

חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב

המאמר מראה כי האיסור בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 לחדור לחומר מחשב סובל מקשיים פורמליים ומהותיים וכי הוא בעייתי בכל אפיק אפשרי. ניסוח החוק לקוי, עמום ורחב מאוד; אין בחוק היגיון שינסוך בו תוכן; ובית המשפט העליון שכתב אותו לכיוון עמום ורחב אף יותר; וחמור מכול, אולי – החוק אינו מושתת על תכלית ברורה ועקיבה, וקשה להבין ממילותיו ומפרשנותו על מה הוא מגן ועל מה לא. כאשר הערך המוגן – הסיבה שבגינה נולד האיסור ושבשמה הוא נאכף – אינו ברור ועקיב, ספק רב אם יש הצדקה להגן עליו תחת הכותרת "חדירה לחומר מחשב" במסגרת חוק מיוחד המוקדש לטכנולוגיה אחת.

א. מבוא

1. רקע

חלפו יותר משני עשורים לחקיקת חוק המחשבים, התשנ"ה-1995.¹ בדברי ההסבר לחוק נכתב שהמקום המרכזי שהמחשב ממלא בחברה המודרנית מחייב חקיקה שתגן כראוי על האינטרסים שהמחשב מקדם ושנדרשת היערכות חקיקתית בדין הפלילי, בדין האזרחי ובדיני הראיות.²

אכן נראה שנדרשת הגנה ראויה. המחשב הוא חלק עצום בחיינו: הוא לברו מציע לנו את עושר האינטרנט, והרבה יותר. אף שלא הכול אפשר לעשות בו, הגבול הולך ומתרחק מדי יום. בצד הפעילות הממוחשבת המתרחבת ומעמיקה, גם ביטויה הפיזי הולך ומתפתח: ממחשב בעבודה למחשב אישי, ממחשב אישי למחשב נייד, ממחשב נייד כסמל סטטוס לחפץ שכמעט כל אדם נושא עמו, כמעט בכל רגע וכמעט לכל מקום. המחשב הזה מכונה "טלפון חכם", אף שאנו נוטים להשתמש בו כמחשב לכל דבר. עולם שבו מחשב אינו רכיב מרכזי בחיים הוא זיכרון ההולך ומתעמעם. יותר קל לדמיין עולם שבו נמשיך ונתמחשב בשפע הקשרים חדשים מאשר עולם ללא מחשבים.

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת, מתמחה בפשע המקוון, מנהל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה רבה לשופט החיצוני ולמערכת כתב העת על הערות מצוינות, ולעורכת הלשונית על תרומתה וחיידוריה. האחריות לטעויות שנפלו במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

1 חוק המחשבים, התשנ"ה-1995, ס"ח 1534, עמ' 366. (להלן: חוק המחשבים).

2 דברי הסבר להצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 2278, עמ' 478.

כל טכנולוגיה חדשה מאתגרת את העולם ואת המשפט, אך המחשב במיוחד: בהיקפו, ברוחבו, בעומקו, בגיוונו, בעושרו, במורכבותו, בהתחדשותו האינסופית, בחלחולו ובהתפשטותו לכל תחום, לכל ענף ולכל אדם. המחשב הוא עיתון, רדיו, טלוויזיה, קולנוע, טלפון, דואר, קניון, מועדון ומה לא. הוא מלווה את חיינו אף כשאנינו חשים בו כ"מחשב": במזגן שלנו, במכונת הכביסה, ברובוט שואב האבק, בפר המים, בטלוויזיה, בסטראו, בשעון מעורר אלקטרוני, בטלפון ביתי ועוד.

אם כן, יש חשיבות עצומה להגנה משפטית על מחשבים; למרות זאת לא ברור על מה מבקש חוק המחשבים להגן באופן כללי, ומה הגבולות והתכלית של איסור החדירה לחומר מחשב באופן קונקרטי. מאמרי עוסק ברובד הקונקרטי; החיפוש אחר מאפייניו יאיר גם את הרובד הכללי.

2. תרגיל מחשבה תלת-שלבי

בטרם אציג בפירוט את מטרות המאמר ואת מבנהו, ובטרם אציג את החוק והפסיקה, מוצע תרגיל מחשבה הנוגע לגבולות האיסור. ראשית, מוצע להגדיר בכתב את העברה של חדירה לחומר מחשב – הגדרה שתמצה מבחינה ערכית את כל העברות הפוטנציאליות ורק אותן. כעת מוצע לחשוב על מקרים דומים שאינם מהווים עברה, כדי להסביר את ההבדל המהותי. שנית, להלן שורת מצבים מציאותיים לחלוטין. טרם קריאת החוק מוצע להשיב אינטואיטיבית אם הם מהווים עברת חדירה לחומר מחשב:³

1. גולש משתלט על אתר אינטרנט ועורך בו שינויים ללא רשות בעליו ושלא בטובתו.
2. גולש נכנס לפורום של פרצנים (האקרים), מבקש ומקבל נתונים על חשבונות בנקים של גולשים; בהמשך הוא משתמש בפרטים ובססמאות כדי לגשת לחשבונות בנק ולהניע כספים לטובתו ולרעת בעלי החשבון.
3. במהלך שיעור, סטודנט משועמם מביט באריכות ובסתור בנעשה במחשב הנייד של הסטודנטית שלפניו: סיכום שיעור, גלישה באתר היכריות, כתיבת דוא"ל וקריאתו, תקשורת ברשת חברתית. לחלופין, הסטודנט גם מתעד במצלמתו את הנעשה באותו מחשב.
4. תלמיד ניגש למחשב הנייד של מורתו, שיצאה מהכיתה, מרים את המכסה ומביט במסך; לחלופין הוא מקיש על הטלפון הנייד שלה, בוחר אם הוא נעול בססמה ומעיין בשומר המסך.
5. עובד מצהיר שישתמש במחשב הנייד שסיפק לו המעביד לצורכי עבודה בלבד, אך משתמש בו גם לגלישה בפייסבוק ובאתרי פורנוגרפיה; אדם מתארח בבית חברו, שביקשו שלא לגעת במחשב, מפעיל את המחשב וגולש באמצעותו. הראשון משתמש במחשב שימוש חורג, השני – בלי הרשאה כלל.
6. סטודנט מתיישב מול מחשב בספרייה ציבורית ונתקל בחשבון דוא"ל פתוח של סטודנטית, מביט בו באריכות וסוגר את הדף; לחלופין, הוא מגולל את המסך מטה ומעיין ברשימת

3 חלק קטן מהדוגמאות עלו ונדרונו בקצרה, תחת החוק האמריקני כמובן, במאמרו של קר: Orin S. Kerr, *Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in Computer Misuse Statutes*, 78 N.Y.U L. REV. 1596, 1646, 1664–1666 (2003)

- הדוא"ל הנכנס ואז סוגר את הדף; לחלופי־חלופין, הוא מעיין בתוכן הדוא"ל. להבדיל, אדם מתיישב ליד מחשבו הפרטי בביתו ונתקל בחשבון הפייסבוק של חברה שהתארח בה בביתו ושכחה להתנתק מהאתר: הוא מביט באריכות בדף, או מגולל אותו מטה, או מעיין בתמונות של חברה וחברותיה או בתכתובותיה.
7. טכנאי מחשבים המתקן מחשב מעיין בתמונות האינטרנטיות השמורות בו ובהיסטוריית הגלישה, אף שהדבר אינו נחוץ לעבודתו; מעביד מעיין במחשב שסיפק לעובד; בכיר בהנהלה של מוסד אקדמי מעיין בתוכן של חשבון דוא"ל שנפתח עבור המרצים במוסד.
8. אדם ניגש לדוא"ל או לפייסבוק של חברתו בניחוש סיסמתה (1234), או לאחר שקלט את הססמה כשחברתו הקלידה אותה, או לאחר שקיבל את הססמה לצורך מסוים וזכר אותה, או בכל דרך גישה אחרת שאינה כרוכה בהסכמה של החברה.
9. הורה מחטט בפייסבוק של בנו או בתו, בגילים 10, 13 או 16 כדי לוודא שאינם נקלעים לצרות, שאינם ממרים את פיו או מסקרנות גרדא. לחלופין, אדם נעזר במומחה מחשבים כדי לשחזר חומר שנמחק ממחשבו, שהיה בשימוש של בת־זוגו לשעבר.
10. אדם מקבל דוא"ל שכותרתו מלמדת על צרופה אינטימית מאוד עבור אדם אחר. הוא מבין היטב שהדוא"ל הגיע לכתובת לא נכונה אך מעיין בצרופה (או אף מעביר אותה לאחרים). השולח מבין את טעותו ומבקש מהמקבל למחוק את החומר; המקבל אינו מוחק. לחלופין, אדם מבקש מבת־זוגו לשעבר למחוק חומרים ממוחשבים ששלח לה כשהיו ביחד והיא מסרבת.
11. בן 12 מצהיר שהוא בן 13 כדי לפתוח חשבון פייסבוק; בן 16 מצהיר שהוא בן 18 כדי לגשת לאתר פורנוגרפיה; נשוי מצהיר שהוא רווק כדי לגשת לאתר היכרות לרווקים בלבד; שוחט מצהיר שהוא טבעוני כדי לגשת לפורום סגור לאקטיביסטים; מיוזגן מצהיר שהוא פמיניסט כדי להצטרף לרשימת תפוצה פמיניסטית ולהפריע (trolling).
12. גולש מוריד שלא כחוק קבצים המוגנים בזכויות יוצרים – סרטים, מוזיקה, משחקים, תוכנות ועוד – מאתרים או מתוכנות שיתוף; אדם משתמש בלי רשות ברשת האלחוטית של שכנו, שלא הגדירה כפרטית, בלי מודעות למשמעות הדבר; עורך־דין מתחיל משתמש בססמה של אחותו הסטודנטית וניגש חינם לאתרים משפטיים בתשלום.
13. גולש שולח לנשים זרות הצעות מיניות מלוות בתמונות של אבר מינו; אדם מקבל פניות אלקטרוניות מזוגתו לשעבר אף שביקש שלא תיצור עמו קשר; מוכר שולח דוא"ל זבל לנמענים שלא נתנו את הסכמתם לכך; אדם גולש באתר ובלי רצונו נפתחים באתר חלונות נוספים בעלי תוכן מסחרי; מידע על גולש נאסף על ידי האתר בלי ידיעתו ובלי הסכמתו.
14. שוטר תנועה דורש את הטלפון הנייד של נהג כדי לוודא שלא סימס במהלך נהיגה; שוטר במשטרת הגבולות מבקש מערבייה ישראלית שתראה לו את התמונות בטלפון שלה; חוקר מבקש מעצור לעיין בטלפון הנייד שלו כדי להוכיח את חפותו. כל הנמענים משתפים פעולה.
- הדוגמאות שהוצעו מתייחסות לאינטראקציה בין אנשים למחשב, שהיבט מסוים בה אינו רצוי למישהו או אינו לטובתו. זהו אפיון כללי ורחב שאינו מאפשר להבחין מי מוגן על ידי איסור החדירה לחומר מחשב ואינו מציע שיטה כלל. הניסיון להגדיר איסור הוא קשה בהכרח. מענה אינטואיטיבי לגבי תחולתו אמור להיות קשה פחות, אך הפעם דומה שלא

קל לערוך אינדוקציה, להשיב בפשטות ולנסות לזקק הגדרה באמצעות לימוד מהמקרים הפרטיים. כדי לסייע במלאכה ראוי להרהר ברצינות של האיסור. מהו? **שלישית**, כחלק אחרון בתרגיל האינטואיציה, מוצע לנסח באופן החד ביותר את תכלית **העברה**. ככלי עזר מוצעת השאלה "מה מפחיד או מטריד בחדירה לחומר מחשב?".

3. מטרת המאמר ומבנהו

לאחר הרושם הראשוני של חשיבות ההגנה המשפטית על המחשב מפני חדירה, תרגיל המחשבה מעלה קושיות באשר להיקפה של הגנה זו. הניסיון להגדיר איסור קשה מאין כמוהו, וביקורת על מלאכת המחוקק צריכה להתחשב בכך. הדוגמאות הרבות שהוצעו – ואפשר להציע עוד עשרות ומאות – ממחישות כי בניגוד לאמירות על בהירות האיסור ועל "ניסוחו המיטבי", שעלו למשל מפרקליטות המדינה,⁴ קשה מאוד לתאר את היקף האיסור, ולו אינטואיטיבית. שאלת התכלית מוסיפה רובד כבד על הקשיים הקודמים.

מאמרי יראה כי האיסור על חדירה לחומר מחשב סובל מקשיים פורמליים ומהותיים ומבעיות בכל אפיק. החוק מנוסח בצורה לקויה, עמומה ורחבה מאוד; בית המשפט שכתב אותו לכיוון עמום ורחב אף יותר; ואולי חמור מכול – אין בבסיסו תכלית ברורה ועקיבה. להלן אתמקד בבחינת התכלית – לב האיסור: כשלי לב עלולים למוטט את האיסור נורמטיבית. טענת המחקר שלי היא שאיסור החדירה לחומר מחשב הוא עמום מאוד בכל אחד מרכדיו ואי-אפשר למצוא היגיון שינסוך בו תוכן. גופו של האיסור (יסודות העברה) רחב ועמום במיוחד, ולא ברור ממילותיו ומפרשנותו מה מוגן באמצעותו ומה לא. הבעיה חמורה יותר מאיסור עמום גרדא: לב האיסור (תכליתו) אינו מסייע להאיר על גופו משום שהוא עמום וחמקמק אפילו יותר. הערך המוגן – הסיבה שבגינה נולד האיסור ושכשמה הוא נאכף – אינו ברור ואינו אחיד, וספק רב אם יש הצדקה להגן עליו תחת הכותרת "חדירה לחומר מחשב", במסגרת חוק מיוחד המוקדש לטכנולוגיה אחת.

פרק ב' יפתח במבט פורמלי: אסקור את חוק המחשבים ואת הדיון הפסיקתי בגוף העברה, ואתמצת את הניתוח והביקורת האקדמיים באשר ליסודות האיסור. פרק ג', לב המאמר, יציג חיפוש ביקורתי אחר תכלית העברה ברובד דוקטרינרי וברובד אנליטי. אראה כי תכליות שנזכרו בפסיקה ובספרות אינן מספקות קרקע משכנעת, יציבה ועקיבה לפרשנות האיסור. לפיכך, בפרק ד' אציע למחוקק כיווני חשיבה לתיקון חקיקה. בסוף – אסכם.

ב. מבט פורמלי

הפרק יפתח בהצגה קצרה של חוק המחשבים, על תוכנו וההיסטוריה החקיקתית שלו, בדגש על עברת החדירה לחומר מחשב. אתקדם לסקירת פסיקה: רובה בערכאות דיוניות ואחת עדכנית מבית המשפט העליון – החשובה מכול – פרשת **עזרא**, שבה הרחיב בית המשפט העליון את פרשנות האיסור ועמעם אותה מאוד. אסקור ספרות שניתחת את העברה באופן

4 פס' 12 לכתב הטענות של פרקליטות המדינה, ברע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא, 107 (הוגש 27.4.2015) (להלן: פרקליטות המדינה).

ביקורתי. ולסיום אטען שגוף העברה עמום מאוד ושהפרשנות השיפוטית לא חידדה אותו, אלא להפך – ולכן חשוב במיוחד לעמוד על תכלית האיסור.

1. חוק המחשבים

החוק נפתח בהגדרה של שבעה מושגים: חומר מחשב, מחשב, מחשב-עזר, מידע, פלט, שפה קריאת מחשב ותוכנה.⁵ בהמשך מוגדרות חמש עברות: שיבוש או הפרעה לחומר מחשב או למחשב (סעיף 2),⁶ מידע כוזב או פלט כוזב (סעיף 3), חדירה לחומר מחשב שלא כדין (סעיף 4), חדירה לחומר מחשב כדי לעבור עברה אחרת (סעיף 5) ופעולות אסורות בתוכנה (סעיף 6).⁷ בהמשך, סעיף 7 מגדיר עוולה בנוזיקין לגבי הפרעה למחשב ומחיקת חומר מחשב וכדומה; סעיף 8 מטיל על הנתבע את הראיה שהמעשה נעשה כדין; סעיף 9 מצריך הוכחת נזק בהתרשלות הנתבע. החוק מסתיים בתיקונים לגבי דיני ראיות ודיני חיפוש ובהסמכת שר המשפטים להתקין תקנות לביצוע החוק (תקנות שטרם נתקבלו).

מאמרי מתמקד בסעיף 4:

החודר שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב, דינו – מאסר שלוש שנים; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" – 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.

זאת, במקום סעיף 6 להצעת החוק, שבו הוצע כי "החודר ביודעין וללא רשות כדין למחשב, דינו – מאסר שלוש שנים".⁸ סעיף 5 להצעה, שלא התקבל, אסר על "שימוש במחשב תוך חריגה מהרשאה", כעברה קלה יותר, אלא אם הייתה כרוכה בנזק.⁹ כיצד פורש סעיף 4?

5 המונח "שפה קריאת מחשב" לא הוגדר בהצעת החוק. אשר למחשב, הוצע כי הגנת החוק תועדק גם למחשב אישי, "שכן המחשבים האישיים משמשים, לא אחת, גם למטרות עסקיות, מדעיות ואחרות". רעיון הפרטיות לא הוביל את יצירת חוק המחשבים. ראו לעיל ה"ש 2, בעמ' 481, 484.

6 החוק איחד שתי עברות שעלו בהצעת החוק – הפרעה לתפקוד (סעיף 2 להצעה), השמדת חומר מחשב, מחיקתו או שינוי בו (סעיף 3 להצעה) – לעברה אחת. שתי ההצעות שילבו את הרכיב "ללא רשות כדין". ראו לעיל ה"ש 2, בעמ' 479. הנוסח שהתקבל כלל את הרכיב "שלא כדין".

7 זהו סעיף החוק היחיד שתוקן. בלידתו נקרא "נגיף מחשב"; ב-2012 תוקן והורחב: חוק המחשבים (תיקון מס' 1), התשנ"ה-1995, ס"ח 2369 מיום 17.7.2012 עמ' 514. ההצעה הייתה קצרה ודברי ההסבר כללו כרבע עמוד והטעימו שהתיקון נועד כדי שישוואל תצטרף לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב משנת 2001: הצעת חוק המחשבים (תיקון) (פעולות אסורות בתוכנה – הרחבת האיסור), התשע"ב-2012, ה"ח הכנסת 468 עמ' 204.

8 בדברי ההסבר נכתב: "הוראה זו נועדה לטפל בהסגת גבול במחשב בדרך של התקשרות או התחברות עם המחשב. הנושא מצדיק קביעת עברה מיוחדת לאור הקושי לאתר את העבריינים והפוטנציאל לביצוע עברות נוספות הטמון בפעולת החדירה למחשב". ראו הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 480.

9 כדוגמה ציינו דברי ההסבר "הפעולה המכונה גניבת זמן-מחשב", ראו שם. העברה החמורה מכול בהצעה לא הצליחה להיכנס לספר החוקים: "העושה מעשה האסור על פי חוק זה כדי

2. פסיקה

אף שמדובר בחוק בן יותר מעשרים שנה, מעטים הדיונים המהותיים בו בערכאות דיוניות. להלן אתמצת דיונים אלה וארחיב מעט באשר לתיק היחיד שנדון מהותית בבית המשפט העליון. בעניין בדיר מ' 2001 עלה בקצרה יסוד ה"מחשב" המוגדר בסעיף 1 לחוק. שלושה אחים עיוורים מלידה פיתחו מומחיות בעולם התקשורת. אחד מהם התמחה בגישה למערכות טלפוניות ובעיסוקים פלייליים בין-לאומיים. השופטת רוטלוי ציינה כי לשון הסעיף הרחבה מתיישבת היטב עם תכלית האיסור, ש"נועד לשמש פתרון כולל לבעיית עבריינות המחשב"; מגוון אפשרויות החדירה בסעיף מוכיח את עוצמת ההגנה שביקש המחוקק להעניק למחשב. גם אם מערכת לשמיעת הודעות קוליות ("מערכת קולן") אינה תוכנה היא עדיין בגדר "מחשב" משום המידע שיש בה. מרכז הכובד של העברה – הנסיבה "שלא כדין" – מתקיים נוכח היעדר הרשאה חוקית לחדירה. הנאשם הורשע.¹⁰ פסק הדין מלמד כי המחשב המוגן אינו רק המחשב הנפוץ אלא גם מערכות שמבחינה לשונית אדם מהיישוב ודאי יתאר במונחים אחרים מ"מחשב" דווקא.

