

הפללה של התנכלות מקוונת ומקרי המבחן של התנכלות כלפי עובדי ציבור וקטינים במרחב המקוון

חיים ויסמונסקי*

המרחב המקוון יצר כידוע הזדמנויות נפלאות להגשמת ערכים של חופש ביטוי, חופש מידע וזכות להשתתפות בשיח החברתי-הציבורי. אולם בצד הברכה האמורה נעשה המרחב המקוון משופע גם בפרסומים פוגעניים בריוניים המבקשים להשפיל ולבזות אדם באופן חוזר ונשנה. מאפייני המרחב המקוון מאפשרים לפרסומים אלה להתפשט באופן וירלי, להגיע לקהל רחב, ואף להיצמד ל"זהות המקוונת" של הנפגע כאות קין שלא יימחה. פרסומים אלה עלולים להסב נזק רב למושא הפרסום, ומאפייני המשפטיים-הטכנולוגיים-הארכיטקטוניים של המרחב המקוון עלולים להגביר באופן ניכר את האפקט הפוגעני שלהם בהשוואה לאותם פרסומים כאשר הם נעשים במרחב הפיזי. כפי שמוצג במאמר, לגבי חלק מהפרסומים הפוגעניים במרחב המקוון קיימת הצדקה לקביעת איסור פלילי, אולם לא תמיד הדין הפלילי הקיים בישראל חל עליהם. בשל כך מוצע במאמר לקבוע עברה פלילית חדשה של "התנכלות מקוונת", שתיועד לספק מענה הולם לאותם מקרים שבהם הפרסומים הפוגעניים במרחב המקוון מצדיקים את הפעלת הכלי הפלילי.

בצד הדיון הכללי בהצדקות ובצורך בקביעתה של עברה פלילית חדשה של התנכלות מקוונת, המאמר מתמקד בשתי קבוצות אוכלוסייה ייחודיות: מחד גיסא, קבוצת הקטינים, ומאידך גיסא, קבוצת עובדי הציבור. במאמר מוצגת הטענה כי לעומת אוכלוסיית הנפגעים הכללית, פגיעה באוכלוסיית הקטינים מצדיקה הגנה מוגברת מצד הדין הפלילי, ואילו כאשר אוכלוסיית הנפגעים היא אוכלוסיית עובדי הציבור, נדרשת הקפדה מיוחדת שהאיסור

* דוקטור למשפטים, מנהל מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה, עמית מחקר במרכז הסייבר באוניברסיטה העברית, מרצה מן החוג באוניברסיטת תל אביב ובאוניברסיטת חיפה. הדברים משקפים את עמדתו האישית של הכותב בלבד. תודתי העמוקה לעמוס איתן על הסיוע בעבודת המחקר למאמר.

הפלילי לא ינגוס בחופש הביטוי באופן בלתי מידתי ויצנן ביקורת לגיטימית על עובדי הציבור בעת מילוי תפקידם.

לצד הדיון המרכזי במאמר, שעיקרו עוסק בדין המהותי הפלילי, מוצגת במאמר ההתייחסות לסוגיית האכיפה הפלילית במרחב המקוון. לנוכח מאפייניו של המרחב המקוון, לא תמיד האכיפה הפלילית ה"קלסית" יכולה להוביל לתוצאות מצופות של אכיפה אפקטיבית, ועל כן יש להפעיל, בצד המהלך הרגיל של חקירה והעמדה לדין במקרים המתאימים, גם כלים של אכיפה חלופית, שיתמקדו בהסרת תכנים העולים כדי העברה הפלילית החדשה או בחסימת הגישה אליהם.

הקדמה

- פרק א: ביוש, בריונות, העלבה ועוד
- פרק ב: מאפייני המרחב המקוון והשפעתם על תופעת ההתנכלות
- פרק ג: התנכלות במרחב המקוון – ניתוח המצב המשפטי הקיים
1. ההוראות בדין הפלילי הקיים החולשות על פרסומים פוגעניים מקוונים
2. תחולת המשפט הישראלי על פרסומים פוגעניים מקוונים כלפי קטינים
3. תחולת המשפט הישראלי על פרסומים פוגעניים מקוונים כלפי עובדי ציבור
- (א) העלבת עובד ציבור
- (ב) זילות בית המשפט
- פרק ד: עברה קונקרטי או מתיחת הפרשנות של עברות קיימות
- פרק ה: קווים לדמותה של עברת ההתנכלות המקוונת
1. יסודותיה של עברת ההתנכלות המקוונת
2. עברת ההתנכלות המקוונת בנסיבות של נפגע קטין
3. עברת ההתנכלות המקוונת בנסיבות של נפגע שהוא עובד ציבור
- פרק ו: התנכלות מקוונת ואכיפה חלופית
- סיכום

הקדמה

"...והנה אותה גברת מאשימה אותי בגזענות... לא עברו יומיים ולפוסט מעל 6,000 שיתופים, כל אחד מהם חץ מחודד שננעץ בבשרי. אני? גזען? כל פעילותי במשך כל שנות חיי נעלמה כלא הייתה... המשתפים המשיכו, בזריזות של עושי מצווה, להמטיר את חיציהם. לא עוצרים ולו לרגע לשאול... אני מבין שזו תהיה

מנת חלקי מעתה ואילך. אני מנסה להיות שלם ומפויס... אני איני מצלית. היו שלום!¹

ידוע כי המרחב המקוון יצר הזדמנויות נפלאות להגשמת ערכים של חופש ביטוי, חופש מידע וזכות להשתתפות בשיח החברתי-הציבורי. התפתחות המרשתת והרשתות החברתיות אפשרה למספר רב של משתמשים ליהפך ל"דוברים", להגיע לקהלים ולנהל שיח מידי, עדכני, עשיר ומשמעותי. היהפכותו של כל אדם ל"דובר" בעל פוטנציאל השפעה היא בשורה חברתית של ממש. אולם בצד הברכה האמורה נעשה המרחב המקוון משופע גם בפרסומים פוגעניים מסוגים שונים. מבחינה משפטית ניתן לחלק את הפרסומים הפוגעניים לשלושה סוגים. **האחד** הוא פרסומים העולים לכאורה כדי עברות פליליות שונות, כגון איומים, הסתה לגזענות, הסתה לאלימות, שידול להתאבדות, פגיעה בפרטיות, הפרת הוראות חוקיות או צווים שיפוטיים בדבר איסור פרסום, העלבת עובד ציבור ולשון הרע פלילית. **סוג שני** הוא פרסומים מעוולים, המקימים עילת תביעה בנזיקין, כגון פגיעה בפרטיות, לשון הרע והפרת חובה חקוקה. **הסוג השלישי** הוא פרסומים פוגעניים אשר אינם אסורים בהכרח כשלעצמם על פי הדין הקיים, אולם הצטברותם וההקשר שבו הם מועלים מסיבים נזק עמוק למושא הפרסום. כאלה הם הפרסומים המסווגים לא אחת כבייש (shaming), ככריזות רשת (cyber-bullying) או כהטרדה מקוונת (cyber harassment), אשר בשל המאפיינים הטכנולוגיים-הארכיטקטוניים של המרחב המקוון מייצרים אפקט מוגבר, חסר תקדים, של פגיעה במושא הפרסום. לקטגוריה זו של פרסומים חסר כיום כיסוי חוקי מדויק, אשר יגדיר אותם ויקבע ביחס אליהם איסור, עילת תביעה או זכות לסעד לשם מניעת המשך הנזק. מטרתי במאמר זה היא להתמקד בפרסומים מן הסוג השלישי, אשר ייקראו לשם הנוחות "פרסומים פוגעניים".

כיצד ניתן לאפיין את תוכנם של הפרסומים הפוגעניים? ניתן להבחין בין שני סוגים מרכזיים של תכנים: **האחד**, פרסומים הכוללים נאצות, גידופים, קללות והתייחסויות מבזות או משפילות מסוגים שונים על רקע מיני, מגדרי, גזעי, לאומי וכדומה; **האחר**, פרסומים שנחזים כ"לגיטימיים" ואשר מיועדים כביכול לחשוף אמת בנוגע למושא הפרסום אולם בפועל מוסרים מידע בדוי לחלוטין. כאלה הם, למשל, דיווח על אדם מסוים כי הוא נחקר בגין חשד לביצוע עברת מין, כאשר בפועל הדברים נטולי בסיס, או פרסום שלפיו אדם הודח מתפקידו, כאשר בפועל הוא סיים תפקיד וקודם לתפקיד אחר. פגיעתם של שני סוגי הפרסומים הפוגעניים עלולה להיות קשה. כאשר מושא הפרסום הוא קטין, הנזק הנפשי כתוצאה מפרסומים מעין אלה עלול להיות אף אסוני.²

1 דברים קשים אלה לקוחים מתוך פוסט "פרידה" שפרסם אריאל רוניס ז"ל לפני התאבדותו בחשבון האישי שלו ברשת החברתית Facebook. ראו עוד עדי חשמונאי, דנה ירקצי ושלומי גבאי "אריאל רוניס התאבד לאחר פרסום סטטוס: 'חיים ומוות ביד הלשון'" **וואלה** 24.5.2015. [news.walla.co.il/item/2857129](https://www.walla.co.il/item/2857129)

2 ידועים מקרים שבהם בריונות רשת והתנכלות מקוונת כלפי קטינים הובילו אף להתאבדותם. ראו,

המרחב המקוון מאפשר לקטינים להתנהל בכריזמות זה כלפי זה בכל זמן, ומכיוון שאוכלוסיית הקטינים "חיה" ברשת יותר מאוכלוסיית הבגירים,³ הבריונות "רודפת" אחר הקטין הקורבן בכל אשר יפנה.⁴ אולם פגיעתם של הפרסומים הפוגעניים המקוונים אינה ייחודית לקטינים בלבד. גם בגירים עלולים להיפגע קשות כתוצאה מפרסומים מעין אלה. ידוע על מקרים שבהם פרסומים פוגעניים מקוונים הובילו לפגיעות פיזיות קשות במושא הפרסום על ידי המון שהוסת לאלימות.⁵ קבוצה מיוחדת המעוררת עניין בהקשר של פרסומים פוגעניים היא קבוצת עובדי הציבור. ברור לכל כי ביקורת – לרבות ביקורת באמצעות פרסום תקשורת ולרבות ביקורת נוקבת, לא נעימה ואף בוטה – על תפקודו של עובד ציבור היא עניין שלא ראוי שהמדינה תגביל.⁶ אולם כאשר הפרסום נגד עובד הציבור נהפך ל"ציד אדם", כאשר הוא נוגע בגופו של אדם ולא בגופו של עניין, וכאשר ייעודו הוא השפלתו וביזויו של עובד הציבור כאדם, בין על בסיס פרסומים כוזבים ובין על בסיס פרסומי אמת משפילים המופצים באופן וירלי במרשתת וברשתות החברתיות – עשויה בהחלט להישלל הלגיטימיות של הפרסום.⁷ אין להקל ראש בתופעת הפרסומים

- למשל, יאיר אלטמן ורועי קייס "נער התאבד בעת גלישה בפייסבוק: 'הקניטו אותו'" *ynet* 5.1.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4009275,00.html. למקרים דומים בעולם ראו, למשל, דרור בליטי "נער בן 13 התאבד אחרי שנים של התעללות הומופובית – פיזית ורגשית" *mako* 28.11.2016 www.mako.co.il/pride-news/global/Article-0886def95d5a851006.htm; Associated Press, *Canadian Teen Found Dead Weeks After Posting Wrenching YouTube Video Detailing Bullying*, FOX NEWS (Oct. 12, 2012), www.foxnews.com/world/canadian-teen-found-dead-weeks-after-posting-wrenching-youtube-video-detailing-bullying.
- 3 בתחום החינוך ידועה ההבחנה בין "ילידים דיגיטליים" (digital natives) לבין "מהגרים דיגיטליים" (digital immigrants). מונחים אלה נטבעו לראשונה בשנת 2001 על ידי מרק פרנסקי, ונועדו להבחין בין מי שנולד לאחר שנת 1980, היישר "אל תוך" המציאות הדיגיטלית, לבין מי שנולד לפני כן ונאלץ "להגר" אל המציאות הזו. באמצעות הבחנה זו ביקש פרנסקי לעצב מחדש את מערכת החינוך בארצות הברית, כך שהיא תותאם לשינוי הרמטי שחל בחיי התלמידים, אך ההבחנה חשובה גם לענייננו. ראו Marc Prensky, *Digital Natives, Digital Immigrants Part 1*, 9(5) ON HORIZON 1 (2001).
- 4 לימור עציוני "בריונות במגרש המשחקים המקוון – אחריות ספקיות התוכן ומפעילות האתרים על הנעשה בשטחן" **המשפט** יז 475, 463 (2013).
- 5 DANIELLE KEATS CITRON, *HATE CRIMES IN CYBERSPACE* 5–7 (2014).
- 6 ראו בהקשר זה את הדיון במסגרת שני פסקי הדין העקרוניים שדנו בהיקף פרישתה של העברה של העלבת עובד ציבור: דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד (1) 23 (2011); רע"פ 5991/13 **סגל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.11.2017).
- 7 בהקשר זה ניתן לציין פרשה שזכתה בכינוי התקשורת "פרשת הטרור הרשתי" או "פרשת הבלוגרים". עניינה של הפרשה בשלושה נאשמים שמיוחס להם כי ניהלו לכאורה קמפיין שיטתי של השמצות והעלבות של עובדי ציבור, ביניהם עובדי משרד הרווחה, פרקליטים, שופטים ושוטרים. כתב האישום בעניינם מקיף יותר מתשעים אישומים שונים המייחסים להם עברות של העלבת עובד ציבור, לשון הרע, הטרדה מינית ועוד. נכון למועד כתיבתן של שורות אלה הפרשה עודה מתנהלת בבית המשפט המחוזי בתל אביב. השופט סולברג התייחס לפרשה זו במהלך דיוני המעצר, וקבע כי "מדובר לכאורה בפגיעה מוזמנת, מתוזמנת ומתוזמרת... לא למותר לזכור ולהזכיר כי פגיעה בשמו

הפוגעניים כלפי עובדי ציבור במרחב המקוון. בישראל, יש המייחסים לביוש את התאבדותו של אריאל רוניס ז"ל, מנהל ברשות האוכלוסין וההגירה,⁸ ויש המייחסים את התאבדותו של עמית תנ"צ אפרים ברכה ז"ל, ראש היחידה הארצית לחקירות הונאה במשטרת ישראל, לקמפיין התנכלות מקוון שנערך נגדו.⁹ סוגיה מורכבת זו הייתה אחת הסיבות להקמתה של "הוועדה לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור ובהם נושאי משרה בשירות הציבור מפני פעילות ופרסומים פוגעניים כמו גם בריונות ברשת האינטרנט", בראשות שופטת בית המשפט העליון לשעבר עדנה ארבל. הוועדה הוקמה בחודש יולי 2015.¹⁰

במאמר זה אבקש לבחון מבחינה משפטית את התופעה של פרסומים פוגעניים במרחב המקוון, תוך התייחסות ממוקדת לשתי קבוצות ספציפיות של נפגעים פוטנציאליים: האחת היא קבוצת הקטינים, והאחרת היא קבוצת עובדי הציבור. סדר הדיון יהיה כדלקמן: **בפרק א** אציע הבחנות בין מונחים שונים העשויים לשמש בערבוביה בענייננו: ביוש, העלבה, בריונות ומונחים נוספים. תחת מונחים אלה אציע למקד את המשך הדיון בתופעת ההתנכלות המקוונת, אשר מגלמת, כפי שאטען, את הפסול הראוי לתיוג משפטי. **בפרק ב** אציג את המאפיינים הטכנולוגיים-הארכיטקטוניים של המרחב המקוון המאפשרים להתנכלות המקוונת להשיג אפקט פוגעני עוצמתי מסוג שלא הכרנו ביחס לתופעות של התנכלות במרחב הפיזי. **בפרק ג** אבחן את תחולת הדין הקיים על התופעות של התנכלות מקוונת – הן באופן כללי והן באופן קונקרטי ביחס לקבוצת הקטינים וביחס לקבוצת עובדי הציבור. **בפרק ד** אתייחס לשאלה היסודית אם ניתן וראוי למתוח את גבולות הדין הקיים על מנת להחילו על ההתנהגויות האסורות של התנכלות מקוונת. מסקנת הדיון בשאלה זו תוביל, **בפרק ה**, להצעה לאסור בחוק באופן

הטוב של אדם ובפרטיותו הריהי כואבת עד מאד – מרה כלענה, חדה כחרב – לא אחת יותר מאשר פגיעה פיזית, והיא מסוגלת לזעזע את עולמו של כל אדם". ראו בש"פ 1999/17 **שם טוב נ' מדינת ישראל**, פס' 9 להחלטה (פורסם בנבו, 3.3.2017). בהליך מאוחר יותר בנוגע למעצרה של אחת הנאשמות קבע השופט שהם כי "במקרה דנן, מיוחסים למשיבה, כמו גם לשני הנאשמים הנוספים, מעשים חמורים ביותר, הבאים לידי ביטוי באלימות מילולית העומדת על רף חומרה גבוה. על פי המתואר בכתב האישום, המשיבה קשרה קשר עם כל אחד מהנאשמים האחרים, כדי לפגוע בגורמי הרווחה, בגורמים ממערכת אכיפת החוק והמשפט, ובאחרים. במסגרת זו, פעלו, כנטען בכתב האישום, המשיבה והנאשמים האחרים על מנת להטריד ולפגוע בפרטיותם של עובדי ציבור, שמילאו את תפקידם הכרוך גם בהוצאת ילדים ממשמורת הוריהם ובסכסוכים על משמורת ילדים. בין היתר, פרסמה המשיבה, לכאורה, תכנים מכפישים ובוטים, לרבות תכנים בעלי אופי מיני, כלפי עובדי ציבור ומתלוננים נוספים, ומסרה פרטים מזהים על אודות קטינים המצויים בהליכי משמורת חשאיים". ראו בש"פ 2525/18 **מדינת ישראל נ' שם טוב**, פס' 21 להחלטה (פורסם בנבו, 17.4.2018).

8 חשמונאי, ירקצי וגבאי, לעיל ה"ש 1.

9 גידי וייץ "הסיפור מאחורי התאבדותו של תנ"צ אפרים ברכה" **הארץ** 5.7.2015. www.haaretz.co.il/news/law/1.2676374

10 נכון למועד זה טרם פורסמו מסקנות הוועדה. המחבר משמש חבר בוועדה זו, אולם למען הסר ספק יצוין כי האמור במאמר זה משקף את עמדתו של המחבר בלבד.

מפורש וקונקרטי התנכלות מקוונת, בתנאים כפי שאפרט. אציג את ההצדקות לקביעתו של איסור זה, ואבחין בין איסור כללי של התנכלות מקוונת כלפי כל אדם לבין איסור התנכלות מקוונת כלפי שתי קבוצות מוגדרות: האחת היא קבוצת הקטינים (שלגביה ראוי לקבוע איסור מרחיב יותר), והאחרת היא קבוצת עובדי הציבור (שלגביה ראוי לקבוע איסור מצומצם יותר כאשר ההתנכלות היא על רקע מילוי תפקידם). הפללת ההתנכלות המקוונת בוודאי אינה המזור לכל פגיעותיה של תופעה זו, ופרט להתמודדות עם המפרסם של התכנים הפסולים, יש מקום להתמודד עם הפרסום עצמו ועם מידת תפוצתו. על כן אתייחס בפרק ו' לאסטרטגיית האכיפה החלופית שראוי ליישם בהקשרנו, הנוגעת בצמצום ההיחשפות אל הפרסום הפוגע. בסיכום אסכם את הדיון ואציג את מסקנותיו.

פרק א: ביוש, בריונות, העלבה ועוד

ביוש (shaming) היה בעבר אמצעי ענישה לגיטימי בשימוש הריבון. הידוע מבין אמצעי ענישה אלה היה עמוד הקלון, שאליו היו קושרים את האדם שנמצא כי עבר עברה, כדי לאפשר לעוברים ושבים לדעת מי הוא ובמה חטא. לעיתים עמוד הקלון אף אפשר להמון להעניש את האדם באופן פיזי לצד עונש הביוש.¹¹ עם זאת, ענישה באמצעות ביוש אינה נהוגה עוד במדינות ליברליות. ניתן למצוא לכך כמה טעמים. ראשית, יש הטוענים כי הביוש לא הוכיח את עצמו כאמצעי ש"מחזיר למוטב" את הנענשים, וכי הוא אף מגביר את רצונם בנקמה.¹² שנית, עונש הביוש נתפס כמשפיל וכפוגע באופן לא מידתי בכבוד האדם.¹³ שלישית, היו שגרסו כי עונש הביוש מפלג את החברה שבה הוא מיושם.¹⁴ רביעית, היו שטענו כי עונש הביוש מייצג תפיסה קלוקלת של תיאוריה פוליטית שבה המדינה מעבירה לידי הציבור את ביצוע העונש.¹⁵ כך או אחרת, ברי כי ביוש – כרכיב ענישה העומד בפני עצמו (בניגוד לביוש כתופעת לוואי של דרך ענישה אחרת) – אינו מקובל עוד כיום, לפחות במדינות הדמוקרטיות הליברליות.

11 על החשיבות והאפקטיביות שבעונש הביוש ראו MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 107 (Alan Sheridan trans., 2nd ed. 1995) (1975).

12 Toni M. Massaro, *The Meanings of Shame: Implications for Legal Reform*, 3 PSYCHOL. PUB. POL'Y. & L. 645, 648 (1997).

13 MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME, AND THE LAW 230–233 (2004).

14 Dan M. Kahan, *What's Really Wrong with Shaming Sanctions*, 84 TEX. L. REV. 2075 (2006).

15 James Q. Whitman, *What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, 107 YALE L.J. 1055, 1059 (1998).

אולם הביוש כתופעה חברתית לא נעלם. כיום הביוש מאופיין כהתנהגות של אנשים פרטיים, בעיקר במרחב המקוון, שבו כל אחד יכול לשמש דובר, בקלות ובחינם או בעלות זניחה, ועם פוטנציאל תפוצה רחב. ברשתות חברתיות רבות התוכן המפורסם משוכפל באמצעות שיתוף התוכן על ידי קהל המשתמשים (למשל, באמצעות פעולת share ברשת החברתית Facebook או פעולת re-tweet ברשת החברתית Twitter). הביוש במרחב המקוון אף מייצר אפקט מתמשך, בשל העובדה שהמידע המביש, ככלל, אינו נמחק מאליו או מתנדף, והוא ניתן לאחזור באמצעות מנועי חיפוש תוך היצמדות לשמו של המבוש, כך שכל אימת שאדם אחר יבקש לאתר מידע על אודות המבוש, ישוב ויעלה המידע המביש. יכולת אחזור זו, שנועדה במקור לדייק ולמקד את תוצאות החיפוש במרשתת, משמשת – מבלי שהייתה כל כוונה לכך במקור – חרב פיפיות המעצימה את הפגיעה במבוש. יתרה מזו, המפרסם יכול לבצע פעולות שונות, כגון יצירת "תיוגים" שונים באתרי מרשתת, אשר יעצימו את "משקלו" היחסי של הפרסום המבייש ביחס לפרסומים אחר על אודות מושא הביוש, ויובילו לפרסומו בראש רשימת תוצאות החיפוש בנוגע אליו.¹⁶ מכל האמור נובע שלארכיטקטורה של המרחב המקוון יש השפעה ניכרת על הפרסום.¹⁷

ידועה אמרת חז"ל כי "המלבין פני חברו ברבים... אין לו חלק לעולם הבא".¹⁸ אולם האם הביוש המקוון הוא לעולם תופעה שלילית ומגונה? לא תמיד. ניתן להצביע על תופעות של ביוש "חיובי", אשר מעצימות את המבייש ומאפשרות לו להשפיע על סביבתו ולהוביל שינוי. ניטול, לדוגמה, את קמפיין MeToo שהתפשט ברשתות החברתיות החל באוקטובר 2017.¹⁹ במסגרת קמפיין זה החלו נשים (בעיקר) מכל רחבי העולם לחשוף את העובדה שהן נפגעו מינית בעברן. קמפיין זה הוביל לשיח ציבורי ער בתקשורת הממוסדת לגבי הטרדות ופגיעות מיניות בכלל ותוך ניצול יחסי מרות בפרט. חלק מהנשים שפרסמו את דבר הפגיעה המינית בהן הן דמויות ציבוריות מעולם הקולנוע, התקשורת וכדומה, וחלקן אף ציינו את שמו של הפוגע. כמה מהגברים ששמו צוין במפורש התנצלו בפומבי על מעשיהם. קמפיין MeToo מדגים כי לביוש (שיימינג) יכול להיות ערך חיובי של העלאת המודעות לתופעה עבריינית רחבה שראויה להוקעה ושל נטילת אחריות – גם אם מאוחרת וללא סנקציה משפטית – על ידי העבריינים.²⁰

16 Search Engine Optimization (SEO) הוא תחום טכנולוגי שהולך ומתפתח בימים אלה, בעיקר בשל חשיבותם הגוברת של מנועי החיפוש במסגרת הרגלי הגלישה ברשת.

17 אפרט על כך עוד להלן בפרק ב.

18 משנה, אבות ג, יא. להרחבה ראו אביעד הכהן "הוציאו כל איש מעלי!" – האיסור לבייש אדם וחובת השמירה על כבודו" דעת – סקירות על נושאים משפטיים בויקתם למקרא 273 (התשס"ז).

19 אותן נשים שנטלו חלק בקמפיין נבחרו על ידי המגזין TIME כ"איש השנה" לשנת 2017. ראו Stephanie Zacharek, Eliana Dockterman & Haley Sweetland Edwards, *The Silence Breakers*, TIME (Dec. 18, 2017), www.time.com/time-person-of-the-year-2017-silence-breakers/.

20 רוני רוזנברג מציין בהקשר זה את העובדה שכאשר קורבן הפגיעה המינית נוקטת אסטרטגיה של ביוש פומבי, לעומת הגשת תלונה במשטרה, היא יכולה לשלוט בהליך. במקרה של ביוש ברשתות

כמו כן, החשש מפני גינוי במסגרת הקהילה הווירטואלית, ולעיתים קרובות גם במסגרת הקהילה שמחוץ למרחב המקוון, עשוי להרתיע אנשים נוספים מפני התנהגות מזיקה.²¹ מאידך גיסא, מובן שהאשמת שווא של אדם בפגיעה מינית היא ביוש שלילי – הן בשל הפגיעה במבויש עצמו ובבני משפחתו, והן בשל הפגיעה במהימנות השיח הציבורי ברשתות החברתיות. מכיוון שהביוש על ידי אדם פרטי נעשה ללא הליך שיפוטי, יחריף הקונפליקט סביב שאלת הערך החברתי החיובי של קמפיין ביוש, כל עוד המבויש יטען לחפותו ולא יודה במיוחס לו. מכל האמור נובע שקיימת שניות (דואליות) נורמטיבית ביחס למונח "ביוש".²² המונח אומנם זוכה בהתייחסויות מעטות בלבד בחקיקה ובפסיקה הישראליות,²³ אולם כבר מאלה מסתמן כי המונח אינו חד-משמעי, ואינו מאפשר לייצר סביבו כללים משפטיים המגלמים הכרעה נורמטיבית ברורה ומכוונת התנהגות.

אעבור עתה אל התופעה המכונה "בריונות רשת" (cyber-bullying). מקובל לתפוס "בריונות רשת" כהתנהגות שלילית שאין בצידה פוטנציאל לערך פודה. הגדרה מקובלת לבריונות רשת תכלול בגדרה כל פעולה הנעשית באמצעות תקשורת אלקטרונית או דיגיטלית על ידי יחידים או קבוצות אשר משדרים באופן חוזר הודעות עוינות או

החברתיות הקורבן שולטת בעיתוי הפרסום ובהליך של יישום הסנקציה על הפוגע. לעומת זאת, במקרה של הגשת תלונה במשטרה השליטה בהליך היא של המדינה, והנפגעת אינה אלא עדת תביעה בהליך. עם זאת, תרבות הביוש הפומבי עלולה להוביל להאשמות שווא ללא הוכחת אשמה במסגרת משפטית מקובלת. ראו רוני רוזנברג "מה חושף גל השיימינג" **הארץ** 18.11.2017. www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.4607393?&ts=1511869610511

21 אסף הרדוף **הפשע המקוון** 206 (2010) (להלן: הרדוף **הפשע המקוון**).

22 בהקשר זה ראו Emily B. Laidlaw, *Online Shaming and the Right to Privacy*, 6 LAWS 1, 2–3 (2017), www.mdpi.com/2075-471X/6/1/3.

23 לפי מיטב בדיקתי קיימות התייחסויות מעטות בלבד למונחים "ביוש" או "בושה" בדין הישראלי. המונח מופיע בכמה דברי חקיקה, אך אינו מוגדר בהם מפורשות. ראו ס' 129 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, הקובע עברה של "התנהגות מבישה": "חייל שהתנהג התנהגות מבישה, דינו – מאסר שנה"; ס' 72(א)(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, האוסר הפרעה במהלך דיוני בית המשפט "בדרך של אלימות או איומים או בדרך פרועה או מבישה"; ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, הקובע כי בית המשפט לא ירשה חקירת עד על דוכן העדים שיש בה משום "ביוש"; ס' 91(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, המעניק לבית המשפט או לרשם את הסמכות לשנות כתבי טענות כך שיתוקן בהם עניין שהוא "מביש". באשר לפסיקה, רוב ההתייחסויות למונח זה מופיעות במסגרת דיון בעברות מין. ראו, למשל, ע"פ 6255/03 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 168, 183–184, 187–189 (2004), שם התייחס השופט חשין לפירוש המונח "ביוש מיני" בעברות של מעשה מגונה, ובתוך כך פירש את הביטויים "ביוש" ו"בושה" זה מול זה; ע"א 7426/14 **פלוגית נ' דניאל**, פס" 9 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.3.2016), שם הזכיר השופט עמית את תחושות הבושה שנפגעי אלימות מינית חווים; ע"פ 2485/00 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 918, 925–927 (2001), שבו הוזכרו תחושות הבושה שחוותה המתלוננת לנוכח האפשרות שפרטי הפרשה, שבמסגרתה תקף אותה אחיה מינית, יתגלו לבני המשפחה.

תוקפניות שמטרתן לגרום נזק או חוסר נוחות לאחרים.²⁴ הגדרה זו שמה דגש בהתקשרות החוזרת ונשנית עם הקורבן, על פני תקופת זמן ממושכת, ולרוב במצב שבו יחסי הכוחות בין הצדדים אינם שווים.²⁵ על פי הגדרה זו, ניתן לראות בכריונות הרשת משום מקרה פרטי, צר יותר, של תופעת הביוש. הגדרה מצמצמת יחסית נוספת ניתן למצוא בחקיקה במדינת קוויבק שבקנדה, שם הגדיר המחוקק "כריונות" באופן הבא: "כל התנהגות, תגובה, מעשה או מחווה חוזרים, ישירים או עקיפים, מכוונים או לא מכוונים, לרבות במרחב הסייבר, אשר מתרחשים בהקשר שבו יש פערי כוחות בין האנשים המעורבים, ואשר יוצרים מצוקה ופוגעים, מעיקים, מאיימים או מנדים".²⁶ גם המחוקק במדינת מניטובה שבקנדה הגדיר "כריונות" באופן מצמצם, וקבע כי היא מתרחשת במצב של פער ביחסי הכוחות בין שני הצדדים, וכי היא לעיתים קרובות (אם כי לא בהכרח) התנהגות חוזרת ונשנית. כן קבע המחוקק המניטובי כי כריונות יכולה להיות ישירה או עקיפה, ויכולה להתרחש גם באמצעות תקשורת אלקטרונית, כולל רשתות חברתיות, הודעות טקסט, מסרים מידיים, אתרים או דואר אלקטרוני.²⁷ בניו זילנד תוקן החוק בשנת 2015 כך שיתייחס באופן ישיר להטרדה מקוונת ולכריונות רשת. לאחר התיקון הוגדר כעבירה פרסום תוכן תקשורתי מקוון מתוך כוונה שהוא יגרום נזק לקורבן, וכאשר פרסום כאמור אכן צפוי לגרום נזק לאדם סביר בנעליו של הקורבן.²⁸

יש המציעים מונח רחב וכולל יותר ל"כריונות רשת". לימור עציוני ראתה בכריונות רשת ככוללת "שימוש של פרט או קבוצה במידע וטכנולוגיה כדי לתמוך בהתנהגות נשנית, מכוונת ותוקפנית, במטרה לפגוע באחרים".²⁹ הגדרה אחרת, של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, רואה ב"כריונות רשת" משום "פגיעה מכוונת וחוזרת הנגרמת באמצעות כלים דיגיטאליים".³⁰ הגדרה רחבה זו מכילה בתוכה פגיעות מסוגים שונים, ביניהן "הטרדה, הפצת שמועות, השפלה, לעג, השמצה, התחזות, הולכת שולל, הפצת מידע אישי, הרחקה, מניעה והחרמה, הפחדה, איומים וסחיטה".³¹ הגדרה רחבה נוספת היא זו של המועצה האמריקנית למניעת פשיעה (The National Crime Prevention Council), אשר הציעה להגדיר "כריונות רשת" כ"שימוש באינטרנט, בטלפונים ניידים או במכשירים אחרים על מנת לשלוח או לפרסם טקסט או תמונות שמטרתם לפגוע

24 Laidlaw, לעיל ה"ש 22, בעמ' 4.

25 שם.

