

חדירה למחשב כעוולה נזיקית

מאת

ד"ר שרון אהרוני-גולדנברג* ופרופ' אריה רייך**

מאמר זה עוסק בתרופות הנזיקיות לתופעת המחשוב הפולשני, אשר התגברה מאוד בשנים האחרונות, תוך התמקדות במקרים של חדירה למחשב כשלעצמה. המאמר מבקר את החלטת מנסחי חוק המחשבים להשמיט מן הנוסח הסופי של החוק את עוולת החדירה למחשב, אף שעוולה כזו הופיעה בטיוטה מוקדמת שלו. לטענת המחברים, הנימוקים שהובילו להשמטת העוולה אינם עומדים במבחן הביקורת, הואיל וההגנה המשפטית אשר ראוי לפרוש על השימוש במחשבים אינה נובעת רק מזכויות קנייניות במידע האגור במחשב, אלא גם מן הצורך להגן על מרחבו הווירטואלי של אדם מפני הסגת גבול, מן הזכות לפרטיות ומטעמים של הרתעה יעילה. הטעמים הללו להענקת הגנה נזיקית מפני חדירה למחשב נדונים בהרחבה במאמר, והמסקנה היא, שחשיבותו של המחשב לפרט ולחברה, קלות החדירה למחשבים ממרחק, במהירות, בקלות ובסתור, וההתגברות המדאיגה של תופעות המחשוב הפולשני ההרסניות, מחייבות כולן את המשפט למצוא תרופה ל"מכת מדינה" זו, ובכלל זה תרופה נזיקית שתוכל להעניק לנפגע פיצויים וצווי מניעה.

לדעת המחברים, המסגרת המשפטית הראויה להסדרת בעיית המחשוב הפולשני צריכה להיות מסורתית בעיקרה ("מלמעלה למטה") ולהיות מותווית גם בחקיקה נזיקית. האינטרנט דומה ליבשת חדשה, הנמצאת בשלבי ההתהוות הראשוניים, שבהם קיים חשש להיווצרות מצב של "כל דאליס גבר"; המחשב והאינטרנט אינם מהווים "כלי קודש" הדוחה זכויות יסוד ואף לא שטח "מחוץ לתחום" אשר אין להתערב בתפעולו. להיפך – טוען המאמר – דווקא הוספת עוולת חדירה למחשב עשויה להגן על הגישה החופשית לאינטרנט ועל המסחר המקוון, וזאת – על-ידי הבטחת סביבת עבודה בטוחה ומוגנת מפני פלישה והתערבות.

* ד"ר, בוגרת התוכנית לתואר שלישי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. מאמר זה מבוסס על מחקר שנערך בהדרכת פרופ' אריה רייך במסגרת תוכנית זו.

** פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. Visiting Professor, University of Toronto. המאמר נכתב בעת השבתון שלי באוניברסיטת טורונטו, ואני מודה לצוות הספרייה שלה על הסיוע האדיב ולאריאל כ"ץ על הערותיו המועילות.

לאור היעדר העולה בחוק הנוכחי, נבחנו בחלקו השני של המאמר כמה חלופות אפשריות להשגת הגנה משפטית אזרחית מפני חדירה למחשב במסגרת הדין הקיים: עולת הפרת חובה חקוקה; עולת הרשלנות; עולת הסגת גבול במיטלטלין; ועולות הקיימות בחוק המחשבים (שינוי חומר מחשב והפרעה לשימוש במחשב). המסקנה העולה מבחינה זו היא, שעולות אלה עשויות לספק תחליף מסוים בחלק מהנסיבות לעולה מיוחדת בחוק המחשבים, בתנאי שתיתן להן פרשנות מתאימה על-ידי בתי המשפט. אולם, מענה נזיקי מושלם דורש עולה מיוחדת.

- א. מבוא
- ב. פרק הנזיקין בחוק המחשבים
- ג. פתרונות חלופיים בדין הקיים
- ד. סיכום ומסקנות

א. מבוא

בחוק המחשבים התשנ"ה-1995,¹ קיימת עבירה פלילית של חדירה למחשב, אך לא קיימת עולה נזיקית מקבילה. עולה כזו תוכננה במקור להיכלל בנוסח החוק והופיעה בטיטוט החוק, אך הושמטה בסופו של דבר מנוסח החוק מנימוקים שונים. לפיכך, אדם המגלה שמחשבו נפרץ, אין בידו עילת תביעה על-פי חוק המחשבים בגין החדירה עצמה, לא לקבלת פיצויים ואף לא לקבלת צו מניעה נגד הפורצים, גם אם זהותם ידועה לו. לכאורה, תרופתו היחידה היא פנייה למשטרה ולרשויות התביעה הפלילית בתקווה כי אלו יחקרו את העניין ויחליטו על פתיחת הליכים פליליים. לשם כך יצטרכו רשויות אלה להשתכנע כי יש בידן את הראיות הדרושות לצורך הרשעה פלילית וכי יש "עניין לציבור" בפתיחת הליכים כאלה ובניהולם עם ההשקעה של המשאבים הציבוריים הכרוכה בכך. תוצאת הבחירה בנתיב הפלילי תהיה, לכל היותר, ענישת העבריינים, אך בדרך כלל לא פיצוי הנפגע מהחדירה.

במאמר זה אנו מבקשים לבחון בעין ביקורתית את תקפות הנימוקים שהביאו בזמנו להשמטת העולה של חדירה למחשב מנוסח חוק המחשבים, הן לגופם והן לאור ההתפתחויות שחלו בזירת המחשב בעשור שעבר מאז חקיקת החוק. נבקש לטעון שנימוקים אלה אינם עומדים במבחן הביקורת. לדעתנו, התגברות תופעת המחשב הפולשני, מצד אחד, והעלייה המסחררת בחשיבותו ובמרכזיותו של המחשב בחברה ובחיינו של האדם המודרני מאז חקיקת החוק מצד שני, מחייבות היום את הרחבת ההגנה האזרחית על השימוש במחשב. כמו שהחוק הגן מאז ומעולם על מרחבו הפרטי

1 ס"ח תשנ"ה, 366. להלן גם: "החוק".

של האדם מפני חדירה של מסיגי גבול, כך בימינו יש צורך להגן על "מרחבו הווירטואלי", קרי על מחשבו של האדם, המהווה בעבורו מרחב מחיה מוחשי ומשמעותי לא פחות ממרחבו הפיסי, מפני חדירה של מסיגי גבול זדוניים. לפיכך, מתחייבת, לדעתנו, הוספת העוולה של חדירה למחשב לחוק המחשבים.

במסגרת המאמר נבחן גם מספר חלופות אפשריות להשגת הגנה אזרחית כאמור במסגרת הדין הקיים. כך תיבחן האפשרות לעשות שימוש בעוולה בדבר הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין), עוולת הרשלנות, עוולת הסגת גבול במיטלטלין וכן בעוולות הקיימות בחוק המחשבים.² נראה שאפשרויות אלה – הגם שהן רצויות כשלעצמן, לאור הנימוקים שנביא – הינן מוגבלות ובעייתיות. מטבע הדברים, מדובר במנגנונים פחות ברורים ומותאמים להתפתחויות הטכנולוגיות, וגם אם, בסופו של דבר, חלק מן העוולות הללו ייושם על-ידי בתי המשפט – דבר המוטל בספק – הן תמיד יפלו ביעילותן בהשוואה לעוולה מפורשת בחוק המחשבים. לפיכך, בשל חשיבות העניין ובשל הספק שקיים באשר לפרשנות הוראות החוק הרלוונטיות, אנו ממליצים שלא לסמוך על האפשרות של פיתוח הדין על-ידי בתי המשפט, אלא לנצל את ההזדמנות של בחינת חוק המחשבים בתום עשור לחקיקתו כדי להוסיף לו את העוולה הנדרשת של חדירה למחשב.

ב. פרק הנזיקין בחוק המחשבים

יש הסכמה כללית למדי בין ההיסטוריונים של המשפט, שדיני הנזיקין המודרניים, כפי שאנו מכירים אותם כיום, החלו להתפתח בעקבות המהפכה התעשייתית, ובמיוחד עם הופעת הרכבת.³ ככל שהרכבת הייתה תופעה מבורכת שאיפשרה תנועה מהירה ובטוחה

2 ייתכנו לעיתים פתרונות חלקיים נוספים לבעיית העדר עוולה ספציפית, אך באלו לא נדון במאמר זה. לדוגמה: סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981 (בילוש או התחקות) (אך ראו הערותינו בעניין זה בהערה 39 להלן, פגיעה בזכויות יסוד לפרטיות ולאוטונומיה כראש נזק במסגרת עוולת-מסגרת, כגון עוולת הרשלנות, עשיית עושר ולא במשפט, עיכוב נכס שלא כדין ועוד).

3 ראו למשל: L. M. Friedman *A History of American Law* (1973), המתאר בלשון ציורית את השפעת הרכבת על התפתחות דיני הנזיקין: "The explosion of tort law and negligence in particular, must be entirely attributed to the age of engines and machines. In pre-industrial society, there are few personal injuries, except for assault and battery. The machines and tools of modern man, however, blindly cripple and maim their servants. From about 1840 on, one specific machine, the railroad locomotive generated, on its own steam (so to speak), more tort law than any other in the 19th century. The railroad engine swept like a great roaring bull through the countryside,

יחסית בין מקומות שונים, וכן מנוף אדיר לפיתוח כלכלי של אזורים נידחים, כך היא הייתה גם גורם של נזקים לרכוש ולגוף בהיקפים ובדרגות חומרה שלא היו מוכרים עד אז. האתגר של מערכת המשפט היה להתמודד עם תופעה זו כדי להבטיח שהניזוקים יקבלו את הפיצויים המגיעים להם, וגם כדי לגרום להנהלת חברות הרכבות לנקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים כדי להפחית את הסיכון לנזק עד כמה שאפשר. טחנות הצדק ידועות באיטיות טחינתן, אך כעבור כמה עשורים הן פיתחו בכל זאת את הדוקטרינות והעוללות המתאימות כדי להתמודד עם האתגר. המצאת המחשב בדורנו, ובמיוחד המחשב האישי ורשת האינטרנט שהם תופעות חדשות יחסית, גם היא ללא ספק תופעה מבורכת שיש בה פוטנציאל בלתי רגיל לפיתוח כלכלי, לקידמה השכלתית ותרבותית, להפצת ערכים ליברליים ודמוקרטיים ועוד. אך – כמו הרכבת – גם היא לא באה בלי צד אפל, בלי נזקים. נגיפי מחשב הרסניים המתפשטים כמו אש בשדה קוצים, דואר זבל (spam) הממלא את תיבות הדואר האלקטרוני שלנו עד אפס מקום וגורם לבזבוז זמנו וכספנו, פריצות לתוך המחשבים שלנו כדי לשלוף מהם מידע פרטי או סודי, או התקנת תוכנות ריגול העוקבות אחר כל פעולותינו בעת הגלישה באינטרנט, כל אלה הם רק חלק קטן מהמרעין בישין שמהפכת המחשב האישי והאינטרנט הביאו עלינו. אחד האתגרים של מערכת המשפט בדורנו הוא אפוא למצוא את התרופות המשפטיות הראויות לתופעות אלו, בין במסגרת המשפט הפלילי ובין במסגרת דיני הנזיקין, ואולי אף במסגרות אחרות. לפחות במבט ראשון, דיני הנזיקין נראים כפלטפורמה מתאימה, ולו חלקית, לטיפול בתופעה: יש לנו מזיק, יש לנו ניזוק ויש נזק.

ואמנם, כך סברו גם יוזמי חוק המחשבים. על-כן, הם כללו בחוק החדש פרק מיוחד המוקדש להיבטים של דיני הנזיקין.⁴ פרק זה יצר עוולה חדשה בנזיקין, הכוללת מעשים של "הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב", וכן "מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת".⁵ עוולה זו נועדה לתת תשובה במסגרת המשפט האזרחי למעשי נזיקין שונים הייחודיים למחשב ולשימוש במחשב, כפי שראו אותם יוזמי החוק בשעה שניסחו אותו. אולם, את עוולת "החדירה למחשב" החליטו יוזמי החוק להשמיט מנוסח החוק הסופי, בעודם משאירים בו עבירה פלילית של "חדירה לחומר מחשב" (סעיף 4 לחוק).

במאמר זה יש ברצוננו לבחון את הנימוקים שהביאו להחלטה שלא לכלול גם עוולה כזו. למעשה, ברצוננו לבחון אם בכך מילא המחוקק את חובתו להתאים את המשפט בכלל, ואת דיני הנזיקין, בפרט, לתמורות הזמן ולהתפתחויות טכנולוגיות משמעותיות, כדי להגן על הציבור מפני פגיעות חדשות ומטרידות שלא היו ידועות עד כה. בהקשר זה חשוב גם לזכור שעברו עשר שנים מאז חקיקת החוק, ובעידן המחשב

carrying out an economic and social revolution; but it exacted a toll of thousands, injured and dead."

4 פרק ג' לחוק.

5 שם, סעיף 7 לחוק.

עשר שנים משולות כמעט לנצח נצחים. הרבה דברים השתנו מאז, ובמיוחד מהפכת האינטרנט שתפסה תאוצה רק אחרי חקיקת החוק. יתכן אפוא, שגם אם ההחלטה בזמנה הייתה נכונה, הרי שהיום עם התפשטות תופעת המחשוב הפולשני והנזקים המתלווים אליה, יש מקום לבחון החלטה זו מחדש.

לצורך מאמר זה נשתמש במונח "חדירה למחשב" באופן שבו הוא הוגדר בסעיף 4 לחוק: "חדירה שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב", לאמור: "חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979".⁶ מדובר אפוא לא רק על חדירה פיסית למחשב של מאן דהו,⁷ אלא בהתקשרות או בהתחברות⁸ לתוך מידע או

6 סעיף 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, כולל בגדר "שיחה", שהאזנה לה נאסרה בחוק, גם "תקשורת בין מחשבים". לפיכך, מי שבאמצעות מכשיר כלשהו מאזין, מעתיק או מקליט תקשורת כזו, עובר עבירה של "האזנת סתר" שבחוק זה. לעיתים, פעולה זו של האזנה, העתקה או הקלטה של תקשורת זו, מתבצעת באמצעות חדירה למחשב, ואז הפעולה יכלה להיות עבירה לפי שני החוקים. ואולם, הואיל ובמקרה כזה באופן מהותי האזנה היא הפעולה העיקרית, העדיף המחוקק להחיל עליה רק את חוק האזנת סתר עם כל הסדריו המיוחדים, שהוא מותאם יותר למהותה ולאופיה של הפעולה האסורה, ולהחריג את חוק המחשבים.

קיימים מספר עקרונות מנחים הנוגעים לקביעת קו הגבול שבין עבירת החדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב לבין עבירת האזנת סתר, בהקשר הנ"ל. ככלל, חוק האזנת סתר חל על מידע הנמצא במצב צבירה של ניידות ומעבר (ראו הגדרת "בזק" בחוק המשתמש בביטוי "המועברים") ולא במצב צבירה של איחסון קבוע, כנדרש בגדר חוק המחשבים ("נתונים המאוחסנים"). פרשנות לשונית זו שוללת את התפישה לפיה חדירה למחשב ועיון בדואר אלקטרוני השמור בו מהווים עבירת האזנת סתר. לעומת זאת, כל עוד תהליך ההעברה בין שני בעלי השיחה נמשך וטרם הסתיים, יחול חוק האזנת סתר. לפיכך נראה, שחוק האזנת סתר הוא שיחול במקרה של חדירה לשרתים של ספקית שירות אינטרנט וקריאה של דואר אלקטרוני הנמצא בשלבי מעבר בין בעלי "השיחה". וראו גם ת"פ (ת"א) 40250/99 **מדינת ישראל נ' בדיר**, תק-מח (3)01 1793 (2001) (להלן: "**פרשת בדיר**"). אך השוו לעמדתו של א' הלם, **דיני הגנת הפרטיות** (תל-אביב, 2003) בע' 434, הסובר, כי רק קליטה של תשדורת דואר אלקטרוני בזמן קליטתה תהווה האזנה אסורה. לדעתו, בע' 439, הערה 66, יש להחיל את חוק האזנת סתר בנוגע ל"חילופי דברים בו זמניים כגון בצי'אט או בתוכנת ICQ", שכן "דואר אלקטרוני הוא יותר בבחינת מונולוג של צד אחד, ואילו הצד האחר משיב – אם בכלל – בזמן עתידי בלתי ידוע". לפי עמדה זו, יוכל חוק המחשבים לחול גם על חדירה למחשב לצורך קריאת תשדורות דואר אלקטרוני שטרם הגיעו לתעודתן. יחד עם זאת, הוא מציין כי הדברים אינם נקיים מספק, במיוחד בכל הנוגע לתשדורת דואר אלקטרוני רציפה.

7 אם כי גם זו נכללת, לדעתנו, בגדר העבירה. וראו גם **פרשת בדיר**, לעיל הערה 6, בע' 1849.

8 הפרשנות הראויה של סעיף 4 לחוק רואה גם בפתיחת קובץ (חומר מחשב) במחשב דולק, חדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב. החדירה עשויה להתבטא בהפעלה של פונקציה מסוימת במחשב, כמו, למשל, בפתיחת קבצים ללא הרשאה. אשר לחיבור חלקים למחשב כבוי, למשל על ידי חיבור מודם למחשב הנחדר, באופן כללי דומה שאין במעשה זה כשלעצמו (עוד בטרם נעשה שימוש במודם לצורך חדירה לקבצים) משום "חדירה" – שכן אין בו משום התקשרות או הפעלה והואיל

תוכנה⁹ שבתוך מחשב הזולת.¹⁰ בהקשר זה חשוב לזכור, כי חדירה כאמור תהווה עבירה או עוולה רק אם נעשתה **שלא כדין**.¹¹ אך אם נעשתה בהסכמה מפורשת או מכללא של בעל חומר המחשב, לא תהיה כאן עילה על-פי החוק. כך, למשל, אדם המעלה אתר לרשת האינטרנט נותן בכך הסכמה מכללא שכל מי שמחובר לרשת זו יוכל להיכנס לאתר שלו ו"לחדור" לקבצים השונים המוצגים באתר, והכול כמובן תוך שימוש סביר ומקובל. על-כן, כניסה כזו לאתר לא תהווה כמובן עוולה על-פי החוק.¹² ואולם, חריגה משימוש סביר ומקובל, תוך סטייה ברורה מן ההסכמה הכרוכה בהעלאת האתר לרשת – כגון, חדירה שמטרתה הפלת האתר באמצעות "הפצצתו" או חדירה לקבצים שלא נועדו לשימוש הכלל, והתנהגות מזיקה אחרת – עשויה במקרים מתאימים להוות "חדירה שלא כדין" על-פי החוק. אנו מקבלים גם את דעת המלומדים הסוברים שהמונח "שלא כדין" פירושו **היעדר צידוק** למעשה שנעשה **כדין חיצוני** לחוק הנדון, היינו "בניגוד

ואין בדבר "חדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב", אלא רק התחברות למחשב כאובייקט פיסי. עם זאת, ניתן לראות בדבר פעולת הכנה, העשויה לבוא ברשתה של האחראית הפלילית.

9 ראו את הגדרת "חומר מחשב", סעיף 1 לחוק.

10 ראו עוד להלן בפסקה ג 1(ב), הדין על יסודות עבירת המחשב.

11 בכל הנוגע לחוק המחשבים יש לראות במושג "שלא כדין" יסוד המתייחס, בראש ובראשונה, לרכיב של **הסכמה**, הטבוע בעבירות ובעוולות. רכיב ההסכמה "מכשיר" מעשה ומוציאו מגדר עבירה או עוולה. לפרשנותו של מונח זה ראו **פרשת בדיר, לעיל** הערה 6, שם קבע בית המשפט, שהכוונה במונח "שלא כדין" היא לחדירה למחשב ללא שימוש בהיתר כדין או בהרשאה חוקית מכל סוג. וכן ראו עמדתו של מ' דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" **עיוני משפט** כב (תשנ"ט) 427, 437, המציע שתי משמעויות למושג "שלא כדין". האחת – ללא הסכמה או רשות, והשנייה – בניגוד לעקרונות משפט כלליים. דויטש מסביר, שהמונח "שלא כדין" מתייחס לפעולות שנעשות שלא בהסכמת הנפגע או בעל הזכויות. לדבריו, הפעולה היא "כדין", במצבים בהם ניתנה הסכמה מוסמכת (שהיא המקרה הטיפוסי בו תיחשב הפעולה לפעולה "כדין"), וגם במצבים בהם קיים דין המתיר את הפעולה. אך השוו לת"פ 3047/03 **מדינת ישראל נ' מורחי**, פדאור (12) 04 397 (2004), אשר נדחה בחלקו בערעור (ע"פ 3047/03 **מדינת ישראל נ' מורחי** (טרם פורסם)), וכן השוו לבד"מ 19/00 **ועד מחוז ירושלים נ' עו"ד מרק צל** (www.mishpat.ac.il/comlaw10), אשר בוטל אף הוא בערכאת הערעור. לדין נרחב במונח "שלא כדין" בהקשר לחוק, ראו ש' אהרוני-גולדנברג, **תופעת המחשוב הפולשני: סערים אורחיים**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, בהנחיית פרופ' א' רייך, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

12 כך גם אדם המוריד תוכנה של שיתוף קבצים, נותן בכך את הסכמתו (בדרך כלל המפורשת, שכן הוא נדרש להסכים תחילה לתנאי השימוש בתוכנה) לכך שמשתמשים אחרים יוכלו "לחדור" למחשבו כדי להוריד ממנו קבצים (כגון קבצי מוסיקה או סרטים) שהוא מחזיק בו. בתמורה, יוכל גם הוא להוריד קבצים כאלה ממחשבים של אנשים אחרים. מקרים אלה, כל עוד הם נעשים באופן סביר במסגרת ההסכמה שניתנה, לא יהוו אפוא עילה לתביעה על-פי העוולה המוצעת על-ידינו (כפי שאין הם מהווים עבירה על-פי החוק).

לעקרונות משפט כלליים¹³. לפיכך, ייתכנו מצבים שבהם החדירה למחשב תהיה מותרת על-פי הצדקים מפורשים שבדין¹⁴ או על-פי עקרונות משפטיים כלליים הגוברים על הנורמה האוסרת חדירה למחשב הזולת. במצב הקיים בחוק המחשבים, המאופיין בהעדר איזונים והגנות, פרשנות זו של המונח "שלא כדין" מאפשרת לבית המשפט גמישות, מקום בו קו הגבול בין המותר לאסור מטושטש. יישום המונח "שלא כדין" כצידוק, הקבוע בחוק חיצוני או בעיקרון משפטי כללי, עשוי להוביל להגנות משפטיות לעוולות ולעבירות המחשב, שמקורן בתחומים שונים. כך למשל, ייתכנו מקרים שבהם תקנת הציבור תצדיק את החדירה, ותהפוך אותה ל"כדין"¹⁵.

1. הנימוקים לאי חקיקת עוולה בדבר חדירה למחשב

לחוק המחשבים קדמו שני גלגולים. הראשון, טיוטת חוק המחשבים (1992) (להלן: "טיוטת חוק המחשבים")¹⁶ והשני, הצעת חוק המחשבים¹⁷. סעיף 10(2) לטיוטת חוק המחשבים כלל עוולה רחבה של חדירה למחשב,¹⁸ ואולם מהנוסח הסופי של החוק

13 ראו מ' דויטש, לעיל הערה 11, בע' 437; ד' קרצ'מר, **מטרדים** (תש"ם) 165. כמו כן ראו ע"פ 2/73 **סלע נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(2) 371; ע"פ 5224/97 **מדינת ישראל נ' שדה אור**, פ"ד נב(3) 374.

14 כך גם בפקודת הנזיקין, סעיף 6 ("מעשה לפי חיקוק"); ולשם השוואה, בחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, סעיף 3(1) ("הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין"). לפיכך, יוכלו המחוקק או מחוקק המשנה להתיר פעולות מסוימות של חדירה הדרושות לדעתם לשם תקנת הציבור או לשם קידום מטרה חברתית חשובה.

15 כך, למשל, ייתכן שיש מקום להתיר כניסה לאתרי מכירות ברשת האינטרנט גם למי שבעל האתר אסר את כניסתו, וזאת – כאשר הדבר מתבקש משיקולים של תקנת הציבור וקידום התחרות. ראו לעניין זה את פרשת eBay, Inc v. Bidder's Edge, Inc., 100 F. Supp. 2d 1058 (N. Cal. (2000)). שם עסקה במקרה של מניעת כניסה לרובוט השוואת מחירים לתועלת הגולשים. ייתכנו גם מקרים שבהם חופש הביטוי או חופש המידע יצדיקו דחיית תביעה בגין חדירה למחשב. כך יוכל בית המשפט למנוע שימוש לרעה בעוולת החדירה המוצעת כאן. כמו כן, יש מקום לשקול את תחולת ההגנות שבסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, בדרך של אנלוגיה במקרים מתאימים.