עניין מזרחי מ' 2004 עסק באדם שביקש להצטרף למוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים. בחושרו שהאתר של המוסד אינו מאובטח, ובהיעדר אפשרות לתקשר עם מנהלי האתר אלא במילוי טופס מועמדות למוסד, הוריד מזרחי תוכנה פופולרית לבדיקה של כשלי אבטחה והפעילה בהכנסת כתובת האתר של המוסד. התוכנה הפיקה תוצר טכני שמזרחי כשל מלהבין ולבסוף מחק את התוכנה. הוא הואשם בניסיון לחדירה. ההגנה טענה כי מעשהו של מזרחי נועד לוודא שהאתר מאובטח בטרם ישלח את נתוניו האישיים; התביעה טענה שהוא ניסה להרשים את המוסד בהפגנת יוזמה. השופט טננבוים נמנע מלהכריע באשר למניע למעשה. הוא הטעים את הבעייתיות במונחי הסעיף אך קיבל את עמדת התביעה בנוגע לפרשנותו, שלפיה "חדירה" מתקיימת בכל תקשורת אינטראקטיבית בין מחשבים, והרכיב "שלא כדין" יבחין בין המותר לאסור. בדיקת אבטחה לאתר היא קלה ורצויה כשלעצמה בזרזה תיקון של פרצות אבטחה, גם בלי רשות בעל האתר. מזרחי זוכה.¹¹ ערעור המדינה נדחה בקצרה ובלי ניתוח האיסור: נפסק כי מעשיו של מזרחי היוו לכל היותר הכנה, ללא מטרת חדירה, ואינם מסכנים אינטרס ציבורי; גם אם בכלל חפץ להשלים את העברה אפשר לזכותו גם בגין פטור עקב חרטה, משום שחדל מרצונו מהשלמתה.¹² פסק הדין מלמד שכל אינטראקציה בין מחשבים מהווה "חדירה" ושהסכמה אינה הגורם המבדיל בין המותר לאסור בהקשר זה. בחירת התביעה להעמידו לדין בגין ניסיון ולא בגין העברה המושלמת מעניינת אף היא ומרמזת על תפיסה אינטואיטיבית של האיסור: לכאורה אפשר היה להאשימו בעברה המושלמת, משום שתקשורת אינטראקטיבית בין מחשבים התקיימה גם בלי שהשיג גישה לאתר המוסד.

לפגוע במדינה ישראל, בביטחונה, ברכושה, בכלכלתה, או בקשרי התחבורה או התקשורת שלה, דינו – מאסר עשר שנים". ראו שם.

10 ת"פ (מחוזי ת"א) 40250/99 מדינת ישראל נ' בדיר, תק-מח 3(01) 1793, פס' 14.5 לפסק הדין (2001).

11 ת"פ (שלום י-ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי, פ"ד תשסג(3) 769, 781-794 (2004).

12 ע"פ (מחוזי י-ם) 8333/04 מדינת ישראל נ' מזרחי, תק-מח 3(04) 4821 (2004).

ב־2009 נפסק דינו של הלוי, עיתונאי עצמאי שפרסם כתבות ברשת. הלוי פרסם כתבה על ההרשעה של שדות בעברות מס והוסיף קישור לפסק הדין. בחלוף השנים פנה שדות אל הלוי וביקש כי יסיר את הכתבה ויתנצל, משום שהכתבה הקשתה עליו למצוא משקיעים ליוזמה עסקית. הלוי לא הגיב. בין השניים החל סכסוך שכלל, בין היתר, תלונות של הלוי למשטרה, שנמנעה מלהגיב. בשיא הסכסוך ביקש הלוי להוכיח ששדות הוא פושט רגל ונכנס לדרך החיובים שלו באתר של המרכז לגביית קנסות. באותה עת אפשר היה להיכנס לדרך של אדם אחר באמצעות הקלדה של מספר הזהות בכתובת האתר – תקלת אבטחה חמורה. הלוי מצא בדרך שני קנסות – האחד בן מיליוני ש"ח – שילם שני ש"ח עבור שניהם בכרטיס חיוב וביקש קבלה לביתו בעכו. החוב התאפס בגין תקלה מערכתית קשה, מה שהוביל לחדש בשדות. שדות החשיר את הלוי, שגרס כי בסך הכול עשה עבודה עיתונאית ואינו אשם בתקלות באתר. נגד הלוי הוגש כתב אישום מסועף שכלל אישום בחדירה לדרך החיובים של שדות.¹³ השופט טננבוים שב על דבריו בעניין מזרחי והוסיף כי הגדרה קוואיסיטית של דוגמאות לחדירה עדיפה על נוסח החוק. הוא קבע כעובדה שהלוי קיבל משדות את הקישור לאתר התשלום וזיכה אותו, אך הוסיף שכל אתר שאפשר להיכנס אליו בקלות כזו – אין לטעון שאסור להיכנס אליו: בהיעדר אמצעי אבטחה כלל – בהיעדר מחסום כלשהו – אין לדבר על "חדירה", ודאי שלא על חדירה "שלא כדין".¹⁴ המדינה נמנעה מלערער על הזיכוי המלא מכל העברות.¹⁵

ב־2013 הוכרע דינו של בן שושן, שעבד במשך שנתיים בחברה שמספקת שירותי מחשוב כמנהל רשת, וגם הפעיל אותה מרחוק. לאחר שהתפטר והסתכסך עם הבעלים ניגש בן שושן מרחוק לרשת באמצעות הסממה הישנה, שינה נתוני מחשב של לקוחה ומחק חומרים אחרים; רשתות המחשבים של הלקוחות הושבתו לשש שעות. שופטת השלום לומפ קבעה כי תכלית האיסור היא להגן על החומר שבמחשב ולמנוע הסגת גבול למחשבי הזולת, ושחדירה ללא הרשאה היא שלא כדין.¹⁶ ב־2014 דחה בית המשפט המחוזי את הערעור וקבע אף הוא, וביתר פירוט, כי תכלית האיסור היא להגן על חומר ממוחשב ולמנוע הסגת גבול במחשבי הזולת, ברומה להגנה על אינטרסים מוחשיים כהסגת גבול או גנבה בדין הפלילי, וכי מרכז הכובד יהיה לרכיב "שלא כדין". המערער ביצע עברה ברורה וטיפוסית, ומטרת האיסור אינה רק למנוע חדירה באמצעות תוכנה מיוחדת ומתוחכמת אלא גם באמצעות סממה, לרבות סממה בידי מורשה לשעבר.¹⁷ פסק הדין מלמד כי שאלת ההסכמה (הרשות) היא רכיב המפתח באיסור, ושהאיסור מבקש לקדם תכלית קניינית.

13 ת"פ (שלום י-ם) 9497/08 פרקליטות מחוז ירושלים נ' הלוי, תק-של (4)09 11734, פס' 8-50, 70-61 (2009).

14 שם, פס' 78-90.

15 פסקי דין אחרים נטו שלא להאריך בפרשנות. למשל, באחת מההסתעפויות של פרשת הסוס הטרויאני הורשע הנאשם בקצרה גם בחדירה לחומר מחשב. השופט כבוב ציין כי אין הוא נדרש להכריע באשר לגבולות העברה, משום שמדובר במקרה מובהק של חדירה שאינה כדין, שנעשתה ללא ידיעת הקרבנות וללא הסכמתם, ולא נטענה כל הרשאה: ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' אברהם בן אברהם בללי, תק-מח (2)09 9792, פס' 54 (2009).

16 ת"פ 15743-11-10 מדינת ישראל נ' בן שושן, תק-של (4)13 72813, (2013).

17 ע"פ 51468-01-14 בן שושן נ' מדינת ישראל, תק-מח (3)14 18902, (2014).

ב־2012 ניתן פסק הדין הראשון בפרשת עזרא, היחידה שנדונה בבית המשפט העליון כאשר לפירוש האיסור. עזרא הורה כי בעזרת סממאות שקיבל מפרצן הוא ניגש לחשבונות בנק של אחרים וביצע העברה בנקאית. הוא הואשם (גם) בחדירה לחומר מחשב. בנסיבות עומדות הוגשו נגדו שני כתבי אישום, שעסקו בחלקים שונים של אותה השתלשלות, לפני שופטים שונים, בבית משפט השלום בירושלים. השופט רון הרשיעו בכל העברות למעט חדירה לחומר מחשב: הוא הפנה לסעיף ההגדרות, שלפיו חומר מחשב נכתב ב"שפה קריאת מחשב", המוגדרת כשפה שרק מחשב מסוגל להבין. השופט ביקר את עמימות העברה, הדגישה את עקרון החוקיות ואת חשיבותו ובחר בפרשנות מצמצמת, הנוגעת רק למעשה שמתבצע במיומנות רבה, "פורץ מנעול טכנולוגי" שמכוון נגד מערכות מחשב. לדידו, הערכים המוגנים בעברה – ביטחון המחשב ורכיביו – לא נפגעו מידי הנאשם אלא מידי הפרצן; ולפיכך זוכה עזרא מעברות המחשבים.¹⁸ הפרשנות המצמצמת הייתה מפתיעה במיוחד בנוגע לאדם שהתנהלותו עבריינית במובהק. חידושה היה הן בהתייחסות לסעיף ההגדרות על נכסיו הרבים והן בהצעת תכלית שונה, שיחד יצרו מסקנה שלפיה האיסור נוגע לפעילות מתוחכמת ולא לשימוש בסממאות שהושגו שלא כדין גרדא.

באישום המקביל והמשלים באותה השתלשלות עניינים, שגם בו הורה עזרא בעובדות וטען משפטית, הוא הורשע בקצרה: חלף כניסה לסעיף ההגדרות הדגישה השופטת לומפ כי תכלית האיסור היא להגן על שימוש במחשב כשאינן די בעברות הכלליות, וכי חוק המחשבים נחקק כדי למנוע מעשים כאלו – של העברה כספית סודית.¹⁹ אם כן, בעניין זה הוצעה פרשנות אינטואיטיבית יותר, מרחיבה יותר, ללא התמודדות עם סעיף ההגדרות – והכול בזיקה לתכלית קניינית.

הוגש ערעור הרדי. לעניין עברת החדירה קיבל השופט יועד־כהן את עמדת השופט רון: בצד הכיסוי הרחב בחוק, הכולל גם מחשבים מורכבים פחות (כמכונות כביסה), הוגדר בצמצום האובייקט המוגן, בזיהוי חד לאינטרס המוגן ובהתחשב בבשלות התפקודית של החומר (כלומר: האם האדם יכול להשתמש בו) ובקושי לאתר פעילות עבריינית אלקטרונית במידע גולמי שאדם אינו מסוגל לקרוא. לא די ב"חדירה"; היא צריכה להיות לחומר המובע ב"שפה קריאת מחשב", כאמור. אמנם הנוסח החקיקתי עלול להקשות על התביעה וראוי שהמחוקק יידרש לעניין ויתאים את החוק למציאות המשתנה; אך עקרון החוקיות אינו מאפשר להרשיע את הנאשם, ואי־אפשר לוותר על היסוד העובדתי באמצעות פרשנות תכליתית כלשהי.²⁰

במסגרת רשות ערעור ציין המשנה לנשיאה רובינשטיין כי מדובר בחוק מהמאה הקודמת, בתחום דינמי במיוחד, וכי חשיבות המחשבים בחיינו מצריכה הגנה משפטית הולמת כנגד

18 ת"פ 10-06-40102 מדינת ישראל נ' עזרא, תק-של 12(1), 90740, פס' 6 (2012).

19 ת"פ 11-11-31579 מדינת ישראל נ' עזרא, תק-של 13(2), 51095, פס' 10 (2013). בשל הרשתות זו סירבה השופטת להרשיעו בעברת גנבה ובמקומה הרשיעה בקבלת דבר במרמה. גזר הדין ניתן במאוחד עם גזר הדין של השופט רון: ארבעה חודשים של עבודות שירות.

20 ע"פ 14-03-34851 עזרא נ' מדינת ישראל, תק-מח 14(4), 10047, פס' 33-45 (2014). ראוי להדגיש כי חודשיים לפני כן דחה אותו בית משפט מחוזי בחריפות את טענת ההגנה שלפיה עקרון החוקיות מחייב פרשנות מצמצמת של האיסור, וקבע שתכלית האיסור מאפשרת פרשנות מרחיבה: עניין בן שושן, לעיל ה"ש 17, פס' 10.

חדירה אליהם, במגמה למנוע התנהגות לא-מוסרית עתידית. פרשנות רחבה ל"חדירה", הכוללת כל הכנסת מידע למחשב, גם ללא עקיפת מכשול טכנולוגי, היא הגיונית וראויה. בהקשר זה, המונח "שלא כדין" פירושו "שלא בהסכמה". השופט רובינשטיין הסכים כי פרשנותו מרחיבה ופוגעת ברעיון האזהרה ההוגנת, אך לדידו הדבר נדרש להרשעת עברייני מחשב ממשיים, ושיקול הדעת התביעתי וסייג זוטי הדברים יסייעו בצמצום העברה. השופט רובינשטיין דן בתחולת האיסור על תרחישים אפשריים כמו כיבוי מזגן בלי רשות ולבסוף הרשיע את עזרא בנחרצות.²¹ השופט מזוז הצטרף למסקנה שאין סיבה להגבלת האיסור לחדירה לחומר מחשב המובע בשפת מכונה, ציין שהאיסור נובע מהקושי בהוכחת מטרת החדירה ומהנזק הפוטנציאלי הכבד, וקבע כי "שלא כדין" פירושו "ללא הרשאה או הסמכה".²² השופט מלצר הצטרף בקצרה ובאופן כללי, הדגיש את הפער בין הטכנולוגיה למשפט והזכיר שבעבר, בהקשר אחר, קרא למחוקק לצמצם את הפער אך המחוקק לא פעל.²³ עתירת עזרא לדיון נוסף נדחתה בקצרה על ידי הנשיאה נאור, שהטעימה כי רע"פ עזרא אינו בבחינת הלכה כלל: דובר במקרה קל שהאיסור מכסה במובהק והדיון העקרוני הרחב לא נדרש להכרעה – מה שהפך את המסר הכללי לאמרת אגב.²⁴ סקירת הפסיקה מעלה כי בתי המשפט הלכו בכיוונים שונים. רובם ככולם הרחיבו מאוד את הרכיב "חדירה" ופירשוהו כ"גישה", לאו דווקא מתוך תפיסה שכך ראוי אלא מתוך הבנה כזו של לשון החוק. הרכיב "שלא כדין" פורש לעתים כ"שלא ברשות" ולעתים ככולל יסוד חברתי שלילי מזיק. הגדרת "חומר מחשב" לא קיבלה ככלל התייחסות שיטתית, וגם כשקיבלה – המילה "בלבד" לא נדונה. תכלית האיסור אף היא נותרה לוטה בערפל, ובתי המשפט הזכירו תכליות מגוונות, בעיקר – אך לא רק – קנייניות.

4. ניתוח וביקורת אקדמיים

בעולם שבו הפשע המקוון זוכה בתת-ניתוח אקדמי,²⁵ עברת החדירה זוכה בניתוח לוועזי דל במיוחד.²⁶ דווקא בישראל, שבה השיח האקדמי הפלילי הישראלי ככלל אינו מרובה בניתוח עברות (למעט עברות בולטות במיוחד כרצח ואונס) מצד אחד, ושיח הפשע המקוון דליל

21 רע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא, פס' ז-כ לפסק דין השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 15.12.2015).

22 שם, פס' 1-7 לפסק הדין של השופט מזוז.

23 שם, פס' 1-2 לפסק הדין של השופט מלצר.

24 דנ"פ 965/16 עזרא נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 15.2.2016).

25 בעולם האקדמי האמריקני, שזה הישראלי נוהג אחריו, מעטים המתמחים ומתמידים בשדה הפשע המקוון: קר (Orin s. Kerr) בולט בתחום הראיות ואיסופן; ברנר (Susan Brenner) בהקשרים מגוונים יותר.

26 מאמרו של קר בולט לא רק באיכותו אלא גם בהיותו קול בודד למדי. קר הדגיש כי היעדר התעמקות אקדמית בשאלות הביאה למצב שלא ברור מה היקף ההגנה שבחוקים: Kerr, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1598. המצב לא השתפר בהמשך. מאמרים שעסקו בחדירה לחומר מחשב התמקדו בזווית זנוחה למדי בספרות הישראלית – חדירה משטרית לחומר מחשב; אחרים עסקו בשאלה אם ראוי למנוע מתלמידים שימוש במחשב בכיתה: Steven Eisenstat, *A Game Changer: Assessing the Impact of the Princeton/UCLA Laptop Study on the Debate of*

במיוחד מצד אחר, עברת החדירה לחומר מחשב זכתה לניתוח מפתיע בעושרו. היא נדונה אקדמית מלידתה, על ידי אחד ממנסחיה;²⁷ ובין השנים 2006–2013 עלו כמה תזות אקדמיות ישירות ועקיפות באשר לתכליתה ולגבולותיה.²⁸ הואיל ורוב התזות נהגו על ידי מלומדים מחוץ לשדה המשפט הפלילי (דויטש, בירנהק, אסיא ואלקלעי), הן אינן משקפות אותו ואינן מתכתבות עמו. כמו כן, רוב הספרות העברית בנושא נכתבה לא רק לפני פסק הדין העליון היחיד בנושא (שלהי 2015), אלא גם לפני שני פסקי הדין המחוזיים היחידים שהתייחסו לסוגיה המשפטית (2013, 2014).²⁹ יוצא שהדיון האקדמי הישראלי התיישן והוא מנותק למדי מהדוקטרינה ומהפרקטיקה בישראל. למרות זאת, יש הרבה ללמוד ממנו.

דויטש, ממנסחי החוק, יצא להגנתו ודחה כל קורטוב ביקורת שהושמע לגביו ולגבי איסור החדירה. לדבריו, בכל עברה יש עמימות והדבר עדיף על גישה קזואיסטית שתפגר אחר הטכנולוגיה. מחזיק של אתר באינטרנט זכאי להגדרת גבולותיו, שאינם על חשבון אחר, ומרחבו האוטונומי ראוי לכיבוד; הסכמתו תכריע והמשתמש מוגבל בגבולות ההרשאה.³⁰ בירנהק דחה את ההשוואה בין עברות מחשב לעברות התפרצות וגנבה והציג תזה מפורטת באשר לערך המוגן: לא פרטיות ולא קניין אלא שמירה על פעולת מערכת המחשב ללא הפרעה והתערבות; יש לפרש את האיסור כעקיפה טכנולוגית של קוד.³¹ אסיא ואלקלעי הדגישו שכלליות העברות בחוק המחשבים עלולה להביא להפלת התנהגויות שהיו מקובלות בענף התוכנה טרם חקיקת החוק. לדידן, את המפתח להבחנה בין מותר לאסור – היסוד "שלא כדין" – יש לפרש "שלא ברשות" או "בחריגה מרשות". הן הדגישו כי לאור ההגדרה של המונח "חומר מחשב" – מה שניתן למסירה, לפירוש ולעיבוד אנושי, דוגמת קבצים של עיבוד תמלילים – אינו מוגן על ידי איסור החדירה. נוסף על כך הן כתבו כי הגדרות החוק, שהתבסס על תזכיר מ-1987, כלל אינן תואמות את העולם העכשווי (2006) והעתידי; המציאות הטכנולוגית והתפיסה המשפטית השתנו מאוד בעשור האחרון, וכל המקרים לתקן

Whether to Ban Law Student Use of Laptops During Class, 92 U. DET. MERCY L. REV. 83 (2015)

- 27 מיגל דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" עיוני משפט כב 427, 430-431 (1999).
- 28 אחראי לכך בעיקר כרך ד' של **שערי משפט**, "עשור לחוק המחשבים": מיגל דויטש "חוק המחשבים במבחן העתים – זווית המבט של מציע החוק" **שערי משפט** ד (1) 257 (2006); מיכאל ד' בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" **שערי משפט** ד (1) 315 (2006); נעמי אסיא ורחל אלקלעי "עבירות מחשב בעשור החולף" **שערי משפט** ד (1) 397 (2006); שרון אהרוני-גולדנברג ואריה רייך "חדירה למחשב כעוולה נזיקית" **שערי משפט** ד (1) 415 (2006). מאמר נוסף שהוקדש לעברה: שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העבירה" **ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 429 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). מאמר אחר פורסם בגיליון "משפט ואינטרנט" של **הפרקליט** ודן בעברות שונות, לרבות חדירה לחומר מחשב: אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי", **הפרקליט** נב 67, 76-90 (2013).
- 29 חריג: אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים – בעקבות רע"פ עזרא" הסנגור 228, 4-10 (2016).
- 30 דויטש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 267.
- 31 בירנהק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 325-329, 333-334.

את ההגדרות – הרי זה משוכח.³² אהרוני-גולדנברג כתבה על חשיבות המחשב לאזרח המודרני והדגישה את קלות החדירה מרחוק ואת נזקיה: בלימת הקדמה המדעית ופגיעה בפרטיות, בחופש הביטוי, בקניין ובאוטונומיה. הסכמה תפריד בין חדירה פלילית או נזיקת לחדירה מותרת: עליה להיות חופשית, מודעת ומתאמת.³³ אם כן, אפשר לסכם שמרכיב הכותבים התייחסו ליסוד "שלא כדין" או לתכלית האיסור. דויטש, אסיא ואלקלעי ואהרוני-גולדנברג פירשו את היסוד "שלא כדין" כהיעדר רשות; דויטש, בירנהק ואהרוני-גולדנברג התייחסו גם לתכלית, וכל אחד הציע פרשנות אחרת. בירנהק ואסיא ואלקלעי ביקרו את רוחב החוק ועמימותו.

