

אי-חקיקה, משפוט-יתר וחירות-חסר : על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות אי-המשפט

אסף הרדוף*

תקציר

בפתח שנת תשע"ו, באוקטובר 2016, פרסמה שרת המשפטים שקד רשימה ארוכה תחת הכותרת "מסילות אל המשילות", שבה פרשה את משנתה באשר לתפקידן של שתי רשויות מרכזיות בשדה המשפט – המחוקקת והשופטת. לטעמה מוגשות הצעות חוק רבות מדי, בקשת נושאים אדירה, ללא בחינה רצינית ומדוקדקת, וללא חרדת-קודש באשר לחשיבות החקיקה. התוצאה היא התערבות-יתר בחופש האזרח ובשוק החופשי, המתבטאת, למשל, בהפללת-יתר. גם הרשות השופטת נכנסת לעניינים לא לה, ומרשה לעצמה, לא בצדק, להפוך החלטות של הכנסת. הביקורות על שתי הרשויות מתנקזות להשקפה אחת, היוצאת נגד "משפוט-יתר": חקיקת-יתר, הפללת-יתר, שיפוט-יתר. לפי גישה זו, אין זה ראוי להסדיר משפטית כל היבט בחיים האנושיים, ויש להותיר לשוק ולחברה את האפשרות להתפתח בכוחות עצמם.

המאמר בוחן את סוגיית משפוט-היתר בהתמקד בשתי זיקות חשובות: הזיקה בין חקיקה לפסיקה ובין אי-חקיקה לפסיקה, מצד אחד; והזיקה בין משפט לבין הסדרה אחרת, כלכלית וחברתית, מצד אחר. במובנים מהותיים אנו אכן סובלים ממשפוט-יתר, ובעיקר מהפללת-יתר, וזו פגיעה קשה בחירות הפרט ובעיה הראויה לשימת-לב ולפתרון. אולם "פחות חקיקה" כפשוטה אינה פתרון לקידום החירות. הסיבה

* מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית. תודה גדולה למערכת מאזני משפט כולה, ולעורכת ד"ר מעיין פרל בפרט, על הערות מצוינות וליווי נהדר ותומך. תודה רבה גם לעורך הלשוני על תרומתו למאמר.

האחת היא שהעדר חקיקה חדשה אינו מצמצם את המשפט, אלא רק מנתבו לאפיקים אחרים, שהם שקופים פחות ומגבירים בהכרח את הכוח השיפוטי. משפט חדש הוא לא רק חקיקה חדשה, כך שלא רק חקיקה חדשה מצמצמת את החירות. הסיבה השנייה היא שהימנעות מחקיקה והותרת המצב על כנו – מבחינה כלכלית, מבחינה חברתית וכדומה – אינן תמיד מתכוונ למצב ראוי. אחד מתפקידי המשפט הוא להציע תיקונים לצורות הסדרה אחרות, כגון הסדרה כלכלית והסדרה חברתית: חקיקה היא מכשיר לשינוי מציאות פוגענית. נוסף על כך, לעיתים אי-חקיקה מנציחה את המצב הקיים וחוסמת שינויים חברתיים וכלכליים בחסות המשפט הקיים: גם אי-חקיקה ואי-משפט הם משפט. המאמר נפתח בתיאור אקדמי של תופעת הפללת-היתר ושל השפעתה על המשפט הפלילי ועל הפרט, ובהבעת הסכמה לכך שתהליך ההפלה צריך ויכול להיות רציני ומעמיק יותר. המאמר מראה שכאשר החקיקה אינה מתחדשת, החירות אינה מוגנת, ובעלי כוח משפטי מגבילים אותה בדרכים אחרות. הדבר מתקשר לבעיה שהפוליטיקה מוטרדת ממנה בהקשרים מסוימים ורק בהם, אולם המגמה היא אחת: אקטיביזם שיפוטי. המאמר מראה כיצד המשפט הפלילי משלים את חסרי החקיקה, ועושה כן כמעט תמיד לטובת האינטרס הציבורי ונגד חירות הפרט. בהמשכו המאמר מתייחס לעולם ההסדרה הלא-משפטי באמצעות מודל המסדירים של לסיג, וגורס כי אי-חקיקה אינה מתכוון מנצח גורף בעולם זה. החירות המשפטית אינה חופפת את הטוב, ולעיתים אי-חקיקה והותרת מסדירים אחרים כשליטים בלעדיים או מרכזיים בזירה מסוימת דווקא מגבירות את העוול ואת הפגיעה בזכויות, בערכים ובאינטרסים שראויים להגנה. לעיתים אי-חקיקה פירושה מתן גיבוי למצב המשפטי הקיים, שעלול לחסום ולדכא שינויים חברתיים. המחוקק אינו צריך לומר דברים חדשים כדי שהמשפט יאמר דברים חדשים; והמשפט אינו צריך לומר דברים חדשים כדי שמה שכבר אמר יכריע התהוויות אנושיות רבות. גם כאשר המשפט אינו מסדיר במפורש, הוא מסדיר; וגם כאשר הוא אינו מסדיר כלל, הוא מסדיר. הטענות השונות מודגמות לאורך הטקסט בעיקר בקשר למרשתת – זירה שהמחוקק הישראלי נמנע כמעט לגמרי מלהסדיר במפורש, ואשר ממחישה היטב את טענות המחקר. מצד אחד, גם ללא חקיקה חדשה המשפט הפלילי מגביל את החירות בעולם זה בשפע הקשרים. מצד אחר, ללא חקיקה חדשה, הזירה החשובה הזו נותרת להסדרה פרטית

בעיקרה, אשר תוצאותיה אינן מתיישבות לעיתים עם ערכים משפטיים מוכרים. במקרים אחרים, המשפט שכבר קיים מונע מפרטים את האפשרות להשיג שינוי חברתי בעבורם ובעבור אחרים. הנה כי כן, חקיקה חדשה, בתחום זה ובתחומים אחרים, עשויה לסייע בקידום החירות וערכים נוספים.

