

## חוק המחשבים במבחן העתים – זווית המבט של מציע החוק\*

מאת

פרופ' מיגל דויטש\*\*

טענה שגורה המושמעת לאחרונה היא כי חוק המחשבים, אשר נחקק לפני עשור, שוב אינו תואם לצרכים בתקופתנו – עידן האינטרנט. המאמר בוחן טענה זו, בהתייחס לענפי המשפט השונים שבהם עוסק החוק. בחינה זו נעשית על רקע הפסיקה מאז חקיקת החוק, ההתפתחויות הטכנולוגיות והתופעות העומדות לאחרונה במרכז ההתעניינות הציבורית בהקשר לדיני המחשבים, כגון פרשת "הסוס הטרויאני" ותופעת ה-spam. המאמר אינו מקבל את הטענה בדבר חוסר אקטואליות של חוק המחשבים. טענה זו אינה נשענת על הנמקה ממשית, מעבר לאמירה הכוללנית כי חלו התפתחויות טכנולוגיות שמן הסתם מעקרות את תחולת החוק. המאמר מבקר עמדה בלתי מבוססת זו. החוק מנוסח מלכתחילה באופן שאינו מגביל את פרישתו לטכנולוגיה מסוימת כזו או אחרת, אלא מגדיר אינטרסים המוגנים מפני פגיעה או שיבוש, כגון האינטרס לשלמות המידע ולמניעת חדירה למחשב (בכל דרך שהיא). העבירות והעוולות בחוק ישימות היטב גם לפעילויות אסורות בעידן האינטרנט, כפי שמוכיחה הפסיקה בשנים האחרונות. זאת, לרבות ההתמודדות עם פרשת "הסוס הטרויאני". הכללים החדשים שנקבעו בחוק בתחום דיני הראיות, היוצרים חריגים לכלל האוסר על עדות שמועה ולכלל הראיה הטובה ביותר, מתפקדים היטב בחיי היום-יום ומספקים פתרון יעיל לצרכים הטכנולוגיים העכשוויים.

המאמר מדגיש כי חוק המחשבים לא נועד מלכתחילה לשמש אלא כחלק כללי לחקיקת דיני המחשבים, ולא התיימר לעסוק בכל תחומי המשפט. את משימתו זו הוא ממלא גם כיום. על כל תחום משפטי להתאים עצמו לעידן האינטרנט, בהתפתחות אורגנית נמשכת. חוק המחשבים לא נועד לבוא במקומה של התפתחות אורגנית זו.

\* המחבר הכין לדיונים במשרד המשפטים את תזכיר חוק המחשבים ואת נוסח הצעת החוק, וליווה באופן פעיל את תהליך החקיקה של החוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

\*\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; מרצה לדיני חוזים, מכללת שערי משפט.

בצד האמור, אין המאמר פוסל את האפשרות לשקילה מחודשת של המדיניות שהוחלט עליה בזמנו בנושאים מסוימים, כגון ההימנעות מהפיכת חדירה למחשב לעוולה אזרחית. אולם, גם אם כך ייעשה, הדבר לא ינבע מצורך ב"עדכון" כלשהו של המדיניות כתוצאה מטכנולוגיות חדשות, אלא מהערכה מחודשת של השיקולים הנוגדים החלים בנדון. בדומה, גם אם ראויה חקיקה האוסרת על תופעת ה-spam, יש להסדיר זאת במסגרת התמודדות כוללת עם השיווק הישיר האגרסיבי, שאינה מוגבלת דווקא לשיווק הישיר האלקטרוני.

- א. כללי
- ב. רלוונטיות חוק המחשבים
- ג. נחיצות החקיקה ומתכונתה
- ד. יעדי חוק המחשבים
- ה. תחולת החלק העונשי על פרקטיקות בעידן האינטרנט
- ו. ההיבט הנזיקי
- ז. דיני תפיסה
- ח. ראיות וסדר דין אזרחי
- ט. דברי סיכום

## א. כללי

חלף עשור מאז חקיקתו של חוק המחשבים, התשנ"ה-1995. אם ביחס לכל דבר חקיקה, ראוי לעיין מעת לעת במידת התאמתו לתכליותיו ולהתפתחויות חדשות, יפה הדבר שבעתיים ביחס לחוק העוסק בהיבטים טכנולוגיים, בהינתן ההתפתחויות הטכנולוגיות המואצות של העידן המודרני. קלישאה שגורה (ונכונה) היא, כי הדין נוטה לפגר אחר התפתחויות טכנולוגיות ומגיב אליהן רק לאחר הצטברות ניסיון מעשי ממש. <sup>1</sup> יש אפוא לבחון באיזו מידה כך הדבר גם לעניין חוק המחשבים.

סמוך לאחר חקיקתו של חוק המחשבים פרסמו שני מאמרים המנתחים בפירוט את הוראות החוק ואת טעמיו. <sup>2</sup> נימנע אם-כן, מחזרה על דברים אלה, אשר ישמשו תשתית לרשימה קצרה זו. מיקודה של רשימה זו הוא בהערכת השאלה אם חוק המחשבים עומד ביעדיו ובמבחן חלוף העתים, תוך תגובה להערכות ביקורתיות שהועלו בנדון בשיה

1 לאתגרים השונים שמציבות ההתפתחויות הטכנולוגיות בפני עולם המשפט, ראו, כללי, מ' דויטש **עולות מסחריות וסודות מסחר** (התשס"ב) פרק 1.

2 מ' דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" **עיוני משפט** כב (התשנ"ט) 427 (להלן: "מ' דויטש, חקיקת מחשבים"); 14 M. Deutch "Computer Legislation: Israel's New Codified Approach" **The J. Marshall J. of Computer & Information Law** (1996) 461

האקדמי.<sup>3</sup> פרשת ה"סוס הטרויאני", אשר התעוררה לאחרונה בהווה העסקית הישראלית, מהווה "מקרה מעבדה" מעניין לניתוח נושא זה. נקל ללכת שבי אחר "כוח המשיכה הטבעי" של ההנחה האינטואיטיבית, שלפיה חוק המחשבים שנחקק כאשר עידן האינטרנט היה בחיתוליו, שוב אינו ישים לתקופתנו. דא עקא, בדיקה תוכנית-עניינית של חוק המחשבים ושל ההערות העיקריות שהועלו בערב העיון הנזכר לעיל בנושא זה, מצביעה, כמפורט ברשימה זו, על היעדר הצדקה לעמדה האמורה. העובדה כי חלק העונשין וחלק הנזיקין בחוק המחשבים אינם מטפלים באופן קזואיסטי בטכניקות חדשות מתחום האינטרנט (ובדרך כלל – גם טוב שכן, כמצוין בהמשך) אינה גורעת מתחולת הכללים שבו על רוב-רובם של המעשים הפסולים הנעשים באמצעותן. **האמצעים** הטכנולוגיים המובילים **למעשים** הפסולים **ולתוצאות** הפסולות אכן מגוונים יותר כיום מבעבר, אך תחולת חוק המחשבים אינה מותנית, ובמכוון כך, בזאת שהמעשה הפסול יתבצע דווקא על-ידי אמצעים כאלה או אחרים, ועל-כן החוק מותאם היטב גם לתקופתנו. אכן, כפי שנצביע ברשימה זו, "גם נוסחו של החוק מותאם להתמודד עם נסיבות משתנות – הן נסיבות טכנולוגיות והן עברייניות".<sup>4</sup> רשימה זו תבקש אם-כן להתחקות אחר מהלך יישומו הפסיקתי של חוק המחשבים בתחומים שונים, ולהעריך בעקבות כך את המידה שבה צלח החוק במשימתו.

## ב. רלוונטיות חוק המחשבים

האם הניסיון האמפירי מצביע על רלוונטיות נמוכה לחוק המחשבים? מדד אפשרי לבחינת רלוונטיות של חוק הוא כמות התובענות המוגשות מכוחו של החוק הנתון, ורמת האינטנסיביות של הדיון בו בבתי-המשפט. אם הדיון בו קלוש, אפשר שהדבר יצביע על כך שהחוק שוב אינו עדכני לתקופתנו. טענה שהושמעה במהלך השיח האקדמי בדבר השפעתו של חוק המחשבים, היא כי קיימת פסיקה מועטת לגבי החוק. איסוף פסיקה שניתנה בעשור הראשון לחקיקת חוק המחשבים מצביע על כמות לא גדולה, אם כי משמעותית למדי, של התדיינויות הנסבות סביב חוק המחשבים. הגם שהכמות אינה גדולה, אין מדובר בהיקף מבוטל וזניח, כפי שהדבר יבוא לידי ביטוי ברשימה זו. מאפיין בולט בהקשר זה הוא מיעוט ההתייחסות לחוק זה בפסיקה בית המשפט העליון. הפסיקה, ברובה הגדול, ניתנה על-ידי הערכאות הנמוכות. מהן המסקנות שיש להסיק ממצב דברים זה?

3 בעיקר בכנס "עשור לחוק המחשבים", שנערך במכללת "שערי משפט" ביום 14.3.2005. תיעוד יום העיון ותמצית ההרצאות שניתנו בו מצוי באתר "עשור לחוק המחשבים" באתר מכללת שערי משפט ([www.mispat.ac.il/comlaw10](http://www.mispat.ac.il/comlaw10)).

4 כדברי השופט רוטלוי בת"א (ת"א) 40250/99 **מדינת ישראל נ' בריר**, תק-מח (3) 1793 (2001).

דעתנו היא, כי תמונת המצב הנזכרת באשר להיקפה של הפסיקה היא "נורמלית" לסוגיה ומתיישבת עם הציפיות באשר להיקף יישומו המעשי של חוק המחשבים. נבהיר:

(1) אחד האפיונים הבסיסיים של פעילות פסולה בתחום המחשבים הוא הקושי באיתור מבצע הפעולה. קושי זה הוביל מלכתחילה, כמצוין בהמשך, למגמה של החמרת הענישה בתחום זה, בחוק המחשבים. אין להתפלא, אם-כן, על הכמות המוגבלת של המקרים שנדונו על-פי חוק זה.

