



## קבצים מוצפנים, חוק מוצפן – על מונח התועבה ועל הרשעה בהחזקת חומר תועבה ללא עיון בחומר - בעקבות ת"פ 42667-02-15 מדינת ישראל נ' לוריא

### אסף הרדוף\*

1. מבוא. 2. סדר דין פלילי: דיני החיפושים. 3. דיני עונשין: המונח תועבה. 4. דיני ראיות: הרשעה ללא הוכחה ישירה של ביצוע עבירה. 5. סיכום.

#### 1. מבוא

באמצע ינואר 2017 הורשע הנאשם יורי לוריא בהחזקת פרסום תועבה שבו דמות קטין, עבירה לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, התשל"ז–1977.<sup>1</sup> ההארה תבחן את פסק הדין משלוש זוויות. הראשונה דיונית, תעסוק בדיני החיפושים: האם הסכמת אשת החשוד מכשירה חיפוש ללא עדים. השנייה תעסוק בדיני העונשין: מהי "תועבה" ומה איננו "תועבה". הזווית השלישית תכתב עם קודמתה ותעסוק בדיני הראיות: האם שמות קבצים וראיות נסיבתיות נוספות מאפשרות להרשיע אדם בהחזקת חומרי תועבה. לוריא נאשם בהחזקת תמונות תקריב של בעילה שלצידן תמונות קטינה, בהחזקת קבצי מחשב מוצפנים שבהם חומרי פדופיליה, ובהחזקת תמונות עירום של ילדתו. החקירה המשטרתית החלה בעקבות פניית האינטרפול שהצביעה על שתי כתובות IP כמפיצות תכנים פדופיליים: אחת של מינהל מקרקעי ישראל בנצרת, כתובת שלא הובילה את המשטרה למחשב קונקרטי, והאחרת של לוריא.

\* ד"ר אסף הרדוף הוא מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת. מרצה בקורס "הפשע המקוון", מחבר הספר "הפשע המקוון" ומאמרים רבים בתחום. הארתי מוקדשת לתלמידי גלעד שפירא, שבמהלך הקורס "הפשע המקוון" התכתב עמי כדי לנסות ולעמוד על מונח התועבה, והצביע על קושי קריטי בתזה הפורמלית שלי למונח. מכל תלמידי – השכלתי. תודה למערכת המשפט ברשת על הערות מצוינות, כרגיל. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

<sup>1</sup> ת"פ (ראשל"צ) 42667-02-15 מדינת ישראל נ' לוריא (פורסם בנבו, 15.1.2017).



החיפוש נערך בנוכחות אשתו בלבד. שופט השלום קבע שהחיפוש חוקי חרף היעדר עדים, בשל "הסכמתה המודעת" של אשת החשוד וחרף העובדה שהיא לא ביקשה לערוך את החיפוש ללא עדים, כלשון החוק. זאת ברוח הלכת בן חיים, נוכח הרעיון שהסכמה מודעת לחיפוש משטרתי מהווה תחליף להסמכה שקבע המחוקק להליך החיפוש.<sup>2</sup> השופט ביקר את המשטרה וקרא לה שלא להסתפק בהליך שכזה להבא, אך עיקר ביקורתו הופנה לנאשם, שלא הגיע לחיפוש ובהמשך לא הביא את אשתו להעיד מטעמו.<sup>3</sup>

בהמשך דן השופט בשאלה אם החומרים הממוחשבים הם אסורים. לדידו, תמונות התקריב של איברי המין הנשיים והגבריים במהלך בעילה הן בבירור "פרסום תועבה", אך משאין בהן דמות קטין, החזקתן אינה אסורה. תמונות ילדתו של הנאשם בעירום באמבט ובטבע, שחלקן היו ערוכות בפוטושופ, מחמת הספק אינן אסורות בהחזקה, הגם שיצרו בשופט תחושת אי-נוחות חזקה.<sup>4</sup>

מוקד הדיון היה ב-135 קבצים גדולים המוצפנים בתוכנת קרמלין שהמדינה לא הצליחה לפצח. השופט כתב שבהיעדר ראיות ישירות לביצוע פשע (ה"קורפוס דליקטי"), ניתן להרשיע לאור ראיות נסיבתיות, ובראשן שמות הקבצים שרמת הבוטות שלהם משתנה, אך ההקשר הוא פדופילי. גם הימצאותן של תוכנות התור ("Tor" דפדפן מוצפן) והקרמלין (תוכנת הצפנה) לימדה את השופט שהקבצים מכילים תכנים פדופיליים. הסברי הנאשם שהקנה לקבצים לגיטימיים שמות פדופיליים נדחו, וכוחן של הראיות הנסיבתיות לא נפרק. הנאשם הורשע בהחזקת 69 קבצים אסורים.<sup>5</sup>

## 2. סדר דין פלילי: דיני החיפוש

הואיל וחיפוש ללא הפתעה אצל חשוד הוא דל-טעם, בקשה למתן צו חיפוש מטיבה נערכת במעמד צד אחד. סעיף 23 לפסד"פ מסמין כל שופט שלום או מחוזי לתת צו חיפוש בכל עבירה, קרי: פשע, עוון וחטא. לאחר שהוצא צו החיפוש אין הכרח משפטי לקיים דיון בדיעבד בחוקיות החיפוש. אם לא נמצא דבר, איש לא יאתגר את חוקיות החיפוש בבית משפט; אם נמצאה ראייה מפלילה, אין הכרח לדון בחוקיות החיפוש

<sup>2</sup> רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.3.2012), ס' 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: "הפסד"פ").  
<sup>3</sup> עניין לוריא, לעיל ה"ש 1, פס' 2-17.  
<sup>4</sup> שם, פס' 18-24.  
<sup>5</sup> שם, פס' 25-54.



## “לא משחק ילדים”

מיד.<sup>6</sup> הדיון בחוקיות החיפוש ייערך, אם בכלל, בערכאה הדיונית, המוסמכת לקבל כל ראייה שהופקה בכל חיפוש לא חוקי, אם תמצא לנכון, משום שאין סעיף פסילה ראייתי עצמאי לחיפוש לא חוקי, בשונה למשל מבחינת חוקיותה של האזנת סתר.<sup>7</sup>

בתוך דיני החיפוש הזנוחים, גם החיפוש הממוחשב טרם זכה בדיונים מעמיקים רבים. לפי סעיף 23 לפסד"פ, השופט המוציא צו חיפוש מוסמך לאפשר חדירה לחומר מחשב, באופן שלא יפגע בפרטיות מעבר לנדרש. החדירה תיערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, כאמור בסעיף 26 לפסד"פ, אלא אם השופט התיר שלא לעשות כן. בעניין אברגיל כתב שופט מחוזי בניגוד לעמדת המדינה דאז שגם חדירה לחומר מחשב נחשבת כחיפוש, ולכן יחולו עליה כל הכללים הנוגעים לחיפוש, לרבות הצורך בשני עדים שאינם שוטרים בעת החדירה למחשב ובעת הפקת הפלט. זאת, כדי למנוע השתלת חומר וכדי להגביר את אמון הציבור בחיפוש. העדים יכולים להיות עורכי דינו של החשוד או מומחי מחשב מטעמו.<sup>8</sup> בשנת 2005 תוקנה הפסד"פ, והמחוקק התייחס לנושא החדירה המשטרית למחשב. לאחר התיקון ברור שהדרישה הכללית לערוך חיפוש בפני שני עדים, כעולה מסעיף 26(א), חלה גם לגבי מחשבים. מפכ"ל המשטרה הוסמך לקבוע הוראות נוספות לעניין החיפוש, כדי לשמור על הפרטיות ועל שלמות חומר המחשב. כצפוי, במשך יותר מעשור אף מפכ"ל לא בחר להקשות על המשטרה. בשנת 2011 ציינה הנשיאה דורית בייניש בעניין היינץ שחיפוש במחשב מצריך איזון מורכב, לאור אינטנסיביות השימוש במחשב למטרות מקצועיות ואישיות והיקפו הנרחב של המידע שהוא אוצר, ארכיב כמעט אינסופי לזיכרונות האדם, לתקשורתו ולעמלו. ראוי להסדיר זאת בחקיקה, ודאי כשהמפכ"ל נמנע מעשות כן.<sup>9</sup> הצעת חוק סדר הדין

<sup>6</sup> לחריגים נדירים ראו למשל: בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704 (1992); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 1.8.2011).

