

המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

הדרכה בכתיבה אקדמית תשע"ה

מרצה: עו"ד רן לוסטיגמן

בלי פאניקה

על חקיקה וטכנולוגיה מתקדמת

בעקבות פסק הדין: ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.7.2015)

מגישים

תום אלבס

אדר גרין

3	מבוא
3	פרק א': פסק הדין בע"פ דביר נ' מדינת ישראל
4	פרק ב': שיר הלל לטלפון החכם
6	פרק ג': על חקיקה וטכנולוגיה
8	פרק ד': דטרמיניזם מול אימפריאליזם
9	סיכום
10	רשימת ספרות

מבוא

בספר המדע-הבדיוני הקלאסי "מדריך הטרמפיסט לגלקסיה" מאת דאגלס אדמס,¹ שראה אור לראשונה ב-1979 בבריטניה, מסופר על ספר אלקטרוני, שהוא בעצם מדריך למסע בשביל החלב. המדריך מכיל את כל המידע הקיים, ומשתנה תדיר באמצעות סוכנים שנעים לאורכה ולרוחבה של הגלקסיה. זהו כנראה הדבר הקרוב ביותר לרשת האינטרנט שנהגה בספר מדע-בדיוני קלאסי. במלים אחרות, אפילו סופרי המדע-הבדיוני לא חזו את האינטרנט (וכפי שנראה בהמשך, גם לא מנשחי חוק המחשבים הישראלי).

אכן, סופרים רבים בתחום הגו חידושים טכנולוגיים שלא התממשו, ומנגד החמיצו התפתחויות טכנולוגיות שדווקא כן קרו. אם כך קורה לאנשים שמקדישים את עבודתם לחיזוי העתיד, ודאי שלא נצפה מאחרים, ובכלל זה מחוקקים ושופטים, לדעת מה ילד יום בזירה הטכנולוגית.

הטכנולוגיה והמשפט כאחד מלווים כמובן את התרבות האנושית מראשית ימיה. כיום הטכנולוגיה המתקדמת טומנת בחובה תועלת אדירה וגם סיכונים גדולים, שמזמינים התערבות משפטית. אבל ההתפתחות הטכנולוגית מואצת כל כך, עד שברור שהיא לעולם תקדים את החוק.²

השאלה שמעניינת אותנו היא איך צריך אם כך המחקק להתמודד עם שינויים וסיכונים שיוצרת הטכנולוגיה? נדמה שהמוטו של "מדריך הטרמפיסט לגלקסיה" – "בלי פאניקה!" – יכול להתאים גם למשימה זו, כפי שננסה להראות בהמשך.

בפרק הראשון נציג את פסק-דינו של שופט בית המשפט העליון יצחק עמית, הקובע הלכה הנוגעת לטלפונים חכמים. בפרק השני נבקר את פסק הדין – תחילה נסקור בקצרה כמה בעיות שעולות לדעתנו מן ההחלטה של עמית בנוגע לעצם הערעור שהוא דן בו, ואחר כך נרחיב בביקורת על אותו חלק בפסק הדין המוקדש לטלפון החכם. בפרק השלישי נדון בשאלה שאליה הובילו אותנו דבריו של השופט עמית, והיא – איך ראוי לנסח חקיקה בעניינים טכנולוגיים? נבקש להראות כי בתחום זה במיוחד חשוב להותיר את הניסוח פתוח להתאמה לשינויים התכופים.

פרק א': פסק הדין בע"פ דביר נ' מדינת ישראל

פסק הדין הנדון הוא ערעור על חומרת העונש שפסק בית המשפט המחוזי. המערער, נתן דבראש דביר, הורשע על-פי הודאתו בארבע עבירות שוד בצוותא.³ נקבע שהוא נהג ברכב כדי למלט את שותפו, שחטף מכשירים סלולריים מידי בני נוער. באחת הפעמים נגרמה חבלה לקורבן. המערער נידון ל-36 חודשי מאסר. שותפו – בעל עבר פלילי שמאסר על תנאי היה תלוי נגדו ושהורשע בעבירות נוספות – נידון ל-40 חודשי מאסר.

