

**קידום המאבק בפרופיליה 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**

חיים ויסמונסקי*

תקציר

המרחב המקוון מוכה פרסומים פרופיליים. תכונותיו של המרחב הפכו אותו לכר פורה לפרסומים אלה, באופן המאתגר את מערכת המשפט ואת רשויות אכיפת החוק בתוכה. יצרני התכנים הפרופיליים, מפיצייהם וצרכניהם מנצלים היטב את ארכיטקטורת הרשת כדי לחמוק מאחריות פלילית ומהעמדה לדין. לאחרונה קודמו שני מהלכי חקיקה להגברת המאבק בתופעת הפרסומים הפרופיליים ברשת. האחד הוא התיקון לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר הוסיף איסור לגבי צריכת פרסומים פרופיליים, לצד האיסור הקיים בנוגע לפרסום ולהחזקה של תכנים אלה. המהלך האחר הוא קידום הצעת חוק אשר ביקשה לקבוע סמכות להגביל גישה לאתרי אינטרנט שבהם מוצגים פרסומים פרופיליים, וכן לחייב סינון תוצאות של חיפושים אחר אתרים מעין אלה. שני מהלכי החקיקה המנותחים במאמר – הראשון במישור הדין המהותי והשני במישור האכיפה – מדגימים היטב את הניסיון של מערכת המשפט לצמצם את הפער הקבוע, ההולך וגדל, בינה לבין הטכנולוגיה. המאמר מציג את ההצדקות לשני מהלכי החקיקה האמורים אל מול הביקורות המושמעות נגדם, וגורס כי שני מהלכי החקיקה האמורים ראויים לקידום במישור המשפטי-הטכנולוגי.

* דוקטור למשפטים, ראש תחום חקיקה, משפט וטכנולוגיה בפרקליטות המדינה. האמור במאמר מבטא את עמדתו האישית של הכותב. תודתי נתונה לרות פורמנסקי, למור שחר ולנועם גוטליב על הערותיהם המועילות למאמר; לחברי מערכת כתב-העת ולעורך-המשנה הראל טורג'מן על תרומתם לשיפור המאמר; ולעורך הלשון גיא פרמינגר על עבודתו הנהדרת.

כללי

א. האיסורים שחלו על תכנים פדופיליים ברשת קודם לשני מהלכי החקיקה הנדונים

ב. איסור צריכתם של תכנים פדופיליים

1. שינויים בהרגלי הצריכה באינטרנט

2. ההצדקות שבבסיס האיסורים החלים על פרסומי תועבה פדופיליים

3. החלת ההצדקות בהקשר של איסור צריכתם של תכנים פדופיליים

4. החשש מפני אפקט מצנן בעקבות האיסור החדש שהוטל על צריכת התכנים הפדופיליים

5. המרדף של המשפט אחר השלכותיה של הטכנולוגיה – דוקטרינת הצפייה כהחזקה

ג. הגבלת גישה לאתרי אינטרנט פדופיליים

1. על אכיפה חלופית במרחב הסייבר

2. הצעת החוק לקביעת סמכות להגבלת גישה לאתרים פדופיליים תחת שבת הביקורת המשפטית-הטכנולוגית

סיכום

כללי

מרחב הסייבר מוכה פרסומים פדופיליים (פרסומי תועבה ובהם דמויות של קטינים)¹. מאפייניו הארכיטקטוניים-הטכנולוגיים², כמו-גם המשפטיים³, של מרחב הסייבר הפכו אותו לכר פורה לפעילות של פדופילים, ובתוכו לפעילות של הפצה וצריכה של תכנים פדופיליים. אומנם התכנים הפדופיליים אינם ניתנים למציאה בנקל באמצעות חיפוש פשוט במנוע חיפוש אינטרנטי⁴, אבל הם ניתנים להשגה בנקל באמצעות תוכנות לשיתוף

1. ההערכות הן שכ-20% מסך כל התכנים הפורנוגרפיים ברשת הם תכנים פדופיליים. מחקרים מצביעים על גידול מתמיד בכמות הפרסומים ובהומרתם של התכנים המיניים (דהיינו, מעבר מתכנים "רכים" לתכנים "קשים" יותר, הכוללים יחסי מין מלאים, מין אלים וכיוצא בהם). לפי ההערכות, מיליוני אנשים בעולם צורכים בקביעות תכנים פדופיליים באמצעות האינטרנט, ובכל זמן נתון לפחות 750,000 פדופילים "גולשים" באינטרנט; כ-20% מכלל תוכני הפורנוגרפיה ברשת כוללים קטינים; בין כ-100,000 ל-480,000 אתרי אינטרנט כוללים תכנים פדופיליים; והרווחיות משוק הפדופיליה המקוונת מצויה אף היא בעלייה. ראו: RICHARD WORTLEY & STEPHEN SMALLBONE, INTERNET CHILD PORNOGRAPHY: CAUSES, INVESTIGATION, AND PREVENTION 30-32 (2012) והמקורות המצוטטים שם.

2. מרחב הסייבר מאפשר לפעול באופן אנונימי, אשר מקשה עד-מאוד את חשיפת זהותו של מבצע העברה; הוא מאפשר לבזר את הפעילות על-פני מחשבים ויישומים שונים, באופן שמקשה את חשיפת העברות ואיסוף הראיות; הוא מאפשר להצפין ברמה גבוהה את התקשורת בין מבצעי העברות או בינם לבין מעורבים אחרים (קורבנות, עדים); וחלק מהעקבות הדיגיטליים במרחב מתנדרים.

3. חקירה פלילית במרחב הסייבר מוגבלת טריטוריאלית, ותלויה בשיתוף-פעולה בין מדינות, מה שמאט את יכולת התגובה והפעולה של רשויות החקירה. החקירה מתבצעת באמצעות סמכויות חקירה שהותאמו למרחב הפיזי, ולעיתים חסרות סמכויות המתאימות לאופייה של הפעולה הדרושה במרחב הסייבר.

4. ראו, למשל, את הזהרת גוגל בבלוג הרשמי שלה: Jacquelline Fuller, *Our Continued Commitment to Combating Child Exploitation Online*, GOOGLE OFFICIAL BLOG (15.6.2013), <http://googleblog.blogspot>.

קבצים, בפורומים סגורים, על-ידי העברה מיחיד-אל-יחיד (peer-to-peer – P2P) בתוך רשתות חברתיות וכן ב"רשת האפלה" (ה-Darknet או ה-Darkweb).⁵

בעת האחרונה קודמו שתי הצעות חוק להגברת המאבק בתופעת הפרסומים הפדופיליים. האחת היא הצעת החוק⁶ לתיקון סעיף 214 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), על-דרך הוספת איסור לגבי צריכת פרסומים פדופיליים, לצד האיסור הקיים בנוגע לפרסום ולהחזקה של תכנים אלה.⁷ הצעת חוק זו הבשילה לכלל תיקון מס' 118 לחוק העונשין, והאיסור החדש נכנס לתוקף ביום 25.11.2014.⁸ ההצעה האחרת היא הצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014,⁹ אשר ביקשה להוסיף לחוק פרק שיאפשר הגבלת גישה לאתרים שבהם מתבצעת פעילות עבריינית מסוגים שונים, ובכלל זה אתרים המציגים פרסומים פדופיליים, וכן יתאפשר סינון תוצאות של חיפושים אחר אתרים מעין אלה. הדיון בהצעת חוק זו החל בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כהכנה לקריאות השנייה והשלישית, אולם הדיון לא הושלם בטרם פוזרה הכנסת התשע-עשרה.¹⁰

שתי הצעות חוק אלה מגלמות אסטרטגיות שונות, משלימות, להרחבת המאבק בפדופיליה המקוונת באמצעות כלים חוקיים. ההצעה הראשונה היא מתחום דיני העונשין המהותיים, ונועדה להשלים חלל משפטי מסוים שנוצר בעקבות שינויים בהרגלי הצריכה

co.il/2013/06/our-continued-commitment-to-combating.html#gpluscomments; Charlie Osborne, Google, Microsoft Outline Blocks for Child Porn Searches, ZDNET (18.11.2013), <http://www.zdnet.com/article/google-microsoft-outline-blocks-for-child-porn-searches/>

5 על "הרשת האפלה" ראו להלן בתת-פרק 2א למאמר.

6 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 118) (איסור על צריכת פרסום תועבה ובו דמותו של קטיין), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 384.

7 תיקון חקיקה זה מצטרף לשורה של הוראות חוק מעין אלה הקיימות במדינות שונות בעולם. ראו, למשל, ס' 163.1(4.1) לקוד הפלילי הקנדי, הכולל איסור גישה (או כניסה) ("accessing") לאתר המכיל תכנים פדופיליים. החוק הקנדי מוסיף (בס"ק 4.2) כי "גישה" לעניין הסעיף תחול במקרה שבו אדם גרם ביודעין לכך שתוכן פדופילי ייצף על-ידיו או יועבר אליו ("viewed by, or transmitted to, himself..."). כן ראו, כדוגמה נוספת, את החוק של מדינת אוסטרליה הדרומית, האוסר כוונה להשיג גישה, השגת גישה או ביצוע מעשה המעיד על פעולה לקראת השגת גישה לתכנים פדופיליים (Criminal Law Consolidation Act 1935 – Sect. 63A(1)(b) – נכנס לתוקף ב-2006).

איסור צריכה של תכנים פדופיליים מופיע גם באמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב (Council of Europe Convention on Cybercrime, Budapest 2001). האמנה כוללת כמה איסורים ביחס לתכנים פדופיליים ממוחשבים (באמצעות "computer system": איסורי הפקה, פרסום, שיתוף או הפצה של תכנים פדופיליים, אשר נקבעו כהוראות עונשיות שכל מדינה המצטרפת לאמנה חייבת לקבוע דיני מדינה, ואיסורי השגה/רכישה ("procuring") או החזקה ("possessing") של פרסומים פדופיליים, שהינם בגדר רשות מבחינת המדינות המצטרפות לאמנה. ראו עוד את אמנת מועצת אירופה בדבר הגנת ילדים מפני ניצול מיני (Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote 2007), הכוללת הוראה המתייחסת לחובתן של המדינות החברות באמנה להפיל ייצור, הצעה, הפצה, רכישה והחזקה של פורנוגרפיה ילדים. נוסף על כך, המדינות מתבקשות להפיל גם רכישת גישה לפורנוגרפיה ילדים ("Knowingly obtaining access... to child pornography"), אך מדינה המצטרפת לאמנה יכולה לבחור להסתייג מהוראה זו.

8 חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה-2014, ס"ח 32.

9 ה"ח הממשלה 338.

10 מכאן שעל-מנת להמשיך לקדם את הצעת החוק האמורה מן הנקודה שבה נפסק הדיון בה, יהיה צורך לבקש מועדת שרים לחקיקה, לאחר השבעתה של הממשלה החדשה, להחיל "דין ציפיות" על ההצעה.

במרחב המקוון. ההצעה השנייה היא מתחום האכיפה, ונועדה להעניק סמכות משפטית לביצוע פעולות אכיפה חלופיות במרחב הסייבר, מתוך הכרה במגבלותיהם של הכלים הקיימים בכל הנוגע באכיפה במרחב הסייבר, לנוכח מאפייניו של מרחב זה, אשר מוזילים את עלות ביצוען של העברות ומקשים את חשיפתן ואת חשיפת מִבְצְעֵיהֶן, ובכך פוגעים ביכולת להשיג הרתעה.

מנקודת-מבט רחבה יותר, שני מהלכי החקיקה האמורים – זה שהושלם וזה שטרם הושלם – מגלמים את ההכרה שהמשפט אינו חל באופן מיטבי על המרחב המקוון. אומנם, נורמות פליליות רבות, כנוסחן הישן, הוחלו בהצלחה על המרחב המקוון, אולם במקביל התנהגויות חדשות, שנולדו במרחב המקוון, אתגרו ועודן מאתגרות את מערכת המשפט, על גבולותיה הקשיחים למדי, בוודאי כאשר עסקינן במשפט הפלילי, אשר אוסר מתיחה מופרזת של הנורמה הפלילית, לכל יופר עקרון החוקיות, המחייב שהאיסור יהיה ברור, מדויק וקונקרטי.¹¹ ייתכן שניתן לראות בשני מהלכי החקיקה האמורים משום שינוי מגמה מבחינת מערכת המשפט, שבמסגרתו המשפט מנסה לחזק את מעמדו ככוח מסדיר ביחס להתנהגותם של המשתמשים במרחב המקוון.

בפרק א של רשימה קצרה זו אציג את המצב המשפטי ביחס לאיסור תכנים פדופיליים ברשת ששרר קודם לשני מהלכי החקיקה הנדונים. בפרק ב אציג את האיסור החדש לגבי צריכת תכנים פדופיליים, את ההצדקות לו, ואת הפיגור המשפטי אחר המציאות הטכנולוגית, אשר חייב את קביעתו. בפרק ג אציג את הסמכות המוצעת להגביל גישה לאתרים פדופיליים ולסנן את תוצאות החיפושים אחר אתרים מעין אלה, ואת ההכרה במגבלות האכיפה הפלילית הקלסית במרחב הסייבר, אשר מובילה להצעה לקבוע סמכות מעין זו. בפרק האחרון אסכם את הדיון.

א. האיסורים שחלו על תכנים פדופיליים ברשת קודם לשני מהלכי החקיקה הנדונים

סעיף 214 לחוק העונשין, כנוסחו לפני תיקון מס' 118 לחוק העונשין, הפליל את המפרסם "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, לרבות הדמיית קטין או ציור של קטין",¹² את המשתמש בגופו של קטין לעשיית פרסום תועבה (קרי, את המייצר) וכן את המחזיק ברשותו "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין".¹³ החוק לא העניק סמכות לסגור אתר

11 לניתוח מורחב של עברת החדירה לחומר מחשב, כאחת העברות החדשות בעידן המחשב והאינטרנט המאתגרות את מערכת המשפט, ראו שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דיויד יזר 429 (יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

12 יוצא אפוא שגם פרסום של תכנים פדופיליים הכוללים קטינים מדומים, מצוירים או כאלה הכוללים הרבקה פני קטין על גוף של בגיר – מהווה עברה. עם זאת, למיטב בדיקתי לא נפתחו כמעט תיקי חקירה בעברה של פרסום פדופילי הכולל "הדמיית קטין או ציור של קטין", ולא הוגשו כתבי אישום במקרים מעין אלה.