<sup>7</sup> חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 כולל סעיף פסילה קשוח למדי, ואין פלא שהחלטות הערכאה העליונה בעניין זה, להבדיל מחיפושים, אינן במחסור. ראו, למשל: ע"פ 48/87 צ'חנובר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 581 (1987); ע"פ 5175/91 מדינת ישראל נ' אל מצרי, פ"ד מז(5) 624 (1993); ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309 (1995); ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו (פורסם באר"ש, 2.12.2010).

<sup>8</sup> ב"ש (מחוזי י-ם) 1153/02 מדינת ישראל נ' אברגיל, תק-מח 2002 (2) 3784, פס' 41-45 (2002).

<sup>9</sup> רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 17 (פורסם באר"ש, 2.1.2011). לניתוח ביקורתי נרחב ראו אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך דין וירטואלי: על חיסיון עורך דין, תכליתו וגבולותיו" משפט ועסקים יט 305 (2015).



הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד–2014, שמסדירה בהרחבה את החיפוש והחיפוש הממוחשב,<sup>10</sup> טרם התקבלה. ההכרעה בעניין לוריא נשענה על הלכת בן חיים, פסק הדין הבולט ביותר בתולדות מדינת ישראל בדיני החיפושים שקבע שחיפוש ללא חשד סביר אינו חוקי, אך אם הפרט הסכים לחיפוש מדעת, הסכמתו עשויה להכשיר את החיפוש.<sup>11</sup> פסק דין זה תם בזיכוי שאחריו בוטלו תיקים רבים שבהם בוצע חיפוש ללא חשד סביר וללא הסכמה מדעת. לצד זאת, הלכת בן חיים יצרה הסמכה בעייתית מאוד של חיפוש שהמחוקק לכאורה סירב לאפשר: חיפוש פסיקתי שאינו חוקי.<sup>12</sup> ראתה המשטרה כי טוב, וגם במקרים אחרים שבהם אין הסמכה חקיקתית פנתה להישען על הסכמת החשוד, הפעם כדי לחדור לטלפון הנייד שלו בהיעדר צו: אין צורך בחיפוש חוקי, ניתן להסתפק בחיפוש פסיקתי.<sup>13</sup> פסיקה זו בעייתית, נוגדת את לשון החוק הברורה ופוגעת בערכים ובזכויות.<sup>14</sup> המגמה נמשכת בפרשת לוריא. הפעם החיפוש היה לא חוקי מכיוון שאשת החשוד, "תופשת הבית", לא ביקשה לוותר על העדים. שופט השלום קבע שדי בהסכמתה. אולם מדוע די בכך? המחוקק יצר ברירת מחדל של חיפוש בנוכחות עדים, ואפשר חריג במקרה שתופש הבית מבקש לחרוג מכך. מילולית ונורמטיבית, היעדרות לבקשה אינה זהה להסכמה, ודאי כשהבקשה באה מצד גורם חזק כמו המשטרה וההסכמה באה מצד גורם חלש, כמו חשוד או אשתו, שנלחצים בידי המשטרה באמירה ש"אי-אפשר להמתין".<sup>15</sup> הסכמה כאמור אינה יכולה להיות חופשייה, כפי שהדגיש השופט דנציגר בעניין בן חיים.<sup>16</sup> דרישת העדים באה לצמצם את הסיכוי בתמרון ראיות. ראוי שהוויתור על ערובה חשובה לאמינות החיפוש יבוא מצד הנפגע מהחיפוש: החשוד. בהיתן שאינו בבית ואינו יכול לוותר – דייר אחר אולי יעדיף, כמו החשוד עצמו, לחסוך את ההשפלה שבהבאת עדים שהם מן הסתם שכניו, אולם לא הוא ייפגע

<sup>10</sup> הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד–2014, ה"ח 867.

<sup>11</sup> עניין בן חיים, לעיל ה"ש 2.

<sup>12</sup> אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה המהותי והרטורי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 53–56 (2014) (להלן: הרדוף "חזות של זכויות").

<sup>13</sup> ע 78/14 פלח נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 13.1.2015); ע"פ (ת"א) 61187-06 קורס נ' מדינת ישראל, 347 (פורסם בפדאור, 30.3.2015).

<sup>14</sup> אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומיית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" הסנגור 4 224 (2015); עדי ריטיגשטיין-אייזנר "האם הסכמת הנחקר יכולה להוות מקור סמכות לחיפוש בטלפון הנייד שלו?" מעשי משפט ח 131 (2016).

<sup>15</sup> עניין לוריא, לעיל ה"ש 1, פס' 13.

<sup>16</sup> עניין בן חיים, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר.



“לא משחק ילדים”

במישרין מהשתלת ראיות. הישענות על הסכמת החשוד היא בעייתית כשהמחוקק יצר תנאי של רף ראייתי ולא תנאי של הסכמה. הישענות על הסכמת חשוד היא בעייתית לא פחות כשהמחוקק יצר תנאי של בקשה, וכעת גורס בית המשפט שגם הסכמת אדם כמוה כבקשתו. הלעג השיפוטי להגנה, שמצפה מהשוטרים “לצאת ולקושש עדים בחוצות העיר” ובכך מבקשת לגבות התנהלות המסכלת את החיפוש,<sup>17</sup> מתעלם מכך שדרישת העדים היא מצד המחוקק, ומהעובדה שהחיפוש נערך לבקשת המשטרה ולרעת החשוד. העדים אינם טובת הנאה לחשוד, אלא חובה משטרית. היא ורק היא צריכה לדאוג לקיומה. מעניין שהתפלפלות במגמה לעקוף את דבר המחוקק וכוונתו היא דבר שבית המשפט סולד ממנו שעה שהיא באה מצד נאשמים,<sup>18</sup> אך כשבאה מצד המשטרה בית המשפט נוטה דווקא לגבותה.

לטעמי, הקביעה השיפוטית שהחיפוש חוקי היא שגויה. אי-החוקיות אין פירושה שהראיות שהופקו מזוהמות, באשר אין חשד להשתלה, או פסולות. באין סעיף פסילה לגבי חיפושים בלתי-חוקיים ניתן תמיד לקבל את הראיה. אולם, כל הכרעה שיפוטית שאינה פסילה מסרסת את הביקורת השיפוטית על המשטרה.<sup>19</sup> קריאה שיפוטית למשטרה לשנות דרכיה לאחר גיבוי שיפוטי למשטרה בקביעת חוקיות מעשייה היא אוקסימורון, תמימות או היתממות: גיבוי אינו מביא שינוי.<sup>20</sup>

## 2. דיני עונשין: המונח תועבה

בית המשפט זיכה את הנאשם מהחזקת קבצים משני סוגים: פורנוגרפיה קשה ותמונות עירום של ילדת הנאשם.<sup>21</sup> לגבי הראשון כתב שהוא בכירור פרסום תועבה, אך ללא דמות קטין; לגבי האחרון זיכה את הנאשם מחמת הספק. בדיון הנורמטיבי במונח

<sup>17</sup> עניין לוריא, לעיל ה"ש 1, פס' 16.

<sup>18</sup> דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 2.3.2009).

<sup>19</sup> אפילו פסילה לצד הרשעה מסרסת כאמור, כפי שהיה בעניין פרחי, לעיל ה"ש 6; הרדוף "חזות של זכויות", לעיל ה"ש 12, בעמ' 66–80.

<sup>20</sup> ראו אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת בלתי-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" (טרם פורסם).

<sup>21</sup> במאמר מוסגר אביע פליאה על חשיפת שם הנאשם ואשתו במצב שיוחסו לו עבירות שקורבן היא בתו.