הערעור נדחה פה אחד. את פסק הדין כתב השופט עמית. לדבריו, גם אם הפער בין העונש של המערער ובין זה של שותפו היה אמור להיות גדול יותר, העונש אינו חורג מרף הענישה הנוהג, ודי בכך כדי לדחות את

¹ דאגלס אדמס **מדריך הטרמפיסט לגלקסיה** (מתי ונגריק ודנה לדרר מתרגמים, 1985).
² דוגמה אחת מני רבות לטענה זו: "קצב ההתפתחות הטבעית של המשפט אינו מותאם לשינוי הטכנולוגי, שהוא תהליך מתמשך המחולל שינויים דרמטיים בתדירות גבוהה": ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיות מידע" **רשת משפטית – משפט וטכנולוגיות מידע** 11 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).
³ ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.7.2015).

הערער. הוא הוסיף כי המערער הורשע גם הוא בביצוע עבירות נוספות מאז. השופט מאשש את קביעת בית המשפט המחוזי שמדובר ב"מכת מדינה" ומסביר מדוע גניבה של טלפון חכם חמורה יותר מעבירת רכוש "רגילה". בנקודה זו מרחיב השופט בדבר חשיבותו של הטלפון החכם בחיינו, חשיבות המצדיקה לדעתו החמרה בענישה על גניבת המכשיר.

פרק ב': שיר הלל לטלפון החכם

כמה וכמה דברים בפסק הדין ראויים לדעתנו לעיון ביקורתי. אחת מהן היא העובדה כי השופט מקבל את ההנמקה של "מכת מדינה" להחמרת הענישה. אכן, הרתעת הרבים היא אחת ממטרות הענישה הפלילית, ואפשר לתת משקל לשיקול זה.⁴ עם זאת, כפי שאמר הנשיא ברק בפרשת גנימאת: "מהותה של העבירה כמכת מדינה אינה יוצרת, כשלעצמה, חזקת סיכון."⁵ חוק העונשין קובע שהלימה היא העיקרון המנחה בענישה:⁶ על מידת העונש להלום את מעשהו ואשמתו של הנאשם עצמו.⁷

זאת ועוד, בדונו בפער בין העונש שהושת על המערער ובין העונש של שותפו מסתפק השופט עמית בהסבר ש"עקרון אחידות הענישה אינו נוסחה מתמטית" ובקביעה ש"גם אם הפער... היה אמור להיות גדול יותר לחובת השותף, אין להסיק מכאן, בהכרח, כי יש להקל בעונש."⁸ ואולם זהו מוקד הערער. ראוי שהשופט ינמק קביעה זו ויבהיר את דחיית הערער.

ככלל, ניסוחו של פסק הדין נראה מוטא. מחד גיסא מתעלם השופט מנסיבות מקלות, המובאות בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, ובהן הודאתו של דביר, הפללת שותפו, היותו אדם צעיר שלא נקט אלימות בעצמו⁹ והחרטה שהביע.¹⁰ מאידך גיסא הוא מפליג בתיאור פיוטי של מקום הטלפון בחיינו כציפור נפשו של המשתמש, "ידידו הטוב של האדם".¹¹

ואכן, מה שעורר אצלנו עניין מיוחד הוא גישתו של השופט עמית לטכנולוגיה בכלל, ולפסיקה בנוגע לטכנולוגיה בפרט. השופט קובע שבגלל ייחודו של הטלפון החכם, גניבתו אינה עבירת רכוש "רגילה": "גניבה ושוד של טלפון סלולרי אינם כגניבה ושוד של כסף או של חפץ אחר", הוא כותב. אין ספק שהטלפון החכם הפך לכלי שבאמצעותו מנהל אדם את חייו, וכדברי השופט, "אצורים בתוכו רגעים וזיכרונות משמעותיים, לצד מידע ופרטים חיוניים".¹² אבל זאת ניתן לומר במקרים רבים גם על ארנק המכיל מסמכים ותמונות או על צרור מפתחות, קל וחומר צרור שמוצמד אליו "דיסק-און-קי".

השופט עצמו מניח שמטרת הגנב היא להשיג את המכשיר ולא את המידע האצור בו,¹³ ולמרות זאת הוא אינו מבחין בין החומרה למידע. לדעתנו, אבטחת המידע היא בעיה טכנולוגית שמוטב למצוא לה פתרון טכנולוגי ולא משפטי. לטלפונים רבים יש אפשרות השבתה מרחוק, למשל, וכדברי עמית, "לא כל אדם

⁴ השופט מצא בפרשת גנימאת: "מקובל, כי בין שאר שיקולים וראיות... רשאית המדינה לסמוך גם על מהות העבירה, היותה 'מכת-מדינה'" בדני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פ"ס 25 לפסק-דינו (1995).