מבוא

א. הפללת-יתר וחירות-חסר – מקרה-מבחן של משפוט-יתר

ב. אי-חקיקה ומשפט הפרשנות – האקטיביזם השיפוטי הסודי

1. מבוא: על האקטיביזם
 2. אי-חקיקה והפללה פרשנית – על מות איסורים ולידתם
 3. אי-חקיקה והפללה פרשנית – המחשות ישנות וחדשות
 4. אי-חקיקה והפללה פרשנית – חסרונות וסיכונים
 5. אי-חקיקה והפללה פרשנית – שתיקת הפוליטיקאים וקפאון החוק
 6. אי-חקיקה והפללה פרשנית – רוחב התופעה ועומקה
 7. אי-חקיקה והפללה פרשנית – אחריות המחוקק
- ג. אי-חקיקת חוק חדש והסדרה לא-משפטית

1. מבוא
2. מודל המסדירים של לסיג
3. הסדרה לא-משפטית ברשת
4. הסדרה לא-משפטית ברשת – הדוגמה של פייסבוק
5. הסדרה משפטית של הסדרה לא-משפטית – אי-חוק, אי-משפט והפקרה משפטית

סיכום

מבוא

בפתח שנת תשע"ו, באוקטובר 2016, פרסמה שרת המשפטים שקד רשימה בכתב-העת החדש השילוח. תחת הכותרת "מסילות אל המשילות", ולאורך קרוב לעשרים עמודים, פרשה שקד בשקיפות מבורכת את משנתה ותפיסתה באשר לתפקידן של שתי רשויות מרכזיות בשדה המשפט – המחוקקת והשופטת.¹ בדבריה לא חסכה השרה ביקורת משתייהן. באשר לרשות המחוקקת היא כתבה כי מוגשות הצעות חוק רבות מדי (כ-1,500 הצעות ב-15 חודשים), בנושאים רבים מדי ובלא שימת-לב מספקת – "הכנסת מבקשת לחוקק את חיינו לדעת".² לטענתה, כל הצבעה על חוק מגבילה את החירות ומביעה אי-אמון ביכולתה של החברה להתנהל ללא המשפט.³ כל זאת בקשת נושאים אדירה, ללא בחינה רצינית ומדוקדקת, וללא חרדת-קודש באשר לחשיבות החקיקה.⁴ התוצאה היא התערבות-יתר בחופש האזרח ובשוק החופשי. אחת הצורות הקשות של התערבות-היתר שנגדה יצאה השרה היא הפללת-יתר: עשרות איסורים פלייליים שנולדים חדשות לבקרים מגבילים את הזירה העסקית ומרתיעים את העוסקים בה, וזאת בתהליך הפללה שאינו רציני דיו.⁵ נוסף על כך ביקרה השרה את התנהלותה של הרשות השופטת, אשר נכנסת לעניינים לא לה ומרשה לעצמה, לא בצדק, להפוך החלטות שהן בליבת ההתנהלות והסמכות הפוליטיות: מתווה הגז, חוק הכניסה לישראל ועוד.⁶

הביקורת על הרשות המחוקקת והביקורת על הרשות השופטת אינן סותרות, אלא מתנקזות לקו אחד, שמבטא היטב את השקפת-העולם של השרה ושל אחרים, היוצאת נגד "משפוט-יתר": חקיקת-יתר, הפללת-יתר, שיפוט-יתר. לפי השקפה זו, אין זה ראוי להסדיר משפטית כל היבט בחיים האנושיים, ויש להותיר לשוק ולחברה את האפשרות להתפתח בכוחות עצמם. תפיסה זו ראויה לבחינה אקדמית.

1 איילת שקד "מסילות אל המשילות" השילוח 1, 37 (2016).

2 שם, בעמ' 37.

3 שם, בעמ' 37–40. ביקורת חריפה הוצגה גם לגופן של כמה מהצעות החוק שבהן נתקלה השרה.

4 שם, בעמ' 42.

5 שם, בעמ' 43–44.

6 שם, בעמ' 44–47. לבסוף ביקשה השרה לרומם מבחינה תדמיתית את הרכיב היהודי בביטוי המוכר "יהודית ודמוקרטית" – שם, בעמ' 48–54.

