

כשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה

אסף הרדוף*

תקציר

בשלהי 2014 התקבל בכנסת תיקון 118 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הכולל איסור היסטורי ראשון של עצם הצפייה בחומרים. לפי האיסור החדש, מי שצורך פרסום תועבה ובו דמות של קטין, אף מבלי להחזיק בו, דינו מאסר שנה.

המאמר סוקר את ההיסטוריה של עברות התועבה במשפט המערבי ובישראל, ומראה את השינוי שהתרחש בהן מהתמקדות בחומרים ספרותיים, ובהמשך בהצגות, להתמקדות בחומרים חזותיים. במדינות רבות נולדו עברות חדשות כדי להתמודד במישרין עם התופעה הקשה של פורנוגרפיית ילדים. בישראל, שבה לא נולדו עברות כאלה, נהפכו עברות התועבה מאיסורים שמטרתם להגן באופן כללי על המוסר הציבורי לאיסורים של פורנוגרפיית ילדים דה־פקטו. אין מדובר בשינוי אקדמי או עיוני גרידא; אלה אולי האיסורים הנאכפים ביותר בפשע המקוון הישראלי.

לידתו של איסור היא הזדמנות מעולה לחשוב מחדש. בענייננו מדובר בחשיבה מחדש על עברות התועבה, על הערכים והאיזונים שהן מגלמות, וכן על השינויים בחברה, בכלכלה, בתרבות ובטכנולוגיה. המאמר מציע חשיבה כזו דרך בחינה חוקתית מדוקדקת של האיסור החדש. תחילה הוא מצביע על הזכויות הנפגעות מהאיסור – בראשן החירות והאוטונומיה ולצידן הפרטיות וחופש הביטוי – ואז פונה לבחינת עמידתן של הפגיעות בדרישותיה של פסקת ההגבלה. את מבחן ההסמכה החוק החדש עובר בקלות, ואף זוכה בהקשר זה בשבח, ביוצרו הפללה ישירה בחקיקה במקום במהלך פרשני אפשרי של האיסור הקיים. תכלית החוק, לאור דברי ההסבר והפסיקה, נראית הגיונית וראויה ממבט ראשון: מלחמה בניצול

* מרצה, דוקטור, המכללה האקדמית צפת. תודה רבה למערכת מאזני משפט ולצמד הקוראים האנונימיים על הערות מצוינות. תודה מיוחדת לוורד לוינזון-בורוכוב על הערות דקדקניות ועל ליווי סבלני ותומך. תודה לעורך הלשוני גיא פרמינגר על עבודתו היסודית. האחריות לכל טעות שנפלה במאמר היא שלי בלבד. מחכה לתגובות: asafharDOOF@gmail.com.

מיני תעשייתי של ילדים. עם זאת, מבחן המידתיות הראשון – מבחן ההתאמה הרציונלית – מעלה תהיות לא־פשוטות. במקרים טיפוסיים לא־מעטים סוג ההתנהגות המופלל אינו מקדם את הנזק המיוחס לו. כאשר אדם צורך חומרים בשיתוף קבצים או צופה בחומרים מבלי לשלם ומבלי לקדם את הפקתם דרך מודל עסקי אחר, הפגיעה שהאיסור מבקש למנוע ממילא אינה מתרחשת. בעיה שנייה בהתאמה הרציונלית נוגעת בכך שהחוק מבקש להילחם בתעשייה רחוקה, אשר רוב צרכניה רחוקים אף הם ואי־אפשר לאכוף את החוק לגביהם. דיסוננס שלישי הוא שבחיי המעשה המשפט הישראלי אינו נוטה להתעניין בשלומם של ילדים זרים, ובמובן זה האיסור החדש צר מכדי להגן עליהם בהקשרים חשובים אחרים. למשל, ילדים זרים מנוצלים בחוות־היזע (sweatshops) – שוק עבודה רחב במיוחד שמפיק מוצרים שנמכרים בזול בישראל – ואיש אינו מעלה על דעתו לאסור את צריכתם. באשר למבחן ההכרחיות, המאמר מציע כי המונח "צריכה" יקבל משמעות הגיונית, תכליתית וחוקתית הרבה יותר אם נפרש אותו כרכישה, להבדיל מהשגת גישה גרידא, וכי ניתן למצוא דרכים פוגעניות פחות להילחם בשוק המרושע. מסקנת הניתוח החוקתי היא שמטרתו האמיתית של האיסור היא לתפוס פדופילים ישראלים ולסמנם, בהנחה שכל פדופיל מסוכן לילדינו. סימון כאמור אינו דרך חוקתית וראויה להגנה על ילדינו.

בהמשך לניתוח החוקתי, המאמר מבקר את בחירת המחוקק הישראלי לעדכן את החקיקה בנוגע לפשע המקוון דווקא בשאלה האמורה. המאמר מציף שורה של סוגיות קשות בהרבה, אשר מבט ביקורתי מגלה כי הן מצריכות מבט חקיקתי מעודכן. באשר לעברות התועבה עצמן הקושיות רבות: איש אינו יודע "תועבה" מהי; רכיבי ה"פרסום" וה"החזקה" מתפשטים למחוזות שהמחוקק לא דמיין לעצמו בפעם האחרונה שבה עדכן אותם; סעיף ההגנה כולל יסוד עמום של "מטרה כשרה"; ואיסור פרסום התועבה מתייחס גם לדברים תמוהים במיוחד, כאירוי תועבה של קטינים. לגבי עברות רבות אחרות בחוק העונשין עולות סוגיות סבוכות – שראויות לטיפול של המחוקק – בנוגע להחלתן במרחב המקוון, כאשר מדובר בעברות ישנות שנוסחו בהתייחס להתנהגות בחלל הפיזי ואשר אינן מותאמות להתמודדות ראויה עם אתגרי העולם הווירטואלי. המאמר ממחיש זאת בקצרה לגבי מעשה מגונה, אינוס, גנבה, קבלת דבר במרמה, חדירה לחומר מחשב, הימורים ומשחקים אסורים. גם בסוגיות שונות של סדר הדין הפלילי ודיני הראיות המרשתת מעלה קושיות אשר ראוי שהמחוקק יתייחס אליהן – למשל, הפעלת סוכנים ברשת, עקרון פומביות הדין, יירוט דואר אלקטרוני ועיון במסרונים, חסיונות ועוד.

מבוא**א. ההיסטוריה של עברות התועבה**

1. ההיסטוריה של עברות התועבה במערב

2. כניסת המרשתת

3. ההיסטוריה של עברות התועבה בישראל

4. תיקון 118 לחוק העונשין

ב. חוקתיות התיקון

1. מבוא

2. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה"

3. "אלא בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"

4. "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"

5. "שנועד לתכלית ראויה"

6. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – התאמה רציונלית

(א) התאמה רציונלית 1: קשר בין ההתנהגות הנאסרת לנזק שמבקשים למנוע – פוגענות

(ב) התאמה רציונלית 2: יכולתו של הדין הפלילי לעמוד באתגר – תכליתיות

(ג) התאמה רציונלית – סיכום

7. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – הכרחיות

8. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – עלות-תועלת

9. פסקת ההגבלה – סיכום

ג. היכן המחוקק?

1. מבוא

2. קושיות בעברות התועבה

(א) מהי תועבה?

(ב) מהו פרסום?

(ג) מהי החזקה?

(ד) מהי "מטרה כשרה"?

(ה) מדוע נאסרת גם הדמיית קטינים?

(ו) סיכום

3. קושיות אחרות בפשע מקוון

(א) דיני עונשין

(ב) בתמצית התמצית: סדר דין פלילי ודיני ראיות

(ג) קיצור תולדות החקיקה

סיום

מבוא

בשלהי 2014 אירע דבר נדיר בישראל: התקבל תיקון לאיסור פלילי שמתייחס במישורין להתנהגות מקוונת – תיקון 118 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: התיקון). אירוע זה היה לא רק נדיר, אלא גם היסטורי, שכן מדובר באיסור ישיר ראשון של עצם הצפייה בחומרים.

הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 118) (איסור על צריכת פרסום תועבה וכו' דמותו של קטין), התשע"ד-2014 (להלן: הצעת החוק),¹ התקבלה בכנסת ב-17.11.2014.² סעיף 214(ב3), שאסר החזקת חומר תועבה וכו' דמות של קטין, הורחב באופן שכלל בו גם איסור צריכה של חומר תועבה כאמור: "המחזיק ברשותו פרסום תועבה וכו' דמותו של קטין או הצורך פרסום כאמור אף בלי להחזיק בו, דינו – מאסר שנה; לענין סעיף קטן זה, 'מחזיק' או 'צורך' – למעט המחזיק או הצורך באקראי ובתום לב." בד בבד תוקן סעיף ההגנות 214ב2: "לא יראו אדם כעובר עבירה לפי סעיפים 205א, 205ג ו-214, אם מסירת המידע, הפרסום, ההחזקה או הצריכה נעשו למטרה כשרה, לרבות לשם דיווח נכון והוגן בענין שסימן זה דן בו, ובלבד שמסירת המידע, הפרסום, ההחזקה או הצריכה אינם אסורים לפי דין אחר ולא נעשו כדי לעודד מעשים אסורים לפי סימן זה." התיקון מעלה לשולחן שורה של סוגיות משפטיות מרתקות, ובראשן אחת שתוביל את מחקרי: האם ההפלה החדשה ראויה וחוקתית? אצביע על קושיות ותהיות, במגמה לעורר מחשבה, ותשפוט הקוראת כאשר תשפוט.

אפתח בסקירה קצרה של ההיסטוריה של עברות התועבה במשפט המערבי ובישראל. לאחר-מכן אגיע לדיון המרכזי, העוסק בחוקתיותו של החוק. דיון זה יציף סוגיות ערכיות חשובות וזנוחות, ובסיומו אעלה השערה פרובוקטיבית בדבר מטרתו האמיתית של האיסור. אציף בקצרה סוגיות נוספות של פשע מקוון שמעלות קושיות ממשיות מבלי שהדבר מעורר את המחוקק מתרדמתו, ואתה מדוע דווקא בסוגיה זו הוא התעורר. אסיים בנימה ביקורתית.

א. ההיסטוריה של עברות התועבה

1. ההיסטוריה של עברות התועבה במערב

איסורים בדבר פרסום תועבה אינם המצאה ישראלית. קצרה היריעה מלהיכנס אל נבכי ההיסטוריה המפורטת של העבירה, אך אזכיר בקצירת האומר את זו שממנה נבט האיסור הישראלי. ברנר (Brenner) כתבה כי עד שנת 1727 לא היה באנגליה איסור בחוק לגבי פרסום חומר וולגרי. באותה שנה, בפרשת Curl, קבע בית-המשפט כי אסור לפרסם חומר

1 ה"ח הממשלה 384 (להלן: הצעת תיקון 118).

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

בגין תוכנו המיני הפוגעני. החשש דמה לזה שמאחורי עברת חילול הקודש, דהיינו, שפרסום ספר על אהבה לסבית במנזר ישחית את המוסר של נתיני המלך ויפר את השלום.³ האיסור כמעט לא נאכף במשך מאה שלמה. בשנת 1857 התקבלה חקיקה שאסרה תועבה, אך מבלי להגדירה. היא נותרה עמומה לגמרי עד שנת 1868, אז פיזר מעט שופט בית-המשפט העליון קוקברן (Cockburn) את העמימות, בהכריזו כי מבחן התועבה הוא אם יש לחומר נטייה להשחית את מי שנתון להשפעה מוסרית כזו, ואם יש חשש שהחומר יגיע לידיים כאלה.⁴ מובן שהגדרה זו עודנה עמומה ביותר.

בארצות-הברית כמעט לא נאכף האיסור במהלך תקופת הקולוניות. האכיפה הראשונה הייתה בשנת 1815 בפנסילוניה, ובהמשך נדון אישום בתועבה בנוגע לספר "פאני היל – זכרונותיה של אשת תענוגות" בשנת 1821 במסצ'וסטס. חקיקה נגד תועבה החלה להופיע במאה התשע-עשרה.⁵ מאוחר יותר הלכו ורכבו הדיונים, ובכלל זה גם בבית-המשפט העליון האמריקאי, אשר פסק, למשל, כי הגם שהאיסור מגביל את חופש הביטוי, למדינה יש אינטרסים לגיטימיים בהסדרת הנושא, כגון שימור איכות החיים בקהילה, הסדרת סביבת העסקים במרכזי מסחר והגנה על הציבור מפני התנהגות פוגענית שעלולה לנבוע מתועבה.⁶ אולם גם לאחר דיונים רבים לא זכה המונח "תועבה" בהגדרה ברורה. אף כאשר נעשה ניסיון להגדיר את המונח, נותרה בו עמימות רבה – למשל, כאשר נקבע כי חומר תועבה הוא כזה שהאדם הממוצע, תחת סטנדרטים קהילתיים עדכניים, ימצא כי הביטוי פונה לעורר תאוה מינית.⁷ גם כיום מהדהדות המילים הכנות והיפות, שמלמדות על הקושי בסוגיה ועל חוסר-האונים השיפוטי בהתמודדות עימה: "לכשאראנו אכירנו" (I know it when I see it).⁸ בעיית האחידות והוודאות שנובעת מהאיסור – גדולה.⁹

3 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). פסק-הדין שאליו הפנתה כנר הוא: *Dominus Rex v. Curl*, (1727) 93 Eng. Rep. 849 (K.B.).

4 Brenner, שם, בעמ' 308–309. פסק-הדין שהגדיר תועבה כאמור הוא: *Regina v. Hicklin*, (1868) L.R. 3 L.R.–Q.B. 360, 371.

5 Brenner, לעיל ה"ש 3, בעמ' 309–310. פסק-הדין הראשונים שדנו בתועבה בארצות-הברית הם: *Commonwealth v. Sharpless*, 2 Serg. & Rawle 91, 91–92 (Pa. 1815); *Commonwealth v. Holmes*, 17 Mass. 336 (1821).

6 *Paris Adult Theater I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).
7 Donald P. Judges, *When Silence Speaks Louder than Words: Authoritarianism and the Feminist Antipornography Movement*, 1 PSYCH. PUB. POL. & L. 643, 648–650 (1995).

8 *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., dissenting). התרגום לעברית שייך לשופט רובינשטיין: ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' קז (פורסם באר"ש, 17.9.2008). באופן דומה ראו את "מבחן הפיל" בלשון השופט טל – "חיה שקשה להגדירה אך כל רואיה יכירוה": בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628, 641 (1996).

9 כהן כתב כי על-פי-ירוב, כאשר אדם מתאר משהו כתועבה, הוא רק מצביע על עמדתו האישית השלילית בסוגיה; תועבה, כמו יופי, היא בעיני המתבונן. משום היותה יחסית, האיסור כופה למעשה דעות קדומות של כמה אנשים לגבי אחרים. לתועבה אין איכויות אמפיריות בנות-קביעה, ופירושה הוא רק מה שהאדם המשתמש במילה זו מאמין או מתכוון: Daniel Mark Cohen, *Unhappy Anniversary: Thirty Years Since Miller v. California: The Legacy of the Supreme Court's Misjudgment on Obscenity*, 15 St. THOMAS L. REV. 545, 550–551 (2003).

בהמשך נוצרו בארצות-הברית איסורים מיוחדים לגבי "פורנוגרפיית ילדים" – מונח עמום,¹⁰ שאינו מוזכר כלל בחוק הישראלי, הגם שמצא את דרכו להצעת החוק האחרונה. תכלית האיסורים היא להגן על הילדים המנוצלים בתעשייה.¹¹ פורנוגרפיית ילדים אינה מוגנת בתיקון הראשון: החומר הוא מעין תיעוד של ניצול ילדים; לממשלה יש אינטרס מחייב להגן על שלום הילדים, שהרי אלה אינם מסוגלים להסתכן להשתתף בפורנוגרפיה; והאינטרס מקודם על-ידי הפיכת שוק החומרים ליעד פלילי.¹² לעומת זאת, אין תכליתם למנוע "תיאבון פדופילי" או "כלי פיתוי" בעבור הפדופיל, שכן אלה אינם תכליות משכנעות.¹³ גם במדינות אחרות קיימים איסורים ישירים, לעיתים חמורים מאוד (עשר שנות מאסר לעומת שנה בלבד בישראל), לגבי החזקת חומרים כאמור או צריכתם.¹⁴ להבדיל מישראל, התביעה באותן מדינות נלחמת בחומרים כאמור באיסורים ישירים, ולא בעברות התועבה, שנולדו בהקשר אחר לגמרי.

2. כניסת המרשתת

המרשתת העלתה מחדש סוגיות שעניינן ביטוי ומשפט פלילי. כיום כל נפש חפצה יכולה להשיג גישה חופשית, מיידית ואנונימית לחומר ממוחשב עצום. בין הדברים

- 10 המונח "פורנוגרפיית ילדים" עמום, ועשוי להתייחס לחומר שעניינו תמונות עירום גרידא, ללא תפאורה מינית, ולעיתים אף לתמונות בלבוש מלא ולתמונות תמימות, אך גם לחומר מיני קשה. ראו: PHILIP JENKINS, BEYOND TOLERANCE — CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET 27, 81 (2001); 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).
 11 בדומה להגדרה של פורנוגרפיה רגילה, גם ההגדרה של פורנוגרפיית ילדים תלויה במידה רבה בהשקפה ובתרבות. ראו: Bernadette H. Schell, Miguel Vargas Martin, Patrick C.K. Hung & Luis Rueda, *Cyber Child Pornography: A Review Paper of the Social and Legal Issues and Remedies — and a Proposed Technological Solution*, 12 Aggression & Violent Behav. 45, 52 (2007).
 11 .New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 757 (1982)
 12 .Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103, 108–110 (1990)
 13 Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, 251, 253 (2002). לתכליות הללו אשוב בהמשך המאמר.
 14 TIM TATE, CHILD PORNOGRAPHY — AN INVESTIGATION: ואיסוריה של פורנוגרפיית ילדים ואיסוריה: 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, *Note: 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); 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).
 14 למשל, בקנדה: Canadian Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4), <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html>; (פורנוגרפיית ילדים); באנגליה: Protection of Children Act 1978, C. 37. (תמונות של ילדים לא-צנועות); בניו-סאות-הייילס שבאוסטרליה: The Crimes Act 1900, s. 91H(2). (תמונות של ילדים מנוצלים).

שמתמשים במרשתת מחפשים בולטת הפורנוגרפיה. בעבר, כדי להשיגה, היה צריך להגיע למחוזות נידחים או אל אחורי החנות. כיום היא פושה בכל עבר, בעיקר במרשתת. המהפכה הטכנולוגית, ששינתה כמעט כל היבט ומימד בחיים האנושיים, הציגה אמצעים חדשים ומפתים למימוש תשוקה מינית.¹⁵ תועבה ופורנוגרפיה הן עניין של גיאוגרפיה וזמן; הגיאוגרפיה של המרשתת גלובלית,¹⁶ והזמן רווי מיניות. שינוי גדול עבר גם על פורנוגרפיית ילדים, אשר בעבר הסתתרה במחתרת וכיום זמינה מאוד.¹⁷ אף היא הפיקה תועלת מהתקדמות הטכנולוגיה, בדמות עלייה באיכות המוצר וירידה בעלות הפקתו.¹⁸ תעשייה זו, אשר בעבר הוגבלה לדואר מחתרת, התפתחה לקהילות מקוונות רחבות, עם חדרי שיחוח (צ'טים) ופרסום אלקטרוני מידי. על-מנת ליטול בה חלק, די בכמה הקשות מקלדת והקלקות עכבר.¹⁹ אובדן העכבות, שהוא תופעה כללית רווחת ברשת,²⁰ מתבטא גם בסטיית הפדופיליה, כאשר הגולש חש שאין עלות כניסה אל התת-תרבות, אין סיכון פיזי ואין מחויבות.²¹ במצב זה עברת התועבה בישראל, אשר בעבר ביקשה בעיקר לשלוח מסר ופחות להיאכף, פונה לכיוון מעשי בהרבה.

- 15 Cohen, לעיל ה"ש 9, בעמ' 548–549.
- 16 בני משפחת תומס הואשמו שהעלו תמונות תועבה ללוח-מודעות מקוון שהפעילו מביתם שבקליפורניה. בית-המשפט הרשיעם, וקבע כי הם כפופים לסטנדרטים קהילתיים בכל מקום שאליו שלהו חומרים. טענתו של תומס לתחולת "הסטנדרטים של המרשתת" נדחתה. ראו: United States v. Thomas, 74 F.3d 701, 711 (6th Cir. 1996). כן ראו: Amy Oberdorfer Nyberg, *Is All Speech Local? Balancing Conflicting Free Speech*, 92 Geo. L.J. 663, 686 (2004); *Principles on the Internet*, 92 Geo. L.J. 663, 686 (2004); יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" מחקרי משפט כג 259, 300 (2006).
- 17 של, מרטין, הונג ורואדה כתבו כי המרשתת גרמה לעלייה האדירה ביותר בפורנוגרפיית ילדים בהיסטוריה, וכי לפחות שלישי מהתנועה המקוונת מורכב מחומרים כאלה. ראו Schell et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 47. מאן ובלזלי כתבו כי בשנות השבעים והשמנים היו חוקי פורנוגרפיית הילדים יעילים יחסית בארצות-הברית, בעיקר מפני שהחומרים היו יקרים וקשים למציאה. אולם המרשתת שינתה זאת והפכה את הפצת החומרים לזולה יותר ולמסוכנת פחות. המפיקים יכולים להיות בכל מקום בעולם, הרחק מהישג-ידן של רשויות האכיפה: Ronald J. Mann & Seth R. Belzley, *The Promise of Internet Intermediary Liability*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 239, 291–292 (2005).
- 18 התפתחות הטכנולוגיה בכללותה – ולא רק המרשתת – הקלה הפקת פורנוגרפיית ילדים. בתחילה שירתו את התעשייה הזו מצלמת הפולריד והסורק, ובהמשך היו אלה המצלמות הדיגיטליות, אשר הולכות ונהיות זולות ומצויות בכל טלפון נייד. המרשתת משלימה את התמונה ביצירת פוטנציאל הפצה לכל הפקה. ובתרבות שמעודדת מין, קל יותר לשכנע נערים להצטלם לפורנוגרפיית ילדים: Tim Palmer, *Behind the Screen: Children who are the Subjects of Abusive Images*, in VIEWING CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET – UNDERSTANDING THE OFFENCE, MANAGING THE OFFENDER, HELPING THE VICTIMS 61, 62 (Ethel Quayle & Max Taylor eds., 2005).
- 19 Jenkins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 54–57 ו-64–67; Audrey Rogers, *Child Pornography's Forgotten Victims*, 28 PACE L. REV. 847, 847 (2008); Eric R. Diez, "One Click, You're Guilty": A Troubling Precedent for *Internet Child Pornography and the Fourth Amendment*, 55 CATH. U. L. REV. 759, 759 (2006).
- 20 Adam N. Joinson, *Disinhibition and the Internet*, in PSYCHOLOGY AND THE INTERNET – INTRAPERSONAL, INTERPERSONAL, AND TRANSPERSONAL IMPLICATIONS 75, 83 (Jayne Gackenbach ed., 2nd ed. 2007).
- 21 Jenkins, לעיל ה"ש 10, בעמ' 96–99.