26 Act Respecting Private Education, c. E-9.1 § 9 (Can. Que.)

27 The Public Schools Act, C.C.S.M. c. P250 § 1.2(2) (Can. Man.)

28 Harmful Digital Communications Act 2015, s 22 (N.Z.). ההגדרה של "תוכן תקשורתי מקוון" בחקיקה זו היא הגדרה מרבה, הכוללת גם "הודעות טקסט, כתיבה, צילום, תמונה, הקלטה או כל דבר אחר המועבר בצורה אלקטרונית" (שם, ס' 4).

29 עציוני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 468–469.

30 רועי גולדשמידט אלימות מקוונת בקרב בני נוער 2 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2014) fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/f8c38d55-f7f7-e411-80c8-00155d010977/2_f8c38d55-f7f7-e411-80c8-00155d010977_11_10274.pdf

31 שם.

באדם אחר או להביך אותו.³² הגדרה רחבה נוספת היא זו של ארגון ה-NCSL (National Conference of State Legislatures) האמריקני, אשר הגדיר בריונות רשת כך: "שימוש חוזר ובמזיד בטלפונים ניידים, במחשבים ובמכשירי תקשורת אלקטרוניים אחרים כדי להטריד אחרים ולאיים עליהם".³³

בצד המונחים המוכרים יותר של "ביוש" ו"בריונות רשת", היו שהציעו תיוג שלילי למונח "הטרדה מקוונת" (cyber harassment). הגדרה אחת למונח זה כוללת "פעילות תוקפנית מכוונת וגלויה שמטרתה לפגוע באדם אחר באמצעות האינטרנט ובאמצעי תקשורת אחרים".³⁴ הגדרה אחרת כוללת הפעלה מכוונת של לחץ נפשי משמעותי באמצעות שיח מקוון מתמשך העולה כדי "דרך פעולה" (כלומר, כאשר אין מדובר במקרה אחד ויחיד).³⁵ מונח קרוב נוסף שהוצע לתיאור פרסומים פוגעניים פסולים הוא המונח "הטרדה מאיימת מקוונת" (cyber stalking), אשר הוגדרה כדרך פעולה המעוררת אצל אדם – וצפויה לעורר אצל אדם סביר – חשש לשלומו.³⁶

מונח נוסף שרלוונטי במידה מסוימת לענייננו הוא המונח "העלבה". מונח זה מופיע במשפט הישראלי בכמה הוראות חוק, שהבולטת מביניהן היא העברה הפלילית של "העלבת עובד הציבור", הקבועה בסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. המונח "העלבה" שבגדר העברה של "העלבת עובד הציבור" פורש בהרחבה בדנ"פ **אונגרפלד**,³⁷ ולמעשה נכללו בגדרו הן דברי ביקורת חריפים והן דברי בלע, קללות ונאצות. השופטת פרוקצ'יה, שהייתה בין השופטים שבדעת הרוב, סברה כי "קו משותף למעשי 'העלבה', כמובנם בסעיף העבירה, הוא ביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם והכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו".³⁸ בדעת מיעוט קבע המשנה לנשיאה ריבלין כי יש להוציא מפירושו של הביטוי "העלבה" של עובד הציבור את כל דברי הביקורת על עובדי הציבור, בוטים וחריפים ככל שיהיו.³⁹ בית המשפט העליון דן פעם נוספת במשמעות

Cyberbullying FAQ for Teens, NAT'L CRIME PREVENTION COUNCIL www.ncpc.org/resources/cyberbullying/cyberbullying-faq-for-teens/ 32

Cyberbullying, NAT'L CONFERENCE ST. LEGISLATURES (Dec. 14, 2010), www.ncsl.org/research/education/cyberbullying.aspx 33

אתי וייסבלאי ילדים ברשתות חברתיות באינטרנט 2 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2011) [fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/fd546b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977/2_fd546b58-Peter K. Smith et al., Cyberbullying: Its Nature and Impact in Secondary School Pupils](http://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/fd546b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977/2_fd546b58-Peter%20K.%20Smith%20et%20al.%20Cyberbullying%20Its%20Nature%20and%20Impact%20in%20Secondary%20School%20Pupils.pdf), 49 J. CHILD PSYCHOL. & PSYCHIATRY 376 (2008) 34

CITRON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 3-4. 35

שם. 36

דנ"פ **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 6. 37

שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה. 38

שם, פס' 31 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. 39

הביטוי "העלבה" בהקשר המסוים של פגיעה בעובדי ציבור ברע"פ סגל,⁴⁰ שם נפסק בדעת רוב כי יש להבחין בין ביטוי פוליטי לבין סוגים אחרים של ביטויים, וכי "ביטויים פוליטיים יהיו מוגנים כמעט תמיד מפני תחולת עבירת ההעלבה".⁴¹ נוסף על העברה של העלבת עובד ציבור, סעיף 170 לחוק העונשין אוסר "עלבון דת", וקובע כי "ההורס, מזיק או מחלל מקום פולחן, או כל עצם המוחזק מקודש לקהל אנשים, בכוונה לבזות דתם, או ביודעין שהם עשויים לראות במעשה זה עלבון לדתם, דינו – מאסר שלוש שנים". כמו כן, סעיף 194(ב) לחוק העונשין אוסר "מהומה ועלבון במקום ציבורי", וקובע כי "המעליב אדם במקום ציבורי באופן העלול לעורר אדם הנוכח אותה שעה להפר את השלום, דינו – מאסר שלוש חודשים". לפי מיטב בדיקתי, ההרשעות בעברות אלה נדירות, וגם באותם מקרים שבהם הורשע הנאשם בעברות אלה, לא התקיים דיון לעומק של עניין בשאלת פרשנותם של המונחים "העלבה" או "עלבון".⁴²

המונח "העלבה" מצוי בשימוש לא רק במסגרת הדין הישראלי. מדינות נוספות כוללות במשטרן המשפטי עברות העלבה (insult laws). כך, למשל, הקוד הפלילי הגרמני קובע עברה פלילית כללית של "העלבה",⁴³ וכן אוסר השמצה של נשיא הפדרציה הגרמנית.⁴⁴ המונחים "העלבה" או "השמצה" אינם מוגדרים בקוד הפלילי הגרמני. בדיון הקנדי נאסרה הפרעה לסדר הציבורי באמצעים שונים, לרבות בדרך של העלבה.⁴⁵ בית המשפט העליון הקנדי פסק, עם זאת, כי העברה הפלילית הזו יכול שתקום רק במקרים שבהם נגרמת הפרעה ניכרת לעין לסדר הציבורי ("an externally manifested disturbance of the public peace"), ולא במקרים שבהם נגרמה רק פגיעה ברגשותיו של אדם ("emotional upset").⁴⁶ במדינת ניו סאות ויילס שבאוסטרליה חל

40 רע"פ סגל, לעיל ה"ש 6.

41 שם, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור. יוער כי בעוד שהנשיאה (בדימ') נאור ביקשה להותיר "פתח צר ביותר" לביטויים פוליטיים שעשויים לעלות כדי עברה של העלבת עובד ציבור, השופט פוגלמן סבר בדעת מיעוט כי הביטוי הפוליטי יהיה מוגן תמיד. ראו שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

42 להשלמת התמונה יצוין כי היסוד הלשוני של "העלבה" (או "עלבון" או "מעליב") מופיע בכמה דברי חקיקה נוספים בהקשר של אופן ביצוע חקירה בבית המשפט ובבתי הדין. ראו, למשל, ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים); ס' 74 לתקנות בתי הסוהר (סדרי דין בדיון משמעותי), התשע"ו-2016; ס' 3 לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג.

43 ראו ס' 185 ל-¹STRAFGESETZBUCH [StGB] [PENAL CODE] (להלן: הקוד הפלילי הגרמני) בתרגום לאנגלית: "An insult shall be punished with imprisonment not exceeding one year or a fine and, if the insult is committed by means of an assault, with imprisonment not exceeding two years or a fine" (התרגום לקוד המכתובת www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1699).

44 זו לשונו של ס' 190(1) לקוד הפלילי הגרמני (בתרגום לאנגלית): "Whosoever publicly defames the President of the Federation, in a meeting or through the dissemination of written material (section 11(3)) shall be liable to imprisonment from three months to five years"

45 Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 § 175(1)(a)(i) (Can.)

46 R. v. Lohnes, [1992] S.C.R. 167 (Can.)

איסור על "שפה פוגענית" (offensive language) בקרבת מקום ציבורי או בית ספר,⁴⁷ וזאת כדי להגן על הסדר הציבורי.⁴⁸ גם הדין הבריטי כלל איסור פלילי של העלבה בדרך של פרסום, בנסיבות שבהן ייתכן שמושא ההעלבה אכן ייעלב בפועל. איסור זה בוטל בשנת 2014.⁴⁹ כפי שניתן לראות, עברות ההעלבה כוללות ככלל יסוד של פומביות ואפשרות להפרת הסדר הציבורי כתוצאה מפרסום דברי ההעלבה. יסוד הפומביות והרחבת התפוצה רלוונטי למרחב המקוון באופן מיוחד, כפי שאראה להלן בפרק ב.

אם לסכם עד כאן, ראינו כי כמה מונחים חופפים חלקית משמשים או יכולים לשמש בשיח על הפגיעות המקוונות ברשת. לא תמיד יש למונחים אלה משמעות משפטית, לא כל שכן משמעות משפטית בהקשר הפלילי. בהמשך אציג את המאפיינים של התנהגות פוגענית מקוונת שאיכותה וכמותה יצדיקו בעיני הפללה, בהעדר חלופות הולמות דיין בדין הפלילי הקיים. ההגדרה תכלול גם מאפיינים הלקוחים מההגדרות של המונחים שסקרתי לעיל. אכנה את ההתנהגות האסורה "התנכלות מקוונת". בהתנכלות מקוונת הכוונה לפרסום או הפצה של תוכן שנועד לפגוע באופן מכוון באדם, תוך ניצול משאבי המרחב המקוון לצורך הגדלת התפוצה והגברת ההשפעה על הנפגע. ההתנכלות יכולה ללבוש צורות שונות: היא יכולה לכלול תיעוד אמיתי של הנפגע בסיטואציה פרטית או אינטימית, שפרסומו צפוי לגרום לביזוי של הנפגע ברבים ולהשפלתו; היא יכולה לכלול חרפות, נאצות, קללות וגידופים; והיא יכולה אף לכלול דברי שקר הנחזים כסיפור אמיתי, כגון "חשיפה" שאדם מסוים ביצע עברת מין באדם אחר או שעובד ציבור מסוים נטל שוחד, אף שבפועל לא היו דברים מעולם. הגרעין הקשה של פעולות העולות כדי התנכלות מקוונת יכולה פעילות חוזרת או פעילות שיש לה פוטנציאל להתחדש, להתרחב ולהיצמד לזהותו המקוונת של מושא הפרסום.

47 Summary Offences Act 1988 (NSW) s 4A (Austl.)

48 בית המשפט העליון באוסטרליה דן בעברות ה-"Insult Words", וקבע כי מטרתן לשמור על הסדר הציבורי. באותו מקרה הופנתה ההעלבה כלפי שוטר שהנאשם טען לגביו כי הוא מושחת. בית המשפט העליון קבע כי העובדה שהאדם שאליו הופנו דברי ההעלבה הוא שוטר יכולה דווקא להפחית את הפוטנציאל לפגיעה בסדר הציבורי. ראו *Coleman v Power* [2004] HCA 39, ¶ 16 (Austl.).

49 לשונו של ס' 5(1)(b) ל-"Public Order Act 1986, c. 64 (Eng.)", עד שנת 2014, "A person is guilty of an offence if he displays any writing, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting". בשנת 2014, במסגרת תיקון עקיף המופיע בס' 57 ל-"Crime and Court Act 2013, c. 22 (Eng.)", נמחקו המילים "or insulting" מסוף הסעיף האמור. לפרסומים בתקשורת על שינוי זה בחקיקה הבריטית ראו Christopher Hope, 'Insulting' Words Crime Which Made It Illegal to Call a Police Horse 'Gay' Is to Be Changed, THE TELEGRAPH (Jan. 14, 2013), www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/9801377/Insulting-words-crime-which-made-it-illegal-to-call-a-police-horse-gay-is-to-be-changed.html

פרק ב: מאפייני המרחב המקוון והשפעתם על תופעת ההתנכלות

התנכלות, בריונות, ביוש, העלבה וכל יתר המושגים שנסקרו לעיל יכולים להתקיים – ומתקיימים בפועל – במרחב הפיזי. עם זאת, העתקתם למרחב המקוון גורמת להגברה ניכרת של עוצמת הפגיעה המגולמת בהם. המאפיינים הטכנולוגיים-הארכיטקטוניים של המרחב המקוון מאפשרים ומעודדים את אפקט ההגברה האמור, עד כדי כך שנוצר למעשה פער איכותי, ולא רק כמותי, ופער זה, כפי שאטען בהמשך, אף מצדיק הסדרה משפטית קונקרטית. להלן אמנה את המאפיינים הטכנולוגיים-הארכיטקטוניים של המרחב המקוון הצריכים לענייננו.

המאפיין הראשון הוא הנגישות של אפשרות הפרסום במרחב המקוון לכל אדם. כל אדם יכול להיות דובר במרשתת, לפחות מאז החלה התפשטותן של הרשתות החברתיות, עם רשתות כגון Youtube (שהסיסמה השיווקית שלה בראשית דרכה הייתה "broadcast yourself"), פייסבוק ואחרות. במרחב המקוון מתאפשרת תקשורת מסוג רבים-אל-רבים (many-to-many), שבה כל אחד יכול להיות דובר, להבדיל מהתקשורת לפני עידן המרשתת, שהייתה תקשורת מסוג יחיד-אל-רבים (one-to-many).⁵⁰ לא זו בלבד שארכיטקטורת הרשת מאפשרת לכל אחד להיות דובר, היא מאפשרת גם את פרסום התכנים בחינם. אומנם קיימת עלות בסיסית של החזקת מחשב או טלפון חכם לצורך התחברות למרשתת, אולם נגישותה של המרשתת גדלה בשנים האחרונות באופן ניכר,⁵¹ וכלים המאפשרים ללוות את הפרסום בהקלטות ובהמחשות חזותיות אטרקטיביות (באמצעות תוכנות עריכה שונות) זמינים אף הם, לעיתים קרובות אפילו בחינם.

המאפיין השני הוא המיידיות של הפרסומים במרחב הסייבר. בעבר רק חלק מצומצם מהתכנים פורסמו ב"שידור חי", ורוב התכנים פורסמו לאחר עיבוד ועריכה ובפער זמן מסוים מהאירוע החדשותי. להוציא את אנשי התקשורת, שהיו אמונים על שידור חי, האפשרות של אדם פרטי להצליח לפרסם תכנים ברבים באופן מידי הייתה מוגבלת מאוד. כיום, לעומת זאת, הרשתות החברתיות מאפשרות את הפצת התכנים בלחיצת כפתור, ללא תיווך של עורך וללא עיכובים לצורך אישור הפרסום או הפצתו. מרכיב

50 מובן שהתקשורת מסוג רבים-אל-רבים אינה היחידה המתאפשרת במרחב המקוון, ומופעים אחרים של הרשת כוללים תקשורת מסוג יחיד-אל-רבים (לדוגמה, ערוצי חדשות מקוונים) ומסוג יחיד-אל-יחיד (דוגמת שירותי דוא"ל). יתר על כן, לעיתים פרסומים מסוג יחיד-אל-יחיד נהפכים לפרסומי רשת של יחיד-אל-יחיד-אל-יחיד וכך הלאה (לדוגמה, במסדות (פלטפורמות) דוגמת זו של היישומון WhatsApp). גם במקרה כזה מושג אפקט של פרסום ברבים, אך באמצעות מתווכים רבים יותר.

51 עלותם של מכשירי הקצה (מחשב וטלפון חכם) פחתה, ומידת הקישוריות למרשתת גדלה, לרבות באמצעות שירותי wi-fi בחינם. אי לכך מספר האנשים המחוברים למרשתת גדל בהתמדה. ראו את הנתונים שהוצגו באתר Statista לעניין זה: *Internet of Things (IoT) Connected Devices Installed Base Worldwide from 2015 to 2025 (in Billions)*, STATISTA, www.statista.com/statistics/471264/iot-number-of-connected-devices-worldwide/

המיידיות אף מזין את עצמו, שכן הצורך להיות "אקטואלי" ומחדש מוביל לתגובות מהירות של משתמשי הרשת – לרוב תגובות קצרות⁵² עם העדפה לתכנים קליטים שימשכו את העין ואת האוזן – ומכאן שקיימת נטייה מובנית לתכנים פרובוקטיביים וסנסציוניים.⁵³ הנטייה לסנסציוניות ולפרובוקטיביות, בשילוב המיידיות של הפרסום, מובילה למעשה לאימפולסיביות, במובן של הסרת עכבות וקבלת החלטות מיידית לפני הפרסום.⁵⁴ מאפיין המיידיות הוא אפוא כפול פנים: הן מבחינת הזמן שחולף ממועד המחשבה ועד למועד ההחלטה לכתוב את התוכן, והן מבחינת הזמן שחולף ממועד כתיבת התוכן ועד למועד הגעתו אל קהל היעד. מאפיין זה והנטייה לאימפולסיביות הבאה בעקבותיו מדרבנים גם פרסום תכנים העלולים לעלות כדי התנכלות מקוונת. מאפיין שלישי של המרחב המקוון הרלוונטי לענייננו הוא ההתפשטות ה"וירלית" של הפרסומים. המסדות (פלטפורמות) של הרשתות החברתיות מאפשרות ליצור אפקט "וירלי" של התפשטות הפרסום, דרך מפרסמי משנה המשתפים את קבוצת חבריהם בתוכן שאדם אחר פרסם. פעולת השיתוף או השרשור, כמו הפרסום המקורי עצמו, נעשית באופן מידי, בלחיצת כפתור ובחינם כמובן. כך תפוצתו של הפרסום יוצאת משליטתו הישירה של המפרסם המקורי, ועוברת לידי של ההמון. הפרסום עשוי אף לדלג בין מסדות ולעבור בין הרשתות החברתיות השונות, ולעיתים הוא עשוי אף למצוא את דרכו למדיה הממוסדת יותר, דוגמת אתרי החדשות במרשתת. במקרים אלה יטושטשו לעיתים פניו של קורבן ההתנכלות ויתר פרטיו המזהים, אך עצם הפרסום באתרים הממוסדים עלול להגביר את החיפוש אחר התוכן הלא-מצונזר ברשתות החברתיות. המונח השגור "וירליות" משמש אפוא לתיאור אופן התפשטותו של התוכן, אשר דומה לאופן התפשטותה של מחלה מידבקת, שאינו ניתן בהכרח לחיזוי מראש אף אם ידוע מי המדביק המקורי. ברגע שפרסום וירלי במרחב המקוון יצא מגדר שליטתו של

52 כך, למשל, המודל של הרשת החברתית טוויטר מבוסס על מסרים קצרצרים שהוגבלו במשך שנים ל-140 תווים בלבד. לאחרונה אומנם הוגדל נפח התוכן המותר ל-280 תווים (ראו Mattha Busby, *Twitter to Introduce Expanded 280-Character Tweets for All Its Users*, THE GUARDIAN (Nov. 8, 2017), www.theguardian.com/technology/2017/nov/08/twitter-to-roll-out-280-character-tweets-to-everyone), אך מדובר עדיין במגבלה המכתיבה תוכן קצר וקולע, המוגבל בממוצע לכ-30–40 מילים בלבד.

53 Valerie Edwards, *The Key to World Peace? Sharing More on Facebook 'Makes the World More Understanding'*, Says Mark Zuckerberg, DAILY MAIL (Feb. 27, 2016), www.dailymail.co.uk/news/article-3467123/The-key-world-peace-Sharing-Facebook-makes-world-understanding-says-Mark-Zuckerberg.html

54 גלישה במרשתת מפחיתה את העכבות שהפרט מפעיל לפני קבלת החלטות, ודוחפת אותו לקבלת החלטות מיידיות, במידה רבה יותר מאשר אילו היו אותן החלטות מתקבלות בעולם הפיזי. זאת, לא רק בנוגע לפרסום תכנים, אלא גם בנוגע לפעילויות מקוונות אחרות, כגון צרכנות מקוונת. בעניין זה ראו Dennis W. Rook & Robert J. Fisher, *Normative Influences on Impulsive Buying* Behavior, 22 J. CONSUMER RES. 305, 312 (1995). הדברים שנכתבו בשנת 1995 מקבלים משנה תוקף כיום, לאחר התפשטותה הנרחבת של המרשתת.

המפרסם המקורי, גם החלטה של המפרסם המקורי למחוק את הפרסום לא תוכל עוד בהכרח למנוע את המשך התפשטותו, באשר הפרסום מקבל חיות משל עצמו, ובכוחו להמשיך להתפשט אף אם נגדע מקורו.⁵⁵ ייאמר מייד כי מאפיין הווירליות כשלעצמו הוא עניין ניטרלי. כך, הווירליות היא המאפשרת צמיחה של "כוכבי רשת" – תופעה שהיא לעיתים קרובות מבורכת ורצויה. עם זאת, בהקשר הנדון כאן מאפיין זה משמש כשמן למדורה ומגביר את הנזק שבתופעת ההתנכלות המקוונת.

המאפיין הרביעי הוא מאפיין **האנונימיות**. לא כל הפרסומים המתנכלים הם אנונימיים. חלק מהפרסומים המקוונים שנועדו לפגוע באחר נעשים בזהות גלויה. עם זאת, פרסומים פוגעניים לא מעטים נעשים תחת מעטה של אנונימיות או של זהות בדויה (פסידונימיות) קבועה או ארעית.⁵⁶ אנונימיות או פסידונימיות יכולות להיות מושגות באופן טבעי, כאשר ספקיות השירות אינן דורשות חובת הזדהות חד-ערכית, כאשר הן אינן שומרות את הנתונים המזהים כלל או לאחר פרק זמן מסוים, או כאשר הן אינן מסגירות מידע זה לרשויות החקירה או לתובע במשפט הפרטי. נוסף על כך, משתמש המרשתת יכול להשתמש בשירותי אנונימיזציה מיוחדים לצורך הסוואה מיוחדת של זהותו, כגון גלישה באמצעות שירותי VPN או דפדפן TOR.⁵⁷

ייאמר מייד כי אנונימיות היא ככלל דבר שראוי שהמשפט יעודדו. בזכות האנונימיות או הפסידונימיות מתאפשר למשתמש המחשב והמרשתת לשלוט במידע על אודותיו ובאופן הצגתו העצמית. כן מתאפשר בזכותן ביטוי חופשי, בעיקר לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות ולאנשים המבקשים להתבטא נגד הקונסנזוס המשטרי-החברתי שבסביבתם. האנונימיות/הפסידונימיות מעודדת השתתפות במנגנונים קהילתיים והרחבה של המעגלים החברתיים, ומאפשרת שכלול של עושר ההתנסות האישית של אדם.⁵⁸ האנונימיות/הפסידונימיות היא פעמים רבות הכוח שמניע חלק ניכר מהשיח באתרים החברתיים, בכלוגים ובתגובות. מקובל כיום לתפוס את האנונימיות כזכות חוקתית, בין

55 יודגש, עם זאת, כי לא תמיד יצא הפרסום משליטתו של המפרסם המקורי, שכן הדבר תלוי באופן ההפצה המשנית ובטיב המסדת שבה מתפרסם התוכן. כך, למשל, אם הפרסום נעשה ברשת הפייסבוק ומפרסמי המשנה מבצעים פעולה של שיתוף (share) לתוכן של המפרסם המקורי, אזי מחיקת הפרסום המקורי תוביל למעשה למחיקת פרסומי המשנה, שכן פעולת השיתוף אינה אלא קישור לתוכן ממקור אחר. משנמחק המקור האחר, השיתוף אינו אלא לתוכן מחוק.

56 על ההבחנה בין אנונימיות לבין פסידונימיות ראו, למשל, אלעד אורג "זכות לזהות מידע" עיוני משפט לג 423, 454–455 (2010).

57 לסקירה של שיטות אנונימיזציה ראו מיכאל בירנהק **מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 388–395 (2010) (להלן: **מרחב פרטי**).

58 ראו אורג, לעיל ה"ש 56, בעמ' 459–460. כן ראו יאיר עמיחי-המבורגר ואורן פרו "אנונימיות ואינטראקטיביות באינטרנט – הזכות לפרטיות כמושג רב-ממדי" **פרטיות בעידן של שינוי** 201, 209–212 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2012). המחברים טוענים כי מצד אחד יש באנונימיות שבמרשתת כדי לשחרר מרכיבים שליליים באישיותם של משתמשי הרשת (בדמות התנהגות תוקפנית ואף עבריינית או סוטה) אך מצד אחר יש בה כדי לשחרר מרכיבים חיוביים באישיותם של משתמשים אלה (בדמות התנהגות פרו-חברתית ואלטרואיסטית).

ככזו הנגזרת מחופש הביטוי⁵⁹ או מהזכות לפרטיות⁶⁰ ובין כזכות עצמאית.⁶¹ האנונימיות/הפסידונימיות ברשת אף משרתת זכויות חוקתיות אחרות, כשוויון וחופש ההתאגדות, דהיינו, היא אמצעי שדרכו אפשר להגשים בצורה מיטבית את הזכות לשוויון ולהתאגדות.⁶² אולם האנונימיות יכולה להיות מנוצלת לרעה, ובהקשרנו היא יכולה לתמרץ פרסום תכנים פסולים מתוך תחושת חסינות, קרי, מתוך תחושתו של מפרסם התכנים שהוא לא ייחשף ולא יובא לדין. במילים אחרות, ניתן להניח שחלק מהפרסומים העולים כדי התנכלות מקוונת פסולה לא היו מפורסמים אלמלא מעטה האנונימיות, המעניק תחושת חסינות מסוימת מפני רשויות האכיפה.⁶³

המאפיין החמישי, הנסמך בתורו על המאפיינים הקודמים, הוא **המימד המצטבר** של הפרסום. פרסומים רבים ברשתות החברתיות זוכים בתגובות תומכות, שחלקן מתלהמות. מידת ההתלהמות מסלימה עם הזמן, וכך מתעצמת הפגיעה במושא הפרסום. תופעה זו זוכה לעיתים בכינוי "cyber mobs", ובמסגרתה מצטרפים למפרסם הראשוני מפרסמים נוספים, שלעיתים מתחרים ביניהם מי יפיק פרסום נבזי יותר.⁶⁴ תופעת ההמון המתלהם מושגת על המאפיינים שהוזכרו לעיל – הנגישות, המיידיות, הווירליות והאנונימיות. מאפיינים אלה מאפשרים לאנשים רבים להצטרף למגמה של ביזוי והשמצה, אף מבלי שהיו מעורבים כלל בהתרחשות שהובילה לפרסום המקורי. הצטברותם והתגברותם של הפרסומים הפוגעניים, בזכות כוח ההמון, עלולות לגרום למושא הפרסום תחושה שהוא מוקף מכל עבר ושאינן באפשרותו להתמודד עם שטף הפרסומים נגדו או למתנו. נדמה שכאשר מושא הפרסום הוא קטין, תחושת מצוקה זו עלולה להיות מועצמת.⁶⁵

- 59 ראו McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334 (1995). כן ראו רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664, 692–691 (2010). ראו עוד ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה), 9–5, 20–12 (פורסם בנבו, 11.11.2007).
- 60 ראו מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב 51, 89–94 (2010). כן ראו עניין מור, שם, בעמ' 692–693. ראו גם את פסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי, אשר קבע כי בקשה של המשטרה הקנדית לחשיפת פרטי זיהוי של משתמש על סמך נתוני ה-IP שלו פוגעת בזכותו לפרטיות במובן של אנונימיות: R. v. Spencer, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 (Can.).
- 61 ראו אורג, לעיל ה"ש 56, בעמ' 454–455. אורג טוען כי האנונימיות או הפסידונימיות הן חלק מזכות שאותה כינה "הזכות לזהות אינפורמטיבית", קרי, זכות שלאדם תהיה זהות מקוונת, היכולה להיות בעלת מאפיינים שונים מאלה של זהות הפיזית.
- 62 בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 315–318.
- 63 אמל ג' בארין ויצחק כהן "חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית" מחקרי משפט כח 7, 8–9 (2012).
- 64 CITRON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 5; Laidlaw, לעיל ה"ש 22, בעמ' 8.
- 65 מחקרים רבים בתחומי החינוך ורפואת הילדים מצאו כי השימוש של קטינים ברשתות החברתיות יכול להוביל לשיפור במעמדו החברתי של הקטין, אך עלול גם להוביל לדיכאון ולחרדה במקרים שבהם הקטין אינו מקבל את המשוב החברתי שאותו קיווה לקבל. ראו, למשל, Maarten H.W. Selfhout et al., *Different Types of Internet Use, Depression, and Social Anxiety: The Role of Perceived Friendship Quality*, 32 J. ADOLESCENCE 819 (2009). ראו גם מחקר שפורסם

המאפיין השישי של המרחב המקוון המשפיע על אופן ההתבוננות על התנכלות מקוונת הוא יכולת האחזור של המידע ותיוגו סביב זהותו של מושא הפרסום. מנועי החיפוש מאגנקסים באופן אוטומטי את המידע ברשת ומתייגים אותו לא אחת כקשור למושא הפרסום, כך שחיפוש שמו של מושא הפרסום יקפיץ את המידע הקשור אליו. כאשר המידע הפוגעני מופיע באתר מרשתת פופולרי, צפוי שהוא יופיע במקום גבוה בתוצאות שיפיק מנוע החיפוש כאשר יוקלד בו שמו של הנפגע. המכונה של מנוע החיפוש המקוון מנציחה אם כן את הפרסום הפוגעני, כך שגם אם הפרסום המקורי כבר אינו מבוקש על ידי משתמשי המרשתת, הוא יצוץ עדיין לעיני כל מי שיחפש במרשתת את האדם מושא הפרסום. החשיפה החוזרת, ואף המתחדשת, מגבירה את תחושת המצוקה אצל הנפגע, אשר חשוף גם הוא כל העת לקיומו של הפרסום הפוגעני.⁶⁶ הסרת התוכן כליל מהמרשתת היא לעיתים משימה בלתי אפשרית כמעט.⁶⁷ מציאות זו משפיעה על יכולת המימוש של "הזכות להישכח" (the right to be forgotten). מהותה של זכות זו, אשר יש הרואים בה נגזרת של הזכות לפרטיות או של הזכות לשם טוב, היא לאפשר לכל אדם לוודא שפרטים מסוימים על אודותיו לא יהיו נגישים לציבור הרחב, בוודאי לא לעדי עד.⁶⁸ זכות זו זכתה בהכרה בבית הדין הגבוה לצדק של האיחוד האירופי⁶⁹ ובבית המשפט העליון בקנדה,⁷⁰ וזוכה בהתעניינות הולכת וגוברת בעידן

בכתב העת של האקדמיה האמריקנית לרפואת ילדים, המתייחס לתופעה שזכתה בכינוי "דכאון פייסבוק" (Facebook Depression). ראו Gwenn Schurgin O'Keeffe & Kathleen Clarke- Pearson, *Clinical Report – The Impact of Social Media on Children, Adolescents, and Families*, 127 PEDIATRICS 800 (2011).

66 השוו עם עצינוני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 474–475. עצינוני גורסת כי אחד המאפיינים המעצימים את הפגיעה בילד הסובל מבריונות רשת הוא העובדה שהוא חשוף לבריונות זו ללא הרף, דרך מחשבים ניידים וטלפונים ניידים, אפילו בביתו ובחדרו הפרטיים.

67 Abby Ohlheiser, *Erasing Yourself from the Internet is Nearly Impossible. But Here's How You Can Try.*, WASH. POST (Feb. 10, 2017), www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2017/02/10/erasing-yourself-from-the-internet-is-nearly-impossible-but-heres-how-you-can-try/?utm_term=.23f6f79b8cbc. וראו, בהקשר תיאורטי רחב יותר, על "שובל המידע" שהפרט מותיר אחריו בעידן המודרני אצל בירנהק מרחב פרטי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 169 ואילך.