מאמרי יבחן את הסוגיה של משפוט-יתר ואת השפעת המשפט על החירות בהתמקד בשני מישורים – משפטי ולבר-משפטי. במישור הראשון ישווה המאמר בין מעמדה של חירות הפרט במצב של חקיקה חדשה לבין מעמדה במצב של העדר חקיקה חדשה. במישור השני ישווה המאמר בין מעמדה של חירות הפרט תחת הסדרה משפטית לבין מעמדה תחת הסדרות אחרות, דוגמת השוק ונורמות חברתיות. טענת המחקר תהיה שבמובנים מהותיים השרה צודקת, ואנו אכן סובלים ממשפוט-יתר, ובעיקר מהפללת-יתר, תוך פגיעה בחירות הפרט, וזו תוצאה קשה הראויה לשימת-לב ולפתרון. אולם לצד זאת אגרוס כי הימנעות מחקיקה ומהפללה חדשות אינה פתרון המקדם חירות, זכויות וערכים. הסיבה האחת היא שהימנעות כאמור אינה מצמצמת את המשפט, אלא רק מנתבת אותו לאפיקים אחרים, שהם שקופים פחות ומגבירים בהכרח את הכוח השיפוטי. משפט חדש נוצר לא רק באמצעות חקיקה חדשה, אלא גם על-ידי לקיחת החקיקה הישנה למחוזות חדשים, כך שלא רק חקיקה חדשה מצמצמת את החירות. הסיבה השנייה היא ש"אי-משפט" המותר את המצב על כנו – מבחינה כלכלית, מבחינה חברתית וכדומה – אינו מבטיח הגנה על חירות הפרט ועל ערכים חברתיים חשובים. אחד מתפקידי המשפט העיקריים הוא להציע משקל-נגד לצורות הסדרה אחרות, כגון הסדרה כלכלית והסדרה חברתית: המשפט הוא מכשיר לשינוי מציאות פוגענית. נוסף על כך, לעיתים העדר חקיקה חדשה אינו מקדם חופש חברתי וכלכלי, אלא מנציח את המצב הקיים וחוסם שינויים חברתיים וכלכליים בחסות המשפט הקיים: גם אי-משפט הוא משפט.

המאמר יפתח, בפרק א, בתיאור אקדמי של תופעת הפללת-היתר כמקרה-מבחן של משפוט-יתר. פרק זה מצביע על חשיבותה של סוגיית ההפללה, כהתערבות משפטית דרמטית בחיי הפרט שראויה לשימת-לב ביקורתית, בהמשך לביקורת השרה. בפרק ב יבחן המאמר את סוגיית משפוט-היתר ואת השפעתה על חירות הפרט במישור המשפטי: בין חקיקה לבין אי-חקיקה. המאמר יגרוס כי העדר חקיקה אינו מגן על החירות, אלא רק מעודד בעלי כוח משפטי להגבילה בדרכים אחרות. דרכים אלה מתקשרות לבעיה שהפוליטיקה מוטרדת ממנה בהקשרים מסוימים ורק בהם, אולם המגמה היא אחת: אקטיביזם שיפוטי. בהמשך יציע הפרק תקיפה ליברלית של רעיון האקטיביזם השיפוטי, ויראה כיצד המשפט הפילי משלים חסרי חקיקה, ועושה כן כמעט תמיד לטובת האינטרס הציבורי ונגד חירות הפרט. פרק ג יבחן את סוגיית המשפוט והשפעתו על חירות הפרט במישור הלבר-משפטי: בין משפט לבין הסדרה אחרת. בהתבסס על מודל המסדירים של לסיג, יראה הפרק כי אי-משפט אינו מתכון מנצח לחירות הפרט, הואיל ולעיתים הותרת צורות הסדרה אחרות, דוגמת ההסדרה הכלכלית וההסדרה

החברתית, כשליטות בלעדיות או מרכזיות בזירה מסוימת דווקא מגבירה את העוול ואת הפגיעה בזכויות, בערכים ובאינטרסים שראויים להגנה. עוד ידגיש הפרק כי במצבים מסוימים הותרת סוגיות להכרעה במישורים כלכליים וחברתיים אינה אלא מתן גיבוי למצב המשפטי הקיים, שעלול לחסום ולדכא שינויים חברתיים. הסיכום יציג תהיות בנוגע לתפקודם של המשפט וההסדרה הלא-משפטית ובדבר נוכחותם בחיינו.

א. הפללת-יתר וחירות-חסר – מקרה-מבחן של משפוט-יתר

שאלת ההפללה (criminalization) – קרי, אם לרתום את כוחו של המשפט הפלילי כדי לדכא סוג התנהגות מסוים אם לאו – היא סוגיית-יסוד בדין הפלילי.⁷ להפללה יש חשיבות עצומה ומשמעות עמוקה לחיי הפרט. מדובר באיום מדינתי פורמלי נגד ביצוע סוג התנהגות מסוים, איום שמגובה באכיפה המאפשרת לפגוע בזכויות-יסוד כחירות תנועה, כבוד ושם טוב, פרטיות, קניין ועוד.⁸ שימוש זה בכוח המדינה מחייב הצדקה.⁹ הכוח להפליל התנהגות אנושית הוא אדיר – הוא מעצב ערכים, תוחם בין פושעים ללא-פושעים, מגביל את החירות, ויכול להרע עד-מאוד את חייהם של אנשים. תמרון התנהגות אנושית מחייב הצדקה, בעיקר כאשר הוא שעון על ענישתם של אלה שאינם מצייתים וגינוים.¹⁰

חשוב להדגיש: עברה אינה מונח אובייקטיבי על-זמני ואוניוורסלי,¹¹ אלא הערכה משפטית מקומית פורמלית של התנהגות. במובן התיאורי מדובר בכל מה

7 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 17 (1969)
 8 Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 Isr. L. REV. 84, 86, 88 (1993); דן בייך "חוקי-היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יג 251, 254-253 (1996); ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 541, 547-552 (2002); הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת האחריות לעברה נגרת – הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איוון אחרת" ספר דייוויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 683, 700-701 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).
 9 JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION 1 (1994); ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 22 (5th ed. 2006); Claire Finkelstein, *Positivism and the Notion of an Offense*, 88 CAL. L. REV. 335, 358 (2000)
 10 NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS .and CONTINENTAL COUNTERPARTS 1, 5-6, 10, 12 (2007)
 11 השו: Ronald V. Clarke, *Technology, Criminology and Crime Science*, 10 EUR. J. CRIM. POL'Y & RES. 55, 57 (2004); Roger A. Shiner, *Theorizing Criminal Law Reform*, 3 CRIM. L. & PHIL. 167, 168 (2009)