⁵ שם, פ"ס 1 לפסק-דינו של השופט ברק.

⁶ ס' 440 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁷ יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב(2) 413, 420 (2013).

⁸ ע"פ דביר, לעיל ה"ש 3, פ"ס 6.

⁹ ת"פ (מחוזי מרכז) 28433-08-13 מדינת ישראל נ' דביר, פ"ס 14 (פורסם בנבו, 30.11.2014).

¹⁰ שם, פ"ס 7.

¹¹ ע"פ דביר, לעיל ה"ש 3, פ"ס 7.

¹² שם.

¹³ בלשונו (שם): "גם בהנחה שהגנב הישראלי הממוצע אינו מעוניין בתוכנו של המכשיר".

מגבה את תוכן המכשיר" - קרי, רבים כן עושים זאת. האם נבחין בין מי שגנב מכשירים מגובים למי שגנב מכשירים שלא גובו? כמו כן, השופט מעיר כי בגניבת הטלפון טמונה חדירה לפרטיות, המעוררת חשש מסחיטה או מהפצת מידע. כאמור, ברוב המקרים אין לגנבים עניין במידע. כמו כן אילו גרסה התביעה שיש במעשה משום פגיעה בפרטיות, היה עליה להוסיף זאת לכתב האישום.¹⁴

על כך אפשר גם להתבונן מנקודת המבט של הגישה הביקורתית למשפט. מעבר ליחסי הכוחות החברתיים המובנים במערכת הענישה והמשפט, יש כאן בעינינו זווית נוספת. השופט מדגיש את תפקידו של הטלפון כ"שער כניסה לשלל נכסיו הדיגיטליים של האדם – חשבון דואר אלקטרוני, חשבון פייסבוק ורשתות חברתיות נוספות, אפליקציות עם גישה לחשבון הבנק."¹⁵ השופט מגן כאן במשתמע על תוכנות ואפליקציות של תאגידי ענק שאוספים את המידע האישי שלנו למטרות רווח – בניגוד לגנב הפשוט שרק מעוניין במכשיר. כדברי ד"ר אורן ברכה במאמרו "הייל ופוקו במרחב הדיגיטלי: כוח, טכנולוגיה ומשפט בחברת המידע", המשפט והטכנולוגיה "יוצרים מערכת שלובה להקצאת כוח בתהליך המיקוח החברתי על שליטה ועל שימוש במידע."¹⁶

למעשה שליש מפסק הדין הקצר הוא אוביטר, המוקדש כולו לחשיבותו של המכשיר האמור. "בטלפון הסלולרי טמון סיפור חייו של האדם בהאינדא", כותב עמית, ומכאן "הקשר העמוק, לעתים כדי תלות" בין בעליו לבינו. הוא אף מזכיר תופעה נפשית המכונה "נומופוביה", חרדה מאובדן המגע עם הטלפון, ש"זכתה כבר לערך ביויקיפדיה."¹⁷ לרגע נדמה שבכותבו דברים אלה חשב השופט לא רק על תוצאת הערעור אלא גם על ההד שיעוררו דבריו.

כך או כך, אותו אוביטר הוא שמעורר את הדיון המעניין ביותר בעינינו. עמית יוצר כאן נורמה משפטית ספציפית בנוגע לאמצעי טכנולוגי – הטלפון החכם. בהעדר חוק שקובע את ייחודו של הטלפון החכם, עמית קובע בחקיקה שיפוטית שזהו חפץ מיוחד, ועל כן יש להחמיר בענישה על גניבתו. לא ניכנס כאן לשאלת הלגיטימיות של חקיקה שיפוטית הראויה לדיון שחורג מהיקף עבודה זו.¹⁸ העניין שנראה לנו ראוי לביקורת הוא דווקא האופן שבו מנסח עמית את ההלכה שהוא יוצר – הלכה הנוגעת ישירות ל"סמארטפון" כפי שאנו מכירים אותו היום, במחצית השנייה של 2015. בעינינו, מעבר לתיאור הארוך של מקום המכשיר הזה בחיינו, בעייתית העובדה שהוא מתאר באופן כה מדויק מכשיר מסוים מאוד, שכמוהו כלל לא היה בשוק לפני שנים אחדות, ואפשר במידה גבוהה של סבירות להניח שבמהרה יוחלף ביוש טכנולוגי וייעלם מעל פני האדמה. עמית אינו מתייחס למהות העקרונית של טכנולוגיה ניידת שתכליתה תקשורת, חיפוש מידע ושמירת תוכן, אלא לגילום העכשווי מאוד שלה. אין זה פסול כשלעצמו, אולם בכך ההלכה הנלמדת