(2) עיקרה של ההזדמנות לביצוע פעילות עבריינית או עוולתית מצוי בפעילות מרחוק, באמצעות האינטרנט. מעטים המקרים שבהם פעילות כזו תבצע באמצעות פעילות פיסית ישירה מול מחשב נתון. באופן טיפוסי, פעילות ישירה כזו באה בחשבון כאשר ניתנת לעברייין מלכתחילה גישה רצונית למחשב, דוגמת יחסי עובד-מעביד, ופחות במקרים אחרים. מטבע הדברים, כאשר מדובר בפעילות פסולה של עובד, קיימות סנקציות מיידיות שהנפגע (המעביד) יכול לנקוט בהן, כגון פיטורים. נטייתם של מעבידים להגיש תלונה למשטרה במצבים אלה נמוכה, לנוכח החשש שמא יפגע הדבר בדימוי העסק מול לקוחות, וההעדפה היא ל"סיום הפרשה" ללא מעורבות של גורמים חיצוניים. באשר לעבירות באמצעות פעולות מרחוק, השימוש המאסיבי באינטרנט, במגזר העסקי והפרטי, היה עדיין מוגבל למדי לפני עשור. הוא התעצם מאוד בשנים האחרונות ועמו התרכבו הפעולות הפסולות, המחייבות הסתמכות של רשויות האכיפה על חוק המחשבים. ואמנם, בשנים האחרונות ניכרת התעצמות בשימוש בחוק המחשבים, כאשר רשויות החקירה עשו בו שימוש נמרץ, בהקשר לפרשת "הסוס הטרויאני", כמפורט בהמשך.

(3) המגזר העסקי הפנים בשנים האחרונות, יותר מבעבר, את המימד הקריטי שבאיסוף מידע תעשייתי על מתחרים. בצד כך, התחזקה התחרותיות במשק הישראלי, באופן המתמרץ גופים עסקיים להשקיע משאבים רבים באיסוף מידע על מתחרים וליטול סיכונים בתהליך זה. פרשות "הסוס הטרויאני", שזכו לתהודה תקשורתית נרחבת, ובהן עוסקים, כנטען, בביצוע ריגול תעשייתי באמצעות מחשב, מעידות היטב על תהליך זה. יש להניח, כי הדבר יבוא לביטוי בפסיקה שתינתן בעקבות כך.

(4) בשנים הראשונות לאחר חקיקת חוק המחשבים, האווירה הציבורית סביב עבירות מחשב הייתה עדיין "סלחנית" למדי, ובמידת-מה אף בעלת אופי אוהד. ההתפשטות המוגבלת של מחשבים לפני עשור, וההסתמכות המוגבלת של הכלל על תופעת המחשוב, הקנו לעבירות בתחום זה, בעיקר עבירות נגד מחשבים, אופי אוטורי-משהו; העיסוק במחשבים נתפש עדיין כ"עולמם של צעירים", המועדים למעשי קונדס שאין להחמיר עמם. זאת ועוד, הייתה אף הערכה מסוימת בקרב חלק

מהאוכלוסייה, הרחוקה מעולם המחשבים, ל"יכולת האינטלקטואלית" המיוחדת של האקרים. רק כחלוף מספר שנים, עם התרחבות השימוש במחשבים, החלה לחלחל ההכרה כי מדובר בעבריינות לכל דבר ועניין, ולא ב"סטייה קלה" מהתנהגות נורמטיבית. כך, למשל, בשנת 1998 עוד ביקש נאשם אשר החדיר תוכנת "וירוס" למחשבי רפא"ל, כי בית המשפט יקל בעונש מחמת כך שמדובר באדם "נורמטיבי". בית המשפט דחה טענה זו וציין:

יש אפוא להבהיר לכל מי שמבקש לכתוב תוכנה מרושעת, להחדיר תוכנה שכזאת למחשב כלשהו או לעשות במחשבו שימוש מרושע אחר, כי בית המשפט לא יקל עמו בדין כאשר יתפס בכך, וגלגול עיניים תוך טיעון שהמעשה נעשה כמעשה קונדס על ידי אדם בעל דפוסי התנהגות נורמטיביים, לא יועיל.<sup>5</sup>

ובמקרה אחר (פרשת ה"אנלייזר") הדגיש בית המשפט, בשנת 2001, כי קיימת סכנה בתפישה ציבורית הרואה בהאקרים משום "גיבורים", אשר מעשיהם אינם נתפשים כעבירה.<sup>6</sup> בעניין שנדון בשנת 2000, ציין בית המשפט כי:

מה שמדאיג הוא שאין רואים תמיד את החדירות האלה ואת הפיתוחים להשחית, כעבריינות, פשע של ממש.<sup>7</sup>

ולאחרונה, בספטמבר 2005, ציין בית המשפט העליון (השופט ריבלין), כי:

החדירה למחשבו האישי של אדם גרועה לא פחות מן הפריצה לביתו. ביתו של אדם הוא מבצרו, ומחשבו האישי הוא פינת הסתר החבויה במבצר...<sup>8</sup>

בולט הדבר, אם-כן, כי עם חלוף העתים והתחזקות ההכרה החברתית בעומק האיום של עבריינות המחשבים על חיי העסק, הפרט והמדינה, מתעצמת רמת הענישה. הדבר ניכר במיוחד, למשל, בהתייחסותם של שני בתי משפט לאותו מקרה: בית משפט השלום, ובית המשפט המחוזי, שישב בערעור על פסק דין של בית משפט השלום, שנה לאחר מכן, בעניין "האנלייזר".<sup>9</sup> בית המשפט המחוזי

5 ת"פ (חי') 8243/97 מדינת ישראל נ' פז (לא פורסם; בית משפט השלום, 24.2.98).

6 ראו פסק הדין של בית-משפט השלום בעניין זה: ת"פ (כ"ס) 3709/00 מדינת ישראל נ' טנבאום; 14.6.01. להחלטה בערעור, ראו ע"פ (ת"א) 71227/01 מדינת נ' טנבאום, פדאור סא(2) 704 (2002).

7 ת"פ (ת"א) 5177/99 מדינת ישראל נ' גרינברג (לא פורסם; בית משפט השלום, 11.4.00).

8 בש"פ 7368/05 מדינת ישראל נ' קואל (טרם פורסם, 4.9.05; פסקה 7 לחוות דעתו של השופט ריבלין).

9 עניין טנבאום, לעיל הערה 6.

מדגיש היטב את הצורך בענישה חמורה, ועושה שימוש חריף ברטוריקה "ונדליום אלקטרוני". לא רק הרטוריקה מתעצמת, אלא גם התגובה האופרטיבית. אם העונש שנגזר בבית משפט השלום הוא שישה חודשים בעבודות שירות, בנוסף למאסר על תנאי, הרי שעל-אף הנטייה הכללית של ערכאות ערעור להימנע מהתערבות בענישה, גזר בית המשפט המחוזי עונש מאסר בפועל של שנה וחצי, כאשר אחד השופטים אף ביקש לגזור עונש מאסר בפועל של שנתיים וחצי.<sup>10</sup>

לא חוסר רלוונטיות של חוק המחשבים עמד לרועץ בשנים הראשונות שלאחר חקיקתו, אלא מידת-מה של לגיטימציה חברתית וסלחנות כלפי הפעילויות הנדונות. עם הפיכת המחשב לאמצעי מרכזי בעולם המודרני, מכשלה זו שוב אינה קיימת ויש לצפות להתעצמות גוברת של השימוש בחוק ולענישה מחמירה לקידום מטרת ההרתעה.<sup>11</sup>

(5) אכן, פסיקת בית המשפט העליון בתחום המחשבים עדיין דלה. אולם גם תופעה זו "תקינה". כאמור, ההתייחסות אל עבירות המחשב החלה ללבוש אופי מחמיר רק לקראת סוף שנות ה-90. מדובר בעבירות שעל-פי חומרת העונש בהן, הערכאה הראשונה לדיון בהן היא בית-משפט השלום. הערעור לבית המשפט העליון הוא ברשות בלבד. מעבר לכך שלא בנקל תינתן רשות ערעור לשמיעת ההליך בערכאה שלישית,<sup>12</sup> ייתכן כי טרם הייתה שהות למתן הכרעות על-ידי בית המשפט העליון, ביחס לחלק מהמקרים.

(6) חלק חשוב של ההסדר בחוק המחשבים עוסק בדיני ראיות. בתחום זה, ההחלטות השיפוטיות ניתנות במסגרת התנגדויות להגשת ראיות. החלטות ביניים אלו אינן מתפרסמות ברגיל, במאגרי המידע המשפטיים האלקטרוניים. אין בידינו כלים, אם-כן, להעריך את מידת ההשפעה של פרק חשוב זה על חיי המעשה. ניתן גם להעריך כי המערכת המשפטית הסתגלה לכללים הבהירים שבחוק, ולא מתעוררות לעתים קרובות מחלוקות בנדון. מכל מקום, קשה להלום כי הקלה כה יסודית על קבילותם של מסמכים, המאפשרת לתובע למצער בשלב ראשון להימנע מאיתור ומתגובה של כמויות גדולות של מסמכים, אינה מנוצלת בחיי המעשה.

10 השופט המר. העונש של מאסר לשנה וחצי היה המכנה המשותף לשניים משלושת השופטים – השופט כספי, שגזר מאסר לשנה וחצי, והשופט המר, שכאמור גזר עונש מאסר של שנתיים וחצי. השופטת ברלינר ביקשה להקל בעונש, לתקופה של שנת מאסר אחת בפועל, הגם כי אף עונש זה היה חמור מזה שנגזר בבית משפט השלום.

11 ראו גם, לגבי רמת הענישה, סעיף ה.6 להלן.

12 ראו, למשל, הדיון ברע"פ 5729/02 פורים נ' מדינת ישראל, תק-על 02(2) 1049 (2002).

### ג. נחיצות החקיקה ומתכונתה

האם יש כלל מקום לחוק מחשבים מיוחד? האם קיים ענף משפטי נפרד של "דיני מחשבים"?