13 עברת ההחזקה אינה כוללת את התוספת "לרבות הדמיית קטין או ציור של קטין", ומכאן שאין זו עברה להחזיק פרסום הכולל קטין שאינו אמיתי, בשר-ודם. הוא הדין לגבי העברה החדשה של צריכת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין. לכאורה, אם כן, ביחס לשתי העברות הללו, ככל שהתביעה לא תוכיח כי מדובר בפרסום הכולל קטין בשר-ודם, האישום עשוי "לרדת מדרגה" מעברה מוגמרת לעברת ניסיון בלבד (ככל שיוכח כי הנאשם היה

אינטרנט הכולל תכנים פדופיליים אסורים או לחסום את הגישה אליו. למעשה, הדרך המשפטית היחידה למנוע את המשך הפרסום וההצגה של התכנים האסורים, או את החזקתם, הייתה לתפוס את השרתים/המחשבים ששימשו לביצוע העברה ולהשמידם לאחר הרשעה, על בסיס הוראות התפיסה והחילוט המצויות בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשל"ט-1969 (להלן: פסד"פ). ככל שחומר המחשב המדובר היה אגור במחשב או בשרת מחוץ לטריטוריה הישראלית, נדרש שיתוף-פעולה עם המדינה הזרה לצורך תפיסת החומר האסור, באמצעות הגשת בקשה לעזרה משפטית בין מדינות.

לכאורה, האיסור החל על פדופיליה מקוונת נתפס כקונסנזוס¹⁴ כמעט כל המדינות אוסרות פרסום והפצה של תכנים פדופיליים.¹⁵ אם המונח "פורנוגרפיה" (pornography) ואף המונח "תועבה" (obscenity) הם מונחים יחסיים, התלויים במקום ובזמן,¹⁶ לגבי תכנים

מעוניין להשלים עברה מוגמרת של החזקה או צריכה של תכנים פדופיליים הכוללים קטין בשר-רודם) או אף להתבטל כלייל (במקרה שלא תוכח עברת הניסיון).

14 ראו, למשל, יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" מחקרי משפט כג 301, 259 (2006).

15 כעולה, למשל, מאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, 1989 (Convention on the Rights of Children, 1989).
196 מדינות חתמו על האמנה, ו-194 מהן אימצו אותה. האמנה נחתמה על-ידי מדינת-ישראל בשנת 1990 ואושררה בשנת 1991. ס' 34 לאמנה קובע (בתרגום לעברית) כי "המדינות החברות מקבלות על עצמן להגן על הילד מפני צורות שונות של ניצול ותקיפה מינית, ויפעלו כדי למנוע שימוש בילדים וניצולם בנות או בעיסוק מיני בלתי חוקי אחר, ובהופעות ופרסומים פורנוגרפיים". נוסף על כך, בשנת 2002 נחתם ה-Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography (2002), אשר ס' (C)(1)3 שלו קובע כי המדינות יאסרו בחוקיהן הפנימיים כל פעילות של ייצור, הפצה, ייבוא, ייצוא, הצעה, מכירה או החזקה של פורנוגרפיית קטינים. 178 מדינות חתמו על הפרוטוקול האופציונלי, ו-169 מדינות אשררו אותו. כן ראו: UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, COMPREHENSIVE STUDY ON CYBERCRIME 78, 100 (2013), http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf. ראו גם ס' 9 לאמנת מועצת אירופה בדבר פשעי מחשב (Council of Europe Convention on Cybercrime, 2001). הסעיף דורש מכל מדינה שהיא צד לאמנה לאמץ דריים המפליילים ייצור תכנים פדופיליים וכן הצעה, הנגשה או פרסום של תכנים אלה. האמנה קובעת כי יש לאמץ גם איסורים לגבי החזקה או צריכה של תכנים פדופיליים, אך היא מאפשרת לחברות באמנה להסתייג, באופן מלא או חלקי, משני איסורים אחרונים אלה. האמנה נחתמה בכודפסט בשנת 2001, ונפתחה להצטרפות של מדינות מחוץ למועצת אירופה. עד כה חתמו על האמנה 53 מדינות, וב-45 מדינות היא כבר נכנסה לתוקף מעשי. מדינת-ישראל הגישה בקשה רשמית להצטרפות לאמנה, אך טרם השלימה את הליכי ההצטרפות.

16 בכל הנוגע במושג "פורנוגרפיה" (בהקשר של איסור שידורים פורנוגרפיים בערוצי הכבלים) נפסק: "...ומכבר ידענו כי פורנוגרפיה היא עניין של גאוגרפיה. ולא רק של גאוגרפיה אלא של זמן ותקופה אף-הם. פורנוגרפיה תלוית-מקום ותלוית-תקופה היא. השקפותיה של החברה מעת-לעת הן שתקבענה ותכרענה." בג"ץ 5432/03 ש.י. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, פס" 3 לפסק-דינו של השופט חשין (2004) (להלן: עניין ש.י.נ.). המימרה "פורנוגרפיה היא עניין של גאוגרפיה" לקוחה ממחזהו של ג'ון פטריק "בית התה של ירח אוגוסט" משנת 1952.

בכל הנוגע במושג "תועבה" במשפט, מעניין שבעבר הייתה שאיפה לשרטט אמות-מידה מוסריות כלליות, ולאמוד על-פיהן מושגים כ"תועבה", כפי שנעשה בפסק-הדין האנגלי משנת 1868 בעניין R. v. Hicklin, L.R. 3 Q.B. 360 (1868). לגישה זו הייתה אחיזה גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי בע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 408 (1970). באותו מקרה נבחן עניינו של ספר שחיבר המעריער בשם "הדרך", אשר כלל תיאורים מיניים. בית-המשפט העליון אישר את הרשעת המערער בעברה של פרסומי תועבה. אמת-המידה שלפיה נאמד הפרסום הייתה אם יש בו כדי להשחית את המוסר (שם, בעמ' 411-412). אולם בעשורים האחרונים חלחלה ההכרה כי הסטנדרט לאומדן ביטוי כ"נתעב" הוא סטנדרט קהילתי, וכי יש להביא בחשבון

פרופיליים נדמה ממבט ראשון כי הגבול בין האסור והמותר ברור יותר. אולם במבט נוסף נראה כי גרדי האיסור ביחס לתכנים פרופיליים אינם מובנים מאליהם. קיימת שונות בין המדינות ביחס לכמה נקודות. האחת היא גיל הקטינות שמתחת לו ייחשב הפרסום המיני פרסום אסור – בישראל בחר המחוקק במונח "קטין", דהיינו מתחת לגיל שמונה-עשרה,¹⁷ אולם במדינות אחרות נקבע גיל קטינות אחר לענייננו, אשר נע על-פי-רוב בין ארבע-עשרה לשמונה-עשרה.¹⁸ נקודה שנייה היא סוגי הפעולות האסורות ביחס לתכנים הפרופיליים – רוב המדינות אוסרות ייצור, פרסום והפצה של תכנים פרופיליים, ואילו חלק מהמדינות אוסרות גם העתקה של תכנים אלה, החזקה בהם, השגת גישה אליהם, ואף צריכה שלהם וצפייה בהם.¹⁹ נקודה שלישית שקיימת לגביה שונות בין המדינות היא בכל הנוגע בסוגיית פרישתו של האיסור לא רק על פרסום הכולל קטינים אמיתיים בלבד, אלא גם על מגוון מצבים של הידמות לקטין – בין בהדמיה ממוחשבת, בין בציור, בין בחיבור פני קטין לגוף של בגיר באמצעות "פוטומונטז", ובין בהצגת בגירים המתחזים לקטינים.²⁰

סקהילת-היעד של הפרסום ה"מתועב" אינה חופפת בהכרח את כלל אוכלוסיית המדינה. ראו בהקשר זה את ההגדרה ל"תועבה" בחקיקה האנגלית: Obscene Publication Act (1959) (Eng.). כן ראו בפסיקה האמריקאית את *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); ומאוחר יותר את פרשת *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) (להלן: פרשת *Miller*). בפרשת *Miller* נקבע המבחן – התקף גם כיום בדיון האמריקאי – לאיסור פרסום בדיון הפילי בגין היותו פרסום תועבה: (1) הפרסום ייתפס על-ידי אדם ממוצע (average person), המיישם סטנדרטים קהילתיים עכשוויים (contemporary community standards), כפרסום מיני-אאוטני; (2) הפרסום מתאר התנהגות מינית – בין אמיתית ובין מבוזבת – המבטאת פן לא-בריא, מביש או פוגעני בעליל של הפעילות המינית; (3) הפרסום חסר ערך ספרותי, אומנותי, פוליטי או מדעי משמעותי. ראו גם קרניאל וויסמונסקי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 263–275. מבחן *Miller* קנה אחיזה גם בבית-המשפט העליון הישראלי. ראו, למשל, עניין ש.י.ן, שם, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת דורנר; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נג' 661, 675–682 (מתוך פסק-דינו של הנשיא ברק) (1997) (להלן: עניין סטיישן פילם).

17 ראו הגדרת "קטין" בס' 34 לחוק העונשין.

18 ראו הגדרת "תועבה" ב-United Nations Office on Drugs and Crime, לעיל ה"ש 15, בעמ' 102.

19 ראו שם, בעמ' 100–102.

20 ראו שם, בעמ' 102. ידוע המקרה של *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), שבו נפסלה הוראה מה-Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA) אשר הגדירה "פורנוגרפיית קטינים" ככוללת "any visual depiction, including a photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture" של קטין המוצג באופן מיני. ה-CPPA אסרה הפצה, הצגה וקידום של "פורנוגרפיית קטינים", כהגדרתה לעיל. דעת הרוב פסקה כי איסור פורנוגרפיית קטינים "וירטואלית" מהווה פגיעה מופרזת בחופש הביטוי, וכן, בין היתר, שהתכלית של הגנה על קטינים המשמשים לתעשיית הסרטים הפרופיליים אינה מתקיימת כאשר אין מדובר בקטין אמיתי, אלא בהדמיה שלו. מטעם זה נפסלה ההוראה האוסרת פורנוגרפיית קטינים וירטואלית.

בעקבות פסיקה זו הוכנסה הוראה חדשה במסגרת ה-PROTECT (Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today) Act של 2003, האוסרת שידול, קידום, פרסום והפצה של תכנים מיניים באופן שנועד ליצור את הרושם כי מדובר בתכנים פרופיליים הכוללים קטין אמיתי (18 U.S.C. § 2252A). הוראה זו, להבדיל מההוראה של ה-CPPA, עמדה במבחן הביקורת החוקתית של בית-המשפט העליון האמריקאי, שכן היא פורשה כחלה על ניסיון להציג את פורנוגרפיית הקטינים הוירטואלית כאמיתית, בעוד על-פי ההוראה שנפסלה ב-CPPA, גם אם ברור שמדובר בפורנוגרפיית קטינים וירטואלית, עדיין קמה עברה. ראו: *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008).

בישראל, כאמור לעיל בה"ש 12–13, קיים איסור רק לגבי פרסום של פורנוגרפיית קטינים וירטואלית, אך לא לגבי החזקה או צריכה של פורנוגרפיה כזו.

מעבר לשונות בין המדינות ביחס לגדרי האיסורים החלים על תכנים פדופיליים, נראה כי יש שולי עמימות ביחס לשאלה מהי דרגת המיניות בפרסום אשר תהפוך אותו לפרסום פדופילי אסור. המחוקק הישראלי אינו משתמש במילים "פרסומים פדופיליים", אלא בביטוי "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין" ביחס לפרסום ולמחזיק, ובעקבות תיקון מס' 118 לחוק העונשין – גם ביחס למי שצורך את התכנים. נשאלת השאלה מהו טיב הפרסום המיני אשר הימצאות "דמותו של קטין" בתוכו תהפוך אותו לפרסום אסור. האם צריך להיות מדובר בפרסום תועבה על-פי מבחנים של תועבת-בגירים (דהיינו, לא כל פרסום פורנוגרפי, אלא רק פרסום מגונה ונתעב באופן קיצוני וחריג) או שמא הימצאות הקטין בפרסום המיני תהפוך כל הקשר מיני לתועבה?

בארצות-הברית פסק בית-המשפט העליון כי אין צורך לבחון את תועבת-הקטינים על-פי האומדן לתועבת-בגירים: כל עוד מדובר בפרסום המתמקד במיניותו של הקטין, הוא בבחינת תועבת-קטינים.²¹ זאת, בניגוד לפרסום פורנוגרפי רגיל, אשר אינו בגדר "תועבה" (obscenity) כל עוד הוא אינו מגלם תוכן מיני קיצוני וחריג.²² הטעם להבחנה בין שני סוגי הפרסומים הוא כמובן הצורך להגן באופן מוגבר על שלומם של קטינים, כאוכלוסייה הנזקקת להגנה פטרנליסטית יותר של המשפט.²³

בבית-המשפט הישראלי לא התעוררה כמעט שאלה זו, אולם נראה – מן הטעמים שיפורטו להלן בתת-פרק 2 – כי יש הצדקה לכלול גם תכנים מיניים "רכים" יותר בגדר האיסורים החלים על פרסומי תועבה הכוללים דמויות של קטינים.²⁴ עם זאת, ברור כי לא כל פרסום הכולל דמות של קטין, אשר אדם הסובל מסטייה מינית פדופילית עשוי להתגרות ממנה, יוכל להיחשב פרסום אסור העולה כדי "תועבת קטינים". כך, למשל, משדר בטלוויזיה או ב-youtube שיכלול קטין ללא חולצה לא יוכל להיחשב פרסום פדופילי אם הוא לא יעלה כשלעצמו כדי פרסום המתמקד במיניותו של הקטין. זאת, אף אם פדופיל הצופה במשדר עשוי למצוא את התוכן מגרה מינית. הלך-נפש של צרכן התכנים אין בו כדי להפוך, מבחינה עובדתית, פרסום מסוים לפרסום פדופילי.