האחרון שהציע ניתוח דוקטרינרי היה החתום מטה. במאמר שנכתב ב-2011 ופורסם בתחילת 2013 דנתי בפרשנות היסוד העובדתי באיסור.³⁴ לאחרונה, בעקבות סיום פרשת עזרא, הוספתי ביקורת דוקטרינרית.³⁵ אתמצת את דבריי ואמחישם. אשר ליסוד ה"חדירה" כתבתי כי הפרשנות שלפיה "חדירה" היא כל גישה למחשב אינה סבירה.³⁶ מבחינת השפה העברית, התחברות למחשב, התקשרות למחשב והפעלתו רחוקות מלהיות "חדירה" ואיש לא יתארן ככאלו; לא כל שכן פעולות אחרות שהזכיר רובינשטיין, כמו שליחת תמונות דיגיטליות לאחר וכמו הפעלת מזגן או מכונת כביסה. הרעיון שחדירה לחומר מחשב כוללת לא רק גישת אדם לחומר אלא הנגשת חומר לאחר בלתי-מעוניין מוקשה אף הוא: הייתכן שמשלוח דואר זבל לאחר מהווה עברת חדירה לחומר מחשב דווקא?³⁷ הזכרתי כי מבחינת החוק הפורמלי, היסוד "חדירה" מופיע בשני צדי ההגדרה – הן כנושא והן כמושא – ולפיכך למעשה אינו מוגדר כלל, בדומה ליסוד "משחק" בנוגע ל"משחק אסור".³⁸ המחוקק כתב: "חדירה לחומר מחשב – חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו". הוא לא כתב: "חדירה לחומר מחשב – התקשרות או

32 אסיא ואלקלעי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 399, 413.

33 אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 434-444. ראוי לציין שאהרוני-גולדנברג ורייך כתבו דברים דומים בהקשר נזיקי: השוו את היסוד "שלא כדין" לשאלת ההסכמה, במפורש או מכללא, של בעל חומר המחשב, הדגישו את מרחב המחיה שהמחשב מקים, שהוא משמעותי לפחות כמו מרחבו הפיזי, המשילו את המחשב לבית, לחצר או לרכב, הדגישו את הצורך בהגנה על פרטיות המשתמש ואף על חופש המצפון שלו – הכול כדי לתמוך בזכות האדם לאוטונומיה להחליט מי יוכל לעקוב אחרי מעשיו במחשב ומי לא: אהרוני-גולדנברג ורייך, לעיל ה"ש 28, בעמ' 424-427.

34 הרדוף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 76-90.

35 הרדוף, לעיל ה"ש 29.

36 להגדרת גישה למחשב ככל אינטראקציה מוצלחת עם המחשב: Кер, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1647-1646.

37 דויטש סבר שלא: "אין להניח כהנחה כוללנית כי אין הנמען מסכים לכך שהדואר האמור, יישלח אליו, יותר מאשר פני הדברים לעניין דואר פרסומי מוחשי": לעיל ה"ש 28, בעמ' 274.

38 ס' 224 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש (פורסם באר"ש, 5.11.2015); וביקורת: אסף הרדוף "הפוך על הפוך: מכירה מקוונת כמשחק אסור, משחק אסור כעוולה נזיקית: בעקבות ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש" המשפט ברשת 50 6-20 (דצמבר 2015).

התחברות עם מחשב או הפעלתו". המלה "באמצעות" מרמזת שלאחר ההתקשרות וכדומה אמורה להתבצע פעולה נוספת, היא פעולת החדירה.³⁹ חדירה מתרחשת באמצעות התקשרות עם מחשב; היא אינה מתרחשת מעצם ההתקשרות. מסקנת הפסיקה – שלפיה כל תקשורת ממוחשבת, התחברות למחשב והפעלתו הן בגדר "חדירה" – אינה סבירה לשונית, אינה מדויקת אנליטית וכאמור בהמשך – אף אינה ראויה תכליתית.⁴⁰

אשר ל"שלא כדין" ציינתי כי זהו יסוד עמום במיוחד, ככתוב בהקשרים אחרים בפסיקה⁴¹ ובספרות.⁴² הוא אינו מסוגל לבצע את עיקר העבודה בסינון הפלילי, שהיא להבחין בין מיליוני פעולות ממוחשבות מקובלות בכל שעה בישראל לבין עשרות או מאות פעולות ממוחשבות פוגעניות. הרכיב מופיע בשורת עברות;⁴³ ככולן הוא אינו מבצע את עיקר עבודת הסינון אלא מותיר פתח יציאה היפותטי למקרים שבהם התקיימו יתר רכיבי העברה אך עדיין לא ראוי להטיל אחריות פלילית. כלומר: רכיב זה בא על פי רוב לתקן ליקוי של רוחב־יתר באיסור. אפשר היה להציע כיוון פרשנות מילולי, שלפיו "שלא כדין" פירושו "בניגוד לדין הפלילי" או אפילו "בניגוד לדין האזרחי". אולם כיוון זה אינו מחדד את האיסור אלא מרחיבו מאוד. אם "שלא כדין" פירושו "מעשה שאסור בדין הפלילי", הרי שכל פעולה ממוחשבת המפרה איסור פלילי נמצאת בסכנת הפללה כפולה: פעם ראשונה באיסור הפלילי הרגיל ופעם נוספת באיסור החדירה. מה התועלת בתחולת האיסור על חדירה אם כבר יש איסור מתאים אחר? מנגד, אם "שלא כדין" פירושו "מעשה שאין לעשות לפי הדין האזרחי", אין־ספור סוגי הפרות אזרחיות נבלעות באיסור וגבול העברה נהפך לעצום במידה מטרידה. האם "שלא כדין" פירושו "שלא בהיתר כדין"? לפי גישה כזו, פעולה כדין היא פעולה שנעשתה בהיתר מהדין, אולם בחוק נכתב "שלא כדין" ולא "שלא בהיתר כדין"; וממילא לא ברור מה הצורך בהחרגה מאיסורים של פעולות שגורמים רשמיים מוסמכים לעשותן "בהיתר מהדין", ודאי לאור סייג הצידוק בסעיף 34 לחוק העונשין.

39 בהצעת חוק המחשבים לא נקטה העברה האמורה הגדרה מעגלית, אלא הגדירה חדירה למחשב כ"התקשרות או התחברות עם מחשב": לעיל ה"ש 2.

40 הרדוף, לעיל ה"ש 29, בעמ' 7.

41 כדברי 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 ולכלוא תוך גבולות צרים וברורים, ולא לתת לו 'להשתולל' במרחבי החוק הפלילי והאזרחי": ע"פ 106/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלוש, פ"ד יט(1) 505, 509 (1965). כדברי השופטת בן פורת: "אין לך כמעט מלים שהתקשו ומתקשים לרדת לחקרן כמו המלים 'שלא כדין'; מתוך: ע"פ 257/79 סוויר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 779, 757 (1980).

42 עדי אור "דין היסוד 'שלא כדין' בדין הפלילי" עיוני משפט ח 561, 567-561 (1981).

43 ס' 141, 157, 158, 163, 191, 192, 196, 267, 305, 329-331, 333, 334, 336, 341, 376, 377א, 377ב, 379, 427, 428, 430, 447, 450, 451, 452, 454-456, 474 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

הוספתי כי פרשנות אקדמית⁴⁴ או פסיקתית⁴⁵ המחליפה את היסוד "שלא כדין" ליסוד "שלא בהסכמה" אינה לגיטימית. חילוף כללי ותמידי של רכיבי עברה הוא מהלך בעייתי ואינו סמכות תביעתית או שיפוטית. מהלך כזה אינו מגשים את המונח החוקי אלא סותרו, אינו מפרש את מילות המחוקק אלא משכתבן. כמו הרכיב "שלא כדין", גם רכיב "איי-ההסכמה" מככב בחוק העונשין;⁴⁶ בעברת התקיפה שניהם מופיעים.⁴⁷ מדובר במונחים שונים, והמחוקק הישראלי בחר באחד ולא באחר – אותו אחר שסביבו סבבו דיוני החקיקה. הבחירה ברעיון ההסכמה מניחה בפשטנות כי בהינתן הסכמה אין בעיה ובהיעדרה – יש; אולם לעתים לא די בהסכמה כדי להבדיל בין מותר לפסול, למשל בנוגע לעברות ההמתה; ההסכמה נסוגה מפני הפטרנליזם, המעדיף את טובת הפרט על האוטונומיה שלו.⁴⁸ כמו כן יש מקרים שגם בלי הסכמה תיחשב הפעולה מקובלת ורצויה או לפחות נסבלת. במקרים מסוימים הפעולה רצויה: למשל, ברגיל ביקורת אקדמית אינה מוזמנת מטעם המחוקק או השופט ואינה באישורם ולאשורם, אך היא עשויה להועיל למערכת ולחברה; להבדיל, כך גם חשיפה של פרצת אבטחה. חובות אזרחיות שונות אינן מבוטאות על רעיון ההסכמה במוכנו הקונקרטי (להבדיל מהסכמה פיקטיבית שמיוחסת לאזרח) וכך גם המשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט. נוסף על כך, במקרים מסוימים, כדברי בית המשפט העליון, הסכמה מייצרת הסכמה⁴⁹ – אך האם הסכמה מייצרת הסכמה? כאשר שופט מאשר לחדור למחשב בהתאם לסעיפים 23 + 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט-1979 – האם נעברת עברת חדירה, בהיעדר הסכמה של בעל המחשב?

"שלא בהסכמה" שונה מ"שלא כדין" וכך גם הרעיון שבבסיסו. הדבר בעייתי כשלעצמו ובעייתי במיוחד כשמביאים בחשבון שמונח ההסכמה עשיר במיוחד. לא ברור לאיזו צורה הוא מכוון – למשל: הסכמה בכתב, בעל פה או בהתנהגות? הסכמה מראש או הסכמה בדעיבה? – ולאיזה רוב של הסכמה הוא מכוון, למשל: הסכמה מדעת, הסכמה חופשית, הסכמה בוגרת וכדומה.⁵⁰

44 דויטש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 267-268; אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 29, בעמ' 443-444.
45 עניין עזרא, לעיל ה"ש 21, פס' יח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין בן שושן, לעיל ה"ש 16, פס' 17, ולעיל ה"ש 17, פס' 14.

46 ס' 139, 174, 193א(2), 203(ב)(3), 316, 345(א)(1), 345(א)(2), 345(א)(3), 345(א)(5), 348(ג), 349(א), 353, 363, 370, 373(א), 383(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

47 ס' 378 + 379 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
48 JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF 57, 68-69 (1989); Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759, 765 (2000).

49 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.3.2012).

50 האיסור על אינוס בס' 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1997 עניינו הסכמה חופשית; ס' 316(א) לחוק, שדן בהפסקת הריון, דורש הסכמה מדעת; ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) מגדיר הסכמה כהסכמה מדעת במפורש או במשתמע. לדיון במהות של רכיב ההסכמה במשפט הפלילי המהותי ובמורכבותו: Stuart P. Green, *Consent and the Grammar of Theft Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2505, 2506-22 (2007); אסף הרדוף עברת הגנבה פרק 4 (2014).

בעולם המקוון שאלה זו מורכבת במיוחד.⁵¹ בתפיסה רחבה מאוד של רעיון הגישה למחשב, אם מה שיחרוץ הוא ההסכמה, היא תיהפך למפתח מורכב במיוחד. כך, למשל, האם אתר האוסף מידע על גלישתני בלי ידיעתי, או אדם השומר תכתובות אלקטרוניות עמי בלי הסכמתי, מבצעים עברת חדירה?⁵² מה לגבי השגת מידע מאתרים פתוחים, בידי אדם או בתוכנת רובוט, במגמה להתחרות בהם בלי הסכמתם?⁵³ מי צריך להסכים? בעל המחשב, בעל האתר, בעל הרשת או מושא החומר? נניח כי מופצות תמונות עירום של ידועניות. האם אדם שקיבלן וצופה בהן בהסכמת חברו ששלח לו את התמונות, אך ללא הסכמת הבעלים, מבצע עברת חדירה לחומר מחשב? האם השוטר שתפס את החומר ומעיין בו, וכן התובע, מבצעים עברה? אדם גולש באתר חדשות ומפר צו שאסר עליו להתחבר לרשת משום שהורשע בפשע מקוון – האם ביצע חדירה אסורה?⁵⁴ האם מותר למשטרה לגשת לחומרי מחשב בלי אישור מפורש?⁵⁵ אם נכנסים לרזולוציה של ההסכמה קל לראות שהיא נפגעת בדרכים רבות וברבים שונים: בלי ידיעה בכלל, בלי מודעות למלוא הנסיבות, באי-חופשיות, באי-בגרות וכדומה.⁵⁶ לדידי, אפילו התרדמת העמוקה שבה שרוי המחוקק הישראלי בנוגע לפשע המקוון אין פירושה הסכמה לשינוי הדין, שינוי שכמוהו כחדירה לבית המחוקקים.

51 קר ביקר בחריפות את עמימות המונחים "גישה" (access) ו"אישור" (authorization), וכתב שהם בלתי-ברורים בעליל ועלולים ליצור איסור רחב בהרבה מכוונת המחוקק או מההיגיון. אין מדובר בגישה פיזית, וסטנדרטים של העולם הפיזי עשויים להפיק תוצאה שונה מאלו של העולם הווירטואלי. המונח "אישור" ברור יחסית כחלל הפיזי אך עמום בהקשר הממוחשב: Kerr, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1596-1599, 1643-1660. מצב החוק הישראלי קשה יותר: "חדירה" עמומה בהרבה מ"גישה", לפחות בעולם המקוון, ובשל הגדרתה המוזרה היא רחבה מאוד; "שלא כדין" הוא מונח בעל פוטנציאל רחב בהרבה מ"ללא אישור".

52 Richard W. Downing, *Shoring Up the Weakest Link: What Lawmakers Around the World Need to Consider in Developing Comprehensive Laws to Combat Cybercrime*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 705, 752 (2005).

53 עסקים מקוונים הולכים ומפעילים אמצעי אבטחה נגד תוכנות רובוט, המבצעות משימות ברשת בלי פיקוח אנושי, כדי למנוע מהן גישה לתוכן הפתוח לציבור בתואנה של הכבדה על שרת האתר, אך הסיבה האמתית היא חשש מתחרות עסקית. בתי משפט נתנו לבעלי אתרים כוח רחב להדיר אחרים מלגשת ולהשתמש במידע הגלוי בהם: Christine D. Galbraith, *Access Denied: Improper use of the Computer Fraud and Abuse Act to Control Information on Publicly Accessible Internet Websites*, 63(2) MD. L. REV. 320, 332-333, 338 (2004)

54 Gabriel Gillett, *A World without Internet: A New Framework for Analyzing a Supervised Release Condition That Restricts Computer and Internet Access*, 79 FORDHAM L. REV. 217, 222 (2010).

55 המותר למשטרה לגשת לאתרים פתוחים בחו"ל כדי לאסוף מידע? להפעיל סוכנים? לחפש ברשת? השאלות הן מורכבות. ראו חיים ויסמונסקי *חקירה פלילית במרחב הסייבר 145-150* (2015). הוסיפו על כך שאיסוף חומר ממוחשב, בכל דרך, נעשה באמצעות גישה אליו – ועלינו לתהות אם מדובר ב"גישה ללא הסכמה".

56 ראוי להבחין בין פגיעות שונות בערך דומה, על רקע הפגיעה השונה בהסכמה: אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם גובלותיהם" *עלי משפט יג*, 66, 91-120 (2016).

היסוד "חומר מחשב" מוגדר בחוק כ"תוכנה" או "מידע"; אלה מוגדרים, בין היתר, באמצעות המונח "המובעים/ות בשפה קריאת מחשב"; זו מוגדרת כ"צורת הבעה המתאימה למסירה לפירוש או לעיבוד על ידי מחשב או מחשב עזר בלבד". הגדרת עברה באמצעות מונח, המוגדר בעצמו על ידי שני מונחים, שמצדם מוגדרים על ידי מונח שגם הוא מובהר בהגדרה סבוכה, מקשה מאוד על הבנה ומעקב. בתי משפט השלום והמחוזי בעניין עזרא הסיקו מהאמור ש"חומר מחשב" הוא חומר שרק מחשב מסוגל לעבד; בית המשפט העליון, בעקבות פרקליטות המדינה, הכריע שכל פעולה אנושית במחשב יוצרת לא רק ביטוי שאדם מסוגל לעבדו אלא גם חומר שרק מחשב מסוגל לעבד ולכן אין סיבה לפרש את הרכיב בצמצום. בביקורת קצרה הטעמתי את המילה "בלבד", המופיעה בהגדרה של "שפה קריאת מחשב" ובה נתלו שופטי השלום והמחוזי, לעומת הפרקליטות ובית המשפט העליון שלא התייחסו אליה ולא הסבירו מה תפקידה בהגדרה. לא ייתכן לבטל מילה בהגדרה, ודאי לא מילה חשובה כ"בלבד", היוצרת בלעדיות ונראית חשובה מטבעה. לא ברור מה תפקיד הבלעדיות אליבא דפרקליטות ובית המשפט העליון.⁵⁷

5. סיכום המבט הפורמלי

למקרא החוק קשה מאוד להבין מה מותר ומה אסור. למקרא פסקי הדין נראה כי החוק שוכתב כמעט לבלי הכר: הרכיב "חדירה" נהפך ל"גישה"; הרכיב "שלא כדין" נהפך ל"שלא בהסכמה", המילה "בלבד" איבדה משמעות. רבות מהדוגמאות שהצגתי בפרק א.2 מקיימות לכאורה את רכיבי העברה כפי שפורשו: השתלטות על אתר אינטרנט; הקשה על טלפון נייד של אחר; הדלקת מחשב של אחר; שימוש במחשב שלא לפי תנאיו; עיון בתוכן דוא"ל פתוח שכוח; גישה לדוא"ל שלא ברשות מפורשת ומותאמת; חיטוט בפייסבוק של ילד; עיון בדוא"ל עם צרופה ואי-מחיקתו; עיון בתוכן פייסבוק פתוח שכוח; הצהרה שקרית וקבלת גישה לאתר, לפורום, לרשימת תפוצה וכדומה; שימוש בססמה של אחר לאתר המוגן בזכויות יוצרים; הורדת קבצים מוגנים בזכויות יוצרים שלא כחוק; שליחת מסר אלקטרוני בלתי-רצוי; עיון בתמונות מצד טכנאי; וייתכן שגם פתיחת מסך או הצצה ממושכת. תרחישי המשטרה מאתגרים בתארים הסכמה שאינה חופשית. האם די בהסכמה לא חופשית? האם די בהסכמה שלא מדעת? האם די בהסכמה לא בוגרת? האם הורה יכול לחטט בחומר המחשב של ילדו נגד רצונו של האחרון מתוך טענה שההורה רשאי להסכים בשמו? איזו הסכמה נדרשת ומצד מי בדיוק? לא ברור. יותר מדי פעולות נתפסות ברשת, יותר מדי סימני שאלה עולים. עד למקרא פסק דינו של השופט רובינשטיין, האפשרות להביא את העברה למחוזות של כיבוי מזגן הרחיקה-לכת מעבר לדמיוני. לא רק משום שלא על מחשב כזה חשבתני, אלא בעיקר משום שלא העליתי בדעתי שמישהו יכנה זאת "חדירה". האם סייג זוטי הדברים יפתור את הבעיה? מסופקני. בחיי המעשה מדובר בסייג חלש מאוד.⁵⁸ מה לגבי שיקול הדעת התביעתי? בטוחני שייערך סינון ניכר וראוי. אולם על סמך אילו אמות-מידה? אם אפשר לגבש כאלו, ראוי שהמחוקק יעשה כן בשלב ראשון ויפרטן בשלב שני, או למצער בית המשפט העליון

57 הרבה לפני עניין עזרא הדגישו אסיא ואלקלעי את המסר האמור: לעיל ה"ש 28, בעמ' 413.

58 לפסיקה מובילה ראו 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).

יעשה כן, להבדיל ממצב שבו הפרקליטות מקבלת החלטות הרות-גורל עבור הפרט, בלי שקיפות שתאפשר בקרה ציבורית והבנה אזרחית של העברה. בשל עמימותה יוצאת הדופן של הדוקטרינה, שאלת התכלית נהפכת ליותר מחשובה: היא קריטית כדי להאיר על אפולוליות העברה. כפי שנראה, גם היא מורכבת הרבה יותר מכפי הנדמה.