שהמחוקק אסר תוך איום בעונש.¹² תפיסה זו אינה מגבילה את תוכן האיסור כלל.¹³ כך נכון גם לגבי תפיסת העברה בדיעבד כתופעה פוליטית,¹⁴ תרבותית,¹⁵ היסטורית¹⁶ או משולבת.¹⁷ במובן הנורמטיבי עולה שאלת ההצדקה לקיום עברות.¹⁸ הצדקה כזו אינה דבר שקל להסכים עליו אפילו לגבי איסורים קונקרטיים, לא כל שכן באופן מופשט. ייצור מודל הפללה שלם הוא דבר שלא נעשה כמעט כלל, ובוודאי לא הוליד קונסנזוס סביבו.¹⁹ אפילו עקרונות הפללה לא זכו בקונסנזוס. למשל, עקרון הנזק (harm principle) קובע כי מוצדק שמדינה תאסור על פרט לנהוג באופן מסוים רק כדי למנוע נזק לאחר, להבדיל מנזק לו עצמו.²⁰

- .JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 147 (1871, reprinted in 1975) 12
 KATHERINE S. WILLIAMS, TEXTBOOK: להגדרות וסקריפטיות משדה הקרימינולוגיה ראו: ON CRIMINOLOGY 11–12 (5th ed. 2004); Ken Pease, *Crime Prevention*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINOLOGY 963, 963 (Mike Maguire, Rod Morgan & Robert Reiner eds., 2nd ed. 1997); FRANK E. HAGAN, INTRODUCTION TO CRIMINOLOGY – THEORIES, METHODS, AND CRIMINAL BEHAVIOR 13 (3rd ed. 1994)
- Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 13
 .401, 404 (1958)
- William ;27-10, בעמ' 5 ו-27, ASHWORTH 14
 לעיל ה"ש 9, בעמ' 23 ו-52, PERŠAK, לעיל ה"ש 10, בעמ' 5 ו-27;
 J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505
 (2001); Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV.
 703, 718–729 (2005); Paul Rosenzweig, *Overcriminalization: An Agenda for
 Change*, 54 AM. U. L. REV. 809, 809–820 (2005)
- יורם שחר "משפט פלילי ותרבות בישראל" פלילים ז 77, 81 (1998). 15
 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כך א 116–117 (1984). 16
- Nicola Lacey, *Contingency and Criminalization*, in FRONTIERS OF CRIMINALITY 17
 .1, 9 (Ian Loveland ed., 1995)
- A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE 5 (2nd 18
 ed., 2003)
- אני מכיר ארבעה מודלים בלבד: SCHONSHECK, לעיל ה"ש 9, בעמ' 64–94; יובל קרניאל 19
 הפרת אמונים בתאגיד 335–402 (2001); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION –
 ;(2001) 402–335; The LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 55–107 (2008)
 1; אסף הרדוף הפשע המקוון פרק 1
 (2010). השפעתם האקדמית והמעשית של כל המודלים הללו צנועה.
- JOHN STEWART MILL, ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13, 80–81, 20
 108–109 (1879, reprinted in 1996); JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE
 CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 63 (1984); H.L.A HART, LAW, LIBERTY, AND
 MORALITY 4–5 (1963); Ronald Dworkin, *Lord Devlin and the Enforcement of
 Morals*, 75 YALE L.J. 986, 992 (1966)

חרף הפופולריות שלו,²¹ העיקרון מתקשה להגביל חקיקה מפלילה,²² בעיקר משום עמימותו²³ וקלות התמרון שלו.²⁴ גם המימרה הישראלית הפופולרית שהמשפט הפלילי מיוחד בכואו להגן על ערכים²⁵ אינה מציעה מסננת הדוקה במיוחד, באשר המשפט כולו עוסק בערכים מוגנים: מלוא המשפט ערכים.²⁶

השיח האקדמי הנורמטיבי לא השכיל לגבש תנאים מספיקים להפללה, ואף לא תנאים חיוניים לה. העדר הקונסנזוס נובע לא רק ממורכבות השאלה, אלא גם מהיותה זנוחה מבחינה אקדמית.²⁷ הכתיבה האקדמית המשפטית בדיני העונשין נוטה להתמקד בחלק המקדמי של חוק העונשין.²⁸ המשפט הפורמלי אינו מרבה לעסוק בהפללה. כדי שיעסוק בה, נדרש כלי ביקורת מתאים. כלי חוקתי לביקורת חקיקה, בסגנון פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו מותאם לצורכי הדין הפלילי, בהיותו כללי ומופשט מאוד.²⁹ בית-המשפט הישראלי אינו שש להשתמש בו כדי להצר חקיקה פלילית ולהתעמת עם הרשות המחוקקת באפיק שבו הציבור, כמודגש בהמשך, לא יצדד בעמדתו. לעומת כתיב-משפט עליונים

21 Shlomit Wallerstein, *Criminalising Remote Harm*; בעמ' 266, לעיל ה"ש 7, Packer and the Case of Anti-Democratic Activity, 28 CARDOZO L. REV. 2697, 2699 (2007).

22 Darryl Brown, *History's Challenge to Criminal Law Theory*, 3 CRIM. L. & PHIL. 271, 278–282 (2009).

23 ASHWORTH, לעיל ה"ש 9, בעמ' 32; PERŠAK, לעיל ה"ש 10, בעמ' 14, 60–61, 71 ו-77–91.
24 Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 134–138 (1999).