שאלת המבנה של הסדרת דיני המחשבים נדונה במהלך עבודות ההכנה של חוק המחשבים. היבט אחד של סוגיה זו הוא בעל אופי צורני: האם עדיף לבצע תיקונים "פנימיים" בחקיקה הקונקרטית בענפי המשפט השונים, על-מנת להתאימה לעידן הממוחשב, או שמא ראוי לרכז את ההסדרים בחוק אחד? החלופה השנייה הועדפה, על-מנת ליצור מסגרת מינוחית מרכזית וממוקדת, בהתחשב בצורך להגדיר תופעות כגון "תוכנה", "מחשב" וכיוצא באלה.<sup>13</sup>

היבט אחר, מהותי, נוגע לעצם הצורך בחקיקת מחשבים. ביקורת אשר הועלתה היא כי בתקופתנו, מקיפים דיני המחשבים את כל עולם המשפט, ושוב אין מקום לחוק מחשבים מיוחד.<sup>14</sup>

אכן, פשיטא כי עידן המחשבים והאינטרנט מחייב בחינה מחדשת של מושגים ומוסדות בכל תחומי המשפט: כך, בתחום דיני החוזים, מתעוררות שאלות כגון המועד והמקום בהם נכרת החוזה האלקטרוני, לצורך המשפט הבינלאומי הפרטי; בתחום דיני העונשין ודיני הנזיקין עולות סוגיות בנוגע לפעילות פסולה באמצעות מחשב או נגר מחשב, נושאים המוסדרים בחוק המחשבים, כמפורט בהמשך; בסדר הדין האזרחי עולה השאלה כיצד להתייחס לפלט מחשב לצורך סדר הדין המקוצר;<sup>15</sup> העידן הממוחשב מצמיח גם איומים חדשים על פרטיותו של אדם, הדורשים מענה; מושג ה"נכס", לצורך דיני הקניין, מחייב עידון בהתייחס למרחב הקיברנטי; מושגי יסוד בדיני הקניין הרוחני, כגון "העתקה" ו"שימוש הוגן" (בדיני זכות היוצרים), "המצאה" (לצורך הגנה פטנטית על תוכנה); ו"הפרה" (לצורך דיני סימני המסחר) מחייבים חשיבה מחדשת.<sup>16</sup> כך גם באשר למושג ה"פרסום" ולתוצאותיו, לצורך דיני סודות המסחר.<sup>17</sup> חופש הביטוי במרחב הקיברנטי מעלה שאלות חדשות ביחס לחופש בסיסי זה.<sup>18</sup> אלה דוגמאות בודדות בלבד למתחם רחב של סוגיות המתעוררות בעידן המחשבים.

כראוי להתפתחות חברתית וכלכלית כה נרחבת ויסודית כהיווצרות העידן הממוחשב, ניתן לצפות לכך שהתאמת כל תחום משפטי לעידן זה תיעשה על-ידי החקיקה והפסיקה באופן אורגני, נמשך וקוהרנטי, תוך כדי בדיקת ההשפעה של שינויים בסוגיה נתונה על סוגיות אחרות. ברם, אין בכך כדי לגרוע מההצדקה לחקיקתו של חוק

13 ראו סעיף 1 לחוק, וכן מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 430 – 431.

14 דבריו של ד"ר ויקטור ח' בוגנים, בערב העיון הנזכר בהערה 3 **לעיל**.

15 ראו סעיף ח **להלן**.

16 ראו מ' דויטש **עולות מסחריות וסודות מסחר**, **לעיל** הערה 1, פרק 1.

17 **שם**, בע' 459 – 462, 483 – 486.

18 **שם**, בע' 448 – 449 ואסמכתאות שם, בע' 449, הערה 15.

המחשבים ומהרלוונטיות העכשווית שלו. חוק המחשבים לא ביקש כלל (והיה זה תמוה אילו חתר לכך) לחוקק מחדש את ספר החוקים הישראלי בכללותו, באופן המתואם לעידן הממוחשב. משימה כה יומרנית ובלתי ישימה אינה מסתברת, לא מתכליתו האובייקטיבית של החוק ולא מהמגמות הסובייקטיביות של העוסקים בעבודת ההכנה של החוק. תכליתו של החוק הייתה רק לשמש מעין "חוק מחשבים (חלק כללי)", המטפל בסוגיות עיקריות מסוימות, כאמור להלן, אשר עוצמת השפעתן על הפעילות החברתית והכלכלית חשובה במיוחד, ולא ניתן היה להמתין להצטברות ניסיון מעשי נוסף ביחס אליהן. יש להשקיף אם-כן על חוק המחשבים על רקע תכלית מוגבלת (אך חשובה) זו ולבחון אם תכלית זו צלחה.

#### ד. יעדיו של חוק המחשבים

יעדיו של חוק המחשבים הם אלה:

(1) התאמת דינים מרכזיים כדיני העונשין והנדקין, למימד המופשט שבאובייקטים הממוחשבים. זאת, בהתחשב בכך שעבירות על-פי דיני העונשין המסורתיים, כגון גניבה והשמדת נכסים, ועוולות רכושיות, כגון עוולת הגזל, מניחות פגיעה באינטרסים ביחס לנכסים מוחשיים.<sup>19</sup> עבירת הגניבה, למשל, עוסקת בנטילת חפץ, דהיינו בהוצאת הנכס מהחזקתו של הנגנב.<sup>20</sup> החזקה אפשרית בנכסים מוחשיים בלבד. העתקת מידע המצוי בקובץ מחשב של האחר רק "משכפלת" את המידע, ומידע זה נותר גם אצל בעליו. עבירת הגניבה אינה חלה אפוא על פעילות בלתי מורשית מעין זו.<sup>21</sup> כך, בדומה, התעורר הצורך לסלק ספקות באשר לתחולת עבירות הזיוף וקבלת דבר במרמה, על ביצוע תרמית באמצעות מחשב, הגם שניתן להניח כי עבירות אלו חלו בכל זאת גם במקרים אלה.<sup>22</sup> התאמה בדין, מחמת מופשטות האובייקטים הממוחשבים, נדרשה גם בדיני החיפוש והתפיסה.<sup>23</sup>

(2) חיזוק עוצמת ההגנה המשפטית על המחשב, וחומר המחשב (תוכנה ומידע), בהתחשב במשמעות הקרדינלית של האובייקט הממוחשב בעידן המודרני ובקושי

19 מ' דויטש, **חיקת מחשבים**, בע' 432, 438, 441, 443 – 445. ראו גם מ' דויטש, **עוולות מסחריות וסדרות מסחר, לעיל** הערה 1, בע' 655.

20 ראו סעיף 583 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

21 מ' דויטש, **חיקת מחשבים**, בע' 443. ראו גם, לאחר חיקת חוק המחשבים, את ע"פ (ת"א) 71103/01 **רום נ' מדינת ישראל**, תק-מח 03(2) 9297 (2003).

22 דויטש, **שם**, שם.

23 ראו דויטש, **שם**, בע' 455. ראו גם סעיף ז **להלן**.



המובנה באיתור הפעילות העבריינית או המעוולת בתחום זה. זאת, גם כאשר ניתן היה לעתים ליישם דינים ישנים לעניין עצם האחריות. חלק העונשין בחוק המחשבים מטיל רף ענישה הולם בנדון. ההוראות מתייחסות הן לעבירות באמצעות מחשב והן לעבירות כלפי אובייקטים ממוחשבים.<sup>24</sup>

(3) שיפור יעילותו של הדין, בהתחשב באמינות היחסית של תהליכי עיבוד הנתונים הממוחשבים, באמצעות כללים המאפשרים קבילות של רשומות ממוחשבות (ואגב כך – תוך הרחבת קבילותן גם של רשומות מוסדיות בלתי ממוחשבות). הוראות אלו מאפשרות להתגבר על הכלל בדבר איסור עדות שמועה ועל כלל הראיה הטובה ביותר. זאת, כמובן, בסייגים ובתנאים שנועדו להבטיח רמת-סף מסוימת של אמינות משוערת, ותוך שימור כוחו של בית המשפט להתרשם ממשקלה של כל ראיה בהתאם לנסיבות העניין.<sup>25</sup>

האם יעדים אלה הושגו? דעתי היא כי התשובה לכך היא בחיוב. כאמור, כללי הקבילות החדשים שימשו נדבך מרכזי בתהליך החקיקה של החוק, והתנהלו ביחס להם דיונים רבים. כללים אלה תורמים בחיי היום-יום המשפטיים ליעילות הטיפול של מוסדות במידע ובשימור המידע, וליעילות ההליך השיפוטי. בערב העיון הנזכר לעיל גם לא הושמעו הערות ביקורת כלשהן ביחס לפרק זה בחוק המחשבים. נבקש עתה לשכנע, אם-כן, באמצעות דיון בסוגיות שונות, בדבר ההצדקות לטענתנו כי חוק המחשבים משיג את יעדיו.

## ה. תחולת החלק העונשי על פרקטיקות בעידן האינטרנט

### 1. כללי

העבירות הקבועות בחוק חלות בעליל, וללא קושי, ביחס לרובן המכריע של הפעילויות הפסולות בעידן האינטרנטי: עבירות החדירה שלא כדין למחשב, מחיקה או שינוי שלא כדין של חומר מחשב, הכנת וירוס מחשב והעברתו, הפרעה שלא כדין לשימוש באינטרנט או במחשב, ועוד, ישימות-גם-ישימות בעידן האינטרנט ואף נחקקו מתוך הבנה של קיום תופעת האינטרנט, על-אף היותה באותה עת בחיתוליה. מדובר בעבירות המניחות בעיקר פגיעה באמצעות מערך תקשורת אלקטרוני. כך, למשל, בולט הדבר בהגדרת "חדירה לחומר מחשב".<sup>26</sup> העבירה ביחס לוורוס מחשב, על-פי סעיף 6 לחוק

24 לרמת הענישה, ראו סעיף ה.6 להלן.

25 מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 450 – 455.

26 סעיף 4 לחוק.

המחשבים, היא עבירה "אינטרנטית" טיפוסית. כאמור, הענישה החמורה בחוק זה נשענת אף היא על ההנחה כי קיים קושי מיוחד לאתר את מיהות מבצע העבירה בתקופת האינטרנט. יודגש שוב, כי מתוך עירנות להתפתחות הטכנולוגית המואצת, נערך ניסוח העבירות בחוק המחשבים מלכתחילה באופן שאינו כובל את תחולתן לדרך ביצוע מסוימת כלשהי, והדבר מאפשר בנקל יישום ההוראות על טכניקות חדשות. גם בעידן האינטרנט, ה"שורה האחרונה" של הטכניקות הפסולות מתבטאת במעשים האסורים בחוק המחשבים, של מחיקת חומר מחשב, שינוי, שיבוש, הפרעה לשימוש בו, יצירת מידע כוזב, חדירה למחשב, שיבוש פעילות מחשבים, ועוד. אין בניסוח של העבירות והעולות בחוק דבר המונע את החלתן על הטכניקות העכשוויות. אין יסוד להנחה כי בהיעדר אזכור קזואיסטי של הטכניקות החדשות, אין החוק חל. מובן, כי כאשר בוחנים את מידת ההתאמה של חוק המחשבים להתפתחויות המודרניות, לא די בכך שהחוק אוסר על פרקטיקות פסולות. יש לבחון גם אם אין החוק גורם להפלת-יתר, דהיינו מוליך לכך שפעילות תקינה תיחשב כפעילות אסורה. נבחן עתה מספר הקשרים קונקרטיים, שבהם מתעוררת שאלת ההתאמה.