ג. דיון נורמטיבי אנליטי

1. מבוא תכליתי

לתכליתו של איסור חשיבות רבה. במישור הדוקטרינרי היא חשובה לקביעת גבולות העברה, לעתים ככלי פרשני פורמלי. סעיף 34 ככא לחוק העונשין קובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, ויכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". כאשר הדין עמום במיוחד וניתן לפירושים סבירים אחדים, תכליתו תקבע אם הנאשם ייהנה מהפירוש המצמצם.⁵⁹

במישור הנורמטיבי יש לתכלית חשיבות עצומה: "מחקר אל תוך המקור, השורש, אל סיבתה ופשרה של העברה".⁶⁰ האיסור אינו אלא מכשיר להגשמת ערכים וערכים אלו הם התכלית. אף שהיא בלתי-כתובה ולעתים קשה לגילוי, התכלית קודמת לאיסור ואין לו חיים בלעדיה. התוצאה הרעה המתרחשת או מסתמנת עקב ביצוע העברה היא הסיבה לקיומה.⁶¹ האיסור גופו – יסודות העברה – אינו ארון אלא משרת להגשמת התכלית. תשומת לב מעטה מדי מוקדשת לה, באופן כללי ובאופן קונקרטי. הפסיקה נוטה להתמקד בגוף האיסור ולא ברוחו, וכשהיא נוגעת ברוחו הדבר מתבצע על פי רוב באגביות, בתמציתיות ובשטחיות. כך, למשל, בנוגע לעברת האינוס הנטייה היא לכתוב שהעברה מגנה על האוטונומיה המינית, אף שתכלית זו אינה מבדילה בין האינוס לבין עברות מין אחרות;⁶² בנוגע לעברת הגנבה הנטייה היא לכתוב שהעברה מגנה על הקניין, אף שתכלית זו אינה מבדילה בין גנבה לבין עברות רכוש אחרות.⁶³

הרוח חשובה לגוף, המתקשה לתפקד היטב בלעדיה, והיא ראויה למבט מעמיק. מבט כללי יחכה להזדמנות אחרת; מבט קונקרטי בעברת החדירה לחומר מחשב יוצע מיד. בפרק המרכזי במאמר ארון בתכלית בשני רבדים: באחד אצביע על קשיים כלליים ודוקטרינריים בכל תכלית אפשרית; באחר אבחן אם הניסוח יוצר התאמה מרבית בין

59 הנוסח המקורי שהוצע לסעיף ביקש לעודד את בתי המשפט לפרשנות מצמצמת, משום שהם אינם מרכיבים בצמצום; הנוסח הסופי, שנקבע בהיוועצות מוזרה בין המחוקק לבין השופט ברק, הוסיף את שתי המילים "לפי תכליתו" ובכך צמצם מאוד את תחולת הסעיף: בועז סנג'ורו "פרשנות מרחיבה בפלילים!" עלי משפט ג 165, 177-178 (2003).

60 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 202 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980).

61 אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 272-273 (2012).

62 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 56.

63 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 50, פרקים 3-4.

משמעותו הלשונית המקובלת של האיסור לבין תכליתו.⁶⁴ אשתמש במבחן ההתאמה הערכית-יסודית (להלן: מבחן ההתאמה), הבודק עד כמה יסודות העברה, כפי שפורשו, מתלכדים עם תכלית העברה לסימביוזה מושלמת.⁶⁵ מבחן ההתאמה מודד את הזיקה בין שני חלקיו המכריעים של האיסור: הערך – החלק הנורמטיבי, ההצדקה לעצם קיומו – מחד גיסא; ויסודות העברה – החלק הפורמלי, האיסור כפי שנוסח בידי המחוקק – מאידך גיסא. עד כמה מחוברים לב האיסור וגופו?

לכחינה כזו שלוש תוצאות אפשריות: תכלית רחבה מדי פירושה שהערך המוגן כפי שהוצע ונוסח תובע הפללה של התנהגויות רבות נוספות הפוגעות ברצינות ותיוגן כעברה; תכלית צרה מדי פירושה שהערך המוגן כפי שהוצע ונוסח אינו נפגע בחלק מהמצבים המתויגים כעברה; התאמה מושלמת פירושה שהערך כפי שהוצע ונוסח נפגע בכל מקרה של עברה ורק בו. התאמה בין איסור לתכליתו אינה תרגיל אקדמי אלא דרישה שבחוקה (מבחן ההתאמה הרצינונית שבפסקת ההגבלה) ובהיגיון. אם הבחינה תגלה שהתכלית צרה מדי או רחבה מדי, נדרשת חשיבה מחודשת על התכלית, על האיסור ואולי על שניהם. בניסוח של איסור המחוקק נדרש לפרוש רשת מדויקת ככל האפשר: לא רחבה מדי, הכוללת התנהגות שאין לאסור, ולא צרה מדי, שאינה יכולה לממש את מטרת האיסור. רשת רחבה מדי מטילה הגבלה לא מוצדקת על החירות ורשת צרה מדי דורשת מבית המשפט להרחיב את האיסור ועלולה לפגוע בעקרון החוקיות. הגדרת העברה צריכה להתאים לערך המוגן ולשקפו.⁶⁶ עברה היא רחבה מדי (overinclusive) כשהרצינון שלה חל רק על חלק מההתנהגות הנאסרת, כלומר: אפשר לעבור על החוק גם בלי להזיק; עברה היא צרה מדי (underinclusive) כשהרצינון שלה חל גם על התנהגות שאינה אסורה, כלומר: אפשר להזיק גם בלי להפר את החוק.⁶⁷ ראוי להדגיש: אינני טוען שיש בספר החוקים עברה העוברת את הבחינה בציון מושלם וגם אינני טוען שאין עברה כזו; זהו עניין המתאים לדיון במסגרת עצמאית רחבה. דיון בכל עברה הוא מורכב ומצריך מסגרת רחבה, כפי שאפשר יהיה להתרשם מהדיון באיסור החדירה לחומר מחשב. אולם, אין צורך בהנמקה מורכבת במיוחד כדי להבין שאיסור שאינו משרת את תכליתו בכל רבדיו – בין משום שהוא צר מדי ובין משום שהוא רחב מדי – הוא פחות ממושלם. ככל שהרבדים האמורים רחבים יותר, האיסור מתרחק משלמות. איסור שתכליתו וגופו אינם חופפים כלל הוא איסור הראוי לציון אפס.

האם יש ערך שיאפשר סימביוזה מושלמת או קרובה למושלמת עם גוף עברת החדירה לחומר מחשב בישראל? לאיסור הוצעו ערכים מוגנים שונים, לאו דווקא קרובים, בספרות ובפסיקה: קניין, פרטיות, הכנה לעברה, תפקוד טכנולוגי נאות. אבחן אותם בזה אחר זה במבחן ההתאמה ואראה כי אף אחד מהם אינו מציע התאמה מושלמת או קרובה לכך.

64 הרדוף, לעיל ה"ש 29, בעמ' 71.

65 למבחן כאמור ראו הרדוף, לעיל ה"ש 50, בעמ' 111-112.

66 קרמניצר, לעיל ה"ש 60, בעמ' 49-51, 172, 193-196.

67 DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 154-157

(2008). להצעה להתמקד גם בצרות-יתר, כדי לאפשר "הפללה מספיקה" שתוכל להשיג את

מטרתה, בשונה מ"הפללה סלקטיבית", ראו אסף הרדוף הפשע המקוון 73-76 (2010).

יודגש כי אינני טוען שעריך כלשהו ראוי להגנה מושלמת, באיסור מסוים או בכלל. ככל ערך, גם קניין, פרטיות וכדומה אינם ערכים מוחלטים ואין אף איסור שמגן עליהם הרמטית. כאשר אני תר אחר התאמה מושלמת לגבי ערך מסוים שהוזכר כתכלית האיסור, ומגלה שהאיסור אינו מגן עליו בהקשרים מסוימים – הביקורת המשתמעת מכך אינה שהערך אינו קשור לאיסור כלל; הביקורת היא שהערך – כפי שנוסח, ברמת הפשטה והכללה גבוהות – אינו משקף התאמה גבוהה. פירוש הדבר הוא שהשפה או אפילו התפיסה שלנו לגבי הערך האמור אינה חדה דיה. אף איסור אינו מגן על ערך מופשט ורחב במלואו, אלא לכל היותר על הקשר מסוים שלו. נקודה זו אולי נראית בנלית, אך היא מתחברת לרובד ביקורת בנלי פחות. פשוט להציע תכליות שונות כבסיס לאיסור כשהן ברמת הפשטה גבוהה: הן מתחברות לאיסור ומצדיקות אותו בקלות; אולם רמת הפשטה גבוהה מעלה את התהייה מה מיוחד באיסור בהשוואה למקרים אחרים שבהם נפגע הערך המופשט. אם איננו מסוגלים לספק תשובה משכנעת, גם האיסור אינו יכול עוד לשכנע.⁶⁸ במילים אחרות: כדי להצדיק איסור בשם ערך מסוים לא די להראות חפיפה ביניהם, משום שהערך חופף למקרים רבים שאינם מכוסים באיסור – בכל איסור; נדרשת תכלית מדויקת יותר. האם התכליות שהוצעו לאיסור החדירה לחומר מחשב הן חרות ומשכנעות? מיד נראה שלא.

2. הסגת גבול, הפרת קניין (מכונן) והפרת קניין רוחני

פוטנציאל הנזק הכלכלי של שימוש לרעה במחשב התברר בשנות השבעים המוקדמות בארצות-הברית. בהיעדר חקיקת מחשבים נאלצה התביעה להעמיד לדין באישומי רכוש כהסגת גבול, פריצה וגנבה. עקב קשיים בהחלת היסודות של עברות ותיקות אלה בהקשרים ממוחשבים, שאותם לא צפה המחוקק, נולדה חקיקה מיוחדת.⁶⁹ בספרות האמריקנית הוצעה תכלית קניינית לעברה.⁷⁰ אצלנו היא הוצעה, ברבדים מסוימים, בחקיקה, בספרות ובפסיקה. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי האיסור על חדירה ללא רשות כדין (כנוסח האיסור שהוצע) נועד "לטפל בהסגת גבול במחשב".⁷¹ בספרות, אהרוני-גולדנברג ורייך כתבו על הצורך לספק הגנה קניינית חזקה למחשב, כמו לבית ולרכב.⁷² בהמשך הוצעה אהרוני-גולדנברג שבהיותו של המחשב האישי כלי לאחסון מידע, כלי חישוב, כלי שליטה ובקרה, כלי חברתי-בידורי וכלי תקשורת – תפקידו בעולם המודרני חשוב עד כדי היותו "קניין מכונן" של הפרט וחלק בלתי-נפרד מאישיותו ומהאוטונומיה שלו.⁷³ היא הדגישה את הזכות לקניין רוחני כחלק מתכלית האיסור, וגרסה שהביטוי הממוחשב של כתיבת הפרט ופועלו במחשבו שייכים לו – בשל קניינו המוחשי במחשב ובשל העמל שהשקיע בהפקתו; כך גם בתקשורת בין מחשבים, תהא זו יצירה אינטלקטואלית, מידע אישי רגיש או סתמי. בעלות

68 תורה לפרופ' מרים גור-אריה על שיחה שערכנו בנושא.

69 Kerr, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1605.

70 הוטעמו אינטרסים קנייניים הנפגעים כתוצאה מגישה בלי הרשאה ומפרצנות, כמו גנבת מידע כלכלי וסודות מסחר: Downing, לעיל ה"ש 52, בעמ' 720-722.

71 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 480.

72 אהרוני-גולדנברג ורייך, לעיל ה"ש 28, בעמ' 424-425.

73 אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 434, 443.

קניינית במידע הממוחשב האגור במחשבו של הפרט מקנה שליטה במידע, הכוללת זכות למנוע הסגת גבול, חדירה למחשב ושימוש לא מורשה בו.⁷⁴

בעניין עזרא אימצה פרקליטות המדינה את הביטוי "קניין מכונן" וחזרה עליו רבות, בהטעמת המחשב כ"ביטוי לאוטונומיה".⁷⁵ הפסיקה הייתה דרמטית פחות,⁷⁶ אך בעניין בן שושן הוצע כי מטרת העברה היא למנוע הסגת גבול.⁷⁷ בעניין עזרא הציג השופט רובינשטיין דוגמאות מהמשפט העברי, כתב שאיסור הסגת הגבול אינו תלוי בקיום מכשול פיזי ושהזכות הקניינית בנכס יוצרת גבול בינו לבין כולי עלמא; הסגת גבול אפשרית גם בקניין רוחני ומבחינה מושגית אין הבדל בין הסגת גבול בספר, שהוא קניין רוחני, לבין הסגת גבול בגזלה של קניין מחשבי: זכות הקניין במידע האגור במחשב – מוגנת.⁷⁸ בפרשות טננבאום,⁷⁹ זלוטובסקי⁸⁰ ועזרא⁸¹ הועלתה השוואה בין חדירה לחומר מחשב לבין התפרצות, המאותתת הן על רעיון הסגת הגבול והן על מניע עברייני קנייני.

יש היגיון בתפיסה של חומר המחשב כקניין ושל חדירה למחשב כפוגעת בקניין זה: המחשב משמש לקניית טובין ולמכירתם, לניהול חשבון בנק, לשייוק ופרסום, ליצירת קניין רוחני ומודלים עסקיים ועוד. בעניין עזרא הייתה הפגיעה קניינית במובהק: העברה כספית בלי רשות וידיעה. גם בעניין בן שושן הפגיעה לכאורה מתקשרת לקניין – תפקוד המערכת – על רקע כסוך כספי עם עובד לשעבר.⁸²

מנגד עולות תהיות. העולם הקנייני מרובד ומגוון וכולל הסדרים משפטיים רבים לקידומו ולהגנתו. כך, למשל, ההבחנה הבסיסית בין קניין גשמי לקניין רוחני מלמדת שלמרות המושג המשותף יש שוני מהותי בין השניים, ומה שנכון לאחד לא תמיד נכון לאחר – הן

74 שם, בעמ' 436, 439-442.

75 פרקליטות המדינה, לעיל ה"ש 4, פס' 8, 46-47, 67, 91.

76 לא הרי "קניין" כ"קניין מכונן". המונח האחרון ביקש אך להדגיש שהמחשב חשוב במיוחד לפרט וראוי להגנה גדולה במיוחד מבחינה תרבותית, חברתית וכלכלית: אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 434.

77 כך בשתי ערכאות: עניין בן שושן, לעיל ה"ש 16, 17.

78 עניין עזרא, לעיל ה"ש 21, פס' טו לפסק דינו.

79 השופטת ברלינר השוותה את "האנלייזר" לראש כנופיית פריצות לבתים, והנזק שנגרם עקב החדירה למחשב תואר כנזק הגדול מהנזק הכרוך בפריצה לבית: ע"פ (מחוזי ת"א) 71227/01 מדינת ישראל-פרקליטות מחוז מרכז נ' טננבאום, פ"ד תשסא (2) 595 (2002).

80 היה זה מתיקי פרשת הסוס הטרויאני. השופט ריבלין קיבל את עמדת המדינה בכותבו "החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו": בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, תק-על-05 (3) 2854, פס' 7 לפסק דינו (2005).

81 אשר להשוואה בין עקיפת מכשול טכנולוגי לבין גישה ללא רשות, כתב השופט רובינשטיין כי התפרצות לבית חמורה מהסגת גבול, אך שתיהן עברות: לעיל ה"ש 21, פס' טז לפסק דינו; ואילו השופט מזוז כתב: "חדירה למחשב הזולת כמוה כחדירה ללא רשות (התפרצות) לבית מגורים או בית עסק של הזולת, או חדירה (פריצה) ללוקר (ארונית) במלחמה. כל אדם בר דעת מבין כי כניסה שלא ברשות לנכס הזולת אינה מותרת, גם במנותק מהתכלית (העבריינית או הקונדסית) לשמה מבוצעת החדירה"; שם, פס' 4.

82 במכת חד יותר, הפגיעות הקנייניות נובעות לא מהחדירה אלא מהמעשה שאחריה: הגנבה (עניין עזרא) והשיבוש (עניין בן שושן).

מבחינת ההצדקות והן מבחינת הדוקטרינה, הגוף וההגנות.⁸³ האם הקניין הרוחני הוא מסגרת מתאימה להחירה לחומר מחשב? אם כן – ייתכן, למשל, שגולש המוריד תכנים המוגנים בזכויות יוצרים שלא כחוק, ושעורך־דין צעיר המשתמש בסיסמה של אחותו הסטודנטית כדי לגשת חנינם לאתרים משפטיים בתשלום, "חודרים לחומר מחשב" בגין ביצוע עוולה של הפרת זכות יוצרים. זהו טיעון מרחיק־לכת ולא אינטואיטיבי.

הדימוי לעולם הפיזי בכלל ולעברה של הסגת גבול בפרט מעלה קשיים דוקטרינריים. ראשית, אשר לרכיב המפתח הפסיקתי "שלא ברשות", לא כל מגע ברכוש ושימוש בו ללא רשות הוא "הסגת גבול" או עברה בכלל. אין עברה כללית של מגע ברכוש ללא רשות, אף שיש עברה של שימוש בכלי רכב ללא רשות.⁸⁴ שנית, אשר לעצם ההשוואה לעברת הסגת גבול, מבט בכותרת של סעיף 447 לחוק העונשין מעלה כי לא באותו דבר עסקינן: לא "הסגת גבול" אלא "הסגת גבול כדי לעבור עבירה". גוף העברה מגלה כי לא די ביסוד הכניסה לנכס או בהישארות בו שלא כדין להתקיימות העברה; נדרש יסוד נפשי של כוונה מיוחדת. על פעולת הכניסה או ההישארות להיעשות "כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה". להבדיל, סעיף 5 לחוק המחשבים הופך את החדירה לחומר מחשב לחמורה יותר אם נעשתה כדי לעבור עברה נוספת, מחוץ לחוק המחשבים; סעיף 4 לחוק זה לא רק שאינו דורש כוונה לעבריינות – הוא אף אינו דורש כוונה להסב תחושה קשה לבעלים. שלישית, מה גבולותיו של רעיון הסגת הגבול בהקשר האלקטרוני, שכידוע מאתגר מאוד את מושג הגבולות?⁸⁵ גם מושג ההחזקה מקבל משמעות שונה מאוד בהקשר זה: החזקה היא פעולה קלה במיוחד לביצוע בעולם המקוון – ולא סלקטיבית במיוחד, במובן זה שרבים מאוד המחזיקים ומעטה מאוד הבלעדיות.⁸⁶ בעולם הפיזי, המחזיק במקרקעין ברור וקל לזיהוי לעומת המחזיקים האלקטרוניים העמומים והרבים.

מבחינה אנליטית מתעוררים קשיים במבחן ההתאמה. באיזו תכלית עסקינן? ראוי לשים לב שהתכלית של הסגת גבול שונה מהתכלית הכללית של הגנת קניין. היא צרה ממנה בעיסוקה בזווית מדויקת מאוד של הקניין הרחב, והיא רחבה ממנה בעיסוקה בסיכון שאינו כרוך בפגיעות קנייניות רבות. הסגת גבול בחלל הפיזי כרוכה בפגיעה מופשטת בקניין ובפוטנציאל להתקלחות אלימה. במעבר לחלל האלקטרוני הפגיעה המופשטת משתנה

83 למשל: Green, לעיל ה"ש 50, בעמ' 216–243; JOSEPH WILLIAM SINGER, INTRODUCTION TO PROPERTY 810 (2nd ed., 2005); Chad Woodford, *Trusted Computing or the Big Brother? Putting the Rights Back in Digital Rights Management*, 75 U. COLO. L. REV. 253, 259, 265–267 (2004); John R. Grimm et al., *Intellectual Property Crimes*, 47 AM. CRIM. L. REV. 741, 790–4 (2010); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" **משפטים** לא(2) 359, 361–367 (2000); עופר טור־סיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחידושים במשפט הישראלי)" **קריית המשפט** ה' 177, 208–210 (2005).

84 קרמניצר, לעיל ה"ש 60, בעמ' 285–286; הרדוף, לעיל ה"ש 50, בעמ' 140–141.

85 David R. Johnson and David Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367, 1368–1376 (1996).

86 הרדוף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 105–112; אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפלה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" **מאזני משפט** י' 209, 241–242 (2015).