16 טיוטת חוק המחשבים, 1992 (לא פורסמה).

17 הצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 478.

18 בסעיף 10 לטיוטת החוק, לעיל הערה 16, הוצע לקבוע את המעשים הבאים כעוולה נזיקית: "המעשים המנויים להלן הם עוולות על פי פקודת הנזיקין... (1) שיבוש, שלא בהסכמה כדין, של מחשב, של חומר מחשב, של פלט או של שירותי מחשב תקינים; לעניין זה, 'שיבוש' – לרבות שינוי, פגיעה או הפרעה לשימוש; (2) חדירה למחשב, שלא בהסכמה כדין; 'חדירה למחשב' – כמשמעותה בסעיף 6; (3) עיכוב של מחשב או של דבר המגלם חומר מחשב, שימוש באלה שלא בהסכמה כדין, או גזילתם". "חדירה למחשב" הוגדרה, בסעיף 6 לטיוטת החוק (עבירת "חדירה

הושמטה עוולת החדירה למחשב.¹⁹

מדוע בחר המחוקק, בסופו של דבר, שלא להגן על הערכים הבלתי מוחשיים המשמשים בעבודת המחשב בכל הנוגע להסגת גבול במחשב? להחלטת המחוקק שלא לחוקק עוולה פרטיקולרית, הנוגעת לחדירה למחשב, ניתנו שני הסברים: ההסבר האחד מובא בדברי ההסבר למבוא לפרק ג' ("נוזיקין") להצעת חוק המחשבים והוא מתייחס לכך שהמחוקק אינו מעוניין להעניק הגנה כוללת למידע, אף כשהוא אינו אישי-פרטי או סוד מקצועי: "אילו נקבעה עוולה כזו משמעותה הייתה שגם מידע שאיננו סוד מסחרי או מידע אישי-פרטי, היו זוכים [כך במקור] להגנה קניינית כוללת רק משום אמצעי האחסון של המידע; הגנה כזו היא רחבה מדי, ועדיף להותיר נושא זה לתחולתם של הדינים הכלליים כמו דיני סודות מסחר ודיני הגנת הפרטיות".²⁰ הסבר דומה ניתן במאמרו של פרופ' מיגל דויטש על החוק.²¹

שלא ברשות למחשב), כ"התקשרות או התחברות עם מחשב, אך למעט חדירה למחשב שהיא 'האזנה' לפי חוק האזנת סתר". זוהי הגדרה רחבה של "חדירה למחשב", שכן אין כאן דרישה לנוק או להפרעה כלשהם במידע הממוחשב. בדברי ההסבר לפרק הנוזיקין בטיטת חוק המחשבים הוסבר, כי מטרת ההצעה היא למעשה "הגנה ראויה לערכים הבלתי מוחשיים, המשמשים בעבודת המחשב", שכן דיני הנוזיקין אינם נותנים כיום "מענה הולם לפעילות מוזיקה ביחס לחומר מחשב; עוולות הגזל והעיכוב מטפלות רק בגזילת ועיכוב נכסים ממשיים, וכך גם הסגת הגבול במיטלטלין. על כן פעולות של הסגת גבול בחומר המחשב עצמו, או של שיבושו, שלא אגב נגיעה בנכס מוחשי, אינן מוגנות כיום בדיני הנוזיקין".

19 השוני העיקרי שבין טיטת חוק המחשבים והצעת החוק לבין הנוסח הסופי של החוק מתבטא בכך, שבעוד שאחד ממרכיבי העוולות הוא שהמעשה נעשה "שלא בהסכמה כדין", הנוסח הסופי מתייחס למעשה "שלא כדין" ובכך יש הרחבה מסוימת של העוולה. כמו כן, בעוולת הגזל של דבר המגלם חומר מחשב (סעיף 17(1) דהיום) ההתייחסות היא רק לגזל של דבר המגלם חומר מחשב, בעוד שבגלגולים הקודמים של החוק ההתייחסות הייתה גם לגזל של מחשב. לכאורה כיום, במקרה של גניבת מחשב, יש צורך להשתית את התביעה גם על עוולת גזל שבפקודת הנוזיקין. ואולם, דבר המגלם חומר מחשב, כפי שנראה להלן, יכול להיות כל דבר פיסי, המכיל מידע ממוחשב, ולפיכך הוא יכול לכלול את המחשב עצמו, כך שהנוסח המקורי הכיל כפילות מיותרת וטוב ששונה. כמו כן, מהנוסח הסופי של החוק הורדה עוולת העיכוב של מחשב או של דבר המגלם חומר מחשב, אך ניתן לומר שהיא כלולה בהגדרת גזל (כהגדרת "גזל" בפקודת הנוזיקין) או בהגדרת הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב. עוולת "שימוש במחשב או בדבר המגלם חומר מחשב, שלא בהסכמה כדין" אינה מוצאת את ביטוייה בחוק המחשבים. כמו כן, הגדרת שיבוש והפרעה הורחבו בנוסח הסופי – שיבוש, מחיקה, שינוי והפרעה "בכל דרך שהיא" לשימוש במחשב. לעומת זאת, בהצעת החוק, הייתה התייחסות בהגדרת "שיבוש" גם להפרעה לשימוש או "לגישה" למחשב או לחומר המחשב. ואילו בחוק עצמו מדובר רק על הפרעה לשימוש במחשב, אם כי "בכל דרך שהיא".

20 דברי ההסבר לפרק ג' – כללי להצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 481.

21 מ' דויטש, **לעיל** הערה 11, בע' 445-446: הימנעות זו, לדבריו, "נבעה מהרצון להימנע מהפליה, בסוגיית החסיון של המידע, בין קבוצות מידע זהות במהותן ובתוכנן רק מחמת העובדה שבמקרה אחד המידע הוא ממוחשב ובמקרה אחר אין הוא כזה".

ההסבר השני עולה מבין השיטין במאמרו הנ"ל של דויטש, ולפיו את ההרתעה הדרושה נגד חדירה למחשב ניתן כביכול להשיג באמצעות המשפט הפלילי, ואין צורך לגייס למטרה זו גם את דיני הנזיקין. הסבר זה נתמך בקביעה גורפת בהרבה, ומעט מפתיעה, ולפיה מטרת ההרתעה, לפי רוב הדעות, אינה עוד מטרה מרכזית בדיני הנזיקין.²² עם זאת, גם דויטש מודה שזוהי סוגיה קשה שאינה נקיה מספקות. להלן נציע את הנימוקים אשר תומכים לדעתנו ביצירת עוולת החדירה למחשב, תוך דחיית שני הטיעונים אשר הביאו להשמטתה מן החוק.

2. הנימוקים בעד חקיקת עוולת החדירה למחשב

(א) הגנת המרחב הווירטואלי של האדם מפני הסגת גבול

העמדה שמתנגדת לחקיקתה של עוולת החדירה למחשב מתייחסת בעיקר לנימוק נורמטיבי-קנייני – חוסר רצון לתת הגנה קניינית למידע שאינו אישי-פרטי רק בשל היותו מאוחסן במחשב. לפי דעתנו, נקודת המוצא הקניינית של תפישה זו מעוררת קשיים. ההגנה המשפטית על זכותו של אדם לפרטיות איננה פועל יוצא רק של זכות קניינית כזו או אחרת במידע שעלול להיחשף. ההגנה עליה נובעת מן ההכרה האוניברסלית בכך שלאדם יש זכות להגנה מפני חדירה בלתי מוסמכת לתוך רשות היחיד שלו.²³ בדיוק כפי שאדם זכאי לפרטיות בתוך ביתו פנימה, שם זכאי הוא לנהוג

22 **שם**, בע' 446: "מטרה הרתעתית בעוצמה דומה [כמו זו הקיימת במשפט הפלילי, ש.א.ג. וא.ר.] אינה קיימת בהקשר הנזיקי. אף שיש הסוברים שקיימת גם מגמה הרתעתית בדיני הנזיקין, דעה זו מקובלת כיום פחות."

23 הכרה זו מעוגנת בשלל אמנות בינלאומיות כמו ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם משנת 1948 (סעיף 12 – ראו ציטוט בטקסט להלן); באמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, בסעיף 17; אמנת האו"ם על הגנת זכויות עובדים מהגרים משנת 1990, בסעיף 14; אמנת האו"ם על זכויות הילד משנת 1989, בסעיף 16; והאמנה האירופית על הגנת זכויות אדם וחירויות יסוד, משנת 1950, בסעיף 8. כבר במאמר היסודי של וורן וברנדייס הוגדרה הזכות לפרטיות כ: "the right to be let alone", ראו: S.D. Warren & L.D. Brandeis, "The Right to Privacy" 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 193; ובמאמר החשוב של פרוסר, המנתח את החקיקה והפסיקה האמריקניות שניתנו ב-70 השנים שחלפו מאז פרסום מאמרם החלוצי של וורן וברנדייס, הוא מזהה ארבע עוולות נזיקיות שונות שצמחו מן המושג "פרטיות", כשהראשונה שבהן מתייחסת לחדירה ל"בידודו וניתוקו" של התובע: "Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs" 48 *Cal. L. Rev.* 383, 389 (1960). בעוולה זו הוא כולל כניסה לביתו של אדם, לחדרו במלון, לתא של אישה באונייה וחיפוש לא חוקי בתוך תיק הקניות שלה בחנות. הוא מציין, כי עיקרון זה כבר הורחב מעבר לחדירה פיסית גם אל חדירות מופשטות יותר, כגון האזנה לשיחות פרטיות על-ידי ציטות או החדרת מיקרופון וכן הצצה דרך החלון לתוך ביתו של אדם. קשה למצוא הבחנה רלוונטית בין מקרים אלו

באופן חופשי ומשוחרר כל עוד אין הוא פוגע בזולת, מבלי לחשוש ממציצים או מפולשים, כך מן הראוי שמחשבו יהיה מוגן מפני הצצות ופלישות. מחשבו של אדם מהווה, למעשה, טריטוריה חדשה שלו הראויה להיות מוגנת. חדירה למחשב מהווה חדירה לטריטוריה של הפרט ללא כל קשר למהות המידע המאוחסן במחשב. הצורך להגן מפני חדירה למחשב של הזולת אינו פועל יוצא רק של חיסיון מידע כזה או אחר; אדם בן-זמננו מחזיק בתוך מחשבו את כל עולמו: האישי, המסחרי והיצירתי. לדעתנו, המחשב יוצר גבול וירטואלי חדש, שאין להסיגו. עוולת הסגת הגבול, אשר הייתה אפן-מולידתן של כל עולות הנזיקין במשפט המקובל,²⁴ מגינה מקדמת דנא על מרחבו הפרטי של האדם מפני פולשים. את התפילה העומדת מאחוריה יש להרחיב וליישם גם ביחס ל"מרחבו הוירטואלי" של האדם, באופן שהוא יהיה מוגן מפני חדירה של מסיגי גבול זדוניים או רשלניים. שהרי המחשב מהווה עבורו של האדם המודרני מרחב מחיה מוחשי ומשמעותי לא פחות, ואולי יותר, ממרחבו הפיסי. המחשב בהקשר זה משול לבית, לחצר או למכונית.²⁵ פלישה לטריטוריה זו מהווה פגיעה בזכות יסוד חוקתית

לכין חדירה למחשבו הפרטי של אדם. נהפוך הוא. ניתן לומר, כי לאור מרכזיותו של המחשב בחברה המודרנית יש לראות בחדירה שאינה מורשית אליו פגיעה קשה בפרטיותו של בעל המידע. המחבר Maitland כינה את עוולת הסגת הגבול: "the fertile mother of actions" (Maitland, 24 Cambridge University Press (1936) 48 "Forms of Action at Common Law"). ראו גם: *Salmond on the Law of Torts* (13th ed.) (1961) 5; *Winfield and Jolowicz on Tort* (14th ed.) (1994) 46; C. O. Gregory "Trespass to Negligence to Absolute Liability" 37 *Va. L. Rev.* (1951) 359 at p. 361. במשפט האנגלי עד אמצע המאה ה-19, ניתן היה להגיש את תביעת הנזיקין רק אם הוצא writ מטעם המלך ביחס לתביעה הנדונה, כאשר הצורה המקורית היחידה שהייתה קיימת (עד למאות ה-13 וה-14) ושביגנה ניתן היה לקבל writ כזה הייתה תביעת ה-Trespass. תביעה זו התייחסה לא רק להסגת גבול למקרקעין של התובע, אלא גם ל"הסגת גבולו הגופני", לרבות תקיפה גופנית או כל התערבות רצונית אחרת ברכושו. גם כאשר הרחיבו את האחריות לנזקים לא-מכוונים או בלתי ישירים, כינו צורת תביעה חדשה זו: "trespass on the case", דהיינו, תביעה הדומה לעוולה של הסגת גבול (שם).

והשוו לעמדתו של פרופ' ד' האנטר "Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons" 91 *Cal. L. Rev.* (2003) 439, 447-448. האנטר טוען, שבקונטקסט המשפטי נעשה שימוש ב**מטפורה** השאובה מהעולם הפיסי והממשילה את האינטרנט ל"מקום" ("cyberspace as a place metaphor"), וכי בשל כך נעשית השלכה מתפישות של קניין פרטי לגישה המשפטית המיושמת במרחב הסיברקינטי. ואולם, לתפישתנו, הצורך להגן על הפרטיות ועל האוטונומיה במערכות מחשבים נובע מה**תחושות** הלגיטימיות של הפרט. התייחסותו של הפרט למחשבו כאל "מקום", ולגישה לא מורשית אליו כאל פגיעה בזכויותיו, היא המובילה למסקנה שיש להגן על מרחב וירטואלי זה מפני "גישה" לא מורשית. לפיכך, יש לבחון את הלגיטימיות של רגשותיו של הפרט הנפגע כתוצאה מחדירה למחשבו ואת הצורך להגן על האינטרסים החברתיים והכלכליים שלו ושל החברה, במובדל מהשאלה הנוגעת לאינטרנט כ"מקום". המבחן הוא, בראש ובראשונה מהותי ואינו טריטוריאלי. השאלה מהו רגש לגיטימי

לפרטיות, המתבטאת בחדירה למרחבו הפיסי (המחשב) והערטילאי (המידע הממוחשב) של הפרט.

אכן, בהקשר לעולת הסגת גבול במקרקעין (סעיף 29 לפקודת הנזיקין),²⁶ אין אנו שואלים מה בדיוק ראה או עשה מסיג הגבול בעת הסגת הגבול: האם הביט במעשים הנוגעים לצנעת חייו האישיים של מחזיק המקרקעין? שמא צילם אותו במצבים מביכים? האם העתיק מידע מסחרי סודי? או שמא היה בכוונתו לגנוב את רכושו? תשובה כזו או אחרת על השאלות הללו אינה נדרשת כדי שיתקיימו יסודותיה של עולת הסגת הגבול במקרקעין. הכניסה שלא כדין למקרקעי הזולת היא כשלעצמה מהווה עוולה, משום שהיא פוגעת בזכות החזקה הבלעדית שיש למחזיק המקרקעין. על-כן, החוק מקנה למחזיק את הזכות למנוע את הסגת הגבול, באמצעות ציוי, וכן את הזכות לקבל פיצויים על הפגיעה בזכותו אם סבל על-ידי כך נזק ממון.²⁷ באותה מידה ראוי להגן על זכות החזקה שיש לאדם במחשבו, ועל זכותו שלא יחדרו אל מחשבו אנשים זרים ובלתי מוסמכים שלא קיבלו את הסכמתו לחדור אל מחשבו באופן שבו חדרו.²⁸

(ב) הגנה על הפרטיות

עולת החדירה למחשב דרושה לצורך הגנה על פרטיותו של בעל המחשב. כפי שהוסבר בפסקה הקודמת, אדם בן זמננו מחזיק בתוך מחשבו את כל עולמו: את ענייני עבודתו, את התכתבויותיו הפרטיות והעסקיות, את הגיגיו, את מראי המקום של גלישותיו בשעות הפנאי ואת תוכניותיו לעתיד. חלק גדול מן החומרים הללו הינם ללא ספק בגדר מידע אישי הנמצא ברשותו של הפרט, והזכאי להגנה מכוח זכות היסוד לפרטיות. זכות

הראוי להגנה משפטית צריכה להיבחן בכל מקרה לגופו ולקבל מענה חוקי ספציפי. עם זאת, ככלל, ברי שחדירה למחשב המכיל מידע "סגור" (בניגוד לכניסה לאתר "פתוח") מהווה פגיעה בזכות לפרטיות, הראויה להגנה באמצעות חקיקה.

26 פקודת הנזיקין [נוסח חדש], דמ"י 10 בע' 266.

27 ראו הסיפא לסעיף 29 לפקודת הנזיקין, שם: "אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין, אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון". המונח "נזק ממון" מוגדר בסעיף 2 לפקודה כ"הפסד או הוצאה ממשית הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים".

28 עם זאת, אין אנו רואים טעם בהשאת התנאי של "נזק ממון", כפי שנדרש בעולת הסגת גבול. זוהי דרישה ארכאית שאין לה הצדקה היום. אין סיבה שבעל מחשב שניזוק מחדירה למחשב לא יוכל לקבל פיצויים גם על פגיעות שהן לא בגדר "נזק ממון", כגון, גרימת חרדה, בושה, פגיעה במוניטין, וכו'. כפי שכתב פעם השופט ברק: "כבודו של אדם, שמו הטוב, נוחותו ושלמות נפשו חשובים לחיי חברה תקינים וצריכים לקבל הגנה ראויה כמו כל אינטרס רכוש. כוסו וכיסו של אדם אינם חשובים יותר מכעסו!" ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113. טוב עשו אפוא מנסחי החוק שלא הלכו בעקבות הפקודה בעניין זה בסעיף 9 לחוק. לעומת זאת, ההגבלה הראויה של הזכות לפיצויים למקרה של חדירה למחשב היא דרישה לאשם, כפי שנקבע בסעיף 9 לחוק. כך נמנעת האפשרות שמי שחדר למחשב הזולת בטעות וללא רשלנות מצדו יחויב בפיצויים.

זו מוכרת בשורה של אמנות בינלאומיות, כמו גם במגילות זכויות אדם לאומיות. כך למשל, נקבע בסעיף 12 להצהרה האוניברסלית על זכויות האדם משנת 1948:

No one should be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence... Everyone has the right to the protection of the law against such interference...²⁹

ובסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,³⁰ זכתה זכות זו להכרה חוקתית נרחבת ביותר:

7. פרטיות וצנעת הפרט

- (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
- (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
- (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
- (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

משמעותה של הגנה זו היא, בין היתר, שלאדם יש זכות לנהוג ברשות היחיד שלו בצנעה ובאופן חופשי ומשוערר מפני מבטים של אנשים זרים שאין הוא חפץ בהתחקותם אחר מעשיו. הסברים פילוסופיים שונים ניתנו לזכות זו. יש שהסבירו שהפרטיות דרושה לאדם כדי שיוכל להגשים את זכות הבחירה המוסרית שלו,³¹ ויש שראו בה תנאי הכרחי לצורך האפשרות לפתח יחסים אינטימיים של רעות ואהבה.³² הסבר אחר, שהוא אולי המשכנע ביותר, רואה בזכות לפרטיות כמגינה על האינטרס שיש לאדם בפיתוח הזהות העצמית שלו וכחלק מן האוטונומיה שיש לו על גופו ונפשו.³³ ההגנה על הפרטיות עונה על הצורך של האדם, באשר הוא, לפתח רעיונות,

29 Universal Declaration of Human Rights, Adopted and proclaimed by the UN General Assembly, Resolution 217 A (III) of 10 December 1948. לאמנות בינלאומיות נוספות, ראו לעיל הערה 23.

30 ס"ח 1391 התשנ"ב, בע' 150.

31 ראו: G. Negley "Philosophical Views on Privacy" 31 **Law and Contemporary Problems** (1966) 319.

32 ראו: J. Rachels "Why Privacy is Important" 4 **Philosophy and Public Affairs** 323 (1975); C. Fried **An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice** (Cambridge, Mass., 1970).

33 ראו: J. H. Reiman "Privacy, Intimacy and Personhood" 6 **Philosophy and Public Affairs** 26 (1976); וכן: A. F. Westin **Privacy and Freedom** (New York, 1967). הגם שהצורך בפרטיות הוא במידה רבה תלוי-תרבות, וכי חברות שונות מאמינות בהענקת מידות שונות של פרטיות לחבריהן, הרי שהצורך במידה בסיסית של פרטיות הינו צורך אנושי אוניברסלי המשותף לכל החברה האנושית. ראו לעניין זה: K. S. Byford "Privacy in Cyberspace:"

ליצור ולגבש מחשבה עצמאית ושונה. כדי להשיג מטרה זו יש לתת לפרט להיות לבדו וכך לאפשר לו לבחון רעיונות, מחשבות ודרכי פעולה שונות, והכול באופן מוגן ומבלי שיחשוש מלגלוג, מעונש או מהעתקה.³⁴ ההגנה על זכות הפרטיות במחשבים מהווה גם ערובה לחופש מצפון ולחופש להחזיק ולפתח דעות פוליטיות עצמאיות בלי חשש מפני מעקב וסנקציות מצד השלטונות או מצד מתנגדים אחרים.³⁵ ולבסוף, היא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, באשר המסורת היהודית ייחסה מאז ומעולם חשיבות מרבית לזכות לפרטיות והייתה אולי הראשונה שהעניקה הגנה משפטית לזכות זו, הן בכל הנוגע לאיסור על צפייה או חיפוש במסתרי של הפרט (לרבות בדברי דואר שלו) והן בכל הנוגע להפצת סודות של הזולת.³⁶

כל הרציונלים השונים הללו שניתנו לזכות הפרטיות תומכים במסקנה שלאדם יש זכות להגנה מפני חדירה בלתי מוסמכת לתוך רשות היחיד שלו, היכן שהוא מנהל את ענייניו הפרטיים, ולעניין זה מה לי מרחבו הפיסי (ביתו, חדרו) ומה לי מרחבו הווירטואלי (מחשבו)? על-כן, יש להעניק לאדם **אוטונומיה** להחליט מי יוכל לעקוב אחרי מעשיו במחשב – ומי לא, מי רשאי לקרוא ולפרסם קובץ מהמחשב שלו ומי לא. חדירה למחשב של אדם כמוה כהסגת גבולו, והיא פוגעת ביכולתו להתפתח ולגבש מחשבה עצמאית ושונה.³⁷ אדם יכול ורשאי – ובפועל רוב בני האדם אכן כך נוהגים – להחזיק במחשבו התכתבויות ותמונות אינטימיות שלו, ולעניין זה הצצה בלתי מורשית

Constructing a Model of Privacy for the Electronic Communications Environment”
 1 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* (1998) 24, המתארת, בין היתר,
 מחקרים שנערכו בחברות פרימיטיביות שנראות לכאורה כמזוללות בערך הפרטיות.

34 ראו ר' גביון, "הזכות לפרטיות ולכבוד" **זכויות האדם בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של ד"ר חמן שלח ז"ל** (תשנ"ד) 61, 70. וראו גם: J. Kang, "Information Privacy in Cyberspace: Transactions" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1193, 1212-1217 עלול להוביל לצנזורה עצמית ולהתנהגות קונפורמיסטית של הפרט, גם כאשר ההתנהגות עליה נערכת התצפית אינה פלילית או נזיקית.

35 ראו בהקשר זה גם עמדתה של ר' גביון, **שם**, בע' 72.

36 ראו למשל: נ' רקובר, **ההגנה על צנעת-הפרט (Privacy)** (משרד המשפטים, 1970); וכן: E. Spitz "Pointers for American Legislation on Computer Privacy: Insights from Jewish Law" *National Jewish Law Review* (1987) 2, 63.

37 טיעון זה מחזק את הצורך להגן על טוטות ורעיונות, האגורים במחשב, אף אם אינם מהווים יצירה ספרותית, המוגנת על ידי דיני זכויות יוצרים, וזאת, בניגוד לתפישה המתנגדת לכל הגנה מפני חדירה, בטיעון שיש לקדם את השיתוף במידע (טיעון ה-sharing), ולבסס את יצירת חברת המידע הפתוח. ואכן, יש הסוברים שכל מהותה של רשת האינטרנט מבוססת על שיתופיות. ראו לדוגמה עמדתו של פרופ' נ' אחיטוב, **עולם ללא סודות – על חברת המידע הפתוח** (תל-אביב, 2002); וכן ד' האנטר, **לעיל** הערה 25. ואולם, אם הפרט אינו בשל לפרסם את יצירתו או את המידע שבידיו, אין להכריחו לעשות כן על ידי הסגת גבול למחשבו, שכן הדבר עלול לעצור את היצירה.