3. ההיסטוריה של עברות התועבה בישראל

איסור פרסום התועבה הינו ותיק בישראל. כאיסורים בעייתיים רבים אחרים, הוא "פלש" לישראל דרך המשפט המנדטורי, שם הוא הופיע בסעיף 179 לפקודת החוק הפלילי, 1936. הסעיף נאכף לעיתים, ואף מצא את דרכו לבית-המשפט העליון, בשנת 1970, בבקשת רשות ערעור פלילי. הסופר, העורך והמבקר דן עומר הואשם בארבע עברות תועבה, בגין החזקת ספר בעל תכנים מיניים מילוליים ומכירתו לשני אנשים. בית-המשפט העליון אישר את הרשעתו ללא היסוס.²² הואיל והקשר זה נראה תלוש מהמציאות בימינו, ראוי להזכיר כי המונח תועבה נולד בקשר לספרות, אף שכיום מוקד אכיפתו הוא חומרים חזותיים.²³

האיסור מצא את דרכו לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אל סעיף 214, שאסר מכירת חומר תועבה או החזקתו, הדפסתו והעתקתו לשם מכירה, השכרה או הפצה; הצגת חומר תועבה במקום ציבורי; ניהול עסק בקשר לאמור; ופרסום מודעה שמלמדת על העסק. הודגש כי "אין הכדל... אם חומר התועבה הוא דבר שבדפוס או שבכתב, או תמונה, תצלום, שרטוט, דגם או כל חפץ אחר העשוי לגרום להשחתת המוסר".²⁴

בשנת 1991 התקבל תיקון 35 לחוק העונשין.²⁵ בדברי ההסבר נכתב כי לנוכח השעיית תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), התשמ"ט-1989, נותר נושא הצגות התועבה ללא טיפול עונשי, ועל-כן 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 שש-עשרה שנים, נגע בהשתתפותם בהצגת תועבה. לנוכח רגישותו התרבותית והערכית של הנושא, התבקשה הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדיון.²⁶ החוק עצמו, ככתוב בסעיף 214(ד), הסתפק בהסכמתו של פרקליט מחוז; והסעיף המחמיר, 214(ב), התייחס לשימוש לא רק בקטינים מתחת לגיל שש-עשרה, אלא בקטינים בכלל.

בשנת 1997 התייחס בית-המשפט העליון לסוגיית התועבה בעניין סטיישן פילם.²⁷ היה זה הרחק מחוץ לשדה הפלילי, בקשר לשאלה מנהלית – צנזור סרט קולנוע. המועצה לביקורת סרטים ומחזות סירבה להתיר את הקרנת הסרט "אימפריית החושים". בג"ץ, ברוב דעות, הפך את החלטתה. הנשיא ברק דן בקשיי ההגדרה של המונח "תועבה", וכנוסחת-עבודה בחר בהגדרה האמריקאית בפרשת Roth:²⁸ "פירסום אשר – לפי אמות

22 המונח "תועבה" פורש כפורנוגרפיה. נפסק כי החשש הוא מהשחתת המוסר הציבורי, וכי את קו הגבול של העברה יקבע בית-המשפט. השופט הנדוי אישר הרשעה בהפצת חומר תועבה לגבי חומר מילולי לחלוטין, שכלל תיאורי מין מפורטים. ראו ע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 408, 411–415 (1970).

23 Cohen, לעיל ה"ש 9, בעמ' 576.

24 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, 260.

25 חוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א-1991, ס"ח 208.

26 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א-1991, ה"ח 253.

27 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד (5) 661 (1997) (להלן: עניין סטיישן פילם).

28 Roth v. United States, 354 U.S. 476, 489 (1957).

המידה הציבוריות המקובלות על בני זמננו – נושאו הדומיננטי של החומר בכללותו מעורר תאוות בשרים טמאה".²⁹

בשנת 1998 התקבל תיקון 52 לחוק העונשין.³⁰ תיקון זה הפליל במפורש ובנפרד הפצת פרסום תועבה ובו דמות קטין (לא רק מתחת לגיל שש-עשרה). כמו-כך הוא הפליל לראשונה פרסום חומרים מדומים וכן החזקת חומרי תועבה ובהם דמויות קטין, ויצר איסור מוחמר לגבי שימוש בגופו של קטין כאשר המשתמש הוא האחראי עליו. המונחים "פרסם" ו"פרסום" שבחלק המקדמי לחוק העונשין תוקנו כך שיכללו במפורש גם הנגשה ממוחשבת. מאידך גיסא נוסף סעיף הגנות שעניינו "מטרה כשרה" בפרסום ובהחזקה.³¹ היה זה התיקון הרחב האחרון לעברה. בעקבותיו המצב המשפטי כולל איסורים מגוונים: איסור לפרסם או לארגן פרסום תועבה; איסור מוחמר לפרסם פרסום תועבה ובו דמות קטין, לרבות הדמיית קטין או ציור שלו; איסור להשתמש בגופו של קטין לעשיית פרסום תועבה; והאיסור הקל מכל – איסור החזקתו של פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, תוך החרגת החזקה באקראי ובתום-לב. איסור זה, שעודכן לאחרונה, הוא מושא מאמרי זה. סעיף 214 מגן על מי שפרסם או החזיק למטרה כשרה.

תיקון 52 לא נותר עלי ספר בלבד, אלא נאכף בנוגע לנאשמים רבים. ייתכן אף שעברות התועבה בקשר לדמויות קטינים הן העברות המקוונות הנאכפות ביותר בישראל. כעולה מפסקי-הדין, שחלקם יפורטו להלן, מעטים מאוד כופרים בעובדות, והמאבק המשפטי מצטמצם לסוגיית אי-ההרשעה ולסוגיית הענישה. אישומים רבים הוגשו בעברות של פרסום חומר תועבה ובו דמויות קטינים, כגון בפרשות לבנפוס,³² פוקסמן,³³ פלוני,³⁴ משיח,³⁵ ברקאי³⁶ ועוד. אישומים רבים הוגשו גם בעברה הקלה יותר של החזקת פרסום

29 עניין סטיישן פילם, לעיל ה"ש 27, בעמ' 679. ברק הפנה להגדרות שונות מהפסיקה האמריקאית, שלפי כולן פרסום בעל ערך אומנותי, ספרותי, פוליטי או מדעי אינו נתפס באיסור. ראו שם, בעמ' 673–678. בדעת יחיד כתב השופט חשין כי שאלת ההגדרה של פורנוגרפיה וחומר תועבה מעוררת קושי ומכוכה, וציין כי ההגדרה שבחר ברק מפנה למשהו לוט בערפל כבד, במיוחד בשיטה שאין בה חבר-מושבעים. למעשה, מדובר ב"אדם סכיר" לעניין תועבה. לאפיוני התועבה, דוגמת "תאוות בשרים טמאה" ו"יצרי תאוה", יש גבולות פרוצים שמדיפים ריח ימי-ביניימי, פורטיניות ונזירות. ההסדר מצוי "בממלכת הפטרנליזם החברתי" והמוסר החברתי, ותכליתו קשורה לשימור צניעות חברתית קודם-כל, ובהמשך גם לשימור כבודם של נשים וקטינים. שם, בעמ' 691–696.

30 חוק העונשין (תיקון מס' 52), התשנ"ח-1998, ס"ח 316.

31 ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997, ה"ח 466, 464 ו-472–473 (להלן: הצעת תיקון 52). בדברי ההסבר הובהר כי ההצעה מתיישבת עם האמנה לזכויות הילד משנת 1989, אשר מדינת-ישראל היא צד לה ומחויבת מכוחה להתאים את חוקיה להגנה על קטינים. עוד נכתב בדברי ההסבר כי התגברות התופעה של ניצול קטינים לשם הפקת פורנוגרפיה מחייבת מענה, וכי "אנשי מקצוע" (לא ברור אילו) סבורים שיש להקטין את הביקוש הפרטי לחומרים ולבכר את ההגנה על קטינים על חופש הבחירה של הפרט בביתו.

32 ת"פ (שלום חי') 2781/03 מדינת ישראל נ' לבנפוס (פורסם בנבו, 22.12.2005).

33 פמ"ם (שלום פ"ת) 3555/05 מדינת ישראל נ' פוקסמן (פורסם בנבו, 8.1.2007).

34 ת"פ (שלום ת"א) 7936/07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.4.2009). ערעור התביעה התקבל כעבור כחצי שנה. ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 7493/09 מדינת ישראל נ' פלוני, תק"מח 2009 (3) 13925.

35 ת"פ (שלום ב"ש) 3990/07 מדינת ישראל – פרקליטות מחוז דרום – פלילי נ' משיח, דינים שלום 2010(142) 431.

36 ת"פ (שלום חי') 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי, תק"ש 2011(4) 54257. ערעורו של המורשע על

תועבה ובו דמות קטין, כבפרשות אופר,³⁷ דרייב,³⁸ פולק,³⁹ מיל,⁴⁰ קורידו,⁴¹ שושן,⁴² שמידט,⁴³ שפרבר,⁴⁴ אלימלך,⁴⁵ גורביץ'⁴⁶ ורבים אחרים.

חרף ריבוי התיקים, למן התיקון לא דן עדיין בית-המשפט העליון בעברות תועבה. בשנת 2004, בעניין ש.י.ן, נערך דיון רחב ובהרכב מורחב בנוגע לתועבה, אך שוב בהקשר מנהלי – הפעם סביב שידורי ערוץ "פלייבוי". השופטת דורנר דחתה את הטענה כי תועבה כוללת פורנוגרפיה, בעיקר בעידן המרשתת. היא ביארה כי את האיסור הפלילי לפרסם ולהציג פורנוגרפיה העולה כדי תועבה יש לפרש בצמצום, כך שהוא יעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה, וכי אין להתעלם מהנורמות החברתיות המקובלות ומכך שהפורנוגרפיה זמינה וחוקית במגוון של מדיה, במיוחד במרשתת, אשר מגישה תכנים קשים בהרבה.⁴⁷

הפעם היחידה שבה התייחס בית-המשפט העליון לעברות התועבה כנוסחן בשנות האלפיים הייתה בשנת 2009 בעניין מור. מור הודה והורשע בהחזקת תועבה המציגה קטינים במחשבו, אך עקב תסקיר מבחן בוטלה ההרשעה והומרה בשירות לתועלת הציבור (של"צ). ערעור המדינה התקבל ומור הורשע. הוא ביקש רשות ערעור וטען כי מדובר בעוון בלבד, כי לא נפגע ערך מוגן, כי העבירה בוצעה בפרטיות, כי הוא לא ידע שמדובר במעשה אסור, וכי הוא אינו מסוכן. בקיצור נמרץ כתב השופט לוי כי הוא אינו רואה עילה לרשות ערעור. אגב אורחא ציין השופט כי תכלית האיסור היא למגר

העונש התקבל, אך ערעורו על ההרשעה נדחה. ע"פ (מחוזי חי') 1191-04-12 ברקאי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.8.2012). ברקאי הגיש בקשת רשות ערעור פלילי, אך הסירה לבסוף, כנראה בעידוד בית-המשפט. לא ברור מה נטען בבקשה ומדוע היא הסתיימה כך. רע"פ 8924/12 ברקאי נ' מדינת ישראל, פדאור (85)2013:820.

37 ת"פ (שלום חי') 1780/06 מדינת ישראל נ' אופר (פורסם בנבו, 23.9.2007). שני הצדדים ערערו. בראשית 2008 התקבל ערעור המדינה, ועל אופר נגזרו שנתיים מאסר בפועל. ראו ע"פ 2609/07 (מחוזי חי') אופר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2008).

38 ת"פ (שלום חי') 6681/02 מדינת ישראל נ' דרייב (פורסם בנבו, 14.12.2006). בסתיו 2007 נדחה ערעור ההגנה. ראו ע"פ 2359/07 דרייב נ' פרקליטות מחוז חיפה – פלילי (פורסם בנבו, 20.9.2007).

39 ת"פ (שלום כ"ס) 3071/06 מדינת ישראל נ' פולק (פורסם בנבו, 25.11.2007).

40 ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 מדינת ישראל נ' מיל (פורסם בנבו, 27.12.2006).

41 ת"פ (שלום ת"א) 6136/07 מדינת ישראל נ' קורידו (פורסם בנבו, 8.1.2008).

42 ת"פ (שלום פ"ת) 08-3299 מדינת ישראל – פרקליטות מחוז המרכז נ' שושן (פורסם בנבו, 7.1.2009).

43 ת"פ (שלום ק"ג) 226/07 מדינת ישראל נ' שמידט (פורסם בנבו, 20.11.2008).

44 ת"פ (שלום חי') 10-05-44261 מדינת ישראל נ' שפרבר (פורסם בנבו, 13.1.2011).

45 ת"פ (שלום חי') 08-12-10672 מדינת ישראל נ' אלימלך, פדאור (69)2010:845.

46 ת"פ (שלום נצ') 08-09-6961 מדינת ישראל נ' גורביץ', פדאור (70)2011:880. ערעורו של גורביץ' על הכרעת הדין נדחה. ראו ע"פ (מחוזי נצ') 08-08-490 מדינת ישראל נ' גורביץ', תק"מח (1)2012:1556.

47 בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, פס' 11-13, 17 לפסק-דינה של השופטת דורנר (2004). אל דורנר הצטרפו עשרת שופטי ההרכב. השופט חשין ציין כי פורנוגרפיה היא תלוית-מקום ותלוית-תקופה, וכי האיסור כולל "דקמה פתוחה" ומתמלא תוכן מהתרבות העכשווית. כדוגמה לכך הוא הפנה אל הספר "מאהבה של לידי צ'טרלי", אשר נתפס בצאתו כספרות תועבה "ואילו היום – היום שחוק יימלא פינו" (שם, פס' 3 לפסק-דינו). השופט טירקל דווקא סבר כי תוכניות המציגות נשים בעירום מלא לא במסגרת סרט עלילתי הן בגדר "הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני" (כהוראת ס' 6כה(2)(3) לחוק התקשורת (בוק ושידורים), התשמ"ב-1982), אך נמנע מלהתערב בשיקול-דעתה של המועצה (שם, פס' 3 לפסק-דינו).

התעללות מינית בקטינים, כי מור תרם לעידוד התופעה, גם אם בעקיפין, וכי אין זה משנה שהוא לא פגע בקטינים בעצמו או שהוא לא ידע על האיסור.⁴⁸

4. תיקון 118 לחוק העונשין

בנובמבר 2014 התקבל תיקון 118. כמפורט בתזכיר⁴⁹ ובהצעת החוק, מטרתו הייתה לתת מענה לסוגיות שהתעוררו בעקבות התפתחויות טכנולוגיות. בעוד שבעבר נעשתה החזקת חומרים במחשב באמצעות הורדתם (download) ושמירתם במחשב, כיום צריכתם נעשית לעיתים קרובות בצפייה ישירה (streaming) ברשת, שאינה כרוכה בהורדה מהרשת ובשמירה במחשב. בהצעת החוק צוין כי בעת הצפייה נוצרים קבצים זמניים במחשב שמכילים את התכנים הנצפים, כך שהצופה אכן מחזיק בחומרים, אך לא ברור אם הצופה מודע להחזקתו, ואם הוא מודע, הוא בוודאי ימחק את הקבצים. צוין כי עברת ההחזקה הקיימת ועברת הצריכה המוצעת דומות זו לזו מבחינת תכליתן, וכי התיקון מבקש להתאים את הראשונה למציאות הטכנולוגית. מדינות שונות מפלילות השגת גישה לתכנים כאלה. הודגש כי הבחירה היא במונח "צריכה", ולא במונח "צפייה", שכן צפייה היא פעולה סבילה לגמרי, ואילו "צריכה" מכוונת להחלטה יזומה להשתמש בחומרים.

ב. חוקתיות התיקון

1. מבוא

איסור פלילי חדש הוא הזדמנות להרהר בשינויים חברתיים, כלכליים, תרבותיים וטכנולוגיים שהתרחשו.⁵⁰ העברתו של האיסור במבחניה של פסקת ההגבלה היא דרך מצוינת להציף סוגיות ערכיות בראי המשפט הפלילי והחוקתי. בטרם אעשה כן לגבי התיקון שבו עסקינן אציין כי טענה חוקתית עלתה לפני כעשור בהקשר דומה לגבי החזקת חומרי תועבה ובהם דמויות קטינים. בשלהי 2006 ניתן פסק-הדין בעניין מיל.⁵¹ בעקבות פנייה של הבולשת הפדרלית האמריקאית החלה חקירה, שבסופה הואשם מיל בהחזקת חומר שהוריד מהרשת למטרת צפייה. ההגנה הודתה בעובדות, אך טענה כי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין אינו חוקתי, בפוגעו בפרטיות ובצנעת החיים באופן שאינו מידתי, ואשר מתחשבן עם הצופה בגין מעשיהם של יוצרי הפרסום ומפיציו במקום לתור אחר אמצעים אחרים, כחסימת גישה לאתרי מרשתת. בית-משפט השלום דחה את

48 רע"פ 3890/09 מור נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 17.5.2009).

49 תזכיר חוק העונשין (תיקון מס' 116) (איסור על צריכת פרסום תועבה וכו' דמותו של קטין), התשע"ד-2013.

50 השוו מיכאל בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" פתח"ח 5,

173, 186 (2003).

51 עניין מיל, לעיל ה"ש 40.

הטענות בקצרה ובקלות. הוא גרס כי האפשרות למנוע הפצה בדרך טכנולוגית היא "טענה בעלמא", וקבע כי המעשים מהווים עידוד לתעשייה בהיותם חלק בלתי-נפרד מהפצת התכנים, כי זכות הנאשם נסוגה מפני האינטרס של המדינה, וכי סעיף 214(ב3) עומד בכל תנאיה של פסקת ההגבלה. מיל הורשע. ערעור לא הוגש, באשר לאחר ההרשעה הושג הסדר-טיעון ביחס לעונש.

בחלק זה, המרכזי במאמר, אערוך דיון חוקתי ביקורתי באיסור החדש לפי מבחני-המשנה של פסקת ההגבלה, שאינם זקוקים כמוכּן להצגה בחלוף יותר משני עשורים לכינונם.

2. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה"

בטרם ניגשים למבחניה של פסקת ההגבלה יש לברר אם החיקוק פוגע בזכות-יסוד.⁵² האם איסור צריכתם של חומרי תועבה פוגע בזכות-יסוד?

עצם האיסור פוגע בזכות לחירות במובנה העיוני. האכיפה המרובה בנוגע להחזקת חומרים מרמזת כי איסור הצפייה בהם לא נולד אך כדי להיאמר, ברוח הגישה האקספרסיבית למשפט,⁵³ אלא גם כדי להיאכף. סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, כמעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת." יצירת איסור פלילי חדש מגבילה את החירות והאוטונומיה של כל אזרח לנהוג באופן הנאסר.⁵⁴ הפגיעה בחירות לובשת גם פן מעשי, שכן מכוח האיסור בית-המשפט רוכש סמכות להגביל את תנועת הפרט. למשל, בהקשר שבו עסקינן הוא יכול לעשות זאת באמצעות הטלת חלופות מעצר שמקובלות בעברות מסוג זה, ובהמשך, כמוכּן, באמצעות גזירת מאסר בפועל, אשר פוגע בחירותו של הפרט באופן המעשי המובהק ביותר.

52 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 465, 473 (1994). לניתוח ביקורתי של שלב זה בבחינה החוקתית ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 284–309 (2012).

53 אנדרסון ופילדס הגדירו נזק אקספרסיבי ככזה שמתייחס פחות למעשה ולהשלכתו, ויותר להבעת גישה שלילית או בלתי-הולמת: Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. Pa. L. Rev. 1503, 1528–1530 (2000).

54 דומני שזו גם עמדתם של קרמניצר ושל ביינ: Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 *Isr. L. Rev.* 84, 86, 88 (1993); דן ביינ "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יג 251, 253–254 (1995). תמיכה מקל וחומר בעמדה שלפיה החירות שמתוארת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כוללת גם חירות עיונית שנפגעת מעצם קיומם של איסורים פליליים עולה מדעת הרוב בפרשת סילגדו. ראו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 541, 552–562 (2002). רבין וואקי כתבו כי כל איסור פלילי – אפילו איסור הרצח – פוגע בזכות החוקתית לחירות ובזכות לאוטונומיה, ומוכּן שגם הענישה פוגעת בזכות לחירות. ראו יורם רבין וניב ואקי דיני עונשין 46–49 (מהדורה שנייה, 2010). כן ראו: Markus Dirk Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 55 *Hastings L.J.* 509, 546 (2004); Douglas Husak, *Overcriminalization – The Limits of the Criminal Law* 92–100 (2008) (על "הזכות לא להיענש"). לבסוף, ראו לאחרונה את פסק-הדין המשובה של השופטת ברק-ארז, אשר מאמץ את הלכת סילגדו לקראת ניתוח חוקתי מצמצם של עברת הרצח השעונה על הריגה בניסיון להימלט מעונש על עברה אחרת. ראו ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל, פס' 80–81 (פורסם בנבו, 24.8.2015).

