

# החזקת פורנוגרפיית ילדים אלקטרונית - האם ניתן להרשיע, והאם ראוי, או: היכן מעדיפה החברה את הפדופילים שלה?

מסע ערכי בעקבות מיל, פלוני ומור\*  
ד"ר אסף הרדוף\*\*

## א. מבוא

התגברות התופעה של ניצול קטינים לשם הפקת פורנוגרפיה מחייבת מענה, ו"אנשי מקצוע" סבורים שיש להקטין את הביקוש הפרטי לחומרים ולבכר את ההגנה על קטינים על פני חופש הבחירה של הפרט בביתו.<sup>1</sup> סעיף 214 כולל כמה איסורי משנה. אגע במרכזיים שבהם.

ס"ק (א) אוסר, תחת איום במאסר שלוש שנים, על פרסום תועבה או הכנתו לפרסום, ועל הצגה, ארגון או הפקת הצגת תועבה במקום ציבורי (בעיקר). ס"ק (ב) מתמקד בסוג מסוים של תועבה, הנוגעת לקטינים, ואוסר (תחת איום בחמש שנות מאסר), על פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, לרבות הדמיית קטין או ציור של קטין. ס"ק (ב1) אוסר, תחת איום במאסר בן שבע שנים, על שימוש בגופו של קטין לעשיית פרסום תועבה ועל שימוש בקטין בהצגת תועבה. ס"ק (ב3) אוסר על החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, למעט החזקה באקראי ובתום לב, תחת איום במאסר של שנה. ס"ק (ד) מחייב העמדה לדין תוך שנתיים מיום ביצוע העבירה (לגבי ס"ק א) ובהסכמת פרקליט מחוז (לגבי כל הסעיפים). סעיף 214.ב. מגן על מי שפרסם או החזיק למטרה כשרה.

במחצית השנה האחרונה ניתנו שני פסקי דין שעסקו בסעיף 214 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: סעיף 214). האחד הוא **עניין פלוני**, בו סירב בית משפט שלום להרשיע בעבירה של החזקת תועבה המציגה קטינים; השני והאחרון הוא **עניין מור**, במסגרתו דחה בית המשפט העליון בר"ע שעניינה הרשעה באותה עבירה. בפסק דין נוסף, **בעניין מיל**, נדחתה בשלהי 2006 טענה חוקתית נגד העבירה האמורה. לאור הפסיקה האחרונה, תבחן רשימה זו באופן ביקורתי את סעיף 214. אפתח בהתייחסות ללשון החוק; אתייחס לפסיקה העדכנית בנושא ואנתח את החוק לאורה, תוך הצגת טיעון נגד קיומם של חלק מהסעיפים; ואסיים.

## ב. לשון החוק

סעיף 214 קיבל את נוסחו הנוכחי בשנת 1998, עקב הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשל"ז-1997. בדברי ההסבר הובהר שההצעה מתיישבת עם האמנה לזכויות הילד משנת 1989, שמדינת ישראל היא צד לה ומכוחה מחויבת להתאים את חוקיה להגנה על קטינים. נכתב כי

\* פ' 005174/06 (ת"א) **מדינת ישראל נ' מיל** (פורסם בנבו); פ' 007936/07 (ת"א) **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם) (תקציר פס"ד פורסם בגיליון 146 של **הסניגור**); רע"פ 3890/09 **מור נ' מדינת ישראל** (פורסם באתר הרשות השופטת).

\*\* חוקר אורח במכללה למנהל ובמכון הישראלי לדמוקרטיה; החל מאוקטובר 2009, מרצה מן החוץ במכללה למנהל ובמרכז האקדמי למשפט ועסקים. מאמר זה מיישם תובנות שנחקרו לעומקן במסגרת עבודת הדוקטורט שלי, בהנחיית המעולה של ד"ר מיכאל בירנהק וד"ר אמנון רייכמן; בהתבסס על עבודה זו, בסתיו הקרוב אמור לראות אור ספרי **הפשע המקוון** בהוצאת נבו. פרק 5 בו מנתח בהרחבה את שאלת החזקה של פורנוגרפיית ילדים ברובדה המופשט, וללא קשר למשפט הישראלי דווקא. תודה רבה לד"ר אלקנה לייסט, עו"ד חיים יסמונסקי, עו"ד ישי שרון, ד"ר תהילה שגיא ועו"ד תמר נבו על הערות מצוינות. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה - עליי בלבד. לתגובות: asafh@gvat.org.il

1 הצעת חוק 2639, תשל"ז-1997, בעמ' 464, 472. על איזה מקצוע מדובר ועל אילו אנשים? הדבר מעורר תהייה, באשר בניסוח האמור מגולמות הערכות כלכליות ופסיכולוגיות, לצד שיפוט ערכי משפטי.

2 במרבית פסקי הדין הנדונים, הנאשמים הודו במיוחס להם. הוויכוח שהתנהל התמקד בשאלת ההרשעה או הענישה.

3 פ' 002781/03 (חיפה) **מדינת ישראל נ' לבנונס** (פורסם בנבו).