¹⁴ בהקשר זה בולט בהעדרו סעיף חוק יחיד שמפליל גנב של מידע מתוך טלפון חכם, העדר שמדגיש שוב את הפער במהירות התגובה בין משפט לטכנולוגיה. עם זאת, יש בנמצא סעיפי חוק שיחדיו יכולים לענות לצורך, ובהם ס' 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 המדבר על חדירה שלא כדין לחומר מחשב וחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (שיכול לשמש בהקשר זה רק אם המידע שנלקח מן המכשיר הנייד הוא צילום ורק אם פורסם בנסיבות המוזכרות בס' 4)2 – שאז ייפול המעשה גם תחת ס' 5 לחוק המאפשר הטלת מאסר של עד 5 שנים). גם חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979 אינו מקיף פריצה וגישה לנתונים שהתקבלו ומוחזקים בטלפון הנייד – ר' ת"א (מחוזי ת"א) 1477-09 רויכמן שיש ואבן בע"מ נ' שחף אבן ושיש בע"מ (פורסם בתקדין, 16.03.2011).

¹⁵ ע"פ דביר, לעיל ה"ש 3, פס' 7.

¹⁶ אורן ברכה "הייל ופוקו במרחב הדיגיטלי: כוח, טכנולוגיה ומשפט בחברת המידע" רשת משפטית – משפט וטכנולוגיית מידע 117, 153 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

¹⁷ ע"פ דביר, לעיל ה"ש 3, פס' 7.

¹⁸ ר' למשל: אהרן ברק מבחר כתביו א', שער ג': משפט ושיפוט – "חקיקה שיפוטית" 821 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

מפסק הדין עלולה לאבד מתוקפה עד מהרה, עם היורש הטכנולוגי הבא, שעשוי להוציא מכלל שימוש את הטלפון החכם.

במלים אחרות, השופט מיטיב להסביר מדוע הטלפון החכם כל כך מיוחד בעיניו ועל מה הוא מגן בחקיקה השיפוטית שלו. אבל הוא אינו מנסח עיקרון ואינו מראה את התכלית של הטכנולוגיה באופן שההלכה שלו תוכל להגן גם מחר על האינטרס הזה.

פרק ג': על חקיקה וטכנולוגיה

אם כן, השאלה שמעניינת אותנו נוגעת לאופי החקיקה, פרלמנטרית או שיפוטית, כאשר היא מסדירה טכנולוגיה בחיינו. איך ראוי שחקיקה כזאת תנוסח?

לדעתנו, בשל הפער המובנה במהירות התגובה בין הטכנולוגיה המתקדמת ובין החוק, חקיקה שמיועדת או עשויה לחול על פעולות הקשורות בטכנולוגיה מתקדמת צריכה להיות כללית וצופה פני עתיד. עליה להיות נייטרלית כלפי הטכנולוגיה הקיימת.

כך מציע ד"ר ויקטור בוגנים, שבחן את חוק המחשבים מ-1995¹⁹ עשור לאחר חקיקתו.²⁰ ניסיון זה להסדיר את התחום היה צו השעה, אבל לדעת בוגנים הוא "דוגמה קלאסית לחקיקה מונחית טכנולוגיה" שלקתה בפגמים, שבגינם איבד החוק את הרלוונטיות שלו. כדברי בוגנים, "המסגרת המושגית שיצר החוק התיישנה".²¹ אחת העדויות הברורות ביותר להתיישנות זו היא העובדה שהחוק, כאמור במבוא לעבודה זו, אינו מתייחס כלל לאינטרנט. יצוין כי החוק כמעט שלא שונה מאז חקיקתו ועד היום, למעט תיקון אחד, שאינו משנה את האמור במאמרו של בוגנים.²²