68 מעניין שבין 80% ל-90% מהמעסיקים (אם לא יותר) בוחנים מידע על מועמדים לעבודה במרשתת לפני זימון לראיון עבודה. מכאן שמידע שלילי המצוי במרשתת על אודות אדם עלול לפגוע באורח ניכר ביכולתו למצוא עבודה. ראו בעניין זה Deborah L. Jacobs, *How an Online Reputation Can Hurt Your Job Hunt*, FORBES (May 17, 2013), www.forbes.com/sites/deborahljacobs/2013/05/17/how-an-online-reputation-can-hurt-your-job-hunt/#3fb858b26695, שם נטען כי 90% מהמעסיקים בודקים במרשתת את המועמדים לעבודה. ראו גם CITRON, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8–10, שם נטען כי מדובר ב-80% מהמעסיקים שנוהגים כך.

69 Case C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, 2014 E.C.R. 317.

70 A.T. v. Globe24h.com, 2017 FC 114 (Can.)

הדיגיטלי,⁷¹ שבו המידע עשוי לא להימחק ולצוף מחדש כל העת, באופן הפוגם בעקרון ההתיישנות ובעקרון תקנת השבים. התחושה שהמרשתת "זוכרת הכל" ושלמעשה הנזק של הפרסום הפוגעני הוא "כרוני" – מעין אות קין וירטואלי על מצחו של נושא הזהות המקוונת⁷² – היא מרכיב המבדיל לחומרה את הפרסום הפוגע המקוון מהפרסום הפוגע במרחב הפיזי.

המאפיין השביעי שאמנה הוא מאפיין ה"תיווכות" במרשתת. כל פעולה במרשתת היא למעשה תקשורת המתווכת על ידי ספקיות גישה וספקיות שירות שונות. לדוגמה, פרסום תוכן ביוטיוב הוא למעשה פרסום המתווכך על ידי חברת גוגל. על מנת לאתר את המפרסם ולאסוף ראיות נגדו, וכן על מנת להביא לידי הסרת התוכן או צמצום ההיחשפות אליו בדרכים אחרות, כגון בדרך של הגבלת הגישה אליו, יש לפעול למעשה מול יוטיוב, ולא מול המפרסם ישירות. לעיתים יש לעבור דרך כמה מתווכים. כך, למשל, אם המפרסם ביוטיוב נושא כינוי, ורשויות החקירה מבקשות לעמוד על זהותו, ייתכן שיהא עליהן לפנות לשתי ספקיות מתווכות: האחת היא חברת יוטיוב, שתמסור את כתובת ה-IP שממנה פעל המפרסם, והאחרת היא ספקית הגישה למרשתת שהקצתה את כתובת ה-IP שממנה פעל המפרסם. תלותן של רשויות האכיפה בספקיות המתווכות השונות משנה את פניה של האכיפה הפלילית במרחב המקוון. הכלל שלפיו על המשטרה לבצע את חקירותיה בעצמה ולא להטיל חובות על צדדים שלישיים – קל וחומר כאשר צדדים שלישיים אלה הם גורמים פרטיים – נהפך לבלתי ישים. נוצרת תלות בספקיות השירות השונות.⁷³

המאפיין השמיני, המתחבר באופן מלא למאפיין הקודם, הוא היות מרחב הסייבר **בין-לאומי**, או ליתר דיוק – מולטי-טריטוריאלי. מאפיין זה בא לידי ביטוי בכמה דרכים. ראשית, המפרסם יכול לשבת במדינה א, בעוד הפרסום עוסק באדם המצוי במדינה ב, והמסדֶת שבה התוכן מתפרסם היא בבעלות חברה שהתאגדה במדינה ג ואשר שרתיה מאוחסנים במדינה ד. יצוין כי גם במצבים שבהם המפרסם והנפגע הם תושבי אותה מדינה, המסדת המקוונת יכולה להיות במדינה זרה. מבחינה מעשית, על מנת לאתר את העקבות הדיגיטליים ולאסוף ראיות מספיקות לצורך העמדה לדין של המפרסם, יש להשיג שיתוף פעולה עם גורמים ממדינות זרות. הנה כי כן, בעוד במרחב הפיזי הכלל

71 דיון בזכות זו בראי המשפט האמריקני ראו: Steven C. Bennet, *The "Right to Be Forgotten"*: Reconciling EU and US Perspectives, 30 BERKELEY J. INT'L L. 161, 166–168 (2012). גם במשפט הישראלי נערך דיון בהיבטים שונים של זכות זו – למשל, בהקשר של מחיקת שמותיהם של בעלי דין מפסקי דין על מנת שהמידע לא ינכח לנזח במרשתת. כך, למשל, בשנת 2011 הקים שר המשפטים ראז, יעקב נאמן, את "הוועדה לבחינת שאלות הנוגעות לפרסום פרטים מזהים בפסקי דין ובהחלטות של בתי המשפט ולעיון בתיקי בית המשפט", בראשות שופט בית המשפט העליון (בדימ') יצחק אנגלרד. כן ראו בהקשר זה מיכאל בירנהק "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" **משפטים** מח (צפוי להתפרסם ב-2018).

72 כדוגמה לתחושות אלה בקרב מרואיינים ראו Laidlaw, לעיל ה"ש 22, בעמ' 9.

73 להרחבה בעניין זה ראו חיים ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר** 57–59 (2015) (להלן: ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר**).

הוא חקירה בתוך גבולות הטריטוריה של המדינה החוקרת ואילו החריג הוא חקירה בין-לאומית, במרחב המקוון הכלל הוא חקירה פלילית בין-מדינתית, והחריג הוא חקירה שכל מרכיביה הם מקומיים, בתוך הטריטוריה של המדינה החוקרת.⁷⁴ במקרים של חקירה פלילית במרחב הסייבר מתעורר אם כן קושי מעשי ממשי לרשויות אכיפת החוק בבואן לאסוף ראיות שיסייעו בהעמדת החשוד לדין, שכן הצורך להסתייע במדינות זרות – לעיתים יותר ממדינה אחת – מאט ומסרבל את החקירה. יתרה מזו, לעיתים המידע הדרוש מצוי במדינה שאינה מקיימת יחסי עזרה משפטית הדדיים עם המדינה החוקרת, שאז אי-אפשר למעשה לבקש את הסיוע המשפטי הדרוש.

שנית, אף אם מתגברים על הבעיה המעשית של שיתוף פעולה בין-מדינתי שתיארת לעיל, לעיתים קיימת מניעה משפטית מלהעניק עזרה משפטית. מניעה זו מתקיימת כאשר העברה הנחקרת אינה עולה כדי עברה במדינה המתבקשת לסייע. תופעה זו, של העדר "פליליות כפולה", רלוונטית במיוחד לעברות ביטוי. עברות הביטוי הן יחסיות מטבען, והשונות בתחום משפטי זה היא מן הגדולות ביותר בדין המהותי הפלילי. במקרה של עברות ביטוי ייתכן שהמדינה החוקרת תפנה למדינה הזרה שבה אגור המידע הדרוש לחקירה, אולם המדינה המתבקשת תמצא כי הפרסום הנחקר אינו בגדר עברה כלל על פי דיניה, ועל כן תימנע מלהעניק את המידע הדרוש לחקירה של המדינה המבקשת.

שלישית, לעקרון "הפליליות הכפולה" יש משמעות לא רק בהיבט של הענקת סיוע חקירתי בכל הנוגע באיסוף הראיות הדרושות להעמדה לדין, אלא גם בהיבט של הסגרת החשוד לישראל. אם החשוד שוהה מחוץ לישראל ומתבקשת הסגרתו, אזי אם הדברים שפרסם, הנחשבים עברה בישראל, אינם עולים כדי עברה פלילית במדינה שבה הוא נמצא – לא תתבצע הסגרה.⁷⁵

אם לסכם עד כאן, ניתן לראות כי מאפיינים ארכיטקטוניים ומשפטיים שונים משפיעים על הפרסומים הפוגעניים ברשת: המאפיינים של נגישות, מיידיות, וירליות, הצטברות ויכולת אחזור מאפשרים את הפרסום הפוגע, מקילים את ביצועו ומגבירים את השפעתו; והמאפיינים של אנונימיות, תיווכות ובין-לאומיות מקשים את איתור המפרסם, את איסוף הראיות נגדו ואת העמדתו לדין. אלה גם אלה מובילים למסקנה

74 יובהר כי תפיסת החקירה המקוונת כחקירה בין-לאומית נובעת מההנחה שסמכות האכיפה (jurisdiction to enforce) תחומה לטריטוריה של המדינה החוקרת בלבד, ושה"מקום" הקובע לעניין הפעלת סמכות האכיפה הוא המקום הפיזי שבו מצוי השרת שבו אגורות הראיות הדרושות. להרחבה בנוגע לתפיסה זו ראו שם, בעמ' 130–143.

75 ס' 2(א) לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954, קובע כי מדינת ישראל לא תסגיר למדינה זרה אנשים הנמצאים בשטחה אלא אם כן העברה שבגינה מתבקשת ההסגרה היא עברה פלילית גם בישראל שעונשה שנת מאסר ומעלה. סעיפים ברוח זו, הקובעים תנאי של פליליות כפולה, מצויים בחוקיהן הפנימיים של רוב המדינות. ראו, למשל, את דרישת הפליליות הכפולה המעוגנת בס' 2 לאמנה האירופית בדבר הסגרה, כ"א 17, 87 (נפתחה לחתימה ב-1957) (נחתמה ונכנסה לתוקף ב-1967), שבה חברות כל מדינות מועצת אירופה וכן מדינת ישראל, דרום אפריקה ודרום קוריאה.

שהפרסומים העולים כדי התנכלות במרחב המקוון הם בבחינת אתגר מסוג חדש לרשויות האכיפה ולמערכת המשפט.

מן המאפיינים שנמנו לעיל עולה כי ההתנכלות המקוונת היא תופעה שבכוחה להזיק באופן ניכר לנפגע, לדבוק בזהותו ולמעשה לשנותה, שכן הזהות המקוונת של אדם נקבעת במידה רבה על פי המידע הנגיש על אודותיו.⁷⁶ האופן שבו הפרט נתפס בתודעתם של אחרים משפיע גם על עיצוב זהותו שלו, ובמובן זה הזכות לזהות מידע רחבה יותר מן הזכות לשם טוב או לפרטיות.⁷⁷ הזהות הדיגיטלית מורכבת ממצבור המידע על פרט מסוים שמצוי במרשתת ונגיש לציבור הרחב,⁷⁸ וחשיבותה לעיצוב זהותו של הפרט ולהערכתו העצמית גוברת ככל שחשיבותן של הרשתות החברתיות במרשתת גוברת.⁷⁹ על רקע זה פרסומים פוגעניים משפיעים לא רק על יכולתם של הקורבנות לתפקד ועל מעמדם החברתי, אלא גם על עצם זהותם ועל הערכתם העצמית, שכן הם פוגעים ברובד שלם באישיותם המוגדר באמצעות זהותם המקוונת – רובד אישיותי אשר חשיבותו בימינו הולכת וגוברת. לנוכח כל האמור מתחזקת התובנה שההתנכלות המקוונת אינה רק בגדר ביטוי חדש נוסף של תופעה ישנה, אלא תופעה חדשה שיש לחשוב מבראשית על האופן שבו המשפט הפלילי מתמודד עימה.

פרק ג: התנכלות במרחב המקוון – ניתוח המצב המשפטי הקיים

בפרק זה אבחן את תחולת הדין הפלילי הקיים על התופעות של התנכלות מקוונת. תחילה אסקור את העברות הכלליות הרלוונטיות לעניין התנכלות מקוונת, ולאחר מכן אבחן הוראות פרטיקולריות הרלוונטיות לשתי הקבוצות שבהן בחרתי להתמקד: קבוצת הקטינים וקבוצת עובדי הציבור.

1. ההוראות בדין הפלילי הקיים החולשות על פרסומים פוגעניים מקוונים

אין בחקיקה הישראלית עברה ספציפית הנוגעת בפרסומים במרחב המקוון בלבד, להבדיל מפרסום בכל אמצעי אחר. עם זאת, אפשר להחיל את עברות הביטוי הכלליות גם על פרסומים במרחב המקוון, באשר ניסוחן ניטרלי לטכנולוגיית הפרסום ולמדיום שבו הוא מתרחש.⁸⁰ אסקור אפוא בקצרה את העברות הרלוונטיות.

76 ראו אורג, לעיל ה"ש 56, בעמ' 443.

77 שם, בעמ' 438.

78 GHAZI BEN AYED, ARCHITECTING USER-CENTRIC PRIVACY-AS-A-SET-OF-SERVICES: DIGITAL IDENTITY-RELATED PRIVACY FRAMEWORK 15–18 (2014).

79 שם, בעמ' 29–30.

80 ככלל, רוב הוראות הדין שנוסחו לגבי המרחב הפיזי מוחלות גם על התנהגויות במרחב המקוון, אך

העברה המרכזית המתייחסת לפרסומים פוגעניים היא עברת **לשון הרע**, הקבועה בסעיף 6 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. עברה זו אוסרת פרסום לשון הרע לשני אנשים או יותר בכוונה לפגוע. "לשון הרע" מוגדרת בסעיף 1 לחוק בזו הלשון:

"לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול –

- (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;
- (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחדים לו;
- (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלה ידו או במקצועו;
- (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו.

פרשת גרינוולד⁸¹ היא אחת הפרשות המפורסמות ביותר שעסקו בהרשעתו של נאשם בעברת לשון הרע. כבר בפרשה זו ניתן לראות את תחילתה של המגמה לצמצם את השימוש בעברה זו, שכן בבית המשפט המחוזי הורשע גרינוולד באחד האישומים אך נקנס בלירה אחת בלבד, ואילו בעקבות ערעור המדינה לבית המשפט העליון הורשע גרינוולד ברוב דעות בסעיפי אישום נוספים אך הוטלה עליו רק שנת מאסר אחת על תנאי. נוסף על כך, עברת לשון הרע דורשת יסוד נפשי מחמיר של "כוונה לפגוע", אשר ניתן לפרשו ככזה הדורש פעולה "מתוך מניע לפגוע"⁸², משמע, על התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר כי המפרסם לשון הרע התכוון לפגוע. פסיקת בית המשפט העליון קבעה כי לעניין דרישת הכוונה המיוחדת בעברת לשון הרע לא תחול הלכת הצפיות.⁸³

זאת בשני חריגים מרכזיים. האחד הוא במקרה שבו באה אל העולם התנהגות חדשה שאין לה מקבילה פיזית ואשר ראויה להסדרה משפטית. כאלה הן, למשל, עברות נגד מחשב ונגד מידע, אשר באו אל העולם עם התפשטות המחשבים והמרשתת. החריג האחר הוא במקרה שבו בלשונו של החוק הישן קבועה מילה בעלת מובנים פיזיים מובהקים אשר אי-אפשר להתגבר עליהם מבחינה פרשנית, ועל כן מילה זו נהפכת למכשול לשוני בלתי עביר שאינו מאפשר להחיל את ההוראה על הקשרה המקוון. במקרה כזה נדרש תיקון חקיקה לצורך החלת ההוראה הישנה על הסיטואציה המקוונת. להרחבה בעניין זה ראו ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר**, לעיל ה"ש 73, בעמ' 32–35.

81 ע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד**, פ"ד יב 2017 (1958).

82 ש"ז פלר "לשון הרע – עבירה" ומשמעות הדרישה 'בכוונה לפגוע' – מחשבה שנייה (ע"פ 506/89) "משפטים כג 515, 516 (1994).

83 כלל הצפיות קבוע כיום בס' 20(ב) לחוק העונשין, הקובע כי "לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". משמעותה של "הלכת הצפיות" היא שאם הוכח כי מבצע העברה היה מודע לכך שהתהוות התוצאה היא בגדר אפשרות קרובה לוודאי, ניתן לראותו כמי שהתכוון לבצע את העברה. "הלכת הצפיות" מאפשרת, מבחינה ראייתית, להנמיך את רף הדרישה של הוכחת כוונה סובייקטיבית של הנאשם. בית המשפט העליון קבע כאמור כי הלכת הצפיות לא תחול על דרישת הכוונה המיוחדת שבעברת לשון הרע. ראו את דבריו של השופט ברק בע"פ 677/83 **בורוכוב נ' יפת**, פ"ד לט(3) 205, 211 (1985). הלכה זו של בית

לאור פסיקותיו המצמצמות של בית המשפט העליון, הנחה היועץ המשפטי לממשלה כי כתבי אישום בעברות לשון הרע יוגשו במקרים חריגים ביותר, וכי "ההתמודדות המשפטית בנושא של 'לשון הרע' צריכה להישאר, בעיקרה, נחלת המשפט האזרחי".⁸⁴ נוסף על כך קבע היועץ המשפטי לממשלה כי חקירה פלילית בעברה זו תיפתח רק במקרים שבהם קיים "אינטרס ציבורי מיוחד ומובהק", המבטא "עניין החורג מעניינו של האדם שנפגע מהפרסום".⁸⁵ אחד הציודקים המרכזיים למדיניות זו של צמצום ההעמדה לדין בגין עברה של לשון הרע הוא שעומדים לנפגע סעדים חלופיים בדמות תביעה אזרחית או לחלופין קובלנה פלילית פרטית.⁸⁶

עברה רלוונטית נוספת להתמודדות עם פרסומים פוגעניים היא העברה של פגיעה בפרטיות לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מונה שתים-עשרה חלופות שכל אחת מהן עולה כדי פגיעה בפרטיות, ואשר עשר מהן עשויות לעלות כדי עברה פלילית.⁸⁷ כמה מבין החלופות האמורות רלוונטיות לפרסומים פוגעניים במרחב המקוון, ואלה הן: סעיף 2(4) לחוק – "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו"; סעיף 2(9) לחוק – "שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה"; סעיף 2(10) לחוק, האוסר, בין היתר, "פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות" לפי סעיף 2(9) הנ"ל; וסעיף 2(11) לחוק, האוסר "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד".⁸⁸

המשפט העליון נותרה על כנה גם לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין – ראו את דבריו של הנשיא ברק ברע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 605, 554 (2005).

84 "חקירה והעמדה לדין בעבירה לפי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1107, ס' 8 (התשס"ו).

85 שם, ס' 9. כפועל יוצא מהנחיה זו של היועץ המשפטי לממשלה, הפרקליטות נמנעת כמעט לחלוטין מלהעמיד לדין נאשמים בעברות לשון הרע. עם זאת, דווקא לאחרונה הוגש כתב אישום רחב היקף נגד שלושה נאשמים המייחס להם עברות של לשון הרע באמצעות המרשתת (לצד עברות נוספות) כלפי מספר רב של נפגעים. ראו לעיל ה"ש 7.

86 לעניין האפשרות להגיש קובלנה פלילית פרטית בגין לשון הרע ראו ס' 8 לחוק איסור לשון הרע. יצוין כי כנגד זאת נטען כי הפרקטיקה של הגשת קובלנות פליליות בעברות לפי חוק איסור לשון הרע מהווה ביטוי למגמה בלתי רצויה של הפרטת ההליך הפלילי. ראו גבריאלי הלוי "התביעה הפרטית בהליך הפלילי" קרית המשפט ט 375 (התשע"א). על רקע הביקורת שהופנתה כלפי השימוש בקובלנות פליליות פרטיות, קידם משרד המשפטים בעבר הצעת חוק ממשלתית שמטרתה הייתה לבטל את מוסד הקובלנה. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 74) (ביטול קובלנה), התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 500.

87 ס' 5 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע את העברה הפלילית של פגיעה בפרטיות, מפנה לחלופות המנויות בס' 2 לחוק, להוציא החלופה המנויה בס' 2(2), שעניינה "האזנה האסורה על פי חוק", והחלופה המנויה בס' 2(8), שעניינה "הפרה של חובת סודיות לגבי עניניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע".

88 לכאורה, לשונו של ס' 1(2) לחוק הגנת הפרטיות יכולה להתאים גם לכיסוי מלא או חלקי של

אין ספק שהמרחב המקוון הרחב והעצים את אפשרויות הפגיעה בפרטיות – הן במובן של היכולת להשיג מידע אישי על אודות הנפגע והן במובן של היכולת להפיץ את המידע האישי בלא הסכמתו של הנפגע.⁸⁹ יתרה מזו, משתמשי המרשתת והרשתות החברתיות, במיוחד הקטינים שביניהם, משתפים במידע אישי רב, כגון תמונות ומיקומים, וכן מסכימים לתנאי השימוש של ספקיות השירות המקוונות, העשויים לכלול פגיעה בהגנת המידע האישי שלהם. כפועל יוצא מכך הם גורמים כמו ידיהם לכרוסום בפרטיותם.⁹⁰ ויתור עצמי זה על הפרטיות מקשה לכאורה ייחוס פגיעה בפרטיות למי שהשתמש לאחר מכן במידע שפרסם הנפגע, שכן המשתמש עשוי לטעון כי ציפייתו של הנפגע לפרטיות למעשה נמוכה יותר או אף אינה קיימת.⁹¹ עם זאת, תפיסת פרטיות מודרנית יותר, שפותחה בהקשר של ההגנה על מידע אישי, גורסת כי הוויתור העצמי על הפרטיות אינו פעולה בוליאנית, דהיינו, הוא אינו מתמצה בשתי אפשרויות בלבד של שמירה מוחלטת על הפרטיות או ויתור מוחלט, אלא ניתן לוותר על הפרטיות רק כלפי אדם או קבוצה מסוימת או לחלופין לוותר עליה לצורך מטרה מסוימת בלבד. זהו עקרון צמידות המטרה, המגולם היטב בסעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות.⁹²

בכל הנוגע בפגיעה בפרטיות על דרך "פרסום",⁹³ נשאלת השאלה אם על הפרסום להיות אמיתי או שגם פרסום כוזב המתייחס למשל לצנעת חייו האישיים של אדם

התנכלות מקוונת. הסעיף אוסר "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרודו, או הטרדה אחרת". המילים "הטרדה אחרת" הן רחבות וגמישות עד מאוד, ומאפשרות לכאורה להכניס גם הטרדה מקוונת מן הסוגים הנדונים כאן. אולם דומני שאין זה ראוי להחיל את איסור "ההטרדה האחרת" על המקרים שלפנינו, וזאת משני טעמים: האחד, המילים "הטרדה אחרת" מתייחסות להקשר של "בילוש או התחקות", דהיינו, למצבים של מעקב (stalking), ולא דווקא לכל מצב של הטרדה; הטעם השני הוא שאף אין זה ראוי להציע פרשנות רחבה יותר למילים "הטרדה אחרת", בעלת הקשר כולל המנותק מהנסיבות של בילוש או התחקות, שכן אז יוגדר האיסור הפלילי באופן רחב מדי, שיוכל לצינון של התנהגויות מותרות. בית המשפט העליון הכיר זה כבר ב"זיקה ניסוחית" בין הביטוי "הטרדה אחרת" לבין הביטויים "בילוש" ו"התחקות", ובתוך כך דחה את הפרשנות שלפיה הביטוי "הטרדה אחרת" יכול שיכלול כל מעשה עברה מהדין הפלילי. ראו את דבריו של הנשיא שמגר בד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' וענקין**, פ"ד מב(3) 849, 837 (1988).

89 בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 169 ואילך.

90 Jacob Morgan, *Privacy is Completely and Utterly Dead, and We Killed It*, FORBES (Aug. 19, 2014), www.forbes.com/sites/jacobmorgan/2014/08/19/privacy-is-completely-and-utterly-dead-and-we-killed-it/#37302e1531a7. כן ראו Bobbie Johnson, *Privacy No Longer a Social Norm, Says Facebook Founder*, THE GUARDIAN (Jan. 11, 2010), www.theguardian.com/technology/2010/jan/11/facebook-privacy.

91 בהקשר זה ראוי לציין את המבחן שהשתרש בפסיקה האמריקנית בנוגע ל"ציפייה סבירה לפרטיות". מבחן זה מורכב משני שלבים: בחינה אם לאדם הייתה ציפייה לפרטיות במובנה הסובייקטיבי, ובחינה אם אותה ציפייה הייתה "סבירה" מבחינה אובייקטיבית. ראו *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). ראו גם בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 41.

92 להרחבה בעניין זה ראו בירנהק **מרחב פרטי**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 206–208.

93 הכוונה לחלופות של ס' 4(2), 2(10) ו-11 לחוק הגנת הפרטיות.

יכול לעלות כדי פגיעה בפרטיות. לדוגמה, נניח שאדם פרסם במרשתת ידיעה על כך שאדם מסוים עוסק בזנות או לוקה בבעיות פסיכיאטריות או בבעיות כלשהן בתפקוד המיני. נניח עוד כי פרסום זה כוזב לחלוטין. האם פרסום זה עולה כדי עברה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות? מצד אחד, מדובר בפרסום הנוגע לכאורה ב"צנעת חייו האישיים של אדם", שכן הוא מתייחס לעברו המיני או למצבו הרפואי (שתי חלופות אלה מנויות במפורש בסעיף 2(11) לחוק). מצד אחר, מדובר בפרסום כוזב, ולכן הוא אינו חושף דבר הנוגע באמת בצנעת חייו של הנפגע. לכאורה ניתן לטעון כי המשטר המשפטי הרלוונטי לגבי פרסומים כוזבים הוא המשטר של חוק איסור לשון הרע, ומכאן שפרסומים כוזבים הנוגעים כביכול בצנעת חייו של אדם יטופלו במסגרת חוק איסור לשון הרע, ולא במסגרת חוק הגנת הפרטיות. אולם פרשנות כזו תוביל להבחנה לא מוצדקת בין פרסומי אמת לפרסומי כזב: פרסומי הכזב ידרשו את יסוד הכוונה המיוחדת הקבוע בחוק איסור לשון הרע, בעוד שפרסומי האמת ידרשו מחשבה פלילית רגילה בלבד. נוסף על כך, העונש בגין פרסומי הכזב יהיה עד שנת מאסר אחת, כקבוע בחוק איסור לשון הרע, ואילו העונש בגין פרסומי האמת יהיה עד חמש שנות מאסר, כקבוע בחוק הגנת הפרטיות. זאת, אף שהנזק של פרסום כוזב במרשתת המופץ במהירות לקהל רחב עלול להיות זהה בחומרתו לנזק של פרסום מידע אישי אמיתי ללא הסכמת הנפגע. במיוחד הדברים אמורים לגבי פרסומים שנחזים כפרסומים מהימנים ומופצים כ"חדשות מזויפות" (fake news), ואשר אף עושים אולי את דרכם לחוגו החברתי של הנפגע או אף לתקשורת המקוונת הממוסדת יותר. על כן בכל הנוגע בפרסומים פוגעניים במרחב המקוון נראה כי אין הצדקה ליצירת שתי מדרגות עונשיות כה שונות לפרסום כוזב ולפרסום אמת.

עיון בחוק הגנת הפרטיות מלמד כי הוא יכול ככל הנראה לחול גם על פרסומים כוזבים. זאת, מכיוון שההגנה שבסעיף 18(3) לחוק הגנת הפרטיות קובעת כי פרסום שאינו כוזב אשר יש עניין ציבורי בעצם קיומו יכול להקנות לפוגע הגנה טובה במשפט פלילי או אזרחי בגין פגיעה בפרטיות. מלשונה של ההגנה האמורה נובע כי החוק מכיר באפשרות של פרסום כוזב שפוגע בפרטיות. עם זאת, נכון להיום טרם הוכרה בפסיקה במפורש האפשרות להחיל את חוק הגנת הפרטיות גם על פרסומים כוזבים.⁹⁴ לסיכום, עברת הפגיעה בפרטיות יכולה לכסות – אם כי באופן חלקי בלבד – את התופעה של התנכלות מקוונת לאדם. מטבע הדברים, העברה חלה רק כאשר מתקיימות החלופות המנויות בסעיף 2 לחוק, ועלול לקום קושי ראייתי במקרה של ויתור ראשוני מרצון על הפרטיות. זאת, מכיוון שיידרש להוכיח שהנפגע לא התכוון להתיר את הפרסום מעבר להסכמתו הראשונית, ויתרה מזו – שהפוגע היה מודע להגבלה זו שקבע

94 על פי מיטב בדיקתי נרשמה עד כה בפסיקה התייחסות אחת בלבד לשאלה זו, בת"פ (שלום ב"ש) 28931-11-11 מדינת ישראל נ' מרציאנו (פורסם בנבו, 17.6.2012). בפסק דין זה נקבע כי עברה של פגיעה בפרטיות נוגעת בפרסום תכנים שהם אמת בלבד, ואילו פרסומים כוזבים יכולים לעלות כדי לשון הרע בלבד, ולא כדי פגיעה בפרטיות.

הנפגע. כן עלולה להתעורר אי-בהירות משפטית בדבר תחולת האיסור על פרסומים כוזבים הפוגעים בפרטיות, להבדיל מפרסומי אמת.
עברה נוספת העשויה להיות רלוונטית להתנכלות מקוונת היא העברה של הטרדה באמצעות מתקן בזק, שקבוצה בסעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת), ואשר זו לשונה:

"המשתמש במיתקן בזק באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטרד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים."⁹⁵

בעבר כבר נפסק כי ליצור עברה זו אין להסתפק בשימוש "טכני" או "פיזי" במתקן הבזק, אלא יש לבחון גם את תוכן ההתקשורת באמצעות מתקן הבזק. כך, ייתכנו מקרים שבהם התוכן יהיה מטריד עד כדי כך שלמספר הפעמים שבהן נעשתה ההטרדה תהא חשיבות מועטה יותר. לעומת זאת, לעיתים ההיבט הטכני של ההטרדה (כמות, עיתוי וכדומה) יגבר על ההיבט התוכני, דהיינו, העברה תחול גם אם התוכן אינו מטריד ביותר כשלעצמו.⁹⁶ בענייננו ייתכן ששימוש חוזר באופן בלתי פוסק בהתקשורת אלקטרונית ייחשב מעשה המקים את עברת ההטרדה באמצעות מתקן בזק (כגון התכתבויות חוזרות ונשנות ביישומון להעברת מסרים מידיים)⁹⁷ או שליחת הודעות רבות לנפגע המשתמש ברשת חברתית). עם זאת, אפשר לראות גם בהתכתבויות מועטות עם הנפגע משום מעשה המקים את העברה אם הן כוללות תוכן פוגעני ומשמין במיוחד. חרף הפרשנות המרחיבה לכאורה של העברה, כזו החלה גם במקרה של מעשי הטרדה מעטים הכוללים תוכן חמור (יסוד תוכני, ולא כמותי), נראה כי בפועל רוב ההרשעות בעברה זו נצמדו דווקא למבחן הכמותי, שבמסגרתו יש להוכיח הטרדות חוזרות ונשנות של המוטרד.⁹⁸

מכל מקום, יצוין כי על פי נוסחה נראה כי עברת ההטרדה באמצעות מתקן בזק מחייבת הוכחה של קשר ישיר בין המוטרד לבין המוטרד, ועל כן התנכלות על דרך

95 ס' 1 לחוק התקשורת קובע כי המונח "בזק" משמעו "שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות". ניתן לראות כי מונח זה כולל בתוכו גם תקשורת אלקטרונית בין מחשבים, משמע, גם תעבורת תקשורת במרשתת.

96 ראו את דבריו של השופט רובינשטיין ברע"פ 10462/03 הראר נ' מדינת ישראל, פ"ד (ס) 70, 80-85 (2005).

97 בהקשר זה ניתן לציין את הסערה הציבורית שהתעוררה לאחר השקתו של היישומון Blindspot, אשר אפשר לשלוח הודעות טקסט מיידיות בצורה אנונימית, ושימש, על פי הנטען, להעברת הודעות אלימות ומאיימות בין קטינים. ראו עודד ירון "האפליקציה של אחיה של בר רפאלי סופגת אש ברשת" הארץ 29.12.2015 www.haaretz.co.il/captain/software/1.2810144

98 ראו, למשל, ת"פ (מחוזי מר') 38333-12-11 מדינת ישראל נ' מאחוס (פורסם בנבו, 6.12.2012); ת"פ (שלום חי') 3022-05-13 מדינת ישראל נ' מחאג'נה (פורסם בנבו, 30.1.2014); ת"פ (שלום רח') 6579-10-13 מדינת ישראל נ' בניים (פורסם בנבו, 30.6.2014).