21 ראו: *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

22 ראו פרשת *Miller*, לעיל ה"ש 16.

23 מטעם דומה נפסק עוד על-ידי בית-המשפט העליון האמריקאי, ברוב דעות, כי איסור מכירת עיתונות פורנוגרפית "רגילה" לקטינים (לא כזו העולה כדי פרסומי "תועבה") הינו חוקתי, אף שלא ניתן להטיל איסור דומה ביחס לבגירים. ראו: *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968).

24 במקרה יחיד נדונה הסוגיה בבית-משפט השלום בתל-אביב. באותו מקרה צילם הנאשם, באמצעות מכשיר הטלפון הסלולרי שלו, קטינים רוחצים בחוף הים. בחלק מהתמונות שצילם הוצג עכוו של קטין. הנאשם הודה בעובדות המיוחסות לו, ואילו סנגורו טען כי מעשהו, הגם שנעשה במכוון לסיפוק יצר מיני של הנאשם, אינו עולה כדי עברה של החזקת "חומר תועבה ובו דמותו של קטין", כלשונו של ס' 214(ב3) לחוק העונשין. בית-משפט השלום פסק כי צילום עכוו של קטין, שהינו זר לנאשם, הינו חומר תועבה שהחזקתו אסורה מכוח הסעיף האמור. ראו ת"פ (שלום ת"א) 6136/07 מדינת ישראל נ' קורידו (פורסם בנבו, 2008). עיון בהחלטה מגלה כי בית-המשפט נסמך רבות על כך שהנאשם הודה כי התכוון במעשיו לספק את יצריו המיניים הפדופיליים, ועל-כן כיוון את מצלמת הטלפון הסלולרי שלו במכוון לעבר הקטינים בחוף הים. לטעמי, הגם שאני סבור כי ראוי להחיל סטנדרט שונה לגבי פרסום מיני הכולל דמות של קטין, בהשוואה לפרסום מיני הכולל בגירים בלבד, שגה בית-המשפט כאשר ביסס את מסקנתו על אדנים אלה, שכן הנמיע לביצוע העברה ואף היסוד הנפשי של מבצעה אינם יכולים להפיח חיים במילה "תועבה". אלה רלוונטיים ליסודות אחרים של העברה (כגון היסוד של החזקה "שלא באקראי ובתום לב"), אך לא לעצם השאלה אם הפרסום המדובר הוא פרסום תועבה אם לאו.

נראה כי לנוכח שולי העמימות של הגדרת "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין", ראוי לנקוט מדיניות מצמצמת של העמדה לדין ביחס לאותם פרסומים שהמובהקות המינית שלהם אינה חד-משמעית, ואשר ניתן לייחס להם גם הקשר לגיטימי. על-כן, ככלל, על-מנת שתוכן מסוים ייחשב תוכן פדופילי אסור, נדרש שהוא יכול לאחד מאלה:²⁵ (1) תיעוד יחסי מין מלאים או חלקיים (מגע מיני עצמי או מגע מיני עם אחר) שמעורב בהם קטין; (2) תיעוד של מעשי התעללות או סדיום כלפי קטין, אף אם לא בהקשר מיני;²⁶ (3) תיעוד של התנהגות מינית כלשהי של קטין עם בעל-חיים; (4) תיעוד איברי מין של קטין; (5) תיעוד קטין בעירום חלקי או מלא, תוך שימוש בהעמדה המכוונת ליצור תוכן מיני/אירוטי. זאת, להבדיל מתיעוד קטינים בהקשר לגיטימי – כגון פרסומת בטלוויזיה – בעת רחצה בכרכה או בחוף הים. כאמור, תיעוד זה עלול להתפרש כמגרה מינית בעיני המתבונן הפדופיל, אך כל עוד התמונה או הסרט אינם מתמקדים במיניותו של הקטין – למשל, באיברי המין שלו – וכל עוד הם לא בוימו כדי להציג את הקטין באופן מיני, לא מתמלא היסוד של "פרסום תועבה ובו דמותו של קטין".

ב. איסור צריכתם של תכנים פדופיליים

כפי שהראיתי לעיל בפרק א, האיסורים בחוק הישראלי חלים, בצד ההיצע, על המפרסם, המציג, המארגן, המפיץ או המייצר פרסומים פדופיליים. בצד הביקוש נקבע בעבר איסור לגבי המחזיק בלבד. ה"צורך" תכנים אלה או ה"משיג גישה" אליהם לא הופלל, אלא אם כן הוא החזיק בידועין תכנים כאמור אגב ביצוע פעולות אלה. כפי שאטען להלן, קיימת הצדקה לאסור גם את פעולות הצריכה והשגת הגישה לתכנים פדופיליים, לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות ביחס לשימוש במרחב המקוון ובשים לב לערכים המוגנים שבבסיס האיסורים הקיימים ביחס לפרסומים פדופיליים.

1. שינויים בהרגלי הצריכה באינטרנט

בעבר, בעידן התקשורת הטרום-אינטרנטית, כמו-גם בעידן האינטרנט עד לפני שנים מספר, היה אפשר לאפיין את הצרכן של התכנים הפדופיליים כמי שמחזיק תכנים אלה

25 כאן המקום לציין כי לפורנוגרפיה קטינים הוצעו לאורך השנים טקסונומיות שונות. ראו, למשל, את ה-COPINE Scale, שפותח בשנת 1997 באוניברסיטת קורק (Cork) באירלנד. בסולם זה סווגו התכנים לעשר קטגוריות, החל בתמונות של קטינים בבגדים תחתונים או בבגדי-ים ממקורות לגיטימיים (כאלבומי משפחה) ועד לסדיום כלפי קטינים ופעילות מינית של קטינים עם בעלי-חיים. ראו: Max Taylor, Gemma Holland & Ethel Quayle, *Typology of Paedophile Picture Collections*, 74 POLICE J. 97 (2001) שם של תכנים פדופיליים המופיע ב-, SENTENCING COUNCIL, SEXUAL OFFENCES: DEFINITIVE GUIDELINE 76 (2014). available at <https://www.iwf.org.uk/assets/media/hotline/Sentencing%20Councils%20Sexual%20Offences%20Definitive%20Guideline%20April%202014.pdf>.

26 המונח "תועבה" אינו חייב להתייחס אך ורק להקשר מיני, ויכול בהחלט לכלול גם מצבים של התעללות מתועבת ("סנאף").

ברשותו. כך, למשל, בעידן הטרום-אינטרנטי, אדם שביקש לצפות בסרט פדופילי היה חייב לרכוש, לשכור או לשאול סרט פדופילי, להחזיקו אצלו ולצפות בו. אף בראשית ימי האינטרנט, מי שהיה מעוניין לצפות בקובץ הפדופילי היה צריך לבצע פעולת הורדה (download) ולשמור את הקובץ על-גבי מדיה מגנטית.

אולם בשנים האחרונות ניתן לסמן מגמה מסוימת באופן הצריכה של תכנים באינטרנט: כיום יש מעבר לצפייה באמצעות טכנולוגיית video-streaming, וכדוגמאות לכך ניתן לציין אתרים פופולריים לצפייה בתכנים כגון youtube או mako (אתר "קשת", זכינית ערוץ 2). באתרים אלה, ככלל, אי-אפשר לשמור באופן יזום את התכנים; על-מנת לצפות שוב בסרטונים שבאתרים אלה, יש להתקשר עם האתר ולצרוך שוב את התוכן המבוקש. נוסף על כך, גם לגבי תכנים שניתן להעתיקם אל המחשב, משתמשים רבים מעדיפים בפועל לחוץ על האפשרות "צפייה" ("run", "view" וכדומה) ולהריץ את הקבצים ישירות מהאינטרנט, במקום לשומרם במחשב ולהיצעם מתוכו.

ניתן להציע, בהקשרנו, שתי סיבות לשינוי מגמה זה, קרי, לנטייה ההולכת וגוברת לצפות בתכנים מהאינטרנט במקום להורידם אל המחשב המקומי. האחת היא הגידול הדרמטי ב"רוחב הפס" של ה"גלישה" באינטרנט, המאפשר לצרוך תכנים בטכנולוגיית "סטרימינג" מבלי שיווצרו עיכובים מבחינת הצופה בתכנים. על-כן אין עוד צורך, מבחינת החוויה של משתמש האינטרנט, בהורדה אל המחשב קודם לצפייה בתוכן. הסיבה האחרת, הרלוונטית במיוחד לצרכן התכנים הפדופיליים, היא הרצון להימנע מלהותיר במחשב עקבות של התכנים האסורים. הסיבה האמורה מייצרת תמריץ קונקרטי, לבד מהתמריץ הטכנולוגי הכללי, למעבר משיטת צריכה על-דרך הורדה (downloading) לשיטת צריכה על-דרך צפייה בכל הנוגע בתכנים פדופיליים.²⁷

זאת ועוד, בתעשיית הפורנוגרפיה באינטרנט התפתח, לצד שירותי הצפייה בסרטים פורנוגרפיים, שירות נוסף פופולרי של מיצגים בשידור חי (live webcams). במסגרת זו מבוצעים אקטים מיניים שונים מול מצלמה, המשדרת בשידור חי לצופה המשלם לפי תעריף מסוים לדקה. השירות כולו מבוסס על צפייה, ולא על הורדה של התכנים המיניים. ככל שמדובר בשירות מעין זה המציג תכנים פדופיליים, מי שהופלל – על-פי חוק העונשין לפני התיקון – היה רק המציג, ולא הצרכן. אי-הפללה של צריכת שירות כזה, ככל שהוא כולל תכנים פדופיליים, עלולה ליצור תמריץ חיובי לתעשייה של מיצגים פדופיליים חיים.

27 בהקשר כללי יותר, המנותק מתחום הצריכה של תכנים פדופיליים, ניתן להצביע על סיבה אחרת למעבר מצריכה על-דרך הורדה (downloading) לצריכה על-דרך צפייה: אתרים מסחריים המשדרים תכנים באינטרנט מעדיפים קביעת שיטה של צפייה על שיטה של הורדה, מכיוון שהצפייה מחייבת חזרה שוב ושוב אל האתר, וכך מתאפשר לחשוף את הצרכן הפרטומות.

2. ההצדקות שבבסיס האיסורים החלים על פרסומי תועבה פדופיליים

נהוג למנות שתי תכליות מרכזיות בבסיס איסורם של חומרים פדופיליים בכל שרשרת ההפצה שלהם (משלב הייצור, דרך שלב ההפצה ועד שלב הצריכה, בין על-דרך החזקה ובין על-דרך צפייה ושימוש ללא החזקה בפועל):

- א. הגנה על קטינים המשמשים קורבנות עברת מין לצורך ייצור התוכן הפדופילי;
- ב. הגנה על קטינים העתידים להיפגע מעברות מין על-ידי צרכני התכנים הפדופיליים.

בכל הנוגע בתכלית הראשונה, של הגנה על קטינים המנוצלים מינית לצורך תעשיית הפרסומים הפדופיליים, זו התכלית המרכזית המודגשת הן בדברי ההסבר להצעת החוק משנת 1997 שבמסגרתה הוסף איסור החזקתם של חומרים פדופיליים (סעיף 214(ב3)) לחוק העונשין²⁸ והן בדברי הכנסת ביחס להצעת החוק האמורה.²⁹ גם הפסיקה הישראלית הדגישה תכלית זו. בפרשת מור כתב השופט לוי, תוך שהוא דוחה בקשת רשות ערעור של נאשם שהורשע בעבירה על סעיף 214(ב3) לחוק העונשין:

"התכלית המונחת בבסיס העבירה בה הורשע המבקש – החזקת פרסום תועבה וכו דמותו של קטין – היא בראש ובראשונה מיגור התופעה החמורה של התעללות מינית בקטינים... העבירה בה הורשע המבקש נועדה לטפל בדיוק במקרים בהם הפגיעה הנגרמת לקטינים איננה ישירה, אלא כזו הנגרמת על ידי אלו המחזיקים ברשותם חומר פדופילי, ובכך מעודדים את יצירתו והפצתו."³⁰

תכלית זו מוסקת גם מאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד.³¹ סעיף 34 לאמנה מחייב את המדינות החברות באמנה להגן על הילד מפני כל סוגי הניצול המיני וההתעללות המינית. בגדר הניצול המיני נכלל גם שימוש בילדים בהופעות פורנוגרפיות ובחומר

28 בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997, ה"ח 464, נאמר (שם, בעמ' 472, בדברי ההסבר לסעיף 11):

"בשנים האחרונות התגברה תופעת ניצולם של קטינים בתעשיית הפרסומים הפורנוגרפיים. המדובר לא רק בפרסומים על דפי התקשורת הכתובה, אלא גם בסרטים ובקלטות וידאו המופצים גם באמצעות תקשורת מחשבים. תעשייה זו פורחת במספר רב של מדינות ותוצרת זו מגיעה גם לישראל. חומר התועבה המצוי בקלטות הוא קשה במיוחד ומתגלה בו ניצול מיני חמור של קטינים, לעתים גם תוך עשיית מעשי אלימות חמורים בקטינים... בפסקה (3) המוצעת נקבעת עבירה של החזקת חומר תועבה שיש בו דמות של קטין, אף אם ההחזקה היא לשימושו הפרטי של המחזיק ולא לשם הפצת חומר התועבה בצייבור. אנשי מקצוע סבורים שכדי להגן על הקטינים צריך להקטין את הדרישה של אנשים פרטיים לחומר מסוג זה..."

29 ראו דברי הכנסת ה-14, ישיבה מס' 127 מיום 29.7.1997.