מעבר לאמור לעיל, האיסור עשוי לפגוע גם בקניינו של פלוני (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ככל שמדובר בקנס,⁵⁵ או בכבודו (סעיף 2).⁵⁶ הפגיעה עשויה להתקשר גם להליך עצמו:⁵⁷ מכוח האיסור המשטרה עשויה לרכוש סמכות להיכנס לרשות היחיד לא בהסכמתו, לערוך חיפוש ברשותו, על גופו, בגופו ובכליו, ולפגוע בסוד שיחו ובפרטיותו (סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). דבר זה נכון במיוחד בנוגע להליך במקרה של העברה דנן, שכן ברי כי הוא כרוך במעבר בביתו של הפרט ובמחשבו. ככל שאלה מבססים "קניין מכונן" של הפרט וביטוי לאוטונומיה שלו, אליבא דפרקליטות המדינה,⁵⁸ הם נפגעים קשות מחדירת הרשויות, ויש להביא בחשבון בעת ההפלה שזו אחת מהשלכותיה המוכנות ממש.⁵⁹

ניתן להוסיף ולגרוס כי האיסור האמור פוגע בחופש הביטוי – של מפרסמי החומרים, מחד גיסא, ושל קולטיהם, מאידך גיסא. לפי שעה, אפילו בשיטת המשפט האמריקאית, שמקדשת במיוחד את חופש הביטוי, נדחה טיעון זה בבית-המשפט העליון.⁶⁰ לדעתי, מימד הביטוי אומנם אינו בעל חשיבות רבה, להבדיל ממימד החירות והאוטונומיה: מסופקני אם חופש הביטוי, של המפרסם או הצופה, משתרע גם על תיעוד של ילדים שנאנסו. עם זאת, קשה לחלוק על כך שהאיסור פוגע גם בזכות החוקתית לחופש הביטוי, ובוודאי צריך להיות לכך משקל, ולו נמוך, במבחן החוקתי של איסור צפייה בביטוי.

3. "אלא בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"

מבחן ההסמכה מוודא כי הפגיעה נעשית בחוק או מכוחו. זהו מבחן פורמלי פשוט.⁶¹ האיסור דנן צולח אותו בקלות, ואף ראוי לשבח בהקשר זה. היה אפשר לנסות לבסס את ההפלה הנדונה גם בעקיפין, על-ידי העמדה לדין ובקשה למהלך פרשני, שאינו מופרך, ולפיו כל צריכה מגלמת גם החזקה – אם בדרך של שמירה במטמון (cache, הזיכרון במחשב שבו מאוחסנים פריטים לטווח קצר), כפי שהוזכר בהצעת החוק, ואם בדרך של החזקה רגעית במהלך הצפייה עצמה.⁶² דיונים כאמור נערכו בערכאות ערעור בעולם:

- 55 פרשת סילגרו, שם, בעמ' 548.
- 56 שם, בעמ' 541.
- 57 למגבלות חוקתיות של הדיון הפלילי ראו יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" מחקרי משפט יג 275 (1996).
- 58 פס' 8, 46–47, 67 ו-91 לכתב הטענות שהגישה המדינה ברע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא (הוגש ב-27.4.2015). מדובר בבקשת רשות ערעור פלילי שהגישה המדינה לאחר זיכוי של עזרא מעברות של חריה לחומר מחשב.
- 59 אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243, 280–282 (2012).
- 60 פרשת Osborne, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108–110.
- 61 ברק גרס כי זהו מבחן פורמלי ומהותי-צר. ראו ברק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 489. קרפ גזרה מבחן מהותי של חוק פומבי, נגיש, וראי וידוע מראש. ראו יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 98 (1996).
- 62 כלומר, ההחזקה היא ברגע הצפייה. מרין ניתחה את שאלת הצפייה כהחזקה והציעה מבחן דו-שלבי שתר אחר שליטה וחיפוש ("dominion and control" and "seek to obtain"). ראו Marin, לעיל ה"ש 13, בעמ'

בפנסילוניה⁶³, בניו-יורק⁶⁴ ובקנדה⁶⁵. יוזמת החקיקה היא צעד ראוי יותר מהעמדת צופים לדין בגין החזקה, שכן היא מכבדת את עקרון החוקיות ונוהגת בהגינות כלפי הציבור, בהזיהרה אותו מפורשות שגם צריכת חומרים הינה עברה פלילית. עם זאת, ייתכן שהתביעה לא נקטה מהלך פרשני לא משום שהיא חשבה כי צעד זה אינו הגון, אלא פשוט משום שהיא לא מצאה הזדמנות נאותה לעשות זאת, שכן היא לא נתקלה במי שרק צפה בחומרים מבלי להורידם.⁶⁶ כמפורט להלן בחלק 33(א), התביעה אינה מהססת לבנות תזות פרשניות יצירתיות כדי להחיל עברות ישנות על המציאות המקוונת החדשה.

1210 – 1211 ו-1231 – 1233.

63 בעניין *Diodoro* דן בית-המשפט העליון בפנסילוניה בעניינו של אדם שגלש וצפה בתמונות מיניות של קטינות מבלי לשלם ומבלי להורידן. שני שופטים מול אחד קבעו כי צפייה ללא שמירה ככונן הקשיח אינה החזקה ביודעין של החומר, כי המחוקק לא הפליל צפייה וכי על הנאשם ליהנות מהספק. בדיון נוסף נהפך הזיכוי (ברוב של שבעה מול שניים). השופט סטיבנס (Stevens) קבע כי פעולותיו של דיאודורו בתפעול העכבר, באיתור דפי הרשת, בפתחת האתרים, בהצגת התמונות על הצג ובסגירתן המחישו עניין וכוונה לשלוט בחומר. בדעת מיעוט ציין השופט קליין (Klein) כי שמירה במטמון אינה מספיקה לביסוס החזקה. ראו: Commonwealth of Pennsylvania v. Diodoro, 939 A.2d 290 (Pa. 2007).

64 ג'יימס קנט, מרצה למנהל ציבורי, הואשם בשתי עברות במדינת ניו-יורק: קידום אקט מיני של ילד (תווית מעניינת, שנראית לכאורה מתאימה יותר להצדקת העברה) והחזקת חומרי תועבה. עקב תקלה במחשבו פנה קנט לתמיכה טכנית, ולאחר סריקת אנטי-וירוס התגלו בזכרון המטמון שרידי תמונות של פורנוגרפיית ילדים. בית-המשפט לערעורים פסק כי מציאת התמונות במטמון מוכיחה צפייה, אך האפשרות של הנאשם לשמור את החומרים ולשלוט בהם אינה זהה להחזקה. השופט סיפריק (Ciparick) פסק כי צפייה אינה החזקה, וכי אין להרשיע מבלי להוכיח פעולה יוזמה של שמירה או הרפסה במטרה להחזיק, או לחלופין להוכיח כי הנאשם ידע על ההחזקה במטמון. אם לא כן פירוש הדבר הרשעה בגין התנהגות שהמחוקק לא אסר: צפייה. דבר זה ניכר במיוחד לנוכח עדכון בחוק הפדרלי משנת 2008 (המעשים נחשפו בשנת 2007) שאסר במפורש גם גישה לחומרים פדופיליים. השופט סמית (Smith) הצטרף וביקר את דעת היחיד שלפיה גם מי שלא תקשר עם ילד, לא האובייקט שמוחזק להיות בעל ילד, הורידו או שמרו, ולא תרם אפילו אגורה ליוצרי החומרים – דינו מאסר שבע שנים. בדעת יחיד ביקר השופט גרפאו (Graffeo) את עמדת הרוב, "שלפיה מותר לצפות בפורנוגרפיית ילדים במדינת ניו-יורק". הוא ציין כי השאלה היא אם הגולש שולט בחומר בעת הצפייה בו, ואכן הדבר אפשרי. לגישתו, בכל הנוגע בחומרים כאלה אין צפייה בלתי-מזיקה. ראו: *People v. Kent*, 19 N.Y.3d 290 (N.Y. 2012).

65 הקוד הפלילי הקנדי אוסר בנפרד גישה לפורנוגרפיה והחזקה: Canadian Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4). בעניין *Morelli* דן בית-המשפט העליון בקנדה אם צפייה בתמונה על הצג, שהובילה לשמירה אוטומטית במטמון של המחשב, פירושה שהנאשם אשם בהחזקה או רק בגישה: *R. v. Morelli*, [2010] 1 SCR 253. הרוב קבע כי מדובר בגישה בלבד. השופט פיש (Fish) כתב כי דיני החזקה התפתחו בנוגע לאובייקטים פיזיים קונקרטיים, והרחבתם לאובייקטים וירטואליים מעוררת בעיות מושגיות (שם, פס' 18 לפסק-דין). סמים וכלי-נשק ניתן להעביר לאדם אחר; לא כן תמונה על הצג בלי שמירה. האפשרות לשתף קישור או להתמקד בתמונה אינה מספיקה לשליטה בתוכן האתר. קובץ נתונים הוא האובייקט שניתן להעברה, לאחסון ולהחזקה על האובייקט שמוחזק להיות בעל סוג של תמידיות, ולא ארעי במהותו, כתמונה שנראית בטלוויזיה או על צג. גישה לתמונה אינה מהווה כשלעצמה החזקה (שם, פס' 28–31 לפסק-דין). השמירה האוטומטית של קבצים במטמון בעת הצפייה אינה ראייה להחזקה, משום שהיסוד הנפשי הנדרש הוא כוונה לשלוט, וגולשים רבים אינם מודעים כלל למערכת המטמון (שם, פס' 36–37 לפסק-דין). בדעת המיעוט הסכימה השופטת דשמפס (Deschamps) כי ידיעה בדבר שליטה הינה מרכיב מרכזי בהחזקה, אך חלקה על כך שנדרשת הורדה מכוונת כדי להוכיח החזקה (שם, פס' 134–145 לפסק-דין).

66 ראו להלן ה"ח 163 והדיון בטקסט שלידה.

4. "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"

מה לערכיה של מדינת ישראל ולחקיקה מפלילה? מבחן ההלימה דורש שהחוק הפוגע יהלום את ערכי המדינה. יישומו הפוזיטיבי הכללי של המבחן בישראל תרגם אותו בעבר לערכים יהודיים ודמוקרטיים.⁶⁷ כיום מבחן זה כמעט אינו מיושם, אלא נבלע במבחן התכלית.⁶⁸

5. "שנועד לתכלית ראויה"

בדברי ההסבר לתיקון נכתב כי מטרת איסור הצריכה זהה למטרת איסור ההחזקה: הקטנת הדרישה לחומרים, כדי לצמצם את הפגיעה בקטינים ואת ניצולם המיני בתעשייה של פורנוגרפיית הילדים. במבט ראשון תכלית זו ראויה בלי ספק. האם האיסור מסוגל להשיגה? זו שאלה שונה לגמרי. אשוב אליה באופן ביקורתי בתת-פרק הבא, שבו אתייחס גם לתכלית המשיקה של מניעת ניצול מיני ישיר של קטינים, לא דרך התעשייה. לא ארחיב על התכלית השנייה שמוזכרת בהקשר זה, אף אם לעיתים רחוקות, והיא צמצום הפגיעה בפרטיותם של הילדים ובכבודם. אומנם, בהנחה שפגיעה בפרטיות היא מהותית ולא מכשירנית בלבד – כלומר, ניתן לבצעה גם מבלי שהקורבן ידע עליה וייפגע ממנה במישרין ומבלי להכירו כלל⁶⁹ – קשה לחלוק על כך שהיא נובעת מצריכת חומרי תועבה.⁷⁰ אולם המסגרת אינה מתאימה, שכן אין קשר ברור בין המונחים "תועבה" ו"פרטיות". קידום ערך הפרטיות הינו ראוי ביותר ונחוץ במיוחד בתקופתנו. אולם עליו להיעשות במסגרת המדויקת, שאינה עברות התועבה, אלא חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אשר נושא את שמו של הערך המוגן ואף מתייחס במישרין לנושא של צילומים ופרסומם. יתרה מזו, בעיני המחוקק, פגיעה בפרטיותו של אדם היא מעשה פשע, שדינו חמש שנות מאסר, ואילו צריכת חומר תועבה היא מעשה עוון, שדינו שנת מאסר אחת בלבד. מדוע אם כן לגמד את הערך המוגן תחת מסגרת קלה ובלתי-מתאימה?

67 מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659, 668–669 (1993). לפרשנותם של הערכים הדמוקרטיים והיהודיים ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 302–310 (2010); אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 451–454 (1995).

68 הרדוף, לעיל ה"ש 59, בעמ' 257, ה"ש 44.
69 ניתן לצרר באחד המובנים של ההנחה האמורה או בשניהם: Julie E. Cohen, *Privacy, Ideology, and Technology: A Response to Jeffrey Rosen*, 89 GEO. L.J. 2029, 2039 (2001); Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087, 2092–2093 (2001).

70 כבמקרים רבים אחרים, קשה לנתק את הפרטיות הנפגעת מערך הכבוד. הידיעה שהתמונות קיימות ומופצות גורמת בושה, השפלה ותחושת חוסר-אונים. ראו Rogers, לעיל ה"ש 19, בעמ' 853–854; Ramirez, לעיל ה"ש 13, בעמ' 129–130; Smolen, לעיל ה"ש 10, בעמ' 44–53; Rebecca Michaels, *The Insufficiency of Possession in Prohibition of Child Pornography Statutes: Why Viewing a Crime Scene Should Be Criminal*, 30 W. NEW ENG. L. REV. 817, 823–824 (2008). לטיעון כי אין זה בסיס ראוי לסיווג חומרים כפורנוגרפיית ילדים ראו: Carissa Byrne Hessick, *The Limits of Child Pornography*, 89 IND. L.J. 1437, 1461–1464 (2014).

מעבר לכך, איסור הצריכה חל רק לגבי דמויות קטינים. האם כבודו של בגיר ופרטיותו אינם נפגעים בשעה שאדם אחר מעיין בתמונתו האינטימית? לשון אחר, מי שמבקש להפליל אדם שפוגע בפרטיותו של אחר בגין עיון בתמונתו, מן הראוי שיעשה כן בהקשר הנכון, במישרין ובבירור, ובראייה רחבה שאינה קשורה בהכרח לגיל הקורבן ולמין, ולא על-ידי שימוש בעברה ששעונה על לשון עמומה, כעברת התועבה.

6. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – התאמה רציונלית

מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני-משנה.⁷¹ שלושתם מכריעים לעניין הדיון בזכויות⁷² ובהפללה.⁷³ עמימותם אומנם רבה,⁷⁴ אך פחות משל יתר המבחנים, ולכן הם נדונים בהרחבה רבה יותר.

מבחן-המשנה הראשון הוא מבחן ההתאמה, קרי, בחינת הקשר בין האמצעי למטרה. במבחן זה בודקים אם החוק עשוי להשיג את מטרתו.⁷⁵ קודם נבחנה שאלת התכלית כשלעצמה; כעת בוחנים אם האיסור מתאים להשגתה.⁷⁶ זהו מבחן-המשנה הקריטי של הפללה זו, והוא שמעלה ספקות קשים בנוגע לחוקתיותה. כדי לבחון ברצינות אם האיסור שבו עסקינן עומד במבחן ההתאמה הרציונלית, איעזר בתיאוריה של "שרשרת הפללה" ואדון בשלוש שאלות כנפרד: האם יש קשר איתן בין ההתנהגות הנאסרת לבין הנוקש שמבקשים למנוע? האם המשפט הפלילי מסוגל להחיל את שיטות הפעולה שלו כדי לצמצם את ההתנהגות הנאסרת? והאם צמצום כאמור יביא גם לידי צמצום הנוקש שמבקשים למנוע? תחת המינוח של השרשרת בוחנים שני רכיבים כדי שהפללה תהיה מוצדקת במובן של התאמה רציונלית: "פוגענות" ו"תכליתיות".⁷⁷

- 71 להתפתחותם של מבחני-המשנה בהלכה ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1, 12 (1996); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53–54 (1997); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385–388 (1997). למרכזיותו של מבחן המידתיות ראו אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א' 9, 31 (1992); יהונתן גינת "ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי – לאן נעלמה התשתית העובדתית?" מחקרי משפט יד 209, 210 (1997). מבחני המידתיות קשורים היטב להגדרת התכלית. ראו בייך, לעיל ה"ש 54, בעמ' 261.
- 72 משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות: בעקבות David Beatty, The Ultimate Rule of Law (Oxford, 2004) משפט וממשל ט 297, 298 (2005).
- 73 השו: HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 272 (1969).
- 74 אהרון יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח 443, 451 (1997); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 281, 292 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 75 ברק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 536. די במידה נאותה של הסתברות להגשמת התכלית. ראו דורנר, לעיל ה"ש 74, בעמ' 289. ברק כתב כי מבחן ההתאמה טרם נבחן לעומק, וכי ככלל יסודותיה של המידתיות טרם נבחנו לעומקם: "רבה העבודה המונחת בפני החוקר והשופט". ראו אהרון ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי" ספר מישראל חשין 201, 205, 211 (אהרון ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009). רבין וואקי כתבו כי בקשר להפללה המבחן בודק אם האיסור מספק הגנה לאינטרס המוגן. ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 56.
- 76 האין מבחן ההתאמה הרציונלית מתאים למבחן התכלית הראוי, ולא למבחן המידתיות? לפי קרפ, בקנדה נקבע מבחן הקשר ההגיוני כחלק בלתי-נפרד ממבחן התכלית הראוי: בהעדר קשר כזה יש ספק בעצם קיומה של התכלית, ומתערערת הצדקת הפגיעה. ראו קרפ, לעיל ה"ש 61, בעמ' 110.
- 77 אסף הרדוף הפע המקוון פרק 1 (2010).

(א) התאמה רציונלית 1: קשר בין ההתנהגות הנאסרת לנזק שמבקשים למנוע – פוגענות

כדי שאיסור יוכל להשיג את תכליתו – למנוע תוצאה פוגענית – נדרש קשר סיבתי איתן בין ההתנהגות המופללת לתוצאה הפוגענית. קשר כזה חיוני להצדקת האיסור. אם התנהגות מסוימת אינה גורמת לתוצאה הפוגענית, שמניעתה היא תכלית האיסור, ברי שהאיסור אינו מוצדק. האומנם יש קשר סיבתי איתן בין צריכת חומרי תועבה ובהם דמויות קטינים לבין ניצול קטינים בתעשייה של פורנוגרפיית הילדים? מבחינה אינטואיטיבית בוודאי יש קשר כזה: קטינים מנוצלים בתעשייה משום שיש ביקוש, ובהעדר ביקוש – הניצול לא ייעלם, אך הניצול התעשייתי ייעלם גם ייעלם.⁷⁸ אולם אין די באינטואיציה להטבעת אות-קלון פלילי באנשים ולשלילת חירותם. אף אם לא נדרוש ראיות אמפיריות להוכחת הקשר האמור,⁷⁹ לכל-הפחות יש לדרוש קשר סיבתי לוגי מובן. האם מתקיים קשר כזה?

לפי תיאוריית הרתעת השוק (Market Deterrence Theory), צריכת חומרי תועבה מעורדת את השוק להוסיף ולייצר חומרים, והייצור, בתורו, כרוך בפגיעה פיזית-מינית בילדים.⁸⁰ כלומר, כדי להילחם בתעשייה זו, יש להתמקד בשני קצותיה של שרשרת האספקה.⁸¹ במבט לוגי, כך נראה הטעון בעד התאמה רציונלית:

צריכה של פורנוגרפיית ילדים ← איתות לשוק בנוגע לביקוש ← יצירת תמריץ להציע חומרים חדשים ← הפקת חומרים חדשים = פגיעה פיזית-מינית בילדים.

עסקינן בדיני נפשות, וכל תת-קשר שתואר מצריך דיון ביקורתי, להבדיל מהסתפקות בהנחות. האם צריכה מובילה לאיתות? האם איתות מוביל ליצירת תמריץ להציע חומרים חדשים? האם יצירת תמריץ כלכלי להציע חומרים חדשים מובילה להפקת חומרים חדשים? והאם הפקת חומרים חדשים שווה לפגיעה פיזית-מינית בילדים? להלן אדון בקצרה בשאלות אלה, מבלי למצות את הנושא, במטרה להמחיש חורים בשרשרת. לא כל צריכה פירושה תשלום. תשלום אינו תנאי להחזקה בחלל הפיזי, ובוודאי

78 רע"פ מור, לעיל ה"ש 48.

79 הוסאק – אולי מלומד ההפלה הבולט של ימינו – דרש זאת כתנאי חיוני להפלה. ראו Husak, לעיל ה"ש 54, בעמ' 145–146.

80 לפי בית-המשפט בעניין *Ferber*, פורנוגרפיית ילדים קשורה באופן מהותי לניצול מיני של ילדים. מדובר בעסק רווחי, וקיים תמריץ כלכלי לניצול ילדים. הדרך היחידה להילחם בעסק היא לייבש את השוק בהפקה ובקצוות המקבלים. ראו עניין *Ferber*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 759–760. ג'נקינס כתב כי ברור שהתעשייה של פורנוגרפיית הילדים מסיבה נזק חמור לאלה שאינם יכולים להסכים לפעילות, וכי זהו בסיס ראוי לדיכוייה. ראו JENKINS, לעיל ה"ש 10, בעמ' 10.

81 בפרשת *Osborne* קבע בית-המשפט העליון כי לארצות-הברית מותר להגן על הרווחה הפיזית, הפסיכולוגית והרגשית של הילדים הניזוקים בשוק הפורנוגרפיה, וכי מותר למדינה להילחם במכירת חומרים ובהפקתם גם באמצעות הענשת הצרכנים. מותר להעניש את שני הקצוות של שרשרת האספקה כדי לייבש את השוק. ראו פרשת *Osborne*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108–111.

אינו תנאי ברשת. מוצרים רבים, לרבות כאלה שעולים כסף בחלל הפיזי, זמינים ברשת לצריכה בחינם, וחויית החופש מתשלום בולטת מאוד.⁸² כך באופן כללי וכך גם בנוגע לפורנוגרפיית ילדים, אשר נגישה ברשת גם בלי עלות.⁸³ בהמשך לכך, האם צריכה מובילה לאיתות? רק לעיתים, ורק בתנאי – שרחוק מלהתקיים תמיד – שמקור החומר מבקש ומצליח לבחון כמה גולשים מורידים את החומר.

האם איתות יוצר תמריץ להציע חומרים חדשים? רק לעיתים. עשוי להיווצר תמריץ כלכלי למי שמציע חומרים תמורת מחיר;⁸⁴ עשוי להיווצר תמריץ חברתי למי שמציע חומרים כדי לזכות בתגמול חברתי;⁸⁵ ועשוי להיווצר תמריץ אישי למי שמציע חומרים כדי לקבל חומרים אחרים בתמורה.⁸⁶

האם יצירת תמריץ להציע חומרים חדשים גוררת הפקת חומרים חדשים? לא תמיד. הצעת חומרים חדשים יכולה להיעשות לא רק באמצעות הפקה, אלא גם באמצעות נטילה (appropriation).⁸⁷ אין מדובר בחומר שנהנה מהגנת זכויות יוצרים, ומציע החומר

MICHAEL STRANGELOVE, THE EMPIRE OF MIND – DIGITAL PIRACY AND THE ANTI-CAPITALIST MOVEMENT 57, 82 93, 109–110, 114, 117, 134, 164–166 (2005); CHRISTIAN FUCHS, INTERNET AND SOCIETY – SOCIAL THEORY 185, 209 (2008) ;טון-יונג צ'ואי ואנדרו ב' וינסטון כלכלת האינטרנט: אסטרטגיה תחרותית לעידן הדיגיטלי 189, 201 (ארי דותן מתרגם, 2003).