תועבה נשען השופט על מאמרו של ראש יחידת הסייבר בפרקליטות ד"ר ויסמונסקי,<sup>22</sup> כמקור בלעדי ובלי להתייחס לכתיבה נוגדת, לרבות כזו שהוצעה באותו גיליון ממש.<sup>23</sup> בכותרתו, בגופו וברוחו, התמקד מאמרו המעניין של ויסמונסקי בפדופיליה ולא בתועבה, והציע בקיצור נמרץ מספר קריטריונים אינטואיטיביים כדי לקבוע מהו פרסום פדופילי אסור.<sup>24</sup> דא עקא, שאיסורי התועבה בפרט וחוק העונשין בכלל אינם מתייחסים לפדופיליה כלל, לא כל שכן ל"פרסום פדופילי". הפדופיליה כשלעצמה היא נטייה מינית, שכמו נטיות מיניות אחרות אינה, כך ההנחה, פרי בחירה.<sup>25</sup> דיני העונשין, להבדיל, שעונים ברובם על בחירת הפרט לנהוג כך או אחרת.<sup>26</sup> ככל העבירות, גם עבירות התועבה אינן מבדילות בין מבצע פדופיל לבין בעלי נטיות אחרות. עבירות התועבה נולדו בהקשר שונה לחלוטין. בשנת 1727 קבע בית המשפט האנגלי בפרשת קרל (Curl), שאסור לפרסם חומר בגין תוכנו המיני הפוגעני, בשל חשש שדמה לזה שמאחורי עבירת חילול הקודש, שפרסום ספר על אהבה לסבית במנזר ישחית את המוסר של נתיני המלך ויפר את השלום.<sup>27</sup> בשנת 1857 נתקבלה באנגליה חקיקה שאסרה תועבה, אך בלי להגדירה. בשנת 1868 קבע בית המשפט העליון באנגליה, שמבחן התועבה הוא אם יש לחומר נטייה להשחית את מי שנתון

<sup>22</sup> חיים ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת – בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה–2014, והצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2) התשע"ד–2014" **מאזני משפט** י 182 (2015).

<sup>23</sup> אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפלה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" **מאזני משפט** י 209 (2015) (להלן: הרדוף "בשם הילד").

<sup>24</sup> עניין **לוריא**, לעיל ה"ש 1, פס" 25–54.

<sup>25</sup> אף אם קיימת סימביוזה בין פדופיליה לבין פורנוגרפיית ילדים, אין חפיפה. פדופיליה היא מצב שאינו מפר כל חוק כשלעצמו, אלא סטייה שבה ילדים הם מושא ההערפה המינית. פדופיל אינו בהכרח מנצל ילדים, ואפשר שלעולם לא יממש את דחפיו; מנגד, יש גם מנצלי ילדים שאינם פדופילים: Tim Tate, *Child Pornography – An Investigation* 104–105 (1990); Mehagen Doyle, *Bad Apples in Cyberspace: The Sexual Exploitation and Abuse of Children over the Internet*, 21 *Whittier L. Rev.* 119, 121 (1999); Philip Jenkins, *Beyond Tolerance – Child Pornography on the Internet* 28 (2001); Markus Dirk Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 55 *Hastings L. J.* 509, 553 (2004).

<sup>26</sup> Vera Bergelson, *The Right to Be Hurt: Testing the Boundaries of Consent*, 75 *Geo. Wash. L. Rev.* 165, 188–189 (2007).

<sup>27</sup> Susan W. Brenner, *Complicit Publication: When Should the Dissemination of Ideas and Data Be Criminalized?* 13 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 273, 307–308 (2003).

הדין שאליו הפנתה ברנר במאמרה ראו *Dominus Rex v. Curl*, (1727) 93 *Eng. Rep.* 849. (K.B.) (Eng.)



## “לא משחק ילדים”

להשפעה מוסרית כזו, ואם יש חשש שיגיע לידים כאלו.<sup>28</sup> בארצות-הברית החלה האכיפה בעניין זה ואחריה החקיקה במאה התשע-עשרה.<sup>29</sup> במאה העשרים פסק בית המשפט העליון האמריקני, שאף שאיסור תועבה מגביל את חופש הביטוי, למדינה יש אינטרסים לגיטימיים בהסדרה, כשימור איכות החיים בקהילה, הסדרת סביבת העסקים במרכזי מסחר והגנה על הציבור מהתנהגות פוגענית שעשויה לנבוע מתועבה.<sup>30</sup> המונח “תועבה” מעולם לא הוגדר בבירור, אלא לכל היותר נפרט למבחני עזר. כך, למשל, נקבע שחומר תועבה הוא כזה שהאדם הממוצע, תחת סטנדרטים קהילתיים ערכניים, ימצא שהביטוי פונה לעורר תאווה מינית.<sup>31</sup> גם כיום מהדהדות המילים, שמלמדות על קושי הסוגיה ועל חוסר האונים השיפוטי להתמודד עמה: “לכשאראנו אזהנו” (I “Know it when I see it”).<sup>32</sup> בעיית האחידות והוודאות שנובעת מהאיסור – גדולה. חומרים מהסוג שהחזיק לוריא אינם נדונים כיום בארצות-הברית ובשיטות משפט קרובות תחת מסגרת “התועבה”, אלא תחת איסורים מיוחדים לגבי “פורנוגרפיית ילדים”,<sup>33</sup> מונח עמום,<sup>34</sup> שכלל אינו מוזכר בחוק העונשין הישראלי או בכל חוק

<sup>28</sup> Brenner, לעיל ה”ש 27, בעמ’ 308–309. לפסק הדין שהגדיר תועבה כאמור ראו Regina v. Hicklin, [1868] L.R. 3 L.R. 360, 371-(Q.B.) (Eng.)

<sup>29</sup> Brenner, לעיל ה”ש 27, בעמ’ 309–310. לפסקי הדין הראשונים שדנו בתועבה בארצות-הברית ראו, למשל: Commonwealth v. Sharpless, 2 Serg. & Rawle 91, 91–92 (Pa. Commonwealth v. Holmes, 17 Mass. 336 (Mass. 1821); 1815)

<sup>30</sup> Paris Adult Theater I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973)

<sup>31</sup> Donald P. Judges, *When Silence Speaks*; Miller v. California, 413 U.S. 15, 22 (1973) *Louder than Words: Authoritarianism and the Feminist Antipornography Movement*, 1 PSYCH. PUB. POL. AND L. 643, 50–648 (1995)

<sup>32</sup> Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964). השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין תרגם לעברית. ראו ע”פ 2411/06 סלימאן נ’ מדינת ישראל, פס”ק”ו לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם באר”ש, 17.9.2008). בדומה ל”מבחן הפיל” בלשון השופט טל, “חיה שקשה להגדירה אך כל רואיה יכירוה”. ראו בג”ץ 5168/93 מור נ’ בית הדין הארצי לעבודה פ”ד נ(4) 638, 628 (1996).