ופוטנציאל האלימות נעלם.⁸⁷ בהנחה שאנו עוסקים בתכלית המופשטת של קניין, ברור שהתכלית רחבה מדי. גודל הענף מרמז שהערך המוגן "קניין" תובע הפללה של התנהגויות רבות נוספות הפוגעות ברצינות ותיוג שלהן כעברה. עולם הקניין נפגע בשפע הקשרים ממוחשבים ופיזיים. על הפיזיים לא אכביר;⁸⁸ אך גם בעולם הממוחשב פגיעה קניינית אינה מתמצה בגישה לחומר מחשב בלי רשות: הפרת חוזה מכר מקוון, סחיטה מקוונת ועברות אחרות מחוק המחשבים (כשיבוש חומר מחשב) כרוכות לעתים בפגיעה בקניין. בהקשר זה התכלית צרה מדי. ראשית, הכותרות "קניין" או "קניין רוחני" אינן משקפות היטב – וודאי שאינן ממצות – חלק גדול מהעולם הממוחשב, שחלק גדול מפעולותיו אינו מתקשר לתכלית קניינית. כאשר אדם גולש באתרי חדשות, קורא בלוגים, מעיין בתמונות חבריו ברשת החברתית, משחק במקוון ושומע מוזיקה ביוטיוב, קשה לתאר את פעולות הגלישה כקניין ולהצדיקן בתאוריות קנייניות מגוונות, תועלתניות או תוצאתניות, שעניינן זכויות ויעילות, אישיות וטיפוח עצמי, ציפיות מוצדקות, צדק חלוקתי, עבודה ועמל.⁸⁹ שנית, ובהמשך לכך, חלק גדול מהגישה למחשב ללא רשות אינו מגלם פגיעה קניינית. כאשר אדם מגיע לפורום אידאולוגי ומעיין בו בלי רשות – למשל: רפתן המגיע במרמה לפורום טבעוני או מיוזג הנכנס לפורום פמיניסטי סגור – תיאור הפגיעה כקניינית נראה לא הולם. כך גם לגבי אדם המציף למחשבו של חברו, מביט באתרים שבהם הוא גולש, מעיין בדוא"ל ובכתובות אישיות מטעמי סקרנות וכדומה. ערך עצמאי בולט אחר עלול להיפגע מפעולות אלו: הפרטיות. אולי הוא התכלית המתאימה?

3. פגיעה בפרטיות

בהתחשב באתגר הטכנולוגי, הכלכלי והחברתי, הדאגה המשפטית לפרטיות מתבטאת בכתיבה עשירה זה שנים רבות.⁹⁰ הדאגה גוברת בעידן הטלפונים החכמים, על שלל יישומיהם ועושר

87 הרדוף, לעיל ה"ש 50, בעמ' 125, 145.

88 שם, בעמ' 117.

89 קצרה היריעה מלהסביר באריכות מדוע פעולות גלישה כאמור אינן מתאימות לתיאור כקניין, אך נראה לי שהטיעון אינטואיטיבי מאוד. לתאוריות המצדיקות את תפיסת הקניין האמורה ראו JOSEPH WILLIAM SINGER, INTRODUCTION TO PROPERTY 13–19 (2nd ed., 2005); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (2) 359, 361–367, 383–390, 403–407 (2001).

90 למשל: AMITAI ETZIONI, THE LIMITS OF PRIVACY 75–102 (1999); Michael A. Froomkin, *A New Legal Paradigm? The Death of Privacy?*, 52 STAN. L. REV. 1461, 1465–1543 (2000); Daniel J. Solove, *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, 75 S. CAL. L. REV. 1083, 1084–1167 (2002); Daniel J. Solove, *Electronic Surveillance Law*, 72 GEO. WASH. L. REV. 1264, 1265–1301 (2004); מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל י"א 9, 20–21, 36–38, 44–61 (2007).

המידע הגלום בהם.⁹¹ בארצות-הברית הוגדרה תכלית זו כחלק מבסיס האיסור.⁹² הגנת הפרטיות כרציונל לאיסור על חדירה לחומר מחשב היא רציונל אינטואיטיבי מאוד ויש לה בסיס פסיקתי וספרותי. בפסיקה, בעניין זלוטובסקי הטעים השופט ריבלין את הפגיעה הקשה בפרטיות שבחדירה למחשבו האישי של אדם: "ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר, הוא המגירה האישית של בעליו, והוא אוצר בתוכו, תכופות, מידע פרטי, אישי, ולעיתים כמוס. החדירה אל המחשב האישי כמוה כחיטוט בחפציו האינטימיים".⁹³ בעניין לאופר, בדיון ענישה, הטעימה השופטת פרוקצ'יה את הצורך בהגנת הפרטיות על עולמו האינטימי של האדם בעולם המודרני, גם בשל הקלות של חדירה אליו.⁹⁴ בעניין דביר כתב השופט עמית שהטלפון החכם הטיפוסי מכיל תקשורות אינטימיות, תמונות אינטימיות, נתוני גלישה אינטימיים ועוד; זהו ידידו הטוב החדש של האדם, שומר סודו.⁹⁵ בעניין זינגר כתב השופט סולברג כי "אין חולק, כי בימינו-שלנו מכיל המרחב הוירטואלי הפרטי – תיבת הדוא"ל, חשבון הפייסבוק ודומיהם – מידע פרטי ורגיש מאין כמותו".⁹⁶ בעניין עזרא הדגישה פרקליטות המדינה את הזכות החוקתית לפרטיות כחלק מבסיס האיסור על חדירה לחומר מחשב.⁹⁷ בספרות, אהרוני-גולדנברג ורייך הדגישו כי אדם מחזיק במחשבו את כל עולמו, ומצאו כי התכליות שבבסיס הזכות לפרטיות תומכות בהגנה מחדירה לרשות היחיד שלו, כביתו ומחשבו.⁹⁸ בהמשך הדגישה אהרוני-גולדנברג את הפגיעה הקשה בפרט עקב חשיפת המידע הממוחשב שלו, את צמצום יכולתו לפתח רעיונות בחופשיות, לנוח ממטרדים חיצוניים כפרסומות קופצניות, לתקשר בסודיות ולהתבטא.⁹⁹ היגיון רב ואינטואיציה חזקה תומכים בטענה שערך הפרטיות הוא שבבסיס האיסור. אדם שניגש בלי רשות למחשב של אדם אחר – לדוא"ל, לרשת חברתית, לנתוני גלישה, ליומן ממוחשב וכדומה – פוגע בפרטיותו, לעתים מאוד. יותר מתפישת המחשב כ"קניין מכוון" קל לראותו כ"פרטיות מכוונת" ואולי כ"מכוון פרטיות". גם תפיסה זו מעוררת קשיים, מבחינה דוקטרינרית ומבחינה אנליטית.

מבחינה דוקטרינרית, להבדיל מהקניין, המוגן בשפע עברות פליליות ומפוזר בחוק העונשין ובחוקים נוספים, ערך הפרטיות זוכה להגנה שיטתית בחוק עצמאי, חוק הגנת הפרטיות.

91 למשל: Andrew T. Hernacki, *A Vague Law in a Smartphone World: Limiting the Scope of Unauthorized Access under the Computer Fraud and Abuse Act*, 61 AM. U.L. REV. 1543, 1544–1546 (2012); Andrew McNichol, *Privacy in the Age of Smartphones: A Better Standard for GPS Tracking*, 45 ARIZ. ST. L.J. 1277, 1277–1279 (2013)

92 נכתב כי גישה לחומר מחשב בפרצנות או ללא היתר פולשת לפרטיות, בקשר למידע רפואי ובהקשרים נוספים: Downing, לעיל ה"ש 52, בעמ' 723.

93 עניין זלוטובסקי, לעיל ה"ש 80, פס' 7.

94 ע"פ 9893/06 לאופר נ' מדינת ישראל, פס' 19 (פורסם באר"ש, 31.12.2007).

95 ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פס' 7 (פורסם באר"ש, 14.7.2015).

96 רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב נחמיאס, פס' 42 (פורסם באר"ש, 10.5.2016).

97 פרקליטות המדינה, לעיל ה"ש 4, פס' 43, 48–49, 65–66.

98 אהרוני-גולדנברג ורייך, לעיל ה"ש 28, בעמ' 425–428.

99 אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 438–439.

בהנחה שהמעשים שתוארו לעיל פוגעים בפרטיות – מדוע שלא להילחם בהם באמצעות חוק שנושא בכותרתו את הערך המוגן ובעזרת הסעיף שמתאר את הפגיעה המופשטת? **מבחינה אנליטית**, שוב לפנינו רציונל הרחוק מהתאמה מושלמת לאיסור. הוא רחב מדי משום שפגיעה בפרטיות תובעת הפללה ותיוג דומה של שפע התנהגויות פוגעניות אחרות. רבות מהפעולות הממוחשבות, שנחשבות פרטיות ושגישה אליהן ללא רשות כביכול מצדיקה את תחולת האיסור, כוללות מקבילה בעולם הפיזי. אדם שקורא מכתב של אחר בלי רשותו, שמקשיב לשיחתו בלי רשותו (ללא מכשיר),¹⁰⁰ שמציץ ומחטט בהקשרים פיזיים, שאוסף או מעיין בנתונים על הרגלי הצפייה בטלוויזיה של אחר או על פעילותו החברתית בלי הסכמתו – כל אלה לא הביאו ליצירת עברה פלילית ייחודית הסובבת סביב טכנולוגיה. קריאה ביומנו האלקטרוני של אדם בלי רשותו היא מעשה פוגעני וחמור הראוי להגנת המשפט, וכמוה גם קריאה ביומנו הפיזי בלי רשותו. הצצה בתמונותיו האלקטרוניות ללא רשותו פוגעת בפרטיותו, וכמוהו גם הצצה בתמונותיו המודפסות. הצצה לכתיבת תלמיד במחשבו בשיעור היא דבר טורדני וכמוהו גם הצצה לכתיבתו במחברתו או האזנה ללחישותיו. ייתכן שבהקשר ממוחשב גדל פוטנציאל הפגיעה בגין ריכוזיות המידע וקלות אחזורו, אך אין זה מבטל את הפגיעה בהקשר לא ממוחשב. הפרטיות – ערך טעון ומרובד¹⁰¹ – מתקשרת לחופש המחשבה, לשליטה על הגוף ועל מידע אישי, להתבודדות בבית הפרטי, לחירות ממעקב, להגנת מוניטין ולהגנה מחיפושים וחקירות.¹⁰² כל אלה ראויים להגנה גם מחוץ להקשר הממוחשב. במובן זה, ברור שאיסור החדירה צר מלכסות את עולם הפגיעה בפרטיות. גם בתוך העולם הממוחשב אפשר לזהות מקרים שבהם ערך הפרטיות נפגע והם אינם מכוסים באיסור החדירה לחומר מחשב. למשל, הפצה של תמונת עירום של אדם או מידע אישי אחר ללא הסכמתו ודאי פוגעת בפרטיותו, וכך גם קבלת התוכן האמור, החזקתו ועיון בו. רכילות במחשב עשויה לפגוע קשות בפרטיותו של אדם, דוגמת שיימינג במקרה הקיצוני או דיון באישיותו של אדם מאחורי גבו. חיפוש פרטים אישיים של אדם באמצעות מנוע חיפוש עשויה לפגוע בפרטיותו. שמירת תמונותיו של אדם וצפייה בהן לשם סיפוק מיני עשויה לפגוע כאמור. לא קשה לרמיין דוגמאות נוספות.

מנגד, הרציונל גם צר מדי, בהינתן שבמקרים רבים של העברה ערך הפרטיות אינו נפגע כלל או נפגע פגיעה זניחה. בעניין עזרא, למשל, אף שאדם זר ניגש לחשבון הבנק של הקרבן וביצע העברה כספית ללא רשותה, קשה לתאר זאת כפגיעה בפרטיותה דווקא. עזרא

100 האזנת סתר אסורה היא רק כוז שנעשית באמצעות מכשיר: ס' 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.
 101 למשל: Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 740, 753–755 (1989); Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193, 1202–1203 (1998); Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087, 2087–2096 (2001); Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CALIF. L. REV. 1087, 1088, 1093–1147 (2002); Amitai Etzioni, *A Communitarian Perspective on Privacy*, 32 CONN. L. REV. 897, 897–900 (2002); Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421, 422 (1980); Etzioni, *90*, בעמ' 183–215; בירנהק, לעיל ה"ש 90, בעמ' 22–59.

102 Solove, לעיל ה"ש 101, בעמ' 1088, 1094, 1132–1140; וכן בירנהק, לעיל ה"ש 90, בעמ' 59–70.

לא הכיר את קרבנו ולא ביקש להכירה, לא חשף את נתונה האישיים לאחרים ולא התעניין במיהותה אלא אך בכספה. כמו פורץ, עזרא חיפש אחר כסף; להבדיל מפורץ – שנחשף לחפצים אינטימיים בעת ההתפרצות ומחלל את קודש הקודשים, מעוז ההתבודדות,¹⁰³ בעצם פלישתו לבית זר – עזרא לא נחשף למידע אינטימי במיוחד ולא חדר למעוז פרטיות. מובן שאיני טוען כי כל גישה לחשבון בנק של אחר ללא הסכמתו אינה פוגעת בפרטיותו. אדם הניגש בלי רשות לחשבון הבנק של בן זוגו, של חברו או של שכנו כדי להשיג מידע שאינם רוצים לחלוק – אפשר לומר שהוא חודר למעטפת המידע שהם ביקשו למדר מסביבתם ובכך פוגע בפרטיותם. אולם, הגנב האלקטרוני הטיפוסי אינו מתעניין ברכילות ואינו קשור למעגל החברתי של קרבנותיו, ואני מתקשה לדמיין מצב שקרבנו הטיפוסי יחוש דווקא פגיעה בפרטיותו. מדובר בשאלה של רזולוציה, וההקשר של המעשה – מי ביצע את הפעולה ומדוע – מאפשר להבדיל בפשטות יחסית אם הגישה לחשבון בנק פגעה בפרטיות, בקניין או בשניהם.

גם בעניין בן שושן קשה להצביע על פגיעה בפרטיות. מנהל רשת לשעבר השתמש בסממה כדי לגשת אליה מרחוק, ובהמשך – כדי למחוק נתונים ולהפריע לביצועיה. המחיקה גרמה לשיבוש בפעולתה, כלומר: לנזק קנייני. הוא כבר ניגש בעבר אל הרשת הזו, עבור לקוחותיו-לשעבר, תאגידים.¹⁰⁴ איזו פגיעה בפרטיות נגרמה ולמי? מידע רב אינו פרטי ואינו משרת את מטרות של פרטיות, ולכן היחשפות לו בלי רצון בעליו אינה פוגעת בפרטיותם דווקא. הפרטיות, כמו הקניין, אינה ערך עצמאי משכנע בבסיס האיסור, אך אולי שילובם כערכים המוגנים שבבסיס האיסור הוא פתרון הולם? תשלובת ערכית ייחודית עשויה להבחין בין איסורים ולנסוך בהם היגיון.¹⁰⁵ האם שילוב של פרטיות וקניין מספק את הייחוד של האיסור? דומני שלא. אף שאפשר לדמיין חפיפה, רבים המקרים שבהם הפגיעה הקניינית עקב גישה ללא רשות לחומר מחשב אינה חופפת לפגיעה בפרטיות. הצגתי לעיל דוגמאות של פגיעות בקניין ללא פגיעה בפרטיות ודוגמאות של פגיעות בפרטיות ללא פגיעה בקניין. הקרבנות אינם אותם קרבנות והפוגעים אינם אותם פוגעים: מעגל הקניין ומעגל הפרטיות מותקפים בידי אויבים שונים ממניעים שונים. האחדתם לכדי מסגרת מושגית אחת מעלה קשיים אנליטיים ונורמטיביים.

אמנם אפשר לגרוס שהערכים המוגנים משלימים זה את זה ואין מניעה מלהתייחס אליהם תחת מסגרת אחת בשעה שלעתים זה נפגע ולעתים זה. היריעה העקרונית סביב עניין זה – איסור על סוגי התנהגות דומים הפוגעים בערך שונה – היא סבוכה ולא אוכל להרחיבה כאן. אסכים שיש כנראה רווח בכך שההתנהגות האסורה מקבלת תהודה משפטית וחברתית שלילית בשלל הקשרים ומשלל סיבות – "עננת רוע". עננה זו עשויה להביא לצמצום ההתנהגות באמצעות גינוי משפטי וחברתי. בצד זאת יש סכנה של בלבול משפטי וחברתי

103 לפרטיות עצמה רבים רבים, והרובד של פלישה פיזית לביתו של אדם שונה מהרובד של עיון במידע אישי שלו בלי הסכמתו. ייתכן גם שראוי להבחין מושגית בין פגיעות שונות בערך זה. זו, כמובן, שאלה למסגרת אחרת.

104 גם אהרונ־גולדנברג ורייך, שצידדו בפרישה רחבה של תחולת החוק לשם הגנה על הפרטיות, הסכימו שבמקרים מסוימים קשה לדבר על פרטיות כערך רלוונטי מאוד: לעיל ה"ש 28, בעמ' 429.

105 הרדוף, לעיל ה"ש 50, בעמ' 161, 208–209.

בקשר לערך המוגן ולאיוון שביקש המחוקק להשיג.¹⁰⁶ במשטר שבו לתכלית יש חלק חשוב בפרשנות החוק ראוי שנדע מה הסיבה ליצירת האיסור ולאכיפתו, כדי שנוכל לזהות היכן התכלית מוגשמת היטב והיכן אינה מוגשמת, ולהיערך בהתאם. עמימות תכליתית משרתת את מי שמבקש להרחיב איסור ולא את מי שמבקש להבינו ולהטיב לעמוד על גבולותיו. עמעום תכליתי הוא לא רק מתכון מוצלח להרשעה אלא גם לצמצום הביקורתיות. מרגע שאיסור מתקשר לאחת מכמה תכליות חלופיות, בהמשך ל"עננת הרוע", השוטר, התובע, השופט והאקדמאי עלולים להפסיק להתעניין בתכלית ובקיומה ולאכוף את החוק כלשונו הרחבה, מתוך הנחה חסרת יסוד שהוא משרת איזושהי תכלית בנאמנות ובעקיבות. אם אותו סוג התנהגות פוגע פעם בערך אחד ופעם בערך שונה, ייתכן שכלל לא מדובר באותה התנהגות, חרף הדמיון. ככל שאנו מסוגלים לאפיין את סוגי המקרים (וכזה המצב בסוגיה הנוכחית) – ייתכן שעברה פלילית אחת אינה הפתרון; ייתכן שדרוש ניסוח חד ומדויק יותר של סוג ההתנהגות, שישקף בדיוק את הערך הנפגע. שפה עשירה יותר מאפשרת להבחין בין מצבים הנראים דומים ברובד מסוים, וככל שהם בני אפיון מצד אחד ופוגעים בערכים שונים מצד אחר – סבורני שיש בסיס מתאים וראוי לכך. ככל שהתכלית שהוצעה לאיסור היא רחבה ומופשטת יותר, כך קשה יותר לחמוק מתחולת האיסור בעזרתה, מצד אחד; וקשה יותר גם להצדיק את האיסור בנבדל מפעולות אחרות הפוגעות בה, מצד אחר.

המשפט הפלילי הקיים משקף מידות שונות של רזולוציה, מיקוד ועמעום.¹⁰⁷ יסודות העברה הם כלי להשגת רזולוציה – כלי רזולוציוני. לעתים המחוקק בחר לעמעם, למשל כשאחד למסגרת הרצח סוגים שונים מאוד של פעולות קטל, שחלקנו נסכים שגם אם תוצאתן אחת, דרכן אינה אחידה ואפילו חומרתן לא. לעתים המחוקק בחר לחדד, למשל כשהבדיל בין עברות רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות, שתוצאתן אחת: מקרים שונים של קטל אדם מקבלים משמעות שונה באמצעות היסוד הנפשי, שהוא כלי להבחנה ערכית בין פעולות פיזיות דומות. מקרים שונים של ביטוי מסוכן או מזיק מקבלים משמעות שונה באמצעות היסוד הפיזי, שאינו מסתפק בעברה כללית של "ביטוי מסוכן או מזיק" אלא יוצר עברות ביטוי מגוונות במגמה לחדד את המסר המדריך לפרט ואת המסר הערכי לרשויות. האם הרזולוציה שבחר המחוקק חדה או מטושטשת מדי בהקשר מסוים? השאלה סבוכה ומעניינת. בהקשר שלנו, דומני שכאשר מביטים בפעולה כללית של גישה ללא רשות לחומר מחשב, רואים שאפשר בקלות לאפיין אותה באופן חד ומדויק יותר באמצעות רכיבי עברה נוספים ולאותה בכך על ערכים מוגנים שונים, כמו פרטיות וקניין.

106 בירנהק סבר שאין להחיל את האיסור על חריגה מהרשאה, לנוכח מעגלי הגנה משפטיים נאותים אחרים להבטחה של בקרת הגישה הפנימית. אם המהות העיקרית של הפעולה הבעייתית מוסדרת בחוק אחר, אין לפנות לחוק המחשבים, פן נחמיץ את שיקולי הנגר שבדינים העוסקים בפעילות האסורה ממש. ניצד הרתעת יתר, נפגע בערכים החיוביים המגולמים ברשת ונעקוף איוונים מורכבים שבדינים אחרים. יש לבחון חריגה מהרשאה לפי הדין הכללי הקיים – כפגיעה בפרטיות, כהפרת זכות יוצרים או סוד מסחרי, בדיני חוזים, בדיני העבודה ובדין המשמעתי; הסדרה טכנולוגית תסגור את יתר החורים: בירנהק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 334-343.