## 2. עבירת החדירה למחשב

טענה, אשר הועלתה בערב העיון הנזכר, היא כי ההגדרה של "חדירה" למחשב אינה בהירה דייה. אין אנו סבורים כי כך הדבר, או, מכל מקום, כי קיימות חלופות ממשיות אחרות להגדרת הפעילות הנדונה. כמובן, בעבירת החדירה למחשב קיימים שוליים של ספקות פרשניים, אך לעולם כך הדבר ביחס לכל הוראת דין, ואין תימה בדבר. בענייננו, עבירת החדירה למחשב, מדובר בפלישה בלתי מורשית לחומר המחשב של האחר, בהתקיים מחשבה פלילית מתאימה, גם ביחס לשאלת קיומה של הרשאה (כשההרשאה יכולה להיות בהסכם או בדין). ברוב המכריע של המצבים, לא יהיה כל קושי לזהות אם הפעולה הנדונה עומדת בהגדרת "חדירה למחשב". גם בשיטות זרות שונות נוהגת עבירה דומה, וגם שם מתחבטים ביחס לגבולות המושג.<sup>27</sup> אין כל מניעה להתאים עבירה זו לפעילויות האלקטרוניות דהיום. קיומם של מקרי גבול הכרחיים המקשים על הפרשנות אינו מעקר את היות ליבת העבירה מוגדרת כדבעי. יש עוד לזכור, כי מעבר לבעייתיות התורתית הכללית בניסיון לקבוע רשימה קזואיסטית של מעשים פסולים, דווקא בקזואיזם מעין זה טמון הסיכון לכך שהחקיקה לא תדביק את ההתפתחויות העתידיות.

27 ראו האסמכתאות בפסק הדין בת"פ (י-ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מורחי (בית משפט השלום, 29.2.04). פסק הדין אושר בערעור. ראו ע"פ (י-ם) 8333/04 מדינת ישראל נ' מורחי, תק-מח 304 (3) 4821 (2004).

מקרה גבולי מעין זה נדון בעניין **מזרחי**.<sup>28</sup> באותו עניין נבחנה השאלה אם בדיקת אמצעי האבטחה מפני חדירה למחשב באתר מסוים הנעשית על-ידי מי שגולש לאתר, וזאת באמצעות העברת פקודות שונות, היא בבחינת חדירה למחשב. בית משפט השלום (השופט טננבוים) המשיל מצב דברים זה למצב שבו אדם המבקר במוזיאון משקיף על החלונות ופתחי החירום, וקבע שאין בכך עבירה. בית המשפט המחוזי, בערעור, אישר את פסק הדין, בקביעה שמדובר בפעולות הכנה שלא נלוותה להן כוונה לחדירה למחשב. פסק הדין של בית משפט השלום מציין, בצדק, כי אין להחיל על רשת האינטרנט את תפישות המרחב של העולם המוחשי, ועל עבירת החדירה למחשב להביא זאת בחשבון. הוא מביע ספקות בשאלה אם ראוי לקבל עמדה שהועלתה בספרות הזרה, המציעה להסיט את כובד המשקל ממושג ה"חדירה למחשב" לשאלה אם הפעולה היא "כדין". הוא הוסיף עוד, כי בדיקת האבטחה של אתרים היא פעילות מבורכת, אשר מסייעת לכל הפעילים באינטרנט, שכן אתר הפרוץ לחדירות גורם לזה שכאשר משתמש נכנס לאתר, הוא נחשף ל"וירוסים" שבאתר הנדון. לתפישתו, כל המשתמשים באינטרנט תלויים זה בזה וערכים זה לזה.

אכן, המקרה שנדון בעניין **מזרחי** מצביע על עמימותו היחסית של מושג ה"חדירה" לחומר מחשב, ועל קשיי ההתאמה של המרחב הממוחשב למושגים של המרחב הפיסי. נכון הדבר, כי לא ניתן ליישם בהקשר זה מנייה וביה מושגים מן התחום הפיסי. עם זאת, ניתן להעריך את אלמנט החדירה מתוך היקש מסוים למושגים הפיסיים, וזהו התהליך המתבצע על-ידי בית המשפט, כאשר הוא מקביל את הפעולה באותו מקרה לפעולה של הסתכלות בפתחי החירום במוזיאון. נעיר בהקשר זה, כי ייתכן שההקבלה המדויקת יותר היא ניסיון לפתוח את פתח החירום, אמנם לא מתוך כוונה לחדור דרך פתח זה, אלא רק מתוך כוונה לבחון אם ניתן לחדור. נראית לנו הגישה הכללית של Kerr, המובאת בפסק הדין (ללא הסכמה), שלפיה המוקד בעבירה זו אינו במושג ה"פיסי" של החדירה לחומר מחשב, אלא בשאלת היותה של הפעולה "כדין".<sup>29</sup> כאשר אדם פותח אתר באינטרנט, הוא "תופס מרחב" מסוים בחלל האינטרנטי והוא זכאי להגדיר את גבולותיו של מרחב אוטונומי זה. זאת, כיוון שאין הגבלה מעשית על שטחו הכולל של מרחב זה, ואין הוא דוחק בכך רגליו של איש מתפיסה דומה של "שטח" בחלל הקיברנטי המשותף. הוא זכאי לקבוע את טיבן של הפעולות המותרות בתוך מרחב אוטונומי זה, אשר מזמין ומרשה גישה אליו. כל התחברות והתקשרות עם המחשב הן סוג של "כניסה" למרחב אוטונומי זה. השאלה המכרעת היא אם כניסה זו היא בגדר "חדירה" כלל, ואם כן, האם זו "חדירה שלא כדין".<sup>30</sup> ייתכן לגרוס, כי מושג ה"חדירה" נושא עמו קונוטציה שלילית, כך שהוא חל מלכתחילה רק על כניסה בלתי מורשית, וייתכן להשליך את אלמנט הפסול

28 ש.ם.

29 אולם לא נראית לנו גישתו של Kerr כי יש לראות כחדירה שלא כדין רק חדירה העוקפת אמצעי אבטחה.

30 ראו ההגדרה בסעיף 4 לחוק המחשבים.

שבמעשה רק אל המונח "שלא כדין". כך או אחרת, התוצאה הפרשנית זהה: אלמנט ה"כניסה" הוא פשוט והוא מתבצע בכל התחברות אפקטיבית לאתר. השאלה הקשה היא אם מדובר בכניסה פסולה, כך שמדובר ב"חדירה שלא כדין".

התשתית הרעיונית של כיבוד האוטונומיה האישית היא, אם-כן, תשתית כללית אפשרית למרכזיותה של שאלת ההסכמה של בעל האתר (או בעל חומר המחשב בכלל, לפי העניין) לפעולות המתבצעות באתר. בעל האתר זכאי להגדיר את גבולות הוויתור על אוטונומיה זו. זאת, לא משום הגדרה נוקשה ובלתי מתאימה לעידן האינטרנטי של מושג ה"קניין", אלא מחמת הגדרה הולמת של מושג האוטונומיה האישית, לרבות הזכות לפרטיות, כאמור לעיל. גם השאיפה להתפתחות חברתית הולמת של תופעת האינטרנט מחייבת כיבוד השליטה של בעל האתר בהגדרת הפעולות המורשות במסגרת המרחב "שלו", שכן תשובה אחרת תפגע בתמריצים לייצר ערכים אינפורמטיביים מוספים, אשר הכל יכולים ליהנות מהם באמצעות גישה לאתר הנדון. אין כל קושי בכך ששאלת ההסכמה, אשר נטועה במסגרת תפישות של המשפט הפרטי, תכריע בשאלת קיומה של עבירה. גם בהקשרים אחרים של פלישה לאוטונומיה האישית, של גוף או של רכוש, קובע המשפט הפלילי את האופי העברייני של הפעולה באמצעות בדיקת ההסכמה "האזרחית" של בעל האינטרס.

עם זאת, ניתן לתהות אם התשתית הרעיונית האמורה, הנשענת על אוטונומיה אישית "טריטוריאלית", משקפת כהלכה את המדיניות הפוזיטיבית שננקטה בחוק המחשבים הישראלי. ניתן לגרוס, כי אילו האינטרס האמור היה עומד על הפרק, מן ההכרח היה להגן על אוטונומיה זו גם ברמת המשפט האזרחי, ולא רק ברמת המשפט הפלילי. והנה, חוק המחשבים אינו קובע עוולה של חדירה למחשב.

לספק זה נשיב בשניים: ראשית, מדיניותו של חוק המחשבים בשאלת האחריות האזרחית ביחס לחדירה למחשב פתוחה לערעור, כפי שנרחיב בהמשך. שנית, ההצדקה בחוק לקביעת העבירה הפלילית של חדירה למחשב טמונה בכך שאם מדובר בפעולת הכנה לקראת ביצוע עבירה אחרת, יהיה קשה לעקוב אחר הפעולות שבוצעו. עדיף, על-כן, לגישת המחוקק, לחסום משפטית את מעשה ההכנה עצמו. השאלה בהקשר זה היא מה רמת הסיכון אשר ראוי להטיל על בעל חומר המחשב, ביחס לפעולות מעין אלו. בהערכתו של סיכון זה, ראוי ליתן משקל כבד למומנט ההסכמה לכניסה לחומר מחשב, שכן בכך מגדיר בעל חומר המחשב, באופן מודע, את גבולות הסיכון שהוא נכון ליטול על עצמו, בהסתמך על מהימנותו (הטיפוסית או הקונקרטי) של בעל הרשאת הכניסה.

אין אנו מקבלים, אם-כן, את הערתו-שאלתו הספקנית בעניין זה של בית המשפט בעניין **מזרחי**, התוהה בשאלת נפקותה של הסכמת בעל חומר המחשב לחדירה, לסוגיית ה"שלא כדין". זאת, לאור ספקות בשאלה אם ראוי כי מוסד ההסכמה, שיסודו במשפט האזרחי, יגזור את התוצאה העונשית.<sup>31</sup> נפקותה של שאלת ההסכמה היא רבת משקל בהקשרנו. עם זאת, נכון הדבר כי מושג ה"שלא כדין" בסעיף 4 לחוק המחשבים אינו

31 ראו סעיף 54 לפסק הדין של בית-משפט השלום.