הטעות של מנסחי החוק, אומר בוגנים, לא היתה עצם החקיקה, אלא האופן שבו היא בוצעה, ומה שנדרש כעת אינו חקיקה ייעודית נוספת, אלא שינוי גישה: הקפדה על הכלליות והנייטרליות הטכנולוגית של הנורמה המשפטית וכן פרשנות גמישה ותכליתית של בית המשפט.²³

בוגנים מראה כיצד בשיטות משפט אחרות אין בחוקים דומים הגדרות של מושגי המפתח, וגורס כי מוטב היה לוותר על סעיף ההגדרות בחוק הישראלי.²⁴ הוא מראה כיצד ההגדרות התיישנו עד מהרה, ואף עוררו בעיות בחקיקה מאוחרת יותר שנשענה על חוק המחשבים, למשל בגלל ההבחנה בין "תוכנה" ל"מידע".²⁵ במקום זאת יש לשאוף, לדבריו, להגדרה ברורה של מטרות החוק. כך הנורמה "תחול כל עוד מוגשמת תכליתה".²⁶ במלים אחרות, כך נוכל ליישם את הנורמה גם על טכנולוגיה שאי אפשר לחזותה ברגע החקיקה.

לדעתנו, כדי להשיג את מה שבוגנים מצביע עליו, יש לנסות לפשט את תכונותיה של הטכנולוגיה עד לרמת העיקרון, ולהבין את תכליתה, בלי להתייחס לאופן שבו מיושמת תכלית זו ברגע הנתון. לצורך כך עשוי

¹⁹ חוק המחשבים, התשנ"ה-1995.

²⁰ ויקטור ח. בוגנים "חוק המחשבים והתמודדות המשפט עם האתגר הטכנולוגי" **שערי משפט** ד 283 (2006).

²¹ שם, עמ' 285.

²² חוק המחשבים (תיקון), התשע"ב - 2012, ס"ח 2369.

²³ ויקטור בוגנים, לעיל ה"ש 20, עמ' 285.

²⁴ שם, עמ' 305.

²⁵ שם, עמ' 301-305.

²⁶ שם, עמ' 309.

להידרש גם שימוש במושגי שסתום. אחת היא אם התכלית היא תקשורת, טיפול רפואי, ייעול חקלאי, שליטה באקלים או כל תחום אחר שבו אנו עדים לפריצות דרך חדשות לבקרים.

דוגמה נוספת להגדרה שהתיישנה עם התקדמות הטכנולוגיה, אולי מפני שמנסחי החוק ראו לנגד עיניהם יישום טכנולוגי מסוים ולא את תכליתו, היא הגדרת "השכרה" בחוק זכויות יוצרים. הסעיף מדבר על "השכרת עותקים פיזיים של היצירה לציבור"²⁷. מובן כי בעידן ה"סטרימינג" וה-VOD הסעיף, שמתייחס לקלטות וידאו או לכל היותר לתקליטורי DVD, הוא מיושן. כיום, כשאפשר לטעון תכנים ישירות למחשב האישי ולטלפון, היינו מדברים על מתן גישה תמורת תשלום - ומי יודע מה צופן העתיד בתחום.

המשותף לחוק המחשבים, להגדרה זו בחוק זכויות יוצרים ולחקיקה השיפוטית של השופט עמית בפס"ד דביר הוא שהם מתייחסים להווה הנתון, בעולם שבו הטכנולוגיה משתנה מיום ליום. לפיכך לדעתנו, הדרישה לניסוח עקרוני ותכליתי נכונה גם לחקיקה שיפוטית. הלכה הנוגעת לאמצעי טכנולוגי, נפוץ ורווח ככל שיהיה, שלא תנוסח כעיקרון כללי ונייטרלי, תתיישן עד מהרה.