פרסום ברבים או על דרך ביוש וביזוי פומביים אינה נכנסת לכאורה בגדר העברה. גם פרסומים המתגלגלים באופן משורשר, מיחיד-אל-יחיד-אל-יחיד וכך הלאה, אינם נכללים לכאורה בגדר העברה. עברה רלוונטית נוספת היא העברה שהוספה לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, במסגרת תיקון מס' 10 מינואר 2014.⁹⁹ תיקון זה, שזכה בכינוי "חוק הסרטונים", הוסיף לחוק למניעת הטרדה מינית את סעיף 3(א)(א5), הקובע כי אחד המעשים הנחשבים הטרדה מינית הוא –

"פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום, ואולם במשפט פלילי או אזרחי לפי פסקה זו תהא זו הגנה טובה למפרסם אם מתקיים אחד מאלה:

(א) הפרסום נעשה בתום לב, בשים לב לנסיבות הפרסום, תוכנו, צורתו, היקפו ומטרותו;

(ב) הפרסום נעשה למטרה כשרה;

(ג) יש בפרסום עניין ציבורי המצדיק אותו בנסיבות העניין, ובלבד שאינו כוזב, או שהוא הבעת דעה או ביקורת על בעל תפקיד ציבורי בקשר לתפקידו, והפרסום לא חרג מתחום הסביר לשם השגת מטרתו;

בפסקה זו, 'תצלום, סרט או הקלטה' – לרבות עריכה או שילוב של כל אחד מהם, ובלבד שבנסיבות העניין ניתן לזהות את האדם."

העונש שנקבע בצד העברה החדשה הוא חמש שנות מאסר, שהוא עונש חמור מזה שנקבע לגבי פעולות אחרות הנחשבות הטרדה מינית, העומד על שנתיים מאסר.¹⁰⁰ בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי בשנים האחרונות, עם ההתפתחויות הטכנולוגיות, הולכת ומתפשטת תופעה של פרסום ברבים של תצלומים, סרטים או הקלטות בעלי אופי מיני ללא הסכמת המצולמים. עם זאת, הצעת החוק, כמו גם נוסח החוק הסופי, לא כללו כל התייחסות קונקרטית למדיום הטכנולוגי של רשתות חברתיות, תוכנות להעברת מסרים מיידיים וכדומה. כן צוין בהצעת החוק כי מקרים אלה נתפסים על פי רוב כפגיעה בפרטיות בלבד, אך מן הראוי להתייחס אליהם גם כאל פגיעה מינית.¹⁰¹ במילים אחרות,

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

100 ראו ס' 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית. העונש זהה לעונש הקבוע לעברה של פגיעה בפרטיות, בשל הקרבה הרעיונית לעברה של פגיעה בפרטיות לפי החלופה של ס' 2(4) לחוק הגנת הפרטיות (פרסום שיש בו כדי לבזות או להשפיל אדם), כמו גם לפי החלופה של ס' 2(11) לחוק הגנת הפרטיות (פרסום עניין הנוגע בצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או בהתנהגותו ברשות היחיד).

101 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 9) (פרסום תצלום, סרט או הקלטה המתמקד במיניותו של אדם), התשע"ג-2013, ה"ח 58.

"חוק הסרטונים" נועד בעיקרו לתייג באופן שונה מעשים שטופלו על פי רוב במסגרת עברה קיימת שבחוק הגנת הפרטיות. בצד התיוג האמור יחולו על הנפגע הסדרים דיניים שתכליתם הגנה מוגברת על נפגע עברה של הטרדה מינית. בחירה זו של המחוקק לתייג מעשה לא חוקי באופן שונה מן האופן שבו הוא תויג עד אותה עת עשויה להיות רלוונטית לעניינינו הנדון כאן, ואשוב לנקודה זו להלן בפרק ד. בכל הנוגע בתופעת ההתנכלות המקוונת, ברי כי זו אינה מצטמצמת לנושא של פרסום תכנים המתמקדים במיניותו של הנפגע ללא הסכמתו, ועל כן המענה של "חוק הסרטונים" לעניינינו הוא מענה חלקי בלבד.

עברות נוספות שיכולות להיות רלוונטיות לעניינינו, אם כי רק בנסיבות קונקרטיות של התנכלות מקוונת, הן למשל עברת האיומים¹⁰² או הסחיטה באיומים,¹⁰³ עברת ההסתה לאלימות,¹⁰⁴ עברת האיום בכתב לרצח¹⁰⁵ או עברת השידול להתאבדות.¹⁰⁶ גם עברות של הפרת הוראות חוק האוסרות פרסום או הפרת צווי איסור פרסום שיפוטיים – למשל, בעניינם של קטינים¹⁰⁷ או מתלוננות בעברות מין¹⁰⁸ או בכל מקרה אחר שמזכה באיסור פרסום – יכולות להיות מעשה של התנכלות מקוונת.

בצד האמור אזכיר בקצרה את חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001. חוק זה מגדיר "הטרדה מאיימת" כך: "הטרדה מאיימת היא הטרדתו של אדם בידי אחר בכל דרך שהיא או נקיטת איומים כלפיו, בנסיבות הנותנות בסיס סביר להניח כי המטריד או המאיים עלול לשוב ולפגוע בשלוות חייו, בפרטיותו או בחירותו של האדם או כי הוא עלול לפגוע בגופו."¹⁰⁹ המנגנון הקיים בחוק מאפשר לבית המשפט להוציא צו שיאסור על אדם לבצע אחת או יותר מהפעולות המנויות בסעיף 5(א) לחוק, בהתאם לנסיבות

102 ס' 192 לחוק העונשין קובע כי "המאיים על אדם בכל דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו, שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו, דינו – מאסר שלוש שנים".

103 ס' 428 לחוק העונשין מתאים למצבים מסוימים שבהם מעשה הסחיטה נעשה על רקע פעולה של פרסום.

104 ס' 2144(א) לחוק העונשין קובע כי "המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות, דינו – מאסר חמש שנים". היסוד המצמצם המשמעותי ביותר בסעיף זה הוא היסוד של "אפשרות ממשית".

105 ס' 307 לחוק העונשין קובע כי "הגורם, במישרין או בעקיפין, שאדם פלוני יקבל כתב איום ברצח, והגורם יודע תכנו של הכתב, דינו – מאסר שבע שנים". גם העברת איום באמצעים מקוונים יכולה להיחשב "איום בכתב".

106 ס' 302 לחוק העונשין קובע כי "המביא אדם לידי התאבדות, בשידול או בעצה, או מסייע אדם להתאבד, דינו – מאסר עשרים שנים".

107 ראו ס' 24(א)(1) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, יחד עם ס' 70(ג) לחוק בתי המשפט. סעיפים אלה אוסרים פרסום פרטים מזהים על קטין שהובא לפני בית המשפט – בין כעד, בין כמתלונן ובין כנאשם.

108 ס' 352 לחוק העונשין אוסר ככלל פרסום פרטים מזהים של מתלונן בגין עברת מין.

109 ס' 2(א) לחוק מניעת הטרדה מאיימת.

העניין: איסור הטרדת הנפגע, בכל דרך ובכל מקום; איסור איום על הנפגע; איסור בילוש אחר הנפגע; איסור יצירת קשר עם הנפגע; איסור הימצאות במרחק מסוים מהנפגע; איסור נשיאת נשק. עינינו הרואות כי החוק מסמיך את בית המשפט להורות על נקיטת צעדים מניעתיים הצופים פני עתיד, ואינו כולל הוראה עונשית המתייחסת לפעולות שכבר נעשו בעבר.¹¹⁰ החוק אינו משרת מטרה גמולית, אלא מטרה מניעתית. כמו כן, החוק מונה שורת צעדים למניעת הטרדה מאיימת שלא נוסחו בהתאמה למאפייני המרחב המקוון (הגם שחלק מהמונחים המנויים בחוק רחבים דיים לחול גם על פעולות הטרדה מאיימת באמצעים מקוונים).

2. תחולת המשפט הישראלי על פרסומים פוגעניים מקוונים כלפי קטינים

תופעת ההתנכלות המקוונת כלפי קטינים מוכרת זה זמן. פעמים רבות מדובר בהתנכלות של קטינים כלפי קטינים אחרים, והשלכותיה של תופעה זו עלולות להיות הרות גורל, ואף להוביל להתאבדותם של קטינים.¹¹¹ מעבר למקרים קיצוניים של התאבדות, ממחקר שנערך בארצות הברית בשנת 2006 עולה כי אחד מכל שלושה ילדים חווה פגיעה מקוונת מסוג כלשהו (הצגתו בציבור של מסר פרטי, הפצת שמועות, קבלת מסרים תוקפניים או מאיימים או הצגת תצלום מביך ללא הסכמה).¹¹² נתונים עדכניים יותר בנוגע למצב בישראל מצביעים על כך שכמעט מחצית מהקטינים בכיתות ד עד ט חוו סוג מסוים של "הצקה" במרחב הווירטואלי. בגדריה של פעולה זו ניתן למנות דחיית ילד על ידי קבוצה וירטואלית (למשל, הסרה של הקטין מקבוצת הוואטסאפ הכיתתית), פרסום הודעות פוגעניות נגדו או התחזות לאדם אחר במהלך שיחה עימו.¹¹³

רובן המכריע של ההמלצות שגובשו עד היום בנוגע לתופעה זו עסקו בפתרונות במישור החינוכי. כך, למשל, מחקר בנושא זה שנערך בעבור משרד החינוך המליץ על שתי דרכי פעולה מרכזיות: ההמלצה הראשונה עסקה בהעלאת מודעותם של התלמידים, ההורים ואנשי הצוות החינוכי לגורמי הסיכון שבמרחב הסייבר, וההמלצה השנייה עסקה בפיתוח תוכניות התערבות והתמודדות במסגרות החינוכיות ובמסגרת המשפחתית.¹¹⁴

110 ראו ס' 1 לחוק הקובע כי "מטרת חוק זה היא להגן על אדם מפני פגיעה בשלוות חייו, בפרטיותו, בחירותו או בגופו, בידי אדם אחר שנקט נגדו הטרדה מאיימת או שפגע בגופו" (ההדגשה הוספה). להרחבה בעניין הרקע לחקיקתו של חוק מניעת הטרדה מאיימת ראו אורית קמיר "אהבה עזה כמוות או הטרדה מאיימת?" **משפטים על אהבה** 475, 508–514 (משפט, חברה ותרבות, ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

111 ראו לעיל ה"ש 2.

112 וייסבלאי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 11.

113 עמוס רולירד ומירן בוניאל-נסים **בריונות כביה"ס ובמרחב הווירטואלי בקרב ילדים – דוח ממצאים** 4–3 (המחלקה למדעי ההתנהגות, מכללת כנרת, בשיתוף עם מכון שריד, 2015).

114 טלי היימן, דורית אולניק שמש וסיגל עדן **אלימות ופגיעות ברשת האינטרנט: מאפיינים, דפוסים, גורמי סיכון וגורמים מגנים בקרב ילדים ובני נוער** 87–88 (המחלקה לחינוך ופסיכולוגיה, האוניברסיטה הפתוחה, בשיתוף עם בית הספר לחינוך, אוניברסיטת בר-אילן, 2014).

גם משרד החינוך הדגיש בנהליו הפנימיים את הצורך בהתמודדות עם פגיעות מקוונות באמצעים חינוכיים, כגון שיחת בירור, יידוע הורים, שיחה עם הכיתה, מתן ביטוי לאירוע בתעודת ההערכה של התלמיד ועוד.¹¹⁵

כיצד המשפט מתייחס להגנה על קטינים מפני התנכלות מקוונת? כידוע, המשפט מקנה לקטינים הגנה מוגברת.¹¹⁶ כך, למשל, סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, קובע כי "פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו", וזאת מתוך רצון להגן על הקטין מפני החלטותיו שלו. כמו כן, סעיף 15 לחוק זה קובע כי "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמורה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". כנגד זה מוטלת על הקטין, בסעיף 16 לחוק זה, החובה לציית להוריו בכל עניין הנתון לאפוטרופסותם.

מעבר לדין הכללי ניתן לראות כי גם המשפט הפלילי מגן על קטינים באופן מיוחד, וזאת בכמה אופנים: **האחד**, צמצום הנסיבות המרכיבות את העבירה הפלילית כאשר היא נעברת כלפי קטין לעומת בגיר. כך, למשל, סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין קובע כי אינוס של קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה שנה אינו מחייב הוכחה של יסוד אי-ההסכמה, דהיינו, כל בעילה של קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה תיחשב אינוס (ועל כן עבירה זו מכונה "אינוס סטוטורי"). דוגמה נוספת היא העבירה של מעשה מגונה בפני אדם: בעוד מעשה מגונה בפני בגיר מחייב הוכחה של יסוד אי-ההסכמה מצידו של הבגיר הנחשף למעשה או הוכחה של ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, כאשר המעשה המגונה נעשה בפני קטין מתחת לגיל שש-עשרה, אין צורך להוכיח את יסוד אי-ההסכמה האמור.¹¹⁷ דוגמה שלישית היא סעיף 3(א)(6)(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, הקובע כי במקרים שבהם טרם מלאו למוטרד חמש-עשרה שנה, והמטריד פנה אל המוטרד ב"הצעות חוזרות בעלות אופי מיני"¹¹⁸ או ב"התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו",¹¹⁹ אין צורך להראות כי המוטרד לא היה מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות. זאת, בניגוד למקרים שבהם המוטרד הינו

115 חוזר מנכ"ל משרד החינוך תשע"ה/8(ב) "אקלים חינוכי מיטבי והתמודדות מוסדות חינוך עם אירועי אלימות וסיכון" (1.4.2015).

116 לאורך מאות שנים היה נהוג להתייחס לילדים כאל רכוש של הוריהם, אולם במאה העשרים החלה להשתרש התפיסה שלפיה ההורים (ולעיתים המדינה במקומם) הם נאמניהם של ילדיהם, המחויבים לדאוג לטובתם. עקרון טובת הילד השתרש גם בפסיקה בישראל. להרחבה ראו יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" **המשפט** ז 303, 305–308 (2002).

117 השוו בין ס' 349(ב) לחוק העונשין, הדין במעשה מגונה בפני קטין, לבין ס' 349(א) לחוק העונשין, הדין במעשה מגונה בפני בגיר.

118 ס' 3(א)(3) לחוק למניעת הטרדה מינית.

119 ס' 3(א)(4) לחוק למניעת הטרדה מינית.

בגיר, שאז החוק דורש כי יוכח גם שהמוטרד הראה למטרד כי הוא אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות.

אופן שני שבו ניתן לראות הגנה מוגברת של המשפט הפלילי על קטינים הוא בכל הנוגע בענישה. לעיתים העובדה שנפגע העבירה הוא קטין מובילה לקביעת עונש חמור יותר בגין העבירה. כך הדבר, למשל, בכל הנוגע בעברות של מעשה מגונה בפני קטין,¹²⁰ אינוס קטינה מתחת לגיל שש-עשרה,¹²¹ הדחת קטין לסמים מסוכנים¹²² או פרסום דבר תועבה ובו דמותו של קטין.¹²³

רובד נוסף, שלישי, שבו המשפט הפלילי מעניק הגנה מוגברת לקטינים הוא הרובד של סדרי דין וראיות. במשפט הפלילי ניתן להבחין ב"חבילת" זכויות יתר לקטינים שנועדה לגונן עליהם מפני נזקים פוטנציאליים העלולים להיגרם להם כתוצאה מעצם נקיטתו של ההליך הפלילי. כדוגמאות לכך ניתן למנות את ההוראה שקטין מתחת לגיל ארבע-עשרה שנה לא יעיד בבית המשפט בעברות נגד המוסר (כהגדרתן בחוק) אלא באישור חוקר ילדים מוסמך.¹²⁴ אם הקטין אינו מעיד, יוכל חוקר הילדים להעיד למעשה במקומו ולמסור את הערכת מהימנותו ביחס לדבריו של הקטין. נוסף על כך, אם הקטין מעיד בבית המשפט, יוכל השופט, בעברות מסוימות, להורות כי עדות הקטין בבית המשפט תימסר לא בנוכחות הנאשם, אלא בנוכחות סנגורו בלבד, על מנת למנוע את הרעתו של הקטין מלמסור עדות חופשית; ואם תימסר העדות בנוכחות הנאשם, לא ייחקר הקטין בחקירה נגדית על ידי הנאשם עצמו, אלא על ידי סנגורו בלבד.¹²⁵ נוסף על האמור ניתן לציין את הוראות איסור הפרסום המופיעות בחוק לגבי קטין שהובא לפני בית המשפט, בין כנאשם ובין כעד או כמתלונן,¹²⁶ וכן את סגירת הדלתיים בדיונים מעין אלה.¹²⁷

120 ס' 349(ב) לחוק העונשין קובע עונש מאסר של שלוש שנים במקרה של ביצוע מעשה מגונה בפני קטין שטרם מלאו לו שש-עשרה שנה. זאת, בעוד על פי ס' 349(א) לחוק העונשין, העונש על מעשה מגונה בפני בגיר הוא שנת מאסר אחת.

121 השוו בין ס' 345(ב)(1) לחוק העונשין, הקובע עונש של עשרים שנות מאסר על אינוס קטינה מתחת לגיל שש-עשרה גם אם האינוס לא נעשה בנסיבות מחמירות, בעוד לגבי אישה מעל לגיל זה יעמוד העונש על שש-עשרה שנות מאסר, אלא אם כן התקיימו הנסיבות המחמירות המנויות בס' 345(ב)(2)–(5) לחוק העונשין, שרק אז יעמוד העונש על עשרים שנות מאסר.

122 ראו ס' 21 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים), הקובע עונש של עשרים וחמש שנות מאסר בגין הדחת קטין לסמים (כשבגדרת ההדחה כלולה גם הפעולה של הספקת הסם לקטין). לעומת זאת, העונש על הספקת סמים מסוכנים לבגיר עומד על עשרים שנות מאסר בלבד – כך לפי ס' 19א לפקודת הסמים.

123 ראו ס' 214(ב) לחוק העונשין, הקובע עונש של חמש שנות מאסר בגין פרסום דבר תועבה ובו דמותו של קטין, בעוד ס' 214(א) קובע עונש של שלוש שנות מאסר בלבד בגין פרסום דבר תועבה שאינו כולל דמות של קטין.

124 חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.

125 ס' ג2–ג2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים).

126 ראו לעיל ה"ש 107.

127 ס' 68(ב)(4) לחוק בתי המשפט.

ראינו אפוא כי המשפט הפלילי מגן באופן מוגבר על קטינים – לעיתים על פי גיל הקטינות הכללי, דהיינו מתחת לגיל שמונה-עשרה שנה,¹²⁸ ולעיתים על פי קטגוריות גיל ייחודיות מתחת לגיל שמונה-עשרה. עם זאת, בכל הנוגע בפרסומים פוגעניים אין הוראת חוק ייחודית המתייחסת כיום באופן מפורש לעניינו של נפגע עברה שהוא קטין לעומת נפגע עברה שהוא בגיר.¹²⁹

3. תחולת המשפט הישראלי על פרסומים פוגעניים מקוונים כלפי עובדי ציבור

אם לסכם עד כאן, ראינו כי הוראות חוק שונות מכסות נדבכים שונים של הפעולות העשויות להיחשב התנכלות מקוונת. הוראות אלה אינן מתייחסות למדיום שבו מתבצע הפרסום, וניסוחן הוא ניטרלי לטכנולוגיה. כמו כן, בכל הנוגע באוכלוסיית הקטינים, הגם שהם זוכים בהגנה מוגברת ב"אתרים" שונים של המשפט הפלילי, אין התייחסות ייחודית לעניינם בדין הקיים בישראל בנוגע להתנכלות מקוונת. אעבור עתה להתייחס לקבוצה נוספת שמתעורר לגביה דיון מיוחד בהקשר של פרסומים פוגעניים, וזו קבוצת עובדי הציבור.

המשפט הפלילי מגן על עובדי הציבור מפני פגיעה בהם, וכפועל יוצא מכך הוא מגן גם מפני פגיעה באינטרס הציבורי שהם מופקדים עליו.¹³⁰ עם העברות מסוג זה ניתן למנות את הבאות:

1. העברה הקבועה בסעיף 382א(א) לחוק העונשין, האוסרת תקיפת עובד ציבור;
2. העברה הקבועה בסעיף 161(2) לחוק העונשין, האוסרת הכרחה או פיתוי של עובד ציבור להתפטר מתפקידו או לנטוש את עבודתו;
3. העברות הקבועות בסעיפים 273–274 לחוק העונשין, האוסרות תקיפת שוטר;
4. העברה הקבועה בסעיף 382א(ג) לחוק העונשין, האוסרת תקיפת איש צוות רפואי כאשר הוא מטפל באדם או עובד בחדר מיון;
5. העברה של הפרעה לעובד ציבור, הקבועה בסעיף 288א(1) לחוק העונשין. נראה כי עברה זו פורשה עד היום בבית המשפט בעיקר ככזו הכוללת יסוד פיזי כלשהו. כך,

128 ראו הגדרת "קטין" בס' 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

129 יצוין כי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לעניין חקירה והעמדה לדין בגין עברת לשון הרע (ראו לעיל ה"ש 84) אינה מתייחסת באופן מפורש לנפגע קטין לעומת נפגע בגיר, והדבר אינו מגוי כיום בין השיקולים לפתיחה בחקירה או להעמדה לדין בגין עברה זו. כך גם בכל הנוגע בהנחיית פרקליט המדינה לעניין חקירה והעמדה לדין בגין עברה על "חוק הסרטונים". ראו "חקירה והעמדה לדין בעבירות של פרסום תצלומים, הקלטות או סרטים של אדם, בעלי אופי מיני, ללא הסכמתו" הנחיות פרקליט המדינה 2.29 (התשע"ז) (להלן: הנחיית פרקליט המדינה 2.29).

130 להשלמת התמונה אציין כי בצד ההגנות הניתנות לעובד הציבור, שיפורטו להלן, הדין הפלילי מטיל חובות רבות על עובדי הציבור, אך אלה אינן מענייננו כאן. כדוגמה בלבד ניתן למנות את העברות הקבועות בס' 280, 284, 285, 290, 390 ו-421 לחוק העונשין, האוסרות, בהתאמה, שימוש לרעה בכוח המשרה, מרמה והפרת אמונים, אי-מילוי חובה רשמית, נטילת שוחד, גנבה וזיוף.

למשל, הכירו בתי המשפט בפעולות הבאות כהפרעה לעובד ציבור: התחמקות ברכב;¹³¹ הימלטות מחיילים;¹³² "השתוללות" בחדר חקירות או במרפאת בית הסוהר;¹³³ הסתרת סחורה מפני חיילים הבודקים טובין הנכנסים לרצועת עזה;¹³⁴ ויצעקות רמות על פקח תנועה או על מנהלת בית ספר.¹³⁵

כפי שניתן לראות, חלק מהעבירות האמורות הן למעשה עברות "רגילות" בנסיבות מחמירות שבהן הנפגע הוא עובד ציבור (תקיפת עובד ציבור, תקיפת שוטר ותקיפת צוות רפואי), וחלק נוסף הן למעשה עברות חדשות, שאין להן עברה מקבילה לגבי נפגע רגיל (פיתוי של עובד ציבור להתפטר מתפקידו והפרעה לעובד ציבור). בצד עברות אלה, שתי עברות נוספות, שאפרט עליהן להלן, הן עברות ביטוי כלפי עובדי ציבור, אשר גם להן אין עברה מקבילה לגבי נפגע רגיל: העברה האחת היא העלבת עובד ציבור, הקבועה בסעיף 288 לחוק העונשין; והעברה האחרת היא זילות בית המשפט, הקבועה בסעיף 255 לחוק העונשין. שתי עברות אלה לא נוסחו עבור המרחב המקוון, כי אם עבור המרחב הפיזי, אולם לשונן מאפשרת להחילן גם על פעולות המתרחשות במרחב המקוון. שתי העבירות האלה קרובות מבחינה רעיונית, ולו באופן חלקי, לרעיון שביסוד מאמר זה, של איסור התנכלות מקוונת, אולם ייאמר מייד כי החפיפה הפוטנציאלית בין איסורים אלה לבין ענייננו היא חלקית בלבד.

ההתמודדות עם ההתנכלות, ההעלבה או הזילות כלפי עובדי ציבור ונושאי משרות שיפוטיות היא בעיה מורכבת, שכן היא נוגעת בכמה אינטרסים מתנגשים. מצד אחד, עובד הציבור, ככל אדם, זכאי להגנה על כבודו, פרטיותו ושמו הטוב מפני התנכלות מקוונת. מצד אחר, ניתן לזהות אינטרס מיוחד לעודד ביקורת על פעולתו של עובד הציבור במסגרת מילוי תפקידו, בפרט ככל שעובד הציבור בכיר יותר. מצד שלישי, התנכלות מקוונת המכוונת כלפי עובד ציבור עלולה להרתיעו מלמלא את תפקידו ללא מורא וללא משוא פנים, ובכך לפגוע באינטרס הציבורי שהוא מופקד עליו.

(א) העלבת עובד ציבור

העברה של "העלבת עובד הציבור", הקבועה בסעיף 288 לחוק העונשין, קובעת:

"המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד הציבור, או דיין או פקיד של בית דין דתי או חבר ועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם, דינו – מאסר ששה חדשים."

131 ת"פ (מחוזי ב"ש) 8282/05 פרקליטות מחוז דרום – פלילי נ' אלקיים (פורסם בנבו, 31.5.2006).

132 ת"פ (מחוזי ב"ש) 8198/06 מדינת ישראל נ' אלהושלה (פורסם בנבו, 8.5.2007).

133 ת"פ (מחוזי חי') 7021-08 מדינת ישראל, פרקליטות מחוז חיפה – פלילי נ' רכאב (פורסם בנבו, 13.9.2009); ת"פ (שלום רמי') 51712-03-14 מדינת ישראל, משטרת ישראל תביעות – שלוחת

רמלה נ' ברוק (פורסם בנבו, 25.10.2016).

134 ת"פ (מחוזי ב"ש) 35009-01-15 מדינת ישראל נ' שביר (פורסם בנבו, 6.9.2015).

135 ת"פ (שלום פ"ת) 4146-01-13 מדינת ישראל נ' אהרן (פורסם בנבו, 15.1.2015); ת"פ (שלום נת') 2959-10-09 מדינת ישראל נ' בקמן (פורסם בנבו, 3.2.2011).

בית המשפט העליון נדרש לעבֵרה זו בהרכב מורחב בדנ"פ **אונגרפלד**.¹³⁶ הנאשם הואשם בעבֵרה של העלבת עובד ציבור, לאחר שפרסם כרוזה מול תחנת משטרת חדרה בנוסח הבא: "צריך לפטר את [המתלונן, שוטר במשטרת חדרה] בגלל שיתוף פעולה עם עבריינים כלפי אלה שהתלוננו נגדם. משטרה לא צריכה תפוחים רקובים". הכרוזה פורסמה במשך שבוע ימים, שבהם הפגין המשיב מול תחנת המשטרה. בדעת רוב, של שישה שופטים מול שלושה, נותרה הרשעתו של הנאשם על כנה. הדיון הנוסף עסק במקורו בשאלה אם העובדה שדברי העלבון הם אמת מונעת הרשעה בעבֵרה של העלבת עובד ציבור. עם זאת, במסגרת פסק דינם בחרו השופטים להרחיב את היריעה, ועסקו הלכה למעשה באופן שבו יש לאזן בין האינטרס המוגן של הגנה על השירות הציבורי, אשר עבֵרה זו נועדה לשומרו, לבין הפגיעה בחופש הביטוי של הפרט המעוניין לבקר את השירות הציבורי.¹³⁷ בדנ"פ **אונגרפלד** הסכימו השופטים כי יש לאזן בין האינטרס הציבורי לבין הזכות באמצעות שני מבחנים שונים: מבחן תוכני, אשר יעניק משמעות לביטוי "העלבה"; ומבחן הסתברותי, אשר יסוכם על חופש הביטוי באמצעות דרישה הסתברותית לכך שאכן יתרחש הנזק שהעבֵרה מבקשת להגן מפניו. בדעת רוב נקבע כי המבחן התוכני יעניק לביטוי "העלבה" פרשנות רחבה, אשר כוללת גם דברי ביקורת.¹³⁸ עם זאת, לנוכח מעמדו הרם של חופש הביטוי הוחלט לקבוע, בדעת רוב, את המבחן ההסתברותי כמבחן מחמיר, אשר דורש יסוד של ודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו הציבורי של עובד הציבור, ואגב כך לפגיעה במערכת השירות הציבורי ולאמון הציבור בה.¹³⁹ מטרתו של מבחן זה היא לצמצם את תחולת העבֵרה על סיטואציות של התבטאויות חריפות ופוגעניות שאינן עלולות להוביל, בוודאות קרובה, לפגיעה בתפקודו של עובד הציבור. בית המשפט צמצם את תחולתה של העבֵרה כך שתחול רק במקרים שבהם מתקיים יסוד של ודאות קרובה לפגיעה באינטרס הציבורי.

ניכר כי השופטים בדנ"פ **אונגרפלד** הסכימו כולם להכיר בשלושת האינטרסים המתנגשים שמניתי לעיל: הפגיעה בעובד הציבור כאדם פרטי; האינטרס של חופש הביטוי, לרבות מתיחת ביקורת על עובד הציבור; והחשש מפני הרתעת עובד הציבור מלמלא את תפקידו, והפגיעה כתוצאה מכך באינטרס הציבורי שאותו עובד מופקד

136 לעיל ה"ש 6.

137 יצוין כי איזון זה הוא האיזון ה"פנימי", המתקיים באמצעות מתן תוקף פרשני לעבֵרה עצמה. דרך איזון נוספת, הקרויה בפי רוב השופטים בדנ"פ **אונגרפלד** "המעגל החיצוני", היא שיקול הדעת של רשויות התביעה, אשר חזקה כי יפעילו את שיקול דעתן בצורה ראויה בעת הגשת כתבי אישום בעברות רגישות כגון אלה. בעניין זה ראו דנ"פ **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 6, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם "הגשת כתבי אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית-המשפט" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1103 (התשס"ב) (להלן: הנחיית יועמ"ש 4.1103).

138 דנ"פ **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 6, פס' 29 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה.

139 פס' 31 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה. יוער כי המשנה לנשיאה ריבלין ביקש דווקא לצמצם את המבחן התוכני לקיומה של עבֵרה פלילית, כך שיוציא מתוכו דברי ביקורת, ולהרחיב את המבחן ההסתברותי כך שיעמוד על יסוד של "סיכון ממשי" לקרות הנזק.

עליו¹⁴⁰ – זאת, הן כמובן של פגיעה בתפקודו של עובד הציבור כתוצאה מההעלבה והן כמובן של פגיעה באמון הציבור בארגון שעובד הציבור מועסק בו ונתפס על ידי הציבור כמייצגו.¹⁴¹ בכל הנוגע בשאלה המקורית שבבסיס הדיון הנוסף – אם העברה של העלבת עובד ציבור יכולה לחול אך ורק במקרה של גידופים ונאצות או שמא גם ביחס לתוכן שהוא דברי אמת, או במילים אחרות, אם הגנת "אמת דיברתי" חלה בנוגע לעברה של העלבת עובד ציבור – נקבע בפסק הדין כי הגנה כזאת לא תוכל לעמוד בהקשר דנן. השופטת ארבל, אחת משופטי דעת הרוב, כתבה בפסק דינה: "ספק בעיניי אם אכן דווקא דברי חרפות וגידופים הם שטומנים בחובם את הפגיעה הקשה באמון הציבור במערכות השלטון כתוצאה מן הביטוי הפוגעני. ייתכן שדווקא ביטויים פוגעניים פשוטים לתפקידו של עובד הציבור עלולים לרפות את ידיו יותר מדבר חרפה או נאצה."¹⁴²

ב-2.11.2017 ניתן פסק דין חשוב נוסף בנוגע לעברה של העלבת עובד ציבור – פסק הדין ברע"פ סגל.¹⁴³ עניינה של פרשה זו בחיבור שפרסם הרב אליצור סגל בשנת 2004 באתר המרשתת "מנהיגות יהודית", שבו שימש עורך. החיבור כוון נגד הרב הצבאי הראשי לשעבר, הרב ישראל וייס. במאמר השווה סגל את הרב הצבאי לרב "מטעם המלכות", ותקף אותו בחריפות בשל תפקודו לנוכח התנהלות הצבא בהיבטים שונים, כגון שירות נשים לצד גברים, חילול שבת ואי-שמירת כשרות בבסיסיו. בין היתר נכתב: "מסייע לרצח – איסור יהרג ובל יעבור. מסייע לגילוי עריות – איסור יהרג ובל יעבור. מסייע לחילול שבת – איסור סקילה. מסייע לביטול מצוות ישוב הארץ – השקולה ככל התורה כולה. די בזה ואין צורך להשלים את דמותו."¹⁴⁴ בשנת 2006 הוגש נגד המבקש כתב אישום שבו יוחסה לו העברה של העלבת עובד ציבור. בית משפט השלום בירושלים הרשיע את המבקש בעברה וגזר עליו שישה חודשי מאסר על תנאי, תשלום קנס בסך 3,000 ש"ח ותשלום פיצוי בסך 4,000 ש"ח לרב הצבאי. המבקש ערער על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בירושלים. הערעור על הכרעת הדין נדחה, והערעור על גזר

140 יצוין כי גם המשנה לנשיאה ריבלין, שכתב את דעת המיעוט המרכזית, קבע אומנם בראשית דבריו כי לנוכח חשיבותו ומרכזיותו של חופש הביטוי ברעיון הדמוקרטי יש לפרש את העברה כך שלא תיצור אפקט מצנן על ביטויים מותרים, לא כל שכן "אווירת חשש ופחד" מפני התבטאויות, אך בהמשך הוסיף כי הערך המוגן בעברה זו הוא ההגנה על עובד הציבור כאורגן של מערכת השירות הציבורי, וקבע כי "חשיפתו של עובד הציבור לעלבונות... עלולה להצטבר לכדי פגיעה של ממש ביכולתו לממש את סמכויותיו". ראו שם, פס' 10–14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. גם הנשיאה ביניש, שנותרה בדעת מיעוט בפסק הדין, קבעה בפסק דינה כי "אנו מצויים כיום בעידן של תקשורת פתוחה ונגישה לכל אדם, ועובדי הציבור חשופים כיום לשפע של פרסומים נגדם, לרבות עלבונות, איומים והפחדה". הנשיאה הוסיפה כי פגיעה מתמשכת בעובדי הציבור עלולה להוביל "לערעור המשטר הדמוקרטי ולפגיעה קשה בשלטון החוק" (שם, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

141 ראו גם דנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"ד סג(1) 644, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009).