83 דויל ציינה כי בין הצופים בפורנוגרפיית ילדים יש גם "חובבנים" (dabblers), אשר נלהבים מנגישותה ברשת אך אינם משלמים על החומר ואינם צורכים אותו מחוץ לרשת: Mehagen Doyle, *Bad Apples in Cyberspace: The Sexual Exploitation and Abuse of Children over the Internet*, 21 WHITTIER L. REV. 119, 123–124 (1999). ג'נקינס כתב כי באמצע שנות השבעים כתב-עת של פורנוגרפיית ילדים שהכיל 30 תמונות עלה 10 דולר, ואילו כיום, ברשת, אפשר להשיג תמונות כאלה בחינם, ולמעשה בגלישה ללא תשלום אפשר לבנות ספרייה של אלפי תמונות בתוך חודש אחד. המחיר לא סתם צנח, הוא נעלם; והחומר גם נהיה מגוון מאוד. ראו JENKINS, לעיל ה"ש 10, בעמ' 3–4.

84 האופי הרווחי של השוק קשור באופן מהותי לניצול ילדים ומקדם אותו. ראו: Bill W. Sanford, 'Virtually' a Minor: Resolving the Potential Loophole in the Texas Child Pornography Statute, 33 ST. MARY'S L.J. 549, 560 (2002).

85 קווייל וטיילור, שניהתו ראינות עם מורשעים בהורדת פורנוגרפיית ילדים מהרשת (שחלקם הורשעו גם בתקיפות), מצאו כי לעיתים חומר נאסף לא לצורכי גירוי, אלא לצורכי אספנות. כל הנבדקים הראו סימנים של קטלוג החומרים שאספו, אשר שימשו אותם גם כפרסים או כסחורה. ראו: Ethel Quayle & Max Taylor, *Child Pornography and the Internet: Perpetuating a Cycle of Abuse*, 23 DEVIANT BEHAVIOR 331, 353 (2002).

86 שלדון והויט כתבו כי תמונות של פורנוגרפיית ילדים משמשות בעיקר לגירוי מיני, אך גם להימנעות רגשית (emotional avoidance), לאספנות ולהקלת יחסים חברתיים: KERRY SHELDON & DENNIS HOWITT, SEX OFFENDERS AND THE INTERNET 109–119 (2007). וולק, פינקלהור ומיטשל הסבירו כי השוק המקוון עשוי להניע להפקת פורנוגרפיית ילדים לשם החלפה: Janis Wolak, David Finkelhor & Kimberly J. Mitchell, *The Varieties of Child Pornography Production, in VIEWING CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET – UNDERSTANDING THE OFFENCE, MANAGING THE OFFENDER, HELPING THE VICTIMS* 31, 47 (Ethel Quayle & Max Taylor eds., 2005). אלה שמבקשים להחליף חומרים של פורנוגרפיית ילדים חשופים בארצות-הברית לחוק שאוסר "סרסור" בחומרים כאלה: Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act, 18 U.S.C. § 2252A (2000 & Supp. III 2003). חוק זה אושר בבית-המשפט העליון האמריקאי בעניין: United States v. Williams, 128 S. Ct. 1830 (2008), rev'g 444 F.3d (11th Cir. 2006), rev'g No. 04–20299–CR, 2004 WL 5388526 (S.D. Fla. Aug. 23, 2004).

87 ייתכן שלשם כיוון לבנפוס כאשר טען כי נטל את החומרים שהפיץ מאתרים אחרים (כך שהוא לא תרם ליצירת חומרים חדשים), וכי האתר היה סגור בישראל ולקוחותיו היו מארצות-הברית (כך שפוטנציאל הפגיעה הפיזי של הצרכנים לא היה בישראל). הוא הודה והורשע בפרסום ובהחזקה של חומרי תועבה. ראו עניין לבנפוס, לעיל ה"ש 32.

יכול פשוט לקחתו ממקור אחר, וכאלה יש רבים ברשת. האם הפקת חומרים חדשים פירושה פגיעה פיזית-מינית בילדים? במקרים שבהם מדובר בהפקת פורנוגרפיה קשה בתעשייה – בוודאי. אולם יש מקרים אחרים. למשל, צילום בסתר עשוי להפיק חומרים לשימוש פרופיליים,⁸⁸ וקשה לראות בו כשלעצמו פגיעה פיזית-מינית בילדים, הגם שהוא מגלם עברות אחרות. פרופיליים הרי יכולים להפיק חומרים גם מהליכה בחוף הים, ואפילו בבית-הספר ובקניון, שלא לדבר על פייסבוק ואינסטגרם וה"אוצרות" שפרופיליים יכולים להשיג שם, ברשת הפתוחה והגלויה. לעיתים אפילו הפקת חומר חדש קשה אין פירושה פגיעה פיזית-מינית בילדים. כך, הטכנולוגיה מאפשרת הפקה מלאה במחשב של פורנוגרפיית ילדים וירטואלית,⁸⁹ והפקה כזו עשויה לשמוט את הקרקע תחת הסיביות של פגיעה פיזית-מינית בילדים.⁹⁰

כלומר, בעולם המקוון הקשר הלוגי בין צריכת חומרי תועבה לבין הפקתם איתן הרבה פחות מכפי שנדמה. באופן מעניין, דווקא בעולם הפיזי, לפני עידן המרשתת, איסור צריכה היה הגיוני בהרבה. מי שצרף מגזינים שהציגו ילדים שנוצלו מינית בתעשייה, בסכירות גבוהה שילם עליהם. התשלום בוודאי נקלט בתעשייה היעילה, וסיפק ולו קורטוב של הניעה לייצר חומרים נוספים בדרך של ניצול מיני, בעולם שבו היה קשה ויקר בהרבה להעתיק חומרים מאחרים באופן מושלם, והיה בלתי-אפשרי מבחינה טכנולוגית לייצרם בדרך וירטואלית.

הדברים שונים בעולם המקוון. להבדיל מחומרים שאסורים בצריכה בחלל הפיזי, כסמים מסוכנים ואלכוהול בנסיבות מסוימות, חומרים אלקטרוניים ניתנים לשכפול

88 Doyle, לעיל ה"ש 83, בעמ' 125–126.

89 כדי לייצר תמונות פורנוגרפיות של ילדים, ניתן לסרוק תמונות של דוגמנים מבוגרים; ליצור תמונות שקשה להבחין בינן לבין תמונות אמיתיות, גם בתוכנות זולות יחסית; ולסרוק תמונות ילדים ולהשתמש בהן לצורך החלפת תמונות פנים או גוף (שאו אין מדובר בתמונה מדומה לחלוטין). ראו: Adam J. Wasserman, *Virtual Child Pornography: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography by the Child Pornography Prevention Act of 1996 – A Reply to Professor Burke and Other Critics*, 35 HARV. J. ON LEGIS. 245, 246 (1998). דהיינו, יש שלוש קטגוריות של פורנוגרפיית ילדים וירטואלית: כזו שנוצרה לחלוטין במחשב (wholly computer-generated child pornography), כזו שרכיבה בשינוי תמונות של ילדים (morphed child pornography), וכזו של בנייה הנחזים כקטינים. ראו: Debra D. Burke, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, 34 HARV. J. ON LEGIS. 439, 440–441 (1997); Shepard Liu, Ashcroft, *Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence*, 11 U.C. DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 1, 2–3, 37 (2007).

90 בעניין Ashcroft נקרא תיגר על חוק אמריקאי שאסר, בין היתר, פרסום פורנוגרפיה המציגה דמויות הנחזות כדמויות של קטינים. בית-המשפט העליון האמריקאי קבע, ברוב של שישה מול שלושה, כי חלק מסעיפי החוק עומים ורחבים מדי, ולכן בלתי-חוקתיים ופסולים. נפסק כי הטלת איסור רק על פורנוגרפיית ילדים אמיתית עשויה להניע את היצרנים להפיק ולהפיץ רק פורנוגרפיה וירטואלית: אם תמונות וירטואליות זהות לתמונות אמיתיות, אזי התמונות הבלתי-חוקיות יוסרו מהשוק לנוכח עלותן, המתבטאת בסכנת האכיפה. פורנוגרפיית ילדים וירטואלית, כך נטען, דוחפת את האמיתית אל מחוץ לשוק. ראו עניין Ashcroft, לעיל ה"ש 13, בעמ' 250–254. לנוכח זאת תוקן החוק באופן שאינו אוסר פרסום והחזקה של פורנוגרפיית ילדים וירטואלית: Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006, Pub. L. No. 109–248, § 502(a)(1), 120 Stat. 587, 625 (2006). ליו, לעומת זאת, כתב כי מומחים רבים למנצלי ילדים מסכימים שהמנצלים מפקינים הנאה מהכאב שמוטב לילדים ומתעוררו, ולכן הם לא יתעניינו כלל בחומרים מדומים. ראו Liu, לעיל ה"ש 89, בעמ' 39.

אינסופי ללא עלות, בהיותם מוצר שאינו יריבותי.⁹¹ צריכתם, במובן של גישה אליהם, אינה שעונה על המודל העסקי המוכר מהחלל הפיזי. בחלל הפיזי, באופן טיפוסי, כאשר אדם נתפס צורך סמים מסוכנים שהוא לא ייצר בעצמו או קיבל מחבר יצרן, ברי שצריכתו היא חלק ממודל עסקי של תשלום תמורת מוצר. כל תשלום מאותת ליצרן, ואף שלא כל איתות משנה כשלעצמו, התשלום הטיפוסי מצטבר לאיתות חזק, אשר מניע את הייצור הבא קדימה. כך הדבר לגבי צריכה של חומרים פיזיים, אסורים ומותרים כאחד. כאשר אדם צורך אומצה (סטייק), הוא מניע את המודל העסקי באופן שמקרב את הסכין לצווארה של הפרה הבאה; כאשר הוא צורך ביצים, הוא מניע מודל עסקי שמביא לידי גריסת אפרוחים חיים. צריכה בחלל הפיזי מורגשת תמיד, ולו כטיפה.⁹² לא כן ברשת, שבה לעיתים קרובות צריכה אינה מורגשת כלל ואינה מייצרת מחסור או ביקוש. המרשתת מציעה מגוון של מוצרים; חלקם במודל הקלסי של צריכה תמורת תשלום; חלקם במודל של "כלכלת מתנה" – מתן המוצר לקהל היעד ומימון בעזרת מפרסמים;⁹³ ואחרים במודל שאינו מעודד-שוק אלא עוקף-שוק, באמצעות תוכנות לשיתוף קבצים.⁹⁴

אדם שצורך תועבה אלקטרונית בתוכנת שיתוף קבצים אינו תורם בכירור ליצירת חומרי תועבה חדשים. להפך: טענתם המוכרת של בעלי זכויות היוצרים בנוגע לתוכנות השיתוף היא שהן פוגעות במודל העסקי שלהם ומדכאות את הייצור, משום שהיוצר אינו זוכה בתמורה בעבור השקעתו, ולכן יוצרים-ככוח עלולים להימנע מיצירה.⁹⁵ צריכת קובץ בתוכנת שיתוף אינה מספקת תמריץ כלכלי לספק חומר נוסף, אלא דווקא מצמצמת אותו. אדם אחד שילם על החומר והחליט להנגישו לקהל עצום בחינם, לא במודל של מכירה או פרסום. משלם אחד הוביל לאינסוף צורכים, מה שאינו אפשרי כמובן לגבי מוצרים מוחשיים. צריכת חומרים ללא תשלום ישיר (קנייה) או עקיף (פרסום) אינה מעודדת ייצור נוסף. לתיאוריה בדבר הרתעת השוק, בדבר הפגיעה במודל העסקי,⁹⁶ אין אם כן תחולה משכנעת בעולם השיתוף האלקטרוני.

- 91 צ'אי ווינסטון, לעיל ה"ש 82, בעמ' 201; Yochai Benkler, *The Law and Economics of Intellectual Property*; 201 *Rights: An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 *Vand. L. Rev.* 2063, 2065–2066 (2000); Yochai Benkler, *The Wealth of Networks — How Social Production Transforms Market and Freedom* 36–37 (2006).
- 92 האיסור היחיד שמשמש בפועל "צורך" שאיתרתי בחוק העונשין, מלבד בהקשר של חומרי תועבה, הוא בס' 400 – נטילת חשמל או מים או גז. מי שצורך חשמל, מים או גז שהוא אינו זכאי להם – גורם במישרין אובדן כספי למישהו.
- 93 STRANGELOVE, לעיל ה"ש 82, בעמ' 164–166; FUCHS, לעיל ה"ש 82, בעמ' 185; JOHN BAITTELLE, *The Search — How Google and Its Rivals Rewrote the Rules of Business and Transformed Our Culture* 24 (2006).
- 94 STRANGELOVE, לעיל ה"ש 82, בעמ' 57, 93, 109–110, 114, 117–134; FUCHS, לעיל ה"ש 82, בעמ' 125–131.
- 95 ראו, למשל: Daniel J. Gervais, *The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing*, 12 *J. Intell. Prop. L.* 39, 43–48 (2004); Chad Woodford, *Trusted Computing or Big Brother? Putting the Rights Back in Digital Rights Management*, 75 *U. Colo. L. Rev.* 253, 269–270 (2004).
- 96 עניין *Ferber*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 759–760; פרשת *Osborne*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108–111.

מכאן שהתכלית האפשרית היחידה של איסור הצריכה אינה מניעת ייצור נוסף, אלא מניעת פגיעה ישירה מצד הצורכים, דהיינו, מניעת פיתוח תיאבון אצל הצורכים⁹⁷ ומניעת פיתוי ילדים בעזרת הקבצים.⁹⁸ שתי אלה הן תכליות אינטואיטיביות, אך לא משכנעות. פיתוח תיאבון מתקשר לתיאוריית הנטייה (שמתקשרת ל"נזק חקיני"):⁹⁹ הצופה עלול להתפתות לממש פנטזיות.¹⁰⁰ אולם אין קשר לוגי איתן בין צפייה במעשה לבין מימושו על-ידי הצופה:¹⁰¹ אין הכרח שמי שצופה במעשה אכן נהנה תמיד מהצפייה (להבדיל מסיפוק סקרנות וכדומה), ואין הכרח שמי שנהנה מהצפייה במעשה אכן יבקש לחקותו.¹⁰² ניתן גם לגרוס כי מי שצופה ונהנה ממילא מעוניין בהגשמת המעשה, כך

- 97 Wasserman, לעיל ה"ש 89, בעמ' 272.
- 98 Doyle, לעיל ה"ש 83, בעמ' 123; Sanford, לעיל ה"ש 84, בעמ' 604.
- 99 פיינברג כתב על "נוקים חקיניים", הנגרמים כאשר דרמה בדיונית בטלוויזיה מולידה רעיון של פשע ביורי במוחו של מי שאולי לא היה חושב על כך בעצמו. הוא דחה את הרעיון לראות בכך עילה להפלה, בכותבו שאנשים נורמליים אינם נהפכים לסדיסטים רק בגין צפייה בטלוויזיה, אלא רק מי שממילא נוטה לסדיזם עשוי לצפות ולגלות דרכים יצירתיות להתאכזר: JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 232–243 (1984).
- 100 ג'ונסון כתב כי פורנוגרפיית ילדים, אפילו וירטואלית, מסיתה צופים לנצל מינית ילדים. פרופילים שצופים בתמונות של ילדים העוסקים במין עשויים לא להיות מסופקים ולרצות ילדים אמיתיים: David B. Johnson, *Why the Possession of Computer-Generated Child Pornography Can be Constitutionally Prohibited*, 4 ALB. L.J. SCI. & TECH. 311, 327–330 (1994). וסרמן התייחס לטענה שפרופילים משתמשים לעיתים קרובות בפורנוגרפיית ילדים לגירוי תאבונם המיני וכמודל להתנהגות עם ילדים. ראו Wasserman, לעיל ה"ש 89, בעמ' 272. טיעון אשר מתקשר לטענה זו אך אינו חופף אותה לגמרי הוא שפורנוגרפיית ילדים נותנת תוקף (validation) לפרופילים, בהפיצה את התפיסה שילדים בתעשייה הננים מהמעשה. ראו Tate, לעיל ה"ש 13, בעמ' 110–111.
- 101 ברק כתבה כי שימוש בפורנוגרפיית ילדים לגירוי מיני אינו מיתרגם בהכרח לניצול מיני; לא כל פרופיל מנצל ילדים. אף שפורנוגרפיה עשויה למלא תפקיד גדול יותר בחייו מאשר בחיי אחרים, אין להסיק שפרופילים יפעלו למימוש דחפיהם. מתאם גבוה בין צריכת פורנוגרפיה לבין ביצוע "עברות מגע" (contact offenses) אינו מלמד על קשר סיבתי. למעשה, צפייה בפורנוגרפיית ילדים עשויה להפיק את האפקט ההפוך ולשכך את הרצון לחפש ילדים במציאות. ראו Burke, לעיל ה"ש 89, בעמ' 464–465. ג'נקינס כתב כי הקשר בין צריכה של פורנוגרפיית ילדים ביצעו פעילי הינו דק ובלתי-מוכח. גם אם רוב המנצלים משתמשים בפורנוגרפיה, הרבה משתמשים אינם מנצלים ילדים. ההנחה ההפוכה נובעת מכך שבעבר היה קשה מאוד להיעצר בגין צפייה בפורנוגרפיית ילדים, אלא אם כן הצופה היה מעורב בפשע אחר, שאו אחרי מעצרו של המנצל מצאה המשטרה את אוסף חומריו. הואיל וכל משתמש פורנוגרפיה ברשומות המשטרתיות היה גם מנצל, יכלה המשטרה לטעון באופן משכנע לכאורה כי שתי ההתנהגויות קשורות זו לזו בחווקה. ראו: Philip Jenkins, *Cut Child Porn Link to Abusers*, THE GUARDIAN (Jan. 23, 2003), <http://www.theguardian.com/technology/2003/jan/23/comment.onlinesupplement>. בעניין Ashcroft דחו שופטי הרוב את תיאוריית הנטייה, וקבעו כי הנטייה של ביטוי לעורר התנהגות בלתי-חוקית אינה סיבה מספקת לאסרו. הם הדגישו כי אין לאסור את הפצת הרעיון של קיום יחסי מין עם ילדים, והפנו בהקשר זה ליצירות כ"לולטיה", "אמריקן ביוט" ו"טרופיק". ראו עניין Ashcroft, לעיל ה"ש 13, בעמ' 253.
- 102 בווינגטון-פוסט נכתב כי התדירות שבה אנשים שצופים בפורנוגרפיית ילדים גם מנצלים ילדים שנויה במחלוקת, ולא נחקרה דייה. רשות פדרלית שבחנה את הקשר ציינה כי כשליש בלבד מתוך 2,713 עצורים בהפצת פורנוגרפיית ילדים ביצעו גם "עברות מגע" נגד ילדים. מחקר מאוחר יותר גילה כי 85% הורו בניצול ילדים (<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/12/14/AR2007121402257.html>), אולם מחקר זה לא התמקד בעצורים שאך צפו בחומרים. של, מרטין, הונג ורואדה כתבו כי 80% מאלה שרוכשים פורנוגרפיית ילדים הם מנצלי-ילדים פעילים – Schell et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 47 – אך כפי שהובהר, לא כל צופה הינו רוכש. קווייל וטיילור הצביעו על קושי מתודולוגי גדול בחקר הקשרים שבין פורנוגרפיית ילדים לפגיעה פיזית. ניסויי מעבדה כוללים בהכרח חשיפה קצרה בלבד לגירויים כאלה, ואילו אספני חומרים מבליים זמן רב עם אוספיהם. כמורכן, פרופילים רבים הם ברנניים מאוד בבחירת חמרייהם. השניים מצאו כי פורנוגרפיית

שהצפייה לא שינתה דבר ולא הפכה אותו למסוכן, משום שהוא כבר היה מסוכן. יתרה מזו, ייתכן שהצפייה דווקא מאפשרת פורקן, במקום לרחוף למימוש.¹⁰³ טיעון הפורקן הופיע בעבר בהקשר אחר, כהתפלמסות עם הטיעון שפורנוגרפיה "רגילה" מעודדת אונס נשים.¹⁰⁴ למעשה, מדובר בפן של שחרור קיטור, שהוא אחת מההצדקות הכלליות לחופש הביטוי.¹⁰⁵ גם תיאוריית הפיתוי אינה משכנעת. ההנחה שהחומר מאפשר לפתות ילדים אינה מבוססת.¹⁰⁶

אכן, לא בכדי דחה בית-המשפט העליון האמריקאי את שתי התיאוריות הללו.¹⁰⁷ בלעדיהן נותרנו עם תכלית איתנה אחת לאיסור צריכת תועבה, והיא מניעת רכישה, בהינתן שצריכה קלה יותר להוכחה מרכישה. אולם את הקושי התביעתי להוכיח רכישה ניתן לפתור באמצעות כלל ראיתי בדמות חזקה יחסית שלפיה צפייה, בהעדר ראיות לסתור, תשמש הוכחה לרכישה; יתכבד נא הנאשם ויוכיח כי השיג את חומריו מבלי לשלם עליהם ומבלי לתמוך במודל עסקי או חברתי של יצירת תועבה, דהיינו, מבלי לקדם ניצול ילדים נוסף. רכישת תועבה בוודאי מסוכנת, בהניעה את המודל העסקי הקלסי ובעודדה את התעשייה. אכן, רכישה ראויה להפללה הרבה יותר מצריכה, שאינה אלא צפייה כשלעצמה.

(ב) התאמה רציונלית 2: יכולתו של הדין הפלילי לעמוד באתגר – תכליתיות

אף אם מניחים, בניגוד לביקורתי שלעיל, כי קיים קשר איתן בין ההתנהגות לבין הפגיעה הערכית, אי-אפשר עדיין להניח כי ניתן, באמצעות איסור, לצמצם את ההתנהגות ואת נזקה. אין בסיס להנחה גורפת שאיסור פלילי יכול לצמצם מאוד את הפגיעה המגולמלת

ילדים שמורדת ברשת פועלת כאמצעי לגירוי מיני, וכי נעשה בה שימוש כעזר לאוננות במהלך גלישה ומחונן לה, אלא שהיחס בינה לבין "עברות מגע" נותר עמום, באופן שתומך בתזה שלפיה מחקרים מוקדמים שבחנו זאת לא נתנו משקל לאפשרות של אינטראקציה בין מאפייני הפרט לבין היחשפות לפורנוגרפיה. ראו Quayle & Taylor, לעיל ה"ש 85, בעמ' 332–333 ו-353–354.