מעבר לכך, שופט אינו אמור להתמצא בחזית הטכנולוגיה, אלא בעקרונות המשפט. במאמר המבקר פסק דין של בית המשפט המחוזי מצביע ד"ר גיא פסח על מה שבעיניו הוא פער בין העובדות הטכנולוגיות של המקרה ובין הנחת המוצא של השופטת.²⁸ במוקד הדיון עמד אתר אינטרנט שסיפק תוכנה לשיתוף קבצים שאפשרה לגולשים לצפות בתכנים שהנגישו משתמשים אחרים, ולהנגיש תכנים, גם בשידור חי. לטענת פסח, בית המשפט הניח כי הנתבע בתיק הוא שהעביר משחקי ספורט בשידור חי באתר ובחן אם בכך הוא הפר זכויות יוצרים בשידורי הטלוויזיה של משחקי ספורט. השופטת פירשה בצמצום את זכות ההעמדה לרשות הציבור שבחוק זכויות יוצרים,²⁹ וקבעה כי זו אינה חלה על טכנולוגיה של "הזרמה" (streaming), היינו על שידור משנה של שידור חי במקרה זה. כמו כן קבעה השופטת כי לנתבע עומדת הגנת השימוש ההוגן שבחוק זכויות יוצרים.³⁰

אולם לטענת פסח, לא הנתבע הוא שהעביר את השידור, אלא משתמשי התוכנה לשיתוף קבצים, שזו מהותה – שיתוף של תכנים בין משתמשי התוכנה השונים. פער זה בין העובדות הטכנולוגיות להנחות שבבסיס פסק הדין הוביל כאמור לפסיקה לא נכונה לדעתו. ואכן, בהעדר ידע מעמיק בתוכנות שיתוף קבצים קשה להבין את פרטי המקרה. לדעת פסח, אפשר היה להשתמש במקרה זה בעקרונות שעומדים בבסיסם של דיני זכויות היוצרים³¹ ודיני עשיית עושר ולא במשפט,³² ללא צורך בפרטים הטכניים.

לדעתנו הדברים נכונים גם בנוגע לגישה שנוקט השופט עמית בפסק-דין דביר. לפני עשור המחשב הנייד אצר בתוכו את "נכסיו הדיגיטליים של אדם" כלשונו של עמית.³³ היום זהו הטלפון החכם, ובעתיד (הלא רחוק) יהיה התוכן אצור אולי במיקרו-שבב המוצמד לפריט לבוש או לאיבר גוף. אם מבקשים לנסח כלל הנוגע לערכו של המידע הזה, מוטב לבדד את העיקרון והתכלית, ולא לדון ספציפית בכלי הטכנולוגי המיישם אותה כעת.

²⁷ ס' 17(א) לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007.

²⁸ גיא פסח "על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה – בעקבות בשי"א (ת"א) 11464/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני" ספר שלמה לוי 579, 582-590 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

²⁹ ס' 15 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007.

³⁰ ס' 19 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007, סעיף המפרט רשימה פתוחה של שימושים מותרים ביצירות.

³¹ גיא פסח, לעיל ה"ש 30, עמ' 617-619.

³² שם, עמ' 607.

³³ ע"פ דביר, לעיל ה"ש 3, פס' 7.

מנגד, לדרך הניסוח החקיקתי שמציע בוגנים יש חסרונות. בוגנים עצמו מצביע עליהם: ויתור על הגדרות, שימוש במושגי שסתום, ניסוח כללי ועקרוני – כל אלה פוגעים בעקרון הוודאות ובהירות, שחשיבותם בדין גבוהה. התשובה לכך היא שבתמורה על הויתור אנו זוכים בעקביות: פעולות ומצבים הדומים מבחינה מהותית יזכו ליחס זהה מצד בית המשפט, גם אם הטכנולוגיה השתנתה. או במילותיו של בוגנים, כך נזכה לעקביות "באשר לתבניות עובדתיות דומות בזירות טכנולוגיות שונות".³⁴ גישה ניטרלית לטכנולוגיה, מוסיף בוגנים, מאפשרת להביא בחשבון את המצב הטכנולוגי הקיים, אך גם "את האפשרויות הגלומות בטכנולוגיות מתהוות ועתידיות".

אם ליישם זאת על המקרה הנבחן כאן, דומה שמוטב היה אילו השופט עמית היה מדגיש את הפגיעה הגלומה בגניבה של כל אמצעי אישי ליצירת קשר, חיפוש מידע ושמירת תוכן – ובכלל זה טלפון חכם.