לתוך מחשבו עלולה להיות הרת גורל מבחינתו לא פחות, ולעיתים אף יותר, מאשר הצצה לתוך חדרו.

אדרבא, "הצצה" לתוך המחשב עשויה להיות קלה הרבה יותר לביצוע וקשה יותר לאיתור ולתפיסה מאשר הצצה לביתו של אדם. ראשית, מכיוון שטכנולוגיית המחשבים מאפשרת לבצע את החדירה למחשב הזולת ממרחק, במהירות, בקלות, בלי צורך בקירבה פיזית, בסתר ומבלי להשאיר עקבות. שנית, משחדר אדם לתוך המחשב של הזולת, קשה לעיתים לדעת בדיוק לתוך מה הוא "הציץ" ומה העתיק. כמו כן, הידיעה שאדם זר חדר לתוך מחשבו, עשויה לגרום לאדם עוגמת נפש או חרדה גדולה ואף לפגוע בהמשך השימוש שלו במחשב ("השפעה מצננת").³⁸ מטעם זה יש מקום להעניק הגנה מפני עצם החדירה הבלתי מוסמכת ולהעניק לבעל המחשב את הכלים המשפטיים-האזרחיים הדרושים להגנה כזו, מבלי לדרוש הוכחה פרטנית של טב הפגיעה בפרטיות. הוא הדין באשר לסודות מסחריים, שגם הם עשויים להימצא במחשב, ומשחדר מתחרה לתוך מחשבו של אדם, קשה יהיה להוכיח בדיוק איזה סודות גילה שם. על-כן, לא ניתן לקבל את הטענה, שיש להשאיר נושא זה לתחולתם של הדינים הכלליים כמו דיני סודות מסחר ודיני הגנת הפרטיות. מה עוד שהניסוחים המופיעים בחוקים הללו – אשר בחלקם נחקקו לפני עידן תקשורת המחשבים – אינם מתאימים תמיד למקרים של חדירה למחשב.³⁹

כפי שהזכרנו לעיל, מניעת חדירה למחשב תגן גם על זכותו של אדם לחופש מצפון ולחופש ביטוי, בלא חשש שגורמים בלתי מוסמכים – לרבות גורמים ממשלתיים או מפלגתיים – יתחקו אחר השקפותיו, הגיגיו והתכתבויותיו. בכך, חקיקת עוולה של חדירה למחשב עשויה לתרום אף לקידום הדמוקרטיה וחירות המצפון ולמניעת מגמות טוטליטריות. בהקשר זה יש לזכור כי העוולה עשויה לחול גם נגד רשויות המדינה.⁴⁰

38 ראו דיון בסעיף 3 דלהלן.

39 כך, למשל, סעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981 מדבר דווקא על "צילום אדם כשהוא ברשות היחיד", ולא על הצצה לתוך הצילום שלו או העתקתו, וגם לא ברור אם האמור בס"ק (2) על "האזנה האסורה על-פי החוק" חל על קריאת ההתכתבויות של אדם המאוחסנות במחשבו. החוק אינו כולל איסור כללי על חדירה לתוך רשות היחיד של אדם, כנראה מתוך הנחה שקיימים ממילא איסורים ועוללות של הסגת גבול במקרקעין ובמיטלטלין המסדירים עניין זה, ואילו החלת עוללות אלו על חדירה למחשב היא בעייתית מאוד – (ראו דיון בהמשך המאמר). כמו כן, איסור הפגיעה בפרטיות מתייחס רק לאדם בשר ודם, ולא לתאגיד (ראו הגדרת "אדם" בסעיף 3 לחוק, וכן בג"צ 648/99 נאוי נ' יור הכנסת, תק-על 1999 (1) 1512 (1999)). כך גם קיימות בעיות לעניין סודות מסחריים, שכן חוק עוללות מסחריות, התשנ"ט-1999 (סעיף 6(ב)(1)), דורש "נטילת" הסוד המסחרי, תנאי שכאמור קשה להוכחה כשהדבר נעשה באמצעות חדירה למחשב.

40 אמנם, קיימת הוראה בפקודת הפרשנות (בסעיף 42), שלפיה אין חיקוק בא להטיל חובה על המדינה, אלא אם כן נאמר בו כך במפורש. מכאן, ניתן לטעון אולי שללא הוראה מפורשת בחוק המחשבים אין הוראותיו חלות על המדינה. מצד שני, סעיף 2 לחוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, קובע ש"דין המדינה, לעניין אחריות בניזקים, כדין כל גוף מאוגד",

כמו כן, היא תהיה ניתנת לאכיפה באופן עצמאי על-ידי הנפגע, אשר אינו תלוי במדינה לצורך הגשת תביעתו האזרחית, וזאת, בניגוד ל**עבירות** החדירה למחשב, אשר כתב אישום בגינה יכול להיות מוגש רק בהסכמת המדינה.⁴¹ עם כל החשיבות הנודעת להכרה בזכות הפרטיות בכלל, ולמערכות מחשבים בפרט, מן הראוי לסייג את פרישתה של הזכות לפרטיות, במיוחד בכל הנוגע ל**רשות הרבים האינטרנטית**, כמפורט להלן:

ככלל, ההגנה על הפרטיות נפרשת בכל מקום ומלווה את האדם באשר הינו. יחד עם זאת, הגנת הפרטיות מוחלת **בעוצמות משתנות** בהתאם למיקום ולסיטואציה בהם מדובר. עוצמות אלו נובעות, בין היתר, מההבחנה שבין הפרטי לציבורי, בין ביתו של אדם לבין רשות הרבים. תפישה זו יפה גם במרחב הסיברקינטי. כפי שבעולם האמיתי יש הבחנה בין ההגנה המוענקת לביתו של אדם לבין זו המוענקת לאדם כשהוא ברשות הרבים, כך גם במערכות מחשבים קיימים **"מקומות שונים"**, כגון מחשב אישי, או להבדיל, אתר אינטרנט. את הפגיעה בפרטיות האזרח ב"מקומות" אלו יש לפרש לאור אופיים ומהותם⁴² ולאור הסיטואציה בה מדובר. אחד הכלים העיקריים לבחינת עוצמת ההגנה על הפרטיות שראוי להחיל ב"מקום" מסוים במרחב הסיברקינטי נוגע ל**הסכמה**, שהרי הפרט רשאי לוותר על ההגנה המשפטית על פרטיותו מכוח הסכמתו.⁴³

מכאן עולה המסקנה, שמבחינת הפגיעה בפרטיות, לא הרי חדירה למחשב אישי ועיון במידע האגור בו (למשל, טיוטת מאמר), כהרי כניסה לאתר אינטרנט המכיל מידע "הפתוח" לעיני כל (למשל, בלוג אישי). הכניסה לאתר אינטרנט הפתוח בפני ציבור הגולשים ועיון במידע האגור בו – גם במידע האישי – אינה מהווה חדירה לפרטיות,

ומכאן, שסעיף 7 לחוק המחשבים, היוצר אחריות בנוזיקין, חל גם על המדינה. כמו כן, ניתן לטעון שסעיף 11 לחוק המחשבים, המחייב את המדינה לקבל צו שופט לצורך חדירה למחשב, מלמד על כך שחדירה ללא צו כאמור אסורה גם על המדינה ושמסקנה זו משליכה גם על התחולה של סעיף 7 לחוק. מכל מקום, למניעת הספק רצוי לכלול הוראה מפורשת שהוראות החוק יחולו גם על רשויות המדינה.

41 יצוין, שעבירת החדירה למחשב אינה נמנית בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בין העבירות שניתן להגיש בגינן קובלנה פרטית. וראו גם ק"פ 15/03 סהר **תעשיות שלטים נ' אליאב פריאל**, דינים שלום, כרך מג 182, שם נקבע, כי לא ניתן להאשים במסגרת של קובלנה פלילית בעבירות לפי חוק המחשבים. בפרשה זו נטען כי הנאשם שלף מתא הדואר של סמנכ"ל הקובלת הודעת דואר אלקטרוני והעביר אותה לצד שלישי.

42 לביקורת על ההמשלה של האינטרנט ל"מקום" ראו: D. Hunter "Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons" 91 *Calif. L. Rev.* (2003) 439, 447-448.

43 ראו סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות; סעיף 2 לחוק האזנת סתר; סעיף 4 לחוק המחשבים. על מהותה של ההסכמה ופרשנותה הראויה ראו: ש' אהרוני-גולדנברג, הערה 11 **לעיל**, "שער האוטונומיה", בע' 274-299.

שהרי מדובר במעשה שנעשה **בהסכמה** – המידע הושם באתר כדי שיענינו בו.⁴⁴ לפיכך, הואיל והמידע המופיע באתר פורסם – **“נפתח”** – על ידי ספק התוכן, הרי שאין מקום להגן על תוכנו בכל הנוגע לפרטיות.⁴⁵

(ג) שיקולי הרתעה

אף שיקולים תועלתניים, ובמיוחד שיקולי הרתעה, תומכים בצורך לאמץ עולה אזרחית של חדירה שלא כדין למחשב. בשנים האחרונות, עם התפתחות רשת האינטרנט ותקשורת המחשבים, תופעת המחשוב הפולשני והחדירה הפוגענית לתוך מחשבי הזולת הלכה ותפסה מימדים מפחידים. נגיפי מחשב מוחדרים מדי יום למיליוני מחשבים ברחבי העולם וגורמים נזקים כבדים, וכמעט אין מחשב שלא נדבקה בו תוכנת ריגול כזו או אחרת. רק לאחרונה התפוצצה פרשת “הסוס הטרויאני” לאחר שהתגלה שתוכנת ריגול הושחלה כרשתות המחשב של חברות ישראליות רבות ומכובדות על-ידי חוקר שפעל בשליחות המתחרות שלהן, והסבה להן נזקים כבדים ביותר.⁴⁶ מוסדות מכובדים נאלצים להשקיע סכומים גדולים כדי להגן על עצמם מפני “האקרים” ו“קראקרים” המנסים לחדור למחשביהם ולדלות מהם מידע, לשבש אותם או “סתם” לצורך השעשוע והאתגר שבדבר. החשש מפני המחשוב הפולשני גורם גם ללא מעט משתמשים פוטנציאלים להימנע משימוש במחשב, או מתקשורת מחשבים, בין בכלל

44 ראו: בר"ע 2542/03 **סויסה נ' בן חיים**, תק-מח (4)05 (4) 314 (2005), שם קבעה השופטת יהודית שטופמן, כי משתמשי פורום שמפרסמים את כתובות הדואר האלקטרוני שלהם צריכים “לצפות כי היא פתוחה לכל הגולשים באינטרנט היכולים להעתיקה, בהעתקה סבירה וחופשית.... מצב זה דומה למצב בו מפורסמות כתובות בספרי הטלפונים של חב' בוק שבהם יכולים עסקים להשתמש בהעתקה סבירה וחופשית על מנת לשלוח הצעות בדיוור ישיר באמצעות הדואר”.

45 נבהיר, כי הסייג הנדון נוגע לגבולות הזכות לפרטיות בכל הקשור למידע שפורסם באתר. אך קיימים שיקולים נוספים הנוגעים להסגרת גבול למחשב הראויים לבחינה נפרדת. כמו, למשל, במקרה בו ישנה כניסה לאתר, בעזרת תוכנה המעתיקה את המידע האגור במחשב (robot), לצורך העתקת כתובות של גולשים שפורסמו בו, המעמיסה בצורה כזו על האתר עד שהיא גורמת לקריסתו. במקרים אלו מונחת על כף המאזניים **הזכות לקניין** – והיא שעשויה להכריע את הכף לטובת מתן פיצוי כספי או צו מניעה. ראו בהקשר זה את עניין **eBay, Inc v. Bidder's Edge, Inc.**, 100 F. Supp. 2d 1058 (N. D. Cal. (2000) at p. 1069-1070. כמו כן, ישנם מקרים בהם במסגרת “הביקור” באתר משנה ההאקר את תוכנו של האתר – ראו פרשת **מדינת ישראל נ' טננבאום** (הערה 61 **דלהלן**). במקרה זה ההסכמה שניתנה על ידי מפעילי האתר הייתה לכניסה לאתר ולא לשינויו, ולכן המעשה נותר “שלא כדין” – ללא הסכמה, אף בהעדר פגיעה בפרטיות הנובעת מעצם הכניסה לאתר. וראו גם הדיון **לעיל** בהערות 11-12 והטקסט הצמוד להן.

46 עיתון **הארץ**, **The Marker**, 31.5.05, עמודים 8-11.

ובין בנושאים מסוימים הרגישים בעבורם.⁴⁷ על-פי מחקרים רבים, האיטיות המאכזבת של התפתחות המסחר האלקטרוני (בהשוואה לציפיות שנתלו בו בתחילה) מקורה גם היא בחלקה בחשש מצד משתמשים רבים מפני חשיפת פרטים חשובים שלהם, בין באמצעות יירוט התקשורת הבין-מחשבתית ובין באמצעות חדירה למחשביהם.⁴⁸ גם אותם משתמשים המשכילים להגן על עצמם באמצעים טכנולוגיים יקרים (הגנה שלעולם אין היא מושלמת), משלמים על כך מחיר המתבטא לא רק בעלויות הרכישה והתחזוקה של האמצעים הללו, אלא גם בפגיעה באיכות השימוש.⁴⁹ המציאות העגומה הזו מעידה כאלף עדים על כך שמערכת המשפט נכשלה בתפקידה ליצור הרתעה אפקטיבית. המצב הקיים, שבו אדם או תאגיד בישראל אינו מסוגל להגן על עצמו בכוחות עצמו באמצעים משפטיים נגד חדירה למחשבו – בין אם באמצעות צו מניעה ובין באמצעות פסיקת פיצויים כנגד החודר – בוודאי אינו יכול להיחשב כמצב תקין!

47 כך, למשל, רשויות הביטחון וגופים ממשלתיים אחרים העוסקים בנושאים רגישים, נמנעים מחיבור המחשבים של עובדיהם לרשת המחשבים הכללית. גם גופים המחזיקים לרשת נמנעים מלהחזיק במחשביהם חומר רגיש מבחינתם, או שהם מחזיקים אותו במחשבים מיוחדים שאינם מחוברים לרשת כלשהי. ראו, למשל, תקנה 9 ("בידול מערכות מחשוב") לתקנות איסור הלבנת הון (כללים לניהול המאגר ולאבטחת המידע שבו), התשס"ב-2002.

48 בסקר שערך Jupiter Research ב-1999 נמצא, כי 40% ממשתמשי רשת האינטרנט נמנעו מלבצע קניות באמצעותה אך ורק בשל החשש שלהם מפני פגיעה בפרטיותם. על המידע האישי: J. Research "Seventy Percent of US Consumers – Worry about Online Privacy" (2002) http://www.jmm.com/xp/jmm/press/2002/pr_060302.xml במחקר שנערך בשנת 2000 על ידי PriceWaterhouseCoopers, נמצא כי כשני-שלישים ממשתמשי רשת האינטרנט שהחלו במסע הקניות שלהם באינטרנט נמנעו מלהשלים את התהליך עד סופו אך ורק בשל החשש מפני פגיעה בפרטיותם. נתונים דומים ניתן למצוא במחקר שערכה רשות המסחר האמריקנית, ולפיהם, כשני-שלישים מהצרכנים הינם "Very concerned about the privacy of personal information provided online". לפי מחקר זה, חששם של הצרכנים מפני פגיעה בפרטיותם גורם להפסד עסקאות בסך של 18 מיליארד דולר מדי שנה בשנה: Federal Trade Commission (2000) 2, "Privacy Online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace" <http://www.ftc.gov/reports/privacy2000.pdf>. על פי סקר של Harris Interactive, החשש לפרטיות על המידע האישי נחשב כאחד הגורמים שמעכבים את התפתחותו של המסחר האלקטרוני הצרכני: <http://www.harrisinteractive.com/news/allnewsbydate.asp?NewsID=429>. על פי המחקר הני"ל של Jupiter Research, ההפסד המשוער של מכירות מקוונות לשנת 2006, בשל חשש לפגיעה בפרטיות ודאגה לבטיחות העסקה, יעמוד על 24.5 מיליארד דולר.

49 כך, למשל, תוכנות הסינון נגד דואר זבל מסננות לעיתים קרובות גם הודעות "תמימות" שהיו מיועדות לנמען ואשר לא מגיעות ליעדן בשל אותם פילטרים. כמו כן, מצבי אבטחה של מחשבים מונעים לעיתים את אפשרות הכניסה לאתרים מסוימים ברשת, או צפייה בחלק מן המידע האגור בהם, וכן הלאה.

לדעתנו, אין לקבל בשום פנים את הנימוק (השני) שניתן נגד אימוץ עוולת חדירה למחשב בחוק המחשבים, ולפיו המטרה ההרתעתית שוב אינה מרכזית בדיני הנוזיקין.⁵⁰ אכן נכון הדבר שבעידן ביטוח האחריות ועליית השיקול הסוציאלי והמטרה לפזר את הנזק בדיני הנוזיקין, איבד השיקול ההרתעתי מחשיבותו בתחומים רבים (כמו, למשל, בתחום הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים). אך עדיין יש תחומים רבים שבהם השיקול ההרתעתי הינו שיקול חשוב ומטרה מרכזית של המשטר הנוזיקי.⁵¹ כך המצב, למשל, בתחום הרשלנות הרפואית; לא מזמן סירבה ועדה ממלכתית להמליץ על מעבר למשטר של אחריות מוחלטת בתחום זה, בין היתר מפני החשש לאיבוד אפקט ההרתעה שמספקים דיני הנוזיקין.⁵² במיוחד אמורים הדברים בתחום הנזקים המכוונים (להבדיל מנזקי רשלנות), שבהם הכיסוי הביטוחי, בדרך כלל, אינו מגן על המזיק, ואף לא קיימת מטריית האחריות השילוחית של המעביד.⁵³ בוודאי לא ניתן לבטל כלאחר יד את האפקט ההרתעתי שעשוי להיות לקיומה של עוולת חדירה למחשב על התנהגות החודרים והפולשים למיניהם, במיוחד לאחר שיתפרסמו ברבים תביעות כספיות של ממש שהוגשו נגדם. כך, למשל, אנו רואים שמאמצי האכיפה האזרחיים שנוקטות לאחרונה חברות התקליטים באמצעות תביעות אזרחיות נגד משתפי קבצים יצרו אפקט הרתעתי משמעותי ביותר בקרב משתמשי האינטרנט בארה"ב והביאו לירידה חדה בכמות הפרות.⁵⁴

- 50 "מטרה הרתעתית בעוצמה דומה אינה קיימת בהקשר הנוזיקי. אף שיש הסוברים שקיימת גם מגמה הרתעתית בדיני הנוזיקין, דעה זו מקובלת כיום פחות." דויטש, **לעיל** הערה 21, בע' 446.
- 51 ראו למשל לאחרונה דברי בית המשפט העליון בע"א 140/00 **עובד המנוח מיכאל אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרוכב היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ**, פ"ד נח(4) 486, בפסקה 17 לפסק הדין: "מקובל לומר, כי לדיני הנוזיקין מטרה נוספת השוכנת לצד הכלית הצדק – והיא ההרתעה היעילה" ופסקי הדין הנזכרים שם לתמיכה בעמדה זו.
- 52 **דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי** תשנ"ט-1999 ("ועדת קלינג"), בע' 13.
- 53 פוליסות ביטוח אחריות מחריגות בדרך כלל מעשים מכוונים ופעולות המהוות עבירות פליליות מתחולת הכיסוי הביטוחי. לעניין אחריות מעביד ראו גם סעיף 13 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] החל רק על מעשים שעשה העובד תוך כדי בצוע "התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה", ואף לא מעשים שעשה עובד לצורך עצמו. כמו כן, ראו סעיפים 25, 27 ו-61 לפקודה, השוללים אחריות מעביד או שולח במקרים של עוולות מכוונות מסוימות, אלא אם כן המעביד אישר במפורש את המעשה.
- 54 על-פי מחקר שנערך על-ידי גוף מחקר בלתי תלוי, Pew Internet & American Life Project, בינואר 2004, חלה ירידה חדה של כמחצית במספר המשתמשים בארה"ב המורידים מוסיקה מהאינטרנט מאז שחברות התקליטים החלו להגיש תביעות אזרחיות בגין הפרת זכויות יוצרים נגד הורדות בלתי מוסמכות כאלו. במקביל חלה ירידה חדה בכמות ההורדות הללו בהשוואה לתקופה שלפני תחילת הגשת התביעות. ראו: http://pewinternet.org/pdfs/PIP_File_Swapping_Memo_0104.pdf. המחקר מצא, בהתבסס על סקר טלפוני בקרב מדגם של 1,358

נראה שאנו נמצאים במצב בו מערכות האכיפה הממשלתיות עומדות חסרות אונים מול תופעת המחשוב הפולשני. משום כך, כל אמצעי הרתעה אשר יוסיף ולו כזית להפחתת התופעה, הינו מבורך. לדעתנו, החשש מהצורך לשלם פיצויים עשוי בהחלט להיות גורם מרתיע. כאשר האקר יודע שמעשיו, אף שהם נפוצים בקרב מרעיו, עלולים להטיל עליו חובת תשלום ניכר – יש סיכוי שלא יפעל בצורה שכזו.⁵⁵ כמו כן, הואיל ולעיתים קרובות ההאקרים הינם אנשים נורמטיביים, הדגשת האיסור שבעבירה – הן בפן הנזיקי והן בהיבט הפלילי – עשויה להרתיע אותם מלפעול בניגוד לחוק.⁵⁶ לעניין זה יש יתרון להרתעה הנזיקית, שכן עבירת החדירה למחשב קשה יותר להוכחה על פי הקריטריונים הנוקשים של המשפט הפלילי, וסף התביעה – עצם הגשת התביעה הפלילית – גבוה יותר. על-כן דיני הנזיקין עשויים להיות אפקטיביים ביצירת הרתעה מקום שהדין הפלילי נכשל בכך.⁵⁷ גם ההרתעה נגד החדירה למטרות מסחריות צפויה, לדעתנו, לפעול את פעולתה עם יצירת עוולת החדירה, במיוחד לאחר שיוגשו התביעות הכספיות הראשונות. תביעות כאלו יוכלו להיות מוגשות לא רק נגד החודרים עצמם,

משתמשי אינטרנט, שמספר המורידים ירד מ-35 מיליון משתמשים באביב 2003, ל-18 מיליון בלבד בחודשים נובמבר-דצמבר 2003. לשינוי הרדיקלי הזה גם נמצאו תימוכין במדידה בלתי תלויה של כמות תוכנות השיתוף הפועלות בו זמנית בקרב המחשבים בארה"ב, שבה אותרה ירידה של עשרות אחוזים בשימוש בתוכנות השונות בין נובמבר 2002 לנובמבר 2003. המשך המעקב הראה אמנם עלייה מסוימת במספר המשתמשים, אך עדיין לא פחות מ-17 מיליון משתמשים, שבעבר היו מורידים מוסיקה מהאינטרנט באמצעות שיתוף קבצים, הודיעו שהם הפסיקו לעשות כן, כאשר כשליש מהם מציינים את התביעות של חברות התקליטים כסיבה העיקרית לשינוי התנהגותם. גם המדידה הבלתי תלויה של כמות תוכנות השיתוף הפועלות בו-זמנית הראתה את המשך הירידה המשמעותית של הפעילות הזו. ראו: http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Filesharing_April_04.pdf.

55 על חשיבות ההרתעה בכל הקשור לתופעת המחשוב הפולשני ניתן ללמוד גם מחקיקת ה-Digital Millennium Copyright Act (DMCA), אשר נתקבל בקונגרס האמריקני בשנת 1998. חוק זה קובע לא רק סנקציות פליליות, אלא גם תרופות נזיקיות חמורות כנגד הפרת הוראותיו, לרבות: פיצויים עם ובלי הוכחת נזק, צווים, השבת רווחים שהופקו מן ההפרה, החרמת ציוד ששימש לבצוע ההפרה, כגון מכשירים ותוכנות לפריצת קודים, והשמדת אמצעים כאלה (17 U.S.C. § 1203). וראו גם אלקין-קורן, **להלן** הערה 59.

56 סביר להניח שבמקרים בהם קו הגבול בין המותר לבין האסור ברור יותר, דבר שנעשה, בין היתר, על ידי עצם החיקוק של עוולה ספציפית, וכן על-ידי פרסום של תביעות אזרחיות שהוגשו כנגד מפירים, חלקו הארי של הציבור יזהר מהפרת הנורמות של החוק.