103 קווייל וטיילור חקרו ומצאו כי לגבי חלק הפורנוגרפיה פעלה כתמריץ או כתוכנית פעולה; אך לגבי אחרים היא שימשה חלופה ל"עברת מגע", כפורקן. הם הפנו למחקרים שלפיהם החומרים עשויים לתפקד באופן חיובי ביצירת זיכרון שימנע ביצוע "עברת מגע". ראו Quayle & Taylor, לעיל ה"ש 85, בעמ' 333. היחס בין זיכרון לתמריץ הוא בסופו של דבר שאלה אמפירית.

104 בהקשר זה הטיעון הוא שצפייה בחומרים מאפשרת לספק את תאבונן של האנס-כוח באמצעות פנטזיה מבודדת, אשר נפרקת באוננות בלתי-מוזיקה, וכך למנוע אונס ממשי. החומר הוא תחליף לשותף מיני – הוא מעורר רגשות ופורק אותם כחלק מחוויית הצפייה. ראו: Anthony Burgess, *What Is Pornography?*, in PERSPECTIVES ON PORNOGRAPHY 4, 5–6 (Douglas A. Hughes ed., 1970). בהמשך לכך, מי שגורס כי לפורנוגרפיית ילדים יש כוח לייצר נטייה או אשור, מסכים בהכרח שיש לה ערך אקספרסיבי. זאת, בדומה למהלך שערך השופט איסטרברוק (Easterbrook) בנוגע לפורנוגרפיה רגילה בעניין: *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F.2d 323, 329 (7th Cir. 1985).

105 איל בנבנשתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל 29, 30–31 (1999).

106 גם וסרמן, שתמך בטיעון, ציין כי הטיעון מותקף על בסיס העדר נתונים אמפיריים מספקים. ראו Wasserman, לעיל ה"ש 89, בעמ' 268. בִּרְק כתבה כי גם בפורנוגרפיה רגילה ניתן להשתמש לצורכי פיתוי ילדים, ואף-על-פי-כן לא הוביל הדבר לדיכוייה. ראו Burke, לעיל ה"ש 89, בעמ' 466.

107 עניין *Ashcroft*, לעיל ה"ש 13.

בהתנהגות הנאסרת. ביסוס יכולת זו הכרחי להתאמה בין האיסור לתכליתו. בהקשר זה האיסור נדרש לעמוד בשני מבחני־משנה: אכיפות וצרות־יתר.

האכיפות בוחנת אם המשפט הפלילי מסוגל לממש את שיטות פעולתו באשר להתנהגות שמבקשים לאסור, כלומר, לאתר את ההתנהגות והמתנהג ולתופסו, לאסוף ראיות נגדו ולצמצם את ההתנהגות באמצעות ענישה פלילית. אם יש בעיה מובנית באחד השלבים, תיכשל האכיפה, המשפט הפלילי לא יוכל לצמצם את סוג ההתנהגות הנדון, ועל־כן האיסור לא יתאים לתכליתו.¹⁰⁸ מבחן צרות־יתר מתמקד בסוג הנזק שמבקשים למנוע, ובודק אם הוא נגרם גם בלי קשר להתנהגות שנאסרה. אפילו בהנחה שההתנהגות שמבקשים להפיל היא אכן פוגענית, אם גם התנהגויות אחרות גורמות לנזק שהיא גורמת והן אינן מופללות, אזי בכפוף לענייני מידה, האיסור אינו מתאים לתכליתו. המשפט הפלילי בא למנוע נזק ופגיעה בערכים, ולא למנוע התנהגות גרידא. צמצום ההתנהגות הוא אך מכשיר להשגת המטרה העיקרית: צמצום הפגיעה הערכית.¹⁰⁹ בענייננו, מבחן האכיפות מחייבנו להצביע על יכולת לאכוף את איסור צריכתם של חומרי תועבה עם דמויות קטינים, כך שהוא לא יוותר על הנייר בלבד. הנוכל לאתר צרכני חומרים? להגיע אליהם ולתופסם? לאסוף ראיות שמספיקות להרשעתם? להענישם באופן שיצמצם את הצריכה? אין זה פשוט.

כדי לאתר צריכת חומרים אלקטרונית, עלינו להיעזר באמצעים טכנולוגיים מורכבים¹¹⁰ ולנטר את מפת הצריכה המקוונת¹¹¹ – עניין שכרוך כמובן בתהיות ערכיות וחוקתיות. מרגע שאיתרנו משתמש, עלינו לתופסו. בכך אין קושי ככל שהוא מצוי בישראל,¹¹² אולם אלה שצורכים חומרים במדינות אחרות, ורבים הם, מצויים מחוץ לתחום אכיפתנו.¹¹³ איסוף הראיות יצריך פלישה לביתו של אדם ולמחשבו. אם טשטש עקבות, אפשר שנזדקק למומחה מחשבים לשם הוכחת המעשה, אף שייתכן שהחשוד יודה. לבסוף, צמצום הצריכה באמצעות ענישה חיוני להגשמת תכלית העברה, שאם לא כן הדין הפלילי נהפך למכשיר ל"סגירת חשבונות" ותו לא. האם הרשעת צרכנים של חומרי תועבה בישראל וענישתם יצמצמו את הצריכה? צמצום מינורי אפשרי בהחלט.¹¹⁴

108 הרדוף, לעיל ה"ש 77, בעמ' 62–72.

109 שם, בעמ' 73–76.

110 למן שנת 1989 נלחם האינטרפול בפשעים נגד ילדים, וכיום הוא מוביל את המלחמה הזו. גם הוא מתמודד עם קשיים, כגון הגיוון ברשויות האכיפה המקומיות, הברלי השפה ועוד. ראו: Hamish McCulloch, *Interpol and Crimes against Children, in VIEWING CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET – UNDERSTANDING THE OFFENCE, MANAGING THE OFFENDER, HELPING THE VICTIMS* 145, 145–149 (Ethel Quayle & Max Taylor eds., 2005)

111 לדין בנושא זה ראו JENKINS, לעיל ה"ש 10, בעמ' 155; *Uncovering and Eliminating Child Pornography Rings on the Internet: Issues Regarding and Avenues Facilitating Law Enforcement's Access to 'Wonderland'*, 2000 L. Rev. M.S.U.–D.C.L. 457, 481–482

112 Aaron Burstein, *A Survey of Cybercrime in the United States*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 313, 318 (2003)

113 Gemma Holland, *Identifying Victims of Child Abuse Images: An Analysis of Successful Identifications, in VIEWING CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET – UNDERSTANDING THE OFFENCE, MANAGING THE OFFENDER, HELPING THE VICTIMS* 75, 75, 84–85 (Ethel Quayle & Max Taylor eds., 2005). ראו גם Schell et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 48.

114 ג'נקינס כתב כי כל חוקי הצנזורה של העולם ואימי הדין הפלילי והחורבן האישי לא הצליחו למנוע את הפצת

צרכנים-בכוח שיקראו על הרשעה בעברת הצריכה וענישה בגינה עשויים להבין, להפנים ולשקול את צעדיהם מחדש. אולם לכך נדרשים תנאים רבים, אשר איני בטוח שמתקיימים. מה שבטוח הוא שרובם המוחלט של הצרכנים לא יפנימו כאמור, מהטעם הפשוט שהם אינם בישראל. נקודה זו לא הודגשה עד כה דייה: תעשיית התועבה שמנצלת קטינים אינה ישראלית,¹¹⁵ וגם רובם המוחלט של צרכניה אינם מכאן. על-כן, ככל שכוונת האיסור היא פגיעה בתעשייה,¹¹⁶ הפסקת התמיכה הישראלית בתעשייה לא תפגע בה קשות. מאידך גיסא, כל החלשה היא בעלת ערך, הן לצמצום התעשייה והן להבעת מחויבות כלפי הקהילה הבין-לאומית.¹¹⁷

מה באשר למבחן צרות-היתר? עלינו לבחון עד כמה אנו עקיבים בהגנה על ילדים מפני ניצול מיני, במיוחד ילדים זרים. חשוב להיצמד לנזק כפי שהגדרנו בעצמנו כאשר דנו בתכלית האיסור. לא דיברנו, למשל, על הגנה על נשים זרות מפני הניצול המיני הכרוך בתעשיית הפורנוגרפיה,¹¹⁸ ואף לא מפני זה הכרוך בתעשיית הסנאף.¹¹⁹ בין אם הדבר ראוי ובין אם לאו, איסור הצריכה של חומרי תועבה אינו כללי, אלא מיוחד לחומרים שכוללים קטינים. מבחינה מעשית, בכל הנוגע בתעשייה, עסקינן אך בהגנה על ילדים זרים במדינות זרות. מה לנו ולהם?

יש לומר ביושר – כאמירה תיאורית, ולא נורמטיבית – כי בדרך-כלל הם אינם מעניינים אותנו במיוחד: לא את התקשורת, לא את הציבור, ובוודאי לא את המשפט הפלילי. האם באופן כללי המחוקק הישראלי מעוניין לשמור על זכויות ילדים מחוץ לישראל, ולספק להם לא רק הגנה ישירה באמצעות האשמת מנצליהם – בהנחה הלא-סבירה שנתפוס אותם ונעמידם לדין בישראל דווקא – אלא גם הגנה עקיפה באמצעות פגיעה במודל העסקי שמקדם את ניצולם? אין ספק שלא. המחוקק הישראלי לא אסר

- התמונות המדוברות לכל נפש חפצה. המחזיקים חשים "ביטחון במספרים" (safety in numbers) לנוכח כמות התנועה. ראו JENKINS, לעיל ה"ש 10, בעמ' 3-4, 6, 71-72 ו-205.
- 115 מדברי ההסבר להצעת החוק שהתייחסה לשימוש בדמותו או בגופו של קטין בפרסום תועבה או בהצגת תועבה נאמר: "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." ראו הצעת תיקון 52, לעיל ה"ש 31, בעמ' 472.
- 116 מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 59) (שימוש בגופו או בדמותו של קטין), התשנ"ז-1997, ה"ח 477, עולה כי הבסיס לאיסור הפצה אינו תיאוריית הרתעת השוק, החוקה יחסית, אלא דווקא תיאוריית הנטייה, הפחות-משכנעת. מבחינת ההיסטוריה החקיקתית נרמה שהגנה על ילדים מחוץ-לארץ לא הייתה עיקר, אלא עניין עקיף ושולי יחסית, כחלק ממילוי המחויבות הבין-לאומית או כמס-שפתיים. הנימה השתנתה בהצעת החוק שהובילה לאיסור מושא מאמר זה.
- 117 ראו עוד: Asaf Harduf, *Criminalization Downloads Evil: When Child Pornography Goes International*, B.U. INT. L.J. (forthcoming 2016).
- 118 לדיון נרחב ראו Judges, לעיל ה"ש 7, בעמ' 650-698; Leonore Tiefer, *Some Harms to Women from Restrictions on Sexually Related Expression*, 38 N.Y. L. SCH. L. REV. 95 (1993); Cheryl B. Preston, *Consuming Sexism: Pornography Suppression in the Larger Context of Commercial Images*, 31 GA. L. REV. 771, 776-852 (1997).
- 119 סנאף הוא תופעה ותיקה, הגם שהיא אינה מוכרת כל-כך בישראל. עניינו הצגת אלימות, מינית או לא-מינית, שבוצעה במיוחד לצורך תיעודה והפצתה: Beverly LaBelle, *Snuff – The Ultimate in Women-Hating*, in TAKE BACK THE NIGHT: WOMEN ON PORNOGRAPHY 272, 273-274 (Laura Lederer ed., 1980).

סחר – ובוודאי לא החזקה ו"צריכה" – של אינספור מוצרים אשר מיוצרים בחוות-היוזע (sweatshops) ומיובאים ממדינות שבהן ילדים מנוצלים בתעשייה.¹²⁰ כך בישראל וכך במדינות רבות בעולם, אשר נוטות לזעוק את זעקת הילדים בתעשיית הפדופיליה ובר-בזמן להתעלם לחלוטין מזעקת הילדים בתעשיות גלויות ואדירות בהרבה – תעשיות נצלניות שמספקות לנו מוצרים זולים נורמטיביים, כביגוד, "טלפונים חכמים", מזון ועוד ועוד.

כדיעבד הדבר מעלה מחדש תהיות לגבי תכלית האיסור וצדקתה. האומנם הגנה על ילדים זרים מניצול מיני – בשעה שאנו מתעלמים מניצול פיזי ונפשי של ילדים זרים רבים יותר – היא תכלית ראויה ועקיבה לאיסור פלילי?

אבל גם אם נניח שכן, עד כמה אנו באמת מגינים על ילדים מפני ניצול מיני? לגבי ילדים בישראל ניתן להציג קושיות, למשל, לגבי העדר ההגנה המספקת בזירת הניצול המינית הקשה ביותר שלהם – הבית,¹²¹ או לגבי ההתעלמות המשפטית הכללית מתרבות שסוגדת לגוף הצעיר.¹²² לגבי ילדים זרים, עד כמה הדין הישראלי מונע ניצול מיני שלהם? ברי שככלל הוא אינו מונע זאת, כאמור, ואף אינו מתעניין במצבם, בוודאי לא כאשר מי שפוגע בהם אינו בישראל. הבה נדמיין, אם כן, תרחיש שבו ישראלי מנצל ילדים בחוץ-לארץ. הבה נניח שישראלי מטייל בחוץ-לארץ ושוכב עם קטינה העוסקת בזנות, ושהמעשה מותר באותה מדינה, הגם שהוא אינו חוקי בישראל.¹²³ במצב זה הדין הישראלי אינו מתחשב במצב החוקי באותה מדינה ומאפשר העמדה לדין בישראל, וזאת לנוכח סעיף 15(ב)(2) לחוק העונשין. לעומת זאת, אם בגיר ישראלי ישכב במדינה זרה עם ילדה זרה לא במסגרת זנות, ואם באותה מדינה המעשה מותר, אזי לא יהיה אפשר

120 לבעיית חוות-היוזע של תעשיית הביגוד ולמלחמה בה ראו: Scott L. Cummings, *Hemmed In: Legal Mobilization in the Los Angeles Anti-Sweatshop Movement*, 30 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 1, 9-83 (2009). לתיאור התופעה של חוות-היוזע של ילדים, על השלכותיה והיבטיה הבין-לאומיים, ראו: Claudia R. Brewster, *Restoring Childhood: Saving the World's Children from Toiling in Textile Sweatshops*, 16 J. L. & Com. 191, 194-198, 202-207 (1997).

121 במחקרם, שהקיף כ-400 איש שנעצרו בגין עברות מין שהיו קשורות לרשת וכרוכות בהפקת פורנוגרפיית ילדים, מצאו וולק, פינקלהור ומיטשל כי 87% מהעבריינים נעצרו לאחר שהגיעו ליריעת הרשויות דיווחים על מקרים של ניצול ילדים, ורק 10% נעצרו כתוצאה מחקירה בנוגע להחזקת פורנוגרפיית ילדים (3% נעצרו בעקבות מלכוד משטרתית). הכותבים סברו כי יש לתת משקל רב יותר לצורך בחקירות מקומיות של ניצול ילדים בבית, כאמצעי לעצור הפקת פורנוגרפיית ילדים. ראו Wolak et al., לעיל ה"ש 86, בעמ' 44-45. עיצוני כתב כי רוב הפעולות שנעשות בתוך הבית חסינות מפני ביקורתם של הציבור והממשלה. החריגים לחסינות זו כוללים התעללות בילדים, אך אפילו אז הכבוד לפרטיות מצריך לרוב שהמדינה תפעל רק לאחר שהשלכות המעשה התבטאו בבירור מחוץ לבית, וזאת במקום לערוך בבתים סריקה מקדימה למניעת ניצול ילדים. Amitai Etzioni, *A Communitarian Perspective on Privacy*, 32 CONN. L. REV. 897, 897-900 (2002); AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* 196, 211-213 (1999).

122 ג'נקינס גרס כי ההגנה על ילדים אינה מתיישבת עם הרשאת התאוה ל"בשר צעיר". כך, עניין מיני בצעירות מנוצל בשוק גדול בארצות-הברית, למשל בסגנון ה-Barely Legal, של פורנוגרפיה של בנות שמונה-עשרה וקצת. ראו JENKINS, לעיל ה"ש 10, בעמ' 27. גם בישראל התאוה לגוף הצעיר עולה בשלל הקשרים, ומיניות מתבטאת גם בגילאים צעירים.

123 צריכת זנות מקטינה היא עברה פלילית לפי ס' 203 לחוק העונשין. אם הקטינה מתחת לגיל שש-עשרה, מתקיימת עברת בעילה אסורה בהסכמה לפי ס' 346(א), ואם היא מתחת לגיל ארבע-עשרה, מתקיימת עברת אינוס סטטוטורי לפי ס' 345(א)(3).

להעמידו לדין בישראל, וזאת בשל העדר פליליות כפולה. כדי למנוע ישראלים מלנצל מינית ילדים בחוץ-לארץ, עלינו להטיל תחולה גלובלית גם על איסור קיום יחסי מין עם ילדים, כפי שנעשה לגבי איסור צריכת זנות מקטינים, ובסגנון של סעיף 38 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, ושל סעיף 13 לחוק העונשין.

(ג) התאמה רציונלית – סיכום

מבחן ההתאמה הרציונלית מעלה כמה תהיות בנוגע ליכולת להשיג את תכלית האיסור, אשר הקשה מביניהן נוגעת בהעדר קשר סיבתי איתן בין ההתנהגות האסורה לבין הפגיעה. צריכת חומרי תועבה בעולם האלקטרוני אינה מקדמת את תעשיית הניצול באותם מצבים (רבים) שבהם הצריכה אינה בתשלום, במימון פרסומות או במודל עסקי תקף אחר. הורדת קבצים בחינם אינה מקדמת את התעשייה, ואולי אף מחלישה אותה. איסור התנהגות שאינה פוגעת באופן משכנע בערך המוגן אינו יכול להיות מוצדק.¹²⁴ מעבר לכך עולות תהיות אם המשפט הפלילי הישראלי אכן מסוגל – או אף מעוניין – לצמצם ניצול של ילדים הנמצאים הרחק מעבר לגבולות ישראל, ומדוע הוא אינו עושה כן לגבי ניצול שאינו מיני. בהעדר התאמה רציונלית, האיסור אינו מידתי ולפיכך אינו חוקתי. למען היסודיות ולמען החולקים אמשיך עם שני מבחני-המשנה האחרים של המידתיות.

7. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – הכרחיות

מבחן ההכרחיות (או מבחן הצורך או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה) תר אחר אמצעי שפוגע בזכות פחות ומאפשר להגשים את מרבית המטרה.¹²⁵ בהתאמה לאיסורים פליליים, ניתן לפרקו לשני מבחני-משנה: האחד דן בנוסח האיסור, והאחר דן בשאלת החלופה, קרי, בחיפוש דרך קשה פחות למניעת הנזק.¹²⁶ לנוסח האיסור יש השלכה עצומה על מידת הפגיעה בזכויות. הניסוח נוגע בשאלות

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

125 כהן-אליה, לעיל ה"ש 72, בעמ' 307 ו-317; דורנר, לעיל ה"ש 74, בעמ' 289–290; ברק, לעיל ה"ש 67, פרק 11.

126 בחינת חוק נעשית הן אל מול העדר חקיקה במקומו והן אל מול חלופות אפשריות. ראו יורן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 451. קרפ כתבה כי מבחן זה היה המכריע באיוון לפי פסקת ההגבלה שבס' 1 לצ'רטר הקנדי (Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, art. 1), וכי תנאי המידתיות מחייב לכאורה את בחינת עצם השימוש במשפט הפלילי כאמצעי המתאים להשגת המטרה לנוכח חלופות כגון קנסות מנהליים, חינוך והסברה. ראו קרפ, לעיל ה"ש 61, בעמ' 111–112 ו-115. כן ראו ביין, לעיל ה"ש 54, בעמ' 261–262; רבין וואקי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 57; מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 609, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010). להדגשת הרכיב האמפירי שתנאי זה מגלם ראו Husak, לעיל ה"ש 54, בעמ' 146–153 (הצורך שהאיסור יוכל לצמצם את ההתנהגות המזיקה).

של רוחב, עמימות ויכולת הדרכה.¹²⁷ הדרכה טובה מגבירה את הסיכוי שהחוק הפלילי יוכל להשיג את מטרותיו.¹²⁸ ניתן לקשור זאת גם למבחן ההסמכה, לפי הגישה הגורסת כי הדרישה שהפגיעה תהיה בחוק כוללת גם דרישות מהותיות, כגון בהירות האיסור.¹²⁹ האם האיסור שבו עסקינן, כפי שנוסח, הינו בהיר? דומני שלא.

מעבר לתהיות הקשות בנוגע למונח העמום לגמרי "תועבה", כמפורט לעיל בחלק ג(א), עולה השאלה מה פירוש "צריכה". האם צריכה הינה צפייה מתוך בחירה בסטרימינג ובתמונות ללא שמירה? אם כן, מוטב לומר "צפייה", ולאפשר למי שצפה בטעות להיחלץ ממלתעות המשפט הפלילי בעזרת הסייג "באקראי ובתום לב". האם "צריכה" הינה תשלום על חומרים? פרשנות כזו ראויה, ומאפשרת איסור תכליתי וצודק יותר. בהינתן שפרשנות זו אינה מופרכת מבחינה לשונית, ובהינתן שהיא משרתת את התכלית באופן אמיתי, ייתכן שזו דרך חוקתית להצר את האיסור מבלי לפוסלו לגמרי.¹³⁰

בנוגע לשאלת החלופה, ההנחה היא שלמשפט הפלילי יש הפוטנציאל הפוגעני ביותר מקרב מאגר הכלים שבידי המחוקק, ולפיכך ראוי לתור אחר דרכים פוגעניות פחות למניעת הנזק. ניתן לנסות לצמצם את הצריכה על-ידי חסימת גישה,¹³¹ הטלת מגבלות על מתווכי תשלום,¹³² משטר של פיצוי כספי כזה או אחר,¹³³ ואף על-ידי שליחת הצרכנים לסדנה או לטיפול, במקום למחר ולהטביע בהם אות-קלון פלילי שממנו הם יתקשו להשתחרר.¹³⁴

127 קרמניצר, לעיל ה"ש 124, בעמ' 4-9, 43-45, 49-51 ו-294-295; Husak, לעיל ה"ש 54, בעמ' 154; Richard H. Fallon, Jr., *Making Sense of Overbreadth*, 100 YALE L.J. 853, 859-866, 877-880, 884-886 (1991).