פרק ד': דטרמיניזם מול אימפריאליזם

אפשר להתבונן בסוגיה גם מזווית ראייה רחבה יותר, הבוחנת את עצם הצורך בהסדרה משפטית של המרחב הטכנולוגי. לניסיון לנסח עיקרון לטיפול משפטי בעניינים טכנולוגיים יש מתנגדים, בשני מחנות קוטביים.³⁵ מצד אחד מבקשים אנשי "הדטרמיניזם הטכנולוגי" לשחרר את הטכנולוגיה מכבלי המשפט ולאפשר לשוק הטכנולוגיה להסדיר את עצמו, בהנחה שהוא ייטיב לעשות זאת מן המשפט.³⁶ לדידם, לרוב המצבים דרוש פתרון טכנולוגי ולא משפטי (כדוגמת האפשרות לשתק מרחוק טלפון חכם שנגנב או לגבות אותו).³⁷ מן העבר השני עומדת הגישה המכונה (בנימה ביקורתית) "אימפריאליזם משפטי". לדידה הטכנולוגיה אינה נבדלת מכל פעולה אנושית אחרת הנתונה לפיקוח המשפט. לכל היותר נדרש עדכון תקופתי של ההסדרים המשפטיים.³⁸

לדעתנו, האמת ניצבת בתווך, בין זה לזה. כפי שניסח זאת הפרופ' לורנס לסיג ביחס לאינטרנט עוד בשנת 2000: "זה בסדר לאפשר לשוק להתפתח. אבל כפי שהחוקה מאזנת ובלמת את הקונגרס, כך אותם ערכים חוקתיים צריכים לאזן ולבלום את השוק".³⁹

ואכן, שני המחנות כאחד מתעלמים מחשיבותו של השחקן הנגדי להתפתחותה של החברה, ומן ההשפעות ההדדיות בין שני התחומים. איך נוכל להשיג את ההתקדמות הטכנולוגית הנוצרת כשתאגיד ענק דוגמת אפל, למשל, רוכש פיתוח חדשני של חברת הזנק ישראלית קטנה בלי ההגנות שיוצרים דיני החוזים ואמנות סחר בינלאומיות? ומנגד, אי אפשר להתעלם מהשפעת הטכנולוגיה על המשפט, הן מבחינה מהותית (דוגמה אחת היא הזיהוי הגנטי והשפעתו על הדין הפלילי ועל דיני המשפחה)⁴⁰ והן מבחינה טכנית (למשל במערכת "נט-המשפט").⁴¹

³⁴ ויקטור בוגנים, לעיל ה"ש 21, עמ' 312.

³⁵ להסבר על שתי התיאוריות שיוצגו להלן ר' מיכאל בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" **שערי משפט** ד 315, 318 (2006) וה"ש 6-10 שם.

³⁶ ר' למשל: ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, (Feb. 8, 1996), projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html.

³⁷ ע"פ **דביר**, לעיל ה"ש 3, פס' 7.

³⁸ מיכאל בירנהק, לעיל ה"ש 37.

³⁹ Lawrence Lessig, *Code Is Law: On Liberty in Cyberspace*, HARVARD MAGAZINE (Jan. 1, 2000).

<http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html> (התרגום שלנו).

⁴⁰ למשל חוק מידע גנטי, התשס"א-2000; ס' 11 לטווח סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.

⁴¹ "נט המשפט": <https://www.court.gov.il/ngcs.web.site/homepage.aspx>, ו"הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע": <http://index.justice.gov.il/Units/ilita/Odot/Pages/Odot.aspx>

בעינינו, הקשר הראוי בין משפט וטכנולוגיה הוא קשר של דיאלוג והכלה, המתחשב בפער התגובה בין השניים ובעקרונות היסוד המנחים את המשפט והחברה. זהו רב-שיח, כדברי הפרופ' מיכאל בירנהק, בין יצרני הטכנולוגיה, יצרני החוק והצרכנים של שניהם – החברה בכללותה.⁴² אם הלכות וחוקים הנוגעים לטכנולוגיה, ישירות או בעקיפין, ינוסחו באופן כללי ונייטרלי, הם יוכלו למלא את מטרתם לאורך זמן. כפי שדיני החוזים, העקרוניים במהותם, מתפקדים היטב גם בסביבה מקוונת או בהקשרים לא מסחריים (למשל בדיני משפחה),⁴³ על חוקים והלכות שנוגעים בטכנולוגיה המשתנה-תדיר להניח תשתית של עקרונות מנחים ומושגי שסתום, שיוכלו לשמש את החברה גם מחר – במובן המילולי של המילה: הרי חידושים טכנולוגיים הם עניין של יום-יום.