30 רע"פ 3890/09 מור נ' מדינת ישראל, תק-על 209 (2) 1797, פס"כ 3 (2009). ראו גם ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 מדינת ישראל נ' מיל, תק-של 406 (4) 27461, 27464 (2006); ת"פ (שלום פ"ת) 3555/05 מדינת ישראל נ' פוקסמן (פורסם בנבו, 8.1.2007); ע"פ (מחוז חי') 2609/07 אופר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2008); ע"פ (מחוז מר') 756-01-08 פולק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2008).

31 לעיל ה"ש 15.

פורנוגרפי. תכלית זו מופיעה גם בפסיקה האמריקאית³² ובמקורות רבים נוספים.³³ מכוחה של תכלית זו ניתן לראות את צרכני התכנים הפדופיליים כמקבלי דבר שהושג בפשע, כאשר הפשע הוא אינוס הקטינים, ביצוע מעשי סדום ומעשים מגונים בהם, שלא בהסכמתם החופשית, ולעיתים אף בכוח או באיומים.

בכל הנוגע בתכלית השנייה, של הגנה על קטינים העתידים להיפגע מעברות מין על-ידי צרכני התכנים הפדופיליים, ניתן, מבחינה עיונית, לחלק את הדברים לשלושה טיעוני-משנה בדבר המשמעות המזיקה של צריכת התכנים הפדופיליים: (1) שימוש בתכנים כאמצעי של הפדופיל להתגרות ולעידוד עצמי בטרם יתקוף מינית קטין;³⁴ (2) שימוש בתכנים על-ידי הפדופיל כאמצעי לשכנע ולעודד קטין לקיים עימו מגע מיני (על-ידי יצירת לגיטימציה כביכול לקיום יחסי מין בין בגיר לבין קטין);³⁵ (3) עידוד משתמשים תמימים להתנסויות פדופיליות. בכל הנוגע בטיעון-המשנה השלישי, דומה כי קשה למצוא לו ביסוס אמפירי המאפשר לראות בו משום הצדקה לכינון איסורים פליליים ביחס לפרסומים פדופיליים.³⁶

נוסף על שתי התכליות המרכזיות האמורות (תכליות א-ב שהוצגו בתחילת חלק זה), ניתן להציג הצדקות נוספות בבסיס האיסור החל על פרסומי תועבה פדופיליים – הן

32 ראו: Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103, 111–110 (1990) (להלן: פרשת Osborne), שם פסק בית-המשפט העליון האמריקאי כדלקמן:

"Given the importance of the State's interest in protecting the victims of child pornography, we cannot fault Ohio for attempting to stamp out this vice at all levels in the distribution chain... the materials produced by child pornographers permanently record the victim's abuse."

33 ראו, למשל: Tim Tate, *The Child Pornography Industry: International Trade in Sexual Abuse*, in: PORNOGRAPHY: WOMEN, VIOLENCE AND CIVIL LIBERTIES — A RADICAL NEW VIEW 201, 203 (Catherine Itzin ed., 1992); KENNETH V. LANNING, *CHILD MOLESTERS: A BEHAVIORAL ANALYSIS* 80–81 (5th ed. 2010), available at http://www.missingkids.com/en_US/publications/NC70.pdf; DENNIS HOWITT & KERRY SHELTON, *SEX OFFENDERS AND THE INTERNET* 20–21 (2009).

34 טיעון-משנה זה מופיע בפרשת R v. Sharpe, 2001 S.C.C. 2 (2001) (להלן: פרשת Sharpe), שם פסק בית-המשפט העליון של קנדה (בפס' 94) –

"Laws against publication and distribution of child pornography cannot catch the private viewing of child pornography, yet private viewing may induce attitudes and arousals that increase the risk of offence."

35 ניתן למצוא עיגון פסיקתי לתכלית זו בפרשת Osborne, לעיל ה"ש 32, שם נדרש בית-המשפט העליון של ארצות-הברית לשאלת חוקתיותו של איסור החזקת חומרים פדופיליים שנקבע במדינת אוהיו. שם, בעמ' 111, נפסק כי "...evidence suggests that pedophiles use child pornography to seduce other children into sexual activity". כן נפסק על-ידי בית-המשפט העליון הקנדי בפרשת Sharpe, לעיל ה"ש 34, פס' 94, כי יש הצדקה לאיסור החזקת חומרים פדופיליים, מכיוון שאיסור שיחול רק על פרסומם של התכנים האסורים לא ימנע את השימוש בפורנוגרפיית קטינים "...to groom and seduce children". ראו טיעון ברור זה גם בעניין מיל, לעיל ה"ש 30.

36 אסף הרדוף התווכח עם הבסיס לטיעון כי צריכת תכנים פדופיליים תוביל להתנסויות פדופיליות (הרדוף כינה זאת "תיאוריית הנטייה"). ראו אסף הרדוף "החזקת פורנוגרפיית ילדים אלקטרונית – האם ניתן להרשיע, והאם ראוי, או: היכן מעדיפה החברה את הפדופילים שלה?" הסניגור 149–150, 4, 8–9 (2009). להרחבה ראו גם אסף הרדוף הפשע המקוון 334–349 (2010). הרדוף הביע עמדה מנומקת הכופרת בהצדקה להטלת איסור פלילי על החזקת "פורנוגרפיית ילדים". למעשה, לשיטתו, איסור ההחזקה אינו צריך לעמוד, ומשתמע מנימוקי כי הוא אינו מבחין בין איסור החזקה לבין איסור צריכה. במילים אחרות, הרדוף אינו מספק טעמים מיוחדים נגד הפללתה של הצריכה, אלא מספק טעמים נגד ההפלה של החזקה והצריכה גם-יחד.

בצד ההיצע (היצרנים, המפרסמים והמפיצים) והן בצד הביקוש (המחזיקים והצרכנים). אציג בקיצור נמרץ את ההצדקות הנוספות:

ג. הגנה על כבודם ומעמדם של קטינים כקבוצה בחברה – על-פי טיעון זה, החפצת הקטינים במסגרת המיצג המתועב מטמיעה בקרב קהל הצרכנים יחס משפיל ומבזה כלפי ציבור הקטינים בכללותו.

ד. הגנה על פרטיותם של הקטינים המשתתפים במיצג המתועב – על-פי טיעון זה, המיצג הפדופילי משתק את הפגיעה הקשה שנגרמה לקטין כאשר בוצע בו האקט המיני.

ה. טיעון כללי של הגנה על המוסר – על-פי טיעון זה, האיסור החל על יחסי מין פדופיליים, ועל כל העברות הנגזרות המתייחסות לפרסומים הפדופיליים, הוא בבחינת "איסור טבעי" (*mala in se*), הנובע מכך שמדובר במעשה בלתי-מוסרי בעליל. חולשת הטיעון האמור נעוצה ברלטיביות המוסרית, הן בציר המקום והן בציר הזמן, דהיינו, הסטנדרטים המוסריים אינם זהים בכל מקום ובכל זמן. במרחב הסייבר, כאשר פרסום המועלה ממקום מסוים יכול להגיע למקומות שונים ולקהילות שונות ברחבי העולם, בעיית הרלטיביות המוסרית בציר המקום עלולה לבוא לידי ביטוי במלוא עוצמתה. לכאורה, המדינה השמרנית ביותר עלולה להחיל את הסטנדרט שלה על כל העולם, כל עוד הפרסומים מגיעים גם למשתמשי המרחב במדינתה.³⁷ עם זאת, לטעמי אין לבטל כליל את הטיעון של הגנה על המוסר, לפחות בכל הנוגע בפרסומים הקיצוניים ביותר. זאת, מכיוון שבתחום הפדופיליה המקוונת, להבדיל מתחום התועבה ה"רגילה" בהשתתפות בגירים בלבד, ניתן לדבר על תכנים מסוימים, הקיצוניים ביותר, שהם אכן בבחינת "איסור טבעי" (*mala in se*). ביחס לתכנים אלה, אשר ניתן לתפוס אותם כקונסנווס גם לפי הסטנדרט של המדינה המתירנית ביותר, ניתן לבסס טיעון כללי של איסור לא רק מטעמי הגנה על קטינים כמפורט לעיל, אלא גם מטעמי הגנה על המוסר הכללי.

3. החלת ההצדקות בהקשר של איסור צריכתם של תכנים פדופיליים

אבחן כעת את ההצדקות שמניתי לעיל, המהוות את הבסיס הנורמטיבי לאיסורים הפליליים השונים החלים על פרסומי תועבה פדופיליים, ביחס לאיסור החדש שהוטל על צריכת תכנים פדופיליים. אתייחס להצדקות האמורות כסדרן:

א. באשר לתכלית של הגנה על קטינים המשמשים קורבנות עברת מין לצורך ייצור התוכן הפדופילי, הצדקה זו מתקיימת בהחלט בהקשר של צריכת תכנים פדופיליים. על פני הדברים אין להבחין בין אופני הצריכה השונים, וגם צריכה על-דרך צפייה

37 להרחבה על בעיה זו ראו קרניאל וויסמונסקי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 295–297.

- שאינה כוללת החזקה צריכה להיאסר. לא זו אף זו, ניתן לטעון כי צריכה על-דרך צפייה, ללא שמירה, עלולה אף להביא לידי צריכת מספר רב יותר של סרטונים פדופיליים שונים מאשר צפייה של אדם בתכנים המצויים ב"ספרייתו" הפרטית, ומשמעות הדבר היא שקטינים רבים יותר עלולים להיפך לקורבנות של תעשיית הפדופיליה המתועדת. במילים אחרות, ניתן לטעון כי התכלית הראשונה שמניתי לעיל מצדיקה, אף ביתר שאת, איסור צריכה בדרך של צפייה לעומת החזקה.
- ב. באשר לתכלית של הגנה על קטינים העתידים להיפגע מעברות מין על-ידי צרכני התכנים הפדופיליים, הצגתי לעיל שני טיעוני-משנה בני-תוקף: האחד, שימוש בתכנים כאמצעי של הפדופיל להתגרות ולעידוד עצמי בטרם יתקוף מינית קטין; האחר, שימוש בתכנים על-ידי הפדופיל כאמצעי לשכנע ולעודד קטין לקיים עימו מגע מיני. באשר לטיעון-המשנה הראשון, הלכה למעשה הוא תקף בשל צריכת התכנים הפדופיליים בפועל, ולא דווקא בשל החזקתם (ללא צריכה). על-כן הוא תומך בוודאי באיסור צריכתם של תכנים פדופיליים. באשר לטיעון-המשנה השני, ניתן לראותו כתקף בסיטואציה של צריכת התכנים הפדופיליים, אם כי תקפותו חלה בסיטואציה שונה מעט מן הסיטואציה במקרה של החזקת התכנים. במקרה של החזקה, פעולת השכנוע תיעשה על-ידי שליחת התכנים האסורים מהחשוד אל הקטין שהוא מנסה לפתות. במקרה של צריכה ללא החזקה, פעולת השכנוע תיעשה על-ידי צפייה משותפת בתכנים.
- ג. באשר לתכלית של הגנה על כבודם ומעמדם של קטינים, הצדקה זו חלה ללא ספק במצב של צריכת הפרסום הפדופילי.
- ד. באשר לתכלית של הגנה על פרטיותם של הקטינים המופיעים במיצג המתועב, ניתן בהחלט לומר כי צריכת התוכן משעתקת את הפגיעה בפרטיות, אם כי החזקת המידע שונה במהותה מצריכת המידע מבחינת מובני הפגיעה בפרטיות.³⁸ זאת, בעיקר בהיבט של הפוטנציאל ל"שרשור" המידע (הסרט) הלאה למשתמשים נוספים והיכולת לעשות בו שימוש חוזר בלא תלות בכך שהמידע (הסרט) ימשיך להיות מאוחסן ברשותו של אחר. אלה מתקיימים במקרה של החזקה ואינם מתקיימים במקרה של צריכה ללא החזקה.
- ה. באשר לטיעון המוסרי הכללי, ככל שיש לראות בו משום הצדקה עצמאית לאיסור פרסומים פדופיליים, דומה כי הוא חל על פעולת הצריכה של התכנים באותה מידה שבה הוא חל על פעולות אחרות בשרשרת הפרסום שלהם.

הנה כי כן, כל ההצדקות שמניתי לעיל, ואשר היו תקפות לגבי האיסורים הקיימים בנוגע לפרסומים פדופיליים, תקפות גם לגבי איסור צריכתם של התכנים הפדופיליים. הצדקה אחת, הנוגעת בפגיעה בפרטיות, אולי מוחלשת במעט, אך חלק מההצדקות האחרות אף מקבלות משנה תוקף בהקשרים מסוימים.³⁹

38 השוו עם חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, המבחין בין העתקת תוכן ללא רשות (ס' 2(5)) לבין שימוש במידע ללא רשות (ס' 2(9)) או מסירתו לאחר (ס' 2(9) או 2(10)), בהתאם לנסיבות.

39 כאן המקום לציין כי אין זה כמובן ה"אתר" היחיד בדיני העונשין שבו מפלילים גם את הצרכן כחלק מניסיון

4. החשש מפני אפקט מצנן בעקבות האיסור החדש שהוטל על צריכת התכנים הפדופיליים

לעומת ההצדקות שנמנו לעיל, יש לבחון את מידת פגיעתו של האיסור החדש בזכויות מוגנות של המשתמשים במרחב המקוון. הטלת איסור על צריכת תכנים מסוימים, מגוונים ככל שיהיו, חייבת לעבור במסגרת הזכויות הנפגעות. בענייננו מדובר, בראש ובראשונה, באוטונומיה של הרצון החופשי של משתמשי המרחב המקוון ובזכותם לפרטיות, מחד גיסא, ובחופש הביטוי של מעלי התכנים, מאידך גיסא. בכל הנוגע בחופש הביטוי של מפרסמי התכנים המיניים, האיזון המשפטי המגולם כיום באיסור החזקתם של תכנים פדופיליים אינו משתנה, ומבחינתם דין האיסור החל על צריכת התכנים הפדופיליים כדין האיסור החל על החזקתם, במובן זה שהראשון אינו משפיע על המפרסמים יותר מהאחרון.⁴⁰

בכל הנוגע בצרכני התכנים המיניים, יש מקום לשאול את השאלה הבאה: האם הרחבת האיסור בסעיף 214(ב3) לחוק העונשין כך שיחול גם על מי שצרך תכנים פדופיליים, ולא רק על מי שהחזיק בתכנים אלה, אינה מעמיקה את עוצמת החדירה השלטונית לפרטיות, למעשיו בד' אמותיו ולחופש שלו לצרוך תכנים כאוות נפשו? בפרט, האם לא עלול להיווצר מצב שבו משתמש מחשב שצופה בתום-לב, באורח סביל או לא במתכוון בתכנים פדופיליים ייהפך בעל-כורחו לעברייני? האם לא עלולה להתרחש תופעה של "הרחבת רשת" אל עבר משתמשים שאין זה מן הראוי להחיל עליהם את האיסור האמור?