4 כשנה וחצי מאוחר יותר, לאחר שהגיש הנאשם ערעור על פסק הדין (באשר לא היה מיוצג) והתיק נוהל מחדש (בהסכמת התביעה), ולאחר שכפר וניהל משפט הכחות, הורשע לבנונס ודינו נגזר על ידי השופטת חוזה ל-18 חודש בפועל ומאסר על תנאי. פס"ד לבנונס ר' הערה 3 לעיל.

5 פמ"מ 3555/05 **מדינת ישראל נ' פוקסמן** (פורסם בנבו).

6 פ' 001780/06 (חיפה) **מדינת ישראל נ' אופר** (פורסם בנבו). שני הצדדים ערערו. בראשית 2008 התקבל ערעור המדינה ועל אופר נגזרו שנתיים מאסר בפועל. ראו ע"פ 002609/07 (חיפה) אופר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

7 פ' 006681/02 (חיפה) **מדינת ישראל נ' דרייב** (פורסם בנבו). בסתיו 2007 נדחה ערעור ההגנה, לאור הנימוק שהאיסור על החזקה הוא חלק מהמלחמה בהפצה. ראו

## ג. החוק בראי הפסיקה

פסקי הדין שעניינם סעיף 214 עוסקים בעיקר בפרסום בלתי- מסחרי, או בעבירה הקלה ביותר: ההחזקה. מקורם בעיקר בערכאות נמוכות, מה שמן הסתם מתקשר לכך שהאישומים בעבירות המדוברות מוגשים בבית משפט השלום; וערעור, אם מוגש,<sup>2</sup> נעצר בבית המשפט המחוזי. טענות מורכבות אינן עולות רבות במסגרת הדיונים האמורים; וכשעולות, לא תמיד מתפתח שיח מורכב. אך אין זאת אומרת שהדברים פשוטים או שהפסיקה הניתנת ראויה בהכרח. אפתח בסקירת פסיקה סטנדרטית, שלא כללה דיון מורכב במיוחד; ארחיב מעט בנוגע לשני פסקי דין מעניינים יותר; ואסיים בפסק דין אחד מבית המשפט העליון.

### ג.1. פסיקה סטנדרטית

ס"ק (ב): פרסום תועבה המציגה קטינים - בראשית 2004 ניתן פסק הדין **בעניין לבנוס**.<sup>3</sup> לבנוס הודה והורשע בעבירות פרסום והחזקת תועבה; הוא הפעיל מביתו מספר אתרי אינטרנט בתשלום, שכללו תועבה המציגה קטינים. התשלום נגבה בצורת דמי מינוי חודשיים. הוא מכר גם דיסקים שהכין לבנוס טען שנטל את החומרים שהפיץ מאתרי אינטרנט אחרים, ושהאתר היה סגור בישראל ולקוחותיו היו מארצות הברית. בית המשפט הדגיש את חומרת העבירות ואת הפגיעה בשלומם הגופני והנפשי של קטינים, ואת בצע הכסף של הנאשם, וגזר עליו 10 חודשים לריצוי בפועל, מאסר על תנאי וקנס כספי.<sup>4</sup> בראשית 2007 ניתן פסק הדין **בעניין פוקסמן**. הלה הודה בפרסום והחזקה של תועבה המציגה קטינים, אותה הוריד מהאינטרנט בביתו והחזיק במחשבו ועל גבי דיסקים כארבעה חודשים. בהזדמנות אחת צוטט הנאשם עם גולשת והציג עצמו בכזב כצלם אומנותי בן 48 ואב לקטינה בת 13, אותה הוא מצלם בעירום והעביר לה תמונות קטינה בעירום. שירות המבחן המליץ על העמדה למבחן, אך פוקסמן הורשע, ולאור עתירת התביעה, הודאת פוקסמן והנסיבות המקלות, גזר דינו לשל"צ

ולמאסר על תנאי.<sup>5</sup> בסתיו 2007 ניתנה ההחלטה **בעניין אופר**. אופר הורשע בהחזקה של תועבה המציגה קטינים (25,000 פרסומים) ובהפצתה באמצעות תוכנת שיתוף באינטרנט. בית המשפט קבע שבהחזקה כאמור יש כדי לעודד יצירת חומרים שכאלו ומתן לגיטימציה לקיומם, ואי הפצת התמונות תביא להקטנת היצירה, והנאשם נדון למאסר בפועל 10 חודשים, תנאי וקנס.<sup>6</sup>