25 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות פרק ו (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980); מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?" משפטים יג 159, 160 (1983); מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 39 (2009).

26 אסף הרדוף עברת הגנבה 109 (2014).

27 Lacey, לעיל ה"ש 17, בעמ' 2; PERŠAK, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6; HUSAK, לעיל ה"ש 19, בעמ' Claire Finkelstein, *Positivism and the Notion of an Offense*, 88 CAL. L. REV. 63–58, 335, 336 (2000); Alfonso Donoso M., *Book Review: Douglas Husak, Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, 4 CRIM. L. & PHIL. 99 (2010).

28 Lacey, לעיל ה"ש 17, בעמ' 18; PERŠAK, לעיל ה"ש 10, בעמ' 5; Douglas Husak, *Is the Criminal Law Important?*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 261, 261 (2003); Douglas Husak, *Crimes Outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755, 765 (2004).

29 Markus Dirk Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 55 HASTINGS L.J. 509 (2004); Douglas Husak, *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 535, 535–536 (2005).

בשיטות משפט אחרות, שפסלו חוקים פליליים לא-מעטים על רקע חוקתי,³⁰ בית- המשפט העליון הישראלי לא ערך כמעט כל דיון חוקתי באיסור,³¹ ומעולם לא ביטל איסור פלילי על רקע חוקתי.³² אפילו הצרה חוקתית פרשנית היא עניין נדיר, וממילא באותם מקרים ספורים שבהם היא נעשתה עד כה היה אפשר להגיע לתוצאה פרשנית זהה גם ללא הכלי החוקתי.³³ השפעתו של המשפט החוקתי על הדין הפלילי המהותי בישראל זניחה עד בלתי-קיימת, ואקטיביזם שיפוטי (מונח שאשוב אליו בהמשך) שיהפוך את החלטות הכנסת במישור זה הינו דמיוני ממש. יוצא שמבחינה אקדמית אין כמעט חסמים מקובלים ואמיתיים להפללה, והשיטה הרווחת היא איזון בין פריטים ברשימת מכולת של שיקולים נוגדים.³⁴ שיטה זו רחוקה כמובן מלהיות אובייקטיבית – הן באופן כללי³⁵ והן בשיח החוקתי הישראלי.³⁶ לתהייה אם הפללה עושה טוב יותר מאשר רע קשה מאוד לתת מענה עקיב.³⁷ מבחינה מעשית, החסם היחיד להפללה הוא הפוליטיקה. זהו חסם חלש במיוחד, בהינתן שהפוליטיקה נוטה לתפוס את ההפללה כמייצרת רווח פוליטי,³⁸ מצד אחד, וכחסרת עלות,³⁹ מצד אחר (אף שיש לה כמובן עלות כלכלית

- 30 יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 86, 122–123 (1995).
- 31 הדיון החריג הבולט ביותר בהקשר זה, שעסק באיסור לארגן משחק אסור, סבב סביב שאלה מנהלית בנוגע לרישוי עסק; ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782 (2004).
- 32 אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243 (2012).
- 33 רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 13.8.2008); ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 24.8.2015).
- 34 SCHONSHECK, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7, 23 ו-30; PERŠAK; לעיל ה"ש 10, בעמ' 10–12 ו-139.
- 35 T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 (1987) 943, 945, 972–978, 992–994. YALE L.J.
- 36 מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 596–595 (2003).
- 37 Sanford H. Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, in BLAME AND PUNISHMENT – ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW 21, 33 (1987); Sanford H. Kadish, *More on Overcriminalization*, in BLAME AND PUNISHMENT – ESSAYS IN THE CRIMINAL LAW 36, 38 (1987).
- 38 DENNIS J. BAKER, THE RIGHT NOT TO BE CRIMINALIZED: DEMARCATING CRIMINAL LAW'S AUTHORITY 6–7 (2011); לעיל ה"ש 14, בעמ' 809; Rosenzweig
- 39 William J. Stuntz, *Reply: Criminal Law's Pathology*, 101 MICH. L. REV. 828,

גבוהה).⁴⁰ רווח בלי עלות – או למצער בלי עלות מורגשת – הינו מתכון מעורר תיאבון.

בהעדר שיח הפללה משפטי באקדמיה ובפרקטיקה, באין מגבלות מוסכמות להפללה, ובהינתן הרווח הפוליטי והתקשורתי הנובע לעיתים מהפללה, תהליך ההפללה נהיה רציני פחות, אינו נעשה בחרדת-קודש, וצפוי להפיק "הפללת-יתר". הכוונה לעברות בלתי-מוצדקות בעליל או רחבות מדי,⁴¹ לעברות עמומות שמוותירות את האזרח בעלטה ומגבירות את שיקול-הדעת האכיפתי,⁴² לעברות שחופפות עברות קיימות, לעברות שמונעות סיכון מרוחק מאוד,⁴³ לעברות שנותרו בספר החוקים בלי יעד חברתי ולעברות שמעודדות בזבז משאבים וניצול כוח לרעה.⁴⁴

הפללת-יתר אינה המצאה ישראלית. למשל, הודגש כי בארצות הברית יש יותר מדי דין פלילי, מאות אלפי איסורים פדרליים (נוסף על איסורים מדינתיים)⁴⁵ ויותר מרבע מאוכלוסיית האסירים בעולם.⁴⁶ התרחבות-היתר של הדין הפלילי מאיימת לא רק על זכויות הפרט, אלא גם על אינטרסים חברתיים: ככל שהדין הפלילי מתרחב ואוסר גם זוטות, כוח הגינוי המוסרי שלו קטן, ועימו היכולת להשיג את מטרתיו בהכוונת התנהגות.⁴⁷

836 (2002). איסור פלילי חדש שמוצע כולל לרוב את הסעיף הטיפוסי "השלכות על תקציב המדינה – אין".

