיקים. 'הטרדה מינית' עשויה לתאר היטב הצעות והתייחסויות מיניות לילד: הערך המוגן במצב שהילד משתף פעולה מתקשר במובהק לפטרנליזם ולכך שהחברה אינה מוכנה לסבול תקשורת מינית עם ילד גם בהסכמתו. 'הטרדה במתקן בזק' עשויה לתאר הטרדה והרגזה דרך מחשב: הערך המוגן המסתמן מתקשר למדיום. לא הרי מטריד בבזק כהרי מטריד פיזית.²¹³ קבלת דבר במרמה מתאימה לתפוס שקרן המציג עצמו ככזב ומרוויח מכך: הערך המוגן המסתמן של אוטונומיה ופעולה מדעת נפגע בבירור. עושק נראה מתאים לתאר ניצול חוסר ניסיון וחוסר תבונה של ילדה: הערך המוגן המסתמן של הגנה על חלשים מפני תמרון נפגע בהחלט.

גם מבחינת רף הענישה, כל העברות שתוארו מתאימות בהחלט, הן מאחר שבחלקן אינן חמורות פחות מחלק מעברות המעשה מגונה, והן מאחר שהעונש שניתן בפועל כה רחוק מהעונש המרבי, כך שלא היה כל הכרח להיזקק לעברות המעשה המגונה שמוטב להן שתישמרנה לחלל הפיזי, לפחות עד שיחליט המחוקק אחרת. חיים וליאור נשלחו לשלושה חודשי עבודות שירות (ומשיח לששה). מה צורך היה בהרשעתם בעברה האמורה דווקא? חוץ מהרחבת האחריות הפלילית, לא היה כל צורך.²¹⁴ ההרתעה הציבורית זוכה לשירות דוב מדיון ממושך בשאלת התיוג ודיון דל

²¹² לוגסי הואשם שהתחזה לקצין בסיירת מטכ"ל באתרי היכרויות שונים ובחלל הפיזי, וקיים יחסי מין עם שש נשים עקב המרמה. הוא הודה והורשע בהתחזות לחייל, זיוף וקבלת דבר במרמה ולא באינוס. ראו ת"פ (שלום י"ם) 1818/05 **מדינת ישראל נ' לוגסי**, תק-של 05 (4) 14946 (2005). מנגד, בפרשת **סלימאן** נקבע, למעלה מן הצורך, שהעברה של קבלת דבר במרמה אינה מכסה את עברת האינוס במרמה. לעיל ה"ש 75, פס' ק"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין. אך עליי להדגיש שמעשה מגונה טיפוסי לאו דווקא כולל מרמה; ומנגד, אין אינוס במרמה ללא מרמה. לקביעה שלפיה דבר שיש בו הנאה לעושה הוא בבחינת טובת הנאה ראו את דברי זמיר, כמצוטט בה"ש 154.

²¹³ ס' 30 לחוק התקשורת (בזק ושירותים) (תיקון מס' 27), התשס"ב-2002 קובע: "המשתמש במתקן בזק באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטריד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין, דינו מאסר 3 שנים". לניתוח העברה של הטרדה במתקן בזק, על הערך המוגן בה, ראו: רע"פ 10462/03 **הראר נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(2) 70 (2005). להרחבה בשאלת ההטרדות המקוונות למיניהן ולצורך בחקיקה עדכנית ראו: Joseph C. Merschman, *The Dark Side of the Web: Cyberstalking and the Need For Contemporary Legislation*, 24 HARV. WOMEN'S L.J. 255 (2001); Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003, 1034-1337 (2001).

²¹⁴ מנגד, הרשעה במעשה מגונה תאפשר תחולה לחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006, שסעיף 13(ב)(12) לו עשוי להועיל בענייננו. לקשים נורמטיביים בחוק זה ראו

בשאלת הענישה. אם מחד גיסא הדבקנו לליאור תגית של מעשה מגונה, עברה בת שבע שנות מאסר, ומאידך גיסא שלחנהו לשלושה חודשי עבודות שירות, האומנם תרמנו להרתעה? או שמא שלחנו מסר שאפילו מעשה מגונה בנסיבות מחמירות שווה כה מעט? מוטב לתביעה לנסח כראוי את כתבי האישום ולא לבנות מראש על פרשנות מרחיבה או על שיתוף פעולה מההגנה. זאת, בייחוד כשהעונש שאליו היא שואפת נכנס בלי קושי למסגרת העונש המקבילה. ואם התביעה בחרה בסעיף לא מתאים, לעתים יוכל בית המשפט להימנע מהרשעה בסעיף פלוני ולהרשיע בסעיף אחר שישודותיו הוכחו, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות להתגונן, לפי סעיף 184 לחוק סדר דין פלילי.