⁴⁰ למגר תופעת פשיעה. דוגמאות נוספות לכך הן האיסור החל על החזקת סמים מסוכנים ושימוש בהם, לפי ס' 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"א-1971; והאיסור החל על השתתפות במשחק אסור, לפי ס' 226 לחוק העונשין. כן ראו את האיסור החל על קבלת שירות של מעשה זנות של קטין, לפי ס' 3203 לחוק העונשין. מעניין שגם במקרה של שירותי זנות, כמו במקרה של פרסומי תועבה, הצרכן מופלל רק כאשר קטין מעורב בעניין, ולא כאשר כל המעורבים הם בגירים.

⁴⁰ כאן המקום לציין כי ניסיון לתקוף ב"תקיפה עקיפה" חוקתית את האיסור החל על החזקת תכנים פדופיליים, לפי ס' 214(ב3) לחוק העונשין, נדחה בפסק-דינו של בית-משפט השלום בתל-אביב. ראו עניין מיל, לעיל ה"ש 30. ראו גם פרשת Osborne, לעיל ה"ש 32, שם דחה בית-המשפט העליון האמריקאי בקשה להכריז על בטלותו של חוק של מדינת אוהיו אשר אסר החזקת תכנים פדופיליים. חקיקה דומה נתקפה גם בבית-המשפט העליון הקנדי, אשר פסק גם הוא כי האיסור שהוטל על החזקת תכנים פדופיליים מאושר חוקתית. ראו פרשת Sharpe, לעיל ה"ש 34.

עוד בנוגע לזכותם של מפרסמי התכנים לחופש ביטוי, ניתן לפתח טענה כי הביטוי הפדופילי כשלעצמו אינו ראוי כלל להגנת חופש הביטוי, או למצער שהוא נמצא בשולי מטריית ההגנה של חופש הביטוי, כך שניתן להגבילו – כולל הגבלה בדין הפלילי – באופן רחב יותר מאשר ביטויים מסוגים אחרים. בהקשר קרוב, של ביטויים פורנוגרפיים "רגילים", ראו את מחלוקת השופטים בבג"ץ ש.י.ן, לעיל ה"ש 16. רוב השופטים – תשעה מתוך אחד-עשר שופטי ההרכב – גרסו כי הגנת חופש הביטוי נפרשת על ביטוי פורנוגרפי, גם אם ביטוי זה "נחות" יותר וניתן להגבלה בתנאים "נוחים" יותר (ראו פס' 13 לפסק-דינה של השופטת דורנר ואת הערותיהם של השופטים ביניש וריבלין). כנגדם, השופטים חשין וטירקל גרסו כי ניתן להוציא את הביטוי הפורנוגרפי אל מחוץ לגבולות פרישתו של חופש הביטוי (ראו פס' 4 לפסק-דינו של השופט חשין ופס' 2 לפסק-דינו של השופט טירקל). כן ראו את עמדתו של הנשיא ברק לעומת עמדתו של השופט חשין בעניין סטיישן פילם, לעיל ה"ש 16.

על כך ניתן להשיב בכמה מישורים:

ראשית, ברמה הטכנולוגית-הארכיטקטונית, המחזיק קבצים פדופיליים, אשר הופלל בסעיף 214(ב3) לחוק העונשין כנוסחו לפני התיקון, ממילא הוריד או העתיק אותם למחשבו, ובפועל ביצע פעולה של צריכה או השגת גישה אל התוכן קודם להחזקה. ההפללה הישירה של צורך התכנים נועדה להשלים פער משפטי-טכנולוגי, ולא לשנות את נקודת האיזון החוקתית בין האינטרס הציבורי במניעת עברות לבין הזכויות המוגנות של משתמשי המרחב המקוון. בכל הנוגע בחשש מפני לכידת הצופים הסבילים בתכנים הפדופיליים, יש לזכור כי חוויית הגלישה באינטרנט מטבעה היא חוויה הידודית (אינטראקטיבית), השונה במהותה מחוויית הצפייה בטלוויזיה. בטלוויזיה הקהל סביל יותר, ולא אחת הוגדר כ"קהל שבוי", בדומה למי שנחשף לשלטי-חוצות פוגעניים. משתמש האינטרנט, לעומת זאת, מחפש תכנים במנוע חיפוש, מוריד תכנים על-פי בחירה, ובוחר לצפות בתכנים על-פי בחירה נקודתית כל אימת שהוא "מקליק" על קישור. צרכן הפדופיליה באינטרנט, באופן מובהק יותר ממשתמש האינטרנט הרגיל, מגלה אקטיביות רבה עוד יותר. הפדופיליה באינטרנט אינה "קופצת" למשתמש באמצעות פרסומות ("באָנרים"), אלא יש לתור אחריה באתרים ייעודיים לכך, ברשתות סגורות ובמקומות מוכמנים ברשת. על-כן החשש מפני טעויות או צריכה אקראית של תוכן פדופילי אינו תואם את המציאות.

שנית, ברמה החוקית, סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, כנוסחו כיום, ממילא פוטר מאחריות את המחזיק באקראי ובתום-לב, ועל-כן פטור דומה חל, על-פי תיקון מס' 118 לחוק העונשין, גם על צורך התכנים הפדופיליים. היסודות של "אקראיות" ו"תום-לב" הם יסודות שליליים בהגדרת העבירה, משמע שעל התביעה להוכיח את התקיימותם. רוצה לומר, אין מדובר בטענות הגנה, אשר נטל ההוכחה לגביהן רובץ לפתחו של הנאשם, אלא באחריות התביעה לשלול מראש את התקיימותם של יסודות אלה.

שלישית, ברמה הראייתית ניתן לחשוב על כמה אופנים להוכחת צריכה שאינה בתום-לב או באקראי: ניתן, למשל, למצוא שרידים למילות חיפוש שהקליד החשוד, המעידות על כוונתו מראש לצרוך תכנים פדופיליים; ניתן לראות אם שמו של אתר האינטרנט שאליו גלש המשתמש מדבר בעד עצמו ככזה הכולל תכנים פדופיליים (להבדיל מתכנים פורנוגרפיים רגילים המותרים בצריכה); ניתן לאמוד בתשואל, בממצאים פורנזיים או בנתונים מספקיות שונות באינטרנט, את מספר הפעמים שבהם צפה החשוד בתכנים פדופיליים, ואם אין מדובר באירועים ספורים, ניתן לקבוע כי הגנת האקראיות ותום-הלב אינה עומדת לחשוד.

בסיכומו של דבר, איסור צריכתם של התכנים הפדופיליים נועד לשמר את נקודת האיזון החוקתית בין האינטרס הציבורי לבין הזכויות המוגנות של משתמשי המרחב המקוון הקיימת כיום ביחס לאיסור הוותיק יותר החל על החזקת תכנים פדופיליים. הרשעה בעבירה של צריכת תכנים פדופיליים תתאפשר רק במקרים של צריכה שאינה באקראי או בתום-לב, ומכאן שקיימות ערובות חוקיות טובות לכך שתימנע "הרחבת רשת" אל עבר צופים סבילים ותמי-לב.

5. המרדף של המשפט אחר השלכותיה של הטכנולוגיה – דוקטרינת הצפייה כהחזקה

האיסור החוקי המפורש המוטל כיום על צריכת תכנים פדופיליים סותם את הגולל על דיון משפטי קודם בשאלה אם ניתן להחיל את עברת ההחזקה על צרכני התכנים הפדופיליים. שאלה זו התפתחה בעקבות הצורך של המשפט ועושי המשפט (הפרקליטות וגורמי החקירה) לספק מענה אכיפתי לתופעות הפשיעה המקוונות, אשר התעצבו והשתנו עם התפתחות הארכיטקטורה של מרחב הסייבר. אפרט בקצרה את הדיון שהתפתח בשאלה זו, על-מנת להמחיש את הסוגיה העקרונית, אשר הובילה לטעמי לתיקון חוק העונשין ולהוספת האיסור המפורש בנוגע לצריכת התכנים הפדופיליים.

בעידן שבו חל איסור פלילי רק על החזקת תכנים פדופיליים, ולא על צריכתם, הייתה יכולה בכל-זאת לעלות הטענה כי יש לאסור גם את צריכת התכנים מתוקף האיסור החל על החזקתם. מבנה הטענה היה יכול להיות כדלקמן:

- א. בגדר איסור ההחזקה (possession) נכלל גם איסור החזקה זמנית;
- ב. הצפייה באינטרנט, – להבדיל מהצפייה בטלוויזיה, מההקשבה לרדיו או מהשיחה בטלפון – כוללת לעולם טעינה של המידע מתוך "זכרון המטמון" (ה-cache memory) של המחשב, או במילים אחרות, הצפייה נעשית על-ידי הורדה זמנית של המידע והעלאתו אל המסך;
- ג. ככל שמוכחת מודעות של הנאשם להחזקה זמנית זו, דין הצפייה כדין ההחזקה, גם על-פי המצב המשפטי הנוהג.

דוקטרינת הצפייה כהחזקה נדונה פעמים מספר בפסיקה בארצות-הברית – הן ברמה הפדרלית והן ברמה המדינית. נפסק כי צפייה בתכנים פדופיליים באמצעות האינטרנט, ללא שמירת הקבצים על-ידי המשתמש, יכול שתעלה בכל-זאת כדי החזקה (possession) של התכנים, על-פי הקונסטרוקציה שתוארה לעיל (החזקה ב"זכרון המטמון" של המחשב), וזאת אם יוכח כי הנאשם היה מודע להחזקה מעין זו.⁴¹ פסיקה ברוח דומה ניתנה גם באנגליה.⁴² שאלת ההעתקה הארעית בקשר לצפייה בתכנים פדופיליים התעוררה בפסיקה בישראל רק פעם אחת. באותו מקרה קבע בית-משפט השלום כי צפייה בתכנים

41 ראו: Commonwealth v. Diodoro, 970 A.2d 1100 (Pa. 2009); רוב של ארבעה שופטים כנגד שניים בבית-המשפט העליון של מדינת פנסילווניה; U.S. v. Tucker, 305 F.3d 1193 (10th Cir. 2002); לעמדה הפוכה ראו את פסיקתו של בית-המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק: Ty E. Howard, *Don't Cache Out*, The People v. Kent, 19 N.Y.3d 290 (N.Y. 2012). לדיון נוסף בסוגיה ראו: *Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files*, 19 BERKELEY TECH. L.J. 1227 (2004); Giannina Marin, *Possession of Child Pornography: Should You Be Convicted When the Computer Cache Does the Saving for You?*, 60 FLA. L. REV. 1205 (2008).

42 ראו: R. v. Smith, [2002] EWCA Crim. 683 (Eng.).

פדופיליים אינה עברה פלילית.⁴³ בערעור הסתייג בית-המשפט המחוזי מקביעה זו, הגם שלא הכריע בה לגופה.⁴⁴

נקיטתה של דוקטרינת הצפייה כהחזקה מעידה על ההכרח שנוצר בדין הפלילי לנסות לגשר על הפער שנפער בין המציאות הארכיטקטונית-הטכנולוגית לבין הדין. המהלך שביקש להחיל את איסור ההחזקה גם על הצפייה באמצעות האינטרנט אולי נכון מבחינה עובדתית-טכנית, אולם קשה מאוד לעמוד בדרישת היסוד הנפשי הנובעת ממנו. במישור המעשי מעטים החשודים המודעים לסוגיית ההחזקה ב"זכרון המטמון" (cache memory), ומעטים עוד יותר המקרים שבהם ניתן להוכיח מודעות זו. לטעמי, אכן לא היה ראוי להסתפק במהלך האמור לעיל, שלפיו צריכה על-דרך צפייה בתכנים פדופיליים מתורגמת ל"החזקה זמנית", באופן שמאפשר "להפליל" את ההתנהגויות הללו בדלת האחורית, במגבלות של מודעות הנאשם לנקודה טכנולוגית, ולא למהות. בפרק הבא אציג הקשר אחר, מורכב יותר, של הפער בין המציאות הארכיטקטונית-הטכנולוגית לבין הדין, וזאת בכל הנוגע בסוגיה של חסימת הגישה לאתרים פדופיליים באינטרנט.

ג. הגבלת גישה לאתרי אינטרנט פדופיליים

1. על אכיפה חלופית במרחב הסייבר

כידוע, מרחב הסייבר מבוסס על קישוריות בין מחשבים שונים בעולם, והפרישה העולמית של האינטרנט הופכת אותו לבין-לאומי במהותו. עם זאת, סמכות האכיפה של המדינה (jurisdiction to enforce) מוגבלת, ככלל, לתחומי הטריטוריה שלה. כך, מגבלה משפטית שנוצרה בעידן הטרום-אינטרנטי נהפכת למכשלה משפטית משמעותית ביותר בכל הנוגע באכיפת חוק בעידן האינטרנט.⁴⁵ נוסף על כך, מרחב הסייבר מייצר אפשרויות טכנולוגיות להסוואת זהות ולהשגת אנונימיות,⁴⁶ באופן שמקשה עד-מאוד על רשויות האכיפה לחשוף את זהותו של מבצע העברות. כך יכולה להיווצר סיטואציה שבה דבר ביצועה של העברה ידוע לרשויות, תוכן המעשה ידוע, אך זהות העושה אינה ניתנת לפענוח.