142 דנ"פ **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 6, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל.

143 רע"פ **סגל**, לעיל ה"ש 6.

144 מצוטט שם, בפס' 2 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור.

הדין התקבל בחלקו – משך המאסר על תנאי שהוטל על המבקש קוצר לחודש אחד בלבד, והקנס והפיצוי שנגזרו עליו נותרו על כנם. המבקש הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, שבה טען נגד הרשעתו וכן העלה טענות עקרוניות בדבר פרשנותה של עברת ההעלבה. בין היתר ביקש המבקש לבטל את ההלכה המנחה בסוגיה זו שנקבעה בעניין **אונגרפלד** או לחלופין להצר את גבולותיה.

הדיון בבקשת רשות הערעור של הנאשם התקיים בהרכב מורחב של תשעה שופטים, ובסופו זיכה בית המשפט העליון את הרב אליצור סגל מעברה של העלבת עובד ציבור. בית המשפט סקר את הערכים המוגנים שבבסיס העברה של העלבת עובד ציבור. חרף חשיבותו העליונה של חופש הביטוי, קבע בית המשפט, אין להפוך את העברה של העלבת עובד ציבור לאות מתה. בית המשפט פסק עם זאת כי יש לצמצם את תחולתה של העברה, וחידד עוד את המבחנים שנקבעו בדנ"פ **אונגרפלד**, כמפורט להלן:

1. המבחן התוכני – נפסק כי יש להבחין בין סוגים שונים של ביטויים במסגרת האיזון בין האינטרס של הגנה על עובד הציבור לבין חופש הביטוי של המפרסם. נפסק כי הרף המינימלי להחלת העברה הוא שתוכח פגיעה קשה וחמורה בכבודו של עובד הציבור. כן נקבע כי ככל שחשיבות הביטוי שעל הפרק גבוהה יותר כן יהיה המבחן להפלתו מחמיר יותר.¹⁴⁵ כך, למשל, כאשר מדובר בביטוי פוליטי, כמעט תמיד

145 בהקשר זה פסקה הנשיאה (בדימי) נאור (שם, פס' 38 לפסק דינה): "יחד עם זאת ולשם הזהירות, נכונה אני להותיר פתח צר ביותר להחלתה של העבירה במקרים נדירים שבנדירים, שבהם תהא פגיעה מפליגה ויוצאת דופן בכבודו של עובד הציבור ובגרעין המוסרי-ערכי שממנו הוא שואב את כוחו וסמכותו." לאחר פרסום פסק הדין ברע"פ סגל דן בית המשפט המחוזי בערעורו של נאשם שקילל וגידף עובד ציבור – תובע משטרתי – באולם בית המשפט ובנוכחות אנשים, על רקע מילוי תפקידו. הנאשם ערער על הרשעתו ועל עונשו, אך בית המשפט המחוזי דחה את הערעור, תוך שהוא קובע כי הגידופים של המערער כלפי המתלונן מקימים את העברה של העלבת עובד ציבור בהתאם להלכות הפסוקות בבית המשפט העליון. נקבע שמתקיים יסוד הפגיעה בליבת כבודו של האדם, תוך פגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-הערכי שממנו עובד הציבור שואב את מקור כוחו וסמכותו, וכן שמתקיים המבחן ההסתברותי בדבר ודאות קרובה לגרימת נזק ופגיעה משמעותיים באינטרס הציבורי שהאיסור הפלילי מבקש למונעם. בית המשפט קבע כי לעניין נאצות וגידופים כהעלבת עובד ציבור לא שינה רע"פ סגל את העקרונות שנפסקו בדנ"פ **אונגרפלד**. ראו ע"פ (מחוזי מר') 46004-07-17 **יוסף נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.12.2017). יצוין עוד כי במקרה אחר, אף הוא מאוחר לפרסום פסק הדין ברע"פ סגל, ביקשה הסנגוריה הציבורית מבית המשפט העליון לקבוע כהלכה כי נאצות וקללות שנאמרו בלהט הרגע ובחמת זעם אינן מקימות את יסודות העברה של העלבת עובד ציבור. באותו מקרה דובר בנאשם שחנה בתחנת אוטובוס וכאשר חזר לרכבו ראה שוטר רושם לו דוח. הנאשם ביקש מהשוטר לבטל את רישום הדוח, וכאשר זה ענה לו שהוא אינו יכול, קרא לו הנאשם "כלב נאצי". כתוצאה מכך עוכב הנאשם לחקירה במשטרה, ובעודו בניידת הוסיף לגדף את השוטר שיישרף בגיהנום וכדומה. עם הגיעם לתחנה כינה הנאשם את השוטר "אייכמן", "ידוונאצי" ועוד. לאחר שמיעת הערותיו של בית המשפט העליון בדיון, נסוגה הסנגוריה הציבורית מבקשת רשות הערעור, והבקשה נדחתה. ראו רע"פ 3501/17 **ירחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.12.2017).

יהיה הביטוי מוגן מפני תחולת העברה של העלבת עובד ציבור.¹⁴⁶

2. המבחן ההסתברותי – נפסק כי מבחן הוודאות הקרובה (לפגיעה בתפקודו של עובד הציבור כתוצאה מהביטוי המעליב) שנקבע בדנ"פ **אונגרפלד** יעמוד על כנו. עם זאת, בית המשפט חידד כמה נקודות: ראשית, ככל שעובד הציבור בכיר יותר, הוא יידרש לסבולת גבוהה יותר ביחס לביטויים עולבים, ולצד זאת, ככל שהעלבון בא מפיו של גורם אשר נהנה ממעמד רם יותר או זוכה ביוקרה ובהערכה רבות יותר בקרב הציבור, גָּדַל פוטנציאל הנזק של הביטוי ליכולתו של העובד לתפקד ולאמון הציבור בשירות הציבורי, וגָּדַל ההסתברות לפגיעה בערך המוגן.¹⁴⁷ שנית, יש לתת משקל למידת פומביותו של הביטוי. ככל שהחשיפה היא לקהל רחב יותר, תגדל ההסתברות לפגיעה בערך המוגן שביסוד עברת העלבה על שני היבטיו – תפקודו התקין של עובד הציבור ואמון הציבור בשירות הציבורי.¹⁴⁸ שלישית, בית המשפט דן בשאלה אם היחשפותו של עובד הציבור מושא העלבון לביטוי העולב היא תנאי לתחולת העברה, ונפסק ברוב דעות כי העברה תחול רק אם העלבון הגיע לידיעתו של עובד הציבור.¹⁴⁹

בדנ"פ **אונגרפלד** עסק בית המשפט העליון בעברה של העלבת עובד ציבור המתרחשת לא במרחב המקוון, כי אם במרחב הפיזי. ברע"פ **סגל** דובר אומנם בפרסום שהתרחש במרחב המקוון, אך בית המשפט העליון לא התייחס בצורה קונקרטית אל מאפייני המרחב המקוון ואל האופן שבו הם משפיעים על ניתוח העברה הפלילית. אתייחס תחילה לדנ"פ **אונגרפלד**, ואבחינו מהסיטואציה של העלבת עובד ציבור במרחב המקוון. בדנ"פ **אונגרפלד** דובר בפרסום שנקודות ההתחלה והסיום שלו על ציר הזמן היו ברורות ומוגדרות. הפרסום הופסק, וכבר בעת הדיון הראשון בבית משפט השלום לא היו עוד אנשים שנחשפו לפרסום המעליב. זאת ועוד, מלכתחילה דובר בפרסום שקהל היעד שלו היה מצומצם, שכן אף שתחנת המשטרה היא מקום ציבורי וניתן להניח כי נחשפו לפרסום כמה מאות אנשים לאורך תקופה של שבוע, מדובר בציבור זעיר לעומת הציבור אשר נחשף או עשוי להיחשף לפרסום באמצעות המרשתת והרשתות החברתיות. הניתוח שערכו בתי המשפט לעברה נעשה בדיעבד, כאשר הנזק שנגרם למתלונן הופסק זה כבר, ואינו עתיד לחזור על עצמו או להחמיר. מכאן שחלק ממאפייניה של תופעת ההתנכלות המקוונת, אשר מניתי לעיל כאשר סקרתי את ייחודה של הזירה המקוונת לעומת הזירה הפיזית, לא התקיימו במקרה שנדון בדנ"פ **אונגרפלד**.

146 יצוין כי השופט פוגלמן – בדעת מיעוט לעניין זה ברע"פ **סגל**, לעיל ה"ש 6 – סבר כי ביטוי פוליטי לעולם יהיה מוגן מפני הפללה בעברה של העלבת עובד ציבור.

147 שם, פס' 50–51 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור.

148 שם, פס' 52 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור.

149 שם, פס' 54 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור; פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית. אך ראו גם את עמדתו של השופט הנדל, אשר מציין (שם, פס' 6 לפסק דינו) כי אי-הגעת הביטוי העולב לידיעתו של עובד הציבור אין משמעה זיכוי, וכי ייתכן שהדבר יעלה לכל הפחות כדי ניסיון לעבור את העברה של העלבת עובד ציבור.

למעשה, אם ננתח את הקביעות בדנ"פ **אונגרפלד** ונחילן על התנכלות מקוונת לעובד הציבור, נראה כי תחזק המסקנה בדבר הצורך בהפללתה של התנכלות המקוונת. אדגים זאת להלן. ראשית, בדנ"פ **אונגרפלד** דובר על כך שהפגיעה בעובד הציבור יכולה להיות מצטברת, וכי את התקיימותה של עברת ההעלבה של עובד הציבור יש לבחון לא על בסיס ניתוח של אמירה יחידה במנותק מכלל הביטויים, אלא במסגרת ההקשר הכולל והמצטבר של הביטויים. המרחב המקוון מעודד את הפגיעה המצטברת בשל תכונת הקישוריות של הרשת, ובשל העובדה שמנועי החיפוש מאפשרים אחזור פשוט של כל הפרסומים יחדיו סביב זהותו המקוונת של הנפגע. לפיכך משתמש המרשתת שיחפש את שמו של עובד הציבור באמצעות מנוע חיפוש יקבל רשימה של כל הפרסומים המקוונים על אודותיו, וככל שייכללו פרסומים פוגעניים נגדו, הם יופיעו כולם יחדיו. מובן שמאפיין זה אינו נוגע בעובד הציבור בלבד, אלא בכל אדם ששמו מופיע בפרסומים במרשתת, אולם לנוכח הרלוונטיות של מרכיב ההצטברות לכינון העברה של העלבת עובד ציבור, מן הראוי לציין מאפיין זה בהקשר האמור. נוסף על כך, הפרסום המקוון כולל מרכיב של קביעות או רציפות, במובן זה שהמרשתת "זוכרת הכל" – המידע נותר אגור בה, וניתן לשוב ולצרוך אותו לאורך זמן מבלי להיזקק לפעולה יזומה של שמירת המידע. במילים אחרות, מרכיב ההצטברות בהקשר המקוון הוא דו-ממדי, וכולל הן הצטברות של פרסומים שונים זה לצד זה והן הצטברות השפעתו של כל פרסום על ציר הזמן.

שנית, בית המשפט העליון בדנ"פ **אונגרפלד** הזהיר מפני הפיכת עובדי הציבור "ליעד קל, זמין ותדיר לגידופים ולנאצות"¹⁵⁰ אין ספק שלפחות שלושה מהמאפיינים של המרחב המקוון שמנתי לעיל בפרק ב – נגישות, מיידיות והתפשטות וירלית – תורמים לאפשרות הפיכתם של עובדי הציבור ליעד קל, זמין ותדיר לגידופים ולנאצות. כפי שצינתי, מרחב הסייבר, כחלק ממאפייניו הארכיטקטוניים-הטכנולוגיים, נגיש לציבור הרחב, בחינם וללא חסמים כמעט, וזאת בניגוד, למשל, לחצרה של תחנת משטרה, כבמקרה שנדון בדנ"פ **אונגרפלד**. המפרסם במרשתת יכול להימצא בכל מקום – אפילו בביתו, ולא במרחב הציבורי כלל – ולהעלות פרסומים, לשכתבם ולהפיצם.

שלישית, בדנ"פ **אונגרפלד** התייחסו השופטים למבחן ההסתברותי וקבעו, ברוב דעות, כי על מנת שתקום עברה של העלבת עובד ציבור, יש להוכיח קיומה של אפשרות קרובה לוודאי שהאינטרס הציבורי שעובד הציבור המוכפש מופקד עליו ייפגע בשל ההתבטאות – בין בדרך של פגיעה באופן מילוי תפקידו הציבורי של עובד הציבור, ובין בעקיפין בדרך של פגיעה במערכת השירות הציבורי ובאמון הציבור בה. במרחב המקוון, בשל פוטנציאל הווירליות של הפרסום, שאינו ניתן לחיזוי מראש, ובשל יכולת האחזור התמידית של המידע וייחוסו לעובד הציבור, קיים מרכיב קבוע של אי-ודאות בכל הקשור להתפשטות הפרסום. הנזק הפוטנציאלי שיכול לנבוע מהפרסום המקוון נוסף על הנזק הממשי, ומגביר בכך את הרתעת עובד הציבור מלמלא את תפקידו נאמנה ללא מורא. יתרה מזו, בשל טיבו הפרסום המקוון יכול להשפיע באופן ייחודי על עולם

150 דנ"פ **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

האמונות והדעות של קהל היעד.¹⁵¹ כפי שכבר הוזכר לעיל,¹⁵² חלק מהפרסומים הפוגעניים כלפי עובדי ציבור במרחב הסייבר כוללים "חשיפה" שקרית של מעשים פליליים שאותם עובדים עשו כביכול, "סקופים" שלפיהם העובדים הללו פוטרו או הודחו, וכיוצא באלה.¹⁵³ תופעה זו של "חדשות מזויפות" (fake news) עלתה לאחרונה לדיון ציבורי על רקע מערכת הבחירות לנשיאות ארצות הברית בשלהי שנת 2016. מחקר שנערך באוניברסיטת סטנפורד על רקע מערכת בחירות זו הוכיח כי fake news נצפו על ידי מיליוני גולשים ברשתות החברתיות בחודשים שלפני הבחירות, וכי ככל הנראה הייתה להם השפעה מסוימת על עמדותיהם של הבוחרים.¹⁵⁴ גוגל¹⁵⁵ ופייסבוק¹⁵⁶ יצאו שתייהן בקמפינים שנועדו להפחית את כמות החדשות המזויפות אשר נפוצה על גבי המסדות שהן מפעילות. עינינו הרואות כי במרחב הסייבר ניתן להשפיע בדרכים חדשות ומתחכמות על אמונותיו ודעותיו של קהל היעד בדרך יעילה ופשוטה יותר מאשר במרחב הפיזי. מניפולציה והשפעה על דעת הקהל אפשריות במרחב הסייבר בנקל, שכן הרשתות החברתיות וערוצי ה"בלוג" – הכתובים או המשודרים – שברו למעשה את ההגמוניה של התקשורת הממוסדת, שנהנתה מנקודת מוצא של אמינות. "ערוצי" התקשורת הללו מאפשרים לאנשים פרטיים ליצור חדשות ללא אסדרה מכל סוג שהוא, ללא כפיפות לכללי אתיקה וללא מחויבות לחקר האמת.

מעניין שבדנ"פ **אונגרפלד** לא התייחסו כלל שופטי בית המשפט העליון למרחב המקוון ולהעתקת השיח הציבורי – לרבות ביטויי ההעלבה וההתנכלות – מהמרחב הפיזי אליו. עם זאת, ברע"פ **סגל** ניתן למצוא בפסק דינו של השופט ג'ובראן התייחסות לשינוי באופי השיח שהביאו עימן הרשתות החברתיות, שבמסגרתו הותר במידה רבה הרסן מבחינת טיב השיח ותוכנו.¹⁵⁷ זאת, כמובן, בצד "זריקת המרק" החיובית שהעניק המרחב המקוון לחופש הביטוי. כמו כן, השופט עמית התייחס – גם אם בקיצור –

151 על משמעותו של יסוד זה כחלק מהמבחן ההסתברותי של ודאות קרובה בהקשר של עברות ביטוי ראו אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" **משפטים** ל 69, 83 (1999).

152 ראו לעיל בתת-פרק 11.

153 כדוגמה ראו את עניינה של עובדת סוציאלית אשר בכמה אתרים נטען כי "פוטרה" מתפקידה, אף שבפועל היא קודמה לתפקיד אחר, כמתואר באסמכתה שלהלן בה"ש 163.

154 Hunt Allcott & Matthew Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election* 154 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 23089, 2017).

155 Justin Kosslyn & Cong Yu, *Fact Check Now Available in Google Search and News Around the World*, GOOGLE (Apr. 7, 2017), blog.google/products/search/fact-check-now-available-google-search-and-news-around-world/.

156 Adam Mosseri, *A New Educational Tool Against Misinformation*, FACEBOOK NEWS ROOM (Apr. 6, 2017), newsroom.fb.com/news/2017/04/a-new-educational-tool-against-misinformation/.

157 רע"פ **סגל**, לעיל ה"ש 6, פ"ס 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן.

לריבוי הנאצות, הגידופים והקללות ברשתות החברתיות.¹⁵⁸ עם זאת, השופטים לא התייחסו להשפעתה של הזירה המקוונת על יסודות העברה של העלבת עובד ציבור או על הצורך בקביעתה של עברה פלילית חדשה.

(ב) זילות בית המשפט

אעבור עתה להתייחס לעברה של זילות בית המשפט. עברה זו מתייחסת לנושאי משרות שיפוטיות, ויש לה קרבה רעיונית מסוימת לעברה של העלבת עובד ציבור. זו לשון סעיף 255 לחוק העונשין:

"האומר או כותב דבר על שופט או דיין לענין כהונתו בכוונה לפגוע במעמדו, או מפרסם דברי גידוף נגד שופט או דיין כדי להחשיד או לבזות את דרכי השפיטה, דינו – מאסר שלוש שנים, אולם ביקורת כנה ואדיבה לטיב החלטתו של שופט או דיין בדבר שיש בו ענין לציבור לא תהא עבירה לפי סעיף זה."

הנה כי כן, להבדיל מן העברה של העלבת עובד ציבור, כאן נדרש יסוד נפשי של "כוונה לפגוע במעמדו" או "[רצון] להחשיד או לבזות את דרכי השפיטה". שתי חלופות אלה מבקשות להגן בעיקר על מעמדו של בית המשפט בעיני הציבור, ובבירור אינן מבקשות להגן על כבודו של השופט כאדם פרטי. בדומה לצמצומה של העברה של העלבת עובד ציבור בפסיקת בית המשפט העליון, גם עברה זו פורשה באופן מצמצם, הפעם על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שהנחה כי לא יוחל על עברה זו "כלל הצפיות" בנוגע לכוונה המיוחדת הנדרשת בסעיף, וזאת לגבי שתי החלופות של היסוד הנפשי ("כוונה לפגוע במעמדו" ו"[רצון] להחשיד או לבזות את דרכי השפיטה").¹⁵⁹ נוסף על כך הנחה היועץ המשפטי לממשלה כי לפני פתיחה בחקירה ולפני העמדה לדין בעברה זו יובא הדבר לאישורו של המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), וזאת כדי "לנהוג במדיניות של ריסון ואיפוק".¹⁶⁰

* * *

עד כה דנתי באופן שבו הגן המחוקק על עובדי ציבור באמצעות המשפט הפלילי, אך כפי שאראה להלן, עם השנים התגבשו כמה אסטרטגיות פעולה משפטיות נוספות להתמודדות עם הפרסומים הפוגעניים כלפי עובדי ציבור. מן הראוי למנות את

158 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית. השופט עמית הביע את עמדתו כי קללות, נאצות וגידופים אינם צריכים להימדד על פי המבחן ההסתברותי והתוכני של דנ"פ אונגרפלד. לגישתו, עיקרם של ביטויים מעין אלה הוא ביזוי והשפלה, והם אינם מתכתבים אף עם אחד מהטעמים ומהרציונלים שבבסיס חופש הביטוי.

159 הנחיית יועמ"ש 4.1103, לעיל ה"ש 137, ס' 9.

160 שם, ס' 10.

האסטרטגיות האמורות, אשר עצם הפעלתן על ידי המדינה מעידה על הבעיה הקיימת בתופעת ההתנכלות המקוונת כלפי עובדי ציבור:

1. הגשת תביעות נזיקין של הנפגעים נגד המתנכלים¹⁶¹ – הכוונה כאן היא למקרים שבהם הנפגע עצמו פועל באופן אישי נגד הפוגע, אף שהפגיעה נעשתה על רקע מילוי תפקידו של הנפגע כעובד ציבור.
2. הגשת תביעות נזיקין יזומות מטעם המדינה או הרשות המקומית בשם הנפגעים נגד המתנכלים – במשרד המשפטים הוקמה בשנת 2015 ועדה לבחינת הגשת תביעות לשון הרע בשם עובדי ציבור, בראשות המשנה לפרקליט המדינה לעניינים אזרחיים. ועדה זו בוחנת את האפשרות להגיש תביעות נזיקיות בגין עוולת לשון הרע בהתאם לאמות מידה מוגדרות ומובחנות.¹⁶² על פי החלטת הוועדה הגישה לאחרונה פרקליטות מחוז מרכז (אזרחי) תביעת נזיקין על סך 600,000 ש"ח בשמה של עובדת סוציאלית בגין סדרת פרסומים מכפישים נגדה במרשתת אשר עלו לכאורה כדי לשון הרע ופגיעה בפרטיות.¹⁶³ תביעת לשון הרע דומה, מטעמה של רשות מקומית, הוגשה לאחרונה גם על ידי עיריית תל אביב בעניינם של שמונה עובדים סוציאליים העובדים בעירייה.¹⁶⁴ תביעה זו הוגשה הן נגד המפרסמים של התוכן המשמין במרשתת והן נגד הספקיות של השירותים המקוונים שבאמצעותם הגיע הפרסום למשתמשי המרשתת.
3. הגשת בקשות לבתי המשפט להוצאת צווים למניעת הטרדה מאיימת, בהתאם לחוק מניעת הטרדה מאיימת, וזאת כדי למנוע את המשך הטרדתם של עובדי הציבור¹⁶⁵ – בהקשר זה יוער כי בעבר הוגשה הצעת חוק פרטית שנועדה, בין היתר, לאפשר ייצוג משפטי של עובד הציבור מטעם המדינה במקרים שבהם הוא החליט לנהל תביעה אזרחית על בסיס חוק מניעת הטרדה מאיימת. בהצעת החוק נכתב כי "לא ראוי שעובדי הציבור הממלאים אחר מדיניות ציבורית מתוקף תפקידם יאלצו ליזום, לדאוג לייצוג ולממן בעצמם את ההליכים המשפטיים בעניינם במקרים בהם הם

161 ראו, כדוגמאות בלבד, ת"א (שלום ת"א) 24514-10-09 דור נ' בן יששכר (פורסם בנבו, 15.3.2015); ת"א (שלום ת"א) 13036-07-14 גולן נ' שם טוב (פורסם בנבו, 15.6.2016). לסקירה בנוגע לשיטת פעולה זו ראו דינה דומיניץ "Free Speech or Hate Speech – תופעת ההכפשות וההתקפות נגד עובדי ציבור – התמודדות משולבת" משפט מפתח 4, 165, 168 (2016).

162 שם, בעמ' 171.

163 "המדינה הגישה תביעת לשון הרע בשם העובדת הסוציאלית הראשית לסדרי דין במשרד הרווחה" משרד המשפטים (11.8.2016) www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Publications/OnTheAgenda/Pages/24-08-16-01.aspx.

164 לי ירון ועודד ירון "עיריית ת"א תובעת את פייסבוק, גוגל ושני בלוגרים בשל הכפשת עובדים סוציאליים" הארץ 12.7.2016 www.haaretz.co.il/news/law/1.3004438

165 דומיניץ, לעיל ה"ש 161. ראו גם את ה"ט (שלום קר) 43373-12-15 בלס רביב נ' לייבל (פורסם בנבו, 30.12.2015), שם הוסיף בית המשפט איסור נוסף בגדרי הצו למניעת הטרדה מאיימת, והוא האיסור לפרסם במרשתת "כל פרסום שיש בו כדי לפגוע או להטריד את המבקשת".

מותקפים ומאוימים על ידי הציבור".¹⁶⁶ נכון למועד זה, ההצעה לא קודמה. יצוין כי חוק מניעת הטרדה מאיימת אינו מנוסח אומנם באופן המכוון למרחב המקוון, אולם אין מניעה, מבחינת לשונו, מלהחיל את סעדיו גם על הטרדה מאיימת באמצעות המרשתת.

4. נקיטת אסטרטגיה של "אכיפה חלופית", המבקשת לצמצם את נזקי הפרסום ללא קשר לזהות המפרסם ולהבאתו לדין – אסטרטגיה זו, אשר כבר כיום ננקטת על ידי המדינה,¹⁶⁷ תידון להלן בפרק ו.

נוסף על האסטרטגיות המשפטיות האמורות ניתן לנקוט מהלכים נוספים בתחום ההסברה, ובראשם המהלך של יצירת "שיח נוגד" (counter-speech), שבמסגרתו הנפגע או מי מטעמו (בהקשר של עובדי ציבור – המדינה או הרשות המקומית) מבקשים להציג נרטיב אחר לסיפור שהוצג על ידי המפרסם.¹⁶⁸

פרק ד: עברה קונקרטי או מתיחת הפרשנות של עברות קיימות

בפרק הקודם סקרתי שורה של עברות פליליות הרלוונטיות לסוגיה של התנכלות מקוונת. כפי שניתן לראות, העברות השונות שמניתי לעיל מכסות רק "איים" מסוימים של התופעה,¹⁶⁹ ואינן מתייחסות באופן קונקרטי למאפיינים מגבירי הפגיעה של הזירה המקוונת, ביניהם המיידיות, הווירליות, ההצטברות ויכולת האחזור.

166 דברי ההסבר להצעת חוק הגנה על עובד הציבור (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2016, פ/3038/2016. ראו יחידת הסייבר בפרקליטות המדינה **סיכום שנה** 4–6 (2016) www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Documents/annualcyber.pdf. ראו גם חיים ויסמונסקי "התמודדות עם פרסומים פוגעניים במרחב המקוון כלפי עובדי ציבור" **נקודת מפגש** 11, 6 (2016).

168 ספקיות שירות שונות תומכות בניהול קמפיינים של "שיח נוגד" על גבי המסדות שהן מפעילות, וחלקן אף טוענות בחוקף כי כלי זה אפקטיבי הרבה יותר מאשר הפעלת "צנזורה" על ביטויים שונים. על מאמציה של חברת פייסבוק לקדם את הכלי של "שיח נוגד" ראו Deepa Seetharaman & Natalie Andrews, *Facebook Adds New Tool to Fight Terror: Counter Speech*, WALL ST. J. (Feb. 11, 2016), blogs.wsj.com/digits/2016/02/11/facebook-adds-new-tool-to-fight-terror-Online. חברת פייסבוק עומדת מאחורי הקמתו של ארגון בשם counter-speech/?mod=WSJBlog Civil Courage Initiative, שבאמצעותו היא תומכת בארגוני החברה האזרחית המבקשים לנהל קמפיינים של "שיח נוגד" על גבי המסדות של חברת פייסבוק. ראו THE ONLINE CIVIL COURAGE INITIATIVE (OCCI): INFORMATION PACK ON COUNTERSPEECH ENGAGEMENT (2016), counterspeech.fb.com/en/wp-content/uploads/sites/2/2017/06/occi-counterspeech-information-pack-english.pdf. השימוש ב"שיח נוגד" אף מופיע כאחת ההמלצות של ארגון UNESCO, *COUNTERING hate speech* (hate speech) במרשתת. ראו UNESCO, *COUNTERING ONLINE HATE SPEECH* 59 (2015), unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf.

169 כפי שפירטתי, חלק מהעברות שנסקרו לעיל מתייחסות רק למקרים שבהם נפגע אינטרס מוגן מסוים של הנפגע, כגון פרטיותו, אשר אינו בהכרח האינטרס שעברת התנכלות המקוונת נועדה להגן עליו.

האם נכון להחיל את ההוראות הקיימות על הסיטואציה של התנכלות מקוונת, תוך מתיחה פרשנית שלהן כך שהן יכסו "שטחים" רבים יותר של העברה, או שמא נכון דווקא לקבוע עברה חדשה שתתייחס באופן קונקרטי לתופעה של התנכלות מקוונת? שאלה זו נקשרת לשאלה יסודית בקרב חוקרי המשפט והטכנולוגיה: האם יש לפתח דיני מרשתת או שמא אין צורך בכך וניתן להחיל את הדין הקיים גם על הסיטואציות המקוונות? גישה אחת – הגישה השמרנית – גורסת כי ניתן להחיל את הדין הקיים על מרחב הסייבר, ורק במקרים שבהם לשון החוק אינה סובלת החלה של ההוראה על המרשתת יש מקום לתיקון חקיקה.¹⁷⁰ הגישה השמרנית תומכת אפוא במתיחת גבולות הפרשנות של העברה, מבלי ליצור דיני מרשתת ייחודיים. גישה אחרת – הגישה המהפכנית – גורסת כי מרחב הסייבר מחייב הסדרה משפטית כוללת מבראשית.¹⁷¹ יצוין כי קיימת עמדה נוספת, שבה מצדד אסף הרדוף, ולפיה עקרון החוקיות מחייב פרשנות מצמצמת של האיסורים הפליליים הקיימים, ללא מתיחה פרשנית של גבולות האיסור.¹⁷² גישה זו היא לכאורה שמרנית במהותה הפרשנית, אבל תוצאתה לענייננו דווקא קרובה יותר לגישה המהפכנית, שכן היא תחייב תיקוני חקיקה מסיביים יותר. בין שתי הגישות, הפרקטיקה מלמדת כי רשויות האכיפה ובתי המשפט החילו את הדין הקיים על הפשיעה המקוונת היכן שרק יכלו. ניתן לסמן שני מקרים טיפוסיים שבהם סטה המחוקק מכלל זה: האחד, כאשר לשון החוק לא אפשרה את המתיחה של גבולות העברה כך שתחול על הסיטואציה המקוונת; והאחר, כאשר המחוקק ביקש לקבוע עברה ייחודית שתשרת מטרה אקספרסיבית של תיוג המעשה המקוון באופן ברור יותר כעברה. אדגים את הגישה המעשית האמורה באמצעות **שלושה מקרי מבחן**: (1) שימוש בסעיף 350 לחוק העונשין לשם הרשעת נאשמים בגין אינוס, מעשה סדום או

חלק אחר של העברות מתייחסות לנסיבות מצומצמות בלבד. כך, למשל, "חוק הסרטונים" חל אך ורק על פרסומים המתמקדים במיניותו של הנפגע, בעוד ההתנכלות המקוונת יכולה לחול גם על פרסומים רבים אחרים, מחד גיסא, ואינה חייבת לכלול פרסומים בעלי אופי מיני, מאידך גיסא. דוגמה נוספת היא עברת ההטרדה באמצעות מתקן בוק, המצריכה הוכחה של קשר ישיר בין המטריד לבין המוטורד, ועל כן התנכלות על דרך פרסום ברבים או על דרך ביוש וביזוי פומביים אינה נכנסת לכאורה בגדרי העברה.