(ה) בתמצית התמצית: מהלכי חקיקה

חוק עונשי חלופי מתאים הוא בוודאי שיקול חשוב לפני שיבוץ העובדות בסעיף מורכב. האם מהלכי חקיקה בהתהוות הם שיקול פרשני? זו כמובן שאלה שחורגת מיחסי משפט ואינטרנט, אך לנוכח יזמות חקיקה אינספור וחוקים מעטים מאוד בקשר למדיום זה – אכתוב בתמצית.

בעתירת איגוד האינטרנט נכתב שארבע הצעות חוק (פרטיות) באו להתוות נורמות אכיפה לגבי הימורים מקוונים, ולפיהן יש לתת למשטרה סמכות לחסום גישה לאתרי הימורים. מכאן הסיקו העותרים שבחירת המחוקק שלא להשלים את המהלך מלמדת על התנגדויות מהותיות למהלך, ולכן אין לערוך בפרשנות משטרית של החוק.²¹⁵

עד כמה מהלכים של ניסיונות חקיקה שלא צלחו הם נתון שיש לשקול בעת פירוש החוק הקיים? מצד אחד ניתן לסבור שמדובר באיתות שגורם מבית המחוקקים סבור שהחוק הקיים אינו כולל די או (במקרים נדירים) שהוא כולל יותר מדי. מצד אחר, דומני שאי-אפשר לייחס משמעות רבה למה שחושבת אפילו קבוצת חברים בבית המחוקקים, אם מחשבה זו לא הולידה חוק בסופו של דבר.

ט. סיכום

בדרך כלל הדין הפלילי אדיש לשיטות ביצוע הפשע, ולפיכך הוא עשוי להספיק כדי לכלול גם פשע מקוון; אך לא תמיד.²¹⁶ כך עולה מהדיונים שמתחילים לעלות

חגית לרנאו ואיילת עוז "למה אסור להתאהב בחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין – מבט ביקורתי" הפרקליט נא 205 (2011).

²¹⁵ ראו עתירת איגוד האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 151, פס' 74-76.

²¹⁶ ראו: Gregor Allan, *Responding to Cybercrime: A Delicate Blend of the Orthodox and the Alternative*, NZ. L. REV. 149, 156-157 (2005).

בישראל, בקצב גלישה היאה לשנת 1995. הם חושפים עד כמה החוק לא תמיד ערוך לאתגר המקוון, וכמוהו גם בתי המשפט. ניתוח אנליטי, קפדני וזהיר מכיוון דיני העונשין מראה כי חקיקה שנולדה עבור העידן הממוחשב (חדירה לחומר מחשב) אינה מתאימה לעידן המקוון, שחושף אותה כרחבה מדי. חקיקה שנולדה בעידן ממוחשב (החזקת חומר תועבה) מתגלה כבלתי-תכליתית בעולם של שיתוף קבצים. חקיקה שהייתה עמומה מדי לפני העולם המקוון (מעשה מגונה), עמומה מספיק כדי לבלוע גם אותו. חקיקה שדיברה בשם עצם פיזי (חצרים של הימורים) אינה הולמת עולם וירטואלי. חקיקה שמתארת מעשי ביטוי (לשון הרע ופרטיות) ודאי עשויה להתאים לעולם מקוון, אך יש להכירו היטב בעת פרשנותה, ויש להחילה בזהירות פן תתגלה כרחבה מדי עבור עולם שבו, להבדיל מבעבר, כל אדם הוא לא רק מפרסם, אלא גם מפיץ. והאתגרים עודם בחיתוליהם.