57 להשקפה דומה, ראו ק' מן, "אפיונים מיוחדים של עבריינות הצווארון הלבן" **עיוני משפט** טו (תש"ן) 415, 431, הקורא לאמץ סנקציות אזרחיות הרתעתיות נגד עברייני צווארון לבן (עימם נמנים גם מבצעי עבירות מחשב). לדעתו, יש ליצור גם סנקציות כאלה שיוכלו להיות מונעות על-ידי הרשות המינהלית, ולא רק על-ידי הפרט, אשר אין בידו תמיד האמצעים הדרושים להגשת תביעה אזרחית פרטית.

אלא גם נגד שולחיהם בעלי הכיסים העמוקים יותר, על יסוד אחת מן הדוקטרינות של אחריות שילוחית המצויה בפקודת הנזיקין.⁵⁸

אכן, המצב הקיים היום, שבו עיקר הנטל של ההגנה מפני מחשב פולשני מוטל על המערך הטכנולוגי – על "חומות אש" (Firewalls), תוכנות אנטי-וירוס ועוד – יוצר "מירוץ חימוש" קדחתני ואין-סופי בין ממציאי הווירוסים והאנטי-וירוסים, תוכנות הריגול והאנטי-ריגול, קודי ההגנה ותוכנות לפריצת קודי ההגנה. מירוץ זה כרוך בבזבוז משאבים מיותר ויקר מאוד, שכל מי שמשתמש במחשב המחובר לרשת מרגיש אותו בכיסו. על המשפט לתרום את תרומתו להקטנת הבזבוז הזה.⁵⁹

האם יש מקום לחשוש מפני הרתעת יתר? כלומר, האם ייתכן שההרתעה שתיווצר מקיומה של עולת החדירה למחשב והתביעות על-פיה תביא להפחתת פעילויות מועילות עד כדי כך ששכרה ייצא בהפסדה? קשה להניח שכך יהיה. ראשית, כבר הבהרנו שהעוולה, כמו יתר העוולות לפי החוק וכמו **עבירת** החדירה למחשב, תחול רק על "חדירה **שלא כדין**", ולא על חדירה שנעשית בהסכמת בעל המחשב או בהסמכה על-פי דין.⁶⁰ שנית, בהתאם לאמור בסעיף 9 לחוק, דרוש אשם מצד הנתבע כדי שייפסקו נגדו פיצויים. מכאן, שחדירה שנעשתה בטעות וללא רשלנות מצד הנתבע, לא תהיה עילה לתביעת פיצויים. לבסוף חייבים להזכיר, כי גם עם חקיקת עוולה כזו, עדיין מלאכת האיתור של פורצי המחשבים תהיה קשה למדי, והתמריץ של הנפרצים להשקיע את המשאבים הניכרים הדרושים לצורך איתורם וניהול תביעות נגדם יהיה קטן למדי,

58 חבות מעביד, כאשר החודר היה עובד וחדר תוך כדי עבודתו (סעיף 13 לפקודת הנזיקין, וראו סייגים **שם**); חבות שולח כאשר החודר היה שלוחו (**שם**, סעיף 14 וע"ש); ואחריות של משתף ומשדל, כאשר צד ג' שיתף עצמו, סייע, ייעץ או פיתה לעשות את מעשה החדירה, או כאשר הוא ציווה, הרשה או אישר אותו (סעיף 12). יצוין, שהוראות הפקודה חלות גם על תביעה נזיקית לפי חוק המחשבים, כאמור בסעיף 7 לחוק זה.

59 ראו, למשל, דבריה של נ' אלקין-קורן על הרציונל של חקיקת חוק DMCA בארה"ב (N. Elkin-Koren "Copyright in Cyberspace: The Rule of Law and the Rule of Code" **Law, Information and Information Technology** (eds. E. Lederman, R. Shapira) (2001) 139):

"The rationale for the DMCA anti-circumvention provisions seems pretty simple. The development of exclusion measures is likely to encourage users to develop counter code-breaking and hacking tools. This in turn will lead to sophistication of the exclusion tools and continuous technology race between the two sorts of devices. Such a race may divert funds that might otherwise be invested in more productive directions; in other words, it is argued that this infertile race is just a waste. Preventing the technology race may require central intervention..."

60 על משמעות המונח "שלא כדין" ראו **לעיל** הערה 11.

כך שאין לצפות למבול של תביעות שעלול ליצור הרתעת יתר. למעשה, מצב תת-ההרתעה שבו אנו נמצאים כעת בתחום זה הוא כל כך עמוק, עד שהחשש להרתעת-יתר נראה דמיוני לחלוטין.

איזו תועלת עלולים אנו למנוע אפוא באמצעות יצירת העוולה הזו? אכן, האקרים טוענים פעמים רבות להגנתם שכל מטרתם היא לגלות "פרצות" באבטחת המחשבים שהם פורצים לתוכם ולהביא אותן לתשומת ליבם של בעלי המחשבים הנפרצים. אחרים טוענים, שבזכות המיומנות שהאקרים צעירים רוכשים באמצעות הפריצות למחשבים הם הופכים אחר כך למומחי אבטחה היודעים כיצד להגן על מחשבים מפני פריצות.⁶¹

קשה להשתכנע מטיעונים כאלה. אם נקבל אותם, נצטרך לבטל גם את עולת הסגת הגבול בפקודת הנזיקין, ואולי לא להעמיד כלל לדין אנשים שנתפסו כשהם פורצים לבתים או לבנקים. הפורץ לבית יטען, שכל מטרתו הייתה להראות לבעל הבית את הכשלים במערכת האזעקה היקרה שלו, מידע שמן הסתם יש בו ערך מסוים, או שמטרתו הייתה לרכוש מיומנות בפריצת כספות כדי שיוכל להקים מפעל מצליח לייצור כספות. הכשל בטיעונים כאלה ברור לכל שומע. ראשית, גם אם יש תועלת מסוימת במיומנות כזו, הרי שלפנינו סיטואציה קלאסית של החצנת עלויות (שהיא מתכון להחלטות בלתי יעילות): את התועלת רוכש הפורץ ואילו את המחיר משלם בעל הכספת (או בעל המחשב, לפי העניין). לעומת זאת, אם נחייב את הפורץ לשלם פיצויים על הנזקים שגרם בפריצתו, חזקה עליו שיקבל החלטה יעילה בקשר לפריצה. אם כן, גם מנקודת המבט של ניתוח כלכלי, מן הראוי להכיר בעוולה של חדירה למחשב. שנית, את המיומנות יכול הפורץ לרכוש גם אם הוא יתאמן על כספת שירכוש בכספו שלו. ושלישית, מן הראוי להשאיר לבעל הבית את ההחלטה אם הוא מעוניין במידע אודות חולשות במערכת האבטחה שלו. אם ירצה בכך, הוא יכול לשכור מומחי אבטחה שהוא סומך עליהם ולקבל את חוות דעתם, ולא לחיות בחרדה מפני האקרים בלתי מוכרים ובלתי מוסמכים "הרוצים בטובתו" ולשם כך מרשים לעצמם לפרוץ לתוך מחשבו ולגלוש להנאתם בתוך הקבצים הפרטיים והסודיים ביותר שלו.

אמנם נכון הוא, שישנם מקרים שבהם יוכלו ההאקרים לטעון, כי הם פועלים לטובת בעלי המידע המופקד במחשב. אלו הם אותם גולשים תמימים, המפקידים את המידע היקר שלהם בידיהם של בעלי אתרים, מבלי לדעת שאלה אינם מתגוננים כראוי בפני חדירות לא רצויות, וכך חושפים את הגולשים לפגיעה בפרטיותם, לגניבת זהויות או לגניבת משאבים אחרת. על כך נותר לענות, כי אין לתקן עוולה בעוולה, וכי קיימת

61 טיעון זה הועלה על-ידי אחד המשתתפים בכנס העשור לחוק המחשבים, ד"ר מ' בירנהק, כביקורת על עמדתנו שלפיה יש לאמץ עוולה של חדירה למחשב, כפי שהוצגה בכנס זה. ואמנם, תופעת ה-Hire the Hacker רווחת בגופים נורמטיביים רבים, העוסקים בתחום המחשבים בכלל ובאבטחת המידע בפרט. וראו גם ת"פ 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי, פדאור (12)04 397 (2004), שגם בו בית המשפט נטה להתייחס באהדה מסוימת לפעולות החדירה למחשב של הנאשם ולתועלת שעשויה לצמוח מהן.

חלופה חוקית לטיפול במקרים כאלה במסגרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, והוראות אבטחת המידע שמכוחו.⁶² מה גם שמתברר כי בדרכם נוהגים פעמים רבות ההאקרים "האלטרואיסטים" לזרוע הרס ולפגוע באתרים אליהם חדרו.⁶³

(ד) האנומליה שבקיום עבירה פלילית והעדר עוולה אזרחית

העדר עוולת חדירה למחשב בחוק המחשבים בולט במיוחד לנוכח קיומה של עבירה פלילית של חדירה כזו. עבירה זו מוגדרת כ"חדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב" (סעיף 4 לחוק). זוהי אנומליה, משום שבדרך כלל מידת החומרה הנדרשת לצורך הגדרת מעשה כעבירה פלילית היא רבה יותר מאשר לצורך הגדרתה כעוולה אזרחית. ואילו כאן קובע המחוקק שמעשה החדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב הוא חמור דיו כדי להצדיק ענישה פלילית, אך אין הוא חמור דיו כדי להצדיק סנקציה אזרחית. אתמהה!

חדירה למחשב הינה פעולת יסוד בתופעת המחשוב הפולשני, ממנה נוצרות "תולדות" רבות אחרות, כמו העתקת מידע ממוחשב, הפרעה לשימוש במחשב, גניבה באמצעות מחשב ועוד, שבחלקן הן מעשים חמורים ביותר. לעיתים, התולדות אינן ניתנות להוכחה, או שהחודר לא הספיק או לא הצליח לבצע אותן אחרי שחדר. כיוון שכך, ולנוכח חומרת התופעה ומידת התפשטותה, חשוב שהמחוקק ייצור את כל הכלים המשפטיים להגנה מפניה. חשוב גם שידבר בלשון אחידה ועקבית להוקעת התופעה בכל המישורים של הדין.

62 ראו סעיף 17 לחוק הגנת הפרטיות המטיל את האחריות על אבטחת המידע שבמאגר המידע על בעל המאגר, על המחזיק בו ועל המנהל שלו. כמו כן, על-פי סעיף 3(ב)(4) לתקנות הגנת הפרטיות (תנאי החזקת מידע ושמירתו וסדרי העברת מידע בין גופים ציבוריים), התשמ"ו-1986, מחויב מנהל מאגר המידע ב"נקיטת אמצעי אבטחה סבירים, בהתאם לרמת רגישות המידע, שימנעו חדירה מכוונת או מקרית למערכת אל מעבר לתחומי המידע שאושרו למשתמש". קיימת אפוא אפשרות לפנות בתלונה לרשם על כשלי אבטחת מידע של מאגרים, והרשם יוכל לעשות שימוש בסמכויותיו על-פי החוק ולהורות על סגירת מאגר המידע או על נקיטת אמצעי אבטחה נאותים. הרשם יוכל גם להמליץ על הגשת כתב אישום נגד מפירי הוראות החוק העולות כדי עבירה פלילית. כמו כן, הפרת חובת אבטחת המידע על פי החוק או על פי התקנות עשויה גם להוות עוולה בניזקין (ראו סעיף 31ב' לחוק).

63 ראו מקרה ע"פ 71227/01 מדינת ישראל נ' טננבאום, תק-מח 2002(2) 1540 (להלן: "מדינת ישראל נ' טננבאום" או "פרשת טננבאום"), שם דובר בהאקר שחדר לאתרים, כגון אתר הכנסת (שאינם מכילים מידע מסווג של גולשים תמימים) ושינה את מראה פניהם – defacing.

(ה) הפלטפורמה הראויה – אין להמתין ל"יצירת כללים מלמטה"

לסיום הרצאת הנימוקים שלנו לאימוץ עוולת החדירה למחשב לתוך חוק המחשבים, עלינו להתייחס לטענה עקרונית המועלית לעיתים נגד כל ניסיון להסדרה של האינטרנט והשימוש במחשב. הטענה מועלית בגרסאות שונות, אך תורף הדברים הוא שאין מקום להסדרה של האינטרנט, במיוחד לא הסדרה מדינתית, ושעדיף לאפשר למשתמשים עצמם ולכוחות השוק לגבש את הנורמות המשפטיות ואת כללי ההתנהגות, מעין הסדרה עצמית, בבחינת "מלמטה למעלה".⁶⁴

ראשית נציין, שעמדה זו, לפחות בגרסתה הקיצונית האמורה, כבר אינה מקובלת על רוב הכותבים; היום מקובל, בדרך כלל, שגם האינטרנט, כמו כל פעילות אנושית אחרת, זקוק לנורמות מחייבות ולהסדרה, אם כי נטוש ויכוח על המידה הנדרשת.⁶⁵ כך

64 ראו למשל: J. P. Barlow **A Declaration of the Independence of Cyberspace**; D. R. Johnson & D. Post "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace" 48 **Stan. L. Rev.** (1996) 1367; "The rise of an electronic medium that disregards geographical boundaries throws the law into disarray by creating entirely new phenomena that need to become the subject of clear legal rules but that cannot be governed, satisfactorily, by any current territorially based sovereign"; D. Post "Governing Cyberspace" 43 **Wayne L. Rev.** (1996) 155, 162. השקפה זו מצאה את ביטויה גם בישראל. ראו: א' טננבוים "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" **שערי משפט א** (2) (תשנ"ח) 133. כותב שם ד"ר טננבוים בע' 148: "האינטרנט מצריך התמודדות משפטית חדשנית, אשר תיגזר מעקרונות משפטיים חדשים, שיפותחו במעין common law על ידי גורמים רבים ושונים בעולם, ויתבססו על הסכמות הדדיות. מדיום האינטרנט אינו צריך פתרון מונחה מסמכות כלשהי, ולא צריך להישאב מדוקטרינות משפטיות עתיקות, שאינן בהכרח רלוונטיות אליו.. לשיטתו, יש לתת לחוקים ולכללים לעלות "מלמטה למעלה": "השאלה 'איזהו החוק הראוי?' צריכה להתחלף בשאלה המוקדמת יותר, 'איזה חוק יתפתח מעצמו?'. במקום לשאול 'איזה חוק זכויות יוצרים יהיה האופטימלי?', מן הראוי יהיה לשאול 'במציאות הקיימת ובכוחות הפועלים, איזו וריאציה על חוק זכויות היוצרים, תהיה זו שבסופו של דבר תתגלה כדומיננטית ברשת?'. במקום לשאול 'מהו חוק הגנת הפרטיות שצריך לשלוט באינטרנט?', מן הראוי יהיה לשאול 'איזה חוק הגנת הפרטיות יצוץ באינטרנט אם בכלל?'".

65 ראו: J. L. Goldsmith "Against Cyberanarchy" 65 **U. Chi. L. Rev.** (1998) 1199; J. Rothchild "Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism" 74 **Ind. L.J.** (1999) 893: "The Cyberspace utopians penchant for viewing cyberspace as a "place" that is separate from the sphere of ordinary discourse leads them to frame the question wrongly, as: "Should the government regulate cyberspace?" Cyberspace is not a place, but rather an obfuscatory reference to a means by which people may communicate with each other. The right question is therefore, "What is the appropriate role of government in regulating commercial

היא גם דעתנו. אנו סבורים שהמסגרת המשפטית הראויה להסדרת בעיית המחשוב הפולשני צריכה להיות מסורתית בעיקרה ("מלמעלה למטה"). המחוקק הלאומי הוא שצריך להתוות את הקו החקיקתי בהתאם לערכיה של החברה שבה הוא פועל ובהתאם לתפישות המקובלות בה בדבר חשיבותם של ערכי הפרטיות, הקניין והאוטונומיה, מול אינטרסים אחרים של חופש פעולה וזרימת מידע חופשי.⁶⁶ בשל נפקותה הרבה של סוגיית המחשוב הפולשני, ראוי למצוא לה פתרון משפטי מהיר ואין להתעכב בשל המתנה ל"הסדרה עצמית" שתבוא, או שלא תבוא, מאליה. אם המצב הקיים נוגד עמדות מוסריות ראויות, כגון ההגנה על הפרטיות והאוטונומיה, והוא גם בלתי יעיל בכך שהוא מאפשר החצנת עלויות, הרי שמחובתו של המחוקק לפעול להסדרת הסוגיה, בדיוק כמו שאנו מצפים שהוא יפעל להסדרת כל תחום אחר מחיינו הזקוק להתערבותו. המחשב והאינטרנט אינם מהווים "כלי קודש" הדוחה זכויות יסוד או שטח "מחוץ לתחום" אשר אין להתערב בתפעולו. להיפך; עולם המחשב והאינטרנט דומה ליבשת חדשה, הנמצאת בשלבי ההתהוות הראשוניים, שבהם קיים חשש להיווצרות מצב של "כל דאליס גבר".⁶⁷ משום כך, על רשויות החוק לסייע בעדו "להתבגר" ולהתאים עצמו לחיי חברה מתוקנים, כל אימת שהתערבות כזו דרושה ועשויה להיות יעילה. מניעתה של תופעת המחשוב הפולשני המתפשטת היא אכן תחום הדורש התערבות כזו, לא רק באמצעים פליליים, אלא גם באמצעות מתן כלים לתביעות אזרחיות. דווקא כך נגן על הגישה החופשית לאינטרנט, בלי חשש מחשיפת הגולש האנונימי, משינוי מידע ממוחשב, או מהצפת אתרים כדי לשחקם, ונאפשר את מיצוי הפוטנציאל האדיר הגלום במחשב וברשת המחשבים.

transactions that are carried out through the use of online communication technologies?"

66 בדרך זו תוכל לבוא לידי ביטוי עמדתה של כלל האוכלוסייה אשר מושפעת מהקורה ברשת, ולא רק אותה קבוצה הגולשת ברשת באופן אקטיבי. עוד על הזכות לבוא לידי ביטוי במרחב הסיברקניטי ראו ש' אהרוני-גולדנברג, לעיל הערה 11, בע' 153, וכן בפרק ג' לשער האוטונומיה.

67 מ' חשין, בהקדמה לספרו של נ' קוזלובסקי המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסודי דין (תשס"א) בע' 4: "עולם המחשב והאינטרנט היה כיקום חדש שנתגלה – לא פחות – ומרחבי אותו יקום נדמים בעינינו להיות אינסופיים. מהלכים אנו כהזויים, ולא נדע מה ילד יום... המשפט נועד לארגן ולהסדיר חיי הווה על פי ההשקפות הרווחות בחברה כפי שהן מעת לעת; וככל שהטכנולוגיה נוגעת בדבר, בונה המשפט עצמו על מצב הטכנולוגיה הידועה, על ה-State of the Art. המשפט בא בעקבות הטכנולוגיה ומתאים הוא עצמו לטכנולוגיה המשתנה" (ההדגשה שלנו – ש.א.ג. וא.ר.).

3. לסיכום: הדין הרצוי – אימוץ עולת חדירה לחומר מחשב בחוק המחשבים

סיכומו של דבר, על רקע התלות הגוברת במערכות המחשבים מחד גיסא, קלות המימוש של מחשוב פולשני והפיתוי הרב לו גורמת התופעה מאידך גיסא, הנזקים בפועל ובכוח הנגרמים מן המחשוב הפולשני הינם רבים. ניצול לרעה של כלי רב כוח זה, המחשב, עשוי להוביל לפגיעות הרות גורל, הן במימד האישי בהקשר של פגיעה בפרטיות ובקניין והן במימד הציבורי-חברתי. בין הנזקים ניתן למנות את הנזק לפרטיות של המשתמש במחשב, מעצם החשיפה של המידע הממוחשב; החשש מ"האח הגדול" ומ"האח הקטן" (מעקב ממוחשב אחרי הפרט על ידי גופי שלטון ועל ידי גופים מסחריים); וחשש מסחיטת המשתמשים במחשב, תוך כדי שימוש במידע שהושג על ידי חדירה למחשב. כן נפגמת זכותו של הפרט לאוטונומיה – המתבטאת בזכות הבחירה ובזכות להסכים או לסרב למחשוב פולשני. כמו כן, ניתן לראות בדואר האלקטרוני השיווקי (דואר זבל) פגיעה בזכות הפרט להיעזב לנפשו. נוסף לכך, נגרם נזק קנייני למחשבים עצמם⁶⁸ ולבעלות בקניין המוחשי והרוחני של המידע האגור במחשב, כתוצאה מהסגת גבול במחשב.

מעבר לנזק הישיר, שנוצר מתופעה זו של מחשוב פולשני, הרי שלהפרעה לשימוש במחשב יש גם נזק מצטבר ועקיף: תופעת המחשוב הפולשני עלולה להוביל גם לנזקים חברתיים-כלכליים, במובן רחב יותר. הפגיעה בפרטיות ובאוטונומיה של המשתמש עלולה לרחות את השימוש במחשבים וברשת האינטרנט ועל ידי כך לעצור את הקידמה התרבותית והכלכלית המתאפשרת בגינם. ואמנם, למעקב ברשת האינטרנט או במחשב האישי ולחשש משיבוש חומר המחשב עלולה להיות **השפעה מצננת** (chilling effect); תופעת המחשוב הפולשני עלולה להוביל גופים מסחריים ופרטיים לצמצם את השימוש במחשבים, וכך להימנע מניצול הפונקציות החיוביות של מערכות המחשבים (כלי איחסון של מידע, כלי שליטה ובקרה, כלי חישוב וכלי תקשורת), בשל החשש מתוצאותיה (פגיעה בקניין ובפרטיות). ואכן לא מעט פרטים וגופים נמנעים היום מלחבר את מחשביהם לרשת האינטרנט בשל החשש מחדירה למחשבים לשם גילוי סודות, מעקב או שיבוש המחשבים, או בכלל כדי שלא להיחשף לוויורסים ההרסניים שמופצים השכם והערב באמצעות הדואר האלקטרוני או רשת האינטרנט. כתוצאה מכך, עלולה להיפגע החברה בכללותה, שכן עלול להיבלם המשך השימוש החיובי בכלי שמדרבן את הקידמה והצמיחה בחברה המודרנית וכן עלולה להיגרם פגיעה בחופש הביטוי ובנגישות למידע.

68 תיתכן גם פגיעה בתשתיות האינטרנט באמצעות החדרת וירוסים, לדוגמה, כך שהדבר עשוי להביא לשיתוק תקשורת המחשבים. ייתכן שיבוש מערכות מחשב רבות חשיבות, כמו, למשל, מערכות רמזורים, חשמל, תעופה וכו', עם תוצאות אפשריות קשות של פגיעה בנפש וברכוש. בנושא **שיבוש** מערכות מחשבים אין המחקר מתמקד.

מכל הטעמים הנ"ל, ברור, כי נדרשים פיתוח והחמרה של האמצעים המשפטיים הקיימים למיגור התופעה. הצעתנו היא לתת אמצעים כאלה בידי הנפגעים עצמם, שלהם יש אינטרס אישי במיגור התופעה ובקבלת פיצויים על הנזקים שנגרמו להם בעטיה. לשם כך אנו מציעים, בין היתר, לאמץ עוולה של חדירה למחשב לתוך חוק המחשבים, כדוגמת עבירת החדירה למחשב, הכלולה כבר היום בחוק זה. עוולות דומות ניתן למצוא גם בחלק משיטות המשפט האחרות.⁶⁹

ג. פתרונות חלופיים בדין הקיים

בפרק זה נבחן פתרונות חלופיים בדין שכבר קיים היום בישראל אף ללא הוספת עוולת החדירה למחשב לחוק המחשבים, בניסיון ליישם דין זה על מקרים של חדירה למחשב.