כפועל יוצא משתי תכונות אלה של המרחב המקוון – הבין-לאומיות והיכולת להשיג

43 ת"פ (שלום ת"א) 7936/07 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-של (2) 09 6796 (2009). באותו מקרה דובר בנאשם שהאשם בהחזקה כמורגם בפרסום של תכנים פדופיליים באמצעות האינטרנט. הנאשם הודה במסגרת הסדר-טיעון, אך אף שהוא הורשע כאמור, במסגרת הסדר, בעברה של החזקה "רגילה" של קבצים פדופיליים שנשמרו על-גבי מדיה מגנטית שהייתה ברשותו, בחר בכל-זאת השופט דן מור להתניח לסוגיית הצפייה בתכנים פדופיליים. השופט הביע את עמדתו כי צפייה בתכנים פדופיליים אינה עברה פלילית, וכמוה גם הגלישה באינטרנט בחיפוש אחר תכנים פדופיליים.

44 ע"פ (מחוזי ת"א) 7493/09 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח (3) 09 13925 (2009).

45 להרחבה ראו חיים ויסמונסקי "הקירה פלילית באינטרנט במגבלות הטריטוריה" הפרקליט נב 309 (2013).

46 כדוגמה לשירותים המספקים כתובת IP דינמית ומטשטש עקבות IP כלפי שרתים ומחשבים אחרים שבהם גלש המשתמש, ראו, למשל, www.anonymizer.com וכן www.no-ip.com.

אנונימיות – גובר הצורך ביצירת מסלולי אכיפה חלופיים למעשים פליליים שונים, ובכלל זה לפרסומם של תכנים פדופיליים, מן העבר האחד, ולצריכתם, מן העבר האחר. אחד הפתרונות החלופיים הוא התגוננות ככלים משפטיים, להבדיל מאכיפה "התקפית" יותר במהותה – של מעצר, חקירה והעמדה לדין. ההתגוננות המשפטית מטרתה ליצור מעין "כיפת ברזל" אינטרנטית שתגן מפני פעילות עבריינית ברשת שאי-אפשר להפעיל כלי אכיפה כלפיה.

כלי ההתגוננות המשפטיים כוללים פעולות לחסימת גישה לאתרים הפוגעניים וסינון תוצאות של חיפושים במנועי החיפוש השונים ברשת, כך שכתובת האתר הפוגעני לא תופיע בהן. שתי טכניקות התגוננות אלה מופיעות בהצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 (להלן: הצעת החוק). הצעת חוק ממשלתית זו עברה כאמור קריאה ראשונה בכנסת, ולאחר-מכן החל הדיון בהצעה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כהכנה לקריאה השנייה והשלישית, אלא שבשל פיזור הכנסת התשע-עשרה הופסק הדיון בהצעה לעת הזאת. הצעת החוק ביקשה לאפשר נקיטת פעולות התגוננות משפטיות מפני שלושה סוגים של פעילות אסורה באינטרנט: פרסום תכנים פדופיליים;⁴⁷ ארגון הימורים, הגרלות או משחקים אסורים מקוונים שיש להם קשר לפעילות של ארגוני פשיעה;⁴⁸ וסחר, ייבוא, ייצוא ותיווך לסחר בסמים מסוכנים (להוציא את הסמים מצמח הקנביס – חשיש ומריחואנה).⁴⁹

ברקע של הצעת החוק עמד ניסיון של רשויות האכיפה, אשר כשל משפטית, לחסום ככלים החוקיים הקיימים את הגישה מישראל לאתרי אינטרנט המציעים הימורים בלתי-חוקיים. משטרת ישראל פעלה מכוח סעיף 229(א) לחוק העונשין, שנחקק עוד לפני עידן האינטרנט, ואשר קובע כי "מפקד משטרת מחוז במשטרת ישראל רשאי להורות על סגירתו – (1) של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים." "מקום משחקים אסורים" מוגדר בסעיף 224 לחוק העונשין כדלקמן: "מקום משחקים אסורים" – חצרים שרגילים לערוך בהם משחקים אסורים, בין שהם פתוחים לציבור ובין שהם פתוחים לבני אדם מסויימים בלבד... (כל ההדגשות הוספו). ספקיות הגישה לאינטרנט נאותות לציית להוראותיה של משטרת ישראל. "איגוד האינטרנט הישראלי", לעומת זאת, הגיש עתירה מנהלית נגד ההוראה, ובית-המשפט המחוזי, בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים, קיבל את העתירה וקבע כי למשטרה לא קמה סמכות להורות על חסימת גישה לאתרי הימורים מכוח סעיף זה.⁵⁰ ערעור המדינה על פסק-הדין נדחה

47 ראו ס' 6 להצעת החוק, המבקש לקבוע את ס' 4א(1) לחוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות, התשס"ה-2005.

48 ראו ס' 6 להצעת החוק, המבקש לקבוע את ס' 4א(2) יחד עם ס' 4ב(ב)(1) לחוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות.

49 ראו ס' 6 להצעת החוק, המבקש לקבוע את ס' 4א(3) יחד עם ס' 4ב(2) לחוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות. במאמר זה אתמקד כאמור אך ורק בחסימת גישה וסינון תוצאות חיפוש כלפי אתרים המציגים תוכן פדופילי.

50 עת"ם (מחוזי ת"א) 10-10-45606 איגוד האינטרנט הישראלי נ' מפקד משטרת מחוז תל-אביב (פורסם בנבו, 2.4.2012).

ברוב דעות.⁵¹ שופטי הרוב בבית-המשפט העליון לא שללו עקרונית את הסמכות להורות על חסימת גישה לאתרי אינטרנט פוגעניים,⁵² ועיקר ההנמקה בוססה על כך שסעיפי החוק הקיימים אינם יכולים לסבול קריאה מכללא של סמכות לחייב צדדים שלישיים – ספקיות הגישה לאינטרנט – לבצע פעולת חסימה בשביל משטרת ישראל. הנשיא גרוניס כתב כי בסוגיה זו "למחוקק הפתרונים",⁵³ ואכן, זמן קצר קודם לפרסום פסק-הדין של בית-המשפט העליון פורסם תזכיר החוק הנדון.

2. הצעת החוק לקביעת סמכות להגבלת גישה לאתרים פדופיליים תחת שבט הביקורת המשפטית-הטכנולוגית

נחזור עתה אל הצעת החוק. מטרת ההצעה היא לייצר כלי אכיפה חלופי לכלי האכיפה הפלילית, שמטרתו הפחתת הנוק כתוצאה מהיחשפות לאתרי אינטרנט שבהם מתבצעת פעילות עבריינית. חסימת הגישה לאתרים אלה אינה מתמקדת בעבריינין, כי אם בעברה. בעוד הפרדיגמה הפלילית הקלסית מבקשת למנוע עברות על-ידי הרתעת העבריינים, הטכניקה החלופית האמורה ממוקדת במעשה האסור באופן ישיר, ומבקשת לייצר פתרון משפטי שיאפשר צמצום משמעותי של הגישה למידע האסור.

לא אפרט כאן את ההסדרים הפרטיקולריים שנקבעו בהצעת החוק, שכן היא צפויה בוודאי לעבור עוד שינויים עד להשלמתה בחקיקה מוגמרת.⁵⁴ עם זאת, אבקש להציג את טיעון-הנגד, המשפטי-הטכנולוגי בטיבו, כלפי הסמכות להגביל גישה לאתרים פדופיליים. עיקרו של הטיעון הוא כי המנגנונים המוצעים – חסימת גישה לתכנים פדופיליים (באמצעות מתן הוראה לספקיות הגישה לאינטרנט לבצע חסימה על-פי כתובת IP) וסינון תוצאות של חיפושים אחר אתרים המציגים תכנים אלה – אינם יעילים, ולעומת זאת, פגיעתם הפוטנציאלית בזכויות חוקתיות מוגנות היא רחבה ולא-ראויה. כפי שאראה, אין בטיעון-נגד זה כדי לשמוט את ההצדקה העקרונית מתחת למודל החלופי של חסימת גישה לאתרים פדופיליים.

ארחיב ואחלק את הטיעון לשלושה טיעוני-משנה קונקרטיים יותר, ואלה הם: האחד, חסימת הגישה לכתובת IP מסוימת או סינון תוצאות של חיפושים אחר אתר בכתובת זו אינם מונעים הגעה אל הכתובת בדרך של גלישה by proxy, קרי, באמצעות

51 ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (פורסם בנבו, 24.3.2013) (להלן: ע"מ איגוד האינטרנט הישראלי).

52 כאן המקום לציין כי במסגרת הליכים אורחיים, בבקשה לסעד זמני בתביעת נזיקין בגין הפרת זכות יוצרים, נעתר בעבר בית-המשפט לבקשת התובעות והורה לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום גישה לאתר אינטרנט של הנתבע, אשר הפר טענתן את זכות היוצרים שלהן. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 12-12-2005 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' בוסני (פורסם בנבו, 26.12.2012).

53 ע"מ איגוד האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 51, חוות-דעתו של הנשיא גרוניס.

54 כבר בדיון הראשון בהצעת החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כהכנה לקריאות השנייה והשלישית, הוחלט על עריכת שינויים שונים בהסדרים שבהצעת החוק, וכן הוחלט לפצל את החלק בהצעת החוק העוסק בחסימת גישה לאתרי אינטרנט מן החלק האחרון בהצעת החוק, המבקש לתקן את הנושא של סגירת מקומות פיזיים. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 261 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (19.11.2014).

גורם מתווך. אסביר: ההוראה בדבר חסימת הגישה נמסרת לספקיות הגישה לאינטרנט בישראל. ספקיות אלה נדרשות לחסום בקשת גלישה לכתובת IP מסוימת המצויה בהוראה. אולם אם משתמש האינטרנט מישראל גולש לשרת פרוקסי מסוים, ומשם גולש הלאה לאתר החסום, מבחינתה של ספקית הגישה לאינטרנט בוצעה גלישה לכתובת IP מותרת (של שרת הפרוקסי). ככל ששרת הפרוקסי נמצא בחוץ-לארץ ופועל באמצעות ספקית גישה זרה, בקשה לגלוש ממנו אל האתר החסום לא תיאסר, שכן הוראת החסימה אינה חלה על ספקית הגישה לאינטרנט של שרת הפרוקסי הזר. יוצא אפוא שגלישה באמצעות שירות פרוקסי כזה מאפשרת למשתמשי אינטרנט מישראל לעקוף את מנגנון חסימת הגישה.

טיעון-משנה שני מתמקד באיום חדש המסתמן בשנים האחרונות – "הרשת האפלה" (ה-Darknet או ה-Darkweb).⁵⁵ "הרשת האפלה" היא כינוי לאזורים באינטרנט שאינם ניתנים לאיתור באמצעות מנועי החיפוש, ואשר הכניסה אליהם והשימוש בהם נעשים באמצעות דפדפן כגון Tor המאפשר להסוות את זהותו.⁵⁶ תוכנת Tor ניתנת להורדה בחינם מהאינטרנט, באמצעות חיפוש פשוט במנוע חיפוש. התוכנה מספקת למשתמש כתובת IP מזויפת, המאפשרת למשתמש האינטרנט לפעול באנונימיות. לאחר החיבור נפתח הדפדפן Tor, עם הכתובת המזויפת האנונימית שסופקה למשתמש, ומשם ניתן לחפש תכנים אחרים שמנוע חיפוש רגיל ודפדפן רגיל אינם מסוגלים לאתר.⁵⁷ חלק נכבד מתכנים אלה כולל פרסומים פדופיליים או קישור לשירותי זנות של קטינים.⁵⁸ האתרים ב"רשת האפלה", הכוללים תכנים פדופיליים, אינם ניתנים ככלל לחסימת גישה, שכן הם מבוססים על כתובת IP פיקטיבית, ופעולת החשיפה של כתובת האתר המרפז את הפעילות האסורה או של משתמשי הרשת הפועלים בתוכו עלולה להיות מאומצת ובלתי-צליחה.

על-פי טיעון-המשנה השלישי, חסימת הגישה לכתובת IP מסוימת או סינון תוצאות של חיפושים אחר אתר בכתובת זו עלולים להוביל להכללת-יתר, שכן כאשר מדובר באתר אינטרנט הכולל עשרות, מאות ואף אלפי דפי-משנה, כל דפי-המשנה הללו עלולים

55 המונח Darknet נטבע לראשונה עוד בשנות השבעים של המאה הקודמת, כדי לתאר רשתות מחשבים מבודדות מרשת ה-ARPANET, אשר לימים התפתח ממנה האינטרנט העולמי. רשתות אלה בודדו מטעמי ביטחון לשימושם של כוחות הביטחון האמריקאיים. ה-Darknets המקוריות תוכננו כך שיוכלו לקבל מידע מהרשת הכללית (ה-ARPANET), אולם כתובותיהן של ה-Darknets לא הופיעו ברשימות של רשת ה-ARPANET, והן לא היו מגיבות על שאילתות "פינג" שביקשו לזהות את מקורן.

56 במילים אחרות, "הרשת האפלה" אינה רשת שמופרדת פיזית מהאינטרנט, אלא מדובר למעשה ביישום ובפרוטוקול תקשורת אשר "דוכבים" על האינטרנט ויוצרים בידוד והפרדה ברבדים אלה בלבד.

57 עוד על Tor ראו www.torproject.org. כן ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 388–395 (2010).

58 פעילות של פדופילים ב"רשת האפלה" נפוצה וידועה. ראו, למשל, רנן אלעל "דארקנט: העולם התחתון של האינטרנט" <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4364061,00.html> (6.4.2013); רועי גולדשמירט "שימוש ברשתות תקשורת אנונימיות על גבי האינטרנט למטרות פשיעה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 1.1.2012). כן ראו לאחרונה: Andy Greenberg, *Over 80 Percent of Dark-Web Visits Relate to Pedophilia, Study Finds*, WIRED (30.12.2014), <http://www.wired.com/2014/12/80-percent-dark-web-visits-relate-to-pedophilia-study-finds>.