עברות רבות טרם זכו לדיון פסיקתי או עיוני נרחב בישראל בקשר לאינטרנט. העתיד המשלבן בעולם המקוון טומן מהמורות או בורות. האם אפשר לגנוב משהו בעולם המקוון לפי סעיף 383(א)(1)?²¹⁷ האם פרופיל פיקטיבי בפייסבוק או באתר היכרויות מקים את עברת ההתחזות שבסעיף 441 לחוק העונשין? האם אפשר לאנוס במרמה לפי סעיף 345(א)(2) לאחר שקר כלשהו באתר היכרויות?²¹⁸ האם פרסום סיפור פנטזיה מינית סדיסטית של עינויים ורצח נשים אמיתיות הוא איום?²¹⁹ האם אפשר לבצע עברות נגד ביטחון המדינה, למשל באמצעות פרסום תמונות של עצירים מושפלים בפייסבוק? האם אפשר להחזיק חומר הסתה לגזענות לפי סעיף 144 באמצעות הצטרפות לקבוצה בפייסבוק, או באמצעות לחיצה על אפשרות 'אהבתי' ('לייק')? האם ספקי שירות שאוספים עלינו מידע לצורך הרכבת פרופיל מבצעים עברה של פגיעה בפרטיות?²²⁰ כל אלו שאלות הקשורות ליסוד הפיזי. ויש עוד כה

²¹⁷ האם שינוי חשבון בנק, שיתוף קבצים, שימוש בסיסמה בלא רשות, השגת מידע מסחרי, התחזות לאחר 'גנבת זהות' ופולגיאט 'גנבה ספרותית' הן גנבה לפי חוק העונשין? סביב שאלות אלו סובב הפרק החמישי לחיבור הבוחן אם בעידן המודרני דרושה רויזיה בעברת הגנבה. ראו: הרדוף **עברת הגנבה**, לעיל ה"ש 62. לאוביטר מעניין בשאלת הגנבה של נכסים בלתי-מוחשיים ראו: רע"פ 11066/03 **מדינת ישראל מחלקה כלכלית נ' רום**, תק"ע על 2635 (2)07 (2007).

²¹⁸ כוונתי לשקר שאחריו מין בהסכמה ולא לשקר שאחריו אונס אלים. דוגמה לאחרון, שנולד לאחר פרופיל כזב ברשת החברתית מקושרים: תפ"ח (מחוזי חי') 10-07-21310 **מדינת ישראל נ' אשתמקר**, תק"מח 41(4) 48 (2011). ראו גם את הדוגמות ההיפותטיות של השופט רובינשטיין בפרשת **סלימאן**, לעיל ה"ש 75, פ"ח; וכן את פרשת **סבחה**, לעיל ה"ש 148, שטרם הוכרע. באפשרות לבצע אונס במרמה או אונס סטטוטורי מקוונים דנתי במקום אחר: הרדוף **עברת הגנבה**, לעיל ה"ש 62.

²¹⁹ ראו את זיכיוו של ג'ייק בייקר בבית המשפט לערעורים במחוז השישי בארצות-הברית, בקביעה שהדבר לא כוון כאיום ולכן הוגן על ידי התיקון הראשון: United States v. Alkhabaz 104 F.3d (6th Cir. 1997). 1492. וראו את דיון ברנר בעניין זה: Brenner, לעיל ה"ש 73, בעמ' 379-383.

²²⁰ ראו: מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 172-175 (2010).

רבות אחרות, אפילו במבט בדיני העונשין בלבד: האם (אי)-אפשר לגבש יסוד נפשי בעברות מסוימות באינטרנט? ²²¹ האם המכשיר המשפטי של הניסיון מתאים לרשת? ²²² האם הכללים בנוגע לצדדים לעברה מתאימים? ²²³ ומה לגבי כללי הסמכות המהותית? ²²⁴ והסייגים? ²²⁵ שאלות אלו ודאי תעלינה בהמשך. דיני העונשין גולשים באינטרנט: הם חלים עליו, אך לעתים אולי גולשים הצדה ממילוי תפקידם הראוי. טכנולוגיה חדשה, אתגרים חדשים, ²²⁶ בעיה ותיקה: האם חוק ישן מתאים לעולם חדש, וכיצד ליישמו. אפילו איסורים שנחקקו מאוחר יחסית, לרבות איסורים בחוק מיוחד שנולד עבור מציאות ממוחשבת, אינם מבטיחים בהירות ואינם מבטיחים יישום