<sup>33</sup> Tate, לעיל ה”ש 25, בפרק 2; Karl A. Groskaufmanis, *What Films We May Watch: Videotape Distribution and the First Amendment*, 136 U. PA. L. REV. 1263, 1265–1268 (1988); Giannina Marin, *Possession of Child Pornography: Should You be Convicted when the Computer Cache does the Saving for You?*, 60 FLA. L. REV. 1205, 1208–1210 (2008); Jessica A. Ramirez, *Propriety of Internet Restrictions for Sex Offenders Convicted of Possession of Child Pornography: Should We Protect Their Virtual Liberty at the Expense of the Safety of Our Children?*, 12 AVE MARIA L. REV. 123, 124–126 (2014); MacKenzie Smith, *You Can Touch, But You Can’t Look: Examining the Inconsistencies in Our Age of Consent and Child Pornography Laws*, 87 S. CAL. L. REV. 859, 867–869 (2014)





ישראל. תכלית האיסורים אינה למנוע "תיאבון פדופילי" או "כלי פיתוי" עבור הפדופיל,<sup>35</sup> אלא להגן על הילדים המנוצלים בתעשיית הפורנוגרפיה.<sup>36</sup> המלחמה בחומר היא בגין היותו תיעוד של ניצול ילדים, שאינם מסוגלים להסכים להשתתף בתעשייה זו.<sup>37</sup>

גם במדינות אחרות קיימים איסורים שסובבים סביב המונח תועבה, והעונשים בגין הפרתם לעיתים מגיעים לעשר שנות מאסר אפילו על עצם החזקת חומרים פורנוגרפיים או צריכתם.<sup>38</sup> המצב בישראל שונה. בהיעדר איסורים ישירים, התביעה הישראלית נלחמת באותם חומרים בכותרת אחרת עם הקשר היסטורי שונה לגמרי. איסורי התועבה הגיעו לחוק הישראלי מהמשפט המנדטורי, בסעיף 179 לפקודת החוק הפלילי, 1936. הסעיף נאכף לעיתים רחוקות לגבי ספרות,<sup>39</sup> כיאה להקשר ההיסטורי של האיסור.<sup>40</sup> בשנת 1991 נתקבל תיקון 35 לחוק העונשין.<sup>41</sup> בדברי ההסבר

<sup>34</sup> המונח עשוי להתייחס לחומר שעניינו תמונות עירום גרידא, ללא תפאורה מינית, ולעיתים אף ללבוש מלא ולתמונות תמימות, אך גם לחומר מיני קשה. ראו JENKINS, לעיל ה"ש 25, בעמ' 27, 81; Molly Smolen, *Redressing Transgression: In Defense of the Federal Sentencing Guidelines for Child Pornography Possession*, 18 BERKELEY J. CRIM. L. 36, 42–44 (2013); Matthew H. Birkhold, *Freud on the Court: Re-interpreting Sexting & Child Pornography Laws*, 23 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 897, 905–906 (2013). בדומה להגדרת פורנוגרפיה רגילה, ההגדרה במידה רבה תלויה השקפה ותרבות. ראו Bernadette H. Schell et al., *Cyber child pornography: A review paper of the social and legal issues and remedies – and a proposed technological solution*, 12 AGGRESSION AND VIOLENT BEHAVIOR 45, 52 (2007).

<sup>35</sup> *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 122 S. Ct. 1389, 1401–1405 (2002). לסקירה ההיסטוריה של פורנוגרפיית ילדים ואיסוריה ראו הפניות לעיל בה"ש 33, וכן ראו Emily Weissler, *Head Versus Heart: Applying Empirical Evidence About the Connection Between Child Pornography and Child Molestation to Probable Cause Analyses*, 82 FORDHAM L. REV. 1487, 1492–1495 (2013).

<sup>36</sup> *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 757 (1982).

<sup>37</sup> *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 108–10 (1990).

<sup>38</sup> למשל בקנדה: Criminal Code, R.S.C 1985, c. C-163.1 (פורנוגרפיית ילדים); באנגליה: Protection of Children Act 1978, C. 37 (תמונות ילדים בלתי-צנועות); בניו-סאות' ווילס באוסטרליה: The Crimes Act 1900, s 91H(2) (תמונות ילדים מנוצלים).

<sup>39</sup> מונח התועבה פורש בעבר הרחוק כפורנוגרפיה. נפסק שהחשש הוא מהשחתת המוסר הציבורי, ושאת קו הגבול של העבירה יקבע בית המשפט. השופט לנדוי אישר הרשעה בגין הפצת חומר תועבה לגבי חומר מילולי לחלוטין - תיאורי מין מפורטים. ראו ע"פ 495/69 **עומר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כד(1) 408, 411–415 (1970).

<sup>40</sup> Daniel Mark Cohen, *Unhappy Anniversary: Thirty Years since Miller V. California: The Legacy of the Supreme Court's Misjudgment on Obscenity part*, 15 ST. THOMAS L. REV. 545, 576 (2003).





## “לא משחק ילדים”

של הצעת החוק המקורית נכתב שלאור השעיית תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות<sup>42</sup> נותר נושא הצגות התועבה ללא טיפול עונשי, וכי ראוי לבטל את הפקודה לגמרי ולקבוע הוראה שתאפשר להעניש מציגי תועבה במקום ציבורי. החוק נועד לחול גם על חומרים קוליים, כמילות שחקנים בתיאטרון. הסעיף המחמיר, שעסק בשימוש בקטינים שטרם מלאו להם 16, נגע להשתתפותם בהצגת תועבה. לאור רגישותו התרבותית והערכית של הנושא, התבקשה הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדין.<sup>43</sup> החוק עצמו, ככתוב בסעיף 214(ד), הסתפק בהסכמת פרקליט מחוז; והסעיף המחמיר בחוק, סעיף 214(ב), התייחס לשימוש לא רק בקטינים תחת גיל 16, אלא בקטינים בכלל.

בשנת 1997 התייחס בית המשפט העליון לסוגיית התועבה בפרשת **פורום סטיישן פילם**, שם נדונה החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לצנזר את סרט הקולנוע “אימפריית החושים” מחמת תועבה. הנשיא אהרן ברק הפך את החלטתה, וכנוסחת עבודה למונח התועבה בחר בהגדרה האמריקנית בפרשת Roth:<sup>44</sup> “פרסום שלפי אמות המידה הציבוריות המקובלות על בני זמננו, נושאו הדומיננטי של החומר בכללותו מעורר תאוות בשרים טמאה.”<sup>45</sup>

האינטרנט הציף את העולם בפורנוגרפיה בכלל ובפורנוגרפית ילדים בפרט,<sup>46</sup> והעלה לשיח הציבורי בישראל ובעולם את בעיית הפדופיליה. המחוקק הישראלי תיקן

<sup>41</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א–1991, ס"ח 1366, 208. התיקון לחוק הוצע במקור בה"ח 2061 (תיקון מס' 39 לחוק העונשין).

<sup>42</sup> פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), התשמ"ט–1989 (להלן: “פקודת ההצגות הציבוריות”).

<sup>43</sup> דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"א–1991, ה"ח 2061, 253.

<sup>44</sup> Roth v. United States, 354 U.S. 476, 489 (1957).

<sup>45</sup> הנשיא ברק הפנה להגדרות שונות מהפסיקה האמריקנית, שלפיהן פרסום בעל ערך אומנותי, ספרותי, פוליטי או מדעי, אינו נתפס באיסור. ראו בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד נ(5) 661, 673–678 (1997). השופט חשין, בדעת יחיד, כתב שההגדרה של פורנוגרפיה וחומר תועבה מעוררת קושי ומבוכה, וציין שההגדרה של הנשיא ברק לוטה בערפל כבד. לאפיוני התועבה, דוגמת תאוות “בשרים טמאה”, “יצרי תאוה” וכדומה, גבולות פרוצים שמדיפים ריח ימי-ביניימי, פוריטניות ונזירות. ההסדר מצוי “בממלכת הפטרנליזם החברתי” והמוסר החברתי, ותכליתו קשורה בעיקר לשימור צניעות חברתית. ראו שם, בעמ' 691–694.

<sup>46</sup> של, מרטין, הונג ורואדה כתבו שהאינטרנט גרם לעלייה האדירה ביותר בפורנוגרפיית ילדים בהיסטוריה, ושלפחות שליש מהתנועה המקוונת מורכב מחומרים כאלו: Schell et al., לעיל ה"ש 34, בעמ' 47. מאן ובלזלי כתבו שבשנות השבעים והשמונים של המאה הקודמת חוקי פורנוגרפיית הילדים היו יעילים יחסית בארצות-הברית, בעיקר נוכח עלות החומרים והקושי למצאם. הרשת הפכה את הפצת החומרים לזולה יותר ומסוכנת ופחות המפיקים יכולים להיות בכל מקום בעולם, הרחק מרשויות האכיפה. ראו Ronald J. Mann



בשנת 1998 את עבירות התועבה.<sup>47</sup> הוא הפליל במפורש ובנפרד הפצת פרסום תועבה שבו דמות קטין (לא רק מתחת גיל 16); הפליל פרסום חומרים מדומים והחזקת חומרי תועבה שבהם דמויות קטין; ויצר איסור מוחמר לשימוש בגופו של קטין, כשהמשתמש הוא האחראי עליו. המונחים "פרסם" ו"פרסום" שבחלק המקדמי לחוק העונשין תוקנו לכלול במפורש גם הנגשה ממוחשבת. כן נוסף סעיף הגנות, שעניינו מטרה כשרה בפרסום ובהחזקה.<sup>48</sup> הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 118) (איסור על צריכת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין), התשע"ד–2014 התקבלה בכנסת.<sup>49</sup> האיסור הקיים בס' 214(ב3) לחוק להחזיק חומר תועבה שבו דמות קטין, התרחב וכולל גם מעשה של צריכת חומר תועבה כזה.