69 כך לדוגמה, בחוקים האמריקניים הבאים ישנן הוראות הנוגעות לעבירות פליליות ולעוולות אזרחיות בגין חדירה בלתי מוסמכת למידע ממוחשב:
 The Computer Fraud and Abuse Act, 18 U.S.C. Section 1030 (g) (1995) ("CFAA");
 The Electronic Communication Privacy Act, 18 U.S.C. Section 2701 ("ECPA"); The Wiretap Act, 18 U.S.C. Section 2510; Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. 1201, 1203, 1988. עם זאת יצוין, שבארה"ב אחד התנאים לתביעה אזרחית בגין חדירה בלתי מוסמכת למחשב על-פי ה-CFAA הוא נזק ממון העולה על \$5,000. למקרה של פסיקת פיצויים על-פי חוק זה, ראו: **Creative Computing v. Getloaded.com, LLC** (2004, CA9 Idaho); **Computer Misuse Act 1990**, Ch. 18, Long-ה-386 F. 3d 930 באנגליה נחקק בשנת 1990.
 Title (Eng.), אשר מגדיר חדירה בלתי מוסמכת למחשב של הזולת כעבירה פלילית. עבירה כזו יכולה להוות בסיס לתביעת נזיקין בגין הפרת חובה חקוקה (Breach of Statutory Duty).
 הפולשני, ראו בין היתר: C. R. Williams "A Proposal for Protecting Privacy During the Information Age" 11 **Alaska L. Rev.** (1994) 119; D. L. Gripman "The Doors are Locked but the Thieves and Vandals are Still Getting In: A Proposal in Tort to Alleviate Corporate America's Cyber-Crime Problem" 16 **J. Marshall J. Computer & Info. L.** (1997) 167. לסקירה של תביעות הנזיקין שהוגשו בארה"ב בגין עוולות הקשורות במרחב הסיברקינטי, ובכלל זה עוולות של חדירה למחשב, בין השנים 1992-2002 וניתוח של המגמות המסתמנות, ראו: M. L. Rustad & T. H. Koenig "Cybertorts and Legal Lag: An Empirical Analysis" 13 **S. Cal. Interdis. L.J.** (2003) 77. על-פי הממצאים של מאמר זה, הגם שבסך הכול מספר התביעות קטן יחסית להיקף התופעה, התאימו בתי המשפט את הדוקטרינות הקיימות בדיני הנזיקין לבעיות שהתעוררו עם הופעת המחשוב הפולשני, והשתדלו להעניק הגנה נאותה לניזוקים. כמו כן נמצא כי 28% מן התביעות שהתקבלו היו בתחום הקניין הפרטי, לרבות הסגת גבול במיטלטלין וגזל.

1. עולת הפרת חובה חקוקה שבפקודת הנזיקין

ראשית, נבחן את השאלה אם ניתן להפעיל את סעיף 63 לפקודת הנזיקין⁷⁰ על עבירת החדירה למחשב, הקבועה בסעיף 4 לחוק המחשבים. נציין, כי בפסיקה נקבע, שסעיפי עבירה פלילית יכולים לשמש בסיס לתביעה נזיקית, המושתתת על עולת הפרת חובה חקוקה.⁷¹ אם אכן מתקיימים יסודות אלו במקרה דנן, הרי שיש בדבר משום "תיקון" מבורך להשמטת עולת החדירה למחשב מהנוסח הסופי של פרק הנזיקין בחוק המחשבים.

(א) יסודותיה של עולת הפרת חובה חקוקה

בעניין ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש⁷² נמנו חמשת היסודות של עולת הפרת חובה חקוקה: **א. החובה** מוטלת על המזיק מכוח חיקוק; **ב. החיקוק** נועד לטובתו של הניזוק;⁷³ **ג. המזיק הפר** את החובה המוטלת עליו; **ד. ההפרה** גרמה לניזוק **נזק**; **ה. הנזק** אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו **נתכוון** החיקוק.⁷⁴ כמו כן, קיים יסוד נגטיבי שיש הנוגע **לשלילת התרופה** בחיקוק. על טיבו של סייג זה ועל מעמדו נעמוד בהרחבה בהמשך.

70 סעיף 63 לפקודת הנזיקין קובע כדלקמן: "(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו".

71 בע"א 245/81 **סולטאן נ' סולטאן**, פ"ד לח(3) 169, יושמה העולה על סעיף 181 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. כן ראו ע' בר-שירה **הפרת חובה חקוקה, דיני הנזיקין – העולות השונות** (ג' טדסקי, עורך, תשל"ט), בע' 7.

72 ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש ואח'**, פ"ד לז(1) 113, בסעיף 32 לפסק הדין. כן ראו ע' בר-שירה **הפרת חובה חקוקה, דיני הנזיקין – העולות השונות** (ג' טדסקי, עורך, תשל"ט) 23; ד' לוינסון-זמיר, **הפרת חובה חקוקה – דיני הנזיקין – העולות השונות** (מהדורה שנייה, בעריכת ג' טדסקי, תשמ"ט – 1989); י' אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" **עיוני משפט** יא (תשמ"ז) 67, 86-88.

73 לפי סעיף 63 (ב) לפקודה "רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני".

74 והשוו: ע"א 343/74 **גרובר נ' עירית חיפה**, פ"ד ל(1) 141.

(ב) יסודות עבירת החזירה למחשב

הגדרת העבירה שבסעיף 4 הינה רחבה וראויה בכל הנוגע להגדרת דרכי החזירה למחשב ואין בה דרישה לפיצוח מנגנוני הגנה.⁷⁵ היא חלה על מידע המאוחסן במחשב, שאינו נמצא במעבר במערכות תקשורת ואינו נובע מהמחשב (כגון, קרינה אלקטרומגנטית).⁷⁶ היא כוללת חזירה למחשב הגולש ללא הסכמתו והפעלת פונקציה במחשב (למשל, פתיחת קובץ במחשב פועל), אך לא הצצה במידע שבצג. הסעיף עשוי לחול, בהתקיים תנאים מסוימים, גם על חזירה למסר אלקטרוני המאוחסן במחשב הנמצא או בשרת של ספק השירות.⁷⁷ חזירה למכשיר המשלב מחשב (המהווה "מחשב" כל עוד אינו בגדר "מחשב עזר"),⁷⁸ כגון מכשיר קולן או מרכזיית טלפון ממוחשבת,⁷⁹ תהווה עבירה על סעיף 4 לחוק, בהתקיים התחברות לחומר המחשב שבמכשיר.⁸⁰ ככלל, חוק המחשבים אינו חל על "מערכות התקשורת המחוברות למחשב".⁸¹

- 75 והשוו לעמדתו של פרופ' Kerr: "Cybercrime's Scope: Interpreting 'Access'" in O. Kerr and "Authorization" in Computer Misuse Statutes" 78 N.Y.U.L. Rev. (2003) 1596, 1649-1653. לדעתו, העובדה שבעל המחשב אינו מסכים לחזירה אינה מספקת כדי להחיל עליו את עבירת החזירה למחשב. רק אם הכניסה למחשב נעשתה תוך פיצוח **אמצעי אבטחה ברורים**, מדובר בחזירה שלא כדין למחשב. לדעתנו, זו אינה הגישה שהתקבלה על-ידי המחוקק הישראלי.
- 76 זו נפלטת מצג המחשב, ממדפסות, ממקלדות וכו'. ניתן לנטר קרינה אלקטרומגנטית באמצעים טכניים, וכך להתחקות אחר המידע המופיע, למשל, על צג המחשב. ואולם, הואיל ובמעשה כזה אין "חזירה לחומר מחשב הנמצא בתוך מחשב", לא נראה שמעשה כזה ייכנס בגרדי העבירה שבחוק.
- 77 כל עוד אין הן בגדר האזנת סתר לפי חוק האזנת סתר. לדיון מפורט בסוגיית קו הגבול שבין חוק המחשבים לחוק האזנת סתר, ראו, **לעיל** הערה 6, והמקורות המצוינים שם.
- 78 כהגדרתו בסעיף 1 לחוק המחשבים. הכוונה היא למחשב כיס.
- 79 ראו עניין **בדיר, לעיל** הערה 6.
- 80 דויטש, הערה 21 **דלעיל**, בע' 314; מסקנה זו מתיישבת עם הבחינה המהותית של תפקיד המחשב, ואשר באה לבחון אם המחשב משמש ככלי איחסון של מידע או ככלי שליטה ובקרה או ככלי תקשורת. זוהי בדיקה פונקציונלית, אשר שימשה נר לרגלי בית המשפט גם בעניין **בדיר, לעיל** הערה 6, בע' 1806. כמו כן, יש לבחון, ביישום עבירת החזירה למחשב, אם החזירה הפעילה פונקציה במחשב או כללה כניסה לחומר המחשב, שאם לא כן לא מתקיימת העבירה.
- 81 עיון בטרמינולוגיה שאומצה בדברי ההסבר לסעיפים 15-6 להצעת חוק המחשבים מלמד, שהכוונה במונחים "**מערכות תקשורת בין מחשבים**" ו"**דרכי תקשורת בין מחשבים**" אחת היא, והיא מתייחסת ל**קווי המסר המחברים בין המחשבים בעולם כולו** – למשל, לאינטרנט. פלישה אליהם מהווה האזנת סתר. לעומת זאת, במונח "**מערכות התקשורת של המחשב**", המופיע בהגדרה המוצעת של "מחשב" בהצעת החוק (בסעיפים 15 ו-16) והושמט בנוסח הסופי של החוק, הכוונה היא ל**קווי התקשורת הפנימיים**, המקשרים את המחשב לקווי התקשורת החיצוניים, לכבלים, לחוטי התיל של חברת הטלפון וכו'. לדוגמה, במחשב האישי קו התקשורת הפנימי המקשר את המחשב לקווי התקשורת החיצוניים הוא לעיתים קו הטלפון, המחובר למחשב מצד אחד ולשקע הטלפון מהצד השני.

פרשנות חוק המחשבים מעלה, כי **יסוד ההסכמה** שבו טבוע במונח "**שלא כדין**". היינו, מדובר בעבירה המאופיינת בדואליות, והסכמת הנפגע למעשה, או אי-הסכמתו, היא שצובעת את המעשה בלבן או בשחור.⁸² הואיל ובסעיף 4 אין התייחסות להלך הנפשי, מדובר ב"עבירה שותקת", שהיסוד הנפשי הנדרש בה הוא "מחשבה פלילית" – מודעות לעובדות ולנסיבות (סעיפים 19-20 לחוק העונשין)⁸³ ושאינה דורשת תוצאה או מטרה – קרי, עבירה התנהגותית.

(ג) קיומם של יסודות עבירת החדירה למחשב ועוולת הפרת חובה חקוקה

לכאורה נראה שבחדירה למחשב, תוך הפרת סעיף 4 לחוק המחשבים, עשויים בדרך כלל להתקיים גם כל חמשת היסודות הנ"ל של סעיף 63, ובכך ניתן אפוא לבסס אחריות נזיקית בדרך זו: ראשית, מכוח סעיף 4 לחוק מוטלת על כל אדם **החובה** שלא לחזור שלא כדין למחשב הזולת,⁸⁴ ואם עשה כן הרי שהפר חובה חקוקה. שנית, סעיף 4 לחוק נועד ללא ספק לטובתו ולהגנתו של הניזוק, כדי להגן עליו מפני חדירה בלתי מוסמכת לחומר המחשב הנמצא במחשבו. מטרה זו עולה גם ממהותו של החוק, המגן על האינטרסים השונים של בעלי מחשבים וחומר מחשב, וגם מהמבוא לדברי ההסבר לפרק ב' (עבירות מחשב) להצעת חוק המחשבים, שם נאמר כי הצורך בפרק זה נובע מהצורך להגן על אינטרסים מופשטים הנוגעים למחשב ולחומר המחשב. אינטרסים אלה שייכים, כמובן, לבעל המחשב או חומר המחשב, שאליו בוצעה החדירה.⁸⁵ העובדה שבד בבד קיימת בחוק גם מטרה ציבורית, הנוגעת ל"אינטרס החברתי להגנה מיוחדת מפני שימוש לרעה במחשב", אין בה כדי לשלול את המטרה של הגנת הפרט.⁸⁶

הוצאת המונח "מערכות התקשורת המחוברות" אל המחשב מהגדרת "מחשב" בנוסח הקיים מהווה הסדר שלילי, לפיו קווי התקשורת, המחברים את המחשב לאינטרנט או לכל תקשורת אחרת בין מחשבים, אינם חלק מה"מחשב" כהגדרתו בחוק המחשבים. וראו גם דויטש, הערה 21 **דלעיל**, בע' 434. תוצאה זו מובילה למסקנה, שהאזנה לקווי תקשורת פנימיים (המחברים בין המחשב לקו הטלפון החיצוני) ולקווי התקשורת העולמיים אינה מהווה חדירה למחשב, אלא האזנת סתר, בניגוד לחוק האזנת סתר. והשוו לעמדת בית המשפט בעניין **בדיר**, הערה 6 **דלעיל**, בע' 1804 ואילך, המתייחס אל המונח "מערכות התקשורת" כאל ציוד תקשורת, כגון מרכזייה אלקטרונית או מכשיר קולן ממוחשב.

82 לדיון בפרשנות המונח, ראו הערה 11 **לעיל**.

83 חוק העונשין, התשל"ז-1977.

84 למרות שהחוק מנוסח בלשון של קביעת עונש ("החודר שלא כדין לחומר מחשב... דינו מאסר שלוש שנים" וכו'), כבר נפסק כי מכלל זה שומעים אנו גם על עצם האיסור. ראו הערה 71 **דלעיל**.

85 יצוין, כי בדברי ההסבר לפרק ג' – פרק הנזיקין, אשר מקביל לפרק העבירות וכולל גם הצעה לקבוע עוולת חדירה למחשב – נאמר בצורה מפורשת, כי "מטרתו של פרק זה היא להגן על האינטרסים השונים של בעלי מחשב והמשתמשים בו".

86 ראו ע"א 5792/99 **תקשורת וחינוך דתי-יהודי נ' א.ב.י. סי. פרסום**, פ"ד נה(3) 933, בע' 958-957, שם נקבע, כי "...אין כל מניעה כי אותה הוראת-חיקוק עצמה יכולה שתהא דו-תכליתית: כי תכוון

את היסוד השלישי של הפרת החובה המוטלת על-פי סעיף 4 לחוק המחשבים יש, כמובן, לבחון לגופו בכל מקרה, אך אם הנתבע חדר שלא כדין "לחומר מחשב הנמצא במחשב", כהגדרת מושגים אלה בחוק המחשבים, הרי שגם יסוד זה התקיים. מתברר שלשם כך דרושה, מלבד עצם המעשה, גם מודעות מצד החודר לעובדת החדירה למחשב הזולת, מכוח היותה של מחשבה פלילית זו חלק מיסודותיה של עבירת החדירה למחשב על-פי סעיף 4.⁸⁷

היסוד הרביעי דורש שההפרה גרמה לתובע נזק. בכך שונה עוולה זו מעוולות פרטיקולריות רבות אחרות, לרבות העוולות הנזיקיות הקבועות בסעיף 7 לחוק המחשבים, אשר אינן דורשות נזק, אלא מגינות מפני עצם הפגיעה בזכות התובע. אלמלא השמיט המחוקק את עוולת החדירה למחשב מן החוק, הרי שהתובעים היו פטורים מהוכחת יסוד זה. ואולם, לאור ההגדרה הרחבה של המונח "נזק" בפקודת הנזיקין, הטומנת בחובה גם "אבדן נוחות", "אבדן רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה",⁸⁸ לא נראה שמדובר על נטל כבד במיוחד. אדם המגלה שמחשבו נחדר על-ידי הזולת, חווה בדרך כלל אי-נוחות, ואף יותר מכך – לעיתים עד כדי חרדה ולחץ נפשי, שלא לדבר על הפגיעה הכרוכה בגילוי סודותיו והעלויות הכספיות הכרוכות בהגברת אמצעי האבטחה לעתיד. כל אלה הם בוודאי בגדר "נזק".⁸⁹

אך לא די בכך שיש נזק. על-פי היסוד החמישי, על הנזק הזה להיות מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נחווה החיקוק. כאמור, מדברי ההסבר להצעת החוק עולה, כי החיקוק נועד להגן על האינטרסים המופשטים של בעל המחשב הנוגעים למחשב

עצמה ליצירתה של חובה ציבורית ובה-בעת ליצירתה של חובה פרטית אף-היא". ובהמשך נאמר: "נדע מכאן, שבבואנו לבחון הוראת-חיקוק פלוגנית מתחום המשפט הציבורי – ופקודת העיתונות היא לכל הדעות איבר במשפט הציבורי – אל-לנו לספק עצמנו במראה-פניה החיצוני, מראה פנים שללא ספק תכלית ציבורית ניבטת ממנו. שומה עלינו להוסיף ולחפור בתכלית ההוראה, לבירור ולבחינה אם בצד התכלית הציבורית יש לה להוראת-החוק העומדת לבחינה תכלית פרטית גם-כן".

וכן ראו ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 176, 169; ע"א 270/53 קאסם נ' ועדת עיריית נצרת, פ"ד י(1) 249, 243; ע"א 572/74 ריטמן נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד כט 57, 74, 77-78.

87 לדעתה של ד' לוינסון-זמיר, הערה 72 לעיל, ההגנות שחלות על חיקוק המקור יחולו גם בהפעלת עוולת הפרת חובה חקוקה, אלא במקרים יוצאי דופן. נראה לנו שהוא הדין לעניין ההלך הנפשי: ההלך הנפשי החל ביחס לחיקוק המקור, עבירת החדירה למחשב, נדרש גם לתביעה הנזיקית המסתמכת על חיקוק זה.

88 סעיף 2 לפקודת הנזיקין.

89 המונח פורש באופן מרחיב בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון, באופן שהוא כולל גם פגיעות נפשיות, נזק כלכלי טהור וסתם עוגמת נפש. ראו למשל: המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה פ"ד ח(2) 1317; ע"א 243/83, לעיל הערה 28. וראו גם דיון ההלך בנושא יסוד ה"נזק" בעוולת הרשלנות.

ולחומר המחשב. הוא בא אפוא למנוע את הנזקים שמהם עלול לסבול בעל מחשב מחדירה שלא כדין לתוך מחשבו: פגיעה בפרטיותו, פגיעה באוטונומיה שלו, פגיעה בקניינו, פגיעה ביכולתו להשתמש במחשבו באופן חופשי ומשחרר מדאגה מפני עין זרה העוקבת אחר פעילותו. אם אחד מאלו הוא הנזק שסבל התובע מן החדירה לתוך מחשבו, הרי שיוכל להוכיח גם את היסוד החמישי הזה. עולה אפוא, שכאשר נעברה עבירת החדירה למחשב, מתקיימים בדרך כלל גם חמשת היסודות הקבועים בעוולת הפרת חובה חקוקה.

(ד) האם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו?

קיים גם יסוד שישי, אשר עלול לעורר בעיות בכל הקשור ליישומה של העוולה על עבירת החדירה למחשב. יסוד זה קבוע בסיפא לסעיף 63(א) ומורה:

אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו אם החיקוק לפי פירושו הנכון התכוון להוציא תרופה זו.

מאז פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **ועקנין**,⁹⁰ מקובל שמדובר ביסוד נגטיבי, ולא פוזיטיבי. כלומר, בניגוד למצב במשפט האנגלי, שבו אין די לבחון אם החובה החקוקה שהופרה נועדה לטובתו של הניזוק ואם הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק, אלא יש לבחון גם אם החיקוק הנדון לפי פירושו הנכון התכוון להקנות תרופה אזרחית על פי עילה נזיקית,⁹¹ הרי שאצלנו ברירת המחדל היא שאם התקיימו חמשת היסודות של העוולה, זכאי התובע לתרופתו. רק אם מוצאים תימוכין למסקנה שהחיקוק שהופר התכוון לשלול תרופה אזרחית כזו, ישללו אותה ממנו.⁹² ולא עוד אלא שנקבעה בפסיקה מעין חזקה ולפיה "משנמצא חיקוק נועד לטובתו או להגנתו של פלוני, חזקה היא כי הפרתה של החובה המוטלת בחיקוק מקנה זכות תביעה לפלוני בנזיקין, אלא אם לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו".⁹³ בענייננו, כפי שצינינו לעיל, ברור למדי שעבירת החדירה למחשב נועדה להגנתו ולטובתו של בעל המחשב או חומר המחשב. אם כך, נשאלת השאלה אם יש סיבה

90 לעיל הערה 72.

91 ראו: 643, 646-648 (15th ed. 1982) Clerk & Lindsell on Torts. כך הוא הדין גם בקנדה: G.H.L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (Vol. 2) (1990) 87-88.

92 עניין **ועקנין**, לעיל הערה 72, בע' 136.

93 ע"א 245/81 **סולטאן נ' סולטאן**, פ"ד לח(3) 169, בע' 177 (מפי השופטת נתניהו). ואולם ראו גם: ע"א 2351/90 **לסלאו נ' ג'מאל**, פ"ד מז(1) 629, בע' 636-635. ע"א 5792/99 **תקשורת וחינוך דתי-יהודי נ' אס.בי.סי. פרסום**, פ"ד נה(3) 933, בע' 952-953. ע"א 7130/01 **סולל בונה נ' תנעמי**, תק-על(3) 1694 (2003), בע' 1697.

לחשוב שהחיקוק – חוק המחשבים – התכוון להוציא את התרופה המפורשת בפקודת הנזיקין, קרי, פיצויים או צו מניעה נגד החודר.

הסיבה שיש מקום לחשוב כך היא פשוטה למדי: המחוקק, כפי שראינו, החליט ביודעין להשמיט את עוולת החדירה למחשב מן הנוסח הסופי של החוק, ולפי דברי ההסבר להצעת החוק נראה שעשה זאת מפני שחשב שאין מקום לעוולה כזו ואין מקום להגנה אזרחית מפני חדירה למחשב גרידא.⁹⁴ בכך הביע לכאורה את דעתו הנחרצת נגד הענקת סעד אזרחי בגין חדירה למחשב על-פי פקודת הנזיקין. זהו אפוא טיעון חזק ביותר נגד הכרה בתביעה בגין עוולת הפרת חובה חקוקה על יסוד עבירת החדירה למחשב. החשש שטיעון זה יתקבל בבתי המשפט, רק מחזק אותנו בקריאתנו למחוקק לחזור בו, וכחלק מתהליך הבדיקה של החוק כעבור עשור לחיקוקו, להוסיף לחוק את עוולת החדירה למחשב שהושמטה ממנו.

מה, בכל אופן, ניתן לטעון נגד קבלת הטיעון הזה ובעד ההכרה בתביעה על-פי סעיף 63 לפקודת הנזיקין? ניתן לטעון שהסיפא לסעיף 63(א) מדבר על כך שהחיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון לשלול תרופה זו. כאן, אין למצוא בחיקוק עצמו כוונה כזו. להיפך, מכך שהמחוקק הפך את החדירה למחשב לעבירה פלילית על-פי חוק המחשבים, הוא הביע את דעתו הנחרצת נגד הפגיעה הקשה הכרוכה בחדירה כזו. החיקוק עצמו מוקיע אפוא את החדירה עד כדי הטלת סנקציה פלילית של מאסר עד שלוש שנים למבצע החדירה, ואם המעשה חמור מספיק כדי להצדיק סנקציה כזו, כל שכן שיש בו כדי להצדיק סנקציה אזרחית, כגון צו מניעה או פיצויים. אמנם נכון הוא, שבדברי ההסבר להצעת החוק נאמרו דברים אחרים, אך בתורת הפרשנות הישראלית ניתן משקל קטן יחסית לדברי הסבר כאלה.⁹⁵ דברים אלה הם רק אחד מני רבים מתוך

94 מתוך דברי ההסבר: "אילו נקבעה עוולה כזו משמעותה הייתה שגם מידע שאיננו סוד מסחר או מידע אישי-פרטי, היו זוכים להגנה קניינית כוללת רק משום אמצעי האחסון של המידע; הגנה כזו היא רחבה מדי, ועדיף להותיר נושא זה לתחולתם של הדינים הכלליים כמו דיני סודות מסחר ודיני הגנת הפרטיות".

95 א' ברק **פרשנות בחקיקה** (תשנ"ד, כרך ב') 372, 385-387 לדברי ברק, אף שבתורת הפרשנות הישראלית ניתן משקל לדברי ההסבר להצעת החוק, הרי שההיסטוריה הפרלמנטרית של החוק הינה רלוונטית לצורך עבודת הפרשנות רק ככל שיש בה לשפוך אור על **תכלית החקיקה, ולא על הפירוש שהצעת החוק נותנת להוראותיה**. ההיסטוריה החקיקתית לא נועדה ליתן תשובה לשאלה "מהו הטקסט המתפרש" ואין לתת תוקף של חקיקה למה שלא עבר את תהליך החקיקה. "איננו מעוניינים בפירושיהם של המחוקקים. אנו מעוניינים בחקיקתם". חומר זה לא נועד להשיב על השאלה כיצד היה המחוקק פותר את הבעיה המשפטית הניצבת להכרעה. ההיסטוריה הפרלמנטרית נועדה להשיב על השאלה, מהי התכלית שעמדה ביסוד מעשה החקיקה. על-כן אנו טוענים בטקסט לעניין תכלית חקיקת חוק המחשבים.