ס"ק (ב3): החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין - בשלהי 2006 ניתן פסק הדין **בעניין דרייב**, שהורשע בהחזקת תועבה המציגה קטינים, בדיסק שהכיל תמונות וסרטונים. נגזרו עליו 5 חודשי מאסר בפועל ו-7 על תנאי, וכן קנס.<sup>7</sup> בשלהי 2007 ניתן פסק הדין **בעניין פולק**. דובר בנאשם בן 57, שהודה בהחזקת תועבה המציגה קטינים. פולק הורשע בכך שגלש באינטרנט והוריד 1500 תמונות ו-150 סרטים כאמור, והחזיקם במחשבו ובדיסקים. בית המשפט דחה את הצעת שירות המבחן להימנע מהרשעה, לנוכח רצונו בהוקעה חברתית. פולק הורשע ונדון למאסר על תנאי, צו פיקוח וקנס.<sup>8</sup> **פסק דין קורידו** ניתן בראשית 2008. קורידו הועמד לדין בגין החזקת תועבה, ופגיעה בפרטיות. הלה צילם בחוף הים באמצעות הנייד שלו קטינים בעירום. ההגנה טענה שצילום ילד בעירום אינו בלתי לגיטימי, והשימוש הסובייקטיבי שנעשה בצילום אינו יכול להפוך אותו ללא חוקי. בית המשפט קבע שאין לנתק את הצילום מהנסיבות והמטרות שאפפו אותו ושמדובר בתועבה ובעבירה לפי חוק הגנת הפרטיות.<sup>9</sup> בראשית 2009 ניתן גזר הדין **בעניין שושן**. הלה הודה והורשע בהחזקת תמונה אחת ושני סרטים של פורנוגרפיית ילדים. התביעה עצמה עתרה למאסר מותנה והתחייבות, לנוכח הזמן הקצר של האיסוף והחומר המצומצם. וכך אכן גזרה עליו השופטת.<sup>11</sup> באותו חודש ניתן פסק הדין **בעניין שמידט**, שהודה והורשע בהחזקת תמונות במחשב ביתו. בית המשפט פסק שצריכת החומר יוצרת או מגבירה את הביקוש לו ולכן גם את ההפקה; יש להרתיע משתמשי קצה לשם הפחתת הביקוש לחומר. על שמידט נגזרו 3 חודשי עבודות שירות, תנאי וקנס.<sup>11</sup>

ע"פ 002359/07 **דרייב נ' פרקליטות מחוז חיפה** - פלילי (פורסם בנבו).

8 פ 003071/06 מדינת ישראל נ' פולק (פורסם בנבו).

9 פ 006136/07 (ת"א) **מדינת ישראל נ' קורידו** (פורסם בנבו). קצרה רשימתי מלהתייחס לפגמיו של כל פסק דין; אך התוצאה לפיה השימוש מתייג את החומר היא בעייתית ביותר; הרי קורידו יכול היה לערוך שימוש מתועב גם בתמונות שצילם ברחוב. דומני שההרשעה בפגיעה בפרטיות אכן נכונה במקרה הנדון, אך לא כן ההרשעה בהחזקת תועבה, שאפשר שבאה לתייג את קורידו כדפיל. אין זו הטעות היחידה בפסק הדין; ניכר בלבול בין כותרות הסעיפים ובין תוכנם, באשר נכתב במפורש על "פרסום והצגת תועבה" ולא על "החזקה", תוך התייחסות לס"ק (ב3).

10 ת"פ 3299/08 (פתח תקווה) **מדינת ישראל נ' שושן** (פורסם בנבו).

11 ת"פ 000226/07 (קרית גת) **מדינת ישראל נ' שמידט** (פורסם בנבו).

12 פ 005174/06 (ת"א) **מדינת ישראל נ' מיל** (פורסם בנבו). ערעור לא הוגש, באשר הושג הסדר טיעון ביחס לעונש.

13 פ 007936/07 (ת"א) **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם). בתיק הוגש ערעור שטרם נדון. על פרשה זו הרחבתי את הדיבור במקום אחר: <http://net.nana10.co.il/Article/?ArticleID=634520>

14 רע"פ 3890/09 **מור נ' מדינת ישראל** (פורסם באתר הרשות השופטת).

15 "I know it when I see it" - גישת השופט פוסטר בנושא תועבה: (1964) 378 U.S. 184 (Jacobellis v. Ohio) (ובתרגום השופט רובינשטיין: "לכשאראנו אכירנו"; ע"פ 2411/06 **סלימאן נ' מדינת ישראל**, פורסם באתר בית המשפט העליון, פסקה ק"ז). זאת בדומה ל"מבחן הפיל" [בלשון השופט טל: "חיה שקשה להגדירה אך כל רואיה יכירוה". ראו בג"צ 5168/93 **מור נ' בית הדין הארצי לעבודה** פ"ד נ (4) 628, עמוד 638].

16 עיקרון החוקיות סבל שנים רבות מעבירת התקלה הציבורית שבסעיף 198 לחוק העונשין (ראו ע"פ 53/54 **אש"ד נ' היועץ משפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ח 785, 818, שבשעה טובה, גם אם באיחור ניכר, בוטלה ב-2008.