128 A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, *CRIMINAL LAW — THEORY AND DOCTRINE* 37, 40, 42 (2nd ed. 2003); Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 U. PA. L. REV. 335, 361, 365 (2005).

129 קרפ, לעיל ה"ש 61, בעמ' 98-99.
130 מהלך כזה תואם הן את התיאוריה של דיני העונשין והן את הדין הישראלי, במיוחד את ס' 34 לחוק העונשין. ראו גם: ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 79 (5th ed. 2006); בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165 (2003); ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי, פ"ד יח(2) 70, 79-82 (1964); רע"פ 3237/99 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 140 (1999); רנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, תקע"ל 2978 (1)2009.

131 דויל סברה כי ספקי שירות במרשתת צריכים להיות קו ההגנה הראשון נגד פורנוגרפיית ילדים. ראו Doyle, לעיל ה"ש 83, בעמ' 143. כן ראו: Laura Tatem, *Give Me Internet or Give Me Death: Analyzing the Constitutionality of Internet Restrictions as a Condition of Supervised Release for Child Pornography Offenders*, 20 CARDOZO J. L. & GENDER 431, 435-456 (2014). עם זאת, ניתן לגרוס כי צנזורה היא אמצעי מניעתי פוגעני אף יותר ממשפט פלילי. ראו Judges, לעיל ה"ש 7, בעמ' 644-645 ו-699-713; Ariel L. Bendor, *Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means*, 68 FORDHAM L. REV. 289, 293-341 (1999).

132 השוו Mann & Belzley, לעיל ה"ש 17, בעמ' 295-298.
133 Michelle Minarcik, *The Proper Remedy for Possession of Child Pornography: Shifting from Restitution to a Victims Compensation Program*, 57 N.Y. L. SCH. L. REV. 941, 949-968 (2012-2013); Dianne Weiskittle, *Proximate Cause, Joint and Several Liability, and Child Pornography Possession: Determining and Calculating Restitution Awards Under 18 U.S.C. § 2259*, 38 DAYTON L. REV. 275, 281-304 (2013).

134 השוו הצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התשע"ג-2013, פ/893/19.

8. "במידה שאינה עולה על הנדרש" – עלות-תועלת

מבחן-המשנה האחרון של המידתיות – מידתיות במובן הצר או מבחן עלות-תועלת – בוחן את המידה שבה האמצעי הנבחר יכול להגשים בפועל את מטרת החקיקה המוצהרת אל מול עוצמת הפגיעה בזכות שנגרמת מנקיטת האמצעי.¹³⁵ האמצעי הנבחר הוא הפללה, ובוחנים את תועלתו, אשר בשלב הזה כבר מניחים כי תושג: מניעת הנזק הנובע מההתנהגות שמבקשים לאסור. זאת, אל מול העלות, שכזכור נבחנה בשלב המקדמי של הבחינה החוקתית. בעניין איסור הצריכה של פורנוגרפיית ילדים, מניעת הנזק היא במקרה הטוב ביותר חלקית ביותר, ככתוב לעיל. הפגיעה בפרט, לעומת זאת, בעיקר בכבודו ובפרטיותו, הינה קשה.¹³⁶ האיזון נזיל לגמרי, בר-תמרון ותלוי בערכי המאזנת.¹³⁷

9. פסקת ההגבלה – סיכום

בחינה חוקתית של איסור צריכתם של חומרי תועבה מעלה קשיים. תכלית האיסור ההתחלתית – הגנה על ילדים מפני ניצול פיזי-מיני – מתחדדת להגנה על ילדים זרים מפני ניצול פיזי-מיני, בהינתן שמרכז האיסור עניינו המאבק בתעשייה של פורנוגרפיית הילדים, אשר אינה ישראלית ואינה מתקיימת בישראל. בהנחה שזו התכלית, לא ברור עד כמה ניתן להשיגה באמצעות איסור צריכה מקוונת, שכן צריכה – אם היא כוללת צפייה או השגת גישה – היא לעיתים קרובות פעולה בלתי-מזיקה, למשל כאשר היא נעשית על-ידי הורדת קבצים מתוכנת שיתוף, שאינה מערבת תשלום או מימון באמצעות פרסום. אף בהנחה המוקשה שהיא מזיקה, לא ברור עד כמה החוק יכול לצמצם את הנזק בעולם גלובלי. כדי שהאיסור יעמוד בבחינה חוקתית, יש לערוך הצרה חוקתית באמצעות פרשנות מצמצמת למונח "צריכה".

ניצול מיני של ילדים הוא דבר שפל. אולם לא כל מי שמפיק סיפוק מצפייה בו תורם במובן משמעותי כלשהו לניצול המיני הבא. הקשר הסיבתי בין צפייה מקוונת לניצול ילדים מתערער, ולעיתים נעשה וירטואלי. האם מישהו מאשים ברצינות את הצרכנים הישראלים בקיום התעשייה המבחילה או אפילו בחיזוקה, בשעה שהצרכנים משיגים את החומרים דרך תוכנות שיתוף ואינם מקדמים את המודל העסקי של יצירת החומרים המתועבים?

135 אהרן ברק "חוק-איסור: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 212 (1994). ברק כינה מבחן זה "ערכי", וכתב כי הוא לבי-ליבה של המידתיות, וכולל גם רכיב של סבירות. ראו ברק, לעיל ה"ש 52, בעמ' 208–211. כהן-אליה תהה אם הסמכת בתי-המשפט להחיל בחינה זו אינה פולשת לשאלת האיזון הערכי, אשר מטבעה שייכת למחוקק. ראו משה כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקה בג"ץ בעניין גרר הביטחון" המשפט יא 473, 475–482, 494 (2007).

136 השו: 39 SAN DIEGO L. REV. *Reasonable Expectations and the Erosion of Privacy*, Shaun B. Spencer, 843, 848, 858 (2002).

137 מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 604–614, 623–627 (2003).

ייתכן שהאיסור נולד דווקא כעניין אקספרסיבי, בהינתן שהחברה המודרנית מתעבת את השילוב של ילדים ומין. אולם דבר זה קרוב יותר להפלת רעיון מאשר להפלת מעשה, ומשטר המוקרטי ליברלי אינו אמור להפיל רעיונות, מתועבים ודוחים ככל שיהיו.

מכל מקום, דומני שהאיסור נועד לתכלית אחרת: תפיסת פדופילים. האיסור הוא דרך להפיל פדופילים מבלי לומר בפשטות אך באופן בלתי־חוקתי "מי שפדופיל – דינו מאסר". אמירה בוטה כזו הרי אינה מתיישבת עם עקרון־היסוד בדניי העונשין שלפיו רק מעשים יובילו לענישה, ולא סטטוסים (כנטייה מינית). האיסור החדש מאפשר להעניש גם מי שלא יצר קשר עם ילדים, וזאת על בסיס שתי הנחות.

האחת היא שמי שצופה בחומרים מבטא ומוכיח את היותו פדופיל.¹³⁸ האחרת, אשר שעונה על תיאוריות בלתי־מבוססות (כנטייה ופיתוי), היא שכל פדופיל עלול מתישהו להגשים את נטייתו ולפגוע בילד מילדינו, וילד זה – להבדיל מהילד הזר במדינות זרות – מעניין אותנו באמת. דהיינו, פעולת הצפייה מוכיחה כי הצופה הינו פדופיל (הנחה 1), מה שמציב אותו על הכוונת החברתית, לנוכח ההנחה שהוא יפגע בילדינו (הנחה 2). החשש לילדינו גדול עד כדי כך שהעדר הבסיס האמפירי והלוגי להנחה 2 אינו מטרידנו. מי שחולק על האמור או חש לא בנוח – מאותגר בזאת בשתי דוגמאות.

דוגמה א – פלוני מתוודה כי יש לו נטיות פדופיליות חזקות, אך הוא אינו מממש אותן, ומסתפק באוננות תוך מחשבה על ילדים שהוא מכיר. אלמוני צופה בפורנוגרפיית ילדים במחשבו לצורכי סיפוק מיני עצמי. אילו היה בדיכום כוח מלא, בלי מגבלות חוקיות וחוקיות, האם הייתם שולחים לכלא רק את אלמוני? האם זה באמת משנה לכם שפלוני לא הוריד חומרים במחשב או שמא תעדיפו, בשם ילדינו, להפיל ולסלק כל שביב פדופילי מהחברה?

דוגמה ב – ישראלי בישראל הוריד בתוכנת שיתוף קבצים חומרים שהופקו בתאילנד. תאילנדי בתאילנד רכש ברשת אותם חומרים. אילו יכולתם לשים רק אחד מהם מאחורי סורג ובריה, האם הייתם אוסרים את התאילנדי, שקידם את הפגיעה בילדי ארצו ולכאורה מסכן אותם, או שמא את הישראלי, אשר ממעשיו כלפי ילדינו אתם חוששים באמת?

138 מחקר שנערך גילה כי עברות של פורנוגרפיית ילדים עשויות אפילו להיות סממן חזק יותר לפדופיליה מאשר תקיפה מינית של ילד. לא כל מי שמנצל ילדים הוא פדופיל, משום שהמנצל עשוי לבחור בילד כפשרה; אך אנשים בוחרים בדרך־כלל בסוג הפורנוגרפיה שמתאים להעדפתם המינית, ומעטים הלא־פדופילים שיבחרו פורנוגרפיית ילדים בלתי־חוקית. ראו: Michael C. Seto, James M. Cantor & Ray Blanchard, *Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia*, 115 J. ABNORM. PSYCHOL. 610, 613 (2006). הנחה זו משכנעת פחות, כמובן, כאשר עסקינן בצפייה בחומרים מועטים, שעשויה לנבוע גם מסקרנות וממניעים אחרים.

ג. היכן המחוקק?

1. מבוא

לאחר הביקורת בנוגע לצדקתה של ההפללה החדשה, אוסיף ואתהה מדוע בחר המחוקק לתקן את החוק ולהתאימו למציאות המשתנה דווקא בנוגע לצריכת חומרי תועבה. אצביע בקצרה על שתי שורות של אי-התאמה של החקיקה הישנה בעולם המתחדש. הראשונה תעסוק בעברות התועבה עצמן, ותעלה את הטענה כי מבין שלל סוגיות חשובות וקשות יזם המחוקק שינוי בסוגיה הפחות-חשובה והפחות-קשה. השנייה תסקור סוגיות אחרות שקשורות לעולם המקוון, בעיקר לדיני העברות אך לא רק להם.

2. קושיות בעברות התועבה

(א) מהי תועבה?

"תועבה" היא מונח-מפתח באיסורים הפליליים שבסעיף 214, אשר שעונים כולם עליה. היא אינה מוגדרת בסעיף זה, ואף לא בסעיף 34 כד לחוק העונשין. המונח נזלי ולא-אינטואיטיבי, ואפילו הגדרה מילונית אינה מאירה אותו באמת.¹³⁹ גם חקיקה אחרת ומעט מפורטת יותר שמזכירה אותו מותירה תהיות קשות.¹⁴⁰ חרף זאת, בית-המשפט הישראלי מעולם לא הגדיר את המונח בתחום הפלילי, ואף בתחום המנהלי כל שעשה הוא למחזר מבחן-עזר עמום ביותר מהמשפט האמריקאי.¹⁴¹

אין זה מפתיע שאין בנמצא הגדרת-עבודה ברורה מן העבר – עולם שבו האכיפה הייתה פרייבטית ודלה במיוחד. אולם בשנים האחרונות האישומים רבים, ואף-על-פי-כן לא השכלתי לאתר ולו ניסיון פסיקטי אחד להגדיר את המונח. דומני שהדבר נובע מכשל סנגוריאלי. סנגורים מסתפקים בתחושה אינטואיטיבית שחומרים מסוימים הם דוחים עד כדי כך שברור שהם תועבה: They know it when they see it.¹⁴² אין הם מעלים בדעתם

139 המילון מגדיר את המונח "תועבה" בכמה חלופות: (1) נבלות, שיקוף, ניוול, דבר מאוס; (2) יחס של תיעוב ומאסה; (3) כינוי גנאי לבעל-חיים שהיו מקודשים בעיני גויי הקדם ולאליהם. "אומנות תועבה" היא כינוי לדברי ספרות ואומנות פורנוגרפיים. ראו מילון אבן שושן המרוכז 1004 (2004).

140 למשל, ס' 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), שכותרתו "אתרים ותכנים פוגעניים באינטרנט", מגדיר "אתר פוגעני" כ"אתר באינטרנט שעיקרו תוכן פוגעני", והמונח "תוכן פוגעני", בהקשר של פורנוגרפיה, מוגדר בס"ק (א) כ"הצגת חומר תועבה כמשמעותו בחוק העונשין, ובכלל זה – (א) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול; (ב) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין; (ג) הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני; והכל כשאין בתוכן המוצג ערך אמנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי המצדיק, בנסיבות העניין, את הצגתו". ס' 6 לאותו חוק חוזר על התוכן האמור. כלומר, חוק זה אינו מבקש להגדיר "תועבה", אך בכל-זאת ממחיש אותה, מצד אחד, ומחריג את מה שמבטא ערך אמנותי וכדומה, מצד אחר.

141 עניין סטייטן פילם, לעיל ה"ש 27.

142 ראו לעיל ליד ה"ש 8.

לכפור במוסכמות ולתבוע הגדרת-עבודה ברורה ההולמת את השדה הפלילי. לחלופין, הם עסוקים בסוגיית העונש ואינם מוטרדים משאלת ההרשעה; לא אכפת להם להודות.¹⁴³ אפילו כאשר ההגנה קוראת תיגר, בית-המשפט אינו מספק הגדרה מופשטת למונח, אלא מסתפק בדברי אינטואיציה קצרים ובלתי-מבוססים.¹⁴⁴ הגולש אינו יודע מה מותר לו לפרסם ולהחזיק בהתאם לסעיף ומה אסור לו. המותר לאדם לפרסם את תמונת תינוק העירום? את תמונתו שלו בעירום? את תמונת זוגתו לשעבר בעירום? תמונה של זר בעירום? סרטון של בני שבע-עשרה ששכבו מרצון ותיעדו זאת בעצמם? סרט פורנוגרפי רגיל? סרט סדום? צעצוע-מיני? תמונה מינית של הומואים או לסביות? איור מצויר מיני? מלל מיני? סרט סנאף? סרטון של עריפת ראשים וזוועות אחרות מבית-היוצר של דאע"ש? תיעוד אלימות כלפי דרי-רחוב? תחקיר על אלימות כלפי בעלי-חיים? קולות לא-נעימים? תמונת נאצה גזענית, הומופובית, סקסיסטית? לינץ' בפייסבוק?

לנוכח מדיניות האכיפה הנוכחית ראוי למחות מספר החוקים את העברה הכללית של פרסום תועבה או לנסחה מחדש כך שתהיה ברורה ועקיבה – למשל, בנוגע לסנאף.¹⁴⁵ לחלופין ראוי לתקן את האיסורים שנוגעים בחומרי תועבה ובהם דמויות של קטינים – הן מבחינה מינוחית והן מבחינה מהותית. מבחינה מינוחית, המונח "תועבה", אשר ממילא לא הוגדר ואיש אינו יודע מהו, מוטב שיסולק מהחוק הפלילי במדינה דמוקרטית ליברלית, ויפנה את מקומו לטובת המונח שבאמת מעניין את רשויות האכיפה: "פורנוגרפיית ילדים". גם אותו יש לבאר ולהגדיר במפורש ובכירור, כך שיתייחס מבחינה מהותית לפרסומים של ניצול מיני שיטתי של ילדים, להבדיל מקטינים.¹⁴⁶

143 למשל, אדם שהתחזה לנער צעיר וקיבל מילדות תמונות עירום שלהן, הודה בעברות חמורות ולצידן גם בהחזקת חומרי תועבה, וביקש להקל בעונשו. ראו ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.1.2014). האומנם מדובר בתועבה ומדוע? פסק-הדין לא הסביר, כיאה לפסק-דין המבוסס על הודאת הנאשם. ברור שיש כאן דמויות קטינים. אך מה הופך אותן לתועבה? האם העירום? המרמה? רכיב עובדתי זה מחייב פרשנות עקיבה, שאינה קשורה רק לפדופילים, משום שבעברות התועבה יש גם סעיפים שאינם עוסקים בקטינים. ראו אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 96 (2013).

144 בעניין קורידו, לעיל ה"ש 41, הורשע הנאשם בהחזקת חומרי תועבה, בהחזיקו תמונות של ילדים עירומים בחוף הים, שאותן צילם בעצמו. ההגנה גרסה כי שימוש סובייקטיבי בצילום (אוננות) אינו יכול להופכו לבלתי-חוקי. השופטת קבעה כי אין לנתק את הצילום מן הנסיבות והמטרות שאפפו אותו: מדובר בתועבה. פסק-דין זה סותר עקרונות-יסוד בריני העונשין. גם אם קורידו עשה שימוש מתועב בתמונות, אין זה הופך אותן לחומר תועבה. דובר בתיעוד מחזה ציבורי שגרת: פעוטות בעירום בחוף הים. אם קורידו מוגדר מחזיק חומר תועבה, אזי פעוטות בעירום בחוף הים הם התועבה; ואם הם תועבה, אזי הוריהם נהיים "מציגי תועבה" של קטינים שהם אחראים עליהם, וראויים לפיכך לעונש כבד במיוחד. גם קהל הרוחצים הינו "צרכני תועבה". חומר מסוים הוא תועבה או לא-תועבה בלי קשר לירישים שמחזיקות בו ולכוונתן. ידיים שמחזיקות בו למטרה כשרה – למשל, ידי התביעה – מוגנות מאישים, אך אינן הופכות אותו למשהו שאינו תועבה. אותו חומר אינו יכול להיות "תועבה" בידי פדופיל ו"לא-תועבה" בידי אחר. פדופיל יכול לאונן גם בעזרת תמונות שצילם ברחוב, בנך-משחקים או בחצר בית-ספר, בעזרת תמונות מסרטים הוליוודיים ואף בעזרת סרטוני פרסומת של תינוקות בטלוויזיה או תמונות של פעוטות באמבט שהוריהם צילמו ופרסמו בפייסבוק. להבדיל מהאיסור המוטל על מעשה מגונה, עברות התועבה אינן מנוסחות באופן שכולל בהן יסוד של כוונה מיוחדת, אלא אך יסוד עובדתי ומודעות לו.

145 הרדוף, לעיל ה"ש 143, בעמ' 98–101.

146 ברוח ההגדרה המצמצמת של Hessick, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1451–1461. זאת, להבדיל מההגדרה הרחבה והקולקטית החוק האמריקאי הפדרלי, אשר מפלילה אפילו צילומים מיניים שבני שבע-עשרה צילמו בעצמם, עם עצמם ובשביל עצמם: 18 (2006) 2256(2)(A), 2252(a)(1)(A), U.S.C. §.

יודגש כי כל פרסום של תמונות עירום בלי הסכמת המצולמים ממילא מכוסה על-ידי סעיף 2(4) לחוק הגנת הפרטיות – "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו" – ואף תפור למידותיו. זאת, לצד סעיף 2(3), שכבר אוסר צילום אדם ברשות היחיד. שתי העברות דינן חמש שנות מאסר. הן מגינות על ערך חשוב, וניתן לפנות אליהן בהקשרי אכיפה שונים של ניצול ילדים. ראוי לעדכן חוק זה ולהוסיף נסיבות מחמירות, של היות הנפגע קטין ושל היות הפרסום בעירום או בעל תוכן מיני, ואולי אף לכנות זאת בתווית אשר תבהיר כי מדובר בפוגעות מינית ותטביע במבצעים אות-קלון חמור יותר מאשר "פגיעה בפרטיות" גרידא. צעד דומה כבר נעשה לאחרונה במסגרת תיקון החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, בסעיף 3(א)(5א), אשר שכפל למעשה איסור קיים והוסיף לו תווית מינית.¹⁴⁷ בהינתן בעיה שטופלה במישרין בחקיקה אחרת, מה צורך יש לטפל בה גם במסגרת עברות התועבה העמומות?

(ב) מהו פרסום?

הרכיב ההתנהגותי "פרסום" עודכן במסגרת תיקון 52 – התיקון הרחב האחרון שנעשה לעברת התועבה. המחוקק תיקן אותו באופן כללי, בחלק המקדמי של חוק העונשין, והגדרתו מקיפה שלל עברות.¹⁴⁸ אולם בשנת 1998, לפני כמעט שני עשורים, לא צפה המחוקק – ולא היה יכול לצפות – את עידן הרשתות החברתיות שבו כל אחד נהיה מפרסם, את "הטלפונים החכמים" והמצלמות, את התפתחות הדואר האלקטרוני ואפשרות צירופם של קבצים גדולים להודעות, את הווטסאפ ועוד. הפרסום נהפך מנחלתם של שומרי-סף חזקים ולא-רבים לנחלת ההמונים כולם – נחלה יומיומית, קלה, זמינה וחופשית.

האם ראוי שעברת הפרסום תקיף גם תקשורת רצונית בין שני גולשים,¹⁴⁹ אף שהמחוקק ביקש להימנע מכך בהצעת החוק (הגם שהנוסח הסופי לא נתן ביטוי לרצונו זה)?¹⁵⁰ האם ראוי שהיא תקיף גם הורדת קבצים, אשר מטיבה מנגישה את הקבצים גם לאחרים?¹⁵¹ תשובה חיובית לשאלה אחרונה זו פירושה שכל מוריד שכל קבצים הינו מפרסם, מה שמטשטש מאוד את הטיפולוגיה של העברות.¹⁵² האם אדם שמראה לחברו תמונה במחשבו הנייד

147 חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 10), התשע"ד-2014, ס"ח 263.

148 ס' 134, 144, 149, 159(א), 168, 173(1), 205, 205(ב), 205(ג), 214(א), 227, 251, 254(3), 255, 352, 424(ג) ר-428 לחוק העונשין.

149 עניין פוקסמן, לעיל ה"ש 33; עניין פלוני, לעיל ה"ש 34.