אף שתיקונים אלה התכתבו עם המציאות המקוונת, הם לא פתרו את בעיית הבסיס ולא הסבירו במה עיסוקם. הם לא הציעו מסגרת חדשה ועצמאית לצמצום פעולות פדופיליות פוגעניות, דוגמת עבירות "פורנוגרפיית ילדים", ולא הציעו הגדרה ברורה ואפילו כיוון להגדרה למונח העמום "תועבה". עדיין ייתכן שאלו העבירות המקוונות הנאכפות ביותר בישראל, לגבי פרסום חומר תועבה שבו דמות קטין<sup>50</sup> ולגבי החזקת חומר כזה.<sup>51</sup> חרף האכיפה הערה, בית המשפט העליון טרם דן בעבירות התועבה בעידן המקוון. בשנת 2004 דן בית המשפט העליון במונח בעניין ש.י.נ., אלא שהיה זה בהקשר

& Seth R. Belzley, *The Promise of Internet Intermediary Liability*, 47 WM AND MARY L. REV. 239, 291–292 (2005).

<sup>47</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 52), התשנ"ח–1998, ס"ח 1683, 317–316.

<sup>48</sup> הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז–1997: ה"ח 2639, בעמ' 464, 466, 472–473. בדברי ההסבר הובהר שההצעה מתיישבת עם האמנה לזכויות הילד משנת 1989, שמדינת ישראל היא צד לה ומכוחה מחויבת להתאים את חוקיה להגנה על קטינים. נכתב שהתגברות התופעה של ניצול קטינים לשם הפקת פורנוגרפיה מחייבת מענה, ו"אנשי מקצוע" סבורים שיש להקטין את הביקוש הפרטי לחומרים ולבכר את ההגנה על קטינים על פני חופש הבחירה של הפרט בביתו.

<sup>49</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה–2014, ס"ח 2476, 32. הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק העונשין (תיקון מס' 118) (איסור על צריכת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין), התשע"ד–2014, ה"ח הממשלה 845, 384.

<sup>50</sup> ראו, למשל: ת"פ (חיפה) 2781/03 **מדינת ישראל נ' לבנוס**, (פורסם בנבו, 3.3.2004); (פ"ת) 3555/05 **מדינת ישראל נ' פוקסמן** (פורסם בנבו, 8.1.2007); ע"פ (מחוזי ת"א) 7493/09 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 09(3) 13925 (2009); ת"פ (שלום ב"ש) 3990/07 **מדינת ישראל – פמ"ד נ' משיח** (פורסם בנבו, 13.9.2010); ת"פ (השלום חיפה) 46429-10-10 **מדינת ישראל נ' ברקאי**, תק-של 11(4) 54257 (2011).

<sup>51</sup> ראו, למשל: ע"פ (חיפה) 2609/07 **אופר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.1.2008); ע"פ (חיפה) 2359/07 **דרייב נ' פרקליטות מחוז חיפה – פלילי** (פורסם בנבו, 20.9.2007); ת"פ (ת"א) 6136/07 **מדינת ישראל נ' קורידו** (פורסם בנבו, 8.1.2008); ת"פ (שלום חי') 10672-12-08 **מדינת ישראל נ' אלימלך** (פורסם בנבו, 6.12.2010).



## “לא משחק ילדים”

מינהלי, שידורי פלייבוי בכבלים ובלוויין. ארגונים שונים תקפו את השידור בטענה שהוא מהווה תועבה. השופטת דליה דורנר דחתה את הטענה שתועבה כוללת פורנוגרפיה, בעיקר בעידן האינטרנט, והטעימה את הנורמות החברתיות המקובלות ואת זמינות הפורנוגרפיה במגוון מדיה, בייחוד באינטרנט.<sup>52</sup>

היעדר הגדרה חקיקתית למונח חוקי מכריע ועמום היא מטרידה כשלעצמה. הטרדה גוברת כשמדובר באיסור פלילי, שאינו דקלרטיבי גרידא אלא נאכף, ונאכף תכופות. המגמה מחמירה כשמגלים שאפילו הגדרה פסיקתית אינה בנמצא.

במגמה לפצח את הצופן החקיקתי, הטעמתי בעבר שמבחינה פורמלית, לא ניתן לפרש את המונח “תועבה” כשלעצמו כמתייחס לעירום או למיניות של ילדים. זאת משום שהחוק מבדיל בין תועבה רגילה לכזו שמציגה קטינים. דמויות קטינים אינם תנאי חיוני לתועבה, אלא רק גרסה מחמירה שלה. מנגד הבהרתי, שמבחינה נורמטיבית לא ניתן לפרש את המונח ככזה שמתייחס לעירום או למיניות גרידא, משום שהדבר אינו מתיישב עם מציאות מוכרת ומקובלת, ואף אינו מתיישב עם פסיקה בגיץ שלעיל. שיערתי שהיעדר ניסיון להגדרה פסיקתית, מתחבר כנראה לאינטואיציה שלפיה ההקשר הפדופילי אינו מותר מקום לדיון.<sup>53</sup> בהמשך העליתי קושיות, שאיני יודע כיצד ישיב עליהן בית המשפט בעתיד. תהיתי אם מותר לאדם לפרסם את תמונתו בעירום, תמונת תינוקו העירום, תמונת זר בעירום, סרט פורנוגרפי רגיל, תמונה מינית של הומואים או לסביות, איור מצויר מיני, מלל מיני, סרטון עריפת ראשים של דאע”ש, תחקיר על אלימות כלפי בעלי חיים וכדומה.<sup>54</sup> לאור הקשיים, מצד אחד, ולשון החוק, מהצד האחר, הצעתי, בקצרה, לפרש תועבה כסנאף,<sup>55</sup> תופעה ותיקה של הצגת אלימות, מינית

<sup>52</sup> בגיץ 5432/03 ש.י.נ. – לשויון ייצוג נשים נ’ המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ”ד נח (3) 65, פס’ 11–13, 17 לפסק דינה של השופטת דורנר (2004). לשופטת דורנר הצטרפו עשרת שופטי ההרכב. השופט חשין כתב שהאיסור כולל “רקמה פתוחה” ומתמלא תוכן מהתרבות העכשווית והפנה לספר “מאהבה של לידי צ’טרלי” שנתפס כספרות תועבה בצאתו, “ואילו היום – היום שחוק יימלא פינור”, ראו שם, פס’ 3 לפסק דינו של השופט חשין. השופט טירקל גרס שתכניות המציגות נשים בעירום מלא שלא במסגרת סרט עלילתי הן בגדר “הצגת אדם או איבר מאבריו כחפץ זמין לשימוש מיני”, אך נמנע מלהתערב בשיקול דעת המועצה, ראו שם, פס’ 3 לפסק דינו של השופט טירקל.

<sup>53</sup> אסף הרדוף “דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי”, הפרקליט נב 67, 96 (2013) (להלן: הרדוף “דיני עונשין גולשים באינטרנט”).

<sup>54</sup> הרדוף “בשם הילד”, לעיל ה”ש 23, בעמ’ 239.

<sup>55</sup> הרדוף “דיני עונשין גולשים באינטרנט”, לעיל ה”ש 53, בעמ’ 98–101.