המקורות והשיקולים המנחים את בתי המשפט בפרשנות דברי חקיקה. עקרון הפרשנות העיקרי הינו "תכלית החקיקה"⁹⁶:

חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה חקיקתית, ועל כן על הפרשן לחשוף מטרה זו. לא הפסיכואנליזה של המחוקק אלא האנאליזה של החוק היא הקובעת.⁹⁷

תכלית החקיקה הינה מושג דינמי העשוי להשתנות עם השתנות העיתים וצרכי החברה.⁹⁸ מה שהיה נכון לפני עשור ויותר, עת חוקק חוק המחשבים, לא בהכרח יהיה נכון היום, במיוחד לאור השינויים המהירים והמהפכניים בתחום המחשוב ותקשורת המחשבים. כיום, כפי שהסברנו באריכות לעיל, ההגנה האזרחית מפני חדירה למחשב נדרשת ביותר לנוכח תופעת המחשוב הפולשני הצוברת תאוצה, מחד גיסא, ולאור השימוש האפסי בתרופות אזרחיות נגד תופעה זו (גם כאשר התקיימו היסודות של העולות הקיימות כבר היום בחוק המחשבים, כגון הפרעה לשימוש במחשב, שיבוש חומר מחשב וכו'),⁹⁹ מאידך גיסא. מיעוט השימוש הזה יש בו כדי להפריך את החשש, שאולי יהיה קיים בעת חקיקת החוק, מהצפה בתביעות או מהרתעת-יתר. אדרבא, כיום יש מקום לעודד את השימוש בעולות נזיקיות בכל הנוגע לגילויים היותר מזיקים של תופעה זו כדי להילחם בה וכדי לאפשר אכיפה פרטית, שלא על חשבון משלמי המיסים. תכלית חקיקת חוק המחשבים היתה בדיוק זו: להגן על השימוש במחשב מפני התופעות השליליות העולות לפגוע בו, לרבות החדירה שלא כדין למחשב. מנקודת מבט זו, יש אפוא לדחות את הטענה שחוק המחשבים התכוון, לפי פירושו הנכון, להוציא את התרופה וההגנה שפקודת הנזיקין יכולה לספק באמצעות השימוש בסעיף 63. בהחלט אין למצוא בהקשר זה אותם "שיקולי מדיניות כבדי המשקל" אשר

96 ש"ס, בע' 85.

97 ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חב' קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1)

393, בע' 427.

98 ברק, לעיל הערה 95, בע' 267: "פרשנות החוק צריכה להיות דינמית, כלומר, על רקע הנתונים החברתיים והמשפטיים של ההווה"; וראו גם ע"א 243/83, לעיל הערה 28, בע' 125-126: "גישה פורמאלית, שמשון ההן של כל עולה נלמד על הלאו שמחוצה לה, אין בכוחה להתמודד עם הבעיות החדשות, אשר המציאות יוצרת. דיני הנזיקין צריכים לפתור לא רק את בעיות העבר אלא גם את בעיות ההווה והעתיד. הם צריכים להיות גמישים ומותאמים לצורכי החיים המשתנים. לא מבצרים סגורים אלא ערים פתוחות, הקולטות סיכונים חדשים ואירועים שלא ניתן היה להעלות על הדעת את קיומם, הוא הרבר הדרוש לנו בדיני הנזיקין."

99 למעט פסק דין אחד של בית משפט שלום (ת"א (י-ם) 10408/00 בוק נ' שיבאן ואח' (טרם פורסם)), לא פורסמו החלטות כלשהן בעניין תביעה נזיקית המתבססת על פרק הנזיקין בחוק המחשבים. מתברר, כמובן, שהיו תביעות נוספות שלא הגיעו לידי פסק-דין שפורסם, אך, מכל מקום, יש בכך כדי להצביע על השימוש הנדיר בפרק הנזיקין של החוק.

על-פי הפסיקה נדרשים כדי לסתור את החזקה הזאת, שלפיה כשחיקוק נועד להגן על פלוני, הרי שאם הוא ניזוק כתוצאה מהפרתה של החובה שהוטלה בחיקוק, תקום לניזוק עילת תביעה והוא יוכל לתבוע את הטבת נזקו.¹⁰⁰ בהקשר זה יש להזכיר כי עולת הפרת חובה חקוקה הינה עולת מסגרת, שבה "רב לו ידו של בית המשפט ביצירת חבוינות".¹⁰¹ וכדברי השופטת נתניהו בעניין **סולטאן נ' סולטאן**,¹⁰² כאשר השופט מעוניין לצקת תוכן לתוך אותה מסגרת "בא לידי ביטוי תפקידו היוצר של השופט להפעיל שיקולי מדיניות משפטית בפרשו את החיקוק המטיל את החובה, אם נועד הוא להגן על הניזוק ולהיטיב את הנזק שנגרם לו". עוד נקבע בעניין זה, כי במסגרת זו על השופט לאזן בין השיקולים השונים "מתוך תפישתו את השקפת החברה, **את ערכיה וצרכיה**"¹⁰³ (ההדגשה שלנו – א.ר., ש.א.ג.).

נשוב לבחון כעת את האפשרות ליישם למחשב עוללות נזיקיות אחרות על סוגיית החדירה.

2. עוללת הרשלנות

בפרק זה תיבחן האפשרות שחדירה למחשב תיפול בגדר עוללת הרשלנות לפי סעיף 35 לפקודת הנזיקין.¹⁰⁴

100 ראו ע"א 119/86 **קני בתים בע"מ נ' הוערה המקומית לתכנון**, פ"ד מו(5) 727, בע' 751-750: "נדרשים שיקולי מדיניות כבדי משקל, על מנת לסתור את החזקה הזאת, שלפיה – כשחיקוק נועד להגן על פלוני, הכוונה היא, שאם הוא ניזוק כתוצאה מהפרתה של החובה שהוטלה בחיקוק, תקום לניזוק עילת תביעה, והוא יוכל לתבוע את הטבת נזקו". ראו גם ע"א 2351/90 **לסלאו נ' גמאל**, פ"ד מז(1) 629, שם נקבע, כי גם כאשר החיקוק הנדון מציע תרופות אורחיות שונות, ולא רק פליליות, אין ללמוד מכך בהכרח כוונה לשלול תרופות אורחיות אחרות מכוה פקודת הנזיקין.

101 מ' חשין "מקורות דיני הנזיקין בישראל – הלכות השופטים כמקור לדיני הנזיקין" **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** (י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, ג' טדסקי עורך, מהדורה שנייה, תשל"ז) 86, כמובא בעניין **סולטאן נ' סולטאן**, הערה 93 **דלעיל**, בע' 8.

102 **שם**, בע' 174-175.

103 **שם**.

104 סעיף 35 לפקודה (רשלנות) קובע: "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונכון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונכון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונכון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלנות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה". סעיף 36 (חובה כלפי כל אדם) קובע: "החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף".

מאז שנות השמונים, עוולת הרשלנות אינה רק עוולת "סל"¹⁰⁵ כי אם גם עוולת "על", שכן היא חלה גם על סוגי התנהגות המוסדרים על ידי העוולות הפרטיקולריות.¹⁰⁶ שלושת יסודות העוולה הינם **חובת זהירות**; הפרת חובת הזהירות על ידי **התרשלות**; וגרם **נזק** (כלומר, **נזק וקשר סיבתי** בין ההתרשלות לבין הנזק).¹⁰⁷ להלן ייסקרו יסודות העוולה ותיבחן השאלה אם אפשר שהעוולה תחול על מקרים שונים של חדירה למחשב, שאינם נופלים במסגרת סעיף 7 לחוק המחשבים.¹⁰⁸ נציין, כי גם פרופ' דויטש¹⁰⁹ מסכים ש"לא מן הנמנע אומנם שבמסגרת דיני הרשלנות, הנתונים לפיתוח מתמיד לכיוונים חדשים, יהיה אפשר לספק הגנה גם לאינטרסים בלתי מוחשיים, אף מבלי להיאחז בחוק המחשבים".¹¹⁰ אולם, לדעתו, קיימים שני קשיים הגורעים מהאפקטיביות של ההגנה על פי עוולת הרשלנות הכללית. ראשית, יש קושי בהוכחת נזק של פגיעה במחשב. שנית, יש קושי בהוכחת אשמה במסגרת עוולת הרשלנות, בעוד שבעוולות הקנייניות מכשלה זו אינה קיימת. ננסה ליישם להלן את העוולה על סוגיית החדירה למחשב, תוך התייחסות לקשיים שאותם מעלה דויטש.

(א) חובת הזהירות

מקובל לבחון את חובת הזהירות במבחן דו-שלבי:¹¹¹ חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטיית.

- 105 היא נקראת "עוולת מסגרת" או עוולת "סל", משום שהיא הופכת "למעשי עוולה אין ספור סוגים של התנהגות, שלא ניתן לתארם מראש ולקבוע באופן ספציפי, כי אם ייעשו, הם ייחשבו למעשי עוולה" (מ' מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תשנ"ג)).
- 106 ע"א 243/83, **לעיל** הערה 28. לדין נרחב יותר ראו ד' מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות הפסיקה" **הפרקליט** לט (תש"ן) 344, 413-380.
- 107 דנ"א 1740/91 **בנק ברקליס דיסקונט נ' קוסטמן**, פ"ד מז(5) 31, בע' 85-84.
- 108 אם החדירה כרוכה גם ב"הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב", או ב"מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת, שלא כדין", הרי היא נכנסת ממילא בגדר סעיף 7 לחוק המחשבים ואין כל כך צורך להזדקק לעוולת הרשלנות.
- 109 דויטש, **לעיל** הערה 11, בע' 445.
- 110 אמנם ניתן להקשות ולטעון, כי הואיל ואף לא אחת מעוולות חוק המחשבים עוסקת בהעתקה ומכיוון שהחוק הינו פרטיקולרי, ניתן להניח שמדובר בהסדר שלילי, השולל שימוש בעוולת הרשלנות. ואולם, בע"א 243/83, **לעיל** הערה 28, נפסק, כי כל עוולה היא עצמאית וכי העוולות אינן מוציאות זו את זו. לכן הסדר שלילי בעוולה אחת אינו מונע החלת עוולה אחרת.
- 111 בע"פ 186/80 **זיו יערי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(1) 769, בע' 775-776, נדונה השאלה אם נהג רכבת צריך לצפות שיעלה מסיג גבול על פסי הרכבת, ונקבע כי: "...מבחן ה"צפיות" ... כולל בחובו שני היבטים. ההיבט הראשון, הוא ההיבט העקרוני, ובו ניתנת תשובה לשאלה, אם ביחס לסיכון מסוים קיימת חובת זהירות. ההיבט השני, הוא ההיבט הספציפי, ובו ניתנת תשובה לשאלה, אם ביחס לניזוק פלוני, בנסיבותיו של אירוע אלמוני, קיימת חובת זהירות".

המבחן הראשון נוגע לחובת הזהירות המושגית. במסגרת זו נבדקת השאלה אם קיימת חובת זהירות בין סוג האנשים שהנתבע שייך אליהם לבין סוג האנשים שהתובע נמנה עליהם, ביחס לסוג הנזק שבו מדובר ואופן התרחשותו. זהו מבחן שהוא בעיקרו נורמטיבי, שנועד לקבוע מדיניות שיפוטית לאור מטרות דיני הנזיקין. בעניין **בש**¹¹² נקבע, כי בית המשפט הוא שימלא את הסעיף בתוכן ויקבע מהי ההתנהגות הרצויה לפי מבחן האדם הסביר. בעניין **ועקנין**¹¹³ מצביע השופט ברק על היתרון שבכך והוא הגמישות לקבוע ולשנות נורמות כפי שמוצא בית המשפט לנכון. במסגרת זו, בית המשפט מביא בחשבון את שיקולי המדיניות הראויים, ובין היתר, הוא מתחשב "בצורך להבטיח חופש פעולה מזה ובצורך להגן על הרכוש והגוף מזה. הוא מתחשב בסוג הנזק ובדרכי התרחשותו. הוא לוקח בחשבון את השפעת פסיקתו על דרכי התנהגותם של הבריות בעתיד. הוא שוקל את המעמסה הכספית, אשר חוטל על סוג מסוים של מזיקים או ניזוקים בעקבות החלטתו".¹¹⁴ (ההדגשה שלנו – ש.א.ג., א.ר.).

עולה, כי מבחן הצפיות הנורמטיבית מאפשר להתייחס לסיכונים חדשים שלא היו קיימים בחברה לפני כן, למשל לחדירה למחשב, הפוגעת בפרטיותו של המשתמש, בקניינו הערטילאי וביכולת השימוש במחשב. לדעתנו, המדיניות המשפטית הראויה צריכה לכלול עוולת חדירה למחשב ולהגן על האינטרסים הלגיטימיים של בעל המחשב ושל המשתמש המורשה מפני פגיעה בזכויות היסוד שלו. על האדם הסביר במאה ה-21 להיזהר לבל יחדור למחשבו של הזולת.¹¹⁵ ביישום הסעיף על פעולה של חדירה למחשב, על בית המשפט להביא בחשבון את הצורך להרתיע האקרים וחודרים אחרים מפני חדירה למחשב, וכך להשפיע באופן חיובי על דרכי התנהגותם של הגולשים ברשת. ככל שמדובר בחדירה מכוונת מנימוקים בלתי לגיטימיים, כגון במקרים של האקרים, הרי שפסיקה כזו לא תגביל את חופש הפעולה הלגיטימי ולא תיצור מעמסה יתרה על המשתמשים במחשבים, שכן בעצם החדירה למחשב יש פעילות בלתי לגיטימית ובלתי שגרתית, הדורשת השגת קודים לכניסה, פיצוח מערכות אבטחה,

112 בע"פ 196/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מרדכי בש**, פ"ד יח(4) 568, בע' 572-573, נדונה השאלה האם אדם סביר חייב היה לצפות שילדים יכנסו למקרר נטוש ויינעלו בו: "בקבענו אדם סביר היה חייב לצפות מראש את אשר המשיב דנא והעדים שבאו להגנתו לא ציפו מראש, אין אנו אומרים שהמשיב ועדיו אינם אנשים סבירים: סבירותם שלהם – כבודה במקומו מונח. מידת הצפיות אשר על בית-המשפט לקבעה בכגון דא, נקבעת על-פי ניסיון החיים והידיעה הכללית שבידי השופט".

113 הערה 72 **דלעיל**.

114 **שם**, בע' 114-115.

115 לעומת זאת, ביחס לפעולות של הדבקת מחשבים אחרים בוירוס סמוי, שבעל המידע המדבק אינו מודע לעצם קיומו, על ידי משלוח דואר אלקטרוני מדביק וכו', התמונה יותר מורכבת. כאן יש לשקול גם את המעמסה הכספית הכרוכה בהתגוננות באמצעות תוכנת אנטי וירוס; את הצורך להמשיך ולשמר את הנגישות של האינטרנט לציבור הרחב ועוד.

הורדת תוכנות פריצה ועוד. מאידך גיסא, הפעלת העוולה עשויה להקל מהבחינה הכלכלית על בעלי המחשבים, שכן אם ההאקרים יפנימו את היותם חשופים לתביעות כספיות, האפקט ההרתעתי עשוי להגביר את הביטחון ברשת ולחסוך מבעלי המחשבים את ההוצאות הגבוהות הכרוכות ב"מירוץ החימוש" האי-סופי של התגוננות טכנולוגית מפני חדירה לזירתו הווירטואלית.

המבחן השני ליישומה של עוולת הרשלנות נוגע ל**חובת זהירות קונקרטי**: האם במקרה הקונקרטי הנתבע הקונקרטי חב חובת זהירות כלפי תובע קונקרטי? במסגרת זו, מתחשב בית המשפט בעובדותיו המיוחדות של המקרה. חובת זהירות זו נקבעת באמצעות בחינת השאלה אם אדם סביר יכול היה וצריך היה לצפות בנסיבותיו המיוחדות של המקרה את התרחשות הנזק שאירע.¹¹⁶ בהקשר לחדירה למחשב, יהיה על בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו, כדי לקבוע אם הנתבע, שחדר למחשבו של התובע, היה חב כלפיו בחובת זהירות בנסיבות המקרה. לשם כך יהיה עליו לקבוע, בין היתר, אם צריך היה הנתבע כאדם סביר לצפות שהתובע, או אנשים מסוגו של התובע, עלולים להיפגע במהלכם הרגיל של דברים ממעשה החדירה לתוך מחשבו. אם המעשה נעשה בכוונה כדי לפגוע בתובע או ברכושו, הרי שההכרעה בשאלת הצפיות פשוטה למדי. אך גם אם היא נעשתה ללא כוונת פגיעה, אך עם מודעות לחדירה, הפגיעה הנגרמת לתובע מחדירה כזו היא בדרך כלל די מובנת מאליה לאדם בר-דעת, ועל-כן יש למצוא במקרה כזה שהייתה צפיות טכנית. לעיתים, גם חדירה שאינה מכוונת, שנעשתה ברשלנות, תוכל למלא אחר דרישות הסעיף, כל אימת שאדם סביר צריך היה לצפות שמעשיו או מחדליו יביאו לחדירה כזו ולפגיעה הנלווית אליה.¹¹⁷

נוסף לצפיות הטכנית, במובן של היכולת לצפות פגיעה בתובע, נדרשת גם צפיות נורמטיבית, קרי, קביעה, במסגרת המדיניות השיפוטית הראויה, שהנתבע **צריך** גם לצפות פגיעה כזו ושהתובע ראוי להגנת הדין. בדינונו לעיל על הצורך בעוולה של חדירה למחשב, סקרנו באריכות את הנימוקים בעד מתן הגנה אזרחית מפני חדירה למחשב, ונימוקים אלה יפים גם לכאן. גם במסגרת בחינתה של חובת הזהירות הקונקרטית מובאים בחשבון שיקולי מדיניות, לרבות ההסתייגות מהטלת אחריות בנוגע

116 השופט ברק בע"א **ועקנין**, הערה 72 **דלעיל**, בע' 118-119. וראו גם דברי השופט מצא ברע"א 1565/95 **סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין**, תק-על (4)00 760 (2000), בע' 771, שם נאמר, כי "השאלה היא, אם המערערת צפתה, או באופן סביר יכלה לצפות, כי העיקול הזמני שנתבקש על-ידיה יגרום למשיבה נזק העולה על הנדרש להשגת מטרת העיקול. אכן, היקף חובת הזהירות הקונקרטית עשוי להשתנות ממקרה למקרה. התשובה לשאלה, תלויה, בין היתר, בעובדות שהיו ידועות לו בפועל ולטיב אמצעי הבידור שבאופן סביר עמדו לרשותו".

117 לעומת זאת, נראה, שעל פי רוב, הדבקת מחשב הזולת על ידי משלוח דואר אלקטרוני, המכיל וירוס נסתר ובלתי מוכר לתוכנות האנטי-וירוס, ללא מודעותו של בעל המחשב המדביק, לא תבוא בגדר הפרת חובת הזהירות הקונקרטית.

לסיכונים טבעיים. חובת זהירות זו קיימת רק בגין סיכון בלתי סביר – "אותו סיכון אשר החברה רואה אותו במידת חומרה יתירה, באופן שהיא דורשת כי יינקטו אמצעי זהירות סבירים כדי למנועו".¹¹⁸ אין לקבל את העמדה, שלפיה עצם חיבור מחשבו של אדם לרשתות תקשורת נושא עימו כסיכון טבעי שאדם אחר יחדור לתוך מחשבו ויעיין בקבציו הפרטיים. זהו סיכון בלתי סביר ואף בלתי רצוי, שראוי להגן מפניו.

(ב) הפרת חובה הזהירות – התרשלות

היסוד השני נוגע להפרת חובת הזהירות על ידי התרשלות. רמת הזהירות הנדרשת קבועה בסעיף 35 לפקודת הנזיקין, ולפיה יש חובה לנקוט את כל אותם אמצעי הזהירות, שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין. השאלה הנבחנת בגדר יסוד זה היא אם חובת הזהירות הופרה.

חובתו של המזיק היא לנקוט אמצעי זהירות סבירים ואחריותו מתגבשת רק אם לא נקט אמצעים אלה. סבירותם של אמצעי זהירות אלו נקבעת על פי אמות מידה אובייקטיביות.¹¹⁹ גם רמת הזהירות נקבעת על פי שיקולים של מדיניות משפטית, המאזנים בין אינטרסים שונים, כגון ביטחוננו האישי של הניזוק, חופש הפעולה של המזיק, האינטרס הציבורי בהמשכת אותה פעילות, גודל הסכנה והאמצעים הנדרשים למניעת הפעולה.¹²⁰

בכל הקשור לחדירה למחשב הזולת, נוטה הכף לכיוון הקביעה כי בחדירה למחשב יש משום הפרת חובת הזהירות של ההאקר/החודר כלפי בעל המחשב: החדירה עלולה להוביל לפגיעה בביטחוננו האישי של הניזוק, בשל האטת קצב פעילותן של מערכות המחשב הנחדרות, אם אלו מפעילות מערכות קריטיות; ישנה פגיעה בזכויות יסוד (פרטיות, קניין, אוטונומיה); ישנו אינטרס ציבורי במניעת בריחה מהאינטרנט בשל חשש מחדירה למחשבים (אפקט מצנן).

אמצעי הזהירות (רמת הזהירות – "הסטנדרט"), שאותם יש לנקוט כדי לצאת ידי חובת הזהירות, משתנים מעניין לעניין. רמת הזהירות מחייבת לנקוט אמצעים לא רק כלפי סיכון ידוע אלא גם כלפי סיכון בלתי ידוע, אשר קיימת לגביו הסתברות סבירה של התרחשות. עם זאת, רמת הזהירות אינה מחייבת נקיטת אמצעים כלפי כל סיכון אפשרי,

118 השופט ברק, ע"א ועקנין, הערה 72 לעיל, בע' 120-121.

119 ש.ם.

120 "השאלה אינה, מהו האמצעי שמבחינה פיסית מונע נזק, אלא השאלה היא, מהו האמצעי שיש לדרוש כי ינקטו אותו בנסיבות העניין. על בית המשפט לאזן בין האינטרס של הפרט הניזוק לביטחוננו האישי, לבין האינטרס של המזיק לחופש פעולה, וכל זה על רקע האינטרס הציבורי בהמשכה או בהפסקתה של אותה פעילות. על בית המשפט להתחשב בסכנה ובגודלה. עליו להתחשב בחשיבותה החברתית של הפעולה. עליו לשקול את האמצעים הדרושים למניעתה" – השופט ברק, בע"א ועקנין, הערה 72 לעיל, בע' 126-127.

אלא רק כלפי סיכון אשר לגביו קיימת **הסתברות סבירה כי יתרחש**.¹²¹ לא רק חדירה מכוונת של האקרים יש בה משום הפרת חובת הזהירות, כי אם גם חדירה של עובר, שמעבירו צריך היה לדעת עליה ולמנוע אותה באמצעים סבירים, עשויה להקים אחריות אישית של מעביד.

יסוד ההתרשלות מוסיף מימד של **אשמה** לעולות הנזיקיות-הקנייניות.¹²² נדגיש, כי כאמור היסוד כולל מעשים שנעשו **בכוונה** ולפיכך הוא נוגע לכל סוג של מודעות, כוונה וזדון. אשר לתירוץ האפשרי שהאקרים עשויים להעלות בדבר **קלות דעת ושובבות**, הרי שעולות הרשלנות מבוססת על סטנדרט התנהגות אובייקטיבי לפי מבחן האדם הסביר ולכן אין להתחשב בחולשות הסובייקטיביות של המזיק.¹²³

(ג) גרם נזק

היסוד השלישי מתייחס **לגרם נזק**, כלומר להוכחת קיומו של "נזק", ולקשר סיבתי בין נזק זה לבין הרשלנות.

דויטש סבור, כי אחד הקשיים המחלישים את האפקטיביות של ההגנה על השימוש במחשב באמצעות עולות הרשלנות הכללית נובע מהעובדה שביסוסה של עולות הרשלנות מחייב הוכחת נזק וכי לא על נקלה ניתן להוכיח נזק, עת מדובר בפגיעה במחשב.¹²⁴ על כך יש להעיר שתי הערות. ראשית, גם כדי לזכות בסעד הפיצויים מכוח חוק המחשבים יש להוכיח נזק,¹²⁵ כך שמדובר בקושי שהוא אינהרנטי לסוגיה. שנית, ההגדרה של "נזק" המופיעה בסעיף 2 לפקודת הנזיקין היא רחבה מאוד וטומנת בתוכה הן נזק כלכלי טהור והן נזק לא ממוני, כמו פגיעה ברווחה ובנוחות של התובע: "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור **כיצאים באלה**" (ההדגשות שלנו – ש.א.ג., א.ר.). כפי שכבר הסברנו לעיל בעניין הפרת חובה חקוקה,¹²⁶ לנו נראה כי חדירה למחשב עשויה לגרום הן "נזק" כלכלי, על-ידי

121 **בנק ברקליס דיסקונט נ' קוסטמן, לעיל** הערה 107, בע' 86-87.