40 Packer, לעיל ה"ש 7, בעמ' 259–260, Ashworth, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65; דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 158 (1983); מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכול?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 935, 937 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

41 Luna, לעיל ה"ש 14, בעמ' 716–718; Erik Luna, *Overextending the Criminal Law*, 25(6) CATO POL'Y RPT. 1, 1 (2003).

42 Geraldine Szott Moohr, *Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, 54 AM. U. L. REV. 783, 784–785 (2005).

43 Husak, לעיל ה"ש 19, בעמ' 36–44.

44 Sara Sun Beale, *From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 AM. U. L. REV. 747, 748–751 (2005).

45 Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U. L. REV. 453, 481 (1997).

46 Husak, לעיל ה"ש 19, בעמ' 3–14.

47 Robinson & Darley, לעיל ה"ש 45, בעמ' 481, 490 ו-499, Luna; לעיל ה"ש 14, בעמ' 714–716 ו-729; קרניאל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 411–413.

באופן מעניין, הפללת-היתר אינה תוצר של חקיקת-יתר בלבד, אלא נובעת גם מהשפעתם של כוחות אחרים, דוגמת המשטרה, התביעה ובית-המשפט, מצד אחד,⁴⁸ וכוחות חברתיים מגוונים, מצד אחר.⁴⁹ נקודה חשובה זו מחברת אותנו לפרק הבא.

ב. אי-חקיקה ומשפט הפרשנות – האקטיביזם השיפוטי הסודי

1. מבוא: על האקטיביזם

חקיקה מפלילה חדשה פוגעת בחירות, לעיתים באופן בלתי-מוצדק. אולם מה לגבי העדר הפללות חדשות? האם העדר הפללה חדשה פירושה שמירת החירות? בפרק זה אטען כי במקרים רבים מאוד התשובה שלילית. חקיקה חדשה מתווה את המותר והאסור בזירה חדשה או מתחדשת, אך לא את כל המותר והאסור. באין חקיקה חדשה תקום הרשות האוכפת, ובעזרת הרשות השופטת תייצר הלכה למעשה איסורים פליליים חדשים באמצעות פרשנות מרחיבה ויצירתית של חקיקה קיימת, לעיתים חקיקה נושנה ששום מחוקק לא העלה בדעתו לשאתה למחוזות כה רחוקים. מהלכים אלה, אשר רחוקים מלהיות נדירים ואפילו חדשים, מתחילים ברשות האוכפת ומסתיימים ברשות השופטת. בעיניי זהו מופע של יצירה ואקטיביזם אכיפתיים ושיפוטיים, שהוא מרכזי ורווח בפרקטיקה, מצד אחד, אך אינו זוכה בכל התייחסות חקיקתית ואינו מעורר שום ביקורת פוליטית, מאידך גיסא, להבדיל ממופעי האקטיביזם המוכרים מבחינה תקשורתית.

כמו פמיניזם, טבעונות, בריונות, טרור וכיוש (shaming), גם אקטיביזם שיפוטי אינו מונח פורמלי. זהו מונח מעורפל, ואפילו חסר משמעות כשלעצמו, שניתן להלבישו בצורות מגוונות מאוד.⁵⁰ ניתן, למשל, לתופסו כנכונות שיפוטית להכריע בסוגיה שמוצבת לפני בית-המשפט;⁵¹ כבחירה באפשרות הפרשנית שפירושה שינוי הדין הגדול ביותר;⁵² כשימוש בכוח שיפוטי יוצר;⁵³ כנטילת תפקיד גדול יותר

48 Stuntz, לעיל ה"ש 14, בעמ' 520–523.

49 Shiner, לעיל ה"ש 11, בעמ' 174–176 ו-179.

50 שלמה לויין "אקטיביזם שיפוטי בדיני ראיות ובדין אזרחי" עיוני משפט יז 863, 863 (1993); אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי: על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 476 (1993); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאזני משפט ו 21, 27–29 (2007); זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה 17–19 (2008).

51 יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647, 650 (1993).

52 ברק, לעיל ה"ש 50, בעמ' 497–498.

53 לויין, לעיל ה"ש 50, בעמ' 864.