## 2. ג. פסיקה בלתי-סטנדרטית

בשלהי 2006 ניתן פסק הדין **בעניין מיל**. מיל הואשם בהחזקת חומרי תועבה המציגה קטינים, סרטונים ותמונות שהוריד מאתרי אינטרנט למטרת צפייה. מיל הודה בעובדות, וההגנה טענה נגד חוקתיות סעיף 214(ב3). נטען כי הסעיף פוגע בפרטיות ובצנעת החיים, וכי האיסור על החזקה אינו מידתי, באשר מטרת המחוקק להגיע בעקיפין ליוצרי הפרסום ומפיציו, שהם היעד העיקרי ותכלית האיסור. עוד נטען שעל המדינה לתור אחר אמצעים אחרים, כחסימת גישה לאתרי אינטרנט. לפיכך, האיסור עומד בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט דחה את הטענות, גרס כי האפשרות למנוע הפצה בדרך טכנולוגית היא "טענה בעלמא", וקבע שהמעשים מהווים עידוד לתעשייה, חלק אינטגרלי מהפצת התכנים. לדידו, זכות הנאשם נסוגה בפני אינטרס המדינה, וסעיף 214(ב3) עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה. מיל הורשע בדין.<sup>12</sup>

בסוף אפריל 2009 ניתן פסק הדין המעניין הנוסף, **בעניין פלוני**. פלוני הודה שהשתמש בתוכנות שיתוף קבצים ברשת להורדת אלפי תמונות וסרטים של תועבה המציגה קטינים; ופעם אחת גם שיתף אדם אחר בחומרים אלו. עתירת התביעה להרשעת הנאשם ולמאסרו נדחתה על ידי בית המשפט, בעיקר על רקע הספק שמצא בשאלה האם בכלל בוצעה עבירה על ידי הנאשם. בית המשפט הניח שמדובר בחומרי תועבה, אך מצא קושי בשאלת ההחזקה והפרסום. הודגש שפעולות הנאשם נעשו בביתו ושהנזק שנגרם בגינן עקיף בלבד, ושעל הספק הפרשני לפעול לטובת הנאשם. צוין שהאיסור בחוק הוא על החזקה ולא על צפייה; וקבע שחומר אלקטרוני, שמקורו בשרת רחוק וכנראה זר, אינו "מוחזק" על ידי הנאשם, באשר הקבצים אינם נשמרים דרך קבע בכונן מחשבו של הנאשם ואין לו שליטה עליהם. בנוגע לעבירת הפרסום צוין שהנאשם העביר קבצים רק לאדם אחד, שכנראה רצה בהם ולכן לא היה צפוי להיפגע מהם.<sup>13</sup>

## 3. ג. פסיקת בית המשפט העליון

פסק דין קצוצר ממדרש בית המשפט העליון ניתן **בעניין מור** במאי 2009: בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א ממרץ 2009. מור הודה והורשע בהחזקת תועבה המציגה קטינים במחשבו, אך עקב תסקיר מבחן, ההרשעה בוטלה והומרה בשל"צ. ערעור המדינה התקבל ומור הורשע. מור ביקש רשות לערער, אך השופט לוי דחה את הבקשה, משום שלא ראה עילה לרשות ערעור. אגב אורחא הוסיף שתכלית האיסור היא מיגור התעללות מינית בקטינים; שמור תרם לעידוד התופעה בעקיפין, בעידוד יצירה והפצה של חומר; ושאינו זה משנה שלא פגע בקטינים בעצמו או שלא ידע על האיסור.<sup>14</sup>

## ד. ניתוח החוק והפסיקה

אפתח בניתוח קצר של שני ס"ק שלא נדונו/הודגשו לאחרונה אך עדיין מחייבים הבהרות; ואתקדם לניתוח שני סעיפים מרכזיים יותר, שנדונו בפסיקה עדכנית.

**ס"ק (א): פרסום והצגה של תועבה** - נוסחו הנוכחי של סעיף זה נקבע ב-1991. בעיה מרכזית בו היא שימוש במונח הסל "תועבה", שאינו מוגדר בחוק העונשין, וכרוך בשיקול דעת רחב לרשויות מצד אחד, והדרכה (אזהרה) דלה מאד לאזרח מצד שני. הבעייתיות מתחדדת בעידן המודרני, בו חומרים רבים מופצים, מוחזקים ונצפים באין מפריע באינטרנט. כך, למשל, סרטוני הוצאות להורג מועברים בדוא"ל ולעתים קישורים להם מופיעים בפורטלים מובילים. האם בהוצאה להורג יש משהו מתועב פחות מאשר תמונת עירום של קטין? דומני שגישת "אזהרה כשאררה"<sup>15</sup> היא בעייתית מאד מבחינת עיקרון החוקיות.<sup>16</sup> גם גישת הסטנדרטים הקהילתיים (הגדרת תועבה בהתאם לסטנדרטים קהילתיים ספציפיים)<sup>17</sup> כרוכה בבעיות, במיוחד בעידן האינטרנט.<sup>18</sup> לשון אחר: נדרשת חשיבה מחודשת בשאלת תועבה מהי או בשאלת הלגיטימציה של האיסור האמור.<sup>19</sup>

17 ראו Miller v. California 413 U.S. 15 (1973)

18 להמחשת הבעייתיות ראו את עניין תומס, במסגרתו הורשעו בני משפחת תומס בסריקת תמונות פורנוגרפיה והעלאתן ללוח מודעות מקוון שהפעילו מביתם שבקליפורניה. בית המשפט הרשיע אותם וקבע שהם היו נתונים לסטנדרטים קהילתיים בכל מקום אליו שלחו חומרים לחברים. טענת תומאס לתחולת הסטנדרטים של האינטרנט נדחתה. ראו United States v. Thomas 74 F.3d 701, 711 (6th Cir. 1996). כן ראו יובל קרניאל וחיים ויסמונסקי "חופש הביטוי, פורנוגרפיה וקהילה באינטרנט" **מחקרי משפט** כג 300, 259 (2006).