122 **שם**. לעומת זאת, כאמור, העולות הרכושיות הן עולות מוחלטות, אף שעולות חוק המחשבים דורשות הוכחתו של יסוד של אשמה, בנוגע לסעד הפיצוי.

123 וראו עמדת בית המשפט המחוזי בע"פ (ת"א) 71227/01 **מדינת ישראל נ' טננבאום**, הערה 63 **לעיל**, 1540, בע' 1544, שם נקבע, כי: "את ההתייחסות שרואה בעבירות המחשב ספק עבירות, ספק שעשוע, ספק אתגר, שלגביו יש להריע למי שמגלה כישורים מובהקים, כפי שגילה המשיב במקרה זה – יש לשנות". ואולם, במסגרת עולות הרשלנות הוכר יחס מיוחד כלפי קטינים, שאותם יש לשפוט לפי אמות מידה אובייקטיביות המתאימות לילדים בגילו וברמת התפתחותו של הילד הנדון. ראו, למשל, ע"א 2061/90 **מרצלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 802.

124 דויטש, **לעיל** הערה 11, בע' 445.

125 ראו סעיף 9 לחוק המחשבים. אמנם, בתביעה לפי עולות הרשלנות, חלה דרישת הנזק לא רק ביחס לתביעת פיצויים, אלא גם לכל סעד אחר, כגון ציווי.

126 ראו הערה 89 לעיל והטקסט הצמוד אליה.

השגת מידע עסקי של התובע או על-ידי כך שהיא מחייבת אותו להוציא הוצאות גדולות יותר על אבטחת מחשבו, והן לנזק לא-ממוני, מעצם אי הנוחות, החרדה או הבושה שחש הנתבע משנודע לו שמאן דהו חדר למחשבו, ושמידע אינטימי שלו "מסתובב בידי אנשים לא מוכרים". על-כן, מעצם הוכחת החדירה ונסיבותיה, לא צריך להיות יותר מדי קשה לשכנע את בית המשפט כי נזק מאחד הסוגים שתוארו לעיל אכן נגרם כתוצאה מן החדירה. כך, למשל, נקבע לאחרונה על-ידי בית המשפט העליון שפגיעה באוטונומיה של האדם על גופו, על-ידי ביצוע טיפול רפואי בו ללא הסכמתו מדעת, גם כאשר ידוע שלא נגרם כל נזק אחר, היא בבחינת ראש נזק, מסוג הנזקים הלא-ממוניים, הראוי לפסיקת פיצויים.¹²⁷ לדעתנו, אף חדירה בלתי מוסמכת לרשות היחיד של אדם, היא בבחינת פגיעה באוטונומיה.

(ד) עולת ההתרשלות וחדירה למחשב – סיכום

לדעתנו, ניתן ורצוי להפעיל את עולת הרשלנות במקרה של חדירה "סתם" למחשב ואולי גם במקרה של העתקת מידע ממוחשב,¹²⁸ וזאת, בשל הצורך להגן על זכויות היסוד המופרות בעת חדירה למחשב. כך יתאימו דיני הנזיקין את עצמם לשינויים הטכנולוגיים המאפיינים את החיים בחברה המודרנית, באופן העונה על מטרות דינים אלו. עם זאת, ברור לנו, כי מלאכת הוכחת התביעה במסגרת עולת הרשלנות, על יסודותיה המופשטים ודרישות הנזק והקשר הסיבתי, תהיה קשה יותר על התובע מאשר אילו היתה קיימת עוולה פרטיקולרית של חדירה למחשב שיכול היה לתבוע על-פיה.

127 ע"א 2781/93 דעקא נ' בי"ח הכרמל, פ"ד נג(4) 526. וראו גם דעתו של פרופ' לורנס פרידמן, ראו L. Friedman "Establishing Information Privacy Violations: The New York Experience" 31 Hofstra L. Rev. (2004) 651,fn 66 במדינת ניו יורק בפרשת: Smith v. Chance Manhattan Bank, 741 N.Y.S. 2d at 100 (2002), שם הוגדרה פגיעה בפרטיות בצורה צרה. נקבע, כי במסגרת דיני הגנת הצרכן, פגיעה בפרטיות תהווה ראש נזק רק אם כתוצאה מהפרת ההתחייבות לשמור על הפרטיות סבל הנפגע "tangible loss". לדברי פרידמן, מן הראוי להגן ביתר שאת על הפרטיות, כשזו מושווית לערכים מוחשיים (כגון מיקסר), אף שהוא ער לקושי שבאומדן הפגיעה בפרטיות "In dollar terms".

128 גם דויטש (לעיל הערה 11) מציין, ש"לא מן הנמנע אומנם שבמסגרת דיני הרשלנות, הנתונים לפיתוח מתמיד לכיוונים חדשים, יהיה אפשר לספק הגנה גם לאינטרסים בלתי מוחשיים אלה אף מבלי להיאחזו בחוק המחשבים, אם כי הוא מצביע על קשיים. עוד בהקשר של עולות הרשלנות, כתב מ' דויטש במאמרו "חוק עולות מסחריות, השנ"ט-1999" הפרקליט מה (תש"ס-תשס"א) 128, 138, בהקשר של העדר עוולה מיוחדת בפקודת הנזיקין המתייחסת לתחרות בלתי הוגנת: "אולם היעדר עוולה מיוחדת אינו מונע פיתוח של איסור מתאים באמצעות העוולה הכללית – עולת הרשלנות".

3. העוולה בדבר הסגת גבול במיטלטלין

ומה בדבר העוולה הנזיקית הקלאסית של הסגת גבול במיטלטלין (סעיף 31 לפקודת הנזיקין)? האם ניתן ליישם אותה על חדירה "סתם" למחשב? יצוין, כי הטרמינולוגיה בה עושה שימוש מחוקק חוק המחשבים בהצעת החוק מתייחסת תכופות למונח "הסגת גבול" בהקשר של מחשב פולשני.¹²⁹

סעיף 31 הנ"ל קובע: "הסגת גבול במיטלטלין היא לקיחת טובין שלא כדין מהחזקתו של אדם אחר, או הפרעה אלימה בהם בהיותם בהחזקתו של אדם אחר; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במיטלטלין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון". יסודות העוולה הרלוונטיים לענייננו הם אפוא: חזקה במיטלטלין, לקיחת טובין או הפרעה אלימה לטובין, נזק ממון וקשר סיבתי. יסוד אפשרי נוסף, שאינו מצוין בעוולה, הינו סוג מסוים של אשם.¹³⁰

היסודות הללו של עוולת הסגת גבול במיטלטלין הביאו מספר מלומדים למסקנה שלא ניתן לעשות בה שימוש לעניין מחשב פולשני. ראשית, לא ברור אם מידע ממוחשב הוא בגדר "מיטלטלין" לעניין עוולה זו. כך למשל כותב פרופ' דויטש, כי "העוולות הרכושיות מגינות רק על נכסים מוחשיים"¹³¹ וכי לפיכך, "ספק אם העוולה של הסגת גבול תאסור על החדירה למחשב, משום שהיא מושתתת על חדירה לאובייקט

129 וכך נאמר בדברי ההסבר לפרק ב' (עבירות מחשב) להצעת החוק: "הצורך בפרק זה נובע בעיקר מכך שהוראות עונשיות שונות, העשויות להיות רלוונטיות לעניין השימוש לרעה במחשב, עניינן הגנה על אינטרסים מוחשיים, כגון **הסגת גבול**...". בדברי ההסבר לסעיף 6 להצעת החוק (חדירה שלא ברשות למחשב) נאמר: "הוראה זו נועדה לטפל ב**הסגת גבול במחשב** בדרך של התקשרות או התחברות עם המחשב". בדברי ההסבר לסעיף 15 להצעת החוק (תיקון לחוק האונת סתר) נאמר, כי "ההצעה מבחינה בין חדירה למחשב מסוים, המהווה פלישה לתחום פרטיותו של המשתמש במחשב, וכמוה ככניסה לחצרו, לבין האזנה לדרכי תקשורת בין מחשבים. הכללים שיחולו במקרה זה של חדירה למחשב מסוים הם הכללים האוסרים **הסגת גבול**" (ההדגשות כולן שלנו – ש.א.ג. וא.ר.).

130 לדיון בשאלה אם נדרש אשם בעוולה זו, ואם כן איזה סוג של אשם ואימתי, ראו: א' גולדנברג "התפתחות אלמנט הרשלנות בעוולות השגת גבול" **הפרקליט** כ (תשכ"ד) 333; י' אנגלרד "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחית – בעיות ומגמות" **משפטים** ה (תשל"ד) 564, 583; מ' דויטש **קניין חלק א** (תשנ"ז) 350, הערה 4 ומראי המקום הנזכרים שם.

131 דויטש, **שם**, בע' 352, על המקורות המובאים בהערה 10א', סובר שלפי הפרשנות הקלאסית של עוולת הגול (סעיף 52 לפקודת הנזיקין) ושל עוולת העיכוב, עוולות אלו מגינות רק על נכסים **מוחשיים**. כן ראו דויטש, הערה 21 **לעיל**, בע' 445: "דיני הנזיקין אצלנו אינם מגינים על שלמותם של נכסים מופשטים, אלא רק על שלמותם של נכסים מוחשיים". וראו גם ע' בר-שירה "גזילת זכות ראויה" **הפרקליט** כג (תשכ"ז) 13.

ממוחשב".¹³² שנית, לנוכח דרישת ההחזקה של הסעיף, לא ברור אם ניתן "להחזיק" במידע ממוחשב. ואמנם, הדעה המובעת בהצעת חוק המחשבים ובמאמרו של דויטש היא שבעל המחשב אינו יכול להחזיק במידע, אלא רק להשתמש בו, ולכן יש קושי להחיל עליו את עולת הסגת הגבול או כל עוולה אחרת הדורשת החזקה.¹³³ ולבסוף, ניתן לטעון שחדירה "סתם" למחשב אינה כוללת הפרעה אלימה לטובין, קרי, המידע הממוחשב, או לקיחת הטובין הללו, כנדרש בסעיף 31, שהרי כל מהותה של החדירה היא כזו שאינה גוררת את שיבוש המחשב. לפיכך, כך יוצא לפי דעה זו, ההגנה המוענקת על ידי סעיף 31 לפקודת הנוזיקין אינה מוסיפה ולא כלום למאבק הנוזיקי נגד החדירה למחשב, שכן חדירה המלווה בפעולות אחרות, כגון שיבוש חומר המחשב או הפרעה לשימוש, כבר מכוסה ממילא על ידי עוולה מפורשת בחוק המחשבים (סעיף 7). כמו כן, אף שיש בחדירה למחשב ממרחק, העתקה של המידע הממוחשב (שהרי המידע מופיע על צג המחשב של מי שחודר למחשב הזולת), אין בה לקיחה שלו, כי המקור נשאר במחשב.

לנוכח הקשיים הללו, שבוודאי יועלו לפני בתי המשפט שידונו בכך, ספק בעינינו אם עולת הסגת גבול במיטלטלין יכולה לספק פתרון חלופי אופטימלי לאימוץ עוולה מפורשת של חדירה למחשב. לכך יש להוסיף את הדרישה להוכחת נזק ממון כתנאי לקבלת פיצויים, שגם היא תקשה בוודאי על תובעים פוטנציאליים.

כשלעצמנו, סבורים אנו, כי בהעדר פתרון חלופי, ניתן בכל זאת לעשות שימוש בסעיף 31 הנ"ל גם לעניין חדירה למחשב. על השאלה אם מידע ממוחשב (מה שמכונה "חומר מחשב" בחוק המחשבים) הוא בגדר "מיטלטלין", אנו מציעים להשיב בחיוב, וזאת, מכמה טעמים: הגדרת המונח "מיטלטלין" שבפקודה¹³⁴ אינה שוללת פירוש כזה, ולדעתנו פרשנות תכליתית ראויה של מונח זה צריכה להוביל למסקנה, כי ראוי לאמץ הגדרה רחבה שתכלול גם מידע וזכויות. מסקנה זו יסודה בעובדה שבחיים המודרניים, המושגות במידה רבה על מידע ממוחשב, הסגת הגבול למידע ממוחשב הינה כה נפוצה עד כי ראוי להרתיע מפניה וליתן מזור לסובלים ממנה, בין היתר – באמצעות

132 דויטש, לעיל הערה 11, בע' 446. ההסבר לעמדתו של דויטש מופיע שם, בהערת שוליים 56: "מדובר בהוראה זו בהסגת גבול ב"טובין" שאינם כוללים גם אינטרסים מופשטים. שנית, דרושה, כאמור לעיל, "החזקה", שאינה מתקיימת לגבי גורמים מופשטים".

133 בדברי ההסבר להצעת חוק המחשבים נאמר ביחס לצורך בעוולה חדשה המתייחסת למשל, למחיקת מידע האגור במחשב, כי: "העולות הרכושיות, כמו גזל, אינן מספקות הגנה אלא לנכסים אשר ניתן להתזיק בהם ומכאן שאינן רלבנטיות להגנה על מידע". באשר לדויטש, ראו ההערה הקודמת.

134 ראו סעיף 2 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]: "מיטלטלין" – דומם או חיה, לרבות כסף, פרי עצים וגפנים, דגנים, ירקות ויבולים אחרים ומים, בין בתלוש ובין במחובר". אין בפקודה או בפקודת הפרשנות הגדרה של המונח "דומם". אין בהגדרת הפקודה התייחסות מפורשת ל"נכסים מוחשיים", כמו שישנו בחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, סעיף 1. מאידך גיסא, שם ישנה גם הוראה בסעיף 13(א) שהוראות החוק יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות.

פרשנות נזיקית מרחיבה, המותאמת לשינויי העיתים.¹³⁵ אך גם אם נקבל את הדעה, שמידע ממוחשב ותוכנה אינם בגדר "מיטלטלין", הרי אין לשכוח כי הסגת הגבול למחשב אינה מתייחסת רק למידע הממוחשב. למעשה היא כוללת גם הסגת גבול, קרי, הפרעה אלימה לרכוש מוחשי – למחשב הפיסי בעצמו, שלגביו אין ספק שהוא בגדר "מיטלטלין". ואכן, נראה שהפסיקה המועטה הקיימת בישראל בכל הקשור לעוולת הסגת הגבול (בניגוד לעוולת הגזל) מיישמת את יסודות הסעיף גם על **מיטלטלין ערטילאיים** מבלי להתייחס לקושי הנובע מהאפשרות לפרש את המונח "מיטלטלין" באופן צר. בעניין **אבן חן נ' סוריסה**¹³⁶ ההתייחסות לעוולת הסגת הגבול ויישומה על מקרה של חדירה למחשב באמצעות וירוס היתה מובנת מאליה ולא כללה ניתוח של בעייתיות הנושא. כך גם בארצות הברית, בכל הנוגע להסגת גבול המבוצעת באמצעות משלוח דואר אלקטרוני.^{137 138}

שימת הדגש על המחשב עצמו, להבדיל מהמידע האגור בו, תפתור גם את בעיית ה"החזקה", שהוזכרה לעיל, כי אין ספק שבעל המחשב מחזיק במחשבו. אך גם אם נראה את חומר המחשב כמושא להסגת הגבול, ניתן לדעתנו לפתור בעיה זו. לצורך הגדרת ה"החזקה" שלפי פקודת הנזיקין, ניתן להקיש מהגדרת המונח בחוק המיטלטלין המפנה בסעיף 8 לסעיף 15 לחוק המקרקעין: "... 'מחזיק' – בין שהשליטה הישירה במקרקעין היא בידיו ובין שהשליטה הישירה בהם היא בידי אדם המחזיק מטעמו".¹³⁹

135 כן ראו עמדתו של Y. Bar-Sela "Computer Legislation in Israel: A Proposal being Developed by the Ministry of Justice" *Isr. L.R.* (1986) 58 on p. 63, ממנה עולה, כי מחוקק חוק המחשבים התכוון להתייחס למידע הממוחשב ולתוכנה כאל "property".

136 ת"א (ת"א) 6000/03 **אבן חן נ' סוריסה** (לא פורסם). שם קבע בית המשפט שבמשלוח דואר אלקטרוני אינטנסיבי וכניסה לאתר המותקף היתה הסגת גבול לאתר של התובע על-פי סעיף 31 לפקודת הנזיקין. בהחלטה לא היתה התייחסות לקושי אפשרי הנובע מההיבט הערטילאי של אתר אינטרנט. מהפרשה ניתן להסיק שהמונח "מיטלטלין" חל גם על מידע ממוחשב. על-יסוד עוולה זו, וכן על-יסוד הפרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, קיבל השופט ארנסט בבית משפט השלום את התביעה וחייב את הנתבע בתשלום פיצויים לתובע. באופן מפתיע, לא הזכיר השופט כלל את דבר קיומו של חוק המחשבים ושל הפרק הנזיקי שלו, הגם שהוראותיו היו בהחלט רלוונטיות למקרה הנדון. פסק-דין זה נהפך אחר כך בבית המשפט המחוזי (בר"ע (ת"א) 2542/03 **סוריסה נ' בן חיים** תק-מח (4)05 314 (2005), והתביעה נדחתה, בעיקר על יסוד הנימוק שלא הוכחה התשתית העובדתית הנדרשת. גם בפסק הדין שבערעור לא היתה התייחסות לחוק המחשבים.

137 *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc* Case No. C2-96-1070, 962 F. Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997) 191; *Intel Corporation v. Hamidi*, 94 Cal. App. 4th 325 (Dec. 10, 2001).

138 לעניין הדיון בפרשנות המונח "מיטלטלין" כחל על מידע ערטילאי ראו גם ש' אהרוני-גולדנברג, **לעיל** הערה 11, בע' 241-242, 248-254.

139 הסעיפים הללו רלוונטיים לענייננו, שכן הם עוסקים בהגנת החזקה במקרקעין ובמיטלטלין ובמניעת הסגת גבול. גם בדנ"א 2568/97 **זחבה כנען נ' ממשלת ארצות הברית**, תק-על (1)03 (1), 1730 (2003),

אם כך, החזקה היא פונקציה של **שליטה** ישירה או עקיפה **בנכס** – בין שהוא מקרקעין או מיטלטלין.¹⁴⁰ חוק המיטלטלין עצמו מגן, מכוח סעיף 13(א), גם על "זכויות" – על נכס ערטיילאי, בשינויים המחויבים; סינתזה של סעיפים 2 ו-13 לחוק המיטלטלין מובילה לתוצאה לפיה "הבעלות בזכות היא הזכות **להחזיק ולהשתמש** בה". הנה כי כן נמצאנו למדים, כי לגישת המחוקק הישראלי **ניתן** להחזיק בזכות, ומהותה של חזקה זו היא השליטה בנכס. על מהותו של מבחן השליטה בנכס ניתן ללמוד מניתוח נורמטיבי של החקיקה הרלוונטית.¹⁴¹ תכלית החקיקה הנזיקית, בכל הנוגע לעולות הקניניות, הינה לשמור את השליטה בקניינו של הפרט בידיו ולמנוע פלישה לתחומו. על פי מבחן השליטה, אדם הינו המחזיק בחומר מחשב אם הוא בעל היכולת לעשות בחומר זה כרצונו או לקבוע את גורלו. ברי שמבחן זה מתקיים גם בהקשר הערטיילאי. ניתן לקבוע את גורלו של הנכס הערטיילאי – המידע הממוחשב – כאשר מוחקים אותו או משנים את תוכנו או על ידי העברתו ממקום למקום, למשל – שליחתו בדואר האלקטרוני. מבחן השליטה בהקשר הנזיקי הינו מהותי: לא הנגיעה הפיסית בנכס היא החשובה אלא שאלת השליטה, בין ישירות ובין על ידי אחר.

בע' 1749, העוסק בעולות קניניות, נעשתה פנייה ישירה לחוק המקרקעין ונקבע, כי "הקניין במיטלטלין מוגן באמצעות עולות נזיקיות שונות (כדוגמת עיכוב נכסים בסעיף 49 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין); הסגת גבול בסעיף 31 לפקודת הנזיקין וגזל בסעיף 52 לפקודת הנזיקין). זכותו של בעליו של נכס עומדת לו גם מכוח זכותו הקניינית לדרוש מכל מחזיק בו שלא על פי זכות כדין למסור לו את הנכס (סעיף 15 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 החל גם על מיטלטלין מכוח סעיף 8 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971). הקביעה אימתי יחשב אדם כמחזיק רכוש שלא על פי זכות שבדין נקבעת לפי דיני הקניין".

140 החזקה בנכס הינה פונקציה של **שליטה**, גם בהתאם לסעיף 2 לחוק העונשין. בע"פ 250/84 **הוכשטט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(1) 813, בע' 819-820, קבע השופט ברק בדעת מיעוט, אשר אומצה לאחר מכן בשורה ארוכה של פסקי דין, כי מושג "החזקה" מתייחס לשליטתו של אדם בדבר. בהקשר הפלילי, מבחן השליטה מורכב משני יסודות מצטברים – פיסיונפשי: בהקשר הפיסי הכוונה במונח "**שליטה**" היא ליכולת לעשייה פיסית בנכס או ליכולת לקבוע את גורלו של החפץ ולקבוע היכן ימצא, גם אם אין הדבר כרוך בקירבה פיזית לחפץ וגם אם הנכס נמצא בידי של אחר. בלעדיות השליטה (לאדם או לשותפיו) הינה תנאי הכרחי להחזקה זו. ניתן ליישם תפישה זו ולטעון, כי השליטה במידע המאוחסן במחשב והיכולת לקבוע את גורלו ואת מיקומו (בדיסקט, במחשב או לשלוח אותו) מאפיינת גם את החזקה במידע הערטיילאי.

בהקשר הנפשי, הכוונה במונח "**שליטה**" הינה למידת המודעות או הרצון לשלוט או להחזיק בנכס. ביחס ליסוד זה, על פי עמדתו של הנשיא שמגר, כפי שהובעה בע"פ 509/79 **לוזיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(2) 505, 513, נדרשת **ידיעה** על עצם ההחזקה ועל מהות העצם המוחזק.

141 בע"פ 250/84 **הוכשטט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(1) 813, בע' 820 ואילך, נקבע, כי הביטויים "חזקה" ו"שליטה" הינם מעומעמים וכי יש לבחנם בהתאם להקשר החקיקתי והעובדתי בו מדובר ולאור המטרה החקיקתית המונחת ביסוד העבירה.

גם את הנימוק האחרון של הפוסלים את השימוש בסעיף 31, לאמור, שחדירה סתם אינה כרוכה בהפרעה אלימה במיטלטלין, ניתן לדחות. ניתן לטעון שההפרעה האלימה בהם היא עצם הכניסה שלא כדין למחשב וההאזנה או ההסתכלות במה שאגור בו או עשיית פעולות בלתי מוסמכות אחרות במחשב הזולת. ההפרעה היא אלימה בכך שהיא נעשית ללא הסכמתו של בעל המחשב, ולעיתים בלא ידיעתו, כאשר החודר "מטייל לו" בתוך מחשבו הפרטי של הזולת ועושה בו כבתוך שלו, תוך כדי שימוש בתוכנות חדירה מתוחכמות הפורצות את ההגנות הטכנולוגיות שבעל המחשב העמיד כדי להגן על עצמו. חדירה זו מחללת את מרחבו של בעל המחשב ואת צנעת חייו, פוגעת באוטונומיה שלו, בפרטיותו ובקניינו – ובכך היא מהווה הפרעה אלימה.¹⁴² נוסף ונציין כי, לדעתנו, תכליתה של דרישת האלימות בעוללת הסגת הגבול היא למנוע מצבים שבהם בעל המיטלטלין יתבע בגין הסגת גבול בשל נגיעה קלה של הזולת במיטלטליו, למשל במקרה בו הנתבע נשען על מכוניתו באקראי. דרישת האלימות וההפרעה באה להדגיש, כי יש צורך ביותר מנגיעה קלה בלבד ברכוש הזולת. חדירה למחשב ובמיוחד לאחר פיצוח קודים, הכוללת צפייה בנעשה בו, בוודאי אינה "נגיעה קלה". קל וחומר שמקרים של התקפות אלקטרוניות על אתרי אינטרנט, באמצעות משלוח אלפי הודעות בדקה, במטרה להפיל אותם, עולים כדי הפרעה אלימה כאמור. לסיכום, עוללת הסגת גבול אינה מהווה תחליף מלא לעוולה מפורשת של חדירה למחשב, אך אם בתי המשפט יאמצו את הפרשנות שאנו מציעים כאן, ניתן יהיה לעשות בה שימוש גם למקרי חדירה למחשב במקרים המתאימים, כאשר החדירה גרמה נזק ממון לתובע.