150 בהצעת תיקון 52, לעיל ה"ש 31, בעמ' 466, נכתב כי "בשל ההתפתחויות בתחום התקשורת מוצע לתקן את ההגדרות האמורות ולכלול בהן גם פרסום שנעשה באמצעות מחשב, ובלבד שהעברת החומר אינה נעשית בתקשורת סגורה בין מחשבים מסוימים, אלא בתקשורת פתוחה המיועדת לציבור ככלל או לציבור מסוים שיש לו עניין לתקשר".

151 האם אדם שמוריד קבצים מאחרים ומאפשר לאחרים להורידם ממנו כדי להקל עליו בהורדת הקבצים הוא בבחינת מפרסם? ראו עניין ברקאי, לעיל ה"ש 36.

152 Audrey Rogers, *From Peer-to-Peer Networks to Cloud Computing: How Technology Is Redefining*

או בטלפון הינו מפרסם? האם כל אדם שמביא לידי כך שאחרים ייחשפו לפרסום הינו בבחינת "מפרסם", כאשר הוא "הפיצו לציבור באמצעות מחשב"? אם נשיב על כך בחיוב, אזי לא רק מעלי הרשומות (פוסטים) בפייסבוק ומשתפיהן הינם "מפרסמים", אלא גם המגיבים על הרשומה הם בבחינת מפרסמי הרשומה עצמה, כאשר פעולתם מביאה לידי הפצתה בקרב חבריהם לפייסבוק. אך למה לעצור כאן? כברת-מחדל ארכיטקטונית, גם כל "חיוב" – סימון "אהבתי" (like) לרשומה בפייסבוק – מנגיש אותה באופן זמני לחברי ה"מחבב". האם "חיוב" לרשומת תועבה הוא בעצמו עברת פרסום תועבה? האם "חיוב" לרשומת תועבה ובה דמות קטין הוא בעצמו עברת צריכה?

הגיע הזמן שישוב המחוקק ויהרהר מחדש בגבולותיהן של עברות הפרסום ובאיון הראוי בין חופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים מגוונים בעולם החברתי והטכנולוגי של עידן המרשתת.

(ג) מהי החזקה?

איסור ההחזקה, בקשר לתועבה, נולד כאמור בשנת 1998. המונח "החזקה" הוכנס לסעיף ההגדרות הכללי במסגרת תיקון 39¹⁵³ סעיף 34 כד לחוק העונשין אימץ מילה במילה את ההגדרה של החוק משנת 1977, שנוסחה בעולם שהיה כמובן שונה לגמרי מזה הנוכחי: "שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו"¹⁵⁴. בדומה לכתוב לעיל לגבי "פרסום", גם כאן ברור שהמחוקק, לקראת 1994, לא היה יכול לצפות כמה דברים יהיו בני החזקה ממוחשבת מקץ שני עשורים, ולא היה יכול לצפות שאותם דברים "יוחזקו" בקלות רבה כל-כך, בחינם ובלי הגבלה ארכיטקטונית חזקה. מהם גבולותיה של עברת החזקה בעולם האלקטרוני? האם הצטרפות לקבוצה פירושה "החזקה" בכל חומר שמועלה בקבוצה? האם גולש "מחזיק" בכל חומר שהוא קורא בכל אתר ובכל דף במרשתת ואצל כל חבר בפייסבוק? האם שמירת כתובת אלקטרונית של דף בסרגל המועדפים היא "החזקה" של התוכן שבדף?

כמו בנוגע לפרסום, החזקה היא פעולה קלה במיוחד לביצוע בעידן האלקטרוני, וראוי לשקול מחדש את גבולות איסוריה. יש לזכור כי החזקה כשלעצמה כמעט לעולם אינה מזיקה, ולכן עברות החזקה הן בעייתיות באופן כללי.¹⁵⁵ כאשר מוסיפים על כך

(2013) *Child Pornography Laws*, 87 ST. JOHN'S L. REV. 1013, 1033-1042.

153 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348. התיקון שנערך היה קוסמטי, וההגדרה האמורה הופיעה כבר בנוסחו הראשון של חוק העונשין, משנת 1977, בסעיף 2.

154 המונח "החזקה", על הטיותיו השונות, מופיע בסעיפים הבאים של חוק העונשין: (1)116, (2)116, (5)116, (2)134, (ג)144, (א)144, (א)144, (א)186, (א)193, (ב)204, (א)219, (א)228, (א)338, (9)339, (א)375, (א)383, (א)410, (2)413, (2)462, (1)464, (2)464, (5)464, (6)464, (2)477, (2)477, (2)479, (א)487, (א)488, (ב)494, (א)497.

155 Douglas Husak, *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 535, 542 (2005); Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 415-416 (2008); GEORGE P. FLETCHER, *BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW* 176 (1998); R.A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, 65 LA. L. REV. 941, 955-956, 961 (2005).

שאינ מדובר בהחזקה ממשית, אלא מבנית (קונסטרוקטיבית, או בכוחות: פיקטיבית), העברה נהיית בעייתית יותר, באשר היא מתרחקת מהפללת התנהגות ומתקרבת להפללת סטטוס.¹⁵⁶ הכותרת היא "החזקה", אך האיסור הוא לגבי שליטה, שאינה פעולה כלל וכלל, שאינה "מעשה" כנדרש בסעיף 18 לחוק העונשין. האם הדבר ראוי?

באיסורי החזקה טמון היגיון מסוים במבט צופה פני עתיד לגבי חפצים מוחשיים מסוכנים, כנשק וסמים, וכן במבט צופה פני עבר לגבי חפצים מוחשיים כרכוש גנוב, אשר קשה להוכיח את הפגיעה הישירה בעניינם (הגנבה). החזקת סם ונשק מהווה ראייה המעידה על השתייכות או חדירה למעגל פלילי רציני כלשהו, מחד גיסא, ועל צריכה כלכלית משמעותית אשר קרוב לוודאי הניעה את פס הייצור באותו מעגל, לפחות מעט ובעקיפין, מאידך גיסא. אולם בעולם שבו הדבר המוחזק ניתן לשכפול מושלם חינם ובלי סוף, אין בהחזקה משום ראייה כזו. החזקתם הקלסית של נשק וסמים היא ממשית. לצידה נוסדה ההחזקה המבנית, כדי להרשיע גם את מי שלא נתפס "על חם" בהחזקה ממשית או במעשה הסחר והגנבה. לעומת זאת, החזקה אלקטרונית היא מבנית תמיד. הפיקציה של החזקה כשליטה מאבדת מהגיגונה בעולם המקוון, שבו המוצרים אינם יריבותיים. בעולם זה ההחזקה המבנית קלה מדי, ואין כל משמעות לבלעדיותה, באשר כל גולש מסוגל ליהפך למחזיק בלעדי של תמונה בכמה הקשות מקלדת. ברשת ההחזקה אין עלות כניסה: ניתן להחזיק מבלי לשלם ובלי התייחסות-גומלין עם עולם הפשע. בד בבד, באכיפה אין רווח הוצאה: תפיסת ה"מוחזק" לא תצמצם סכנה פוטנציאלית מהמוצר המוחזק ולו בסיבית (bit) אחת. בחלוף עשרות שנים מניסוח המונח "החזקה" ראוי לחשוב מחדש על תחולתן של עברות ההחזקה והיקפן בעולם הווירטואלי.

(ד) מהי "מטרה כשרה"?

האיסור הישראלי לגבי תועבה כולל סעיף הגנה שעניינו פרסום, החזקה או צריכה (לאחר התיקון) ל"מטרה כשרה". בהצעת התיקון צוין כי המטרה הכשרה היא, למשל, החזקה בידי גורמי האכיפה לצורך אכיפת האיסור (מובן מאליו שאיש לא יחקור את השוטור

156 סטיל כתב כי החזקה אינה התנהגות: דרישת היסוד הפיזי בעברת החזקה הינה סבילה במהותה, ועשויה להיות קונסטרוקטיבית. אין גם צורך להוכיח תוצאה: עצם ההחזקה מביאה לידי הטלת אחריות. החזקה היא עברה מושלמת שיוצרת אשמה אפילו לפני עברות התחלתיות כניסיון. סטיל הפנה לדאבר, שכתב כי החזקה היא עברה חסרת התנהגות, סטטוס, או ליתר דיוק מערכת יחסים בין אדם לבין חפץ. במקום להפליל התנהגות עתידית או התנהגות בעבר, החזקה מענישה סטטוס ערכני כראיה להתנהגות עתידית או להתנהגות בעבר. החזקה היא כלי לחיסול איומים. ראו: Markus Dirk Dubber, *The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process*, in *DEFINING CRIMES: ESSAYS ON THE SPECIAL PART OF THE CRIMINAL LAW* 91 (R.A. Duff & Stuart P. Green eds., 2005). לדברי סטיל, כאשר עברה אוסרת החזקת מידע, היא מכוונת למעשה לאסור את השגת המידע או את השימוש בו, וחלף זאת מפלילה סטטוס או מעשה מוקדם. סמים אסורים, כלי-נשק ופורנוגרפיית ילדים נראים כולם אובייקטים מסוכנים עד כדי כך שהחזקתם יוצרת הנחת פליליות. לכן הצדקת הפללתה של החזקת מידע פירושה שהמידע מסוכן באופן מובהק. סטיל יצא נגד הפללה זו של החזקת מידע. ראו: Alex Steel, *The True Identity of Australian Identity Theft Offences: A Measured Response or an Unjustified Status Offence?*, 33 UNSW L.J. 503, 514–515, 524–525 (2010).

והתובעת המטפלים בתיק בחשד לצריכה) או החזקה לשם מחקר אקדמי.¹⁵⁷ לא איתרתי דיון בסעיף זה באיזשהו פסק-דין בישראל. סעיף הגנות כזה חיוני כדי למנוע העמדה לדין במצבים שבהם יסודות העברה מתקיימים אך לא כן תכליתה. אולם הסעיף העמום מותר סימני שאלה רבים, ומעביר לבתי-המשפט את הכוח לעצב את פתח היציאה מהעברה.¹⁵⁸ פתח יציאה זה הינו חשוב, וראוי שהמחוקק יעצבנו במפורש באמצעות רשימה ברורה או הגדרה מופשטת שאינה עמומה לחלוטין.

(ה) מדוע נאסרת גם הדמיית קטינים?

החוק הישראלי כולל גם איסור חמור לגבי פרסום תועבה ובו דמות של קטין מדומה או אף דמות מצוירת של קטין. היש תכלית טובה מאחורי איסור כזה? ההגדרה הרחבה עשויה להתייחס לציור ממוחשב, להלבשת דמות של קטינים על גופם של שחקנים בגירים ולשחקנים בגירים בעלי חזות ילדותית או נערת.¹⁵⁹ איסורים כאמור קיימים במדינות שונות.¹⁶⁰ האם איורים מצדיקים את הפעלת כוחותיו של המשפט הפלילי?¹⁶¹ חוק פרדלי שאסר פרסום והחזקה של הדמיה כזו נפסל בבית-המשפט העליון האמריקאי, לנוכח הקשר הסיבתי הרופף בין ההתנהגות לבין הפגיעה בערך המוגן.¹⁶²

157 הצעת תיקון 118, לעיל ה"ש 1, בעמ' 385. תמהני איזה חוקר אקדמי יסתכן ויעז לצפות בחומרים המתועבים.
158 בארצות-הברית נכתב כי העברה של החזקת פורנוגרפיית ילדים היא קפדנית עד כדי כך שאפילו חוקרי מעבדה ועורכי-דין צריכים להיזהר לא להחזיק תמונות רבות מדי ברשותם. החוק מתייחס לפורנוגרפיית ילדים כמו להרואין, ואפילו החזקה בשם לקוח או כדי לסייע בחקירה או בהגנה אינה חריג לעברה. ראו: Beryl A. Howell, *Real World Problems of Virtual Crime*, 7 YALE J. L. & TECH. 103 (2004–2005) כי החזיק קבצים של פורנוגרפיית ילדים למטרות לגיטימיות של חקירה – נדחתה. ראו: United States v. Hilton, 257 F.3d 50 (1st Cir. 2001); United States v. Fox, 248 F.3d 394 (5th Cir. 2001). לעימות בין הגנה על ילדים לבין זכות הנאשם לגילוי ראיות, ולאיון בעד אפשר העתקה בכפוף למגבלות של צו שיפוטי מגן, ראו: Anna K. LaRoy, *Discovering Child Pornography: The Death of the Presumption of Innocence*, 6 AVE MARIA L. REV. 559, 581–586 (2008).
159 Burke, לעיל ה"ש 89, בעמ' 440–441; Liu, לעיל ה"ש 89, בעמ' 2–3 ו-37; 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).

160 (ראו), למשל, העמדה לדין בקנדה בגין ניסיון לייבא ספרי קומיקס בסגנון מנגה שמתארים מין בין מבוגרים וילדים: <http://www.animenewsnetwork.com/news/2005-03-04/canadian-arrested-for-importing-loli-porn-manga>; וכן הרשעה בהחזקת פורנוגרפיית ילדים – שאושרה בבית-המשפט העליון בניו-סאות-וויילס שבאוסטרליה – לגבי ציורים של ילדי משפחת סימפסון בהקשר מיני: <http://www.theage.com.au/national/simpsons-cartoon-ripoff-is-child-porn-judge-20081208-6tmk.html>.

161 סנפורד טען כי פרופילים משתמשים בפורנוגרפיה וירטואלית להגברת תאבונם, אשר בתורו מגדיל את הצורך ביצירה ובהפקה של פורנוגרפיית ילדים. ראו Sanford, לעיל ה"ש 84, בעמ' 575. קו זה נדחה במפורש בעניין *Ashcroft*, לעיל ה"ש 13. וסרמג גרס כי פורנוגרפיית ילדים וירטואלית יוצרת סקסואליזציה של קטינים. בתנ-המשפט דחו אומנם טיעונים דומים לגבי החפצת נשים בפורנוגרפיה, אולם לדבריו, ילדים זקוקים ליתר הגנה. ראו Wasserman, לעיל ה"ש 89, בעמ' 273–274. טיעון נוסף היה שבהעדר איסור לגבי פורנוגרפיית ילדים וירטואלית נתקשה להוכיח כי החומרים שנתפסו אכן אמיתיים. ראו שם, בעמ' 267–271; Johnson, לעיל ה"ש 100, בעמ' 327–330; Rogers, לעיל ה"ש 159, בעמ' 92–97. רוג'רס הציעה להסדיר את התעשייה של פורנוגרפיית הילדים הווירטואלית באמצעות תיג ותיעוד. שם, בעמ' 103 ו-111.

162 עמדת הממשל האמריקאי, שלפיה יש לאסור הפצה של פורנוגרפיית ילדים וירטואלית, נדחתה (גם) משום שלא

לא ידוע לי על תיק שבו נאכף האיסור בישראל. אם יהיה כזה, תקיפה חוקתית אך מתבקשת בקשר לאיסור, אשר תכליתו היחידה היא להצביע על סטייה מינית ולהפלילה.

(ו) סיכום

מכל הבעיות שאופפות את עברות התועבה, בא המחוקק ופטר משהו שמסופקני אם היה בעיה מלכתחילה. מבחינה אמפירית, כמה ישראלים צופים בחומרי תועבה מבלי לשומרם במחשב בצורה יזומה? אולי אחדים שצפו פעם או פעמיים מתוך סקרנות, אך בוודאי לא אותם האיסור מחפש. הצופה הפרופיל נוטה לשמור את החומרים.¹⁶³ אילו נתפסו רבים כשהם צופים מבלי לשמור, סביר שהתביעה לא הייתה ממתינה למסלול חקיקה איטי, אלא מציעה קו פרשני שלפיו צפייה פירושה החזקה. בהעדר מקרים כאלה מתחזקת המסקנה שהמחוקק פתר בעיה וירטואלית, בעיה בעקרון החוקיות ותו לא, בעיה שבאופן כללי, כפי שאראה מייד, אינה מטרידה אותו במיוחד.

3. קושיות אחרות בפשע מקוון

(א) דיני עונשין

בין האתגרים המורכבים של המשפט הפלילי בעולם המקוון, דומה שדיני העונשין מציבים אתגר קשה במיוחד. הגדרת עברות היא משהו שאמור להיות ברור ושענן על שפה חדה, אך כאשר המציאות משתנה, השפה נוטה לאבד מחדותה.¹⁶⁴ בין האתגרים המורכבים של המשפט הפלילי בעולם המקוון, דומה שבאתגר של דיני העונשין המחוקק הישראלי כושל במיוחד. כשלונו אינו נובע ממורכבותה של הסוגיה, שהינה אכן מורכבת במיוחד; הוא נובע מכך שהוא אינו מנסה כלל. קצרה היריעה מלהיכנס לעברות רבות ולהעמיק בהן. על-כן אציג בתמצית כמה קושיות אקטואליות.

• מעשה מגונה – כתבי אישום החלו לבסס את התזה הלא-אינטואיטיבית שניתן לבצע מעשה מגונה לפני אדם, ואפילו מעשה מגונה באדם, גם מרחוק. בשנת 2008, בעניין ליאור, הורשע הנאשם, לפי הודאתו, במעשה מגונה בנסיבות מחמירות לפי

נמצא קשר ישיר בין חומרים אלה לבין עידוד פרופילים, ואף נפסק כי שוק החומרים הווירטואליים מייבש את שוק החומרים האמיתיים. ראו עניין *Ashcroft*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 250–254. אולם ראו התפתחות מאוחרת, של העמדה לדין בגין החזקת ספרי קומיקס מנגה יפניים, תחת חוק אמריקאי מאוחר U.S. Code § 1466A (18) <http://io9.com/5272107/Obscene-Visual-Representations-of-the-Sexual-Abuse-of-Children-manga-collection-ruled-child-pornography-by-us-court>.

¹⁶³ תמונות של פורנוגרפיית ילדים משמשות בעיקר לגירוי מיני, אך גם להימנעות רגשית (emotional avoidance), לאספנות ולהקלת יחסים חברתיים. ראו *Sheldon & Howitt*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 109 ואילך. אספני חומרים מבליים זמן רב עם אוספיהם. ראו *Quayle & Taylor*, לעיל ה"ש 85, בעמ' 333, 339–348, 350 ו-353–354.

¹⁶⁴ הרדוף, לעיל ה"ש 143, בעמ' 70–71.

סעיפים 348(א) ו-345(א)(2) לחוק העונשין. זאת, לאחר ששוחח עם בת שלוש-עשרה והתחזה לצלם אופנה, ובהמשך הנחה אותה להתפשט, לעשות תנוחות שונות מול המצלמה בעירום, לגעת באיברי האינטימיים ולפסק את רגליה.¹⁶⁵ בשנת 2010, בעניין חיים, נדחה ערעורו של הנאשם על הרשעתו בניסיון למעשה מגונה בפומבי לפי סעיף 349(ב), לאחר שפנה באמצעות המרשתת לתחקירנית שהתחזתה לילדה בת שלוש-עשרה. השופטת המחוזית כתבה כי אין ספק שאילו נפנה המחוקק להתאים את העברה לעידן המרשתת, היה מתקן אותה כך שתחול גם במצבים כאלה, ואפשר שעוד יעשה כן בעתיד.¹⁶⁶ מדוע אין המחוקק עושה זאת ויוצר עברות מתאימות, במקום שהתביעה תישען על אישום שמנוגד לאינטואיציה? בינתיים הסיכוי לריון ביקורתי בעברה זו בעתיד הולך וקטן, לנוכח הודאות ההגנה, מצד אחד, ואמרות-אגב בעיתיות של בית-המשפט העליון בתיקים שאינם עוסקים כלל במעשה מגונה ברשת, מצד אחר.¹⁶⁷

• אינוס – הניתן לאנוס אדם בעזרת מחשב? בשלהי 2011, בעניין סבח, הואשם החשוד באינוס במרמה דרך המרשתת.¹⁶⁸ בחלוף ימים ספורים, בעניין מלמד, הואשם החשוד באינוס סטוטורי דרך הטלפון.¹⁶⁹ בשנת 2012 הועלתה התזה התביעית שוב בעניין דנינו¹⁷⁰ וכן בעניין סמנכ"ל חברת הייטק פלוני.¹⁷¹ הפרשות תמו, כנראה, בהסדר-טיעון.¹⁷² מאז הובילו מעשים דומים להרשעה בעברות פחותות.¹⁷³ התזה החדשנית הועלתה שוב בשנת 2015 בעניין מורובטי.¹⁷⁴ באותו עניין היא טרם נבחנה, אולם באותה שנה סיים הסמנכ"ל פלוני גם את הליך הערעור – הכל ללא בחינה

- 165 ת"פ (שלום ראשל"צ) 2225/07 מדינת ישראל נ' ליאור (לא פורסם, 25.6.2008).
- 166 ע"פ (מחוזי ת"א) 7476/09 חיים נ' מדינת ישראל, תק-מח 17517 (1)2010. התזה שניתן לבצע מעשה מגונה לפני אדם גם דרך מצלמת מסנני עלתה גם בפרשה נוספת: ת"פ (שלום פ"ת) 13384-02-09 מדינת ישראל נ' אדלר, פראור 2011 (7) 625.
- 167 למשל, ע"פ 7725/11 פלוני נגד מדינת ישראל, פס' 8 לפסק-דינה השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 24.1.2013).
- 168 תפ"ח (מחוזי מר) 40230-12-11 מדינת ישראל נ' סבח (לא פורסם, 9.2.2012).
- 169 תפ"ח (מחוזי ת"א) 34267-12-11 מדינת ישראל נ' מלמד (לא פורסם, 4.3.2012).
- 170 תפ"ח (מחוזי חי) 54911-03-12 מדינת ישראל נ' דנינו (לא פורסם, 7.5.2012) (החלטת מעצר של השופט שפירא).
- 171 בש"פ 7873/12 פלוני נגד מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 20.11.2012).
- 172 ביום 9.12.2012 הורשע סבח במעשים מגונים ובסחיטה באיומים, לאחר שהתביעה מחקה את סעיף האנוס, ונשלח לשש שנות מאסר בפועל. ערעורו לבית-המשפט העליון נדחה. ראו ע"פ 538/13 סבח נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 26.12.2013). דנינו הודה בכתב אישום מתוקן שעניינו מעשים מגונים, ונשלח לשנתיים מאסר בפועל. ערעורו לבית-המשפט העליון נדחה. ראו ע"פ 2656/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 21.1.2014). הסמנכ"ל פלוני הורשע לפי הודאתו בהסדר-טיעון, בין היתר בגרם אינוס במרמה. ראו תפ"ח (מחוזי מר) 28225-06-12 מדינת ישראל נ' ע.פ. (פורסם בבנו, 13.3.2013).
- 173 נאשם שהתחזה ברשת לנער ושכנע קטינה לאונן לא הורשע באינוס. ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 143. עוד ראו ת"פ (שלום כ"ס) 9326-07-11 מדינת ישראל נ' נסים (פורסם בבנו, 19.4.2012); ע"פ ג (מחוזי מר) 13982-05-12 נסים נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 11.10.2012). מאידך גיסא, הרשעה לפי הודאה, וללא ניתוח, בעברה של גרם מעשה סדום מרחוק כלפי קטינה רמוזה כי תזת התביעה לא נזנחה לגמרי. ראו ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 4.12.2013).
- 174 טענה מקדמית נגד האישום בגרם אונס נדחתה בניתוח קצר בבית-המשפט המחוזי. ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 41309-12-14 מדינת ישראל נ' מורובטי (פורסם בבנו, 16.3.2015).