או לא, שבוצעה לצורך תיעודה והפצתה.<sup>56</sup> לחילופין הצעתי למחוק את עבירות התועבה מספר החוקים או לנסחן מחדש.<sup>57</sup>

התפיסה השיפוטית המסתמנת מפרשת לוריא היא שפורנוגרפיה קשה היא תועבה בבירור, ואילו תמונות עירום של ילדה, שאין ראייה שצולמו בהקשר פלילי אך יש רמזים לכך שנעשה בהם שימוש פדופילי, עלולות להיחשב כתועבה. תפיסה זו לכאורה אפשרית פורמלית, כיוון שלתועבה חייבות להיות גרסת בגירים וגרסת קטינים. תפיסת התועבה כתיעוד יחסי מין או כצילומי עירום מאפשרת צימוד גרסאות, ובמובן זה עומדת בדרישה הפורמלית של החוק הישראלי. אולם מבחינה נורמטיבית, התפיסה האמורה פירושה שמין מפורש כשלעצמו, ואפילו עירום מפורש, הם תועבה. תפיסה זו אינה משקפת את המציאות, הנורמות והמוסר הרווח בחברה ליברלית. העולם המקוון רווי מיניות ועירום, ולא רק ב"דארקנט" ("Darknet") או בפניות המבושות, אלא בממותיו המרכזיות. פורטלים ישראלים מובילים דוגמת וואלה!, ynet, mako ו-ynet, מפרסמים צילומי עירום של ידוענים ואחרים או קישורים לפרסומים מיניים. הרשת החברתית טוויטר מאשרת ומפרסמת פורנוגרפיה קשה. היישום אינסטגרם מאשר ומפרסם עירום חלקי, ומגבלות העירום שבו מייצרות מעין מרוץ לתחתית - כמה שיותר עירום שעדיין יעבור את כללי הצנזורה המקומית. מי ברשויות האכיפה שסבור שעירום בהקשר מיני הוא תועבה, יפתח נא דפדפן ויביט בכל אשר סביב: מלוא האינטרנט עירום ומיניות.

פרשנות של סעיף חוק אחד אינה יכולה לייצר תפיסות שונות לאותו מונח ממש, שמופיע בסעיף זה ורק בו. פרשנות המכרכת בין סעיף משנה (א) לסעיף משנה (ב), ומציעה תפיסות נוגדות למונח מפתח אחד אינה לגיטימית. התזה שהצעתי בעבר, תועבה כסנאף, ביקשה להשיג את שני העולמות גם יחד: הפורמלי והנורמטיבי. מבחינה פורמלית, מונח בעל צימוד גרסאות; מבחינה נורמטיבית, רעיון ערכי שמשתלב בחברה המודרנית ואינו מבקש להשיב את העולם לתפיסה מוסרית שאינה מקובלת עוד בחברה כזו. תחת תפיסת תועבה כסנאף, העבירה מצטמצמת לממדים שאינם העולם כולו, אך בה בעת מותירה בקרבה שני סוגים של תופעה מכוערת, פוגענית וייחודית: יצירת תוכן עברייני חמור ואלים לצורך תיעודו והפצתו. בגרסת הקטינים מדובר בפורנוגרפיית ילדים כחלק מתעשייה נצלנית; בגרסת הבגירים מדובר בתיעוד אינוס או אלימות קשה. יתרונה הנורמטיבי של התזה הוא בסיון החוצה של חומרי מין ועירום כשלעצמם ומתן היגיון מיוחד לעבירה זו, להבדיל מעבירות שמכסות את המעשה מושא הצילום (אונס,

<sup>56</sup> Beverly LaBelle, *Snuff—The Ultimate in Women-Hating*, in TAKE BACK THE NIGHT: WOMEN ON PORNOGRAPHY 272, 273–274 (Laura Lederer ed., 1980).

<sup>57</sup> הרדוף "בשם הילד", לעיל ה"ש 23, בעמ' 239.



## “לא משחק ילדים”

רצח וכדומה). חסרונה הוא שככל הגדרה, היא מותירה בחוץ גם אנשים שהציבור אינו חפץ ביקרם.

בעקבות מחשבה ודיונים שערכתי בנושא, אני סובר כיום שאם נדרשת בחינה פורמלית, לא די בצימוד גרסאות, בגירים וקטינים. סעיף 214(א)(1) לחוק אוסר פרסום תועבה “רגיל”, לעומת פרסום עם דמות קטינים. סעיף 214(א)(2) לחוק אוסר הצגה, ארגון או הפקה של הצגת תועבה במקום ציבורי או במקום שאינו ציבורי, “אלא אם כן הוא מקום המשמש למגורים או המשמש חבר בני אדם שהחברות בו היא למי שמלאו לו שמונה עשרה שנים ולתקופה רצופה”. דהיינו, כדי להציע פרשנות עקיבה למונח “תועבה” דרוש לא רק רעיון עם גרסת בגירים וגרסת קטינים, אלא רעיון שלגרסת הבגירים יש חריג, שהוא בית מגורים או מקום בשימוש בגירים.<sup>58</sup>

הסנאף אינו עומד בתנאי זה, כמובן; אין זה משנה אם סנאף מופק בפומבי או בפרטי, מול קהל בוגר או קטין. הסנאף הוא רע ומרושע, ואין לו ערך פודה בתנאים כאלו ובכלל. העובדה שהחריג אינו מתיישב עם רעיון הסנאף היא אך הגיונית, שהרי עבירות התועבה נולדו בהקשר של מוסרנות, לגבי ספרים ומחזות, ולא בהקשר של אלימות, במחוזות הפדופיליה המקוונת. מבחינה היסטורית החריג ודאי מכוון לצריכה פרטית של חומרים מיניים. תחת רעיון הסנאף אין תקומה לחריג זה. סבורני עדיין שרעיון הסנאף הוא הגיוני וראוי מבחינה נורמטיבית.<sup>59</sup> מבחינה פורמלית, אף שהוא מוצלח יותר מעירום או מין כתועבה, עדיין אין הוא עובר את מלוא המבחן שמציב החוק. מסופקני אם ניתן לעבור את המבחן. בית משפט האמין שיציע למונח הגדרה – כל הגדרה שהיא – ייכשל במבחן הפורמלי משום שזהו מבחן בלתי-אפשרי. אין תימה שבית המשפט אינו מנסה כוחו במשימה זו. קל יותר להסתפק באמירה אינטואיטיבית של גינוי הפרסום מלהסביר תועבה מהי.<sup>60</sup> הבעיה אינה בבית המשפט, אלא בחוק התועבה שהורכב טלאי על טלאי, ונלקח למחוזות רחוקים מהמקור לא רק מבחינה

<sup>58</sup> תלמידי גלעד שפירא האיר עיניי לכך בתכתובת בינינו בניסיון להציע תפיסה חלופית למונח התועבה.

<sup>59</sup> בלי לשלול הקשרים פדופיליים מהעבירה, ויסמונסקי הביע בקצרה תמיכה בפרישת רעיון הסנאף. ראו ויסמונסקי, לעיל ה”ש 22, בעמ’ 188, ה”ש 26.

<sup>60</sup> כהן כתב שכשאדם מתאר משהו כתועבה, הוא לרוב רק מצביע על עמדתו האישית השלילית בסוגיה; תועבה, כמו יופי, היא בעיני המתבונן. משום היותה יחסית, האיסור למעשה כופה דעות קדומות של כמה אנשים לגבי אחרים. לתועבה אין איכויות אמפיריות בנות קביעה, ופירושה רק מה אדם שמשתמש במילה הזו מאמין או מתכוון: Cohen, לעיל ה”ש 40, בעמ’ 550–551.



טכנולוגית חברתית, אלא גם מבחינה ערכית. במבט פורמלי, חוק התועבה קורס לתוך עצמו ואין לו תקומה.