מתמצה בשאלת ההסכמה בלבד. לא מן הנמנע, כי אינטרס ציבורי יחייב את בעל חומר המחשב להסכין עם ביצוע פעולות שאין הוא מעוניין להתיר אותן, כגון כאשר חדירה כזו דרושה לצרכי חקירה משטרתית. ייתכן כי גם אינטרסים ציבוריים "פלואידיים" יותר, שאינן מעוגנים בחקיקה דוקא, יהפכו את החדירה לחדירה "כדין", למרות התנגדות בעליו של חומר המחשב.<sup>32</sup> ואמנם, מושג ה"קניין" במרחב הקיברנטי הוא סבוך, בהתחשב בצורך לאפשר דינמיות רבה ברשת, כהיבט קריטי להתקדמות החברתית הגלומה בה. כיוון שחלק ניכר מן האינטרס המוגן טמון, כאמור לעיל, בהגנה על האוטונומיה האישית, כפופה הגנה זו מטבעה לאינטרסים ציבוריים בעלי עוצמה של ממש.<sup>33</sup> בוודאי אין ליישם מניה וביה בהקשר זה עקרונות מתחום הקניין המוחשי. עם זאת, מלכתחילה האובייקט הנדון (מידע) הוא לכל היותר סוג של קניין רוחני, ולא קניין מוחשי, כאשר גם סיווג זה בעייתי ומסופק.<sup>34</sup> זהו אפוא הסיווג העומד על הפרק. דיני הקניין הרוחני בכללותם, להבדיל מדיני הקניין המוחשי, מייחסים משקל גבוה לאינטרס הציבורי, במגוון רחב של נושאים, החל מגיבוש עצם הזכות המוגנת, עבור בהגדרת המעשה המפר, והמשך בטענות הגנה שונות, כגון טענת "שימוש הוגן" דיני זכויות היוצרים.<sup>35</sup> זהו היבט המבחין באופן ברור בין טיבו של הקניין הרוחני לבין טיבו של הקניין המוחשי.<sup>36</sup>

בעניין **מזרחי** סבר בית המשפט כי יש לראות בחיוב פעולות שנועדו לחשוף ליקויי אבטחה באתרים. זאת, כאמור לעיל, לאור החשיבות שנודעת לחשיפת ליקויים כאלה מבחינת כלל המשתמשים באינטרנט. זו גישת "כל המשתמשים ערבים זה לזה". הגם שבמסגרת היסוד של "שלא כדין", בעבירת החדירה למחשב, ניתן לשקול גם שיקולים מתחום האינטרס הציבורי, כאמור לעיל, ספק בעינינו אם הגישה המוצעת ראויה. השאלה המכרעת, לדעתנו, היא, אם מדובר בפעילות הנעשית בהסכמת בעל האתר. הסכמה זו יכול שתיתן במפורש או במשתמע. במסגרת הבדיקה אם משתמעת הסכמה, ניתן לשקול גם שיקולים נורמטיביים. אולם, אם ההערכה היא כי אין מדובר בפעילות הנעשית ברשותו של בעל האתר, נראה כי לא די באינטרס הציבורי האמור כדי להצדיק את החדירה למחשב. בענייננו, ספק רב אם בעל אתר מסכים, במסגרת ההזמנה של משתמשים לאתר, לכך שהמשתמש יערוך ביקורת של אמצעי האבטחה. המשתמש מוגבל לגבולות ההרשאה המסתברת שניתנת לו על-ידי בעל האתר. מבחינת האינטרס

32 ראו מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 437.

33 ראו למשל, בתחום הגנת הפרטיות, את ההגנה מפני אחריות, עקב האינטרס הציבורי, בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

34 לא נביע עתה עמדה בשאלה הסבוכה אם יש לראות מידע כקניין, באופן כללי. האינטרס הציבורי בהבטחת הזרימה החופשית של רעיונות מכתוב רמת הגנה מוגבלת לאינטרס הרכושי במידע. ראו, למשל, מ' דויטש **עולות מסחריות וסודות מסחר, לעיל** הערה 1, בע' 225 – 234.

35 ראו סעיף 2(1) לחוק זכות יוצרים, 1911, וכן דויטש, **שם**, בע' 231.

36 ראו מ' דויטש **עולות מסחריות וסודות מסחר, לעיל** הערה 1, בע' 105 – 116.

הציבורי, אם אכן ראוי לחייב בעלי אתרים בנקיטת אמצעי אבטחה על-מנת למנוע נזק למשתמשים אחרים, שייחשפו ל"וירוסים" באתר. אכיפתה של חובה זו לא ראוי כי תיעשה באמצעות "אכיפה פרטית" ספורדית מצד משתמש כזה או אחר, הפועל, לכאורה, בשליחות ציבורית. יש לזכור, כי גם אם למבצע הפעולה אין כוונה בעת ביצוע הפעולה לעשות שימוש במידע שאותו אסף באשר לאמצעי האבטחה של האתר, הוא עלול לעשות בהמשך שימוש פסול במידע, או להעביר אותו לאדם אחר שיעשה שימוש כזה. אין להניח כי בעל האתר נכון לסיכון זה, ואין להניח כי האינטרס הציבורי מצדיק פעילות מעין זו.

### 3. הגדרת "מחשב", "מידע", "תוכנה"

הגדרת "מחשב" בחוק המחשבים רחבה ביותר וכוללת אמצעים טכנולוגיים מגוונים, המכסים גם התפתחויות חדשות. אין כל קושי בתחולת ההגדרה על התפתחויות טכנולוגיות עכשוויות.<sup>37</sup>

באשר להגדרת "מידע" ו"תוכנה", הושמעה ביום העיון הנזכר לעיל<sup>38</sup> הגרסה כי קשה כיום להבחין בין שני המונחים האמורים. אולם, ברגיל, חוק המחשבים מתייחס למונח "חומר מחשב", הכולל מידע ותוכנה גם יחד, ולכן אין בדרך כלל נפקות לנושא זה. ההבחנה בין המונחים, הקיימת בסעיף 3 לחוק המחשבים, היא טכנית באופייה, מחמת אילוץ מושגי המחייב דיוק. סעיף 3 לחוק עוסק בגרימה למידע כוזב. כאשר מדובר בתוכנה, היא עצמה אינה יכולה להיות "כוזבת", שכן הוראות אינן "אמיתיות" או "כוזבות", אלא שבידי תוכנה רק להוביל ליצירתו של מידע כוזב. על-כן נדרשה התייחסות נפרדת לשני המונחים. מבחינה עניינית, סעיף 3 ממילא מכסה במצטבר את שני המצבים כאחד, ללא הבחנה ברמת הענישה בגינם.

עוד הושמעה הטענה, כי העבירה בעניין וירוס מחשב מתייחסת לוירוס המצוי בתוכנה,<sup>39</sup> בעוד שיייתכן כי הווירוס ימצא בקובץ דוגמת "Word", דהיינו ב"מידע". דא עקא, הימצאותו בתוך קובץ כזה אינה שוללת את מהותו העניינית כ"תוכנה" (קבוצת הוראות המסוגלת לגרום לביצוע פעולה על-ידי מחשב).<sup>40</sup>

37 ההגדרה כוללת "מכשיר הפועל באמצעות תוכנה לביצוע עיבוד אריתמטי או לוגי של נתונים, וציודו ההיקפי, לרבות מערכת מחשבים, אך למעט מחשב עזר". לדיון בהגדרה, ראו מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 433 – 434. לשאלת התחולה של חוק המחשבים על אמצעי התקשורת המחוברים למחשב, ראו **שם**, בע' 434.

38 **לעיל** הערה 3.

39 ראו סעיף 6 לחוק המחשבים.

40 ראו הגדרת "תוכנה" בסעיף 1 לחוק.

#### 4. תוכנות מעקב וריגול: "סוסים טרויאניים"

##### א. ההיבט הפלילי

האם חוק המחשבים מגן מפני החדרת תוכנות מעקב או ריגול למחשבו של האחר? כידוע, אלו התוכנות שנטען כי נעשה בהן שימוש לצורך "ריגול תעשייתי", בפרשות ה"סוס הטרויאני".

התשובה לשאלה האמורה היא בעליל בחיוב. בכל הנוגע לאיסור הפלילי, ניתן לפתור את הנושא באמצעות עבירת החדירה למחשב, הקבועה בסעיף 4 לחוק המחשבים. מדובר בעליל בפעולות של חדירה "שלא כדין" לחומר מחשב, בהיעדר הסכמה של בעל חומר המחשב. מן הדין שתתבקש הסכמה של בעל חומר המחשב להחדרת תוכנות מעין אלה, תוך שקיפות בנדון, ואין להניח קיומה של הרשאה סתמית מכללא לכך. הרשאת הכניסה הרגילה לחומר המחשב בוודאי אינה טומנת בחובה הרשאה להחדרת תוכנות מעין אלו לחומר המחשב של המשתמש. מכל מקום, כאשר התוכנה הנדונה מופעלת, ללא ידיעתו של המשתמש, בוודאי מתבצעת באותה עת חדירה בלתי מורשית לחומר המחשב של המשתמש.

שאלה נוספת היא, אם מדובר במקרים אלה בעבירה של חדירה למחשב "בנסיבות מחמירות", דהיינו מתוך מטרה "לעבור עבירה על פי כל דין, למעט על פי חוק זה."<sup>41</sup> עבירה זו נועדה לחול בעיקר על מצבים של "עבירות באמצעות מחשב", להבדיל מעבירות "נגד מחשב". דהיינו, על עבירות שבהן נעשה שימוש במחשב על-מנת להגשים באמצעותו תכלית עבריינית "מסורתית", כגון גניבת כספים מחשבון בנק או מעשי מרמה אחרים.<sup>42</sup> במקרים אלה, הענישה מוגברת.<sup>43</sup> רמת ענישה זו גם תואמת עבירה אחרת אשר תחול אף היא בנסיבות אלו, של יצירת מידע כוזב, אף היא עבירה "באמצעות מחשב".<sup>44</sup> התשובה לשאלה הנדונה תלויה אפוא בכוונת העברייני. אם כוונתו היא לבצע פעולות של מחיקת חומר מחשב, הרי שכיוון שמחיקה כזו היא עבירה רק על-פי חוק המחשבים, לא תחול העבירה החמורה יותר. בפרשת ה"סוס הטרויאני", הכוונה העיקרית, ככל הנראה, הייתה "ריגול תעשייתי", דהיינו גזל סודות מסחריים. גזל סוד מסחרי אינו בגדר עבירה פלילית, בשיטתנו, אלא רק עוולה אזרחית,<sup>45</sup> ולכן לא תחול בנדון העבירה החמורה יותר.

41 סעיף 5 לחוק המחשבים.

42 ראו מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 442.

43 חמש שנות מאסר, לעומת שלוש שנים לעניין חדירה למחשב ללא כוונה כזו.

44 ראו סעיף 4 לחוק המחשבים.

45 להיבט הפלילי ראו מ' דויטש **עולות מסחריות וסודות מסחר**, לעיל הערה 1, בע' 292 – 295.

להיבט הנוזקי ראו **שם**, פרקים 4 ו-12.