סיכום

השופט עמית קבע הלכה הקשורה לטלפון החכם, וזו עלולה לאבד את משמעותה במהרה בשל ניסוחה הקונקרטי, המתייחס למכשיר מסוים. לדעתנו, בניסוח הלכות וחוקים שקשורים לטכנולוגיה צריך: **לצפות פני עתיד**. לא להתנבא, אלא להניח שעד מהרה היישום הטכנולוגי יתחלף ביישום אחר, שיקשה עלינו אפילו לדמיין אותו.

להפגין נייטרליות טכנולוגית. לא לדבר על מכשיר ספציפי, יישום ספציפי או טכנולוגיה ספציפית.

להבין את התכלית. רק כך אפשר להגיע לניסוח של עיקרון. המכשיר ישתנה, התכלית תישאר.

להתנסח באופן כללי ועקרוני. להתייחס לעיקרון שעומד בבסיסה של הטכנולוגיה, או במלים אחרות, לפשט את תכונותיו של היישום עד לרמת העיקרון, ולעשות שימוש במושגי שסתום.

לוותר על הגדרות. אלה, כפי שהראה לנו ד"ר בוגנים, מתיישנות עוד לפני שהדיו מתייבשת (כלל זה נוגע בעיקר לחוקים מקיפים, שמנסים להסדיר תחום מסוים).

לפעול במחשבה תחילה. להגיב במתינות. או, במילותיו של דאגלס אדמס: בלי פאניקה.

⁴² מיכאל בירנהק, לעיל ה"ש 37, עמ' 219.

⁴³ "דיני החוזים בישראל אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי" כדברי הנשיא ברק בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.7.2004), פס' 13 לפסק-דינו.

רשימת ספרות

חקיקה ישראלית:

חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979
חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.
חוק המחשבים, התשנ"ה-1995.
חוק המחשבים (תיקון), התשע"ב - 2012, ס"ח 2369.
חוק העונשין, התשל"ז-1977.
חוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007.
חוק מידע גנטי, התשס"א-2000.
חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.

פסקי-דין ישראליים:

דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).
ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.7.2015).
ת"פ (מרכז) 13-08-28433 מדינת ישראל נ' דביר (פורסם בנבו, 30.11.2014).
ע"פ 5258/98 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.7.2004).
ת"א (מחוזי ת"א) 1477-09 רויכמן שיש ואבן בע"מ נ' שחף אבן ושיש בע"מ (פורסם בתקדין, 16.03.2011).

מאמרים וספרות בעברית:

אדמס דאגלס מדריך הטורמפיסט לגלקסיה (מתי ונגריק ודנה לדרר מתרגמים, 1985).
אלקין-קורן ניבה ובירנהק מיכאל "הקדמה: משפט וטכנולוגיות מידע" רשת משפטית – משפט וטכנולוגיית מידע 11 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).
בוגנים ויקטור "חוק המחשבים והתמודדות המשפט עם האתגר הטכנולוגי" שערי משפט ד 283 (2006).
בירנהק מיכאל "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" שערי משפט ד 315, 318 (2006).
ברכה אורן "הייל ופוקו במרחב הדיגיטלי: כוח, טכנולוגיה ומשפט בחברת המידע" רשת משפטית – משפט וטכנולוגיית מידע 117 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).
ברק אהרן מבחר כתביו א', שער ג': משפט ושיפוט – חקיקה שיפוטית" 821 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).
ואקי יניב ורבין יורם "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב(2) 413 (2013).
פסח גיא "על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה – בעקבות בש"א (ת"א) 11464/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני" ספר שלמה לוי 579 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

כתבות מהעיתונות המקוונת ואתרי אינטרנט

נט המשפט <https://www.court.gov.il/ngcs.web.site/homepage.aspx>, ו"הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע - <http://index.justice.gov.il/Units/ilita/Odot/Pages/Odot.aspx>

Barlow John Perry, A Declaration of the Independence of Cyberspace, ELECTRONIC FRONTIER FOUND. (Feb. 8, 1996), projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html

Lessig Lawrence, Code Is Law: On Liberty in Cyberspace, HARVARD MAGAZINE (Jan. 1, 2000) <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html>

Murtagh Kevin, Punishment, INTERNET ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, www.iep.utm.edu/punishme/ (last visited Aug. 9, 2015).