להיחסם, גם אם רק דף-משנה אחד כולל את התוכן האסור. הכללת-היתר האמורה יוצרת חשש מפני חסימת ביטוי מוגן חוקתית מעבר לחסימה של הביטויים האסורים. מן האמור עד כה עולה כי הטיעון הטכנולוגי נושא משמעות דר-כיוונית – האחת בכיוון של הכללת-חסר (טיעוני-המשנה הראשון והשני דלעיל) והאחרת בכיוון של הכללת-יתר (טיעוני-המשנה השלישי). בכל הנוגע בהכללת-חסר, נשאלת השאלה אם ניתן עדיין לראות את האמצעי הננקט – חסימת גישה וסינון תוצאות של חיפושים – כמתאים מבחינה רציונלית למטרה המבוקשת.⁵⁹ על שאלה זו ניתן להשיב בחיוב. מטרתו המרכזית של מנגנון חסימת הגישה וסינון תוצאות החיפושים היא להפחית ברמת המקרו את היקף פגיעתם של הפרסומים הפדופיליים, מבלי להתיימר למגר את התופעה כליל או להביא לדין את כלל הפדופילים הפועלים ברשת. התכלית היא לצמצם את ההיחשפות לתכנים האסורים ואת הפוטנציאל להיחשפות של קטינים אליהם.⁶⁰ לכן, אף שטכניקות לעקיפת מנגנוני החסימה שמנתי לעיל קיימות גם קיימות, מנגנונים אלה מספקים בכל-זאת הגנה מועילה, לפחות לגבי משתמשי אינטרנט שאינם מבקשים להיחשף באופן פעיל ויוזם לתכנים הפדופיליים. קבוצת משתמשים זו היא הקבוצה הרחבה ביותר, ועל-כן מרחב ההגנה המתקבל הוא גדול יחסית. יתרה מזו, העובדה שהפעולה מכוונת כלפי משתמשים ה"גולשים" מכתובת IP של המדינה האוכפת בלבד מונעת טענות בדבר יישום סמכות אכיפה המשפיעה על משתמשי אינטרנט המצויים מחוץ לטריטוריה של המדינה האוכפת, באופן הפוגע בריבונותן של המדינות האחרות. במילים אחרות, יישום המהלך רק כלפי ספקיות השירות במדינה המבצעת את חסימת הגישה הוא הצעד הנכון ביותר על-מנת לא לפגוע באינטרסים של מדינות זרות וליצור קושי במישור המשפט הבין-לאומי. לסיכום, כל עוד קיימת אפקטיביות מסוימת, לא-מבוטלת, למנגנוני ההגנה המשפטיים שפורטו במאמר, אין החלל החסר מכתים את המתודה כולה.

באשר להעתקת הפעילות ל"רשת האפלה", גם כאן הפעילות מתאימה לסוג מסוים של פעילות פדופילית אסורה. מעצם טבעה, הפעילות ב"רשת האפלה" תמשוך שני מעורבים בעסקת העברה, המעוניינים לפעול במחתרת. "הרשת האפלה" היא זירה רלוונטית פחות ליצירת מגע ישיר בין העבריין לבין הקורבן, שכן אין לקורבן סיבה לגלוש לאותם אתרים ב"רשת האפלה" (זאת, להבדיל ממצבים שבהם העבריין יוצר קשר עם הקטין בחדרי שיחוח (צ'ט) "רגילים", שבהם גולשים קטינים). מכאן שבכל הנוגע ברצון להגן על משתמשים תמימים – בפרט קטינים – מפני היחשפות לתכנים פדופיליים פוגעניים, ממילא "הרשת האפלה" היא זירה רלוונטית פחות. על-כן אי-ההתאמה של האמצעי –

59 מקובל לראות במבחן זה משום מבחן-המשנה הראשון של דרישת המידתיות. ראו, למשל, בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12–13 (1995); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436–441 (1995); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389–390 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 269–270 (1999).

60 כמפורט לעיל בתת-פרק 2, אחת ההצדקות שבבסיס האיסורים החלים על פרסומים פדופיליים היא החשש מפני שימוש של פדופילים בתכנים אלה על-מנת להניע קטינים לקיים עימם יחסי מין.

חסימת הגישה – לזירה זו היא רלוונטית פחות, ובוודאי אינה צריכה לשמש שיקול מכריע נגד הכשרת האמצעי מבחינה משפטית.

עתה לטיעון בדבר החשש להכללת-יתר. כאן עלינו לשאול שתי שאלות: האחת, האם קיים אמצעי חלופי שפגיעתו בביטוי המוגן פחותה? והאחרת, האם קיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח כתוצאה מנקיטת האמצעי לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית?⁶¹ בהתייחס לשאלות אלה, אזכיר כי הפנייה אל מסלול האכיפה החלופי, בדמות חסימת גישה וסינון תכנים, נובעת ממגבלותיו האינהרנטיות של מודל האכיפה הפלילית ה"קלסית" כלפי פדופילים הפועלים במרחב הסייבר. תכונותיו של המרחב מאפשרות התחמקות שיטתית מחשיפה ומהעמדה לדין, ועל-כן אין מנוס מהתמקדות נוספת – בפעולה האסורה, ולא רק במבצעה.

בכל הנוגע בחשש מפני הכללת-יתר יש בהחלט משמעות לפוטנציאל הפגיעה האפשרית, להיקפו ולאפשרות למזער את הפגיעה העודפת בביטוי מוגן. המענה לחשש זה תלוי בפרמטרים שונים: (1) סוג האתר שבו מדובר – אין דינו של אתר שיתוף קבצים, המגלה מעורבות מינימלית בתכנים, כדינו של אתר חדשות, שמנהליו אחראים לתוכן במידה רבה יותר; (2) האפשרות לבצע חסימה ל-URL, דהיינו, לכתובת מדויקת מעבר ל"שער" הראשי של הכניסה לאתר; (3) "גודל" האתר, היקף הכניסות אליו, הייעוד הכללי שלו ומידת השימוש בו לצרכים לגיטימיים. פרמטרים אלה צריכים להישקל על-ידי רשויות האכיפה, כמו-גם על-ידי בית-המשפט במסגרת הביקורת השיפוטית, כטעמים להצדקה או לשלילה של פעולה לחסימת גישה או לסינון תכנים במקרה קונקרטי. אולם אין לראות בפרמטרים אלה משום הצדקה לשלילה א-פריורית של עצם הסמכות לביצוע פעולה של חסימת גישה או סינון תכנים.⁶²

על בסיס טיעון הנגד המשפטי-הטכנולוגי ניתן להעלות שני טיעונים במישור החוקתי העקרוני יותר נגד המנגנונים של חסימת גישה וסינון תוצאות של חיפושים: האחד, טיעון בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות של ספקיות השירות באינטרנט; והאחר, טיעון בדבר פגיעה בחירות ה"גלישה" של משתמשי האינטרנט.

על-פי הטענות בדבר הפגיעה בזכויות חוקתיות של ספקיות השירות השונות באינטרנט, המנגנונים של חסימת גישה וסינון תוצאות של חיפושים מחצינים את נטל האכיפה על

61 שתי שאלות אלה משלימות את מבחני-המשנה של דרישת המידתיות.

62 לעמדה אחרת, הגורסת כי החשש מפני הכללת-יתר צריך להוביל לשלילה עקרונית וגורפת של חקיקה המסמיכה את רשויות החקירה להורות על ביצוע פעולות של חסימת גישה, ראו: Center for Democracy & Technology v. Pappert, 337 F. Supp. 2d 606 (E.D. Pa. 2004). באותו מקרה נפסק כי חוק של מדינת פנסילוניה שנועד לאפשר חסימת גישה לאתרים שמוצג בהם תוכן פרופילי – ה"Internet Child Pornography Act" – אינו חוקתי בשל צינור-יתר של ביטויים מוגנים, וזאת עקב העובדה שספקיות הגישה לאינטרנט, אשר על-פי החוק ניתן לצוות עליהן לחסום גישה לאתרים פדופיליים, נאלצו, בשל מגבלותיהן הטכניות, להגביל אתרי אינטרנט רבים אחרים בעלי תוכן מוגן, מעבר לאתרים שבהם הוצג התוכן הפרופילי. הכללת-יתר זו, הנובעת ממגבלות טכנולוגיות, היוותה את הטעם להכרזה על פסלות החוק. פסק-הדין לא דן בסיטואציה של חסימת גישה לאתר פרופילי אשר לא תוביל לחסימה של אתרים אחרים מוגנים רבים, או במילים אחרות, בית-המשפט לא בחן את היחס בין עצם ההכרזה בסמכות לבין אופן יישומה של הסמכות במקרה נתון.

הספקיות, אף שנטל זה אמור לרבוץ לפתחה של המדינה.⁶³ לפי טיעון זה, החצנה זו מהווה משום התפשטות של המדינה מחובותיה, ונוסף על כך היא משיתה נטל כלכלי על ספקיות השירות. המענה לטיעון זה נעוץ באופן שבו יש לתפוס את ספקיות השירות באינטרנט. ספקיות הגישה לאינטרנט, מנועי החיפוש, הפלטפורמות לשיתוף קבצים ולהעלאת תכנים – כל הספקיות הללו מעניקות שירות לציבור רחב, ומכיוון שכך, גם אם מדובר בחברות פרטיות, ראוי להטיל עליהן חובות ציבוריות. דברים אלה נכונים בוודאי ביחס לספקיות הגישה לאינטרנט, אשר מקבלות מן המדינה רשיון בזק.⁶⁴ השימוש במשאב ציבורי (הקצאת כתובות IP למשתמשי האינטרנט השונים) מחייב ומצדיק הטלת חובות על הספקית ביחס לשירות שהיא מעניקה. נוסף על כך, בשל תכונותיו של המרחב הקיברנטי, אשר פוגעות ביכולת האכיפה של המדינה, מצד אחד, ומציבות את ספקיות השירות השונות בצומתי שליטה מרכזיים, מצד אחר,⁶⁵ ברי כי ספקיות השירות הן פעמים רבות מונעות הנזק הזולות ביותר.⁶⁶ על-כן מוצדק וראוי בהקשרנו להטיל עליהן את החובות של מניעת נזקי הפרסומים הפדופיליים על-ידי חסימת גישה וסינון תוצאות של חיפוש. שאלה מסדר שני היא אם ראוי ליצור מנגנון החזר הוצאות בגין ביצוע פעולות אלה על-ידי ספקיות השירות, ולא על-ידי המדינה.⁶⁷ כדי לענות על שאלה זו, יש לבחון אם ספקיות השירות נדרשו לבצע התאמות טכנולוגיות משמעותיות על-מנת לספק מענה לדרישות המדינה בתחום של חסימת גישה וסינון תוצאות של חיפוש, או שמא התשתית הטכנולוגית כבר הייתה מצויה בידיהן בעוד מועד. ברי כי ככל שנדרשו שינויים ברמת התשתית הטכנולוגית, ההצדקה להחזר הוצאות גוברת.

על-פי טיעון הפגיעה החוקתית במשתמש האינטרנט, עצם יישומם של המנגנונים לחסימת גישה ולסינון תוצאות של חיפוש פוגע באוטונומיה של הרצון החופשי של

63 ראו: Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J. L. & TECH. 6 (2003); JACK GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? ILLUSIONS OF A BORDERLESS WORLD 84–68 (2006). כן ראו חיים ויסמונסקי "חלופות לאכיפה המדינתית ברשת האינטרנט" 21.2.2007. <http://www.law.co.il/articles/criminal-law/2007/02/21/270>

64 ראו ס' 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, יחד עם "דוגמא לרשיון מיוחד למתן שירותי אינטרנט" 27.5.2013. http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/1/651.pdf

65 ג'ונתן זיטריין כינה את ספקיות השירות באינטרנט "צומתי שליטה". ראו: Jonathan Zittrain, *Internet Points of Control*, 44 B.C. L. REV. 653 (2003).

66 לטיעון זה בהקשרים שונים ראו: Douglas Lichtman & William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 HARV. J. L. & TECH. 395 (2003); Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Providers Accountable*, 14 SUP. CT. ECON. REV. 221 (2006); Ronald J. Mann & Seth R. Belzley, *The Promise of Internet Intermediary Liability*, 47 WM. & MARY L. REV. 239 (2005).

67 מנגנון החזר ההוצאות קבוע בס' 10 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, בכל הנוגע בהספקת נתוני תקשורת לרשויות החקירה על-ידי בעלות רשיון בזק. לעומת זאת, ככל הנוגע בשיפוי של בנקים או חברות אשראי, המספקים נתונים על לקוחותיהם מכוח ס' 43 לפסד"פ, אלה אינם זוכים בשיפוי בגין הוצאותיהם, אף שהם "שחקנים חוזרים" מול גורמי החקירה ואף-על-פי שהם תאגידים פרטיים. ראו בע"פ (מחוזי חי') 496/96 מדינת ישראל נ' בנק המזרחי המאוחד, תק"מח 197) 1354 (1997), שם נדחתה דרישתו של בנק לקבל החזר הוצאות בעבור פעולותיו שנדרשו לצורך ביצוע צו המצאה לפי ס' 43 לפסד"פ.

משתמש האינטרנט ובזכות – אשר הוצגה כזכות חוקתית – לחופש הגלישה באינטרנט.⁶⁸ פיתוח הזכות לחירות הגלישה באינטרנט נשען על התפיסה שהמרחב המקוון הוא מרחב של חופש, של מידע אשר זורם בחופשיות ומשותף לכלל. נראה כי הצגת המרחב המקוון כמרחב של בחירה חופשית של תכנים על-ידי המשתמש, המגלם הגשמה מלאה ובלתי-מוגבלת של חופש הגלישה, היא הצגה תמימה, שאינה תואמת את האינטרנט כהווייתו בשנת 2015. היווצרות מונופולים-לכאורה באינטרנט וקיומם של תאגידים-על הפועלים ברשת גורמים בהכרח להשפעה אינטרסנטית של בעלי הון על התכנים שאליהם ייחשף משתמש האינטרנט אל מול התכנים שיצונזרו. על כל פנים, הפגיעה בחירות השימוש במרחב המקוון הינה בהחלט שיקול חוקתי כבד-משקל, אולם עוצמת האינטרס במיגור תופעת הפדופיליה המקוונת ובהפחתת נזקיה, בפרט לנוכח מגבלות האכיפה הפלילית הקלסית במרחב הסייבר, מחייבת ומצדיקה פגיעה מסוימת בחירות זו.