הגיעה השעה לרפורמה מקפת ומלאה. כפי שכבר הדגשתי, מוטב לסלק את מונח התועבה מהחוק הפלילי במדינה דמוקרטית ליברלית, לטובת מונח שבאמת מעניין את רשויות האכיפה: "פורנוגרפיית ילדים". את האחרון יש להגדיר במפורש ובבירור, כך שיתייחס מהותית לפרסומים של ניצול מיני שיטתי של ילדים, להבדיל מקטינים שהמחוקק עצמו התיר להם לקיים יחסי מין,<sup>61</sup> ולהבדיל מצילומי עירום כשלעצמם או שהצפתם, הם מעשים פוגעניים שמכוסים בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981.

#### 4. דיני ראיות: הרשעה ללא הוכחה ישירה של ביצוע עבירה

הדיון הרחב ביותר בעניין לוריא היה לגבי הרשעה בהחזקת חומרי תועבה בלי ששוטר, תובע ושופט יעיינו בחומרים ויוודאו שאומנם בתועבה עסקינן. בית המשפט התמקד בשמות הקבצים כראיה הנסיבתית העיקרית לתוכנם; במידע מהאינטרפול; בתוכנות הצפנה שונות; ובהתנהגותו המחשדית של הנאשם. אף שאיני סבור שההרשעה מופרכת, אבקש להצביע על כמה בעיות בדרך אליה.

ראשית, חלק מהראיות הנסיבתיות שעליהן נשען בית המשפט אינן מכוונות למסקנת אשמה דווקא. שימוש בדפדפן מוצפן אינו ראיה לביצוע עבירות בכלל ועבירות תועבה בפרט, ואין זה משנה שעבריינים רבים נעזרים בו. כך גם לגבי תוכנת ההצפנה הרצון בסודיות הוא ודאי נחלתם של פושעים, אך לא נחלתם הבלעדית. השופט סירב לתת משקל מפליל להימצאותן של תוכנת שיתוף קבצים ותוכנת ניקוי עקבות מקוונים, ובצדק גמור. מדוע נתן משקל להימצאות דפדפן המקדם אנונימיות ותוכנת הצפנה? טכנולוגיה כשלעצמה אינה רעה או טובה ואינה מלמדת כשלעצמה על משתמש טוב או רע, אלא היא כמעט תמיד דואלית.<sup>62</sup> טכנולוגיה היא התאמה של העולם לשימוש

<sup>61</sup> Carissa Byrne Hessick, *The Limits of Child Pornography*, 89 IND. L.J. 1437, 1451–1461 (2014). זאת להבדיל מההגדרה הרחבה והקלוקלת בחוק הפדרלי האמריקני, שמפלילה אפילו צילומים מיניים שבני 17 צילמו בעצמם עם עצמם, עבור עצמם. ראו 18 U.S.C. §§ 2252(a)(1)(A), 2256(2)(A) (2006).

<sup>62</sup> Neal Kumar Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, 149 U. PA. L. REV. 1003, 1007 (2001).



## “לא משחק ילדים”

האדם, תמרון העולם הפיזי, הביולוגי או הלוגי למטרות אנושיות.<sup>63</sup> האינטרנט על שפע רבדיו משקף בחירות הנדסיות אנושיות שיוצרות עבור הפרט מגבלות ושיקולי עלות, אפשרויות ושיקולי תועלת. הטכנולוגיה ניצבת במרכז הבמה בנוגע לאינטרנט,<sup>64</sup> הרבה יותר מאשר בחלל הפיזי.<sup>65</sup> מבחינה ארכיטקטונית, המשתמש יכול לעשות כל מה שהטכנולוגיה מתירה לו, ורק מה שהיא מתירה לו. כשבית המשפט נותן משמעות מפלילה להיצאאותה של טכנולוגיה מסוימת בידי הפרט, להבדיל מהשימוש שנעשה בה, הוא עלול לצמצם גם שימושים חיוביים בה. בית המשפט, שרחוק מלהיות מומחה בטכנולוגיה המקוונת או בחוויית השימוש העשירה, מוטב ייזהר מאוד במסקנותיו.

שנית, אפילו אם הצפנה היא ראייה לחובת הנאשם, לא ניתן למנותה לחובתו פעמיים, ולא כל שכן שלוש: תוכנת התור לחוד, תוכנת הקרמלין לחוד, והצפנת הקבצים לחוד. הקבצים החשודים הוצפנו בידי הנאשם; קיומן של תוכנות הצפנה אינו מוסיף לכך דבר, ודומה שבית המשפט ביצע “ספירה כפולה”.<sup>66</sup>

שלישית, הרשעה ללא קורפוס דליקטי היא באופן כללי סבוכה. הרשעת רוצח ללא גופה היא דבר נדיר אך אפשרי.<sup>67</sup> הרשעת משתמש בסמים ללא מציאת סמים היא תופעה רווחת מאוד בבתי הדין הצבאיים למשל.<sup>68</sup> אולם, הרשעות ללא קורפוס דליקטי נעשות לרוב לגבי עבירה שהיקפה ברור יחסית או במצב שהיקפה ברור. שונה המצב לגבי עבירות התועבה. בהיעדר הבנה ברורה וחדה של המונח “תועבה”, ובהיעדר התמודדות מופשטת ראויה עמו ואפילו התמודדות כלשהי, הקביעה שחומר מסוים הוא “תועבה”

<sup>63</sup> Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH L.J. 1145, 1156 (2000); Arthur J. Cockfield, *Towards a Law and Technology Theory*, 30 MAN. L.J. 383, 384 (2004).

<sup>64</sup> מיטשל תייג את האינטרנט כ“עיר של ביטים”, וכתב שבמקום כזה קוד הוא חוק. ראו WILLIAM J. MITCHELL, *CITY OF BITS: SPACE, PLACE, AND THE INFOBAHN* 111 (1995). הקוד הוא החוק של האינטרנט. וואגנר כינה זאת “העיקרון המשמעותי ביותר שהתגבש מהמחקר האקדמי בנושא האינטרנט”. ראו R. Polk Wagner, *On Software Regulation*, 78 S. CAL. L. REV. 457, 459 (2005).

<sup>65</sup> Graham Greenleaf, *An Endnote on Regulating Cyberspace-Architecture vs. Law?*, 21 UNI. NEW SOUTH WALES L. J. 593 (1998).

<sup>66</sup> השוו דורון מנשה “משקלה הראייתי של כבישת עדותו של נאשם” הפרקליט נג(1) 41 (2014).

<sup>67</sup> ע”פ 543/79 נגר נ’ מדינת ישראל, פ”ד לה(1) 113, פס’ 2 לפסק דינו של השופט אלון (1980).

<sup>68</sup> ראו, למשל: רע”פ 4142/04 מילשטיין נ’ התובע הצבאי הראשי (פורסם באר”ש, 14.12.2006).





היא ברגיל פחות משפט והגינות ויותר אינטואיציה ואינטרס ציבורי. במצב הלא רגיל, שבו לא ניתן לעיין בקבצים, האינטואיציה הופכת לניחוש. במבט ראשון, הקביעה שקבצים בלתי-נראים הם "תועבה" בהסתמך על שמם, מזכירה הרשעה בשימוש בסמים מסוכנים ללא מציאת הסמים, נוכח הודאת החשוד שהשתמש בקוקאין, בהרואין וכדומה. במבט מעמיק יותר, עניין לוריא מזכיר יותר מצב שהנאשם מכחיש שהשתמש, אך קיימות ראיות שהחומר החשוד כסם דומה לחומרים מסוכנים אחרים, בלי יכולת לבדוק את החומר במעבדה ולוודא את מהותו. השאלה אם חומר שנתפס בידי המשטרה הוא חומר המצוי בתוספת לפקודת הסמים המסוכנים<sup>69</sup> היא שאלה מדעית אובייקטיבית, להבדיל מהשאלה אם על סוג החומר להיות מופלל, שאלה מהזן הנורמטיבי. בהיעדר הגדרה למונח "תועבה", השאלה אם חומר מסוים הוא "פרסום תועבה" אינה מדעית ואף לא אובייקטיבית, אלא נורמטיבית גרידא. קביעה נורמטיבית שמבוססת על עיון בחומר והסבר בדיעבד שהוא תועבה היא בעייתית, כזכור; קביעה נורמטיבית שאינה מבוססת אפילו על עיון בחומר, אלא רק על כותרתו אינה עוד חוק אובייקטיבי והחלה אובייקטיבית, אלא חוק סובייקטיבי והחלה סובייקטיבית. עניין זה אינו בגדר "ידיעה שיפוטית", ואיני מכיר ידיעה כזו לגבי כותרות של קבצים או כותרות בכלל.