מהותית וללא הצגת קושיות שיפוטיות מתבקשות כלפי הבחירה החריגה של התביעה ליטול את עברת האיננוס למחוזות וירטואליים חסרי תקדים.¹⁷⁵ ההרשעה השקטה וההתמקדות בענישה, כאילו אין לפניה מהלך שהוא לכל־הפחות מעורר מחלוקת, מעלות תהיות באשר לסבילות השיפוטית ולאמירת ההן במצב של הודאות והסדרים הכוללים הרשעה בלי בחינת יסודות העברה – תופעה אשר למרבה הצער רחוקה מלהיות נדירה. מעבר לכך, עולה השאלה אם אין זה ראוי שהמחוקק יעדכן את פרק עברות המין בחוק העונשין ויכלול גם התייחסויות ברורות למצבים של ניצול מיני מרחוק.¹⁷⁶

• **גנבה – בשנת 2013, בעניין עזרא, נקבע כי הנאשם השתמש בנתונים שהשיג לא כדי לגשת לחשבונות בנקים ממוחשבים ולהטות כסף מחשבון פרטי. שופט השלום סירבה להרשיעו בגנבה, משום שבגין אותן עובדות נפסק כי הוא חדר לחומר מחשב. בקצרה כתבה השופטת כי היסודות של "נטילה ונשיאה" מבטאים תפיסת חזקה פיזית, ואילו חריה לחומר מחשב היא עברה בתחום הווירטואלי. לנוכח זאת – נוסף על העברות לפי חוק המחשבים, התשנ"ה-1995 – הרשיעה השופטת את עזרא בקבלת דבר במרמה.¹⁷⁷ ערעור התביעה על זיכוי מעברת הגנבה נדחה בפסקה יחידה: בית־המשפט המחוזי נמנע מלהתערב לנוכח החפיפה בין עברות הגנבה והמרמה, ולנוכח בחירת המדינה להאשים את עזרא גם במרמה – עברה שבה הורשע.¹⁷⁸**

עברת הגנבה בישראל מבוססת על החוק האנגלי משנת 1916: "A person steals who, without the consent of the owner, fraudulently and without a claim of right made in good faith, takes and carries away anything capable of being stolen with intent, at the time of such taking, permanently to deprive the owner thereof". באותה שנה רוכזו באנגליה רוב עברות הרכוש של אי־יושר, וביניהן עברת הגנבה, בחוק הגנבה (Larceny Act).¹⁷⁹ הנוסח שצוטט לעיל זהה לנוסחה הנוכחי של עברת הגנבה בחוק העונשין הישראלי.¹⁸⁰ אלא שהאנגלים עצמם התנתקו מנוסח זה בשנת 1968, לאחר דין־וחשבון שהגישה הוועדה לרוויזיה בדין הפלילי,¹⁸¹ אשר המליצה בשנת 1966 על ביטול עברת הגנבה של המשפט המקובל לטובת משטר חקיקתי רחב יותר, ובשאיפה – גם פשוט יותר.¹⁸²

175 הנאשם הודה והורשע, בין היתר, בגרם אינוס בנסיבות מחמירות (עברה שדינה עשרים שנות מאסר), וטען אך לעניין העונש. בית־המשפט העליון לא הציג תמיהה מתבקשת מכיוון ההגנה לגבי פרישה יצירתית זו של עברת האונס, מחד גיסא, אך גם לא הציג, מכיוון התביעה, את הרטוריקה השיפוטית הסטנדרטית באשר לחומרה שבה הוא רואה מעשי אינוס, מאידך גיסא. ראו ע"פ 707/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.7.2015).

176 להרחבה ראו אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרם וגבולותיהם" עלי משפט (צפוי להתפרסם ב־2016).

177 ת"פ (שלום יים) 31579-11-11 מדינת ישראל נ' עזרא, פס' 10 (פורסם בנוב, 27.5.2013).

178 ע"פ (מחוזי יים) 34851-03-14 עזרא נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 28.10.2014).

179 Edward Griew, *The Theft Acts 1* (7th ed. 1995).

180 ראו ס' 383 לחוק העונשין.

181 A.T.H. Smith, *Property Offences: The Protection of Property Through the Criminal Law 1* (1994).

182 House of Commons, Criminal Law Revision Committee (CLRC), Eighth Report: Theft and Related Offences (Cmnd. 2977, 1966).

החוק משנת 1968 יצר עברת גנבה (theft) אחידה, וייצג דף חדש כמעט לגמרי, אשר כמעט לא נשען על פרשנות של מילים מהחוקים הקודמים.¹⁸³ מדינת-ישראל, לעומת זאת, לא ערכה ביסודות העברה ולו תיקון אחד בכל שנות קיומה. האין זה ראוי, בחלוף מאה שנה מקבלת נוסחה של עברת הגנבה הנוכחית בישראל, להתאימה למציאות המודרנית, במקום להתעלם מפרשנותם של יסודות פיזיים כ"נטילה ונשיאה"?¹⁸⁴

• קבלת דבר במרמה – בעניין עזרא, שהוזכר לעיל, לא חלק איש על הרשעת הנאשם בקבלת דבר במרמה, אולם אין משמעות הדבר שהיא מוצדקת בהכרח. הניתן להשלים עברת מרמה בלי תקשורת אנושית? האם מילוי ססמה שקרי עונה על הגדרת "מרמה" שבסעיף 414 לחוק העונשין? האומנם יש פה "טענת עובדה... הנטענת"? איני בטוח כלל שמילוי משבצות ססמה במרשתת הוא בבחינת "טענת עובדה... הנטענת". אם תופסים זאת כך, אזי הדבר פותח פתח רחב להחלת העברה על כל פרופיל מזויף בפייסבוק ובג'יידייט, על כל שוטר שמתחזה לילד, על כל ילד שמתחזה לבגיר וכדומה.¹⁸⁵ האם לא הגיעה העת להרהר בגבולותיה של עברה זו במרשתת?

• חדירה לחומר מחשב – לבד מנוסחו של סעיף 6 לחוק המחשבים, אשר תוקן בשנת 2012 והורחב מאוד מעיסוק בנגיף מחשב לפעולות אסורות בתוכנה,¹⁸⁶ יתר חלקי החוק לא השתנו בעשרים השנה האחרונות ולו בסיבית אחת.¹⁸⁷ האם חוק אשר במקרה הטוב התאים לשנת 1995 מתאים גם לשנת 2015? העברה של חדירה לחומר מחשב הולידה דיונים מגוונים בערכאות דיוניות (בעיקר בירושלים משום-מה), אשר הוכיחו פעם אחר פעם כי העברה אינה מובנת די צורכה. כך היה בפרשות מזרחי,¹⁸⁸ הלוי,¹⁸⁹ בן שושן¹⁹⁰ ועזרא.¹⁹¹ האחרונה הובילה לצמצום דרמטי של גבולות העברה לאור פרשנות לשונית קפדנית של היסוד "חומר מחשב". המדינה, כצפוי, הגישה בקשת רשות ערעור פלילי, וביקשה מבית-המשפט העליון להפוך את הזיכוי בבית-המשפט המחוזי, תוך שהיא כותבת, בלי מבוכה, כי העברה אינה מצריכה כל תיקון וצמצום, וכי אין בה כל קושי; לדבריה, רק הערכאות הדיוניות מתקשות מסיבה כלשהי.¹⁹²

183 Smith, לעיל ה"ש 181, בעמ' 2–3.

184 אסף הרדוף עברת הגנבה פרקים 4–5 (2014).

185 קרמניצר הדגיש כי אי-אפשר לרמות מכונה, וציין כי בעיות שונות העולות בנוגע למרמת מכונה מטופלות בחלקן בחוק המחשבים, הגם שזה אינו מתייחס למרמה. כדי לפתור את הבעיות הנוגעות במרמת מכונה, סבר קרמניצר, אין מנוס משינוי דין הגנבה ומהוספת חלופה של גנבת שירות. ראו מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 113–114 (2008).

186 חוק המחשבים (תיקון), התשע"ב-2012, ס"ח 514.

187 החוק בוסס על הצעת חוק משנת 1994, שהתבססה על חוקים שכבר היו קיימים לפני כן. ראו הצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 478.

188 ת"פ (שלום י"ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי, פדאור (12)2004:769; ע"פ (מחוזי י"ם) 8333/04 מדינת ישראל נ' מזרחי, תק"מ (3)2004:4821.

189 ת"פ (שלום י"ם) 9497/08 פרקליטות מחוז ירושלים נ' הלוי, תק"ש-2009 (4)11734.

190 ת"פ (שלום י"ם) 34751–33–31 מדינת ישראל נ' בן שושן (לא פורסם, 7.5.2013); ע"פ (מחוזי י"ם) 51468–01–14 בן שושן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.8.2014).

191 ת"פ (שלום י"ם) 40102–06–10 מדינת ישראל נ' עזרא, דינים שלום (17)2012:1097; ע"פ עזרא, לעיל ה"ש 178.

192 רע"פ עזרא, לעיל ה"ש 58, פס' 12 ו-107. כתימוכין לטענותיה, במהלך תמוה במיוחד, הפליגה המדינה והזכירה

האם לא הגיע הזמן, מקץ שני עשורים לחוק המחשבים, לשוב ולהרהר מחדש בעברות המחשב, ולצד זאת להרהר גם בעברות מקבילות אשר אפשר שזקוקות לפרישה רחבה יותר בימינו, דוגמת עברת הפגיעה בפרטיות?

- הימורים ומשחקים אסורים – האם מי שמחזיק אתר מרשתת שמאפשר גישה למשחקים אסורים הינו בבחינת "המחזיק או מנהל מקום משחקים אסורים"?¹⁹³ סעיף ההגדרות¹⁹⁴ מגדיר "מקום משחקים אסורים" דרך המילה "חצרים". בשנת 2010 הוגשה עתירה מנהלית נגד מפקד משטרת מחוז תל-אביב בגין הוראתו לספקיות המרשתת בישראל לחסום גישה לרשימת אתרים שעוסקים בהימורים. "איגוד האינטרנט הישראלי" טען כי זו פרשנות בלתי-אפשרית ובלתי-ראויה לסעיף 229 לחוק העונשין, ובשנת 2012 קיבל בית-המשפט לעניינים מנהליים את העתירה וקבע כי המילה "חצרים" (premises) עניינה מקום פיזי.¹⁹⁵ ערעור שהגישה המדינה לבית-המשפט העליון נדחה ברוב דעות בשנת 2013, תוך התמקדות דווקא בשאלת השימוש המשטרתי בצדדים שלישיים. בית-המשפט חמק באלגנטיות מהכרעה בנוגע לשאלת החצרים, וזאת לנוכח נוסחו של סעיף 229 המקים שתי חלופות – האחת שעוסקת במקום משחקים אסורים, המוגדר כאמור דרך המילה "חצרים", והאחרת שעניינה מקום להימורים או להגרלות, בלי מילה בעלת משמעות פיזית כ"חצרים".¹⁹⁶ יוצא שדיון ממצה בעברה של החזקת מקום משחקים אסורים טרם התקיים. מדוע שלא יתכבד המחוקק ויהרהר מחדש בעברות ההימורים, המשחקים האסורים וההגרלות, על רוחבן ועל צדקתן בעידן הנוכחי?¹⁹⁷

(ב) בתמצית התמצית: סדר דין פלילי ודיני ראיות

- סוכנים ברשת – אנשי ערוץ מסחרי מתחזים לילדות במרשתת כדי לתפוס פדופילים. האם הדבר ראוי או שמא במאמצינו להגן על ילדותינו איבדנו את דרכנו?¹⁹⁸ האם ראוי, להבדיל, שהמשטרה תתחזה ותפעל כאמור?¹⁹⁹ ואולי ראוי שהמחוקק עצמו יתכבד ויכתוב במפורש מתי זורקים פתיונות ברשת, לעבר מי ובאיזה אופן?

193 כי נציגתה ערכה שיחת טלפון עם פרופ' דויטש, שציין כי הוא תומך בה. ראו שם, ה"ש 28.

194 ס' 228 לחוק העונשין.

194 ס' 224 לחוק העונשין.

195 עת"ם (מנהלי ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' מפקדת משטרת מחוז תל אביב, תק-מח 2012 (2) 167.

196 עע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פס' 19-20 (פורסם באר"ש, 24.3.2013).

197 לכך אשוב בעתיד: אסף הרדוף "יותר מזל משכל, יותר כסף מערכים: הסכיוןפרניה המשפטית בנוגע להימורים ומשחקים אסורים" (טרם פורסם).

198 רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פס' 1-12 לפסק-דינו של השופט הנדל, פס' 1-3 לפסק-דינו של השופט דניציגר ופס' 3-9 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם באר"ש, 9.1.2014). לדיון בפרשה, בגלגולה המחוזי, ראו חיים ויסמונסקי "סוכנים וירטואליים לחשיפת פדופילים באינטרנט – בעקבות 'פרשת ערוץ 10'" הסניגור 160, 5 (2010); אסף הרדוף "הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10" הסניגור 160, 11 (2010); יורם רבין "חוקיותו של צייד עברייני מין פרטי ברשת" משפט מפתח 2, 7 (2014).

199 חיים ויסמונסקי "התמודדות עם עבירות מין באינטרנט" משפט מפתח 2, 32 (2014).

- עקרון פומביות הדיון – בעניין קטיעי עלתה השאלה שמא כיום, בהינתן החשיפה הרחבה ברשת, פרסום פסק-דין יביא לידי הכתמת שמו של המורשע לעד, וימנע ממנו כל אפשרות להשתקם. בית-המשפט העליון נתן רשות ערעור לנוכח עקרוניותה של הסוגיה והשלכותיה, וצייין כי לצד יתרונות הפרסום ברבים במרשתת והגשמת התכליות שבבסיס עקרון הפומביות, קיימות גם השלכות שאינן פשוטות, לנוכח הפגיעות האפשריות הקשות בחשודים, בנאשמים ובמורשעים. אולם בסופו של דבר מיאן בית-המשפט לערוך שינויי איזון בעצמו, כל עוד המחוקק לא שינה את דברו.²⁰⁰ האם לא ראוי שהמחוקק ישוב וישקול אם עקרון פומביות הדיון בכללותו – ובנוגע להליכים מסוימים בפרט – אינו מחייב איזון מחודש?
- יירוט דואר אלקטרוני ועיון במסרונים – בעניין פילוסוף,²⁰¹ מגלגוליה של פרשת הסוס הטרויאני,²⁰² נדונה השאלה אם יירוט דואר אלקטרוני הוא בבחינת חיפוש, כפי שטענה המדינה, או האזנת-סתר, כפי שטענה ההגנה. השופט המחוזי ניתח את הסוגיה בהרחבה, דחה את הטענה שדואר אלקטרוני מיורט הוא בבחינת חפץ אגור שמכוסה בצו חיפוש, וקבע כי יירוטו הוא בבחינת האזנה לשיחה.²⁰³ פסק-דין רויכמן, מהשדה האזרחי, דן בשאלה קשורה – אם העתקת מסרון (SMS) ללא רשות היא האזנת-סתר, שתפסול את הראיה. השופט המחוזי עקב אחר הקו של עניין פילוסוף, וקבע כי מדובר ב"שיחה" אך כזו שהסתיימה ונהפכה לחפץ, ולכן אין זו האזנת-סתר.²⁰⁴ האומנם יש בסיס לשוני ותכליתי לקביעה כי שיחה היא דבר שטרם הסתיים או שמא עיון משטרתי במחשב או בטלפון נייד, בשיחות שנערכו בדואר אלקטרוני או בווטסאפ, עודנו "האזנת-סתר" ולכן מצריך צו מיוחד? האם לא ראוי להעביר מסר חקיקתי חד לגבי עיון בשיחות שהתקיימו, שמתקיימות ושיתקיימו?
- חסיונות – בפרשת היינץ (רמדיה) עלתה השאלה אם תכתובות אלקטרוניות שהוחלפו בין חשוד לעורך-דינו מוגנות בחסיון עורך-דין-לקוח אף שנתפסו במחשבו של החשוד. השאלה עברה שלוש ערכאות וכמעט שבע שנים, ולבסוף הוכרעה בבית-המשפט העליון, לאחר שהמדינה הסכימה להתעלם מלשונה הברורה של הוראת החסיון שבסעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, לטובת פרשנות

200 עניין קטיעי, לעיל ה"ש 198, פס' 17–20 לפסק-דינו של השופט הנדל ופס' 3–9 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן. מעניין שכאשר האיזון הקיים בחוק הוא לרעת הנאשם, בית-המשפט ממתין להתערבות המחוקק, אולם כאשר מילות החוק הקיים נוחות לנאשם, בית-המשפט נוטה לא להמתין למחוקק, אלא לפרש את החוק כך שיתאים לערכיו, באופן טיפוסי לרעת הנאשם.

201 ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (פורסם בנבו, 5.2.2007).

202 ת"פ (מחוזי ת"א) 40061/06 מדינת ישראל נ' האפרתי, תק-מח 2006(1) 9608; בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3) 2854.

203 בסופו של יום תם משפטו של פילוסוף בהסדר-טיעון, והשאלה העקרונית טרם הוכרעה על-ידי בית-המשפט העליון.

204 ת"א (מחוזי ת"א) 1477/09 רויכמן שיש ואבן בע"מ נ' שחף אבן ושיש בע"מ (פורסם בנבו, 16.3.2011). רויכמן פנה לבית-המשפט העליון וביקש רשות ערעור, במטרה לפסול את הראיות בגין חוק הגנת הפרטיות. השופטת נאור דחתה את הבקשה בהחלטה קצרצרה, שבה קבעה כי אין לאפשר "מקצה שיפורים". ראו רע"א 6794/11 רויכמן שיש ואבן בע"מ נ' שחף אבן ושיש בע"מ (פורסם בנבו, 21.11.2011).

תכליתית.²⁰⁵ מה יקרה כאשר תגיע המשטרה לדירתו של חשוד שיטען כי יש במחשבו תכתובות עם רופא, פסיכולוג, כוהן-דת או עיתונאי? האם לא הגיע הזמן שהמחוקק ישוב וידון בדיני החסיונות בעידן שבו תקשורת רבה מאוד נאגרת בשני קצותיה כברת-מחדל?²⁰⁶

ג) קיצור תולדות החקיקה

שאלות רבות עלות באשר לפשע המקוון. חלקן נוגעות בעברות התועבה עצמן, חלקן נוגעות בעברות רבות אחרות, וחלקן נוגעות בשאלות של סדרי דין ודיני ראיות. המחוקק מצוי בתרדמת עמוקה בנוגע לעולם הפשע המקוון בפרט, ובנוגע לעולם המרשתת בכלל, אשר זנוח מבחינה חקיקתית גם בהיבטים אחרים, דוגמת היכולת לחשוף את פרטיו של גולש מעוול.²⁰⁷ מכל השאלות החשובות מבחינה מעשית, בחר המחוקק לעסוק בסוגיה שולית לגמרי, ולהשיב על שאלה שלא נשאלה. הדבר מעלה תהיות קשות לגבי סדרי העדיפויות בבית-המחוקקים. לצד זאת, בנימה אופטימית, המחוקק מוכיח כי עדיין לא אפסה התקווה לחקיקה שתתייחס במישרין לעולם המרשתת ותיתן מענה משפטי הולם לחלק מקושיותיו.

סיום

החברה מתעבת פדופילים.²⁰⁸ רשויות האכיפה והשיפוט אינן אדישות לרחשיה, וסביר להניח שהן אף חולקות אותם עימה. אולם עקרונות-יסוד במשפט הפלילי אינם מאפשרים להעניש ללא התנהגות. צריכה בצורת צפייה היא התנהגות מינורית ביותר. להבדיל מצריכת סמים מסוכנים, שהינה מעשה פעיל יותר שעלול להוביל לזנזן חברתי כבד דרך אובדן השליטה של הצרכן, לא ברור כיצד צריכת חומרי תועבה אלקטרוניים מובילה לזנזן חברתי. כאשר הנזק האמור מתקשר לילדים זרים במדינות זרות, הדבר מחדד את התהיות. לצערי, איני סבור שאיזשהו ילד במדינה זרה מעניין באמת את הרשויות והציבור בישראל. בנסיבות אלה מתבהרת יותר ויותר מטרת המחוקק: סימון פדופילים ישראלים באות-קלון פלילי פדופילי, יהיו מעשיהם אשר יהיו. ברי כי אין זה חוקתי להפליל סטייה מינית, נתעבת ככל שתהא; לכן המחוקק עוקף זאת באמצעות הענשת ביטויה המינימלי

205 רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.1.2011).
206 להרחבה ראו אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך-דין וירטואלי" משפט ועסקים (צפוי להתפרסם ב-2015).

207 זאת, למרות אמירות מפורשות של בית-המשפט העליון שבהן קרא למחוקק להתערב. כך בנוגע לחשיפת פרטיו של גולש מעוול בלשון-הרע – ראו רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי., תק-על 2010 (1) 10230; וכך בנוגע לחשיפת פרטיו של גולש שהיה אחראי להפדת קניין רוחני – ראו ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, תק-על 2012 (2) 2608.

208 ג'נקינס כתב כי גורמים מסוימים יצרו דמוניצייה למילה "פדופיל", עד כדי כך שבשימושה הכללי היא מסמלת רוע טרף מוחלט. ראו Jenkins, לעיל ה"ש 101.

ביותר. מה קרה לעקרונות של דיני העונשין? נראה כי אלה נוטים לסגת בפוגשם את מי שנחשב – כך נדמה לעיתים – כאויב מספר אחת של החברה, כנורא יותר מכל שודד, אנס או רוצח: הפדופיל.