סיכומו של דבר, אין לשלול א-פריורית את עצם ההכרה בסמכות להגביל גישה או לסנן תוצאות חיפוש אחר אתר אינטרנט הכולל תכנים פדופיליים.⁶⁹ אולם על-מנת לגדר את הסמכות ולהבטיח פגיעה מינימלית בזכויות המוגנות, יש מקום ליצור או לפחות לשקול יצירה של כמה מנגנונים: (1) מנגנון שִׁבְנָה את שיקול-דעתו של הגורם המנהלי הרלוונטי להפעלת הסמכות; (2) מנגנון שִׁבְנָה את שיקול-דעתו של הגורם השיפוטי שיאשר את הפעלת הסמכות; (3) מנגנון יידוע על האתרים אשר נחסמו או סוננו מתוצאות החיפושים בשל קיומם של פרסומים פדופיליים בהם; (4) מנגנון של החזר תוצאות לספקיות השירות, בפרט לאלה שאינן בעלות רשיון בזק, אשר נדרשות להוציא תוצאות משמעותיות וחוזרות כפועל יוצא מדרישת הרשויות לבצע פעולות של חסימת גישה או סינון תוצאות של חיפושים.

סיכום

שני מהלכי החקיקה שנסקרו לעיל נועדו לשפר את התמודדותה של מערכת המשפט, ושל מערכת אכיפת החוק בתוכה, עם התופעה הקשה של הפרסומים הפדופיליים במרחב הסייבר. זאת, על רקע ריבוי התכנים האסורים הללו במרחב, מצד אחד, ואוזלת-היד של הרשויות בהתמודדות עם התופעה בכלים המשפטיים הקיימים, מן הצד האחר. תיקון החקיקה האוסר צריכת תכנים פדופיליים, לצד החזקתם, נועד להשלים כיסוי חוקי

68 על מעמדה של הזכות לגלוש בחופשיות ראו מיכאל ד' בירנהק "החופש לגלוש בספריות ציבוריות" משפט וממשל 421 (2003).

69 יצוין כי בכל הנוגע בסגירת מקומות פיזיים, חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות אינו מגביל את הסמכות לסגור מקום רק למצבים שבהם מתקיימת בו פעילות בלתי-חוקית בלבד, אלא מתיר את הגבלת השימוש במקום אף אם מתקיימת בו, לצד הפעילות הבלתי-חוקית, גם פעילות לגיטימית. כך עולה מס' 2(א)(1) ו-3(א)(1) לחוק. כן ראו ס' 4-5 להצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), אשר נועדו להחליף את ההוראות שמנתי לעיל ולקבוע תחתן הוראה חדשה. ההוראה החדשה אינה משנה את העיקרון הרלוונטי לענייננו, שלפיו ניתן להורות על סגירת מקום שמתקיימת בו פעילות אסורה על-פי החוק אף אם מתקיימת לצידה גם פעילות לגיטימית.

של הדין הפלילי המהותי ביחס להרגלים החדשים של צריכת התוכן במרחב הסייבר. הצעת החוק לעניין חסימת גישה לאתרים נועדה לייצר מנגנון הגנה ומניעת נזק בכלים משפטיים חלופיים ומשלימים לכלי האכיפה הפלילית ולשאר מנגנוני האסדרה של תכנים אסורים ברשת.

כפי שהראיתי, קיימת הצדקה ממשית לאסור באופן מפורש פעולות של צריכת תכנים פדופיליים או השגת גישה אליהם באמצעות האינטרנט, אשר אינן כרוכות בהחזקתם. השגת התכנים, גם ללא החזקה בהם, מעודדת תעשייה של פגיעה בקטינים לצורך הספקת הביקוש לתכנים הפדופיליים, משעתקת את הפגיעה בכבודם ובפרטיותם של הקטינים המופיעים במיצג המתועב, ועלולה לעודד פדופילים-בכוח לקראת מעשי פגיעה בקטינים בעולם הפיזי. המגמות הטכנולוגיות של השנים האחרונות עלולות להפוך את האיסור הקודם, שחל על החזקה בלבד של תכנים פדופיליים, לכזה המכסה רק חלק מהפעילות האסורה. מכאן שנדרש תיקון חקיקה בנושא. יודגש שוב כי ההגנה הספציפית המנויה בסעיף 214(ב3) לחוק העונשין, של אקראיות ותום-לב, נוסף על ההגנה הכללית של טעות בעובדה מחסנות מפני אפשרות להפללת-יתר של מי שצורך תכנים פורנוגרפיים רגילים ואגב אורחא נתקל בתכנים פדופיליים.

נוסף על כך, קיימת הצדקה לאפשר חסימת גישה לאתרים פדופיליים, לרבות חסימת תוצאות החיפוש אחר אתרים אלה במנועי החיפוש. עם זאת, הכלי של חסימת גישה חייב להינקט במשורה לנוכח הפגיעה הפוטנציאלית באגד של זכויות – הן של מנהלי האתרים שבהם התוכן הפדופילי מופץ, הן של ספקיות הגישה והן של משתמשי האינטרנט. כלי זה של חסימת גישה משרת את העיקרון של מניעת הנזק מקום שהטכניקה של האכיפה הפלילית הקלסית כושלת.



שני מהלכי החקיקה האמורים מדגימים תהליך קבוע של השפעה הדדית משתנה ורבת שלבים בין המשפט לבין הטכנולוגיה (בהקשרנו – הטכנולוגיה שמגבשת את הארכיטקטורה של מרחב הסייבר).⁷⁰ לעיתים הטכנולוגיה נדרשת להתאים את עצמה אל הכללים המשפטיים שהשתנו, ולעיתים, קרובות יותר, המשפט נדרש להתגמש ולהשתנות כדי להתמודד בצורה מוצלחת יותר עם מציאות טכנולוגית חדשה. בדרך-כלל המשפט מגיב בדיעבד על שינוי באמצעות פרשנות שיפוטית, אך כאשר הפער המשפטי אינו ניתן לגישור באמצעות פרשנות, נעשית פנייה אל המישור החקיקתי. מכל מקום, סגירת הפער אינה אלא זמנית, שכן הטכנולוגיה ממשיכה להתפתח לכיוונים נוספים המתאגרים את

70 על יחסי הגומלין בין המשפט לטכנולוגיה ראו, למשל: Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553 (1998); Yochai Benkler, *Net Regulation: Taking Stock and Looking Forward*, 71 U. COLO. L. REV. 1203, 1232–1261 (2000); Yochai Benkler, *Technology, Law, Freedom and Development*, 1 INDIAN J. L. & TECH. 1 (2005).

מערכת המשפט ואת מערכת אכיפה החוק הפועלת מכוחה.⁷¹ ראינו אפוא כי שני מהלכי החקיקה האמורים מקדמים בהחלט את המאבק בפדופיליה המקוונת – הן במישור הדין המהותי והן במישור האכיפה. אולם, כפי שכבר ציינתי לעיל, איום חדש, הרלוונטי לתחום הפדופיליה המקוונת, צץ ועלה במרחב הסייבר – "הרשת האפלה". "הרשת האפלה", המבוססת על טכנולוגיה מתקדמת ומורכבת להסוואת זהות, מקימה חשש להיווצרות מרחב חסינות לגורמי פשיעה וטרור הפועלים בו. מערכת המשפט נדרשת להגיב על התפתחות זו. כיצד ניתן לעשות זאת? ראשית כל, חשוב להבין כי לא כל השימושים האפשריים ב"רשת האפלה", ולא כל השימושים בפועל ב"רשת האפלה", הם עברייניים. הסוואת זהות ותוכני התקשוריות יכולה להיעשות, כמובן, ממניעים לגיטימיים. לכן אי-אפשר לחסום את עצם השימוש ב"רשת האפלה" או להפלייל כל אדם המשתמש בדפדפן Tor, למשל. מן העבר האחר, רשויות החקירה מתקשות לפתח יכולת טכנולוגית ומבצעית להתחקות בדיעבד אחר מקורה של התקשורת עבריינית ב"רשת האפלה". מבלי למצות את הדיון בנושא זה, ניתן לסמן כמה מהלכים להתמודדות עם בעיית הפעילות העבריינית ב"רשת האפלה", בפרט במישור של הפדופיליה המקוונת. על מהלכים אלה להיות משולבים ולכלול את המרכיבים הבאים: ראשית, במישור החקיקתי, יידרשו סמכויות שיאפשרו ניטור נרחב של הפעילות ב"רשת האפלה" וחדירות סמויות למחשבים הפעילים ב"רשת האפלה"; שנית, במישור הבין-לאומי, יידרש שיתוף-פעולה מיוחד, מהיר ויעיל, לצורך התגברות על פעילות עבריינית וטרוריסטית ב"רשת האפלה"; שלישית, במישור המבצעי, של תפיסת ההפעלה המשטרתית, הכרחי להגביר את פעולות החשיפה המשטרתיות, הכוללות הפעלת סוכנים וירטואליים ויצירת "מלכודות רבש".⁷²

71 תפיסה זו קנתה לה אחיזה בפסיקה. ראו את דבריו של השופט חשין בבג"ץ 5785/03 גרבאן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(1) 29, פס" 10 לפסק-דינו (2003): "המשפט משתרך-הולך לו בעקבות חידושי המדע והטכנולוגיה. כך היה בעבר, כך הוא בימינו וכך יהיה בימים יבואו. פיגור זה בזמן טבוע במהותם של דברים". כן ראו את דבריו של השופט סולברג בע"מ איגור האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 51, פס" 23 לפסק-דינו: "בידוע, כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע ויישומיו... זו אקסיומה". ראו גם את דבריו של השופט דנציגר ברע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פס" 1 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 9.1.2014): "בשל הקצב המואץ של ההתפתחויות הטכנולוגיות, לעיתים מתקשה החקיקה להדביק את הפער...". ראו עוד תב"מ 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' פינס-פז, פ"ד נה(3) 159, 165 (2001); דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event, פס" 31 לפסק-דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 16.6.2004); רע"א 4447/07 ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, פס" ט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.3.2010); ע"א 1622/09 גוגל ישראל בע"מ נ' ברוקרטוב, פסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 1.7.2010).

72 בהקשר המקוון ניתן למנות שלושה יתרונות להפעלת סוכנים ברשת: (1) הפעלת הסוכנים מאפשרת להתגבר על בעיות באיתורם של מְבַצְעֵי העברות, המנצלים את הפלטפורמה האינטרנטית כדי ליהנות מאנונימיות. (2) הפעלת הסוכנים הווירטואליים מאפשרת להתגבר על בעיית הבין-לאומיות ברשת, שכן במסגרת הפעילות ניתן לנטר את ההתקשוריות בין החשוד לבין הסוכן, וכך לאסוף את הראיות המפלילות בזמן-אמת בישראל, מבלי להיזקק לעזרה משפטית על-מנת לאסוף את המידע הדרוש מספקיות שירות שונות בחוץ-לארץ. (3) הפעלת הסוכנים ברשת היא שיטה יעילה ביותר, המאפשרת בנסיבות מסוימות לנצל את יתרונות הרשת לצורך השגת אכיפה אפקטיבית ומרתיעה. הסוכן הווירטואלי אינו נזקק למעגל אבטחה, והקלטת הפעילות היא פשוטה (באמצעות תוכנת ניטור, ולא באמצעות מכשירי האזנה שהרכבתם מסובכת). כמו-כן, הסוכן הווירטואלי יכול לפעול בור-זמנית מול כמה חשודים, וכל זאת מאחורי מסך מחשב במשרד המשטרתית.

להבדיל מברוכי בין הפעלת סוכנים לבין יצירת "מלכודות רבש" הוא שהסוכן פועל בזירה ה"רגילה" של

פעולות אלה מעוררות שאלות מתחום המותר והאסור במסגרת הפעלת סוכנים מדיחים וביצוע "תרגילי חקירה" בהתאמה לזירה המקוונת, ויחייבו פיתוח תורת הפעלה מדוקדקת על-ידי המשטרה, אשר תעבור תחת שבט ביקורתו של בית-המשפט.

החשודים – זירה שפעילים בה גם קורבנות פוטנציאליים אמיתיים. לעומת זאת, הרעיון ב"מלכודת דבש" הוא להסיט את החשודים ממוקד הפעילות הרגיל שלהם ולהעבירם ל"אתר" אינטרנט שכל-כולו מטופח על-ידי רשויות החקירה ומפוקח על-ידיהן במלואו. הערך המוסף של "מלכודת דבש" טמון אם כן בהרחקת החשודים מקורבנות אמיתיים בזמן הפעילות הסמויה ובריכוז שיטתי יותר של מאמצי החשיפה של הפדופילים הפועלים ברשת. האתגר המשפטי הוא בבחינת הסוגיה של הרחה פסולה: עד כמה תיאלץ הרשות להיות מעורבת בביצוע העברות? עד כמה תתבצע פעולת הרחה על-מנת להסיט את הפדופילים לאותו אתר אינטרנט המשמש "מלכודת דבש"? לדיון בנושא ראו חיים ויסמונסקי "סוכנים וירטואליים לחשיפת פדופילים באינטרנט – בעקבות פרשת ערוץ 10" הסניגור 160, 5 (2010). כנגד זה ראו אסף הרדוף "הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10" הסניגור 160, 11 (2010), המציע גישה מצמצמת לאופן שבו יהיה אפשר להפעיל סוכנים וירטואליים ברשת לצורך איתור פעילות פדופילית אסורה. כן ראו חיים ויסמונסקי "התמודדות עם עבירות מין באינטרנט" משפט מפתח 2, 32 (2014); יורם רבין "חוקיותו של צייד עברייני מין פרטי ברשת" משפט מפתח 2, 7 (2014).