170 להרחבה ראו Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145 (2000) כן ראו Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207, 208–209; Andrew L. Shapiro, *The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code*, 8 SETON HALL CONST. L.J. 703 (1998).

171 David R. Johnson & David Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367, 1376–1377 (1996); Jonathan Zittrain, *The Rise and Fall of Sysopdom*, 10 HARV. J.L. & TECH. 495 (1997); Juliet M. Oberding & Terje Norderhaug, *A Separate Jurisdiction for Cyberspace*, 2 J. COMPUTER-MEDIATED COMM. 1 (1996); Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberspace Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999).

172 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" **הפרקליט** נב 67, 131–140 (2013).

מעשה מגונה "וירטואליים"; (2) חקיקת תיקון מס' 118 לחוק העונשין,¹⁷³ האוסר צריכת חומרי תועבה ובהם דמותו של קטין, כתוספת לאיסור הקיים בנוגע להחזקתם של חומרי תועבה מעין אלה; (3) חקיקת תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, שנודע כאמור כ"חוק הסרטונים",¹⁷⁴ ואשר קבע איסור חדש לגבי פרסום המתמקד במיניותו של אדם, ללא הסכמתו, ובאופן המבזה אותו או משפילו. כפי שאראה, מקרה המבחן הראשון מדגים החלה של הוראת חוק ישנה על סיטואציות מקוונות חדשות הפוגעות בערך מוגן באופן הראוי להפללה; מקרה המבחן השני מדגים מצב שבו לשון החוק הישנה מנעה הפללה של התנהגות מקוונת חדשה הפוגעת בערך המוגן שבבסיס האיסור הקיים, ועל כן נדרש תיקון חקיקה; ומקרה המבחן השלישי מדגים מצב שבו התנהגות מקוונת מסוימת הופללה בחוק הקיים, אלא שלצורך תיוג מפורש של המעשה האסור כעברה נערך תיקון חקיקה, אף שמבחינה טכנית לשונית לא היה הדבר הכרחי.

תחילה אבחן אפוא את השימוש הנוהג בסעיף 350 לחוק העונשין בתיקים העוסקים בעברות מין המבוצעות במרחב הסייבר. בשנים האחרונות החלו רשויות התביעה בישראל להעמיד לדין חשודים בביצוע עברות מין "דרך האינטרנט".¹⁷⁵ הכוונה היא למקרים שבהם הנאשם התקשר עם קורבן העברה (לעיתים קרובות הקורבנות הם קטינים) דרך המרשתת, והחל לקיים עימו קשר בעל אופי מיני. לדוגמה, הנאשם הנחה את הנפגעת לצלם את עצמה במצלמת מרשתת ו"לשדר" אליו כיצד היא מתפשטת או נוגעת במקומות אינטימיים בגופה, מחדירה איבר מאיברי גופה או חפצים לאיבר מינה או לפי הטבעת, וכיוצא בזה. במקרים שבהם הנפגעת ביצעה את המעשים ללא הסכמה חופשית – בין בעקבות קטינותה, בין בעקבות סחיטה מצד הנאשם, בין בעקבות מצגי שווא של הנאשם או מכל טעם אחר המוכר בחוק¹⁷⁶ – מתעוררת השאלה איזו עברה ניתן לייחס לנאשם. סעיף 350 לחוק העונשין מאפשר להעמיד לדין נאשם בגין ביצוע עברת מין – אינוס, מעשה סדום או מעשה מגונה – גם במקרים שבהם הנאשם גרם לכך שהמעשה ייעשה באדם אחר שאינו הנאשם.¹⁷⁷ סעיף 350 הנ"ל אינו מוציא מתוכו

173 חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ה-2014, ס"ח 32 (להלן: תיקון 118 לחוק העונשין).

174 ראו לעיל בתת-פרק 11.

175 ראו לדוגמה, מהעת האחרונה, ע"פ 8720/15 מדינת ישראל נ' פינטו (פורסם בנבו, 11.9.2016); ת"פ (שלום ת"א) 59301-12-16 מחלקה לחקירות שוטרים – מח"ש נ' אביסדריס (פורסם בנבו, 28.11.2017). כן ראו את ההחלטות הבאות של בית המשפט העליון, אשר לא דנו אומנם בצורה מקיפה בעברה אך אישרו הרשעות של נאשמים בעברות לפי הקונסטרוקציה המשפטית הזו: רע"פ 3804/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2016); ע"פ 538/13 סבח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.12.2013); ע"פ 1288/17 מדינת ישראל נ' שנהר (פורסם בנבו, 3.10.2017).

176 ראו את הנסיבות המפורטות בס' 345–347 וכן 347א–347ב לחוק העונשין.

177 בלשונו של ס' 350 לחוק העונשין, "לענין עבירה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר" (הכוונה לסימן ה בפרק י לחוק העונשין, העוסק בעברות מין).

מקרים שבהם מי שעשה את הפעולה האסורה בקורבן הוא הקורבן עצמו, שכן הוראת הסעיף מוחלת על כל "אדם אחר".¹⁷⁸

סעיף 350 לחוק העונשין נוסח עם חקיקת החוק בשנת 1977, כלומר לפני עידן המרשתת,¹⁷⁹ ועל כן ברור שהמחוקק לא צפה אז את האפשרות שמבצע העבירה יהיה מרוחק פיזית אלפי קילומטרים מהנפגעת ויגרום לכך שהיא תבעל את עצמה ובכך יאנוס אותה. עם זאת, הפעילות שתוארה לעיל ראויה להפללה, שכן היא פוגעת בערכים המוגנים שביסודן של עברות המין, ולשונו של סעיף 350 לחוק העונשין סופגת בהחלט גם החלה על הסיטואציה המקוונת. על כן אין מניעה מלהחיל את הסעיף הישן על הסיטואציה המקוונת החדשה, ככל שהיא ראויה להפללה.¹⁸⁰ ככלל, בתי המשפט קיבלו את הקונסטרוקציה המשפטית האמורה והרשיעו נאשמים בעברות מין "וירטואליות" תוך שימוש בסעיף 350 לחוק העונשין. עם זאת, טרם התנהל דיון עקרוני בנושא זה בבית המשפט העליון.¹⁸¹ הנה כי כן, מקרה המבחן הראשון – שימוש בסעיף 350 לחוק העונשין לצורך העמדה לדין בגין עברות מין באמצעות המרשתת – מדגים את הטיעון שהצגתי לעיל שלפיו הפרקטיקה מלמדת כי רשויות האכיפה ובתי המשפט החילו, היכן שרק יכלו, את הדין הקיים על הפשיעה המקוונת, אף אם זו זימנה התנהגויות אסורות מסוג חדש, ובלבד שלשון החוק הקיים אפשרה זאת והתכלית הייתה ראויה כמוכן.

אעבור כעת לניתוח מקרה המבחן השני, שעניינו כאמור בתיקון 118 לחוק העונשין, משנת 2014, אשר אוסר צריכת חומרי תועבה ובהם דמותם של קטינים. לפני עריכת התיקון אסר סעיף 214 לחוק העונשין ייצור, פרסום, הפצה והחזקה של חומר תועבה ובו דמותו של קטין. תיקון 118 לחוק העונשין הוסיף לסעיף זה את איסור ה"צריכה" של תוכן תועבה ובו דמותו של קטין, וזאת כדי להתמודד עם מאפייני פעילותם של פדופילים במרשתת. בעידן שלפני המרשתת חייבה צריכה של תוכן פדופילי החזקת עותק של חומר התועבה הפדופילי. זאת, מכיוון שהתכנים מסוג זה לא שודרו ברבים, והיה צורך להשיג העתק ולצפות בו ברשות היחיד. גם בראשית עידן המרשתת לא היה אפשר לצרוך תכנים בדרך של "צפייה ישירה", לנוכח האיטיות היחסית של קצב

178 ע"פ 7577/14 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 8-9 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 14.12.2015).

179 ס' 350 תוקן אומנם פעמיים למן חקיקתו – בשנת 1988 ובשנת 2003 – אך תיקונים אלה אינם רלוונטיים לענייננו.

180 ראו עוד חיים ויסמונסקי "התמודדות עם עבירות מין באינטרנט" משפט מפתח 2, 32 (2014). לעמדה נוגדת ראו את ביקורתו של אסף הרדוף, שטען כי השימוש שהפרקליטות עושה בקונסטרוקציה המשפטית הזו אומנם אפשרי מבחינה לשונית אולם אינו ראוי מבחינה היסטורית ודוקטרינרית. ראו אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצרנית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65 (2016).

181 גם בבית המשפט המחוזי מיעטו להידרש לסוגיה העקרונית. להחלטה חריגה שבחנה את הסוגיה, במסגרת טענות מקדמיות של נאשם נגד כתב אישום שהוגש נגדו בגין עברות של נסיון אינוס וניסיון לביצוע מעשה מגונה על סמך הקונסטרוקציה של ס' 350 לחוק העונשין, ראו תפ"ח (מחוזי חי') 46389-07-17 מדינת ישראל נ' פלוגי (לא פורסם, 29.10.2017).

העברת הנתונים בתקשורת בין מחשבים. על כן מי שרצה לצרוך תכנים פדופיליים באמצעות המרשתת נאלץ לבצע פעולה של "הורדת" החומר אל מחשבו האישי (download). אולם עם הגידול ב"רוחב הפס", שאפשר העברת נתונים בקצב מהיר, עברו הרגלי הצריכה של תוכן מהורדה לצפייה. המעבר ל-streaming הוביל אפוא לשינוי בהרגלי הצריכה, כך שלצריכת התוכן הפדופילי לא קדמה פעולה של הורדת התוכן והחזקתו.

במצב זה נשאלה השאלה אם סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, אשר לפני תיקון 118 לחוק העונשין אסר רק "החזקה" של התוכן הפדופילי, יכול לחול גם על צריכת התוכן בדרך של צפייה ישירה. שלוש אפשרויות תיאורטיות ניצבו בפני המדינה. האחת הייתה לא לפעול כלפי צרכני התוכן הפדופילי. אפשרות תיאורטית זו הייתה בלתי מתקבלת על הדעת, שכן ההצדקה לאיסור צריכת התוכן הפדופילי זהה להצדקה לאיסור החזקתו,¹⁸² ועל כן העדר פעולה משמעה הפקרת בטחונם וכבודם של הקטינים המתועדים במיצג המתועב. אפשרות שנייה שניצבה בפני המדינה הייתה להחיל את סעיף החוק הקיים – העוסק כאמור בהחזקה של חומר תועבה – על הסיטואציה החדשה. אפשרות זו אינה מופרכת, לפחות לא מבחינה טכנולוגית, שכן לכל צפייה בתוכן בטכנולוגיית streaming קודמת למעשה החזקה זמנית של המידע הממוחשב על גבי מחשבו האישי של הצופה (ב"זכרון המטמון" – cache memory). במילים אחרות, כל צריכה של תוכן באינטרנט כוללת את הורדתו תחילה אל המחשב ואת טעינת המידע מתוכו אל הצג. על כן, ככל שתוכן מודעותו של החשוד לתהליך זה של החזקה לפני צפייה, יהיה אפשר לכאורה להעמידו לדין בעברה של החזקת חומר תועבה.¹⁸³ אולם אפשרות זו מוקשית, שכן לא בנקל יהיה אפשר להוכיח את מודעותו של החשוד להחזקת הקבצים בעלי התוכן הפדופילי ב"זכרון המטמון" של מחשבו לפני הצפייה בהם. יתרה מזו, אף אם יהיה

182 להרחבה בעניין זה ראו חיים ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת – בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 118), התשע"ד-2014, והצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014" **מאזני משפט** י' 181, 188–193 (2015) (להלן: ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת"). ראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 118) (איסור על צריכת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 384, 385, שם נכתב כי "צריכת פורנוגרפיית קטינים אינה שונה מבחינה מהותית מהחזקתה". מן הראוי לציין כי אסף הרדוף ביקר את עצם האיסור של החזקת חומרי תועבה פדופיליים שהופיע בס' 214(ב3) לחוק העונשין עוד בנוסחו הישן. לטענתו, אין קשר רציונלי ישיר בין האיסור הפלילי הנדון לבין הנזק שהוא מבקש למנוע – ניצול ילדים בתעשיית המין. ראו אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה" – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" **מאזני משפט** י' 209, 224–234 (2015). אליבא דהרדוף, הפגם נעוץ באיסור החזקה של חומרי התועבה הפדופיליים, אולם הוא לא ביקר את עצם ההשוואה בין ה"צריכה" לבין ה"החזקה". לדירו, זו גם זו אינן ראויות להפללה.

183 קונסטרוקציה משפטית זו הוכרה בעבר בארצות הברית. ראו, למשל, Commonwealth v. Diodoro, 970 A.2d 1100 (Pa. 2009). להרחבה ראו ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת", שם, בעמ' 196–197.

אפשר להוכיח כי החשוד היה מודע לתהליך ההחזקה לפני צפייה, קונסטרוקציה משפטית זו תפלה לרעה, הלכה למעשה, חשודים בעלי בקיאות טכנולוגית לעומת חשודים נעדרי ידע טכנולוגי, באופן שאינו נראה ראוי ורלוונטי. אם לסכם נקודה זו, החלת סעיף החוק שהיה קיים באותה עת, אשר אסר רק החזקה של החומר הפדופילי, הייתה מקיפה את ההתנהגות החדשה באופן חלקי בלבד, והייתה מייצרת הבחנה בלתי מוצדקת בין חשודים בעלי רקע טכנולוגי לבין חשודים נעדרי רקע כזה. האפשרות השלישית שניצבה בפני המדינה הייתה לפעול לתיקונו של סעיף 214 לחוק העונשין, כך שיתייחס באופן ישיר לסוגיה של צריכת חומרי תועבה פדופיליים. המחוקק בחר באפשרות זו, ומכאן נולד תיקון 118 לחוק העונשין. המתיחה הפרשנית של לשון סעיף 214(3) לחוק העונשין, הדין רק בהחזקה של תוכן פדופילי, לא הספיקה.

אעבור עתה לניתוח מקרה המבחן השלישי, של תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, אשר נודע כאמור כ"חוק הסרטונים". כפי שצינתי לעיל בתת-פרק 11, התיקון לחוק למניעת הטרדה מינית הוסיף עברה פלילית חדשה, האוסרת פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם המתמקדים במיניותו, וזאת ללא הסכמתו של אותו אדם ובנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפילו או לבזותו. הסעיף מונה שלוש הגנות: (1) פרסום בתום לב; (2) פרסום למטרה כשרה; (3) קיים עניין ציבורי בפרסום או שהפרסום הוא בגדר הבעת דעה או ביקורת על בעל תפקיד ציבורי בקשר לתפקידו, והפרסום לא חרג מתחום הסביר לשם השגת מטרתו. עם חקיקתו של "חוק הסרטונים" עמדה לנגד עיניו של המחוקק התופעה של הפצת סרטונים אינטימיים במרשתת וברשתות החברתיות ללא הסכמתו של המצולם. אולם תופעה זו כוסתה למעשה על ידי מסגרת חוקית אחרת של חוק הגנת הפרטיות.¹⁸⁴ מדוע אפוא נדרש התיקון לחוק אם כבר היו איסורים בדין הקיים שיכלו לחול על התופעה הראויה להתייחסות? המענה לכך נעוץ ברצונו של המחוקק לתייג את המעשה המדובר באופן קונקרטי ומובהק, ולסמנו כפגיעה מסוג הטרדה מינית.¹⁸⁵ הצורך בתיוג קונקרטי שימש אפוא בסיס להצדקת ההפללה החדשה. נמצאנו למדים כי על מנת לקבוע עברה חדשה, אין הכרח להראות שההתנהגות שמבקשים לאוסרה אינה מופללת בשום חוק אחר או שקיים צורך בקביעת עברה חדשה עם עונש חמור יותר בצידה.¹⁸⁶ לעיתים הרצון בתיוג קונקרטי של התנהגות מסוימת משמש הצדקה עצמאית שבכוחה להוביל לקביעת איסור חדש.¹⁸⁷

שלושת מקרי המבחן שהצגתי מדגימים שלוש תגובות שונות הנובעות מהאתגר של המדינה בבואה להחיל את מערכת הנורמות שלה על ההתנהגויות במרחב המקוון: בכל הנוגע במעשים של אינוס, מעשה סדום או מעשה מגונה מקוונים החילה המדינה את החוק הקיים כלשונו מכיוון שלשון החוק אפשרה זאת והתכלית הייתה ראויה; בכל

184 ראו לעיל ה"ש 100.

185 ראו לעיל ה"ש 101 והטקסט שלידה.

186 יובהר לענייננו כי העונש בצד העברה החדשה שב"חוק הסרטונים" אינו חמור יותר מן העונש שבצד העברות הישנות שבחוק הגנת הפרטיות שחלשו על ההתנהגות הנדונה. ראו לעיל ה"ש 100.

187 ראו לעיל ה"ש 101.

הנוגע בצריכה של תכנים פדופיליים נדרש תיקון חקיקה שכן לשון החוק הישן, אשר הותאמה מטבע הדברים למרחב הפיזי, החילה יסוד לשוני שלא אפשר את החלת החוק הישן על הסיטואציה החדשה; ובכל הנוגע ב"חוק הסרטונים" ביקשה המדינה להשתמש בחקיקה הפלילית כדי להציב זרקור מיוחד על תופעה מסוימת ולהאירה באור נוסף על זה הקיים במסגרת החוקית הישנה. עם תובנות אלה אשוב כעת לנתח את הסוגיה שבה עסקינן – התנכלות מקוונת.

לכאורה, נדבכים מסוימים של ההתנכלות המקוונת מכוסים, כך או אחרת, במסגרת החוק הפלילי הקיים. סקרתי בהרחבה בפרק ג לעיל את האיסורים הקיימים כיום, הן באופן כללי והן ביחס לציבור הקטינים ולקבוצת עובדי הציבור, והראיתי כי האיסורים השונים ניטרליים לטכנולוגיה על פי לשונם, ועל כן העובדה שהפרסומים הפוגעניים הועתקו מהמרחב הפיזי אל המרחב המקוון אינה משנה את תחולתם של האיסורים הקיימים. עם זאת, האיזונים הקפדניים שנקבעו בפסיקה ובמדיניותה של התביעה ביחס לאיסורים אלה – איזונים שנדרשו, מטבע הדברים, לנוכח העובדה שהאיסורים הפליליים הקיימים מגלמים פגיעה בחופש הביטוי – נוסחו עבור המרחב הפיזי. אין פלא אפוא שחלק מהמאפיינים הייחודיים ומגבירי הפגיעה של המרחב המקוון, כגון ההצטברות, הווירליות והמיידיות, לא זכו בהתחשבות במסגרת הדין הקיים. הם אינם מגולמים באיסורים הקיימים, ונוסחות האיזון שהתהוו ביחס לעברות הקיימות אינן מביאות אותם בחשבון. מטעמים אלה ראוי לבחון את האפשרות של קביעת עברה פלילית ייחודית להתנכלות המקוונת, שתביא בחשבון את המאפיינים הייחודיים של הביטוי הפוגע במרחב הסייבר. יתרה מזו, לניסוחה של עברה פלילית המוקדשת להתנכלות מקוונת תהיה חשיבות אקספרסיבית מעבר לחשיבותה הדוקטרינרית הבסיסית של מילוי תפקוד חקיקתי. לאמירה ברורה של המחוקק כי התנכלות מקוונת היא אסורה ומהווה עברה פלילית יש חשיבות סמלית שבכוחה להצביע על הנורמה החברתית הראויה בעניין זה.¹⁸⁸

מובן שהשימוש בעברה פלילית של התנכלות מקוונת, ככל שימוש בעברת ביטוי, צריך להיעשות בזהירות, תוך הקפדה יתרה על עקרון השיוריות של הדין הפלילי (שיוריות במובן של היישום הקונקרטי של העברה על מקרה נתון). כידוע, עקרון השיוריות של הדין הפלילי קובע כי השימוש במשפט הפלילי ראוי שיעשה כמוצא אחרון בלבד, וכי ראוי למצות כלים אחרים – חינוכיים, תקשורתיים או אזרחיים – לפני הפנייה לאפיק הפלילי.¹⁸⁹ אכן, אין ספק שעקרון השיוריות מהווה נדבך מרכזי בבחינה

188 על ההשפעה האקספרסיבית של המשפט הפלילי על נורמות חברתיות ראו Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2032–2033 (1996). ראו גם Robert Weisberg, *Norms and Criminal Law, and the Norms of Criminal Law Scholarship*, 65–62 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 467 (2003); הרדוף **הפשע המקוון**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 62–65. והאסמכתאות שם.

189 ראו בהקשר זה את דבריו של אליקים רובינשטיין, במיוחד בכל הנוגע בעברות ביטוי: "המשפט הפלילי אינו יכול להיות הפתרון לכל חולי בחברה הישראלית. השתלחות חסרת רסן היא לדאבונו עניין של יום יום במציאות הציבורית הישראלית, ולא אחת באים דברי שיסוי במקום דברי שכנוע..."

החוקתית הן של הליכי חקיקה פלילית והן של הפעלת כלים של אכיפה פלילית.¹⁹⁰ עם זאת, כפי שנסקר בהרחבה לאורך המאמר עד כה, תופעת ההתנכלות המקוונת מצדיקה בעיני יצירת עברה פלילית ייעודית וקונקרטי אשר תתייג מעשים חריגים של התנכלות ובריונות כאסורים. בצד האמור יש בהחלט מקום לפעול גם במישורים לא פליליים – קרי, במישורים של חינוך, הסברה וטיפול – הן מול פוגעים פוטנציאליים והן מול נפגעים פוטנציאליים, על מנת לנסות לצמצם את תופעת ההתנכלות המקוונת.¹⁹¹

פרק ה: קווים לדמותה של עברת ההתנכלות המקוונת

הראיתי עד כאן כי התנכלות מקוונת יכולה להיות התנהגות מזיקה באופן ניכר, הפוגעת בערכים מוגנים חשובים, ככבודו של הנפגע, שמו הטוב, יכולת התפקוד שלו וזהותו המקוונת. עוד הראיתי כי החוק הקיים מכסה רק "איים" של התופעה, ובוודאי אינו מתייג התנהגות זו באופן ישיר כהתנהגות אסורה. על כן מוצדק לקבוע איסור מפורש בדין הפלילי לגבי התנכלות מקוונת. עם זאת, הכרחי לנסח את גבולות האיסור החדש באופן מצמצם, על מנת למנוע הפללה של התנהגויות מותרות, בפרט בשים לב לעובדה שמדובר באיסור פלילי הפוגע בחופש הביטוי. כך, למשל, חשוב להימנע ממצב של הפללת כל פעולה של ביוש, שכן כפי שהראיתי לעיל בפרק א, לא כל ביוש הוא התנהגות שלילית, ולעיתים בכוחו של הביוש לשרת מטרה חברתית חיובית ולהעלותה לסדר היום הציבורי. בהקשר הספציפי של עובדי ציבור, לעיתים הביוש הוא דרך – אף אם בוטה – להעביר ביקורת על תפקודם הציבורי. אשרטט אפוא להלן את קווי המתאר של העברה, ולאחר מכן אעמוד על מאפיינים ייחודיים של העברה כאשר היא מכוונת כלפי שתי קבוצות: קטינים ועובדי ציבור. כפי שאציג ביתר פירוט להלן, כאשר ההתנכלות

עם זאת, ככלל, המשפט הפלילי אינו יכול לשמש ככלי העיקרי לחינוך הציבור להתבטאות מתונה, בלשון נקיה. "אליקים רובינשטיין" על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות" הפרקליט מד 5, 6, 10 (1998). להרחבה בעניין זה ראו גם הדר דנציג-רוזנברג, יורם רבין ויריב נבון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" **דין ודברים** ו 201, 209–210 (2011).

190 להרחבה בעניין המעמד החוקתי של עקרון השוויון ראו בג"ץ 88/10 **שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.7.2010).

191 מן הראוי לציין בהקשר קרוב – של פעילות מניעה לא אכיפתית בנוגע לבריונות רשת כלפי קטינים – את פעילותו של מערך מאו"ר, שהוקם זה לא כבר במשרד לבטחון הפנים בשיתוף נציגים ממשרדי החינוך, הבריאות, הרווחה והמשפטים. המערך הוקם בהחלטה 1006 של הממשלה ה-34 "הקמת מערך למניעת אלימות ופגיעה נגד ילדים ובני נוער ברשת (מערך מאו"ר)" (17.1.2016). המערך נועד להעניק פתרון הוליסטי לתופעות של פגיעה בקטינים במרשתת, ובכלל זה לגילויים של בריונות וביוש ברשת. הפתרון ההוליסטי מבוסס על מהלכים בתחומי החינוך, הרווחה וההסברה, לצד שימוש באכיפה פלילית (חקירה והעמדה לדין) במקרים פתולוגיים של ביצוע מעשי בריונות ברשת.

המקוונת מכוונת כלפי קטין, יש להרחיב את האיסור הפלילי, במובן זה שרשויות אכיפת החוק יוכלו לאוכפו בצורה מהירה ואפקטיבית יותר. לעומת זאת, במקרים שבהם ההתנכלות המקוונת מכוונת כלפי עובד הציבור על רקע מילוי תפקידו, על האיסור הפלילי להיות מצומצם יותר, על מנת למנוע פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי. הגנות אלה על חופש הביטוי יבואו לידי ביטוי בדרכים שונות, כפי שאראה בהמשך.

1. יסודותיה של עברת ההתנכלות המקוונת

מהי התופעה של התנכלות מקוונת, ומהם יסודותיה? בין השיטין הצגתי לאורך המאמר עד כה כמה יסודות של העברה, אך בשלב זה אבקש להציגם בצורה סדורה. היסוד הראשון הוא **היסוד ההתנהגותי**. בכל הנוגע ביסוד זה ניתן לדבר על שתי התנהגויות חלופיות. האחת היא פעולה של פרסום. לפי סעיף 34 כד לחוק העונשין, "פרסום" יכול להתבצע הן בדרך של הצעה לציבור באמצעות מחשב והן בדרך של הפצה לקבוצה של אנשים, בין אם הנפגע חשוף לפרסום ובין אם לאו. ייתכן שיסוד ה"פרסום" יתקיים אף במקרים שבהם האדם משתף פרסום של אדם אחר (למשל, באמצעות אפשרות ה-share במסדת Facebook או באמצעות אפשרות ה-re-tweet במסדת Twitter).¹⁹² החלופה השנייה של היסוד ההתנהגותי היא **עשיית מעשה של הרחקה, סילוק או הדרה** מקבוצות, מאתרים או ממסדות מקוונות מסוימים. עד כה התמקדתי לאורך המאמר בעיקר בפרסומים העולים כדי התנכלות מקוונת, אולם ההתנכלות המקוונת יכולה להתבצע בדרך של התנהגות מקוונת שאינה אמירה או כתיבה של מילים, אלא עשיית מעשים שנועדו לבזות או להשפיל. כפי שאראה להלן, היסוד הנפשי הנדרש ישתנה ויהיה קפדני יותר כאשר מדובר במעשים לעומת מילים.

עוד בכל הנוגע ביסוד ההתנהגותי של עברת ההתנכלות המקוונת, ראוי לקבוע דרישה נוספת לגבי שתי ההתנהגויות החלופיות (פרסום או עשיית מעשה של הרחקה, סילוק או הדרה): דרישה **להתנהגות חוזרת ונשנית**. מרכיב החוזרתיות הכרחי לצורך ביסוס ההתנכלות והבחנתה מהטרדה רגילה. הוא תנאי הכרחי – אם כי לא מספיק –

¹⁹² בהקשר זה ראו הנחיית פרקליט המדינה 2.29, לעיל ה"ש 129. עוד ראו ת"א (שלום ת"א) 19430-03-14 **נידילי תקשורת בע"מ נ' שאול** (פורסם בנבו, 4.8.2016), שם נדונה השאלה אם לחיצה על כפתורי like או share במסדת Facebook מהווה "פרסום" כהגדרתו בחוק איסור לשון הרע. באותו מקרה פסק בית משפט השלום כי "אין לראות בלחיצה על כפתור הלייק או שיתוף סטטוס בפייסבוק כ"פרסום" לפי חוק איסור לשון הרע, ולא ניתן להטיל אחריות על הנתבעים... אין לראות כמי שעשה לייק או שיתוף לסטטוס שלא הוא כתב והמהווה לשון הרע, כמי שפרסם לשון הרע בהתאם להוראות חוק איסור לשון הרע" (שם, פס' 86 ו-88 לפסק הדין). על פסק הדין של בית משפט השלום הוגש ערעור, ובמסגרתו הפנה בית המשפט המחוזי את המקרה לעינונו של היועץ המשפטי לממשלה, על מנת שיבחן אם ברצונו להביע את עמדתו בשאלה זו, מכוח סמכותו לפי פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. ראו ע"א (מחוזי ת"א) 35757-10-16 **נידילי תקשורת בע"מ נ' שאול**. להתייחסות בפסיקה זרה לפעולת re-posting במסדת Twitter כאל "פרסום" ראו, למשל, United States v. Yassin, Case No. 16-03024-01-CR-S-MDH (Mo. Dist. Ct. 2017).

לביסוס ההוכחה כי מדובר ברדיפה של אדם או ב"צייד אדם", ולא בביקורת עניינית או בהבעת עמדה לגיטימית ביחס לאדם כלשהו. בהקשר זה ניתן להבחין בין שלוש פעולות שונות הרלוונטיות לבחינת מרכיב החזרתיות: (1) פרסום של תכנים שונים במועדים שונים על ידי אותו אדם; (2) פרסום של אותו תוכן שוב ושוב במועדים שונים על ידי אותו אדם; (3) פרסום של אותו תוכן שוב ושוב במועדים שונים על ידי אנשים שונים. נראה כי שתי החלופות הראשונות מקיימות את יסוד החזרתיות, בעוד בכל הנוגע בחלופה השלישית עשוי להתעורר קושי משפטי לייחס את העברה למפרסם הראשון, שכן בפועל הוא עשה פעולה אחת של פרסום, ואילו החזרתיות נגרמת בעקבות ההפצה החוזרת על ידי אנשים אחרים. אף על פי כן נראה שייטכנו נסיבות שבהן יהיה אפשר לייחס לאדם הראשון את יסוד החזרתיות, וזאת אם אותו אדם עודד את פרסומי ההמשך שביצעו האנשים שפרסמו את התוכן אחריו או אפילו אם הוא רק מודע לפרסומי המשך אלה (או אולי אף עצם את עיניו מראותם).¹⁹³

היסוד השני להגדרת העברה של התנכלות מקוונת הוא שהפרסום או המעשה יתבצעו באמצעים מקוונים. יסוד זה אמור לגלם בתוכו את כל מאפייני המרחב המקוון שמניתי לעיל בפרק ב, אשר מקילים את ביצוע העברה, מגדילים את פוטנציאל הנזק המגולם בה ומקשים את איתור מבצע העברה ואת הבאתו לדין. כתוצאה מכך נוצרים יחסי כוחות לא שוויוניים בין המתנכל לבין הנפגע, ולמתנכל מוענק כוח רב העלול להיות מנוצל לרעה נגד הנפגע. כידוע, מרבית החקיקה הישראלית מנוסחת באופן ניטרלי לטכנולוגיה. אף העברה הקבועה ב"חוק הסרטונים"¹⁹⁴ שנועדה להתמודד עם התופעה של הפצת סרטונים מיניים ברשתות חברתיות ובמרשתת, מנוסחת בסופו של דבר באופן ניטרלי לטכנולוגיה. עם זאת, בענייננו אין מנוס מלחרוג מהנוהג המקובל ומלהגדיר עברה הכוללת יסוד מוטא טכנולוגיה. זאת, מכיוון שהמאפיינים של מרחב הסייבר והשפעתם על תופעת ההתנכלות המקוונת הם הגורם המרכזי המצדיק את כינונה של העברה החדשה.