19 וכדברי השופט מ' חשין: "נזכור כי בימינו, ולא לפני זמן רב מאוד, היה סיפרו של D.H. Lawrence: Lady Chatterleys Lover ספרות תועבה ממש, ואילו היום - היום שחוק יימלא פינו". ראו בג"צ 5432/03 ש.י.ן - **לשיון ייצוג נשים ו' המועצה לשידורי כבלים ולישדורי לוויין** פ"ד נח (3) 65, עמוד 92. דומני שמאז בג"צ 4804/94 **[חברת סטיישן פילם בעמ' המועצה לביקורת סרטים** פ"ד נ (5) 661], שניתן בינואר 1997, לא נדון ברצינות המונח "תועבה", מה גם ששם הוא נדון לא בהקשר הפלילי הישיר, אלא לנוכח סירוב המועצה לביקורת סרטים להתיר את הקרנת הסרט "אימפריית החושים". כמה ארכאי נראה העולם המתואר באותו פסק דין (ובמובנים רבים, טכנולוגיים וחברתיים, הוא אכן ארכאי), וכמה היה נמלא פינו שחוק היום למול יוכוח עדכני על סרט כמו "אימפריית החושים".

20 הגדרת פרסום הורחבה לכלול גם פרסום במחשב בעקבות הצעת תיקון מס' 58. ראו הצעות חוק 2639, בעמ' 466.

21 המונח הנהוג בעברית בהקשר זה, "פדופיליה" או "חומרי פדופיליה", אינו מוצלח. הוא מתאים לתיאור כללי של סטייה חברתית שעניינה משיכה מינית על ידי מבוגרים כלפי ילדים. שימוש בו מתאים אך לתיאור הרקע לסוגי התנהגות שונים, לרבות (אך לא רק) צריכת פורנוגרפיה לילדים. פדופיליה היא מונח שמתקשר ליותר מסוג התנהגות אחד, ולמעשה אינו חייב להתקשר לסוג התנהגות כלל, באשר כשלעצמו הוא אך מתאר סוג של סטייה.

22 ג'נקינס סבר שמשיכה של מבוגר לבנות 14 אינה ראויה לתיוג פלילי, שכן התנהגות מינית בגילאים כאלו נורמלית ברוב החברות. המונח הפסיכולוגי המתאים הוא ephhebophilia: משיכה של אדם כלפי נערת טיפש עשרה צעירות ממנו. ראו: Philip Jenkins, Beyond Tolerance – Child Pornography on the Internet 27 (2001).

“פורנוגרפיית ילדים” חרף עמימותו,<sup>25</sup> הוא בהיר מהמונח בו משתמש חוק העונשין. עם זאת, עדיין מתבקשת הבהרה. פורנוגרפיית ילדים “קשה”<sup>26</sup> היא ודאי “תועבה”. אך מה באשר לתצלום תמים של ילד עירום שהוריו צילמו ומישהו אחר נטל לשימוש מתועב, או תמונות תינוקות עירומים בטלביזיה? האם השימוש בחומר משנה אותו? מסופקני. בעיה קשה נוספת היא עניין האיסור על פרסום הדמיית קטין וציור (פורנוגרפיית ילדים וירטואלית). האם איסור שכזה יכול לעמוד במבחן חוקתי? התשובה האמריקנית הייתה נחרצת: לא ולא.<sup>27</sup> נראה לי שזו גם התשובה המתבקשת בישראל. הגם שישנם טיעונים בעד איסור שכזה,<sup>28</sup> סבורני שהמהלך הסיבתי שבין ההתנהגות לבין הפגיעה בערך המוגן אינו משכנע.

אשוב לפסיקה. האם כל מי שהעביר חומר תועבה לאחור אחראי לפרסומו? סבורני שכן היה להרשיע את לבנוס (במובהק) ואופר (פחות במובהק), ולא נכון להרשיע את פוקסמן (שהורשע) ופלוני (שלא הורשע). מעשי לבנוס הם הקרובים ביותר לפגיעה בליבת הערך המוגן, שכן אף אם לא הפיק את החומרים, הוא ניהל אתר מסחרי, מה שמאותת על ביקוש לחומרים. עניין אופר אינו כולל רכיב כלכלי, אך הרכיב התקשורתי במעשי הנאשם בולט: התקנת תוכנה שתאפשר שימוש במחשבו כשרת להפצת קבצים. עניין פוקסמן מורכב יותר. אין ניסיון להפצה רחבה של הקבצים, לא כעניין כלכלי ולא כעניין חברתי; יש העברה אחת של קבצים, אישית, לגולשת עמה שוחח, וסביר להניח שלא בהתנגדותה (מניעה לקבלת הקובץ ודאי היו חיוביים: דיווח לרשויות. אך עדיין, דומה שהיא נטלה חלק פעיל בדיאלוג עם הנאשם). במקרה שכזה, הרשעה בפרסום אינה קשורה באופן משכנע לתכלית האיסור. ולבסוף, מעשהו של פלוני רחוק מאד מתכלית האיסור, ולמעשה מבחינה מהותית, קרוב להחזקה יותר מלפרסום: העברת קבצים אישית, לאדם אחר, שכנראה היה מעוניין בהם. אין בכך כל פגיעה משכנעת בערך המוגן, ולא לכך כיוון המחוקק.<sup>29</sup> ס”ק (ב3): החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין - זהו