מוסכם עליו ששמות הקבצים הם ראייה נסיבתית חזקה לתכנים פדופיליים. מוסכם שהתנהגות הנאשם והסבריו המופרכים לשמות הקבצים אינם מלמדים על חפות. אני מפקפק ששכח את הסיסמה, אף שדעתי אינה נוחה מהניסיון לחייבו בחקירתו הנגדית להפליל את עצמו ולספקה.<sup>70</sup> בכל זאת, איני בטוח שהיו די ראיות נסיבתיות להרשעה. שמות הקבצים, גם אם נותנים כותרת מפלילה, אינם מספרים את מלוא הסיפור ואף לא את חלקו; וההצפנה אינה מסייעת להשלים את התמונה המלאה או מספיק ממנה. בהנחה שמין שנכפה על ילדים מהווה "פרסום תועבה ובו דמות קטין", עדיין עלינו לוודא שמדובר במין ושמדובר בילדים. תופעת ה-click-bate מוכרת היטב, וייתכן שהכותרת, ככותרות אחרות, מרמה את הצרכן לגבי התוכן או מבקשת לתת לתוכן הקשר מושך מכפי שהוא. ייתכן שהתוכן מיני ובוטה, אך הקטינים אינם קטינים אלא ציור ממוחשב - הלבשת דמות של קטינים על גופם של שחקנים בגירים, ושחקנים בגירים

<sup>69</sup> תוספת לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973.  
<sup>70</sup> אציין במאמר מוסגר שבחירת ההגנה להעיד את הנאשם נראית לי שגויה. הסבריו לשמות הקבצים היו קלושים ובחירתו להעיד אפשרה לשופט לבקרו על אי-מסירת הסיסמה. להבדיל, לו בחר לשתוק, החיסיון מהפללה עצמית היה מצדיק אי-מסירה, ובהינתן שהשאלה העיקרית בתיק היא מהותית ולא נוגעת לתוספת ראייתית, הנאשם לא היה נפגע משתיקתו, אף שלבטח היה מבוקר על כך בחריפות.



## “לא משחק ילדים”

בעלי חזות ילדותית או נערית.<sup>71</sup> החוק הישראלי כולל איסור חמור של פרסום תועבה שבו דמות קטין מדומה ואף מצויר, אך אינו אוסר להחזיק פרסום כזה, להבדיל ממדינות שונות אחרות.<sup>72</sup>

תזה אפשרית חלופית לגבי הקבצים של לוריא, היא שהוא החזיק פורנוגרפיית ילדים וירטואלית. תחת תזה כזו, ייתכן שסבר שהקבצים מתארים ילדים אמיתיים, וייתכן אפילו שידע שאין מדובר בילדים אמיתיים, אך חשיפת התוכן בפני אחרים הייתה מבישה מדי, משום שגם אם הילדים וירטואליים אפשר שהפדופיליה אמיתית. הגם שפדופיליה כשלעצמה אינה עבירה, ייתכן שלוריא אינו יודע זאת או שאינו מוכן לסבול את השלכותיה החברתיות, באשר הפדופיל הוא מהמתועבים ביותר בחברה המודרנית.<sup>73</sup> כמוכן, זו רק תזה אפשרית, לא הכרחית. בלי מפתח ההצפנה לעולם לא נדע. סבורני שיש לגלות זהירות רבה בהרשעה בלי קורפוס דליקטי, וזהירות מיוחדת כשאנו עושים זאת לגבי עבירה עמומה ביותר, “פורנו-דליקטי”.

<sup>71</sup> Debra D. Burke, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, 34 HARV. J. ON LEGIS. 439, 440–441 (1997); Audrey Rogers, *Playing Hide and Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on the Internet*, 50 VILL. L. REV. 87, 92–102 (2005)

<sup>72</sup> ראו, למשל: העמדה לדין בקנדה בגין ניסיון לייבא ספרי קומיקס מצוירים בסגנון מנגה, *Canadian Arrested for Importing Loli-porn Manga*, ANIME NEWS NETWORK (March 4, 2005)

<http://www.animenewsnetwork.com/news/2005-03-04/canadian-arrested-for-importing-loli-porn-manga>. להרשעה בהחזקת פורנוגרפיית ילדים שאושרה בבית המשפט העליון ב-NSW באוסטרליה, לגבי ציורים של ילדי משפחת סימפסון בהקשר מיני, *Simpsons cartoon rip-off is child porn: judge*, THE AGE-NATION (December 8, 2008) <http://www.theage.com.au/national/simpsons-cartoon-ripoff-is-child-porn-judge-20081208-6tmk.html>. מנגד, חוק פדרלי אמריקני שאסר פרסום והחזקה של הדמיה כזו נפסל בבית המשפט העליון האמריקני, לאור הקשר הסיבתי הרופף בין ההתנהגות והפגיעה בערך המוגן. עמדת הממשל האמריקני לאסור הפצת פורנוגרפיית ילדים וירטואלית, נדחתה (גם) משום שלא נמצא קשר ישיר בין חומרים אלו לבין עידוד פדופילים, ואף נפסק ששוק החומרים הווירטואליים מייבש את שוק החומרים האמיתיים, ראו *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 254–250. מנגד, ראו התפתחות מאוחרת של העמדה לדין בגין החזקת ספרי קומיקס מנגה יפנים, תחת חוק אמריקני מאוחר 18 U.S. Code § 1466A - Obscene visual representations of the sexual [abuse of children]; Annalee Newitz, *Manga Collection Ruled "Child Pornography" By US Court*, 109 (May 28, 2009) [io9.gizmodo.com/5272107/manga-collection-ruled-child-pornography-by-us-court](http://io9.gizmodo.com/5272107/manga-collection-ruled-child-pornography-by-us-court).

<sup>73</sup> Philip Jenkins, *Cut Child Porn Link to Abusers*, GUARDIAN (January 23, 2003)



## 5. סיכום

המאבק בפדופיליה פוגענית – מימוש נטיות פדופיליות להבדיל מקיומן גרידא – הוא חשוב. מאבק חשוב אינו מצדיק קיצורי דרך באף אחד מענפי הדין הפלילי. בדין הדיוני יש להקפיד על מילוי דרישות המחוקק, הדלות למדי, לגבי חיפוש במחשבו של אדם, ואין לעקפן תחילה ולהפנות אצבע מאשימה כלפי ההגנה דווקא בגין מחדלי המשטרה בהמשך. בדין המהותי יש לייצר איסורים ברורים, חדים ומידתיים, שיגדירו התהוויות פוגעניות בעקביות בהתחשב בנורמות המקובלות בעולם המודרני ובטכנולוגיה שלו, וכדומה. בדין הראייתי, יש לחבר את הראיות, נסיבתיות וישירות, לדין המהותי, ולעשות כן בזהירות רבה כשהדין המהותי עמום ובעייתי כשלעצמו.

המחשב הוא כלי מרכזי בחיים המודרניים, שאוצר בתוכו נתונים עשירים, רבים ומגוונים, ומאפשר התנהגויות עשירות, רבות ומגוונות. החיפוש המשטרתי במחשב יילך ויתרחב. עם החיפוש, תתרחב ודאי גם ההצפנה בידי חשודים. הגיעה השעה שהמחוקק ירים את הכפפה המקוונת ויחל סוף סוף בהתאמת החוק למציאות המתחדשת. הדבר ייטיב עם רשויות האכיפה שחמושות כיום בכלי אכיפה גסים מיושנים; ייטיב עם הרשות השופטת שנאלצת לפרש חקיקה מיושנת; וייטיב אפילו עם הפרט שעובר תחת ידיהן ואינו מטופל בהגינות.