יצוין, כי כאשר הכוונה בחדירה למחשב היא חשיפת מידע פרטי, המוגן על-פי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ניתן יהיה להחיל את העבירה המחמירה על-פי סעיף 5 לחוק המחשבים, בהיות פגיעה במזיד בפרטיות בגדר עבירה פלילית.<sup>46</sup> האם ניתן להחיל במקרים אלה, של החדרת "סוס טרויאני" למחשב של האחר, גם את העבירה של העברת "נגיף מחשב", על-פי סעיף 6 לחוק המחשבים? סעיף 6 לחוק כולל שתי עבירות: עריכת תוכנה "באופן שהוא מסגלה לגרום נזק או שיבוש למחשב או לחומר מחשב בלתי מסוימים", וזאת "כדי לגרום שלא כדיון נזק או שיבוש למחשב או לחומר מחשב, מסוימים או בלתי-מסוימים".<sup>47</sup> העונש הוא שלוש שנים. העבירה השנייה היא העברת תוכנה או החדרת תוכנה כאמור למחשב של האחר, בכוונה לגרום נזק או שיבוש כאמור. העונש בגין עבירה זו הוא חמור יותר – חמש שנים. כאשר נעשה שימוש ב"סוס טרויאני" כאמור על-מנת לחוק או לשבש קבצים או לשבש את פעולת המחשב, ברי הדבר כי העבירה האמורה חלה על המקרה. כך נקבע גם בפסיקה במקרים שונים.<sup>48</sup> יודגש, כי התחולה היא בהנחה שלתוכנה יש פוטנציאל כללי לשיבוש מידע, גם אם היא הוכנה או הועברה מלכתחילה למטרות שיבוש של חומר מחשב מסוים.<sup>49</sup> לעומת זאת, אם הכוונה היא "לשאוב" מידע האגור במחשב (כגון סודות עסקיים), ספק אם עבירה זו חלה.<sup>50</sup> ניתן אמנם לגרוס, כי בכך גם מתבצע "שיבוש" בפעולת המחשב, במובן זה שהשימוש הוא פחות "בטוח", אך זו תהיה פרשנות מאולצת שאינה הולמת את עקרון החוקיות בדיני העונשין.<sup>51</sup>

מצאנו, אם-כן, כי הכנת תוכנת "סוס טרויאני" והחדרתה למטרות של חשיפת מידע אינה חוסה תחת האיסור של סעיף 6 לחוק המחשבים, הכולל ענישה מחמירה, של חמש שנות מאסר, על מי שמחדיר תוכנה מעין זו. תחול העבירה הקלה יותר, של חדירה למחשב, על-פי סעיף 4 לחוק המחשבים; ובמקרים אלה, רק לעתים תחול העבירה של

46 ראו סעיף 5 לחוק. הדבר חל על מרבית הסוגים של פגיעה בפרטיות, כאמור בסעיף 5 האמור.

47 ראו סעיף 6 (א) לחוק.

48 ראו, למשל, ת"פ (חי) 8243/97 **מדינת ישראל נ' פז** (בית משפט השלום, 24.2.98) (החדרה של "וירוס" למחשבי "רפא"ל", לשם מחיקת קבצים); ת"פ (ת"א) 5177/99 **מדינת ישראל נ' גרינברג** (בית משפט השלום, 11.4.00) (החדרת "סוס טרויאני" למחשבים בצה"ל, המוחק קבצים, על-מנת לנקום במפקד הבסיס); ת"פ (ת"א) 5476/03 **מדינת ישראל נ' שי** (2.3.04).

49 ראו סעיף 6 (א) לחוק המחשבים.

50 יצוין, כי אישומים שהוגשו בנושא "הסוס הטרויאני" כוללים גם טענה בדבר החדרת נגיף מחשב. ראו דיונים בבקשות מעצר: ב"ש (ת"א) 92331/05 **מדינת ישראל נ' פילוסוף**, תק-מח 3)05 1215 (2005), והדיון בערעור בבית המשפט העליון: ב"ש"פ 8844/05 **מדינת ישראל נ' פילוסוף** (19.9.05).

51 באחד המקרים שנדונו בבית-משפט השלום הורשע נאשם בעבירה של החדרת נגיף מחשב, כאשר באמצעות דואר אלקטרוני הוא החדיר תוכנה המאפשרת לו לחשוף את שם המשתמש וסימטתו. ראו ת"פ (ת"א) 2591/04 **מדינת ישראל נ' אנור** (31.10.04). לאור האמור בטקסט, ספק אם עבירה זו אכן חלה בנסיבות אלו.



חדירה למחשב בנסיבות מחמירות על-פי סעיף 5 לחוק, אשר עונשה חמש שנות מאסר אף היא. האם תוצאה זו רצויה? האם אין בהקשר זה חסר בעייתי בחוק? התפישה בחוק המחשבים בנושא זה נובעת מן האופן השונה שבו משקיף החוק על האינטרס בחסיון המידע הממוחשב, לעומת האינטרס בשלמותו ומהימנותו. התפישה היא כי אין לייחד לבעליו של מידע אינטרס רכושי עוצמתי בכל סוגי המידע, ללא תלות בתוכנו. זאת, בהתחשב באינטרס הציבורי בזרימת מידע. הדבר משתקף בכך שלא נוסדה הגנה כללית במשפט האזרחי מפני עצם החדירה למחשב, להבדיל מההגנה על שלמות המידע.<sup>52</sup>

בעקבות כך, הדין העונשי אמנם מכבד את האינטרס של אדם במניעת החדירה ל"מרחב הקיברנטי שלו", באמצעות העבירה האוסרת על חדירה למחשב, זאת במיוחד לנוכח החשש מפני ביצוע פעולות שלא ניתן לעקוב אחריהן.<sup>53</sup> אולם הוא אינו מרחיק לכת יותר, באמצעות החלת העבירה המחמירה של החדרת "נגיף מחשב", על פעילות שמטרתה חשיפת המידע. כפי שנצביע בהמשך,<sup>54</sup> זו מדיניות אשר לה פנים לכאן ולשם. מכל מקום, תהא מידת הראוי שבמדיניות זו אשר תהא, אין הספק בנדון מתעורר מחמת חוסר עדכון של החוק להתפתחויות טכנולוגיות חדשות כלשהן, אשר לא היו צפויות בעת החקיקה.

## ב. ההיבט האזרחי – הפנייה

פני הדברים בעניין האחריות האזרחית בגין החדרת "סוס טרויאני" מורכבים יותר, לאור היעדרה בחוק של עוולת חדירה למחשב, כמפורט בהמשך. נשוב אפוא לעניין זה באותו מקום.<sup>55</sup>

## 5. מחיקת "קבצי זבל"

חוק המחשבים מגן על שלמותו של המידע הממוחשב, בהתחשב במרכזיותו בחיים המודרניים. מחיקת מידע או שיבושו עלולים לגרום נזקים כבדים לעסק, לרשות או לפרט. לא תמיד נערך גיבוי, ולא תמיד ער בעל המידע לכך שנערכה כלל ועיקר פעולה מעין זו. אחת העבירות, אפוא, עוסקת במחיקה, שינוי או שיבוש של חומר מחשב.<sup>56</sup>

52 ראו סעיף 1 להלן.

53 שם.

54 שם.

55 סעיף 1 להלן.

56 סעיף 2(ב) לחוק.

באחד המקרים נדונה בפסיקה השאלה אם יש לייחס רלוונטיות למידת חשיבותו של המידע שנמחק.<sup>57</sup> באותו עניין, דובר במחיקה של ה-"logevent", דהיינו, של תיעוד פעולות הכניסה והיציאה מחומר המחשב. זהו מידע אשר כשלעצמו אין לו בדרך כלל חשיבות מבחינת בעל החומר. כך גם לגבי "קבצי זבל" אחרים, שלבעל החומר אין חפץ בהם, והנוצרים אגב שימוש במחשב. בצדק קבע בית המשפט, כי עבירת המחיקה חלה גם אם אין הדבר משבש את פעולת המחשב ואת השימוש בחומר המחשב. משעה שהוכחה מחיקה, קשה לעקוב אחר השאלה מהו החומר שנמחק. ראוי לאסור, אם-כן, על כל פעולת מחיקה בלתי מורשית. הימנעות המחוקק מהחרגת המחיקה של "קבצי זבל" מגדר העבירה מוצדקת אפוא גם בעידן המודרני. גם בהקשר זה אין לראות הקבלה מלאה בין התפישה הרכושית של דיני הקניין, לבין מעמדו של מידע. בדיני הקניין, שאלה היא, אם אובייקט נטול ערך כלכלי הוא בגדר "נכס".<sup>58</sup> בהקשרנו, "חמקמותו" של המידע וחוסר האפשרות לעקוב אחר האובייקטים שנמחקו, מצדיקים הטלתו של איסור כללי מפני מחיקה, יהיה ערכו של האובייקט אשר יהיה. עם זאת, יש לזכור לעולם את טענת ההגנה בדבר "זוטי דברים" (de minimis).<sup>59</sup> טענה זו עשויה למנוע לעתים הפללה בלתי ראויה בהקשר הנדון.

## 6. תופעת ה-spam

שאלה היא, אם חוק המחשבים אוסר על תופעת ה-spam ("דואר זבל"). הדבר תלוי בשאלה, אם יש לראות בכך "חדירה שלא כדין למחשב". ניתן להניח כי התשובה לכך היא בשלילה. אין להניח כהנחה כוללנית כי אין הנמנען מסכים לכך שהדואר האמור יישלח אליו, יותר מאשר פני הדברים לעניין דואר פרסומי מוחשי. כמו-כן, אין לקבל עמדה, שלפיה חלה בכך העבירה של הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, על-פי סעיף 2 לחוק המחשבים. הדבר אמנם עלול להאט את פעולת המחשב ולדרוש ממקבל הדואר להשקיע זמן קצר במחיקת הדואר הנדון, אולם, גם פניות מסוגים אחרים, על-ידי מעבירי מסרים חברתיים כאלה או אחרים, למשל, עלולים לגרום לכך. חופש הביטוי המסחרי<sup>60</sup> מצדיק הימנעות ממסקנה האוסרת מניה וביה על פעילות כזו. הנטל המוטל על מקבל המידע בעקבות כך הוא מינורי, כאשר העברת המידע זולה ועשויה להעשיר את מגוון הבחירות של הצרכן.

57 ת"פ (י-ם) 3813/99 מדינת ישראל נ' רפאלי (1.6.00).

58 לדעות שונות בנדון, ראו מ' דויטש קניין (חלק א, התשנ"ז) 30.

59 סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

60 לחופש זה, ראו בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1;

בג"צ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נד(4) 178, 181; בג"צ

226/04 נטו מ.ע. סחר מוזן בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נט(1) 519.