107 השוו: שחר אלדר על הרזולוציה של המשפט הפלילי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן, 2003); אסף הרדוף "קוטלו של אויבנו הוא בננו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי והחברה, בין חיים ומוות ובין קרבן לעבריין" (טרם פורסם).

מעבר לאמור לעיל ראוי להדגיש כי לעתים נזקה של גישה ללא הרשאה מתקשר לא לקניין ולא לפרטיות. לעתים הוא מתקשר לערך אחר, למשל: גישה ללא רשות לאתרי מדינה שיש בהם מידע רגיש. יש להמשיך בחיפוש אחר תכלית לאיסור החדירה לחומר מחשב.

4. הכנה לפשע

תכלית שלישית שהוצעה לאיסור, בארצות-הברית, היא קטיעת ההזדמנות להתכונן לפשע.¹⁰⁸ בישראל נכתב בדברי ההסבר להצעת החוק כי נדרשת עברה מיוחדת בשל הקושי לאתר עבריינים ובשל הפוטנציאל לבצע עברות נוספות.¹⁰⁹ דויטש כתב כי מטרת האיסור היא למנוע את מעשה ההכנה לפשע, כלומר: האינטרס המוגן הוא מניעת השלב המקדים לכיצוע עברות נוספות באמצעות המחשב.¹¹⁰ בעניין עזרא הדגיש השופט רובינשטיין כי האיסור בא "למנוע התנהגות לא מוסרית עתידית [...] ללכוד את העבריין בשלב מוקדם בהתנהגותו הפלילית";¹¹¹ השופט מזוז כתב בדומה שהאיסור נובע מהקושי להוכיח מטרת החדירה כשטרם בוצעה העברה הנלווית, ומהנזק הפוטנציאלי העצום העלול להיגרם באמצעות חדירה למחשב.¹¹² הטיעון שהפשע המקוון קשה לאיתור הוא טיעון ותיק ומוכר ואינו נוגע בלעדית לחדירה לחומר מחשב.¹¹³ בעבר נטען שנוכח קשיי האיתור וקשיי אכיפה אחרים ראוי לחזק צורות הסדרה אחרות¹¹⁴ ואפילו לזנוח לטובתן את הדין הפלילי.¹¹⁵ הדין הפלילי בכל זאת ממשיך בשלו. יצירת "פשעים נגזרים" היא בחירה אפשרית להתמודד עם אתגרים אכיפתיים; הדין

108 צוין שבמקרים רבים החדירה אינה מטרה כשלעצמה אלא חלק מיוזמה פלילית גדולה, כדי לבצע פשע אחר: Downing, לעיל ה"ש 52, בעמ' 725.

109 הצעת החוק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 480.

110 דויטש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 440-441, וה"ש 28, בעמ' 268, 276.

111 עניין עזרא, לעיל ה"ש 21, פס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

112 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט מזוז.

113 Marc D. Goodman, *Why the Police don't Care about Computer Crime*, 10 HARV. J. LAW & TECH 465, 471-472 (1997); Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003, 1047-1048, 1071-1072 (2001); Albert I. Aldesco, *The Demise of Anonymity: A Constitutional Challenge to the Convention on Cybercrime*, 23 LOY. L.A. ENT. L. REV. 81, 88-92 (2002); David S. Wall, *The Internet as a Conduit for Criminal Activity*, in *Information Technology and the Criminal Justice System* 77, 79-82 (April Pattavina, ed., 2005); Gregor Allan, *Responding to Cybercrime: A Delicate Blend of the Orthodox and the Alternative*, 2 NZ LAW REVIEW 149, 150-155 (2005).

114 למשל, בהסדרה ארכיטקטונית – עיצוב הסביבה כדי למנוע מהפשע להתרחש: Neal Kumar Katyal, *Digital Architecture as Crime Control*. 112 YALE L.J. 2261, 2263-86 (2003) לחלופין, בחיזוק הפיקוח החברתי למניעה כאמור: Neal Katyal, *Community Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 33, 40-67 (2005).

115 Susan W. Brenner, *Toward a Criminal Law for Cyberspace: Distributed Security*, 10 B.U. J. SCI. & TECH. L. 1 (2004); Nimrod Kozlovski, *Designing Accountable Online Policing*, in *CYBERCRIME – DIGITAL COPS IN A NETWORKED ENVIRONMENT* 107 (Jack M. Balkin et al., eds., 2007).

הפלילי כולל לא מעט עברות כאלו – עברות של "יצירת סיכון". הן מתייחסות לא לפעולה הישירה שמבקשים למנוע אלא לפעולה התחלתית שעשויה להביא לה בהמשך: הפללת הפעולה המוקדמת היא כלי למניעת הפעולה המאוחרת, שלרוב מופללת גם היא. עברות אלו מעלות קושי נורמטיבי: הפללת סיכונים ונזק מרוחק כרוכים בתועלת אפשרית, אך גם במחיר ודאי לחירות, בהפללת יתר ובתהייה היכן עוצרים,¹¹⁶ שהרי אפשר להאשים כל סוג של התנהגות בגרימת נזק.¹¹⁷

גם מבחינה דוקטרינרית הרעיון מעלה קשיים. אם מטרת האיסור היא למנוע עברה עתידית, מה טעם בסעיף 5? כזכור, סעיף זה הוא גרסה מוחמרת של חדירה לחומר מחשב, כשבסיס החמרה הוא שהחדירה נעשתה לצורך ביצוע עברה אחרת שמחוץ לחוק המחשבים. נוכח קיומו, דומה שסעיף 4 מתייחס למצבים שבהם אין מגמה לעברה עתידית (או שיש מגמה לעברה אחרת בחוק המחשבים).

בהמשך לכך, עולה מסעיף 25 לחוק העונשין כי לעומת הניסיון לעברה, הכנה לעברה ככלל אינה עברה. בחירה חקיקתית זו, שאינה מובנת מאליה, מעדיפה את החירות על הזהירות, את הנחת הטוב האנושי על הרע: גם מי שכבר עושה צעדים ראשונים בכיוון הרע ובמטרה אליו עשוי לעצור או ללכת בכיוון אחר. אם אדם חודר לחומר מחשב במטרה לבצע עברה, אפשר להשתמש במכשיר הניסיון מצד אחד ובסעיף 5 מצד אחר. האם סעיף 4 אינו מגלם הפללת יתר? מכשיר הניסיון הוא רחב, עמום ובעייתי כשלעצמו,¹¹⁸ ועדיין מעט מעמימותו אמורה לפגוע בכל אישום, שלעולם יישען על פשע קונקרטי. להבדיל, איסור שתכליתו מניעת פשע שלא הוגדר ולא יוגדר – לא יזכה בפיזור הערפל בבית המשפט. במילים אחרות: אישום בניסיון לגנוב מתכתב בהכרח עם עברת הגנבה ומבחני הניסיון לא יתעלמו מיסודותיה. להבדיל, אישום בחדירה לחומר מחשב אינו מתכתב עם אישום קונקרטי ועם יסודות ברורים חיצוניים ואינו מחייב ולו בדל דיון בסכנה קונקרטית, משום שזו אינה מיסודותיו. כדי לחלץ קורטוב ביקורתיות בנושא, אם יצרנו איסור חדירה כדי

116 למשל: HERBERT L. PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* 266–267, 270–271 (1968); 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); Husak, 413–417; בעמ' 161–168.

117 Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, 117 in HARM AND CULPABILITY 259, 260–264 (Andrew P. Simester & A. Tony H. Smith, eds., 1996); Bernard E. Harcourt, *Criminal Law: the Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 110–194 (1999). האקורט הראה שגם לגבי ענייני מוסר גרדא והעול טענות בדבר "נזק": עברות מוסר שלכאורה מעודדות פשע חמור יותר (תאוריית החלונות השבורים), פורנוגרפיה שמזיקה לנשים, יחסי מין חדמיניים שמפיצים מחלות מזיקות, סמים שהשימוש בהם גורם נזקים עקיפים ועוד.

118 מרים גור אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב(3) 505 (2002).

למנוע הכנה לפשע, עלינו לדעת באיזה פשע עסקינן. איסור סיוע לאיסור אחר – רשת ביטחון – ראוי להתחבר ליעד ברור, משום שכל יעד יוביל למחזות שונים.¹¹⁹ אין מנוס מלשוב לזיקוק הערך המוגן המדויק. הכנה לפגיעה בקניין או בפרטיות? לגבי קניין אפשר לשאול אם הגישה ללא רשות כשלעצמה היא הפגיעה הקניינית או מה שבא אחריה. אם הגישה ללא רשות כשלעצמה פוגעת,¹²⁰ אין מדובר בעברת הכנה אלא בנזק מושלם. אולם מה נפגע לבר מנזק מופשט? ואם אנו חוששים מפעולה פוגענית מאוחרת – מאיזו? גנבה, סחיתה, שיבוש והפרעה? גם לגבי פרטיות עולות תהיות. אפשר לטעון שלפחות במצבים רבים מה שפוגעני בגישה לחומר מחשב ללא רשות אינו מה שמתבצע אחריה, אלא הגישה עצמה. עיון בתכתובות אלקטרוניות אישיות ללא רשות פוגעני כשלעצמו וכמוהו חיטוט אחר, שקשה לאפיינו כעברה עצמאית אך קל לזהות את הערך המוגן שנפגע ממנו: פרטיות. לבסוף, ראוי לציין שדווקא במישור האזרחי המקביל ניכר ריסון חקיקתי. אף שקבע עולות אחרות בחוק המחשבים, לאחר התלבטות בחר המחוקק שלא לקבוע עולה של הסגת גבול במחשב, כדי לא להקנות הגנה "רחבה מדי" ובמגמה להותיר את הנושא לתחולת הדינים הכלליים כדיני סודות מסחר ודיני הגנת הפרטיות. המחוקק נמנע מלקבוע הגנה קניינית למידע רק בשל היותו מאוחסן במחשב, אפילו כשאינו פרטי.¹²¹ אם במישור האזרחי עולה כאמור עולה ליצור תחולת יתר, ומוטב להסתפק בדינים הכלליים, כך גם בהקשר הפלילי. מעבר לקשיים שלעיל זועק הקושי האנליטי, כיאה לאיסור שנוגד כרשת ביטחון לאיסור אנונימי. התכלית רחבה מדי, שכן אפילו בהנחה שנדע מה נועד האיסור נועד – פגיעה בקניין או בפרטיות – עולה השאלה מדוע שלא להפלייל התנהגויות רבות נוספות העלולות להוביל לפגיעות כאלה. אפשר לאפיין מצבים רבים שאינם פוגעים במישורין אך עלולים להוביל בהמשך לפגיעה בקניין או בפרטיות, למשל: הקמת אתר אינטרנט למכירת חפצי מין או להפצת מידע רפואי, פרסום תמונה המוגנת בזכות יוצרים ופתיחת פרופיל פיקטיבי בפייסבוק – כל אלה עלולים להוביל בהמשך לפגיעה בפרטיות (באסוף מידע על לקוחות ובמכירתו, בשימוש בתמונה ללא רשות וביצירת מצג שווא שיאפשר קשר עם זרים בהתאמה). מן העבר השני, נוכח היעדר צורך בפעולה נוספת לאחר הגישה, אפשר לגרוס שהתכלית צרה מדי לגבי גישה ללא הרשאה בלי יומרה לפגוע בערך מוגן קונקרטי. נניח אדם המתארח בבית חברו ומפעיל בלי רשותו את מחשבו וגולש באתרי חדשות: אדם כזה אינו יוצר סיכון אמתי להמשך עברייני או פוגעני. מנגד, תחת תכלית כה רחבה, עמומה ומופשטת, אין זה משנה אם יש פגיעה מאוחרת או אפילו יומרה לפגוע; די ביצירת הסיכון לאיזושהי רעה בהמשך – וכל פעולה כמעט כרוכה בסיכונים. אדם המפעיל מחשב כאמור עשוי להיחשף לחומרים פרטיים או אפילו לחפשים.

119 הרדוף, לעיל ה"ש 29, בעמ' 8.

120 אהרונני-גולדנברג ורייך המשילו את המחשב לבית, לחצר או למכונית, וכתבו שפלישה אליו פוגעת בזכות יסוד חוקתית. לדבריהם, בהסגת גבול פיזית איננו מתעניינים במעשיו הנוספים של מסיג הגבול אלא עוצרים בהסגת הגבול, הפוגעת בזכות החזקה הבלעדית שיש למחזיק המקרקעין: לעיל ה"ש 28, בעמ' 424-425. וכן דויטש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 267.

121 אהרונני-גולדנברג ורייך, לעיל ה"ש 28, בעמ' 422-423. השניים יצאו נגד בחירת המחוקק האמורה.

קביעת עברות היא דרך מוכרת לצמצום התנהגות לא רצויה. קביעת עברות המצמצמות התנהגות כזו באמצעות איסור על התנהגות הקודמת לה גם היא מוכרת, אף אם היא בעייתית יותר. בדרך כלל עברות סיכון מתכתבות עם סיכון חריף וברור ולא יוצרות "הילת מסוכנות" כללית. במובן זה, אפשר שתפיסתה של תכלית העברה כנוגעת לסכנה עתידית תקבל היגיון ברור וחד יותר אם נציע במפורש סכנה מסוימת ואם נחדר את התכלית המניעתית. כיוון כזה יוצע מיד.

5. פגיעה בתפקוד הטכנולוגי

תזה תכליתית אחרונה בקשר להדירה לחומר מחשב היא שכיחה פחות ואינטואיטיבית פחות. בירנהק גרס שהאיסור מיישם את עקרון אבטחת המידע של סודיות, כדי להגן על מידע ממוחשב מעין זרה. את האיסור הוא הציע להחיל רק על פריצה של מנעול טכנולוגי ולא על חריגה מהרשאה, לנוכח מעגלי הגנה משפטיים נאותים ומוכרים אחרים המאפשרים להשיג תכליות כמו מידור, קניין ופרטיות. מטרת האיסור היא למנוע פריצות חיצוניות למחשבים ולמערכות מידע כדי למנוע פעולה פוגענית עתידית בחלל הפיזי (רעיון עברת ההכנה) או פגיעה בשלמות המידע ובזמינות המערכת.¹²² בכיוון קרוב כתבתי בקצרה שלא ראוי לפרוש את האיסור על גישה ללא הרשאה – פעולה קלה, בלתי מתוחכמת ונפוצה מאוד – אלא רק על התגברות טכנולוגית ישירה על מחסום טכנולוגי – פעולה מורכבת, מתוחכמת ונפוצה פחות. הצעתי שיתכן כי תכלית האיסור לשמור על "הסדר הממוחשב" ולספק קו הגנה נוסף ומיוחד לערך שעליו מגנה ה"חומה הטכנולוגית", קרי: קו הגנה משפטי פלילי לקו ההגנה הארכיטקטוני (עיצוב הסביבה להגנת המשתמש).¹²³ החומה הטכנולוגית, המגנה על ערכים כמו תפקוד ממוחשב, פרטיות וקניין, היא שמוגנת באיסור.¹²⁴ עמדת בירנהק אומצה רק בבית משפט השלום בעניין עזרא.¹²⁵ ההנמקה לא הדהדה מעלה ולא נדונה במפורש, לאימוץ או לדחייה, אף שנשללה במשתמע. עמדתי כלל לא נדונה. יש היגיון בהגנה משפטית על הגנה ארכיטקטונית של הפרט. החומה הארכיטקטונית כוללת עלות לפרט. ההתגברות עליה לעתים קרובות כרוכה בפגיעה בה, מאיימת על הפרט ונעשית כדי לפגוע בערכים חשובים. גם לגבי קו תכליתי זה עולות תהיות.

122 בירנהק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 332-341, 346-347. בה"ש 25, הפנה לדיונים במליאת הכנסת וציין שאינם מביאים למסקנה ברורה באשר לתכלית החוק, וזו נעה בין הגנה על הערך התפקודי של המחשב לבין שלמות החומר ופרטיות בחומר מחשב.

123 למונח "ארכיטקטורה" בקשר להסדרה ראו: Lawrence Lessig, *The Constitution of Code: Limitations on Choice – Based Critiques of Cyberspace Regulation*, 5 COMM LAW CONSPPECTUS 181, 181-182 (1997).

124 השוויתי זאת בקצרה להתפרצויות בסעיפים 406-408 לחוק העונשין ולהתפרצות לכלי רכב בסעיף 1413 לחוק, כעברות שתכליתן מקבלת היגיון בהגנה על המגן הארכיטקטוני, ולא במישרין על הערך המתקדם בקניין, פרטיות ושלום הגוף. הזכרתי את האיסור על החזקת כלי פריצה כקו הגנה שלישי: הרדוף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 87-89.

125 השופט רון כתב על "מעשים המתבצעים אגב מיומנות רבה" ושיעדם המרכזי הוא מערכות המחשב; ההגנה על המרחב הקיברנטי היא הערך המוגן המרכזי באיסור: עניין עזרא, לעיל ה"ש 18, פס' 2.

מבחינה דוקטרינרית, עברות של התפרצות למקום לפי חוק העונשין, בדומה להסגת הגבול, הן עברות של כוונה מיוחדת. לא די שאדם ייכנס בלי רשות למקומות האמורים; נדרשת מצדו כוונה לגנוב (עברה קונקרטיית) או לפשוט (עברה חמורה). להבדיל, עברת החדירה למחשב אינה כוללת כוונה מיוחדת, ודאי לא לעברה קונקרטיית או מוחמרת.¹²⁶ נוסף על כך, פריצה היא פעולה הנראית פוגענית כשלעצמה מבחינה קניינית ומסכה נזק לרכוש. אף שהאיסור חל גם על שימוש במפתח, לא בכדי ראשית הגדרתו מכוונת לשבירת חלק חיצוני או פנימי של מושא הפריצה, כעולה מסעיף 405 לחוק העונשין. תכליתן של עברות ההתפרצות המוכרות מתבהרת לאחר מבט פרדיגמטי בפורץ, המגלה ממה אנו חוששים: מפעולת ההתפרצות המזיקה כשלעצמה לרכוש בהווה, מגנבה ומסוכן שלום הגוף והחיים בעתיד. להבדיל, תכלית האיסור על חדירה לחומר מחשב אינה מתבהרת מהחודר הפרדיגמטי. ראשית, לפי הפרשנות הרחבה של האיסור, דומה שמרוב חודרים איברנו את הפרדיגמה. אפילו אם ניצמד לפרדיגמת הפרצן, היא אינה שופכת אור על התכלית המצדיקה שימוש בקו הגנה משפטי לקו הגנה ארכיטקטוני. לעומת הפורץ הפרדיגמטי, הפרצן הפרדיגמטי אינו שובר ואינו מקלקל מעצם פריצתו: אין פגיעה ברורה בהווה אלא עדות (שעשויה שלא להישמע ולהדהד כלל) שחומת ההגנה הארכיטקטונית אינה חזקה דיה. לשון אחר: החדירה כשלעצמה אינה פוגעת בתפקוד הטכנולוגי אלא אך משקפת את מערומי, את ליקוייו ואת חולשותיו. מובן שפרסום החדירה עלול לחשוף את הקרבן לפגיעות דוגמת נזק תדמיתי לאתר גדול; אולם מעבר לכך שהנזק התדמיתי עשוי להועיל למשתמשים רבים, הפרסום שונה מהחדירה: חשיפת החדירה היא שגורמת את הנזק האמור ולא החדירה עצמה. במובן זה יש חשיבות רבה מאוד להתנהגות הפרצן לאחר החדירה ולא רק במהלכה, משום שמהלכה הוא אינו מסב נזק טכנולוגי גרדא. לעומת הפורץ הפרדיגמטי, המבקש לגנוב מיטלטלין (בבית) או את כלי הרכב הנפרץ, אין לנו מושג מה יעשה הפרצן הפרדיגמטי לאחר החדירה, אם בכלל: יפרסם מידע על חורי אבטחה? יחשוף סודות מדינה, ברוח אנונימוס? יגנוב? ישחית את האתר או ישתלט עליו? יחפש תמונות עירום או תכתובות אינטימיות עבורו או להפצה? יתפאר בכישוריו ברשתות חברתיות?¹²⁷ אין לנו מושג משום שהפרצנים שונים מאוד במניעיהם ובהתנהלותם, והכללתם במסגרת אחת מותירה אותם ברובד הפשטה ערכי גבוה, לא מדויק ולא מובן.

רעיון קו ההגנה לארכיטקטורה כרוך בקשיים באשר לפרצן ומאבד ממשמעותו לגבי ה"חודר" השני – האדם שניגש ללא הרשאה לחומר מחשב. לפי הפרשנות הפסיקתית, אפילו משלוח פניות ממוחשבות לאחר עשוי להיות "חדירה אסורה לחומר מחשב". איזו הגנה ארכיטקטונית נפגעת כשמגיע אלי דוא"ל לא רצוי?