ממוסדות שלטון אחרים בקביעת הערכים שישררו במדינה;⁵⁴ כסירוב לכבול את שיקול-הדעת השיפוטי;⁵⁵ או כפעולה להרחבת תחומיו של שיקול-הדעת השיפוטי.⁵⁶ הדיון הציבורי, הפוליטי, התקשורתי ואף המשפטי-האקדמי על אקטיביזם שיפוטי בישראל מתקיים כמעט כולו לגבי שאלות פוליטיות – בעיקר בהקשרים החוקתי והמנהלי – מענפי המשפט הציבורי, ולעיתים לא-קרובות גם מענפי המשפט הפרטי.⁵⁷ אף שהמשפט הפלילי הוא מענפי המשפט הציבורי,⁵⁸ ואף שגם בו רווח מאוד האקטיביזם כתפיסותיו לעיל, השיח הביקורתי לגבי האקטיביזם בדיני העונשין אינו קיים כמעט, ולנוכח העדרו ניתן לומר כי זהו "אקטיביזם שיפוטי סודי". בפרק זה אגרוס כי הרשות המחוקקת נושאת בחלק גדול מהאחריות לקיומו, הן בהימנעותה מכתובת כללי פרשנות מחייבים והן בהימנעותה מעדכון חקיקה. בלי יומרה למצות את מורכבות המונח, אני תופס אקטיביזם שיפוטי כמצב שבו התוצר השיפוטי רחוק מהתוצר החוקי. אתייחס בהמשך לשני מופעים של התופעה: "אקטיביזם שיפוטי חוקי" – יצירה שיפוטית שעושה קונקרטיזציה למבנה חקיקתי עמום שמחייב אקטיביזם שיפוטי; ו"אקטיביזם שיפוטי בלתי-חוקי" – יצירה שיפוטית שמתעלמת מלשון החוק או משכתבת אותה. שני המופעים אופייניים לשיטת המשפט בישראל, ובמשפט הפלילי הם מביאים באופן טיפוסי לידי כך שהעדר חקיקה חדשה אינו מגן על חירות הפרט ואינו משמר אותה, ולעיתים אפילו פוגע בה פגיעה יתרה.

2. אי-חקיקה והפללה פרשנית – על מות איסורים ולידתם

לכאורה, בשיטת משפט הדוגלת בהפרדת רשויות, הפללה נולדת ומתה רק ברשות המחוקקת. המימרה שעל האיסור הפלילי להיקבע בחקיקה בלבד ובלשון ברורה ומפורשת, ושאינן ליצור איסורים בבית-המשפט, אף לא מקל וחומר או מהיקש,

54 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" עלי משפט ד 7, 7 (2005).
 55 דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9, 24 (2007).
 56 עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי ואקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665, 688 (2003).
 57 לדוגמה, דויטש, לעיל ה"ש 50; סגל וליטור, לעיל ה"ש 50.
 58 Markus D. Dubber, *Criminal Law Between Public and Private Law, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW* 191, 200–201 (R.A. Duff et al. eds., 2010) מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 609, 622, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

מוכרת היטב בעולם כחלק מעקרון החוקיות,⁵⁹ ומוכרת גם בישראל בפסיקה⁶⁰ ובספרות.⁶¹ אולם המציאות מספרת סיפור שונה. הלכה למעשה, הפללה עשויה להיוולד, לחיות ולמות הרחק מהרשות המחוקקת. מבט בדין המהותי כאילו הוא יצור עצמאי הינו מלאכותי, מטעה ומסולף: דיני העונשין אינם קיימים במנותק מסדר הדין הפלילי ומדיני הראיות, והפללה שחיה בראשונים עלולה למות באחרים. "מוות" פורמלי של איסור הוא דבר נדיר בישראל.⁶² הכנסת, ככלל, אינה ממהרת לדון מחדש באיסורים ישנים ולבטלם, משום שאין בכך רווח פוליטי ברור. בית-המשפט העליון מעולם לא ביטל איסור,⁶³ אולי בגין מיעוט טענות הגנה מתאימות, ואולי בגין חשש מתשומת-לב ומביקורת, בפרט בזמנים שבהם מעמדו הפוליטי ממילא מעורער. אולם "המתת" איסור אינה מחייבת עשייה פורמלית. רשויות האכיפה יכולות להפסיק לאכוף את החוק (אם בכלל החלו באכיפתו),

- Richard H. Fallon, Jr., *Making Sense of Overbreadth*, 100 YALE L.J. 853, 859–866, 877–880, 884–886 (1991); Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 U. PA. L. REV. 335, 361, 365 (2005)
- 60 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785, 819 פס' 2 לפסק-דינו של השופט זילברג (1954); ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 372, 365 (1973); בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 12.1.2006).
- 61 יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 72 (1981); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 86–92 (מהדורה שלישית, 2014).
- 62 לדוגמה, איסורי משכב זכר ומשכב בהמה בוטלו בשנת 1988, במסגרת רפורמה בעברות המין. ראו חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח 62.
- 63 גם ערכאות דיוניות נמנעו מכך כמעט לחלוטין. בהודמנות אחת עודד בית-המשפט העליון ביקורת חוקתית בערכאות נמוכות. ראו בג"ץ 8424/01 הנדלמן נ' נציב מס הכנסה (פורסם בנבו, 30.9.2002). בהמלצת בית-המשפט נמחקה העתירה, והטיעון החוקתי נגד איסור הייצוג ללא הרשאה לפי ס' 1ב236 לפקודת מס הכנסה, שהוסף בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 110), התשנ"ו-1996, הועלה בבית-משפט השלום. השופט רוזן קיבל את טענת ההגנה ופסל את הסעיף, בקובעו כי פגיעתו בחופש העיסוק אינה עומדת אף באחד ממבחני-המשנה של מבחן המידתיות. ראו ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (פורסם בנבו, 14.4.2003). עד לדיון בערעור ביטל המחוקק את הסעיף במסגרת ס' 42 לחוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, התשס"ה-2005. אלמלא כן סביר שקביעתו של השופט רוזן הייתה נהפכת בבית-המשפט המחוזי, שכן השופטת שיצר סברה כי היה מוטב לנהוג איפוק שיפוטי ולפרש את הסעיף פירוש מצמצם במקום לבטלו. ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 70597/04 הנדלמן נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת שיצר (פורסם בנבו, 1.12.2005). במקרה אחר העלה נתבע טענה חוקתית נגד איסור ההחזקה של פורנוגרפיית ילדים. טענתו נדחתה והוא הורשע, ואז נחתם הסדר-טיעון בין הצדדים. ראו ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 מדינת ישראל נ' מיל (פורסם בנבו, 27.12.2006).