מכל מקום, גם אליבא דמי שסובר כי ראוי לאסור על התופעה, אין מדובר בהקשר זה בחוסר אקטואליות של חוק המחשבים לאור קיום טכניקות חדשות, אלא בהכרעה כללית של מדיניות משפטית באשר ליחס שבין חופש הביטוי המסחרי לבין האינטרס הצרכני להימנע מהטרדת שווא. סוגיה זו עולה, כאמור, אף באופן בולט יותר, ביחס לדואר פרסומי רגיל, לא אלקטרוני. משיוכרע סופית על-ידי המחוקק האיזון העקרוני הראוי בנדון, ברמה הכללית, תינתן בוודאי הדעת גם לנושא ה-spam. לא יהיה בכך משום "רפורמה" בחוק המחשבים, אלא טיפול בתופעה נתונה בעלת פרישה כללית, שאינה מיוחדת דווקא למחשבים.

## 7. רמת הענישה

האם רמת הענישה בחוק המחשבים תואמת את צרכי השעה? האם אין רמה זו טעונה עדכון לאור חלוף העתים?

חוק המחשבים מקנה לבית המשפט כלים מתאימים לענישה מרתיעה בתחום העבריינות הממוחשבת. זאת, הן לעניין עבירות באמצעות מחשב והן לעניין עבירות נגד מחשב. בצדק נדחתה בפסיקה טענה כאילו החוק מבקש לשים דגש בעיקר על עבירות נגד מחשב, להבדיל מעבירות באמצעות מחשב.<sup>61</sup> כך, למשל, העבירה של עשיית פעולה כדי ליצור מידע כוזב (כגון לצורך גניבת כספים מחשבון בנק) נושאת עמה עונש מאסר של חמש שנים, שרמתה כרמת הענישה בגין החדרת נגיף מחשב.

עבירות מחשב מתאפיינות בכמה אפיונים המצדיקים ענישה מחמירה: המחשב וחומר המחשב הם אמצעי חיוני לרוב-רובן של הפעילויות בעידן המודרני, ופגיעה באמצעי זה עלולה להיות הרסנית לפרט ולחברה; קשה לאתר את העבריין ואת פעולותיו; ניתן באמצעות המחשב להפיץ באופן נרחב ביותר מידע אשר עלול באחת לגרום לתוצאות כלכליות פוגעניות ביותר. כך, למשל, כאשר מאחסנים בלוח ההודעות באתר אינטרנט הודעה כוזבת לגבי חברה, באופן המעלה ללא הצדקה אמיתית את שער מניותיה, כשעם גילוי האמת המניות צונחות.<sup>62</sup> ניתן בנקל לפגוע בכמות גדולה של משתמשים, באמצעי פשוט כהעברת "וירוס" מחשב. הדבר עלול לשבש מערכות חיים יסודיות, ואף לפגוע בחיי אדם.<sup>63</sup> כתוצאה מכך, מושקעות עלויות רבות ביצירת אמצעי אבטחה, באופן המעכב את ההתפתחות.<sup>64</sup>

61 ת"פ (ת"א) 40250/99 מדינת ישראל נ' בדיר, תק-מח (3) 01 1793 (2001).

62 ראו עניין פודים נ' מדינת ישראל, לעיל הערה 12.

63 ראו, למשל, עניין מדינת ישראל נ' שי, לעיל הערה 48.

64 ראו, למשל, עניין מדינת ישראל נ' טנבאום, לעיל הערה 6.

כבר הזכרנו, כי ניכרת בפסיקה התפתחות של החמרה ברמת הענישה, עם התקדמות הזמנים. בצד כך, גם מוחרפת הרטוריקה התוקפת את עבריינות המחשבים ואת נזקיה.<sup>65</sup> יצוין, כי בתהליך החקיקה של חוק המחשבים היו שתקפו את רמת הענישה הגבוהה המוצעת, כרמה בלתי פרופורציונית לנזקים החברתיים שבעבירות אלו, וכ"דמוניזציה" של הפעילות הממוחשבת, שהייתה באותה שעה בתהליכי התפתחות מתונים. דא עקא, מתברר שהחקיקה חזתה כיאות את מרכזיותו של המחשב בהתפתחות העתידית, כאשר קבעה רמת ענישה משמעותית לעבירות אלו, המאפשרת כיום לבתי המשפט להתמודד באופן מרתיע עם תופעה זו. לא הושמעה ביקורת של בתי המשפט על רמת הענישה בחוק. זאת ועוד: בהצעה הראשונית הוצע על-ידי מחבר זה, לגבי וירוס מחשב, לקבוע רמת ענישה שהיא אף גבוהה מחמש שנות מאסר, ובעקבות הביקורת על ה"דמוניזציה" שבכך, הורדה התיקרה לחמש שנים. לנוכח נזקיה הרבים של תופעה זו, לא מן הנמנע כי קרב היום שבו יהיה מקום לשוב לרעיונות המחמירים יותר אשר הועלו בשלבי החקיקה המוקדמים.

## ו. ההיבט הנזיקי

כאמור לעיל, חוק המחשבים נמנע מלהפוך את החדירה לחומר מחשב לעוולה נזיקית. זאת, לאור התפישה כי אין הצדקה להגנה קניינית גורפת לבלעדיות של אדם במידע המצוי במחשב, ללא תלות בתוכנו. כאמור לעיל, לעתים האינטרס במידע יהיה מוגן באמצעות דינים אחרים, כגון דיני הגנת הפרטיות או דיני הסודיות המסחרית. אולם, גישת החוק היא כי האינטרס הציבורי, החברתי והתרבותי בזרימה חופשית של מידע מצדיק גישה זהירה בהגדרת גבולות ההגנה על בלעדיות האינטרס במידע. בתחום העונשי, האיסור על חדירה שלא כדין למחשב נועד להרתיע מפני פעילות המהווה בדרך כלל פעילות הכנה לעבירה אחרת, כך שהשיקולים בתחום העונשי והאזרחי אינם זהים.<sup>66</sup> אין אנו סבורים כי יהיה זה אפשרי להחיל על הקשר זה את העוולה של הפרת חובה חקוקה (החובה העונשית).<sup>67</sup> מתכלית החקיקה ומן המבנה הכולל של החוק, תוך הימנעות מודעת מהפיכת העבירה של חדירה למחשב לעוולה, במסגרת העוולות

65 ראו, למשל, עניין **מדינת ישראל נ' פו, לעיל** הערה 48; עניין **מדינת ישראל נ' טנבאום, לעיל** הערה 6; עניין **פודים, לעיל** הערה 12; עניין **מדינת ישראל נ' שי, לעיל** הערה 48; עניין **מדינת ישראל נ' גרינברג, לעיל** הערה 7.

66 דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 445 – 446.

67 סעיף 63 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].

שבחוק המטפלות ביתר המגזרים של הפעילות הפסולה, עולה בעליל הסדר שלילי בעניין זה.<sup>68</sup>

עם זאת, כבר הערנו לעיל, כי המדיניות האמורה אינה נקייה מספקות. ניתן לגרוס, כי ראוי להכיר בזכות השליטה של בעל חומר מחשב על "גבולותיו הטריטוריאליים" של חומר המחשב, מבלי שיהיה עליו להסכין, גם ברמה האזרחית, עם "פלישה" לטריטוריה זו, הגם שהמידע המצוי באותה "טריטוריה" אינו מוגן מכוח דין אחר, מחמת תוכנו. עניין אחד הוא לשלול את זכות העקיבה אחר המידע ה"דולף" מבעליו, ועניין אחר הוא לאפשר חדירה בלתי מורשית אליו. ספק אם האינטרס הציבורי מצדיק חדירה מעין זו. מכל מקום, תהיה המדיניות הראויה בנדון אשר תהא, סוגיה זו אינה נוגעת למידת העדכון של חוק המחשבים לטכנולוגיות חדשות, אלא לשאלת האיוון הראוי בין האינטרס הפרטי לבין האינטרס הציבורי, אשר מצויה כיום במחלוקת, כפי שהייתה מצויה כך גם לפני עשור.

יצוין, כי השאלה הנזיקית מתעוררת גם בכל הנוגע לפרשות ה"סוס הטרויאני", שהתעוררו לאחרונה. בהיעדר עוולה של חדירה למחשב, יהיה צורך לבחון אם הפעילות הנדונה נאסרת על-פי הדינים השונים המגינים על תכנים מסוימים של המידע. ככל שהדבר נוגע למשתמש שאינו תאגיד, אין בדרך כלל קושי בהטלת אחריות אזרחית בגין החדרת "סוס טרויאני", באמצעות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. מדובר ב"התחקות אחרי אדם", האסורה על-פי חוק זה,<sup>69</sup> או ב"העתקת תוכן של... כתב אחר שלא נועד לפרסום... בלי רשות מאת הנמען או הכותב".<sup>70</sup> הגם שהביטוי "כתב" מתקשה לסבול פרשנות הכוללת אותות אלקטרוניים, ועל-כן אין להניח כי תצמח בנדון עבירה פלילית, הרי שבהיבט האזרחי, הדין חופשי מכילה נוקשה ל"עקרון החוקיות" וניתן לתת לחוק פרשנות ההולמת את תכליתו. מכל מקום, מושג ה"התחקות" בוודאי יכול לחול בנדון. פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית.<sup>71</sup> מי ששכר את שירותיו של מחדיר ה"סוס הטרויאני" עשוי לשאת באחריות נזיקית על-פי דיני השיתוף בעוולה, או מכוח אחריותו של שולח או מעביד, לפי העניין.<sup>72</sup> ההסדרים הפריפריאליים של פקודת

68 גם על-פי היסודות הפנימיים של העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה, אין העוולה חלה כאשר בכוננת הדין הנתון להוציא את העילה הנזיקית. בדומה, ספק אם עוולת הרשלנות תחול ברגיל על חדירה למחשב, בהינתן המדיניות האמורה של חוק המחשבים. ראו דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 445 – 446.

69 סעיף 2(1) לחוק.

70 סעיף 2(5) לחוק.

71 סעיף 4 לחוק.