4. חדירה למחשב כ"גרימת שינוי בחומר מחשב"

עוולה רלוונטית נוספת לנושא החדירה למחשב הינה העוולה המנויה בסעיף 7(2) לחוק המחשבים והנוגעת לגרימת שינוי בחומר המחשב.¹⁴³ סעיף זה אינו דורש שינוי חומר המחשב יהיה כרוך בגרימת נזק כלשהו, ובית משפט השלום בעניין **מדינת ישראל נ' עודד רפאלי**¹⁴⁴ פירש את סעיף 2(2) לחוק המחשבים באופן רחב, כך שכל שינוי "שלא

142 כאשר ישנה כניסה לאתר "פתוח" באמצעות תוכנה כגון robot, המנטרת את המידע באתר והגורמת לקריסת המערכת או להאטה ניכרת בפעילותה, עשוי להיות בדבר משום "הפרעה אלימה", שאותה יש כמובן להוכיח מהבחינה העובדתית. ראו פרשת eBay הערה 45 **דלעיל**.

143 סעיף 7(2) לחוק המחשבים מתייחס ל-"... גרימת שינוי ב[חומר מחשב] או שיבוש בכל דרך אחרת, שלא כדין".

144 ת"א (י-ם) 3813/99 **מדינת ישראל נ' עודד רפאלי** דינים-שלום טז 862. בעניין זה, חדר הנאשם למחשב ומחק קובצי לוג-אונט, המלמדים על הכניסות והיציאות מהמחשב, כדי להסוות החדירה למחשב.

כדין" של חומר מחשב מהווה עבירה. בעניין זה קבע השופט א' טננבוים, שהסעיף כולל מקרים בהם המחיקה והשינוי אינם גורמים בהכרח לשיבוש או להפרעה, וכי כל שינוי של חומר מחשב הינו אסור. לדבריו, אין צורך להוכיח נזק או שיבוש למחשב אלא המחיקה והשינוי אסורים, בלא כל קשר לשאלה אם מחיקה ושינוי אלה גרמו לנזק למחשב. גם מחיקת חומר מחשב חסר תועלת מהווה עבירה על סעיף 2(2) לחוק המחשבים. באמרת אגב קבע בית המשפט, שגם שינוי שלא כדין של חומר מחשב המועיל ומשפר את פעולתו מהווה עבירה על סעיף 2(2) לחוק המחשבים. מסקנה זו, שגם בתי משפט אחרים הגיעו אליה,¹⁴⁵ נכונה גם מהבחינה הראייתית והמעשית. שכן, היא פותרת את בית המשפט מן הצורך לבחון את חשיבותו של תוכן חומר המחשב שנמחק, מה גם שפעמים רבות קשה להוכיח לאחור השינוי את טיבו של המידע ששונה.¹⁴⁶ אם כך הוא הדין לעניין ההוראה הפלילית הנ"ל, כל שכן לעניין סעיף 7(2) האזרחי, שלשונו דומה לסעיף 2(2).

145 ע"פ 71227/01 מדינת ישראל נ' טננבוים, תק-מח 2(2) 1540 (2002), שם נקבע, שינוי קבצים, עריכת שינויים באתר, על ידי שינוי דף הבית (defacing), השתלת תוכנת וירוס מושווית (סוס טרויאני) ותוכנה, המאפשרת מעקב אחרי המשתמשים במחשב הפרוץ וגילוי אינפורמציה מוסווית אודותיהם, מהווים עבירה על סעיף 2 לחוק המחשבים.

146 כעולה מהעובדות המתוארות בהחלטת בית המשפט בעניין בדיר (הערה 6 דלעיל), ניתן היה להאשים ולהרשיע את הנאשמים, גם בעבירה על סעיף 2 לחוק המחשבים, ולא רק בעבירות על סעיף 4 לחוק. בעניין בדיר (אישום מספר 37, פרשת קווי 1-800), הנאשמים חדרו למערכת המחשבים של בזק, ביצעו ניתוב של קו טלפון חינום לטלפון הסלולרי שלהם, הגדירו לעצמם תיבות קוליות והקליטו בהן הודעות פתיחה. הנאשמים הואשמו והורשעו בעבירת חדירה לחומר מחשב – שבוטלה, בהסכמה, מחמת הספק. האחים בדיר לא הואשמו (ולא הורשעו) בעבירה על סעיף 2 לחוק – שינוי חומר מחשב, אף כי ראוי היה להאשימם גם בעבירה זו. שהרי בעצם ניתוב קו הטלפון והגדרת התא הקולי והקלטת ההודעה יש משום שינוי חומר המחשב הנמצא במרכזיה. בדומה, באותו עניין (אישום מספר 5, פרשת דיגיטל), חדר הנאשם למרכזיה של חברות פלאפון ודיגיטל וערך שינויים בתוכנה של המרכזיות, אשר איפשרו לו, על ידי הקשת סדרת ספרות וסימנים, לפרוץ אותן באופן חוזר ונשנה ולקבל מהן קו חיוג בלתי מוגבל להתקשרויות בארץ ובחו"ל. גם במקרה זה, הנאשם לא הואשם ולא הורשע בשינוי חומר מחשב, אלא רק בחדירה לחומר מחשב. הדוגמאות שהובאו מעניין בדיר מהוות אולי אינדיקציה לכך, שקיימת אי הבנה לגבי ההבחנה שבין סעיף 4 לחוק המחשבים – עבירת חדירה לחומר מחשב – לבין סעיף 2 לחוק המחשבים – שינוי חומר מחשב. חשוב לציין, כי לא תמיד שתי העבירות משולבות זו בזו במקביל. שינוי חומר המחשב שלא כדין אינו מהווה בהכרח חדירה למחשב שלא כדין. ואילו עבירת חדירה למחשב מהווה לרוב גם שינוי חומר המחשב.

אכן, לרוב **חדירה למחשב תהווה גם שינוי חומר המחשב**. שכן כל כניסה למחשב עם זיכרון שאינו מתנדרף מותירה אחריה את עקבותיו של הפורץ, ולו בקובץ ה-Log-event, המתאר את הכניסות והיציאות מהמחשב.¹⁴⁷ לעובדה זו עשויה להיות משמעות רבה, בכל הנוגע להעדר עוולת חדירה למחשב בפרק הנזיקין שבחוק המחשבים, שכן אף שאין בו עוולת חדירה למחשב, קיימת בו עוולת שינוי חומר מחשב. לכן, ייתכן שהאקר, שחודר למחשב "סתם" ותוך כדי כך **מותיר עקבות בחומר המחשב**, מבצע עוולה של שינוי בחומר המחשב שלא כדין, כקבוע בסעיף 7(2) לחוק המחשבים (ואת העבירה המקבילה). מסקנה זו מתחזקת לנוכח העובדה, שבפרק הנזיקין אין דרישות של הלך נפשי ייחודי לעוולות השונות (אף כי קיימת דרישת אשם או התרשלות מצד הנתבע בכל הנוגע לסעד הפיצויים), ולכן העובדה שנחבע לא התכוון לשינוי זה לא בהכרח תהיה רלוונטית.¹⁴⁸

ואולם, ספק אם זהו פתרון לבעיה שלנו. אם העוולה שביצע הנתבע היא רק שינוי חומר המחשב (בכך ששינה את המידע שב-Log event), ולא עצם החדירה, הרי שלתובע מגיע פיצוי רק בגין שינוי זה, ולא בגין נזקי החדירה. קרוב לוודאי שנוקי "השינוי" הם אפסיים, אם בכלל, ויש סיכוי טוב שהם יהיו בגדר "מעשה של מה בכך" המצדיק את דחיית התביעה על-פי סעיף 4 לפקודת הנזיקין.¹⁴⁹ שנית, לא בכל מחשב "נשמרות" הפעולות האחרונות שבוצעו בו. על פי רוב, מחשבים פשוטים, כגון מחשב המפעיל את מערכת האינטרנט והכניסה לבתים משותפים, מכילים **זיכרון מתנדרף**, שאינו מכיל מרשם של הפעולות שבוצעו בו. עולה, שלא תמיד יש בחדירה למחשב משום שינוי חומר המחשב, אף אם בפועל יש חדירה למחשב.

147 בת"פ 15417/99 מדינת ישראל נ' יעקב אבימור, פדאור-שלום נט(3) 781, 806, הסתמכה ההגנה על חוות דעת מקצועית של מומחה מחשבים מטעמה, ממנה עלה כי אפילו פעולת "שמירה" פשוטה יכולה להיות מוגדרת על ידי המחשב כשינוי. ודוק, יש להבחין בין העובדה שלא ניתן לעלות על עקבות המשנה – החודר שלא כדין למחשב – לבין כך שנעשה שינוי. כמו כן, לא בכל מחשב "נשמרות" הפעולות האחרונות שבוצעו בו, כך שלא תמיד יש בחדירה למחשב משום שינוי של חומר המחשב.

148 גם בעבירת שינוי חומר מחשב (סעיף 2(2) לחוק המחשבים), שם נדרשת מודעות לנסיבות ולעובדות, ניתן לצאת מנקודת הנחה שההאקר מודע לכך שבעצם החדירה שלו למחשב יש משום שינוי חומר המחשב. הואיל וכמפורט להלן, עבירת שינוי חומר המחשב היא עבירה תוצאתית (ההלך הנפשי הוא של פזיזות או אדישות לגבי התוצאה המסתברת של המעשה), הרי פעולת ההאקר יכולה שתבוא גם בגדר העבירה.

149 סעיף 4 לפקודה קובע: "לא יראו בעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". על תביעה לפי סעיף 7 לחוק המחשבים חלות הוראות פקודת הנזיקין, לרבות סעיף 4 הני"ל.

5. חדירה למחשב כהפרעה לשימוש בו

בסעיף זה נבחנת האפשרות הפרשנית, שלפיה חדירה "סתם" למחשב תהווה בניסיונות מסוימות "הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב", בניגוד לסעיף 7(1) לחוק המחשבים (עוולה בנוזיקין).¹⁵⁰

להגדרה הרחבה של העוולה ("הפרעה... בכל דרך שהיא") יש מעלות רבות. נוסח העוולה מאפשר לבית המשפט להגן באופן גמיש על מגוון רב של אינטרסים הנובעים מהשימוש במחשב, שעל חלקם ייתכן שטרם שמענו.¹⁵¹ כך, למשל, ברור שהיא כוללת גם האטה בקצב עיבוד הנתונים של המחשב. האטה כזו יכולה להיגרם על ידי חדירה של גורם זר למחשב באמצעות פיצוח הקוד החוסם את הכניסה למחשב. כך, שאם מחשב נמצא בשימוש גורם מורשה ובמקביל מתבצעת אליו חדירה על ידי תקשורת חיצונית, הרי שהתקשורת הנוספת מאיטה את קצב עבודת המחשב וכך נגרמת הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב.¹⁵²

ואולם, גם ההגנה הניתנת על ידי עוולה זו, מוגבלת ביותר. ראשית, לא תמיד החדירה למחשב גורמת האטה או הפרעה אחרת לשימוש במחשב. שנית, כמו לעניין השינוי של חומר מחשב, אם העוולה שביצע הנתבע היא רק האטת קצב עבודתו של המחשב, ולא עצם החדירה, הרי שלתובע מגיע פיצוי רק על האטה זו ולא על נזקי החדירה, וגם כאן ייתכן שיהיה מדובר בנזק זניח הנופל בגדר "מעשה של מה בכך", מה שעלול להביא לדחיית כל התביעה. לפיכך נראה, שהפתרון הניתן על ידי העוולה הינו חלקי ביותר, שכן אין היא נותנת מענה לצורך הלגיטימי של הפרט להגנה על זכותו לאוטונומיה ולפרטיות, זכויות הנפגעות כתוצאה מחדירה למחשב.

אמנם, ייתכן שיש מקום לשקול אפשרות פרשנית רחבה יותר, שלפיה ההפרעה לשימוש במחשב אינה מתבטאת רק בהפרעה מוחשית, כגון האטת קצב הפעולה של המחשב. ההפרעה עשויה להיגרם גם מכך שעין זרה צופה בנעשה במחשבו של הפרט ללא הסכמתו באמצעות חדירה למחשב. זו עשויה להפריע לו להשתמש במחשבו

150 סעיף 7(1) לחוק המחשבים קובע, כי "מעשה מן המעשים המנויים להלן הוא עוולה על פי פקודת הנוזיקין... והוראותיה של פקודה זו יחולו עליו – (1) הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב".

151 עוד בנוגע ליסודות העוולה ולפרשנותה על ידי בתי המשפט (בהקשר הפילי) ראו ש' אהרוני-גולדנברג, לעיל הערה 11, בפרק ג' לשער האוטונומיה.

152 דוגמה לתפישה זו עשויה להיות המקרה הבא: בשנת 1997 פרץ האקר למערכות המחשב של נאס"א כאשר האסטרונואוטים האמריקנים התחברו לתחנת החלל הרוסית מיר. הפורץ הגדיל את העומס על מחשבי המערכת עד כדי כך, שהדבר הפריע למערכות המחשבים שהיו מחברות לגופם של האסטרונואוטים ואשר היו אמורות להעביר למרכז ביוסטון את נתוני דופק הלב שלהם ונתונים אחרים על מצבם הגופני (מצריב, א' בתמוז תש"ס, 4.7.2000). דוגמה נוספת של הפרעה לשימוש במחשב המהווה סוג של חדירה למחשב היא תופעת שליחת דואר אלקטרוני או מנות בכמויות "סוחמות" (Denial of Services).

באופן חופשי ולגרום לו להתנתקות מן האינטרנט מחשב חדירה נוספת, או לחלופין, להשקיע מאמצים באמצעי מיגון טכנולוגיים, שאף הם עלולים להפריע לעבודה השוטפת במחשב. לפיכך, ההתייחסות לעצם החדירה ולחשיפת האגור במחשב תהיה כאל הפרעה לשימוש בו. אפשרות פרשנית זו נתמכת בשיקולי מדיניות ראויים, כגון הצורך להגן מפני פגיעה בזכות הפרטיות ובזכות לאוטונומיה, ומקנה את החשיבות הראויה למחשב בחברה המודרנית.

ד. סיכום ומסקנות

בחוק המחשבים לא קיימת עוולה נזיקית של חדירה למחשב, אף שעוולה כזו תוכנה במקור להיכלל בנוסח החוק והופיעה בטיטוט החוק. העדר פתרון משפטי לסוגיה, המהווה "אב נזיקין" לכל תופעת המחשוב הפולשני, עלול להעמיד את הניזוק בפני שוקת שבורה. שהרי לא רק שקשה לאתר את עצם החדירה למחשב ואת הפורצים, גם אין כלים משפטיים ברורים אשר יסייעו לתבוע את המזיקים – ולו כדי לקבל צו מניעה. עיון בנימוקים שהובילו להשמטת העוולה של חדירה למחשב מנוסח חוק המחשבים העלה, כי אלו אינם עומדים במבחן הביקורת. באשר לנימוק, שלפיו אין להעניק הגנה כוללת למידע כשהוא אינו אישי-פרטי או סוד מקצועי, יש להשיב שחדירה למחשב מהווה חדירה למרחב של הפרט ללא כל קשר למהות המידע המאוחסן במחשב. ההגנה המשפטית אשר ראוי לפרוש על השימוש במחשבים אינה נובעת רק מזכויות קנייניות במידע האגור במחשב. היא נובעת גם – ובמיוחד – מהזכות הפרטיות. ההגנה על הפרטיות בכלל, ובמחשבים בפרט עונה על הצורך של האדם לפתח רעיונות, ליצור ולגבש מחשבה עצמאית בלי התערבות זרה. היא מהווה ערובה לחופש להחזיק דעות עצמאיות בלי חשש למעקב מצד השלטונות או מצד האח הקטן – חברות מסחריות.

באשר לנימוק ההרתעה, דעתנו היא, שלשיקולי הרתעה יש עדיין תפקיד מרכזי בסוגיות רבות בדיני הנזיקין. אנו סבורים שמאמצי אכיפה אזרחיים יוכלו ליצור אפקט הרתעתי גם בקרב קהילת ההאקרים, במיוחד לאור העובדה כי האנשים שמתעסקים בחדירה למחשבים הינם לרוב אנשים נורמטיביים. כל סיוע משפטי ללוחמה בתופעת המחשוב הפולשני, אשר עשוי להרתיע האקרים פוטנציאליים, ישפר את המצב הקיים. נימוקים נוספים תומכים בצורך להוסיף עוולת חדירה למחשב. ואמנם, המחשב מהווה עבור הפרט מרחב מחיה מוחשי ומשמעותי לא פחות ממרחב החיים הפיסי. נוסף לכך, "הצצה" לתוך המחשב עשויה להיות קלה הרבה יותר לביצוע וקשה יותר לאיתור ולתפיסה מאשר הצצה לביתו של אדם, מכיוון שטכנולוגיית המחשבים מאפשרת לבצע את החדירה למחשב הזולת ממרחק, במהירות, בקלות, בלי צורך בקירבה פיזית, בסתר ומבלי להשאיר עקבות. לפיכך, כפי שהחוק הגן מקדמת דנא על מרחבו הפרטי של

האדם מפני חדירה של מסיגי גבול, כך בימינו יש להגן מפני חדירה של מסיגי גבול זדוניים אל "מרחבו הווירטואלי" של האדם.

התמודדנו גם עם טיעון "האלטרואיזם" של ההאקרים, שלפיו הם פועלים למנוע פרצות במאגרי מידע כדי להביא פרצות אלו למודעות ציבורית. התנהלות אבסורדית כזו, לא רק שנוגדת היא נורמות משפטיות ראיות, היא גם גורמת להחצנת עלויות ופוגעת בזכות הפרט לאינטרסים מובהקים שלו, כמו הזכות להסכים למה שיעשה ברכושו, במיוחד לאור כך שפעמים רבות פוגעים ההאקרים באתרים אליהם הם חודרים. אנו סבורים שהמסגרת המשפטית הראויה להסדרת בעיית המחשוב הפולשני צריכה להיות מסורתית בעיקרה ("מלמעלה למטה") ולהיות מותווית בחקיקה – ובמקרה הנדון – בחקיקה נזיקית – ויפה שעה אחת קודם, וזאת, בשל הפגיעה הרבה שגורם המחשוב הפולשני. המחשב והאינטרנט אינם מהווים "כלי קודש" הדוחה זכויות יסוד או שטח "מחוץ לתחום" אשר אין להתערב בתפעולו. להיפך; עולם המחשב והאינטרנט דומה ליבשת חדשה, הנמצאת בשלבי ההתהוות הראשוניים שבהם קיים חשש להיווצרות מצב של "כל דאליס גבר". דווקא הוספת עוולה לספר החוקים עשויה להגן על הגישה החופשית לאינטרנט ועל המסחר המקוון, בלי חשש משינוי מידע ממוחשב או מחשיפתו בטרם עת.

בשל העדר העוולה בחוק, נבחנו בחלקו השני של המאמר כמה חלופות אפשריות להשגת הגנה משפטית אזרחית מפני חדירה למחשב במסגרת הדין הקיים. ראשונה נבחנו האפשרות לעשות שימוש בעוולת הפרת חובה חקוקה. כמתואר לעיל, לדעתנו, כשנעברה עבירת החדירה למחשב, מתקיימים בדרך כלל גם חמשת היסודות הקבועים בעוולת הפרת חובה חקוקה. הקושי העיקרי טמון ביסוד השישי, וזאת, דווקא לנוכח השמטת עוולת החדירה למחשב מחוק המחשבים שעשויה ללמד על כוונת המחוקק. ניסינו להתמודד עם קושי זה ולהציע דרכים להתגבר עליו.

שנייה נבחנו האפשרות להפעיל את עוולת הרשלנות בכל הקשור לחדירה למחשב. לדעתנו, ניתן להפעיל את עוולת הרשלנות במקרה של חדירה למחשב, וזאת, בשל הצורך להגן על זכויות היסוד הנפגעות בשל חדירה למחשב. כך יתאימו דיני הנזיקין את עצמם לשינויים הטכנולוגיים המאפיינים את החיים בחברה המודרנית. עם זאת, ברור לנו כי מלאכת הוכחת התביעה במסגרת עוולת הרשלנות, על יסודותיה המופשטים ודרישות הנזק והקשר הסיבתי שבה, תהיה קשה יותר על התובע מאשר אילו היתה קיימת עוולה פרטיקולרית של חדירה למחשב שניתן היה לתבוע על-פיה.

העוולה השלישית, שאותה ניסינו ליישם על תופעת החדירה למחשב, הינה עוולת הסגת גבול במיטלטלין. ניסיון זה עורר מספר קשיים, כמו למשל הניסיון להכניס את המידע הממוחשב והערטילאי בגדר "מיטלטלין" וכן ביחס לשאלה אם ניתן "להחזיק" במידע ממוחשב. עם זאת, אף שעוולת הסגת גבול אינה מהווה תחליף מלא לעוולה מפורשת של חדירה למחשב, ניתן יהיה לעשות בה שימוש גם למקרי חדירה למחשב, שעה שהחדירה גרמה נזק ממון לתובע. כך יותאם המונח "מיטלטלין" להתפתחויות הטכנולוגיות המודרניות, מה גם שהסגת הגבול למחשב אינה מתייחסת רק למידע

הממוחשב, אלא גם לרכוש מוחשי – למחשב עצמו – אשר בוודאות בא בגדר "מיטלטלין". באמצעות מבנה פרשני זה, תוכל להיפתר גם בעיית ה"החזקה" – ההחזקה היא במחשב הפיסי ולא במידע הערטיילאי. עוד הצענו, לראות בעצם הכניסה שלא כדיון למחשב או בצפייה בנעשה במחשב משום "הפרעה אלימה" במיטלטלין. לבסוף נבחנו עוולות חוק המחשבים, לאמור, שינוי חומר מחשב והפרעה לשימוש במחשב. הגם שחדירות רבות – גם כאלה שלא נתכוונו להזיק, לשנות או להפריע – יהיו בפועל שינוי חומר מחשב או הפרעה לשימוש בו (בשל שינוי המידע ב-Log-event או האטת קצב עיבוד הנתונים של המחשב, לפי העניין) – הרי שבפועל עובדה זו אינה מספקת פתרון משביע רצון למניעת התופעה ופיצוי על עצם החדירה ונזיקה; ייתכן גם שתביעה המסתמכת על עוולות אלה בלבד תידחה בשל ההגנה של "מעשה של מה בכך". שינוי במצב זה יבוא רק אם בתי המשפט יסכימו לראות בעצם החדירה משום "הפרעה לשימוש במחשב", כפי שאנו מציעים במאמר.

הנה כי כן, עולה כי ניתן, אם כי במאמצים רבים ולעיתים תוך "אקרובטיקה" משפטית, להפעיל אלטרנטיבות לעולת חדירה למחשב. ואולם, אפשרויות אלה קשות להפעלה על ידי הניזוק, באשר אין הן ברורות, אינן מכילות את הטרמינולוגיה הנדרשת בעולם של טכנולוגיה מתפתחת וחשוב מכל – אין הן מהוות גורם מרתיע בפני חדירה למחשב.

על רקע התלות הגוברת במערכות המחשבים מחד גיסא, וקלות המימוש של מחשוב פולשני והפיתוי הרב לו גורמת התופעה מאידך גיסא, הנזקים בפועל ובכוח מן המחשוב הפולשני הינם רבים. ניצול לרעה של כלי רב כוח זה, המחשב, עלול להוביל לפגיעות הרות גורל, הן במימד האישי, בהקשר של פגיעה בפרטיות ובקניין, והן במימד הציבורי-חברתי. את האפשרות לחדור למחשבי הזולת יש להגביל, בראש ובראשונה, באמצעות חקיקה נזיקית, המגדירה את גבולות המותר והאסור על ידי איפיון קו הגבול, אשר מעבר לו אין רשות לזולת לעבור. כך תינתן לניזוקים האפשרות לקבל פיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם. כפי שבמאה ה-19 התפתח המשפט בעקבות המיכון, כך ראוי שהמשפט הנזיקי בארץ יתפתח בעקבות טכנולוגיות המחשוב הפולשני. בתום עשור לחקיקתו של חוק המחשבים, אשר מן הפן הנזיקי, לא נעשה בו כמעט כל שימוש, ראוי להוסיף לו עוולת חדירה למחשב, במתכונת עבירת החדירה למחשב. חקיקה זו תהווה אבן נדבך לבניית "המבצר" במחשבו של הפרט ותאפשר להגשים יעד הראוי להגנה – **"מחשבו של אדם – מבצרו"**.

שערי משפט ד(2) התשס"ו

שרון אהרוני-גולדנברג ואריה רייך