ס”ק (ד): העמדה לדון בתוך שנתיים - סעיף זה יוצר כלל התיישנות מיוחד של שנתיים בנוגע לס”ק (א). ייתכן שהדבר קשור לבעייתיות הסעיף, שתוארה לעיל. בנוסף, מחייב ס”ק (ד) הסכמת פרקליט מחוז להעמדה לדון תחת ס”ק (ב) עד (ב3), מה שמרמז, אולי, על מורכבות האישומים: בהחלטה שכזו נדרש שיקול דעת של פרקליט ועמידה שלו מאחורי האישום. ס”ק (ב): פרסום תועבה המציגה קטנים - המחוקק ראה לנכון להחמיר עם מפרסמי תועבה מסוג מסוים, תועבה הכוללת דמויות קטנים. מהו פרסום ומהי תועבה שכזו? פרסום מוגדר בסעיף 33כד. לחוק העונשין, וכולל (במפורש) הפצה לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, כאשר “ציבור” הוא רבות כל חלק ממנו העלול להיפגע מהתנהגות שעליה מדובר בהקשרו של מונח זה.<sup>30</sup> מהי תועבה? שוב, היעדר הגדרה למונח “תועבה” עלול ליצור בעיות. דומני שניתן להסיק כי המחוקק כיוון למה שהאמריקנים מכנים “פורנוגרפיית ילדים”<sup>31</sup> (child pornography), ואצמד מכאן ואילך למונח זה. אומנם, ייתכן שהמונח “פורנוגרפיית קטנים” מדויק יותר, באשר האיסור כולל גם חומרים של קטנים שאינם ילדים.<sup>32</sup> כך, למשל, חומר פורנוגרפי המכיל קטנים בני 17.5 - אסור. הדבר אולי הגיוני תחת חוק האוסר על יחסי מין עם קטנים,<sup>33</sup> אך נראה כאבסורד תחת חוק שבמסגרתו גיל ההסכמה הוא 16.<sup>34</sup> ככל שמדובר בקטנים בגילאי 16-18, איני מוצא טעם טוב לאכיפת האיסור בישראל. גם אכיפה ביחס לגילאים 14-16 עשויה להיות בעייתית מבחינת מסוימות; למשל, כשהחומר מופק כדין במדינה (דמוקרטית) בה גיל ההסכמה מאפשר הפקה, ובהמשך נצפה ומוחזק בישראל. תכליתו העיקרית של האיסור אינה מניעת ההנצחה של המעשה המיני, אלא מניעת המעשה המיני עצמו; וכאשר המעשה בוצע בהסכמה וכדין, מניעת הצפייה בו אינה יכולה לנבוע מהשאיפה למנוע את המעשה עצמו (להבדיל, נניח, מהגנה על פרטיות), שאחרת איננו משנים את המציאות אלא אך מנפצים את המראה. בכל מקרה, ליבת האיסור היא ההגנה על ילדים, וכאן עדיפות המונח

23 ובאמצעות הברית גיל ההסכמה משתנה ממדינה למדינה, כאשר המכנה המשותף הנמוך ביותר הוא 18.

24 כעולה מסעיף 346(א1) לחוק העונשין.

25 המונח האמריקני “child pornography” כולל חומר רך (תמונות עירום גרידא, ללא תפאורה מינית, ולעיתים אף פחות מכך: לבוש מלא ותמונות תמימות), וחומר קשה (תיאור מיני). ראו Jenkins, לעיל ה”ש 22, בעמ’ 81.

26 “hurtcore” - חומר מפורש שכולל הכאה לילדים. ראו: Bernadette H. Schell, Miguel Vargas Martin, Patrick C.K. Hung, Luis Rueda, Cyber child - a review paper of the social and legal issues and remedies - and a proposed technological solution, 12 Aggression and Violent Behavior 45, 47 (2007).

27 בעניין אשקרופט העולו טענות חוקתיות נגד חוק אמריקני, שבין היתר אסר על פרסומי פורנוגרפיה של מה שנחזה כדמויות קטנים. בית המשפט העליון האמריקני קבע שחלק מסעיפי החוק עמומים ורחבים מדי, ולכן בלתי-חוקתיים ופסולים: הרציונלים לחוק אינם חלים, ובמידה מסוימת ההפך הוא הנכון - פורנוגרפיית ילדים וירטואלית דוחפת את האמיתית אל מחוץ לשוק. ראו: (2002) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, 250-254. לאחר פסק הדין תוקן החוק וכיום פורנוגרפיית ילדים וירטואלית אינה אסורה בארצות הברית.