מבחינה אנליטית, התכלית שהציע בירנהק והתכלית שהצעת הן רחבות מדי. בירנהק הציע שתכלית החוק מקדמת עקרונות של אבטחת מידע – לוודא שהמחשב יכצע את משימותיו

126 מנגד, עברת ההתפרצות לכלי רכב כוללת חלופה מוחמרת של כוונה לגנוב או לפשוט; אולם בבסיסה די בהתפרצות לרכב.

127 הפגנת כישורים היא מוטיבציה מרכזית עבור פרצנים רבים: Brent Wible, *A Site Where Hackers Are Welcome: Using Hack-In Contests To Shape Preferences and Deter*. *Computer Crime*, 112 YALE L.J. 1577, 1580 (2003).

בלי התערבות והפרעה חיצונית, ובמידת הסודיות הנדרשת. תכלית זו אינה מבדילה בין חדירה לחומר מחשב לבין איסורים אחרים בחוק המחשבים, ולכאורה היא מתאימה יותר דווקא לפעולות מאוחרות לגישה כמו שיבוש של חומר מחשב ושימוש בנוזקות למיניהן. מעבר לכך, לא ברור מה מיוחד במחשב לעומת טכנולוגיות ומערכות אחרות וסוגי קניין שפעולות מסוימות עלולות להפריע לשימוש בהם. אין עברה כללית של הפרעה למערכת או לשימוש בקניין;¹²⁸ אם הייתה כזו, היא הייתה מסגרת מתאימה יותר לגישה של בירנהק. גם התכלית שהצעתי רחבה מדי. אם רוצים לספק קו הגנה משפטי להגנה ארכיטקטונית, במה זכה חומר המחשב מטכנולוגיה אחרת?¹²⁹ טכנולוגיה אינה דיגיטליות ואפילו אינה הייטק גרדא, אלא – באופן כללי – התאמה של העולם לשימוש האדם, תמרון של העולם הפיזי, הביולוגי או הלוגי למטרות אנושיות.¹³⁰ רוכסן, למשל, הוא טכנולוגיה שמאפשרת בין היתר הגנה ארכיטקטונית על פרטיות, קניין וערכים נוספים. מדוע פתיחת רוכסן בתיק של אדם ללא הסכמתו אינה מוגנת כדי למנוע את האפשרות לפגיעות עתידיות? מדוע המכתב שסגרת באמצעות שדכן או אטב אינו מוגן באיסור לפתוח את הסיכה או להסיר את האטב, כדי למנוע עיון מאוחר בו ללא הסכמת? מדוע פתיחת קופסה של אחר ללא רשותו אינה מוגנת בכלל ואינה מוגדרת תחת מסגרת דומה ואחידה בפרט? מדוע עיון ולמידה של מנעול – ללא הסכמת הבעלים – אינה נאסרת בשם הרצון להגן על הבעלים מפני פתיחה בלתי-מורשית בהמשך וגישה לתוכן שהמנעול מבקש למנוע?

מנגד, התכליות צרות מדי. פרצן אינו חייב לעשות דבר לאחר החדירה; אדם שניגש למערכת אינו חייב למנוע מבעליה שימוש בה אפילו בשעת הגישה האסורה. אם נניח שהרציונל אינו הגנה מפני הפרעה למערכת ופגיעה בשלמות המידע אלא מפני הפוטנציאל לכך (הנחה שמרחיבה מאוד את היקף האיסור הפוטנציאלי), התכלית עדיין צרה מדי ואינה מתגשמת בחלק ממקרי החדירה. לא כל פרצנות עשויה להסתיים בהפרעה למערכת, משום שלעתים המערכת חסינה להפרעה והפרצן אמנם הצליח לגשת לחומר ללא רשות אך אין לו סיכוי להפריע למערכת המגובה היטב; לא הרי גישה ללא היתר לחומר כהרי יכולת לתמרנו. מובן כי מקרים רבים של גישות פשוטות יותר ללא הרשאה (שבירנהק כזכור ביקש להותיר מחוץ לאיסור), גישות בלתי-מתוחכמות כמו הקלקה על "אני מצהיר שאני בן למעלה מ-18", אינם כוללים פוטנציאל אמתי לפגיעה כאמור בהמשך, וכך גם שליחת מידע לאחר שאינו מעוניין בו. בדומה, התגברות טכנולוגית על מכשול טכנולוגי, ככתוב לעיל, אינה בהכרח גורמת נזק כלשהו בשעת המעשה או אחריו, ובמקרים רבים היא אינה כוללת פוטנציאל הפרעה לתפקוד המערכת. שוב אנו רחוקים מהתאמה מושלמת.

128 דויטש ציין שאינטרס השימוש בנכס (שאינו מחשב) לרוב אינו מוגן בדיני הנזיקין. מה מיוחד בחדירה למחשב? לדידו התשובה היא הרצון להרתיע ולמנוע עברה אחרת: לעיל ה"ש 27, בעמ' 444-446.

129 דויטש כתב שבדיוני החקיקה עלו להיות אם להגן על טכנולוגיות אחרות כגון תחנת כוח: שם, בעמ' 431.

130 Arthur J. Cockfield, *Towards a Law and Technology Theory*, 30 *MAN. L.J.* 383, 384 (2004).

6. מבחן ההתאמה: סיכום

בסיום פרק ב' הצבעתי על קשיים דוקטרינריים רבים ועל עברה עמומה במיוחד. הקושי והעמימות אינם מתפזרים במסע לחיפוש תכלית האיסור אלא דווקא מחריפים. במבט ראשון האיסור נראה מוצדק, אך תכלית עקיבה אין לו – לא מבחינה דוקטרינרית ולא מבחינה אנליטית. התכליות שהוצעו אינן מוגשמות באמצעות האיסור, והן בה בעת רחבות מדי וצרות מדי עבורו. במקרים מסוימים העברה הנוכחית מכוונת לערך פלוני ובאחרים – לערך אלמוני, מה שמרמז שהיא למעשה מתייחסת להתנהגויות שונות. המחוקק הביא לעולם יצור רחב ועמום במיוחד; בית המשפט ערך לו מהפכים ושכתובים אך לא סייע בליטושו ולא שלחו לחזית תכליתית ברורה ועקיבה. אם כן, נדרשת חשיבה מחודשת. בית המשפט הוכיח שאינו מסוגל או מועוניין בה ולא נותר אלא לפנות למחוקק.

ד. קריאה למחוקק

1. מבוא

החוק, תכליתו וגבולותיו מצריכים הבהרה; להלן אבחן דרכים לשיפור החוק. בהתחשב בקוצר היריעה ובמורכבות השאלה, לא אציע נוסחי חקיקה; אסתפק ואציע למחוקק חומר למחשבה. אבחן לאן ראוי להוביל את איסור החדירה לחומר מחשב ואציע כי הפתרון המתבקש אינו בחוק המחשבים אלא בחקיקה נפרדת, שבמסגרתה ראוי ואפשר להתייחס לפוגענות שהאיסור העמום מתקשה להתמודד עמה.

2. תיקון חוק המחשבים?

איסור החדירה לחומר מחשב שולח מסר עמום מבחינת יסודותיו ומסר לא עקיב מבחינת תכליתו. חדירה לחומר מחשב מסבה פגיעות ערכיות לא אחידות, מאחר שהיא מתבצעת בהקשרים לא דומים. בעבר הצעתי להבחין בין גישה ללא הרשאה לבין פרצנות. הסכנה במעשים שונה וראוי לתייג שונה מעשים פוגעניים הדורשים מיומנות מיוחדת ומעשים שכל אדם עושה בקלות. גם היכולת להתגונן מפני המעשים שונה מאוד: אין דמיון בין איום של חבר חטטן לאיום של תוכנה המסוגלת לפצח סמאות.¹³¹ גם אם ברמת הפשטה מסוימת הפעולות דומות ("גישה ללא היתר"), מבחינת השפה אנו מסוגלים להבחין בקלות בין הפעולות ומבחינה ערכית אנו חייבים להבחין ביניהן.

131 הרדוף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 89. הרבה לפני הטעים קר את ההבחנה בין עקיפת מכשול טכנולוגי לחריגה מהרשאה: Ketf, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1649-1660; בירנהק, בעקבותיו, הדגיש את חשיבות ההתגברות על מכשול טכנולוגי: לעיל ה"ש 28, בעמ' 337-339. לפסיקה אמריקנית מצמצמת בקשר לגישה בהרשאה שפג תוקפה ראו 9th United States v. Nosal, 676 F.3d 854 (Cir. 2012). לתמיכה בפרשנות מצמצמת כאמור ראו גם Stephanie Greene and Christine Neylon O'Brien, *Exceeding Authorized Access in the Workplace: Prosecuting Disloyal Conduct Under the Computer Fraud and Abuse Act*, 50 Am. Bus. L.J. 281, 285-328 (2013). עוד על ההבחנה בין פרצנות לגישה ללא הרשאה ראו Downing, לעיל ה"ש 52, בעמ' 720-722.

לאחר הדיון התכליתי במאמרי אני נוטה ביתר שאת לעמדה שהאיסור הנוכחי והרחב כורך יחד פגיעות שאינן ראויות לאיחוד מושגי. בעבר הנחתי במשתמע שנדרשים חוק מחשבים בכלל ועברת חדירה בפרט, וניגשתי לדון בפרשנותה; כעת אני תוהה אם איסור עצמאי בחוק עצמאי הוא בכלל מוצדק.

שאלת עצמאותו של איסור היא שאלה מורכבת מאוד. אף שלא אתיימר למצותה, היא חשובה לענייננו: חלק משאלת גבולותיו של איסור היא עצם קיומו כאיסור עצמאי הנבדל מאיסורים אחרים. למשל, כיום איננו אוסרים על רצח באמצעות סכין נבדל מרצח באמצעות אקדח, בהיעדר טעם מושגי וערכי היכול להצדיק הבחנה. ככל שאיסור אינו מחדש מבחינת הערכים המוגנים בו ואינו נושא בשורה מיוחדת, אין טעם להכיר בעצמאותו. החידוש יכול להתייחס לקיומו של ערך מוגן נוסף, להיעדרו של חלק מהתשלובת הערכית שבבסיס האיסורים הקיימים, למידת הפגיעה, לאופן הפגיעה או לאופי ההתגוננות האפשרית. מה ב"גישה למחשב בלי רשות" מצדיק איסור מיוחד? מה במחשבים מצדיק חוק פלילי עצמאי להגנתם?

השאלה האחרונה נדונה בעבר בהרחבה בספרות, לא לגבי המחשב אלא לגבי ידידו הטוב האינטרנט. איסטרברוק (Easterbrook) גרס בקצרה שהאינטרנט הוא גרסה שונה לדבר מוכר ואין טעם לענף מיוחד עבורו כשם שאין טעם בענף "דיני הסוס"¹³² לסיג (Lessig) הגיב בקצרה שאכן מדובר במשהו חדש – לפחות לגבי שאלות הסדרתיות וגבולות החוק, ושהאינטרנט מלמד אותנו משהו חדש.¹³³ סומר (Sommer) הרים את הכפפה וקבע בנחרצות שאין ולא יכול להיות ענף "דיני אינטרנט" ושרעיון כזה יוביל לצרות אופקים, לאבדן של היסטוריה ולרדוקציוניזם. הוא תקף בשיטתיות ובחריפות את הרעיון, כתב שטכנולוגיה ומשפט מתווכים ככלל על ידי מוסדות חברתיים מגוונים, והדגיש שתגיות טכנולוגיות אינן מוצמדות לענפי משפט ועלולות להזיק בהוצאת החוק מהקשר החברתי העדכני וההיסטורי. מבט באינטרנט לבדו מסיח את דעתנו מהקשרים מועילים וחשובים ומתעלם מההיסטוריה. חלק ניכר מהבעיות הנוכחיות – האתגרים המתעוררים בהקשרים של פרטיות, קניין רוחני וחופש ביטוי – היו בעיות קשות לפני האינטרנט. אין שום תועלת בנקודת מבט של האינטרנט בלבד על בעיות אלו. אם נעמיד פנים שבעיות אלו חדשות, נחמיץ הרבה התנסות משפטית רלוונטית. טכנולוגיה חדשה צפויה להשפיע על פרקטיקות חברתיות רבות ולפיכך גם על גופי משפט רבים, אך היא אינה צפויה ליצור ענף משפט עצמאי ושום טקסונומיה טובה של המשפט לא תוגדר על ידי גבולות טכנולוגיים. טכנופילים וטכנופובים נוטים להתעלם מהאינטראקציה המורכבת בין החברה (לרבות המשפט) לבין הטכנולוגיה, והם מברכים או מקלסים טכנולוגיה אינדיבידואלית בגין השימוש האנושי בה כאילו היחסים בין טכנולוגיה

Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 132 .207, 208–209 (1996)

Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, 502 (1999)

ספציפית לבין תופעה חברתית הם ישירים ובלתי-מתווכים על ידי טכנולוגיות ותופעות חברתיות אחרות.¹³⁴

השאלה כעת אינה אם ראוי להתקיים ענף דיני אינטרנט או אפילו ענף של "דיני מחשבים". עולם המחשבים רחב מעולם האינטרנט ומציף שאלות הנוגעות למחשבים ולפעולות שאינם קשורים לרשת; דומני שהביקורת של סומר יפה גם לעניין זה. אולם, כאמור, לא בשאלת תקפותו של הענף המשפטי עסקינן אלא בנחיצותו של חוק מחשבים,¹³⁵ בנחיצותו של איסורים מיוחדים למחשב ובעיקר בנחיצות איסור שכותרתו "חדירה לחומר מחשב".

אפשר לסבור שהמחשב מיוחד ברכזו פעילות אנושית מגוונת ועשירה כל כך ומידע רב ואיכותי כל כך, כמפורט בראשית המאמר. אין טעם להתכחש למרכזיות המחשב (על צורתיו) לחברה ולפרט. אם בית האדם זוכה להגנות מיוחדות ומכוונות זוכה באיסורים מיוחדים – מדוע לא יזכה לכך גם מחשבו, המגלם אינטרסים אנושיים כה רבים ומגוונים? באופן קונקרטי, הרעיון שפלוני ייגש לחומר מחשב של אחר בלי רשותו מטריד רבים וגם

אותי במידה שמצדיקה הגנה משפטית פלילית. הדרושה לכך מסגרת אחידה ועצמאית? ככל שאפשר לאפיין ערכית מה מטריד אותנו, וככל שהרעיון מתבטא באיסור קודם, אולי עדכון של איסור זה הוא הפתרון. במקרים רבים אנחנו מסוגלים לאפיין בדיוק מה מטריד אותנו: כאשר מכר מחטט לי בדוא"ל, לא חומר המחשב שלי נפגע ולא הוא שראוי להגנה אלא פרטיותי. כאשר אדם משתמש בססמתי, שאותה השיג מפרצן, ומעביר כסף מחשבון הבנק המקוון שלי, לא חומר המחשב נפגע אלא קנייני. פרצן שמנצל פרצת אבטחה וניגש לחומר מחשב שכולל סודות מדינה אינו פוגע בחומר מחשב אלא בכיטחון המדינה. בכל אלו מתגלה ששיטתנו הארכיטקטונית לשמור על הערכים החשובים לנו אינה פועלת כמצופה: הטכנולוגיה לא סיפקה את שרצינו. ייתכן שראוי לסמוך פחות על הטכנולוגיה ולשפרה; ייתכן שראוי להגן משפטית על הטכנולוגיה, המקדמת ערכים ומשקפת אותם; ייתכן שראוי פשוט להגן משפטית על הערכים, בלי קשר לאופן הפגיעה המיוחד בהם – גישה הניטרלית לטכנולוגיה. עיון בחומר אינטימי בלי הסכמה פוגע בפרטיות, העברת כסף בלי הסכמת בעליו פוגע בקניין, גישה ליצירה בלי לשלם פוגעת בקניין רוחני, פרצנות מצננת נוכחות מקוונת ופוגעת בערכים מגוונים. במקרים רבים מסתמן כי העברה מגנה על ערך המוגן כבר – גם אם לא באופן מעודכן וראוי – באיסורים ובחוקים אחרים, שכותרתם מתאימה יותר. פגיעות בקניין, בארכיטקטורת מגן ובכיטחון המדינה יטפלו בחוק העונשין, פגיעות בקניין רוחני – בחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, פגיעות בפרטיות – בחוק הגנת הפרטיות. להבדיל,

Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145, 1151, 1155-9 (2000). בהמשך מאמרו הראה סומר את צניעות החידושים שהביא האינטרנט לענפי משפט (מסחר אלקטרוני ודיני ריבונות).

135 דויטש הציג את הדילמה החקיקתית אם ליצור מסגרת חדשה או לבכר "השתלה אורגנית" של ההוראות הנחוצות בתחום המחשבים לתוך החקיקה הקיימת. הוא כתב שיתרונו של חוק המחשבים נעוץ ביצירת מסגרת מינוחית מרכזית וממוקדת, והדגיש את חשיבותו המרכזית של המחשב בחברה: לעיל ה"ש 27, בעמ' 430-431, וה"ש 28, בעמ' 263-264. בוגנים תהה שמא זו רק "שאלה של אלגנטיות חקיקתית": ויקטור ח' בוגנים "חוק המחשבים והתמודדות המשפט עם האתגר הטכנולוגי" *שערי משפט* ד(2) 283, 295 (2006).

מקרים שבהם גישה ללא הרשאה אינה פוגעת ממש בכל ערך שהוא, דוגמת חבר שמשחק במחשבי אף שביקשתיו שלא לעשות כן, ייוותרו מחוץ להגנה המשפטית. מנגד, אפשר לגרוס שערכון חקיקה כמוצע על ידי יהיה מורכב ובעייתי בהתחשב בהתקדמות הטכנולוגית המואצת והבלתי־נפסקת; ושלכן יש הצדקה מעשית לאיסור עצמאי ורחב בחוק מחשבים המרכז את כל המידע על אודות עברות מחשב, מאפשר להתמודד עם שינויים טכנולוגיים שקשה לצפות מראש וקל יותר לעדכנו מלעדכן כמה חוקים בויזמנית. איני סבור כך. ראשית, ריבוי מסגרות אינו דבר חדש ואך טבעי שטכנולוגיה חדשה תשפיע על מסגרות ותחומים רבים. אין זאת אומרת שהמסגרת המתאימה היא כותרת טכנולוגית.¹³⁶ שינוי חברתי רחב מצריך חשיבה סדורה על מסגרות קיימות וטוב יעשה המחוקק אם יפנים זאת ולא יגמד את השינוי לכדי טכנולוגיה גרדא. שנית, מסגרת שכותרתה טכנולוגית אין פירושה תוכן שמתאים לטכנולוגיה המשתנה. מטאפורה מוכרת ושחוקה היא שהמשפט מפגר אחר הטכנולוגיה.¹³⁷ חקיקה היא תהליך אטי ומעייף, וטכנולוגיה היא עניין המשתנה במהירות אדירה. פער הזמנים ביניהן מקדם חוסר ודאות בנוגע לזכויות ומחויבויות משפטיות; ייתכן שרפורמה משפטית לא תתאים עד שיישומי הטכנולוגיה יובנו כהלכה.¹³⁸ הכותרת והמסגרת אינם משנים את האתגר ואינם הופכים אותו קל יותר.

שלישית, אני מסכים שחוק עמום מסוגל להתמודד עם אתגרים חדשים יותר מחוק מדויק וברור. אין זאת אומרת שהוא עדיף. שוב מדובר בשאלה של רזולוציה: מדוע שלא נבטל את כל האיסורים ונסתפק באיסור יחיד: "העושה מעשה מזיק או סכול, דינו מאסר לשיקול דעת בית המשפט?" כך נוכל להתמודד עם כל מעשה מכוער חדש, בלי קשר למקור החידוש – טכנולוגיה, חברה, כלכלה וכדומה. למה לא? יש סיבות רבות בעד איסורים מדויקים ונגד איסורים עמומים: איסור עמום מעביר את הכוח מהמחוקק, שליח הבוחר, אל השוטר, התובע

136 Sommer, לעיל ה"ש 134, שם.

137 Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 586 (1998); Michael L. Rustad, *Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier*, 11 S. CAL. INTERDIS. L.J. 63, 86, 97 (2001); Douglas G. Lichtman, *How the Law Responds to Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 215 (2005). סומר טען שפרקטיקות חברתיות מטמיעות טכנולוגיה ואז המשפט מטמיע את הפרקטיקות החברתיות. מכאן נגזר קושי רב בחיזוי השפעת הטכנולוגיה על המשפט, רב אף מחיזוי השפעתה על השווקים או על פרקטיקות חברתיות אחרות. ראו Sommer, לעיל ה"ש 134, בעמ' 1149, 1154-1157, 1161.