היסוד השלישי הוא היסוד המהותי של טיב הפרסומים או המעשים והנזק המגולם בהם. נכון לקבוע כי על הפרסומים או המעשים להיות כאלה שיש בהם כדי לבזות או להשפיל את הנפגע באופן ממשי, בין בעיני עצמו ובין בעיני סביבתו או קהל המשתמשים במרשתת וברשתות החברתיות, וזאת בשים לב להקשר שבו הדברים המופיעים בפרסום נאמרים או נכתבים – הן מבחינת תוכן הדברים, הן מבחינת זהות הדובר וזהות הנפגע, והן מבחינת העיתוי, ה"מקום" והאופן של פרסום/מסירת הדברים. לטעמי, על יסוד זה להיות אובייקטיבי, ולא סובייקטיבי, וזאת משלושה טעמים: ראשית, לא תמיד יהיה אפשר להשיג את שיתוף הפעולה של הנפגע, שכן הלה עלול לחשוש

193 השוו עם הנחיית פרקליט המדינה 2.29, שם. על פי הגישה המבוטאת בהנחיה, ניתן לייחס לאדם פרסום ל"ציבור" לפי חוק הסרטונים אף אם ההפצה ל"ציבור" נעשתה בדרך של הפצת שרשרת מאדם-לאדם-לאדם, וזאת ככל שהמפרסם הראשון היה מודע – או אף עצם את עיניו מלדעת – שהפרסום יתגלגל בין אנשים שונים לאחר שיופץ על ידיו.

194 ראו ס' 3(א)(א5) לחוק למניעת הטרדה מינית. כן ראו לעיל בכת-פרק ג1.

מפני החשוד ולהימנע כתוצאה מכך מלהודות בפגיעה הסובייקטיבית שנגרמה לו; שנית, ביזויו של אדם בעיני אחרים, גם אם לא בעיני עצמו, הוא ערך מוגן כשלעצמו, והוא חלק מהמעגלים החיצוניים של כבוד האדם; ושלישית, לעיתים הנפגע עשוי לחוש פגיעה קשה או אי-נוחות של ממש כתוצאה מהפרסום, אולם מכיוון שמדובר בעברה המגבילה את חופש הביטוי, נכון לקבוע לה אמות מידה אובייקטיביות, שהן מטבען יציבות יותר, ברורות יותר ומאפשרות להכווין את ההתנהגות על פיהן ביתר קלות. הוספת המרכיב של "באופן ממש" נועדה להבטיח שהדין הפלילי יחול רק באותם מקרים שבהם מדובר בפגיעה משמעותית ועמוקה בנפגע, ולא בפגיעה קלה או באי-נוחות גרידא.¹⁹⁵ אני ער לכך שגם כאן, בדומה לעברות ביטוי אחרות שיש בהן מרכיב הסתברותי, קיים חשש מפני עמימות מסוימת בשל השימוש במונחי ססתום דוגמת "באופן ממש". במונח דומה, של "אפשרות ממשית", נעשה שימוש במסגרת המרכיב ההסתברותי הקבוע בהגדרת העברה של הסתה לאלימות.¹⁹⁶ מרכיב זה לא זכה בפרשנות קשיחה וקבועה בבתי המשפט, אלא ברשימה של נסיבות שעל בית המשפט לבחון כדי להגיע למסקנה בדבר האפשרות הממשית שהפרסום יוביל לאלימות.¹⁹⁷ בחזרה לענייננו: ברי כי תכליתו של המונח "באופן ממש" היא לצמצם את היקף פרישתו של האיסור הפלילי שיוטל על התנכלות מקוונת, ומטרתו למנוע הפללה במצבים של אי-נוחות, חוסר שביעות רצון, העלבות גרידא וכדומה. הכוונה היא ליצור, בין היתר באמצעות המילים "באופן ממש", עברה שתחול רק על מצבי השפלה או ביזוי מתמשכים וחמורים המסיבים נזק נפשי ניכר.

היסוד הרביעי הוא **היסוד הנפשי הדרוש לעברה**. בהקשר זה ראוי לטעמי להבחין בין שני סוגי ההתנהגות שמניתי לעיל במסגרת היסוד הראשון שהצעת. בכל הנוגע בהתנכלות מקוונת על דרך פרסום, נכון לטעמי לקבוע יסוד נפשי של **מחשבה פלילית**. אולם כאשר ההתנהגות הנדונה היא עשיית מעשה של הרחקה, סילוק או הדרה מקבוצות, מאתרים או ממסדות מקוונים, נכון לטעמי לקבוע יסוד נפשי של **כוונה מיוחדת לבזות או להשפיל את הנפגע**. זאת, לנוכח העובדה שמעשה של הרחקה, סילוק או הדרה מקבוצה יכול להיעשות גם לא על בסיס פרסונלי של זהות הנפגע, אלא על

195 השוו בעניין זה עם ס' 6 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע כי לא תקום זכות תביעה אזרחית או פלילית בשל פגיעה "שאינה בה ממש".

196 וזו לשונו של ס' 2ד144(א) לחוק העונשין, שכותרתו "הסתה לאלימות": "המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות, דינו – מאסר חמש שנים."

197 ראו בעניין זה, למשל, רע"פ 7669/15 **מחאגינה נ' מדינת ישראל**, פס"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.4.2016), שם נקבע כי "על בית המשפט לבחון את המקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מבחנים ראשיים... בין היתר תינתן הדעת למיחות המפרסם ולאווירה השוררת בציבור, לסוג האלימות המדוברת, להיקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, להיקף הפרסום ולקהל היעד שלו, להקשר הפרסום, למקומו ולמדיום שבו נעשה שימוש: 'יש לשאול, בין היתר – מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר'."

בסיס קבוצתי רחב יותר (למשל, קביעה כי הקבוצה המקוונת אינה מיועדת לקבוצת גיל מסוימת או שקהילה וירטואלית מסוימת מיועדת למתגוררים בשכונה מסוימת בלבד). נכון לצמצם את גדר המקרים שיעלו כדי עברה פלילית בדרך של קביעת יסוד נפשי מחמיר של כוונה מיוחדת. היסוד הנפשי המחמיר יבטיח שיופלט רק מי שבחר "לטרגט" (מלשון המילה הלועזית target) אדם ספציפי בדרך של הרחקה או סילוק כאמור.

היסוד החמישי הוא יסוד אי-ההסכמה של הנפגע לפרסום או למעשה. ברי כי הסכמה, אף אם בדיעבד היא מזיקה לנפגע, מאיינת את קיומה של התנכלות פלילית. מעבר ליסודות אלה יש לשאול אם לעברת ההתנכלות המקוונת צריכות להיות הגנות מיוחדות. אתיחס לשתי הגנות שראוי כי יחולו על עברה זו: ההגנה האחת היא הגנת "אמת דיברתי", המוכרת בדיני לשון הרע¹⁹⁸ ובדיני הגנת הפרטיות;¹⁹⁹ וההגנה האחרת היא הגנת "תום הלב". אתיחס להגנות כסדרן:

א. הגנת "אמת דיברתי" – כינויה של הגנה זו פוגע למעשה במידת מה במהותה. ההגנה כוללת שני יסודות, ולא אחד, כפי שניתן לסבור בטעות לנוכח כינויה: יסוד של אמת ויסוד של "עניין ציבורי". שני היסודות מצטברים, ומכאן שפרסום אמת אינו מזכה מן העברה אם אין בו עניין ציבורי. המונח "עניין ציבורי" טומן בחובו פוטנציאל של עמימות, וככלל השימוש בו אינו רצוי כאשר מדובר במשפט פלילי, אשר מחייב – מכוח עקרון החוקיות – ודאות ובהירות מושגית, על מנת למנוע צינור יתר של התנהגויות מותרות.²⁰⁰ אולם ככל שהפרסום מתרחק מליבת חופש הביטוי לכיוון של ביזוי, השפלה, "צייד אדם" וכדומה, תידחה הגנת חופש הביטוי מפני האינטרסים המוגנים האחרים, קרי, כבודו ופרטיותו של הנפגע.

אומנם, קיומה של הגנת "אמת דיברתי" בנוגע לעברה של התנכלות מקוונת מעורר חשש מסוים שמא הגנה זו תוביל, הלכה למעשה, לניהול המשפט סביב הפרסום הפוגע ונגד הנפגע, במקום להתמקד באחריותו של הפוגע.²⁰¹ כתוצאה מכך עלול להיווצר אפקט מצנן שירתיע מפני כניסה לתהליך המורכב של ניהול משפט.²⁰²

198 ראו ס' 14 לחוק איסור לשון הרע.

199 ראו ס' 18(3) לחוק הגנת הפרטיות.

200 להרחבה ראו, למשל, דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, פס' 13-14 לפסק דינו של השופט אור (2000).

201 בדנ"פ אונגרפלד נדחתה טענת המערער שלפיה יש להחיל את הגנת "אמת דיברתי" על העברה של העלבת עובד ציבור. זאת, בין היתר, מן הטעם שהדבר יוביל להיפוך היוצרות ולהפיכת המתלונן למעין נאשם אשר צריך להוכיח כי הטענות שנטענו כלפיו שקריות. טיעון זה מקבל משנה תוקף במצב שבו המתלונן אינו בעל הדין בהליך הפלילי, ואף אינו בהכרח עד בתיק. ראו דנ"פ אונגרפלד, לעיל ה"ש 6, פס' 37 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

202 יוער עוד כי עברות ההסתה למיניהן – שאף הן עברות ביטוי – אין בצידן הגנה של "אמת דיברתי". ראו ס' 109 לחוק העונשין, האוסר הסתה להשתמטות; ס' 110 לחוק העונשין, האוסר הסתה לאי-ציות; ס' 144ב לחוק העונשין, האוסר פרסום הסתה לגזענות, וקובע במפורש כי עברה יכול שתקום גם במקרים שבהם הפרסום הוא דבר אמת ("לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא

אולם האפקט המצנן ההפוך על חופש הביטוי של המפרסמים כתוצאה מהשמטת ההגנה האמורה – מחירו גבוה יותר לאין ערוך, שכן פגיעתו רוחבית כלפי כלל המפרסמים בכוח. עם זאת, על מנת לנסות למזער את הסיכוי להעצמת הפרסום הפוגע בחסות ההליך המשפטי, יש מקום להוסיף הוראה ספציפית, בדומה להוראה הקבועה כיום בסעיף 28 לחוק הגנת הפרטיות, שתאסור הבאת ראיות או חקירה של עד בדבר שמו הרע של הנפגע, אופיו, עברו, מעשיו או דעותיו.²⁰³

ב. הגנת "תום הלב" – ניתן למנות שתי קטגוריות של מצבים שייחשבו פרסום ב"תום לב". **האחת** היא מצבים שבהם הפרסום הוא בקרב קבוצה מוגדרת ולמטרה כשרה. כזה הוא, לדוגמה, מקרה שבו אנשי חינוך או טיפול מפיצים בפורום מקצועי פרסום הפוגע בקטין לצורך דיון במסגרת הפורום על אודות המקרה או על מנת להעלות מודעות לפגיעות מן הסוג האמור. דוגמה אחרת יכולה להיות כאשר עיתונאי מעביר פרסום מסוים, שאותו הוא מתכוון לפרסם, לעורך העיתון או ליועץ המשפטי של העיתון, על מנת לקבל את חוות דעתם אם הפרסום האמור מותר וראוי. קטגוריית המצבים **האחרת** היא כאשר הפרסום נבע מטעות או מרשלנות של אדם שהחזיק בו. אם נמשיך את דוגמת הפרסום בקרב אנשי חינוך או טיפול, נניח שאחד מהם החזיק את הפרסום במכשיר הטלפון הנייד שלו, ומכשירו נגנב או נפרץ והפרסום הופץ ברבים. במקרה כזה סביר להניח שתחול הגנת תום הלב על איש החינוך או הטיפול. דוגמה נוספת לפרסום בטעות בתום לב יכולה להיות אם איש החינוך או הטיפול שלח את הפרסום בטעות לא לקבוצת אנשי החינוך או הטיפול, אלא לקבוצה אחרת בווטסאפ, שממנה החלה התפשטותו של הפרסום ברבים.

2. עברת ההתנכלות המקוונת בנסיבות של נפגע קטין

ציבור הקטינים ראוי לתשומת לב מיוחדת כאשר מדובר בבחינת ההפללה של התנכלות מקוונת.²⁰⁴ מחד גיסא, מדובר בציבור החשוף ביותר להתנכלויות מקוונות, ומאידך גיסא, מדובר בציבור פגיע במיוחד, שניתן לאפיינו כבעל "גולגולת דקה" בכל הנוגע בספיגה של ביזוי או השפלה מקוונים ובהתמודדות עימם. בדומה להוראות אחרות

לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא"; ס' 166 לחוק העונשין, האוסר הסתה לאיבה כלפי מדינה ידידותית; וס' 289 לחוק העונשין, האוסר הסתה להימנע מתשלומי חובה.

203 יצוין עוד כי קיימת הוראה כללית בס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) הקובעת כי אין להרשות חקירה – בפרט "חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעיה או ביוש" – אשר לדעת בית המשפט אינה רלוונטית לעניין הנדון ואינה הוגנת. אולם דומה שכשם שבחוק הגנת הפרטיות הוספה הוראה ייחודית, רחבה יותר, המגינה על נפגע מעברה או מעולה של פגיעה בפרטיות, כך יש לנהוג גם לגבי העברה של התנכלות מקוונת, על מנת למזער עוד יותר את החשש של הנפגע מכניסה להליך של חקירה פלילית ומשפט.

204 כפי שהראיתי לעיל בהקדמה, ציבור הקטינים נתון בסיכון מוגבר לחוות תופעות של התנכלות או בריונות מקוונות.

המבחינות את עניינם של נפגעים קטינים מעניינם של נפגעים בגירים, סבורני שגם בנוגע להתנכלות מקוונת נכון ליצור הבחנות אחדות, כמפורט להלן.
ראשית, יש להנמיך במידה מסוימת את רף הכניסה לגדריה של העברה, וזאת במובן של הימנעות מדרישה להוכחת יסוד אי-ההסכמה. במילים אחרות, גם אם קטין הסכים לפרסום או למעשה שנעשה נגדו או לא הביע התנגדות לו, יכולה עדיין להתקיים עברה של התנכלות מקוונת לגביו. אין זה המקום היחיד שבו החוק הפלילי מבחין בין קטינים לבגירים לעניין ההוכחה של יסוד העדר ההסכמה. הבחנה כזו קיימת, למשל, בכל הנוגע בעברת האינוס או בעברת ההטרדה המינית.²⁰⁵ עם זאת, בעברה שהוספה לחוק למניעת הטרדה מינית במסגרת "חוק הסרטונים" אין הבחנה בין נפגע קטין לבין נפגע בגיר מבחינת יסודות העברה.²⁰⁶ אפשר לקבוע כי גיל הקטינות הרלוונטי לענייננו אינו שמונה-עשרה שנה, אלא גיל נמוך יותר, בדומה לקבוע לעניין "האינוס הסטטוטורי" או ההטרדה המינית.

הבחנה שנייה היא לעניין יסוד החזרתיות של ההתנהגות. צייתי לעיל כי לטעמי נכון לדרוש שההתנהגות האסורה תהיה חוזרת ונשנית. עם זאת, בכל הנוגע בהתנכלות מקוונת כלפי קטינים ניתן לשקול הפללה של התנכלות מקוונת חד-פעמית, וזאת בהתקיים שני תנאים נוספים. האחד הוא שהוכחה כוונה מיוחדת של החשוד לשוב על פעולת ההתנכלות. כפי שצייתי לעיל, נכון לקבוע יסוד נפשי של כוונה מיוחדת להשפיל או לבזות את הנפגע רק לגבי מעשי התנכלות, להבדיל מדברי התנכלות. לעניין התנכלות מקוונת חד-פעמית כלפי קטינים מוצע כעת לקבוע דרישה נוספת של כוונה מיוחדת, שתתייחס לכל סוגי ההתנהגות העולים כדי התנכלות (דברים או מעשים), והיא הכוונה המיוחדת להפוך את ההתנכלות לרב-פעמית. התנאי האחר הוא שהוכחה גרימת נזק ממשי לנפגע הקטין. להבדיל מעברת ההתנכלות המקוונת הכללית, שלגביה צייתי כי נכון להסתפק בפוטנציאל ממשי לביזוי או להשפלה של הנפגע, כאשר ההפללה מתבססת על דברים שפורסמו או נמסרו באופן חד-פעמי, נכון להוסיף דרישה תוצאתית של גרימת הנזק בפועל, ולא רק באופן הסתברותי.

הבחנה שלישית בין עברת ההתנכלות המקוונת הכללית לבין התנכלות מקוונת כלפי קטינים נוגעת בהגנת "אמת דיברתי". לטעמי, יש מקום לשלול את ההגנה של "אמת דיברתי" כאשר הנפגע הוא קטין, שכן ניתן לקבוע כחזקה חלוטה שאין עניין ציבורי בפרסומים מתנכלים כלפי קטינים, אף אם הם פרסומי אמת.

יוער כי במקרים רבים החשודים בעברת ההתנכלות המקוונת שבוצעה כלפי קטינים עשויים להיות קטינים בעצמם. האם יש בעובדה זו כדי להשפיע על אופן ההתייחסות

205 כמפורט לעיל בתת-פרק 2, כאשר נפגעת עברת האינוס היא קטינה מתחת לגיל ארבע-עשרה, אין צורך להוכיח את יסוד אי-ההסכמה לבעילה, וכאשר עברת ההטרדה המינית מתבצעת כלפי קטין מתחת לגיל חמש-עשרה, אין צורך להוכיח כי הנפגע הראה למטריד כי הוא אינו מעוניין בהתייחסויות המיניות כלפיו.

206 הן כאשר מדובר בבגיר והן כאשר מדובר בקטין יש להראות כי הנפגע לא הסכים לפרסום התצלום, הסרט או ההקלטה אשר מתמקדים במיניותו ומבזים או משפילים אותו.

לעברה של התנכלות מקוונת כלפי קטינים? סבורני שאין מקום להתייחס לשיקול זה בעת קביעתם של יסודות העברה עצמם. עם זאת, שיקולים מסוג זה יכול שיובאו בחשבון בעת בחינת השיקולים להעמדה לדין של הקטין המפרסם²⁰⁷ או בעת החלטת בית המשפט בנוגע לדרכי הטיפול שיינקטו ביחס אליו.²⁰⁸

3. עברת ההתנכלות המקוונת בנסיבות של נפגע שהוא עובד ציבור

האם וכיצד ראוי להתייחס להתנכלות מקוונת כלפי עובדי ציבור? כפי שהראיתי לעיל בתת-פרק ג3, ביחס לעובד ציבור כנפגע פוטנציאלי מהתנכלות מקוונת מתקיים מערך שיקולים מורכב יותר מאשר ביחס לנפגע שאינו עובד ציבור. מחד גיסא, ראוי לעודד ביקורת ציבורית על עובדי ציבור ועל המערכות שהם מייצגים. מאידך גיסא, ראוי למנוע מצב שבו דברי הביקורת ייהפכו להכפשות או לנאצות, שיובילו לפגיעה בתפקודו של עובד הציבור או לפגיעה בלתי מוצדקת באמון הציבור בעובד הציבור או בארגון שבו הוא מועסק. היסודות שמניתי לעיל לגבי עברת ההתנכלות המקוונת אינם מביאים בחשבון את מערך השיקולים הנוספים הייחודי לנפגע שהוא עובד ציבור.

על כן, כאשר ההתנכלות המקוונת מכוונת כלפי עובד הציבור על רקע מילוי תפקידו,²⁰⁹ נכון להוסיף ליסודות האמורים שתי הוראות ייחודיות, אשר יאפשרו להבטיח את מידת ההגנה הראויה על חופש הביטוי. האחת היא שכאשר ההתנכלות היא על דרך פרסום, יהא על המדינה להוכיח אפשרות ממשית לפגיעה בתפקודו של עובד הציבור, ואם אין בפרסום כדי לפגוע באופן אישי בתפקודו של עובד הציבור, יהא על המדינה להוכיח אפשרות קרובה לוודאי (ודאות קרובה) של פגיעה ממשית באמון הציבור בעובד הציבור או בגוף שבמסגרתו הוא פועל.²¹⁰ ההוראה האחרת שנכון

207 לעניין זה ראו, לדוגמה, ס' 20 להנחיית פרקליט המדינה 2.29, לעיל ה"ש 129. גם בכל הנוגע בעברה על חוק הסרטונים נמצא פעמים רבות כי הן נפגעי העברה והן מבצעי העברה הם קטינים. הנחיית פרקליט המדינה קובעת את גיל חמש-עשרה כנקודה קריטית מבחינת שיקולי ההעמדה לדין, ומורה כי ככלל, כאשר הפוגע הוא מעל גיל חמש-עשרה, תגבר הנטייה להעמידו לדין בגין עברה על חוק הסרטונים.

208 ראו את דרכי הטיפול שבית המשפט רשאי לנקוט בנוגע לנאשם קטין בס' 26 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

209 זאת, להבדיל ממצב שבו עובד הציבור נופל קורבן להתנכלות שאינה על רקע מילוי תפקידו, אלא ככל אדם אחר. יסוד זה, של פגיעה בעובד הציבור על רקע מילוי תפקידו, מופיע גם בעברות פליליות אחרות שעניינן פגיעה בעובדי ציבור. ראו, למשל, ס' 382 לחוק העונשין, אשר קובע עברה של "תקיפת עובד ציבור" ודורש שהתקיפה תהא "קשורה למילוי חובתו או תפקידו של הנתקף"; וכן ס' 288 לחוק העונשין, האוסר העלבת עובד ציבור כאשר הוא ממלא את תפקידו או בנוגע למילוי תפקידו.

210 בחרתי להציע יסוד הסתברותי גבוה יותר בכל הנוגע בפגיעה באינטרס של אמון הציבור, לעומת פגיעה בתפקודו האישי של עובד הציבור, מכיוון שפגיעה בערך כללי יותר, כגון "אמון הציבור", צריכה להיות ברורה וחדה יותר. כאשר האינטרס המוגן מופשט יותר, ניתן לגזור ממנו הפללה של ביטוי רק במקרה שהפגיעה בו ודאית יותר.

להוסיפה לעברה של התנכלות מקוונת כלפי עובדי ציבור נוגעת בדרג שיאשר את ההעמדה לדין בגין העברה. בחקיקה הישראלית מקובלת הטכניקה של יצירת חסם פורמלי בדמות דרישה לאישור מוקדם של גורם בכיר במערך התביעה לפני הגשת כתב אישום.²¹¹ נוסף על כך, בחקיקה ובהנחיות שונות נקבעה דרישה לאישור מוקדם אף לפני פתיחה בחקירה.²¹² מהתם להכא: לנוכח האפקט המצנן על חופש הביטוי שעלול לנבוע מעצם ההעמדה לדין – ואולי אף מעצם החקירה הפלילית – בגין עברה של התנכלות מקוונת כלפי עובד הציבור, ייתכן שיש מקום לשקול הוספת תנאי של **אישור מוקדם לעצם הפתיחה בחקירה בעברה** דנן, בין בחקיקה ובין במסגרת הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה. לעניין זה ניתן להבחין בין שלוש קבוצות רלוונטיות: בקבוצה הראשונה יימנו נבחרי הציבור; בקבוצה השנייה יימנו עובדי הציבור הבכירים, לרבות נושאי משרות שיפוטיות; ואילו בקבוצה השלישית יימנו עובדי ציבור זוטרים יותר.²¹³ על פניו, כאשר מדובר בעובד ציבור בכיר, לא כל שכן כאשר מדובר בנבחר ציבור, יש

211 ראו, למשל, ס' 214(ד) לחוק העונשין, הקובע כי פרקליט מחוז חייב לתת את הסכמתו לצורך העמדה לדין בעברות של ייצור, פרסום, החזקה או צריכה של חומרי תועבה ובהם דמויות של קטינים. כן ראו ס' 123 לחוק העונשין, הקובע כי לא יוגש כתב אישום בגין עברות על פרק ז לחוק העונשין (פגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בסודות מדינה רשמיים) אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב; וכן ס' 144 לחוק העונשין, הקובע כי כתב אישום בגין הסתה לאלימות או לגזענות לא יוגש אלא בהסכמתו בכתב של היועץ המשפטי לממשלה. לעיתים, כאשר הסמכות לאשר הגשה של כתב אישום בעברות מסוימות מסורה ליועץ המשפטי לממשלה, החוק מתיר ליועץ להאציל את סמכותו לגורמים אחרים הכפופים לו. ראו ס' 242 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב-1982, וטבלת ההאצלות בתוספת השלישית לחוק.

212 ראו, למשל, ס' 17 לחוק-יסוד: הממשלה, המחייב את הסכמת היועץ המשפטי לממשלה לחקירה באזהרה של ראש ממשלה מכהן או של ראש ממשלה לשעבר שנחקר בחדש לעברות מתקפת כהונתו כראש הממשלה או בשנה שלאחריה. כן ראו ס' 12(א) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי חקירה באזהרה של שופט מכהן מחייבת את הסכמת היועץ המשפטי לממשלה. כן ראו הנחיית יועמ"ש 4.1103, לעיל ה"ש 137, הקובעת כי בטרם תיפתח חקירה בעברה של זילות בית המשפט או בעברה של העלבת עובד ציבור כלפי בכיר בשירות הציבורי או נבחר ציבור, יש לקבל את אישור המשנה לפרקליט המדינה (עניינים מיוחדים). כן ראו "חקירת עורכי-דין" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 4.2202 (התשס"ו), הקובעת דרג מאשר לחקירה של עורך דין הן כאשר צפויה לעלות טענת חיסיון והן כאשר אי-אפשר לצפות טענה זו מראש.

213 יצוין כי ההבחנה בין תחולת העברה של העלבת עובד ציבור כלפי נבחר ציבור לבין תחולתה כלפי עובד ציבור שאינו נבחר ציבור קיימת גם בדין האירופי. כך, למשל, בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק כי סטנדרט הסובלנות כלפי ביטויים פוגעניים המופנים לעבר נבחר ציבור צריך להיות גבוה יותר בהשוואה לביטויים פוגעניים המופנים כלפי עובד ציבור שאינו נבחר ציבור, ובלשון בית הדין: "However, it cannot be said that civil servants knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed to the extent to which politicians do and should therefore be treated on an equal footing with the latter when it comes to the criticism of their actions". ראו Janowski v. Poland, App. No. 25716/94, 1999-I Eur. Ct. H.R. 187, 201.

יצוין עוד כי בפסק דין זה אין הבחנה בין עובד ציבור בכיר לעובד ציבור זוטור.

לנקוט ריסון עצמי מוגבר ביחס לחקירה פלילית או להעמדה לדין בגין התנכלות מקוונת, לעומת מקרים שבהם הנפגע הוא עובד ציבורי זוטרי יותר.²¹⁴ לפני סיום מעניין לבחון אם העברה המוצעת – של התנכלות מקוונת כלפי עובד ציבור על רקע מילוי תפקידו – הייתה משנה את התוצאה המשפטית ברע"פ סגל, שבה זופה כזכור הנאשם מעברה של העלבת עובד ציבור. כזכור, הפרשה עסקה בחיבור שפרסם הרב סגל באתר המרשתת "מנהיגות יהודית" ובו טען כי הרב הצבאי הראשי לשעבר, הרב ישראל וייס, הוא רב "מטעם המלכות". עוד נטען בפרסום כלפי הרב וייס: "מסייע לרצח – איסור יהרג ובל יעבור. מסייע לגילוי עריות – איסור יהרג ובל יעבור. מסייע לחילול שבת – איסור סקילה. מסייע לביטול מצוות ישוב הארץ – השקולה ככל התורה כולה. די בזה ואין צורך להשלים את דמותו". להערכתנו, גם הגשת כתב אישום בעברה המוצעת כאן – של התנכלות מקוונת כלפי עובד ציבור – הייתה מובילה לזיכוי של הרב סגל, וזאת מכמה טעמים: ראשית, לא מתקיים היסוד המוצע של פרסום "חוזר ונשנה". שנית, קשה להוכיח כי באותו עניין התקיימה "אפשרות ממשית לפגיעה בתפקודו של עובד הציבור" או "אפשרות קרובה לוודאי של פגיעה ממשית באמון הציבור בעובד הציבור או בגוף שבמסגרתו הוא פועל". שלישיית, ככל הנראה היה אפשר להוכיח כי מתקיימת ההגנה שלפיה יש בפרסום משום הבעת דעה או ביקורת על עובד הציבור בקשר לתפקידו. גם אילו הוכיחה התביעה כי הפרסום הביקורתי כוזב, ייתכן בהחלט שהיה מוכרע כי הבעת הדעה לא חרגה מתחום הסביר לשם השגת המטרה הביקורתית כלפי הרב וייס.

נובע מן האמור שהעברה המוצעת – של התנכלות מקוונת כלפי עובד ציבור – אינה משנה באופן ניכר את נקודת האיזון העדינה שבין ביקורת לגיטימית על עובד הציבור לבין הצורך בהגנה על עובדי הציבור. עם זאת, אין ספק שהעברה המוצעת כוללת מרכיבים אשר מפיגים את העמימות המובנית שבעברה של העלבת עובד ציבור, מחדדים את גדריו האיסור ולפיכך מונעים צינון יתר של מפרסמים "שונאי סיכון" החוששים להסתכן בביצוע עברה פלילית.

* * *

214 השוו עם רע"פ סגל, שם דן בית המשפט העליון בשאלת קבלת אישור מוקדם של פרקליטות המדינה לפני פתיחה בחקירה ולפני העמדה לדין בעברה של העלבת עובד ציבור. הנשיאה (בדימ') נאור ביקשה להחיל דרישה לאישור מוקדם כאמור בכל מקרה של פתיחה בחקירה או העמדה לדין, גם אם מדובר בעובד ציבור זוטרי. כנגד זה גרס השופט הנדל, בדעת מיעוט לעניין זה, כי יש לחלק את עובדי הציבור לשלוש קבוצות – דרג בכיר, דרג בינוני ודרג זוטרי – ולהחיל את דרישת האישור המוקדם רק לגבי שתי הקטגוריות הראשונות. ראו רע"פ סגל, לעיל ה"ש 6, פס' 59 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור ופס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל. יצוין כי בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין Janowski, לעיל ה"ש 213, לא נערכה הבחנה בין עובדי ציבור בכירים, עובדים בדרג בינוני ועובדים זוטרים.

אם לסכם עד כאן, הצגתי לעיל הצעה מפורטת להגדרת עברה פלילית של התנכלות מקוונת. הצגתי יסודות לעברה הכללית, וכן מאפיינים אחדים שרלוונטיים לשתי קבוצות ייחודיות: האחת, קבוצת הקטינים, אשר פגיעה במיוחד וראויה להגנה מוגברת; והאחרת, קבוצת עובדי הציבור, שמעוררת דיון מורכב יותר הן מבחינת הצורך להגן עליהם על רקע מילוי תפקידם הציבורי והן מבחינת הערך המוגן המוגבר העשוי להתקיים כאשר מדובר בביקורת – גם אם בוטה – על התפקוד של עובד הציבור או של המוסד הציבורי שבו הוא עובד. כפי שהראיתי לעיל, כאשר פרסום מסוים מכווך כלפי עובד ציבור ונוגע במילוי תפקידו, יש להוכיח יסודות נוספים, מצמצמים יותר, על מנת שהפרסום יעלה כדי עברה פלילית.

האפקט האקספרסיבי של העברה המוצעת יבוא לידי ביטוי בכמה היבטים. היבט אחד הוא כלפי הציבור הרחב – העברה הפלילית תשמש "סימון" של המחוקק לגבי התנהגויות או ביטויים במרחב המקוון הנתפסים כלא לגיטימיים וכראויים אף להתערבותו של המשפט הפלילי. התיוג העברייני של ההתנכלות המקוונת חשוב מקום שפרטיותו וכבודו של הנפגע הפוטנציאלי ברשת אינם מוגנים באופן ישיר, אלא באופן עקיף בלבד, באמצעות "איים" של הפללה. היבט שני הוא כלפי הציבור הרחב ככולל את קבוצת הנפגעים הפוטנציאליים. היבט שלישי הוא כלפי ציבור הקטינים וקבוצת עובדי הציבור, שהם שתי קבוצות של נפגעים פוטנציאליים שהמחוקק יתייחס אליהן ויקבע תנאים מיוחדים להגנה עליהן מפני התנכלות מקוונת.

כיצד תשפיע קביעתה של העברה החדשה המוצעת כאן על עברות אחרות שיש להן קרבה רעיונית מסוימת לנושא של התנכלות מקוונת? הדברים אמורים במיוחד לגבי העברה על חוק איסור לשון הרע, ובהקשר של התנכלות מקוונת כלפי עובדי ציבור הדברים אמורים גם ביחס לעברות של העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט. באשר לתחולתן של עברות ותיקות אלה לגבי התנכלות במרחב המקוון: על פניו, מכיוון שהעברה החדשה נועדה לחול על פרסומים או התנהגויות אחרות במרחב המקוון, ניתן לומר שההוראה הספציפית אמורה להוציא מכלל תחולה את ההוראה הכללית יותר (lex specialis derogat legi generali).²¹⁵ מעבר לכלל הפרשני, אף בפרזימה של חופש הביטוי מתבקשת התוצאה של הימנעות משימוש בעברות הכלליות של לשון הרע או העלבת עובד ציבור, המנוסחות באופן מרחיב יותר מן העברה המוצעת כאן.