28 Adam J. Wasserman, VIRTUAL.CHILD.PORN.COM: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography by the Child Pornography Prevention Act of 1996 -- A Reply to Professor Burke and Other Critics, 35 Harv. J. on Legis. 245, 267 (1998); Bill W. Sanford, ‘Virtually’ a Minor: Resolving the Potential Loophole in the Texas Child Pornography Statute, 33 St. Mary’s L. J. 549, 575 (2002).

29 בהצעת תיקון מס’ 58 נכתב: “בשל ההתפתחויות בתחום התקשורת מוצע לתקן את ההגדרות האמורות ולכלול בהן גם פרסום שנעשה באמצעות מחשב, ובלבד שהעברת החומר אינה נעשית בתקשורת סגורה בין מחשבים מסוימים, אלא בתקשורת פתוחה המיועדת לציבור בכלל או לציבור מסוים שיש לו עניין לתקשר”. כלומר,

אתייחס כאן לפגיעה המרכזית בלבד. האם החזקת פורנוגרפיית ילדים אומנם גורמת לפגיעה הפיזית-מינית בילדים?<sup>35</sup> שלוש תיאוריות משיבות בחיוב: תיאורית הרתעת השוק (Market Deterrence Theory), תיאורית הנטייה (Tendency Theory), ותיאורית הפיתוי (Seduction Theory). תיאורית הרתעת השוק היא הרצינית ביותר ולפיה צריכה של החומרים מעודדת ייצור, ואילו ייצור פירושו פגיעה פיזית-מינית בילדים.<sup>36</sup> זהו הטיעון הסיבתי: החזקת פורנוגרפיית ילדים = צריכת פורנוגרפיית ילדים ◀ איתות לשוק בנוגע לביקוש ◀ יצירת תמריץ להיצע של חומרים חדשים ◀ הפקת חומרים חדשים = פגיעה פיזית-מינית בילדים. כל אחד מהקשרים המתוארים במהלך הסיבתי מחייב דיון מורכב, שנערך בספרי: לעת עתה די לומר, שיש בסיס לפקפק בתקפות המהלך הסיבתי האמור.<sup>37</sup> תיאורית הנטייה גורסת שמי שמחזיק חומרים כאמור יבצע בעצמו, בהמשך, פגיעה פיזית-מינית בילדים.<sup>38</sup> זהו המהלך הסיבתי: החזקת פורנוגרפיית ילדים = צפייה בפורנוגרפיית ילדים ◀ הפנמת רצון לנצל ילדים באופן פיזי-מיני ◀ ביצוע פגיעה פיזית-מינית בילדים. גם כאן המהלך אינו תמיד משכנע (נבלע בו הטיעון שכל מה שתצפה בו, תרצה בו), ויש טיעונים סיבתיים הפוכים, כמו טיעון הפרוק/היזיך.<sup>39</sup> ולבסוף, לפי תיאורית הפיתוי, יש המשתמשים בפורנוגרפיית ילדים כדי לפתות ילדים להסכים לאקטים מיניים, לאחר שיראו כי הדבר נעשה או כיצד נעשה.<sup>40</sup> כך נראה המהלך הסיבתי: החזקת פורנוגרפיית ילדים ◀ שימוש בחומר כדי לפתות ילדים ◀ פגיעה פיזית-מינית בילדים. בעייתיות המהלך ברורה: לא כל מי שמחזיק בהכרח מפתה. סיכומו של דבר, אם מטרת האיסור על החזקה למנוע ניצול פיזי-מיני של ילדים, ספק רב האיסור יכול להשיג את מטרתו. המהלך שלפיו החזקה (ומקל וחומר צפייה גרידא) פוגעת בערך מוגן - רחוק מלשכנע. הערך המוגן עליו מבוססת העבירה הנו שלומם של הקטינים המצולמים. תרומתו המעשית של המחזיק (להבדיל מהמנצל הפיזי, הסוחר והמפיץ) לפגיעה בערך זה הנה אפסית, בעיקר בעידן האינטרנט, בו קל מאד להחזיק