138 Cockfield, לעיל ה"ש 130, בעמ' 403. מנגד, אפשר שהקושי אינו בטכנולוגיה אלא באופי המשתנה של החברה והמשפט. פלדמן הציעה כיוון הפוך: הבעיות העמוקות ביותר נובעות דווקא מהאופי המשתנה של המשפט, שהוא מטבעו מתפתח וסתגלן. חרף מסה גדולה של חוקים ופסקי דין, בתי המשפט מעומתים בהתמדה עם נסיבות וסוגיות משפטיות חדשות: מצעד 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*, 2009 STAN. TECH. L. REV. 1, sec 4-5, 84-90 (2009).

ולבסוף השופט, ובהכרח מעורר סלקטיביות ושרירות; האזרח אינו זוכה באזרה והגנת ואינו מסוגל להבין מראש מה מותר ואסור, לא כנורמה חברתית גרדא אלא כעניין פלילי;¹³⁹ שלטון החוק אינו שלטון המשטרה, התביעה ובית המשפט;¹⁴⁰ לעקרון החוקיות יש מחיר – לא לכל התנהגות מכוערת יש מענה הולם בחוק הפלילי הקיים. איסור עמום ואקטיביזם שיפוטי – אקטיביזם שבמשפט הפלילי הוא כמעט תמיד לחובת הפרט הנאשם – משקפים גישה של חוסר נכונות לשלם מחיר ערכי של זיכוי של מי שביצע מעשים שפלים שאינם מקיימים את מלוא יסודות העברה. הגישה הנוכחית מנציחה את הבעיה: המחוקק מסרב לחדש, בית המשפט מרשיע בעזרת פרשנות רחבה, המחוקק לא מזהה בעיה ומסרב לחדש. באפס מעשהו המחוקק מעורר את בתי המשפט לפרשנות תכליתית מרחיבה שסותרת פרצות בחוק בשיטת טלאי על טלאי ומרגיל אותם לאקטיביזם; בפרשנותו המרחיבה בית המשפט מעורר את תרדמת המחוקק ומונע את הדחיפה לשינוי החוק בהליך שיאפשר דיון מורכב, עשיר וכללי. זהו מעגל האקטיביזם והקיפאון החקיקתי. דיון מחודש עשוי להפיק תוצר ברור, חד ומדויק, בעל תגית הולמת ומעט יותר ודאות, גם אם בעתיד יידרשו תיקונים נוספים, שהרי אין חוק היכול לענות על כל תרחיש עתידי אפשרי.¹⁴¹ העולם משתנה בלי הרף, לא רק טכנולוגית. כל איסור וכל מסגרת – לא יתאימו לכל סיטואציה, למעט איסור היפותטי ברוחב אין-סופי. אין זה אסון ואין זה נורא להכיר בכך שאין לחוק הקיים מענה פלילי לכל כיעור חברתי חדש. מבחינה עיונית פורמלית, איננו בשיטת משפט מקובל שבה בית המשפט יוצר בעצמו איסורים; מבחינה מעשית, פרשנות מרחיבה אינה שונה מאוד מיצירה משטרתית-תביעתית-שיפוטית של איסורים הלכה למעשה. יש בכך יתרונות לחברה אך גם חסרונות כבדים. דומני ששיטת המשפט שלנו מתמקדת בראשונים ומתעלמת מהאחרונים, משום שחוק ממי שעשה מעשה מכוער – שעליו איננו חומלים וכוחו הפוליטי דל מאוד – אנו מתקשים לזהות מי נפגע מכך ולהזהות עמו.¹⁴²

3. תיקוני חקיקה

חוק העונשין, ביתם הראשי של האיסורים הפליליים בישראל, כולל מגוון איסורים שלכאורה מתאימים מושגית למקרי הדירה שונים לחומר מחשב, אף שנדרשת התאמה של יסודותיהם ואולי גם יצירה של תת-כותרת מיוחדת.

John Calvin Jeffries, Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 139 71 Va. L. Rev. 189, 196–197 (1985); Andrew E. Goldsmith, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited*, 30 Am. J. Crim. L. 279, 284–294 (2003)

140 מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105, 114–113 (1999); מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי, 14 (מחקר מדיניות 7, הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997).

141 הרדוף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 139–140.

142 אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות האי-משפט" (טרם פורסם).

הרחבתי בעבר על הצורך להתאים לעולם הממוחשב את עברת הגנבה, שנוסחה מבוסס מלה במלה על חוק אנגלי בן יותר ממאה.¹⁴³ מעשי עזרא מטרידים לא בפוגעו בפרטיות או בהכנתו לפשע אלא בפגיעתו הקניינית, המזכירה גנבה. עזרא זוכה מעברת הגנבה בבית משפט השלום; כאמרת אגב ובפסקה יחידה חיווה בית המשפט המחוזי את דעתו שאפשר היה להרשיעו בה אך אין להתערב;¹⁴⁴ בית המשפט העליון לא דן בשאלה. לדעתי ראוי לקבוע תווית פלילית חדשה – "גנבה אלקטרונית" – שתאותת מצד אחד על הדמיון לגנבה המוכרת ומצד אחר על השוני המהותי. מבחינה ערכית, הגנבה הפיזית כרוכה בפוטנציאל לאלימות שאינו מתקיים בגנבה האלקטרונית, והסכנה הטמונה בגנב אלקטרוני שונה מזו הטמונה בגנב פיזי. מהאחרון נרחיק את מיטלטלינו; הראשון מסוכן דווקא מרחוק ולגביו אנו יכולים אך לחזק את מערכת האבטחה הטכנולוגית שלנו או לקוות שהבנק שלנו יחזק את שלו. גם עברות קנייניות אחרות ראויות לחשיכה חקיקתית לגבי גישה ללא הרשאה. למשל, האם גישה בשקר היא קבלת דבר במרמה? האם אפשר לרמות מכונה? האם ראוי שאיסור זה יגן על ערך היושר בקשר לגישה ללא הרשאה? נניח כי אדם משיג ססמה של אחר ומשתמש בה. אם השיג אותה במרמה, מדוע לא להסתפק בכינוי "רמאי" עבורו? אם השיג אותה מרמאי, האם אי-אפשר להעמידו לדין בגין שותפות לרמאי? האם לא ראוי להפליל את הקבלה במצב כזה כעברה עצמאית? המרמה, השקר והזיוף נוכחים מאוד בעולם המקוון; האם לא הגיעה השעה לרתום את המשפט הפלילי ולשלוח מסר ישיר וברור עבורם?

כמו לגבי קניין, אפשר לתהות אם ההתפתחויות בעולם הקניין הרוחני מצריכות תיקון במישור הפלילי. חוק זכות יוצרים מגדיר מה מוגן בזכויות יוצרים, איזו פגיעה אסורה מבחינה פלילית ואיזו מבחינה נזיקית. בחלוף כעשור, ייתכן שיש לעדכן: מי שמוטרד מגישה לקניין רוחני ממוחשב בלי הסכמת הבעל, הרי זו מסגרת מתאימה. מורידים קבצים מוגנים ואנשים המשתמשים בססמאות של אחרים כדי להשיג תוכן מסחרי ניגשים לתוכן ממוחשב ללא הסכמת בעליו, ובמובן זה מקיימים לכאורה את יסודות האיסור של חדירה כפי שפורש. אולם, אפילו בהנחה (שאיני שותף לה) שראוי להפליל את המעשה,¹⁴⁵ אין פירוש הדבר שיש טעם בהאחזה מושגית עם מקרים אחרים של גישה ללא הסכמה. מעשים

143 הרדוף, לעיל ה"ש 50, פרק 5. בארצות-הברית הטעים קר את הקושי הרב בהתמודדות עם עברות כגנבה ומרמה בהקשר ממוחשב, והראה כי בתי המשפט הרשיעו בלי להיצמד ללשון החוק אלא בשל נטייה לאסור שלילה קניינית וכוונת רוח, אך לא פגיעה באינטרסים כלכליים גרדא: Kerr, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1609-1613.

144 בית המשפט המחוזי נמנע מלהתערב בזכויות הבעלים בשל החפיפה והדמיון העונשי בין עברות הגנבה והמרמה ובשל בחירת המדינה להאשים את עזרא גם במרמה – עברה שבה הורשע: עניין עזרא, לעיל ה"ש 20, פס' 49.

145 לדיונים יסודיים בנושא ראו Lydia Pallas Loren, *Digitization, Commodification, Criminalization: The Evolution of Criminal Copyright Infringement and the Importance of the Willfulness Requirement*, 77 WASH. U. L. Q. 835 (1999); Aaron M. Bailey, *A Nation of Felons?: Napster, the Net Act, and the Criminal Prosecution of File-Sharing*, 50 AM. U.L. REV. 473 (2000); Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS L. J. 167 (2002).

אלו אינם דומים מבחינה מושגית למציצנות וחטטנות, למשל של אנשים שנתקלים בחשבונו דוא"ל או פייסבוק פתוח ומעיינים בו.

חוק העונשין מציב מסגרת רעיונית ראויה להפללת פגיעות קנייניות, וכך גם לגבי פגיעות בכטחון המדינה. באופן קונקרטי, האיסורים שכותרתם "ריגול", "ריגול חמור" ו"ידיעה סודית" שבסעיפים 112, 113 ו-114 בהתאמה, רחבים בלשונם וייתכן שאינם מצריכים שינוי כדי להתמודד עם אתגרי הפרצנים. מי שמשגיג, אוסף, מחזיק ידיעות סודיות, מוסר אותן וכדומה – מבצע פשע חמור גם בלי כוונה לפגוע בכטחון המדינה. איסורים אלו זועקים "בלי רשות". מה מוסיף לנו איסור החדירה לחומר מחשב, לבד מלספר לנו כיצד השיג את הידיעות? האומנם יש משמעות לכך שההשגה הלא מורשית נעשתה במחשב, במרמה או בגנבה?

במקרים הרבים שבהם גישה ללא הסכמה פוגעת בפרטיות, חוק הגנת הפרטיות נדמה כבית הראוי ביותר. החוק והאיסור מספרים היטב את סיפור הפגיעה ואת קלותה, אף שאינם אומרים "מחשב" דווקא. על הנייר מדובר בחוק חמור: פגיעה בפרטיות היא פשע, להבדיל מחדירה לחומר מחשב. מבחינה פרקטית פלילית, החוק זנוח למדי וראוי לרענון דרמטי ולחשיבה אקדמית וחוקיתית מחודשת כדי לספק הגנה אמיתית לערך שכה חשוב לנו, מצד אחד, וכה מאוים תחת המציאות הטכנולוגית, כלכלית וחברתית, מצד אחר. בצד תיקון איסורי הבסיס ועדכונם, אם לדעתנו ההקשר הממוחשב חמור יותר, בגלמו ערך נוסף או שיטת פעולה מסוכנת במיוחד – ייתכן שביצוע באמצעות מחשב יכול להיחשב במקרים מסוימים כנסיבה מחמירה.

סיכום: אבדן המצפן

עברת החדירה לחומר מחשב כרוכה בבעיות מגוונות וסימן שאלה מרחף סביב קיומה כעברה עצמאית. קריאת האיסור והגדרות החוק מותירה את הקורא אובד עצות. הפרשנות השיפוטית שכתבה חלק מהרכיבים לכלי הכר, אך במקום לצמצם בכך את אבדן ההתמצאות – הגבירה אותו. הלשון והדוקטרינה אינן מחדדות את האיסור; וכפי שעולה ממאמרי זה, גם מבט תכליתי אינו שופך על האיסור אור בהיר ועקיב אלא עוד ועוד סימני שאלה. העמדת סוג ההתנהגות האסור, כפי שפורש בפסיקה, במבחן ההתאמה מלמדת שאי אפשר לשייך את האיסור לערך מוגן אחד או שניים או אפילו לשילובם. לשון האיסור אינה מספרת סיפור ברור והערכים המוגנים המתחברים לפרשנותו אינם אחידים ואינם מקנים לו היגיון והצדקה שאפשר להבין בעזרתם. בלי תכלית ברורה ויסודות ברורים – האיסור נותר ללא מצפן וכיוון. יודגש: איני טוען שכל פגיעה שנדונה כיום במסגרת האיסור אינה צריכה להיחשב כפלילית (אף שאני סבור כך לגבי חלקן), אלא שהפגיעות מתאימות יותר למסגרות אחרות, המשקפות אותן ביתר דיוק. הכתרת איסור בכותרת טכנולוגית עשויה לשקף חומרה מיוחדת ולקבל היגיון במסגרת שאינה טכנולוגית, למשל: איסור מיוחד וחמור על גנבת מכונת לעומת גנבה רגילה, שניהם במסגרת חוקית ומושגית אחת. להבדיל, חוק טכנולוגי עצמאי שמתייחס לבעיות שעולות בקשר לטכנולוגיה מסוימת עלול להחמיץ את התמונה הרחבה יותר של אותן בעיות ממש, ולהתייחס אליהן באופן מחמיר מדי, מקל מדי או שגוי בהקשר

אחר. תכלית עמומה ולא אחידה, מסגרת לא מתאימה ויסודות איסור עמומים הם מטרידים, כל אחד בנפרד; יחד הם יוצרים אפקט סינרגטי של דין פלילי לקוי. מעבר לליקויים המטרידים, מטריד שהמערכת אינה מוטרדת. את מאמרו, שהוזכר רבות בעניין עזרא, פתח קר (Kerr) בציטוט השופט הולמס כאשר לחשיבות של בהירות החוק, לקראת ביקורת חריפה על עמימות העברה. ביקורת זו לא מצאה דרכה לפסק דין עזרא.¹⁴⁶ המדינה, שאינה מכבדת במיוחד את "הקניין המכונן" כשהוא שייך לחשוד ומוצאת דרכים לעקוף את ההגבלות המעטות שהטיל המחוקק על רשויות האכיפה בדרך אליו,¹⁴⁷ אינה מוטרדת מהאיסור וגרסה שאין צורך בתיקונו.¹⁴⁸ גם בית המשפט העליון אינו מוטרד, כעולה מהכרעתו הקצרה והנחרצת בשאלות שערכאות דינויות התחבטו לגביהן. חוק שהתבסס על הצעה מ-1987 ונוסח סופי מ-1994, שנולד ב-1995, עבור מחשבים שהם כיום מיושנים להחריד, כשהאינטרנט היה בחיתוליו בישראל, הרבה לפני העולם של גוגל ופייסבוק – חוק כזה אינו נתקל בתהיות כאשר להתאמתו מטעם המדינה ובית המשפט העליון. מה שהספרות הכתירה כמיושן לפני עשור,¹⁴⁹ לפני הרשתות החברתיות, הטלפונים החכמים ושפע של חידושים אחרים – נראה למערכת מתאים כיום.

146 השופט הולמס העיר שכאשר המחוקק מציג פשע חדש, הגיוני שתינתן אזהרה הוגנת לעולם בשפה שרוב האנשים מבינים; על החוק וכוונתו להיות בהירים: *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25, 27 (1931), כמופנה אצל Kerr, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1596. קר ביקר בחריפות את החוק בנוגע לגישה ללא הרשאה והציע לקבל במקומו חוקים האוסרים על סוג ספציפי של שימוש לרעה במחשב, שיקוטלגו וינוסחו בצמצום ובתיאור ברור של ההתנהגות המזיקה: שם, בעמ' 1643.

147 הפרקליטות שועטת להרחבת העברה עד כדי חוסר גבולות ממש, בהכתרת המחשב כ"קניין מכונן"; בצד זאת, היא חשה בנוח עם חוק שמתיר לה להחרוץ למחשבו של כל חשוד בכל עברה ואף תומכת בעקיפת דרישותיו הדלות כדי לאפשר חדירה בהסכמת חשוד עצור. על הדיסוננס הזה ראו אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" הסנגור 224 עמ' 4-12 (2015). תהייתו על הצורך בקיומו של איסור חדירה לחומר מחשב אינן מבטלות את הצורך בקיומה של פרוצדורה ראויה לגישה משטרתית למחשבו של חשוד.

148 "עבירת החדירה, כפי ניסוחה הקיים, אינה דורשת שינוי או צמצום, בין בדרך של תיקון חקיקה ובין על ידי פסיקה. ניסוחה הקיים מחויב מציאות ומגשים באופן המיטבי ביותר את תכליתה. גבולותיה ברורים וכל צמצום יוציא מתחולה קשת מצבים, בהם קיימת הצדקה מובהקת להחלתה. בהינתן הגדרתה הקיימת של העבירה, ברוב המכריע של המצבים, אין קושי לזהות אם פעולה מסוימת באה בגדר העבירה, אם לאו": פרקליטות המדינה, לעיל ה"ש 4, פס' 12, 107.

149 "חוק המחשבים חוקק בתקופה בה הייתה סביבת העבודה מול המחשב שונה מזו המתרחשת היום. די לעיין בפרוטוקולים של ועדת המשנה להצעת חוק המחשבים על מנת להבין עד כמה השתנתה המציאות הטכנולוגית והתפישה המשפטית בעשור האחרון": אסיא ואלקלעי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 413; "השנים שחלפו מאז נחקק החוק לא עשו עמו חסד. המסגרת המושגית שיצר החוק התיישנה בעקבות הפיתוח הטכנולוגי המואץ בעשור האחרון [...] הטכנולוגיה המוכרת בעת ניסוח הצעות החקיקה התיישנה כבר במועד שבו הושלם התהליך לכדי חקיקה מחייבת [...]": בוגנים, לעיל ה"ש 135, בעמ' 285, 297.

תפיסה של איסור נושן כמתאים להתמודד עם סוג התנהגות חדש, שהמחוקק לא דמיין ולא בהכרח רצה להפלייל או לא רצה להפלייל במסגרת מסוימת, היא מגמה רחבה בבתי המשפט בישראל. עברת הגנבה בת המאה, איסורי ההימורים בני הארבעים,¹⁵⁰ עברת המעשה המגונה ועברת האינוס בנות העשוריים וחצי,¹⁵¹ עברת החדירה לחומר מחשב בת העשרים – כל עברה וכל נוסח מתאימים, מתברר, לכל התפתחות – טכנולוגית, חברתית, כלכלית ומשפטית – משום שממילא שפת האיסור אינה מגבילה את תחולתו וכך גם תכליתו. מידה אחת לכול: רוחב ועמימות והרשעות. לא רק איסורים; גם חקיקה אחרת זוכה בפרשנות מרחיבה, לקראת הרשעת הנאשם.¹⁵²

הנחרצות וחוסר ההתלבטות באשר לסוגיה רוויית קשיים מגלמים בעיניי בעיה רחבה במיוחד. הפעם אינני מתכוון לנרפות של המחוקק הישראלי בקשר לפשע המקוון, שעליה כתבתי שוב ושוב כקול קורא במדבר; כוונתי לאבדן דרך במשפט הפלילי המהותי. עקרון החוקיות נזכר בישראל כבעל משמעות חוקתית בספרות¹⁵³ ובפסיקה עליונה.¹⁵⁴ בכל משטר, איסור עמום ורחב מקטין את הסיכויים להשגת תכלית החוק, אינו מדריך את האזרח ואינו מזהירו, ומגדיל את הסיכויים לשרירות וודאי לאי־עקיבות.¹⁵⁵ הוסיפו לעמימות ולרוחב האיסור את היעדרה של תכלית עקיבה – ובמקום עקרון החוקיות כמצפן מוסרי למערכת המשפט הפלילי קיבלנו שבשבת הנושבת בעיקר להרשעת מנוולים. אף שאלו ראויים להרשעה, לא זו הדרך. הם ואנו ראויים לאיסור פלילי שלשונו ברורה, במקום לשולחנו מהגדרה להגדרה; לאיסור פלילי שתכליתו בהירה ועקיבה ולפרשנות שיפוטית שמיישמת את החוק במקום לשכתבו. מספקני אם בכוחה של רוח אקדמית לייצב את השבבת. דרוש לכך מחוקק שיחשל מצפן חדש – אולם הוא נראה אדיש, רדום ובתרדמת. עד שיתעורר ועד שישנה, אפשר רק לשער כיצד ייראה העולם הממוחשב והעולם בכלל.

- 150 אסף הרדוף "יותר מזל משכל, יותר כסף מערכים: האנומליה המשפטית בנוגע להימורים ומשחקים אסורים" (עתיד להתפרסם, משפט ועסקים).
- 151 הרדוף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 113-121; הרדוף, לעיל ה"ש 56.
- 152 אסף הרדוף "תפסת מקצת, תפסת הכל: עולם ללא גבולות, משפט ללא גבולות – תחולת המשפט הפלילי הישראלי על פעילות מקוונת, בשום מקום ובכל מקום" (טרם פורסם).
- 153 יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 98-99 (1996).
- 154 בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף פס' 20-21 (פורסם באר"ש, 12.1.2006).
- 155 Husak, לעיל ה"ש 67, בעמ' 154; Richard H. Fallon, Jr. *Making Sense of Overbreadth*, 100(4) *YALE L.J.* 853, 859-866, 877-880, 884-886 (1991); A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, *CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE* 37, 40, 42 (2nd ed. 2003); Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 *U. PA. L. REV.* 295-294, 51-49, 45-43, 9-4, בעמ' 60, לעיל ה"ש 60, קרמניצר, לעיל ה"ש 335, 361, 365 (2005).