72 סעיפים 12 – 13 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

הנזיקין [נוסח חדש] חלים על עוולה זו.<sup>73</sup> לעומת זאת, אם מבצע הפעולה פעל רק כקבלן של המזמין, ולא כשליחו, תצמח האחריות של המזמין רק אם ניתן יהיה להצביע על רשלנות מצדו.<sup>74</sup>

כאשר בעל חומר המחשב הוא עוסק, לרבות תאגיד, תוטל לעתים אחריות בגין החדרת ה"סוס הטרויאני", מכוח דיני הסודיות המסחרית, בהתאם לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. זאת, כאשר המידע הנדון היה סוד מסחרי, כהגדרתו בסעיף 5 לחוק זה.<sup>75</sup> הגעה לסוד מסחרי באמצעות חדירה שלא כדין למחשב היא בעליל נטילה של הסוד "באמצעים פסולים", המהווה עוולה על-פי חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.<sup>76</sup> על-כן, מבצע הפעולה יישא באחריות. כאשר הוא פעל בשליחותו של האחר (מזמין המידע), כשליח או כעובד, או כשהמזמין היה שותף לעוולה, יישא המזמין באחריות לפי הכללים הפריפריאליים של דיני הנזיקין, כאמור לעיל.<sup>77</sup>

יצוין עוד, כי גם אם המזמין לא היה שותף למעשה העולתי, כיוון שלא היה ער לכוונה להשיג את המידע באופן פסול, וגם אם אין הוא נושא באחריות למעשיו של המבצע מכוח דיני האחריות השילוחית, עדיין אפשר שתוטל עליו אחריות כ"מפר שניוני" של הזכות לסודיות מסחרית.<sup>78</sup> הוא ייתפש כמעוול אם הוא ידע בעת קבלת הסוד אודות כך שמדובר במידע שנגזל, או אם הוא ידע אודות כך בעת השימוש בסוד, אפילו לא ידע אודות כך בעת קבלתו.<sup>79</sup> יוער, כי די יהיה בנדון בעצימת עיניים, בין על-פי התפישה התורתית הכללית של מושג ה"ידיעה" ובין מכוח הוראתו של חוק עוולות מסחריות.<sup>80</sup> הגנה תצמח לו אם רכש את הסוד בתום-לב ובתמורה.<sup>81</sup>

73 סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות.

74 סעיף 14 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

75 להגדרה זו, ולמהותו של סוד מסחרי בכלל, ראו מ' דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר, לעיל** הערה 1, פרקים 5 – 8.

76 סעיף 6(ב)(1) לחוק

77 לתחולת פקודת הנזיקין [נוסח חדש] על גזל סוד מסחרי, ראו סעיף 11 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

78 ראו, למושג זה, מ' דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר, לעיל** הערה 1, בע' 328 – 330.

79 סעיף 6(ב)(3) לחוק. לניתוח הוראה זו, ראו דויטש, **שם**, בע' 350 – 354.

80 סעיף 6(ב)(3) לחוק מסתפק בכך שדבר הגזל "גלוי על פניו". זהו ביטוי קרוב לעצימת עיניים. ראו **שם**, בע' 351, הערה 269.

81 ראו סעיף 8 לחוק עוולות מסחריות, ודויטש, **שם**, בע' 354 – 373.

## ז. דיני תפיסה

מתוך הכרה בחשיבותו המיוחדת של המחשב בפעילות המודרנית, קובע חוק המחשבים הוראות מיוחדות לעניין תפיסתו של מחשב על-ידי רשויות החקירה.<sup>82</sup> כך, אין לתפוס מחשב אלא לפי צו שיפוטי.<sup>83</sup>

שאלה חשובה התעוררה בהקשר זה בפסיקת הערכאות הנמוכות, והיא, אם אין להגביל את תחולתו של הדין המיוחד הנדון למחשבים מסוגים מסוימים. באחד המקרים דובר בתפיסה של מכונת הימורים, אשר הפעלתה ממוחשבת.<sup>84</sup> בית המשפט קבע, כי אין להחיל על כך את דין התפיסה החל על מחשבים, שכן דין זה מיועד לחול על מחשבים המשמשים כמעבדי נתונים, ולא על מכשיר כבענייננו, אשר אין הבדל מעשי בינו לבין, למשל, גלגל רולטה.<sup>85</sup>

גישה פרשנית זו היא ראויה ומצביעה על אפשרויות ההתאמה של חוק המחשבים לתכליתו. בהקשר לדיני התפיסה, מוקנית ההגנה דווקא למחשב משום האפיון המיוחד של מחשב, כאמצעי המשמש תשתית לפעילות העסק, לאור סגולתו המיוחדת לעבר נתונים. ההנחה בחוק היא כי תפיסת מחשב עלולה להשבית את פעילות העסק. כאשר התכלית העיקרית של מחשב נתון היא לשמש אמצעי-עזר למכשיר אחר, אין הצדקה להחיל עליו דין תפיסה שונה מהדין החל על המכשיר אשר הוא מסייע לתפעולו. כיוון שביחס למכונות הימורים אין דין תפיסה מיוחדת, אין הצדקה להחיל עליהן דין כזה רק משום שהוא מופעל באמצעות מחשב.

## ח. ראיות וסדר דין אזרחי

כאמור, חידוש מרכזי בחוק המחשבים הוא קביעת כלל חדש בדבר קבילותן של ראיות מוסדיות, לרבות ראיות ממוחשבות. ניתחנו הסדר זה במקום אחר.<sup>86</sup>

82 ראו הדיון בנושא התפיסה של מחשב אצל מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 445 – 446.  
83 ראו סעיף 32(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשס"ט-1969, כפי שנחקק בתיקון עקיף בחוק המחשבים.

84 ב"ש (ראשל"צ) 4018/04 **הייזר נ' משטרת בת ים** (בית משפט השלום, 30.5.04).

85 ראו גם ב"ש (עכו) 3751/04 **מדינת ישראל נ' ברור** (בית משפט השלום, 27.7.04); ב"ש (עכו) 6081/02 **שטרן נ' משטרת עכו** (בית משפט השלום, 17.2.03).

86 מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 448 – 455. לפסיקה בנושא זה, על-פי חוק המחשבים, ראו, למשל: ת"א (ת"א) 731916/03 **קווי זהב בע"מ נ' גז אליהו פילי** (בית משפט השלום, 14.3.05); ת"א (י-ם) 6031/01 **אמטל בע"מ נ' עזיאל** (24.6.02); ת"א (ת"א) 103072/97 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' פלוטניק** (בית משפט השלום, 8.10.01). כן ראו נ' קוולובסקי **המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסדר דין (התש"ס)**.

הכלל שנקבע בחוק הוא של קבילות בלבד, במצבים שבהם אלמלא הכלל החדש המסמך היה נחשב כעדות שמועה, או לא היה מקיים את כלל הראיה הטובה ביותר. אין בכלל החדש בחוק כדי להביע עמדה לגבי **משקלה של הראיה**.<sup>87</sup> שאלה מעניינת היא מעמדו של פלט מחשב לצורך הגשת תביעה בסדר דין מקוצר: האם הוא מספק את ראשית הראיה הדרושה לצורך הכשרת ההליך? לאור קבילותו העקרונית של הפלט, הדבר אפשרי, בכפוף לכך שיש בתוכנו של המסמך כדי לעמוד בדרישות הפסיקה לגבי האופן שבו על המסמך להוות "ראשית ראיה" לחבות הנתבע.<sup>88</sup> לאחרונה דנה הפסיקה בסיוג הכלל באשר לדיותו של פלט מחשב לצורך תביעה בסדר דין מקוצר. נקבע, כי האפשרות להתבסס על הפלט, לצורך כך, מותנית במהימנות לכאורית של המסמך. ואכן, כלל הקבילות נשען על ההנחה כי רגולריות הטיפול במידע, ונסיבות אחרות המצביעות על מהימנות טיפוסית של רשומות כאלה, מצדיקות חריגה מכללי הקבילות הרגילים.<sup>89</sup> לאור כך קבע בית המשפט המחוזי, כי בהינתן העובדה שבבנק למסחר בוצעו פעולות בנקאיות רבות שלא היו תקינות, לא ניתן להחיל על מסמכי הבנק את תפישת הרגולריות המהימנה לכאורה ואין מקום לזכות את הבנק בהקלה הנובעת מכלל הקבילות שבחוק המחשבים.<sup>90</sup> פרשנות זו היא ראויה. כדרכן של תכליות חקיקה, התכליות נשענות על רקע מסוים שאותו מניחה החקיקה. משרקע זה אינו מתקיים, אין להחיל את החוק הנדון. אם-כן, גם בעניין זה אוצרת הפסיקה בחובה את המנגנונים הדרושים, על-מנת להתאים את פרישת החקיקה לנסיבות המצדיקות את החלטה. למעשה, בעניין הנדון אף לא היה מקום לבצע פיתוח מיוחד כלשהו מעבר להוראות החוק, שכן דיותו של המסמך לצורך סדר דין מקוצר מחייבת כתנאי מוקדם, כאמור, כי המסמך יהיה קביל. אחד התנאים המפורשים בחוק המחשבים לקבילות הרשומה הוא קיום "סימני מהימנות".<sup>91</sup> בפרשת **הבנק למסחר**, סימנים אלה שוב לא היו בנמצא.

- 87 דויטש, שם, בע' 450 – 451. הדבר אומץ בת"פ (ת"א) 92/97 מדינת ישראל נ' עיני תק-מח (4)02 (2002) 360 (פיסקה 86 לפסק הדין).
- 88 ראו אסמכתאות בנדון, למשל, אצל א' גורן **סוגיות בסדר דין אורחי** (מהדורה שביעית, התשס"ג) 302 – 305.
- 89 ראו, כללי, מ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 448 – 449.
- 90 ראו בר"ע (ת"א) 1642/04 **קחטן נ' הבנק למסחר בע"מ (בפירוק)** (5.7.04).
- 91 סעיף 36 לפקודת הראיות [נוסח חדש], כפי שנחקק בתיקון עקיף בחוק המחשבים, ומ' דויטש, **חקיקת מחשבים**, בע' 452 – 453.



### ט. דברי סיכום

הנורמות הקבועות בחוק המחשבים, בתחומים השונים, ישימות היטב גם למציאות העכשווית. היעדר גישה קזואיסטית בחוק זה הוא גורם מרכזי בכך שניתן להתאים את תחולתו לטכניקות חדשות. בצד כך, פיתוחים פרשניים ראויים מנתבים את יישומו היעיל. מובן, כי אין בכך כדי לגרוע מן ההצדקה לדיון במידה שבה מדיניות כזו או אחרת אשר ננקטה בחוק המחשבים ראויה, ומן הצורך בבדיקה עתית זהירה ונמשכת בדבר הצורך לפתור קשיים אשר יתעוררו מעת לעת, כתוצאה מהתפתחויות חדשות, ולהתאמה כוללת של עולם המשפט ל"עידן האינפורמציה". בקווים כלליים, המחוקק "ראה את הנולד" ויצר מערכת נורמטיבית המתמודדת עמו היטב, גם בעידן האינטרנט. דעתנו, כפי שנומקה ברשימה זו, היא, כי בדיקה פרטנית של הסדרים בחוק והפסיקה בעקבותיהם מוכיחה טענה זו.

שערי משפט ד(2) התשס"ו

מיגל דויטש