הסעיף הכי פחות חמור, שכן הוא מתייחס להחזקה בלבד. החזקה מוגדרת בסעיף 334. לחוק העונשין: שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו. יש לשים לב, כי האיסור על החזקה אינו מכוון לפורנוגרפיית ילדים וירטואלית (הדמיית קטין); זו אסורה בפרסום, אך לא בהחזקה. כך מובן גם מדברי ההסבר לחוק.<sup>30</sup> האם החזקה אלקטרונית היא החזקה, והאם ראוי להפיל התנהגות זו? סבורני שאכן, החזקה אלקטרונית היא החזקה. להבדיל מהדברים שנכתבו בעניין פלוני, חומרים אלקטרוניים שמוריד הנאשם למחשבו, מתוכנת שיתוף קבצים, מהרשת העולמית, מהדואר האלקטרוני וכדומה - מצויים בחזקתו: יש לו שליטה בהם. ירצה - ימחק, יצרוב, יעביר הלאה, יצפה במצב לא מקוון וכן הלאה. העובדה שה"חומר" נותר גם ב"מקומות" אחרים באינטרנט אינה מפחיתה מהשליטה, וכך גם העובדה שמקור החומר בארצות זרות. היות החומר אלקטרוני אינה שוללת חזקה, באשר זה טיב המדיום, והעובדה שהתמונה נקלטת בעיני המחזיק ממסך מחשב ולא מנייר כתב עת אינה גורעת מהשליטה בה. במובנים מסוימים השליטה בתמונה וירטואלית רחבה במיוחד בנוגע ליכולת תמרון התמונה, העתקתה בחינם, הפצתה בחינם וכדומה. החומרים מצויים על הדיסק הקשיח, ויש בסיס גם לטענה שאפילו בצפייה לבדה, בלי שמירה אקטיבית במחשב, עדיין מתקיימת החזקה, בדרך של שמירה במטמון,<sup>31</sup> או בדרך של החזקה רגעית במהלך הצפייה עצמה.<sup>32</sup> אלו הדברים ברובד הטכני. הרובד הערכי והחשוב יותר בוחן לא האם הנאשם צפה או החזיק והאם מבחינה טכנית המעשה נכנס בדלת אמותיו של האיסור, אלא האם המעשה **צריך** להיכנס לשם, האם הוא פוגע בערך מוגן. אם נשלול החזקה בתום לב,<sup>33</sup> ניתן להניח שתי פגיעות אפשריות בערך מוגן. האחת והמודגשת (בצדק) בספרות ובפסיקה היא הפגיעה הפיזית-מינית בילדים; השנייה, שאינה זוכה לדיון מעמיק, היא הפגיעה בפרטיותם של ילדים ובכבודם.<sup>34</sup> בשל קוצר היריעה,

המחוקק בבירור לא כיוון למקרים כמו פלוני ופוסקמן.

30 ראו הצעות חוק 2639, בעמ' 473.

31 בפרשת דיאודורו הועמד לדין מי שגלש וצפה בתמונות מיניות של קטינות מבלי לשלם ומבלי להורידן. בית המשפט העליון בפנסילבניה קבע שצפייה ללא שמירה בכונן הקשיח אינה החזקה ביוזעין של החומר; המחוקק לא הפליל צפייה ועל הנאשם ליהנות מהספק. בדיון נוסף נהפך הזיכוי ונקבע שפעולותיו של דיאודורו בתפעול העכבר, איתור דפי הרשת, פתיחת האתרים והצגת התמונות על המסך וסגירתן, המחישו עניין וכוונה לשלוט בחומר. ראו: Commonwealth v. Diodoro, 2007 WL 2390713.

32 כלומר, החזקה היא ברגע הצפייה. ראו את הניתוח של מארין את שאלת החזקה באמצעות צפייה, והצעתה מבחן דו-שלבי התר אחר שליטה וחיפוש ("dominion and control" and "seek to obtain") לביסוס הרשעה בהחזקת פורנוגרפיית ילדים. ראו: Giannina Marin, Possession of Child Pornography: Should You be Convicted when the Computer Cache does the Saving for You?, 60 Fla. L. Rev. 1205, 1210-1211, 1231-1233 (2008).

33 ס"ק (בב) מוציא מגדרו החזקה באקראי ובתום לב; בעוד שסעיף 2214 יוצר הגנה כללית על החזקה (ואף פרסום) לשם מטרה כשרה. האם זו כפילות? ייתכן שלא. 1 החיבור בס"ק (בב) מרמזת שהחזקה צריכה להיות הן באקראי והן בתום לב כדי שלא להיתפס במסגרת האיסור; סעיף 2214 אינו נוגע להחזקה אקראית. מי שחיפש פורנוגרפיה רגילה ומבלי משים חריד גם תמונות של פורנוגרפיית ילדים, עשוי להיות מחזיק באקראי ובתום לב (ואפשר שבמעשהו חסר היסוד הנפשי של החזקה); ולהבדיל, סיגור המבקש לעיין בחומרים כדי לבחון אם הם בניגוד לחוק (השוו: ב"ש 002310/07 (כפר סבא) **פולק נ' מדינת ישראל** (פורסם בבב)) - מחזיק למטרה כשרה (ובתום לב), אך לא באקראי. יצוין, כי בהצעת החוק 2639 (בעמ' 472) הוצע כי החזקת חומר תועבה תהיה מותרת למטרה כשרה, "לרבות לשם הכנת דין וחשבון נכון והוגן לעניין פרסום אסור לפי סעיף זה ולצרכי מחקר". נוסח החוק מצומצם יותר. האם החזקה לצרכי מחקר מותרת? ההיגיון משיב בחיוב, אך הסיכון - על החוקר. ראו Jenkins, לעיל ה"ש 22, בעמ' 17-20.

34 פגיעה שלישית אפשרית, שקשורה להיחשפות ילדים לחומרים האמורים, אינה קשורה לפורנוגרפיית ילדים דווקא, אלא למגוון חומרים, מיניים ואחרים. חשיפת