בפרשת הלוי נדון (בין היתר) אישום בפגיעה בפרטיות. הלמו הואשם שהעתיק תוכן של כתב שלא נועד לפרסום לפי ס' 5(2) לחוק הגנת הפרטיות, בכך שניגש לאתר המרכז לגביית קנסות והשתמש בשמו של שדות לתשלום חלקי. השופט טננבוים דחה עובדתית את הטענה האמורה, והוסיף שלא בטוח שחלה הגנת פרטיות במצב שבו אתר מעודד תשלומים של אחרים; ואם הכניסה לאתר מהווה פגיעה בפרטיות, יש לבוא בתלונות לאתר עצמו שלא אבטח את המידע כראוי לפי חובתו המעוגנת בסעיף 17 לאותו חוק. ראו: פרשת הלוי, לעיל ה"ש 34, פס' 102-106 לפסק הדין.

²²¹ ראו: Catherine Therese Clarke, *From CrimINet to Cyber-Perp: Toward an Inclusive Approach to Policing the Evolving Criminal Mens Rea on the Internet*, 75 OR. L. REV. 191 (1996).

²²² ראו את השימוש שנעשה ברעיון הניסיון הצליח בפסיקה שנבעה מפרשת ערוץ 10. למשל: ת"פ (שלום ת"א) 8371/07 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-של 10(1) 26440 (2010); ת"פ (מחוזי ת"א) 28059-03-10 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 30.6.2010).

²²³ ראו: Katyal, לעיל ה"ש 213, בעמ' 1042-1045. Bryan J. Yeazel, *Bomb-Making Manuals on the Internet: Maneuvering a Solution through First Amendment Jurisprudence*, 16 ND J. L. ETHICS & PUB POL'Y 279, 305 (2002).

²²⁴ הכתיבה בעניין משופעת. למשל: Albert I. Aldesco, *The Demise of Anonymity: A Constitutional Challenge to the Convention on Cybercrime*, 23 LOY. L.A. ENT. L. REV. 81 (2002); Ellen S. Podgor, *Cybercrime: National, Transnational, or International?*, 50 WAYNE L. REV. 97 (2004); Nyberg, לעיל ה"ש 94.

²²⁵ האם יש 'הגנה עצמית' באינטרנט?: Curtis E. A. Karnow, *Launch On Warning: Aggressive Defense of Computer Systems*, 7 YALE J. L. & TECH. 87 (2005). האם יש הגנות מיוחדות לרשת? ראו: Donald S. Yamagami, *Prosecuting Cyber-Pedophiles: How can Intent be Shown in a Virtual World in light of the Fantasy Defense?*, 41 SANTA CLARA L. REV. 547, 564-571 (2001); Susan W. Brenner, Brian Carrier & Jef Henninger, *The Trojan horse defense in Cybercrime Cases*, 21 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 1, 11-18 (2004).

²²⁶ היו שכתבו 'אתגר ייחודי', בנוגע למשפט הפלילי או למשפט בכלל. ראו: Henry H. Perritt, Jr., *Cyberspace and State Sovereignty*, 3 J. INT'L LEGAL STUD. 155, 158-161 (1997); Podgor, לעיל ה"ש 224, בעמ' 100; ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעין המידע" **עלי משפט ב** 319, 320 (2002); ויקטור בוגנים "חוק המחשבים והתמודדות המשפט עם האתגר הטכנולוגי" **שערי משפט ד** (1) 283, 313 (2006).

מוצלח. ובוודאי חקיקה שנולדה לתוך מציאות פיזית אינה מיתרגמת אוטומטית ובקלות למציאות וירטואלית. מלאכת התרגום סבוכה ומורכבת ומצריכה דקדוק לשוני, איתור מדויק של התכלית, הבנה של מאפייני המדיום וערכיו וכמובן היכרות מוצלחת עם חקיקה פלילית חלופית. עושה רושם שהאינטרנט לא יעלם בקרוב, ואף ימשיך להתחדש ולהתפתח. כאשר האכיפה תדביק את הפיגור במידת מה, יהיו עוד ועוד אתגרים משפטיים. אנו רק בראשיתה של דרך וירטואלית פתלתלה.

תרשימים