ומה באשר לעברות של לשון הרע, העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט במרחב הפיזי? ברמה הדוקטרינרית הבסיסית ניתן לומר כי לנוכח העובדה שהעברה המוצעת כוללת יסוד מוטא טכנולוגיה של ביצוע ההתנכלות "באמצעים מקוונים", אין העברה המוצעת החדשה מאיינת את השימוש בעברות הוותיקות כאשר הן מתבצעות במרחב

215 ליישום של כלל פרשני יסודי זה במשפט הפלילי ראו, כדוגמה בלבד, ע"פ 7230/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 528, 513 (1997); ע"פ 3417/99 הר"שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 766, 735 (2001); בש"פ 5535/13 מדינת ישראל נ' שימשילשווילי, פס' 10–11 להחלטתו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.8.2013). להרחבה נוספת ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 551–554, 572–569 (1992).

הפיזי או בעולם המדיה הלא-מקוונת. עם זאת, ייתכן שיש בכל זאת מקום להרהר בדבר ההצדקה לקיומן של העברות הוותיקות בנוסחן הנוכחי, המרחיב, וזאת משלושה טעמים: ראשית, ממילא השימוש בעברות אלה אמור להיעשות במשורה, בהתאם להנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה ולפסיקתו של בית המשפט העליון. שנית, פסיקתו של בית המשפט העליון, לפחות בכל הנוגע בעברה של העלבת עובד ציבור, הכניסה למעשה יסודות נוספים לעברה הפלילית, כך שבדרך של חקיקה שיפוטית הוצרו ממילא העברות האמורות.²¹⁶ שלישית, ניסוחה של העברה המוצעת כאן במאמר מדגיש עוד יותר את הפער בינה לבין העברות הוותיקות, שאינן מתאימות למשטר משפטי המבקש להעצים את חופש הביטוי, את השיח הציבורי ואת ביקורתו של הפרט על המגזר הציבורי ועל הדרג הנבחר. הדיון בעתידן של העברות הוותיקות חורג מגבולותיו של מאמר זה, אולם ניכר שתהליך ניסוחה של העברה המוצעת מוביל בהכרח לזיקוק הערכים הראויים להגנה. תהליך זה של מירוק הערכים המוגנים משליך לאחור גם על העברות הוותיקות, ומשפר את האופן שבו נכון לפרשן ולהחילן על התנהגויות וביטויים במרחב הפיזי. תהליך זה אינו ייחודי לענייננו. הוא מתרחש גם ב"אתרים" אחרים של המשפט כאשר בוחנים את תחולתו של הדין הקיים על תופעות והתנהגויות חדשות שהמרחב המקוון מזמן.²¹⁷

פרק ו: התנכלות מקוונת ואכיפה חלופית

ליבת המאמר דנה בשאלת ההפללה של ההתנכלות המקוונת כעברה עצמאית לעומת האיסורים שבדין הקיים. כפי שטענתי, ראוי ליצור איסור פלילי חדש של התנכלות מקוונת, תוך התייחסות קונקרטית לשתי קבוצות של נפגעים פוטנציאליים: האחת היא קבוצת הקטינים, והאחרת היא קבוצת עובדי הציבור. אולם העיסוק בעברה פלילית במרחב הסייבר מחייב התייחסות מיוחדת לא רק לשאלת הדין הפלילי המהותי, אלא גם לשאלת האכיפה הפלילית. את הניתוח המלא של אתגרי האכיפה הפלילית במרחב

216 כך, למשל, בעברה של העלבת עובד ציבור הבחין בית המשפט העליון בין ביטוי פוליטי לביטויים אחרים, וצמצם באופן ניכר את האפשרות להחיל את העברה על ביטויים שיאופיינו כ"פוליטיים". כן נקבע מבחן הסתברותי מחמיר של ודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו הציבורי של עובד הציבור, ואגב כך לפגיעה במערכת השירות הציבורי ולאמון הציבור בה. ראו לעיל את הניתוח של דנ"פ **אונגרפלד** ורע"פ **סגל** בחלק ג(א). באשר לפרשנות וליישום המצמצמים של עברת לשון הרע ראו לעיל תת-פרק 11 והאסמכתאות בה"ש 83, ובאשר לפרשנות וליישום המצמצמים של העברה של זילות בית המשפט ראו לעיל חלק ג(א).

217 למהלך דומה של זיקוק הערכים המוגנים בכל הנוגע בתיקון 118 לחוק העונשין, שהוסיף את איסור הצריכה של תכנים פדופיליים, ראו ויסמונסקי "קידום המאבק בפדופיליה המקוונת", לעיל ה"ש 182. כן ראו ויסמונסקי **חקירה פלילית במרחב הסייבר**, לעיל ה"ש 73, בעמ' 325-326 ו-330-332, בכל הנוגע בפיתוח דיני החקירה הפלילית לגבי עברות פליליות במרחב הסייבר.

הסייבר, בפרט בנוגע לעברות ביטוי, ערכתי במסגרת אחרת.²¹⁸ בהקשר הנדון כאן אתייחס לסוגיה בקצרה בלבד.

כפי שהראיתי לעיל בפרק ב, כמה ממאפייניו המשפטיים-הטכנולוגיים של המרחב מקשים מאוד את אכיפת הדין הפלילי בפועל. הדברים אמורים במיוחד לגבי המאפיינים של אנונימיות, תיווכיות ובין-לאומיות. במרחב המקוון, בפרט בהקשר של עברות על דרך פרסום, ירבו המקרים של פרסום פוגע אשר ידוע וחשוף לכל אך ללא יכולת לאתר את מבצע העברה או להביאו לדין. זאת, מכיוון שמבצע העברה נהנה מאנונימיות או משום שהמידע החקירתי הדרוש מצוי בידי ספקיות שירות שונות מחוץ לישראל וקשה מבחינה מעשית לקבלו או שאי-אפשר לקבל עזרה משפטית מהמדינות הזרות בשל העדר "פליליות כפולה". המשפט הפלילי מבוסס על איתור חשוד וחקירתו, הגשת כתב אישום אם יש ראיות מספיקות להעמדה לדין, הרשעה אם הוכחה האשמה מעבר לספק סביר, וענישה. לכל אורך ההליך ניצב במוקדו האדם שההתנהגות האסורה מיוחסת לו. ללא חשוד-נאשם-נידון אין הליך פלילי.²¹⁹ לפיכך, ככל שיש קושי להביא נאשם לדין, תיפגע יכולתו של המשפט הפלילי "למלא את תפקידו" נאמנה. בנסיבות אלה יש מקום לפתח, לצד האכיפה הפלילית הקלסית, אסטרטגיה משלימה של "אכיפה חלופית". הכוונה באכיפה חלופית היא לפעולות בעלות תוקף משפטי שנועדו להתמודד באופן ישיר עם העברה, ולא עם העברייני; עם הפרסום, ולא עם המפרסם. האכיפה החלופית נועדה להפחית את נזקי הפרסום באופן ישיר, על ידי צמצום היחשפותו של הציבור הרחב אל הפרסומים האסורים, ולא בדרך של ניהול משפט נגד מבצע העברה.²²⁰

את אסטרטגיית האכיפה החלופית אפשר ליישם באמצעים שונים. אפרט להלן ארבע פעולות עיקריות שמטרתן צמצום ההיחשפות אל התוכן האסור עצמו.²²¹ האחת היא הסרת תכנים אסורים באופן ישיר, באמצעות איתור התוכן האסור וביצוע פעולות שמטרתן להביא לידי הסרת הפרסום מהמרחב. פעולה שנייה היא חסימת הגישה אל התוכן האסור, כלומר, יצירת חסימה פיזית-טכנולוגית אשר תמנע את הציבור הרחב מלהיחשף לתכנים האסורים ובכך תצמצם את השפעתם.²²² פעולה שלישית היא סינון

218 ראו חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עברות ביטוי במרחב הסייבר" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 691 (משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך, 2017) (להלן: ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית").

219 ראו ס' 236 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי אם אדם נפטר, ייפסק כל הליך פלילי נגדו. זאת, בהתאם לעיקרון שאין משפט פלילי ללא נאשם.

220 להרחבה בעניין שיטת פעולה זו ראו ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית", לעיל ה"ש 218, פרק ג.

221 להרחבה ראו שם.

222 ניתן למנות חמש דרכים ליצירת חסימה פיזית-טכנולוגית כזו: (1) חסימה לפי כתובת IP, כך שכאשר משתמש מרשתת יבקש להתקשר לכתובת ה-IP של אתר מסוים, ספקית השירות תמנע ממנו את ההתקשרות האמורה; (2) הסרת הרישום של שם המתחם של אתר פוגעני מסוים משרתי ה-DNS המדינתיים; (3) חסימה לפי שרת ה-DNS הספציפי הממען את גולש המרשתת ליעדו, כך שכאשר ייקלד שם המתחם של אתר אסור, תופסק פעולתו של שרת ה-DNS עבור הגולש המבקש; (4) חסימה באמצעות סינון על ידי פרוקסי – בהנחה שמשתמשי המרשתת יחויבו לגלוש באמצעות שרת

תכנים אסורים ממנועי חיפוש, כך שתוצאות חיפוש מסוימות לא יוצגו למשתמשים. מכיוון שמנועי החיפוש מהווים הלכה למעשה "שער הכניסה" למרשתת,²²³ יש בכך כדי להפחית במידה משמעותית את היחשפותו של הציבור הרחב לתכנים הפוגעניים. הפעולה הרביעית היא ניתוק המשתמש מהשירות או מהיישומן הרלוונטיים.²²⁴

חשוב לציין כי אסטרטגיית האכיפה החלופית אינה רלוונטית אך ורק במקרים שבהם אי-אפשר לאתר את החשוד או להביאו לדין. ככל שיש הצדקה לנקיטת אסטרטגיה של אכיפה חלופית כאשר החשוד אינו מאותר או מובא לדין, מובן שאותה הצדקה תתקיים גם כאשר הוא מובא לדין, לא כל שכן כאשר הוא מורשע בפסק דין חלוט, שאז בוודאי נכון – על דרך קל וחומר – שתינתן הסמכות להורות על הפסקת ביצוע העברה. עד לא מכבר היה אפשר למצוא בדין הקיים רק שתי הוראות ספציפיות – בחוק הגנת הפרטיות²²⁵ ובחוק איסור לשון הרע²²⁶ – אשר אפשרו, בצד נקיטת הליכים פליליים או אזרחיים נגד המפרסם, לדרוש הן מהמפרסם והן מספקית השירות המנגישה או מאפשרת את הפרסום להסיר את התוכן. נוסף על כך, הוראות התפיסה והחילוט הרגילות שבפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, אפשרו "תפיסה" של המידע הממוחשב המגלם את הפרסום האסור – ככל שזה אגור בשרת בישראל – במסגרת חקירה פלילית בגין הפרסום האסור.

אסטרטגיית האכיפה החלופית כלפי עברות פליליות במרחב הסייבר קודמה בעת האחרונה באופן ניכר, עם כניסתו לתוקף של חוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017 (להלן: חוק הסמכויות).²²⁷ חוק הסמכויות הקנה למדינה כלים לאפשר התמודדות עם תופעות של פרסומים לא חוקיים במרשתת

פרוקסי, אותו שרת יפעיל סינון תכנים ויעביר לגולשים רק תכנים "מסוננים"; (5) חסימה על ידי האתר עצמו כלפי משתמשי מרשתת ממדינה מסוימת לפי כתובות ה-IP של אותה מדינה, בטכניקה המכונה גם geo-blocking.

²²³ עוד על הדומיננטיות של מנועי החיפוש במסגרת ה"גלישה" במרשתת ראו Niva Elkin-Koren, *Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing*, 26 U. DAYTON L. REV. 179, 180–185 (2001).

²²⁴ עיקר הדיון בפעולה זו התקיים עד היום בהקשר של דיני זכויות יוצרים וניתוק המשתמש המפר מהמרשתת או מהמסדת שבה ביצע את הפרות. לסקירת המדינות שאימצו מודל זה בחקיקתן ראו Eldar Haber, *The French Revolution 2.0: Copyright and the Three Strikes Policy*, 2 HARV. J. SPORTS & ENT. L. 297, 300–306 (2011).

²²⁵ ס' 29(א)(1) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי נוסף על כל עונש או סעד אחר, רשאי בית המשפט, במשפט פלילי או אזרחי בשל הפרה של הוראה מהוראות חוק זה, להוציא צו האוסר את הפצת החומר הפוגע בפרטיות. בידי בית המשפט נתונה גם הסמכות להורות על איסוף החומר הפוגע מכל צד שלישי המחזיק בו, וכן הסמכות להורות מה ייעשה בחומר שנאסף.

²²⁶ ס' 9(א)(1) לחוק איסור לשון הרע קובע כי נוסף על כל עונש או סעד אחר, רשאי בית המשפט, בהליך פלילי או אזרחי בשל לשון הרע, להורות על איסור הפצתו של עותקי החומר הפוגע או על החרמתם. צו החרמה כוחו יפה לכל מי שמצויים ברשותו עותקים מהחומר הפוגע, אף אם הוא אינו צד להליך.

²²⁷ חוק הסמכויות נכנס לתוקף ביום 26.9.2017.

באמצעות שלושה סוגים של צווים שיכול שיוצאו על ידי שופט מחוזי: צו הגבלת גישה לאתר מרשתת, אשר יופנה לספקיות הגישה למרשתת ויורה להן לא לאפשר את הגישה לאתר מושא הצו למשתמשים המבקשים לגלוש אליו; צו הסרה של אתר מרשתת משרת, אשר יופנה לספקיות שירותי האחסון (המעניקות שירותי אחסון מידע על גבי שרתים שהן מפעילות) ויורה להן להסיר את האתר מהשרת; וצו הגבלת איתור, אשר יופנה למנועי החיפוש ויורה להם להסיר את האתר מושא הצו מתוצאות החיפוש. השימוש בסמכויות שהוענקו בחוק זה יתאפשר בנוגע לרשימה סגורה של עברות: אתרי מרשתת של ארגוני טרור, אתרי מרשתת שמפרסמים פרסומים פדופיליים, אתרים שמתבצע בהם סחר בסמים מסוכנים, אתרים המפרסמים שירותי זנות ואתרים המארגנים הגרלות והימורים אסורים. כמו כן, הממשלה מקדמת הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשע"ח-2018 (להלן: הצעת חוק הסרת תוכן). הצעת חוק הסרת תוכן עברה בקריאה ראשונה ביום 2.1.2017, ועניינה בהענקת סמכות לשופט מחוזי להורות בצו שיפוטי על הסרה של תוכן המהווה מעשה שהוא עברה פלילית מהמרשתת, וזאת כאשר הונחה דעתו כי התוכן עולה כדי מעשה עברה המשקף סיכון לבטחון המדינה, לבטחון הציבור או לבטחונו של אדם. הצעת החוק אף קובעת כי לאחר הרשעה בפסק דין חלוט בגין פרסום העולה כדי עברה פלילית, יוכל השופט שדן בתיק הפלילי להורות, נוסף על כל עונש אחר, על הסרת התוכן מהמרשתת, וזאת ללא צורך בהוכחת יסוד הסיכון לבטחון המדינה, לבטחון הציבור או לבטחונו של אדם.

מבחינתה של המדינה בכובעה כאוכפת החוק, פעולות האכיפה החלופית יכולות להתבצע בשני אפיקים – אפיק וולונטרי ואפיק של הפעלת סמכות פורמלית. באפיק הוולונטרי הכוונה לדיווחים של המדינה לספקיות השירות על קיומו של פרסום בלתי ראוי. התוכן נבחן על פי "תנאי השימוש" (terms of use או terms of service) של ספקית השירות, ובהתאם לתוצאות הבחינה הספקית מחליטה אם להסיר את התוכן או להגביל את צריכתו – למשל, על ידי אזהרה כי מדובר בתוכן העלול להיות פוגעני, דרישת הצהרה ממשתמש המרשתת כי הוא מעל לגיל מסוים, או הימנעות מלהציע את התוכן למשתמש (כתוכן מומלץ או כתוכן הקשור לזה הנצרך על ידי המשתמש).²²⁹ באפיק של

228 בשמה הקודם – הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז-2016, ה"ח הממשלה 742. מאז נדונה ההצעה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במסגרת הכנתה לקריאות השנייה והשלישית בתאריכים 22.11.2017, 25.12.2017, 8.5.2018, 22.5.2018, 25.6.2018, 3.7.2018 ו-15.7.2018.

229 בהקשר זה ראוי לציין את הצהרתה של Youtube כי היא תנקוט צעדים של הפחתת חשיפה גם כלפי סרטונים פוגעניים או שליליים שאינם מפרים באופן ישיר את תנאי השימוש. הפחתת החשיפה תיעשה בדרך של חסימת האפשרות להגיב עליהם והימנעות מלהציעם למשתמש בגדר "סרטונים מומלצים" לצפייה. ראו Kent Walker, *Four Steps We're Taking Today to Fight Terrorism* Online, GOOGLE BLOG (June 18, 2017), blog.google/topics/google-europe/four-steps-were-taking-today-fight-online-terror/. כדוגמה לסרטונים שכלפיהם יינקטו הפעולות האמורות של הפחתת החשיפה, ציינה Youtube תכנים שעניינם עליונות הגזע הלבן כביכול (white supremacy).

הפעלת סמכות פורמלית הכוונה להצגת צו שיפוטי האוסר פרסום או הפצה של התוכן או להצבעה על הוראת חוק האוסרת פרסום או הפצה כאמור.²³⁰ במסגרת אפיק זה הסטנדרט המופר הוא של המדינה, ולא של ספקית השירות, והמדינה מבקשת לאכוף את דינה בנוגע לפרסום המקוון.

נראה כי יהא על המדינה לפעול גם בדרך של אכיפה חלופית כאשר תיעבר עברה של התנכלות מקוונת. לשם כך יש להעניק לה סמכויות לחייב את המפרסם ואת ספקיות השירות הרלוונטיות להסיר את התוכן הפוגע שהוא חלק מההתנכלות המקוונת או לצמצם את ההיחשפות אליו בתוצאות החיפוש במנוע החיפוש או בכל מסדת אחרת המנגישה את התוכן הפוגע. אומנם אין להקל ראש בפגיעה הגלומה במניעת ביטוי מבלי שיקדם לכך הליך שיפוטי מלא של קביעת אשמה,²³¹ אולם אם הונחה דעתו של השופט כי הביטוי עלה כדי התנכלות מקוונת, ראוי לטעמי למנוע את המשך ההתנכלות, ולא להמתין לגמר ההליך הפלילי. לשם השוואה אציג את ההסדר הקיים בחוק מניעת הטרדה מאיימת. סעיף 2(א) לחוק מגדיר "הטרדה מאיימת" כ"הטרדתו של אדם בידי אחר בכל דרך שהיא או נקיטת איומים כלפיו, בנסיבות הנותנות בסיס סביר להניח כי המטריד או המאיים עלול לשוב ולפגוע בשלוות חייו, בפרטיותו או בחירותו של האדם או כי הוא עלול לפגוע בגופו". סעיף 2(ב) לחוק מפרט כמה נסיבות חלופיות שעשויות לעלות כדי הטרדה מאיימת, ובכלל זה בילוש או התחקות, פגיעה בפרטיות בדרך אחרת, נקיטת איומים, יצירת קשר בעל פה או בכתב ופגיעה ברכוש, בשם הטוב או בחופש התנועה של אדם. סעיף 4 לחוק קובע כי בית המשפט מוסמך לתת צו למניעת הטרדה מאיימת שיאסור על אדם להמשיך בהטרדת האדם המוטרת בכל דרך שהיא, לרבות בדרך של איום עליו, בילוש או התחקות אחריו או פגיעה בפרטיותו בכל דרך אחרת, ואף בדרך של יצירת קשר עם המוטרת בעל פה, בכתב או בכל דרך אחרת. היה אם שוכנע בית המשפט כי יש חשש לפגיעה ממשית בשלוות חייו של המוטרת, הוא יוכל לקבוע בצו למניעת הטרדה מאיימת גם איסורים נוספים. למשל, הוא יוכל לאסור על המטריד לשאת נשק או להורות על הרחקתו הפיזית מסביבתו של המוטרת.

חוק מניעת הטרדה מאיימת נוסח עבור הטרדה בעולם הפיזי, וניכר מלשונו שהוא מכוון גם לחשש מפני פגיעה פיזית במוטרד. עם זאת, החוק מתייחס גם להטרדה בדרך של פגיעה בשמו הטוב של המוטרת וכן ליצירת קשר עם המוטרת בכתב או "בכל אמצעי אחר". מבחינה רעיונית, מרכיבים אלה כבר קרובים יותר לענייננו. אולם מעבר לכך, העיקרון המגולם בחוק זה – של הליך צופה פני עתיד ושל הענקת סעד של מניעת הטרדה ללא קיום הליך משפטי אזרחי או פלילי – דומה ביסודו לעיקרון של הפסקת

230 מעבר לחוק ולהצעת החוק שנמנו לעיל, ניתן להצביע גם על הוראות חוק האוסרות פרסום אף ללא צו שיפוטי קונקרטי, כגון ס' 352 לחוק העונשין, האוסר חשיפת פרטים מזהים של מתלוננת בעברת מין; ס' 24 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), המגן על קטינים מפני פרסומים מזיקים; וס' 70(א) לחוק בתי המשפט, האוסר פרסומים של תוכן מדיונים שהתקיימו בבית המשפט בדלתיים סגורות.

231 לדין מורחב בביקורת מכיוון חופש הביטוי על פעולות של אכיפה חלופית, וכן להצגתן של ביקורות נוספות, ראו ויסמונסי "אכיפה אלטרנטיבית", לעיל ה"ש 218, פרק ד.

ביצוע העברה והפחתת נזקיה, שהוא אותו עיקרון שבבסיס האסטרטגיה של אכיפה חלופית. הסדר מסוגו של חוק מניעת הטרדה מאיימת – אשר יכול לא רק למפרסם עצמו, אלא גם לספקית השירות המאפשרת את הפרסום או מנגישה אותו – יכול לשמש מודל לקביעת הסדר של הסרת תכנים או צמצום פגיעתם גם בכל הנוגע בהתנכלות מקוונת.

נוסף על האמור, וביתר פירוט, אציע עוד כמה קווי יסוד למודל של אכיפה חלופית בנוגע לעברה של התנכלות מקוונת:

1. במקרה של הרשעה חלוטה בעברה של התנכלות מקוונת יוכל השופט הדין בעברה להורות על הסרת התוכן או צמצום הגישה אליו בכל דרך (הן הסרה ישירה, הן חסימת גישה והן סינון תוצאות חיפוש).
2. ככל שעוד לפני הרשעה יתבקש צו להסרת תוכן או לצמצום ההיחשפות להתנכלות מקוונת, יידרש התובע להציג ראיות מנהליות לקיומה של עברת התנכלות מקוונת. הראיות המנהליות יתבססו, בראש ובראשונה, על תוכן הפרסום, על הקשרו ועל פרסומים קודמים (ככל שמדובר בשרשרת של פרסומים). ככל שהדבר אפשרי, יש להציג ראיות, מידע או הערכות מבוססות לגבי תגובת הנפגע על הפרסום, לגבי השפעתו של הפרסום על קהל היעד שנחשף אליו (בין בדרך של תגובות ישירות על גבי המסדת שבה הופץ הפרסום ובין בכל דרך בלתי ישירה) או לגבי פוטנציאל ההפצה של הפרסום.
3. בדומה למודל שנקבע בחוק הסמכויות ובהצעת חוק הסרת תוכן, וכפועל יוצא מן החשש לפגיעה עודפת בחופש הביטוי, ראוי שבקשות להסרת תוכן העולה כדי התנכלות מקוונת או לצמצום ההיחשפות אליו יוגשו על ידי תובע שיוסמך לכך במיוחד על ידי היועץ המשפטי לממשלה.²³² כמו כן ראוי שההחלטה השיפוטית בעניין תימסר לשופט מחוזי.²³³
4. בדומה לקבוע בחוק מניעת הטרדה מאיימת בנוגע לסעדים מרחיקי הלכת של נטילת נשק או הרחקה מסביבתו של המוטריד, גם הסעד של הסרת תוכן העולה כדי התנכלות מקוונת או צמצום ההיחשפות אליו יינתן רק אם ישוכנע בית המשפט כי יש חשש לפגיעה ממשית בשלוות חייו של הנפגע.
5. בכל הנוגע בשתי הקבוצות הייחודיות שמניתי במאמר – של קטינים ושל עובדי ציבור – ראוי לקבוע הוראות מיוחדות באשר לאופן שבו יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו בבואו לבחון בקשות במסלול האכיפה החלופית:
 - א. בכל הנוגע בציבור הקטינים יהיה אפשר לקבוע חזקה הניתנת לסתירה כי יש חשש ממשי לפגיעה ממשית בשלוות חייו של הנפגע.
 - ב. בכל הנוגע בעובדי הציבור יהיה אפשר לקבוע כי אם קיים יסוד להניח שההתנכלות נובעת מתפקידו של עובד הציבור, אזי בצד האפשרות להעניק את סעד האכיפה החלופית אם יוכח חשש לפגיעה ממשית בשלוות חייו של הנפגע,

232 ראו הגדרת "תובע" בס' 1 לחוק הסמכויות ובס' 1 להצעת חוק הסרת תוכן.

233 ראו ס' 2(א) לחוק הסמכויות וס' 2(א) להצעת חוק הסרת תוכן.

יהיה אפשר להעניקו גם במקרה שתוכח ודאות קרובה לפגיעה בתפקודו המקצועי של עובד הציבור או לפגיעה באמון הציבור בגוף שהוא משתייך אליו.²³⁴ הנה כי כן, כאשר מדובר בהתנכלות מקוונת לעובד ציבור, יוכל בית המשפט להוציא צו להסרת התוכן הפוגע או לצמצום הגישה אליו באחד משלושה מצבים: פגיעה בעובד הציבור כאדם פרטי (שאז יש להוכיח חשש לפגיעה ממשית בשלוות חייו של עובד הציבור); פגיעה בתפקודו המקצועי של עובד הציבור (שאז יש להוכיח חשש לפגיעה ברמה של ודאות קרובה); ופגיעה באמון הציבור בגוף שעובד הציבור מועסק בו ונתפס על ידי הציבור כמייצגו (שגם אז יש להוכיח חשש לפגיעה ברמה של ודאות קרובה).²³⁵

כנגד המודל של אכיפה חלופית – קרי, של הפסקת ביצוע העברה בדרך של הסרת התוכן או צמצום ההיחשפות אליו – יכולה להישמע הביקורת כי הסעדים שיינקטו לא יוכלו להתמודד עם הקצב והאופי של ההתפשטות הווירלית בעידן הרשתות החברתיות והתקשורת המבוזרת מנקודה לנקודה (peer-to-peer).²³⁶ אכן, היכולת לאתר את הפרסום האסור ויכולת הפעולה של רשויות האכיפה והמשפט בנוגע לפרסום – באמצעות הגשת בקשה לבית המשפט, דיון והכרעה בה ואכיפת הצו השיפוטי – אינן מתאימות תמיד לבליימת הפרסום בעודו באיבו. אולם בכוחם של צעדי האכיפה החלופית למנוע את המשך ההתפשטות ואת נגישותו של הפרסום המשפיל בכל עת ועד עולם. הסרה של התוכן לאחר פרסומו מפחיתה את פגיעתו, אף שהיה עדיף כמובן, מבחינתו של הנפגע, שהוא לא היה מפורסם כלל מלכתחילה. פעולה בדיעבד של הסרת הפרסום או צמצום הגישה אליו יכולה להקטין את אות הקלון שיהיה חקוק על מצחו של הנפגע, ואולי אף לתחום אותו בזמן, אם התוכן לא יהיה ניתן עוד לאחזור. היא עשויה גם לצמצם את המשך התפשטותו של הפרסום לקהלים נוספים. יצוין עוד כי העובדה שהפרסום מטופל לאחר שיצא לאור דווקא מפחיתה את עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת. זאת, מכיוון שהציבור יכול לדעת שחשיפת הפרסום נמנעה ממנו (שכן הוא לא צונזר לפני יציאתו לאור), וכן מכיוון שבית המשפט יכול לאמור באופן ממשי יותר את תפוצתו של הפרסום, את התגובות עליו ואת פוטנציאל הנזק הגלום בו לפני שהוא מוציא צו להסרתו או לצמצום הגישה אליו.

234 מבחן הודאות הקרובה שפורט כאן שאול ממבחני הודאות הקרובה של העברה של העלבת עובד ציבור. ראו דנ"פ **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 6, פס' 29–31 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה; רע"פ **סגל**, לעיל ה"ש 6, פס' 50–54 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור.

235 שלושת סוגי הפגיעות האמורות בעובד הציבור הוכרו כאינטרסים מוגנים בדנ"פ **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 6. ראו עוד לעיל ליד ה"ש 140–141.

236 להצגה מלאה של הביקורת מן הסוג האמור ראו ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית", לעיל ה"ש 218, פרק ד.

סיכום

התנכלות מקוונת היא שם קיבוצי למגוון תופעות של פגיעה מקוונת חמורה וקיצונית שחורגת מהסטנדרט הראוי להגנת חופש הביטוי ואשר בכוחה לפגוע באופן מרחיק לכת בנפגע. ההתנכלות המקוונת שונה מפרסומים פוגעניים מהעידן הישן בשל העובדה שתכונותיו המשפטיות-הטכנולוגיות של מרחב הסייבר הקלו את הפרסומים, הגבירו את השפעתם בפועל ואת השפעתם הפוטנציאלית, והקשו את איתור המבצעים. כפי שהראיתי, קיימות כיום כמה עברות פליליות בדין הישראלי המכסות מובנים מסוימים של ההתנכלות המקוונת. אולם עברות אלה לא נוסחו במקור למטרת התמודדות עם המרחב המקוון, ועל כן הן מכסות באופן חלקי בלבד את ההתנהגות האסורה שבמוקד דיוננו. כפי שטענתי, ראוי להפיל באופן ממוקד ונפרד את ההתנכלות המקוונת, על מנת לחבוק את כל המופעים של ההתנהגות האסורה תחת הוראת חוק אחת, ועל מנת לתייג את המעשה של התנכלות מקוונת כמעשה אסור באופן ברור ומפורש.

בפרק ה של הדיון ביקשתי לשרטט את גבולותיה של העברה החדשה. כפי שהראיתי, יש מקום לקבוע את האיסור הכללי ולאחר מכן לייחד נסיבות מיוחדות בנוגע לשתי קבוצות ייחודיות של נפגעים פוטנציאליים. האחת היא קבוצת הקטינים, שלגביה ראוי להחיל הגנה מוגברת, ועל כן העברה המוצעת מוגדרת לגביה באופן רחב יותר. ואילו הקבוצה האחרת היא קבוצת עובדי הציבור, שלגביה התמונה מורכבת יותר, שכן מחד גיסא ראוי להימנע מצינון יתר של ביקורת ושיח ציבורי מותרים – ואף ראויים לעידוד – על תפקודם, ומאידך גיסא ראוי להעניק להם הגנה כאשר הם חווים התנכלות על רקע מילוי תפקידם, בפרט כאשר הדבר מחליש אותם כעובדי ציבור או מחליש את אמון הציבור בגוף הציבורי שבמסגרתו הם פועלים. על כן העברה המוצעת בעניינם מוגדרת באופן מצמצם יותר. בפרק ו של הדיון הצגתי את הטענה כי ראוי, לצד קביעתה של עברה חדשה, גם להעניק סמכות להורות על הסרת התכנים העולים כדי התנכלות מקוונת או על צמצום הגישה אליהם.

אין ספק שקביעת עברה חדשה המגבילה את חופש הביטוי וכן קביעת סמכות להסרת תוכן אף ללא משפט הן צעדים משפטיים לא פשוטים, המגלמים התנגשות עם זכויות חוקתיות של חופש ביטוי, מחד גיסא (מצד המפרסם), ושל חופש השימוש ברשת, מאידך גיסא (מצד משתמשי המרשתת). אולם המציאות המקוונת היא מציאות של מילים, סרטים ותמונות (כולם ביטויים). במציאות כזאת ההתנכלות המקוונת יכולה ליהפך לאיום ממשי על כבודו, שמו הטוב, פרטיותו ואף זהותו של הנפגע. במקרה של סיכון ממשי לפגיעה קונקרטיית באדם כתוצאה מהתנכלות מקוונת נכון לערב את המשפט הפלילי ונכון לנקוט צעדי אכיפה חלופיים להפחתת נזקיהם של פרסומי ההתנכלות.