בעיקר בשיטת משפט שבה אין חובה פורמלית להעמיד לדין כל אדם שיש ראיות לביצוע עברה מצידו.⁶⁴ חובה או לא – ככל שרבים האיסורים הפליליים, לתביעה ולמשטרה אין מנוס אלא לסגן באופן מסיבי עוד ועוד עברות ולהופכן לאות מתה הלכה למעשה.⁶⁵

במובנים מהותיים רבים הרשות האוכפת היא הרשות המחוקקת האמיתית.⁶⁶ היו שכתבו בבוטות כי טפשי לחשוב אחרת.⁶⁷ השוטר והתובע חזקים מהשופט, שכן הם המחליטים מה להגיש לשולחנו; והם חזקים מהמחוקק, שכן הם המחליטים אילו מיצירותיו הרבות מספור לגבות באמצעות אכיפה. כלומר, הדרך הפשוטה ביותר לאיין הפללה אינה עימות פורמלי בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, אלא התעלמות מחוק ברשות האוכפת או צמצומו הניכר ברשות השופטת: המחוקק הצר את החירות ביוצרו איסור; רשות האכיפה אינה אוכפת את האיסור כלל; וכך החירות שנשללה על-ידי המחוקק מושבת אל האזרח דווקא על-ידי הגופים שברגיל מבצעים את שלילת החירות המעשית – המשטרה ולאחריה התביעה. באופן מעניין, גם המצב ההפוך הינו נכון: לעיתים המחוקק מנע מלשלול את חירות האזרח בזווית מסוימת או חדשה, אולם המשטרה

64 ס' 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, פס' 2 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1990).

65 דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב 477, 489 (1994).

66 סטנטז טוען כי רוחב הדין הפלילי מביא לידי כך שאין הוא משרת כאמצעי להפרדה בין אלה שצריכים להיענש לבין אלה שלא, אלא כמנגנון שמאשר לתביעה לערוך את ההבחנה האמורה. הדין הפלילי אינו דין כלל, אלא מסך שמסתיר מערכת שמייצגת את הענישה הפלילית ליישום בשיקול-דעת. סטנטז גורס כי התובעים הם המחוקקים האמיתיים של מערכת המשפט. חוק פלילי רחב פירושו שהחוק שייאכף שונה מהחוק הכתוב, והחוק שייאכף יוגדר על-ידי האוכפים – החלטות המשטרה לעצור והחלטות התובעים להעמיד לדין. סטנטז טוען כי לתביעה יש שיקול-דעת מוחלט למעשה, וכי זו שערווייה, שכן פירוש הדבר הוא שהחוק הפלילי, בכל מובן משמעותי, אינו חוק כלל. ראו Stuntz, לעיל ה"ש 14, בעמ' 506–507, 519 ו-598–599.

67 אשוורת כותב כי טפשי לחשוב שהדין הפלילי המופיע בספרי החוק משקף את הדרך שבה הוא נאכף למעשה. המפתח לשאלת קיומו של הדין הפלילי מונח בשיקול-דעתן של המשטרה ורשויות האכיפה. אלה אינן מחויבות לצאת ולחפש עבריינים כל אימת שהן חוששות שפגע מבוצע, ואינן מחויבות לתבוע כל מי שיש ראיות מספיקות נגדו. ראו Ashworth, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7–8. גם הוסק סבור כי הדין הפלילי האמיתי מצוי בידי המשטרה והתביעה, אשר אינן מוגבלות כמעט בביצוע עבודתן: Husak, *Is the Criminal Law Important?*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 266.

והתביעה מתמקדות באותה זווית בעזרת חקיקה ישנה. כלומר, מה שנכון לגבי ביטול הפללה הלכה למעשה נכון גם לגבי יצירתה הלכה למעשה.

אומנם, כפי שראינו, לא רק המחוקק אחראי ליצירת ההפללה, אך הוא כמובן השחקן העיקרי בתהליך. מבחינה מהותית ומבחינה פורמלית, כל הפללה שעונה על עוגן חקיקתי. בשני מובנים חשובים וקשורים תהליך ההפללה הפורמלי מתחיל ומושלם ברשות המחוקקת: המחוקק מתחיל את תהליך ההפללה בסימון סוג של התהוות חברתית כמושא שראוי להפללה; והוא משלים את התהליך בניסוח מדויק ככל האפשר של אותה התהוות. הוא מביט במצב הקיים, מזהה מקרים שונים של פגיעות שמזכירות זו את זו באופן מסוים, מוצא מכנה משותף, ולבסוף מנסח את העברה. ניסוח מוצלח אינו מופשט מדי ואינו קונקרטי מדי: רמה מסוימת של הפשטה הכרחית לשם הכללת סוגים שונים של מעשים פוגעניים באיסור, שהרי לא ייתכן איסור ייעודי לכל מעשה פוגעני בנפרד;⁶⁸ מאידך גיסא, קונקרטיזציה הכרחית כדי שיהיה אפשר להבין מה האיסור קובע, ולא להזדקק לפרשנות מורכבת. כלומר, על האיסור להקיף את ההתהוות שלדעת המחוקק ראוי להקיף, ולהימנע הן מ"כיסוי-חסר", קרי מאי-הפללת התנהגות שאנו רוצים להפליל, והן מ"כיסוי-יתר", קרי מהפללת התנהגות שאיננו רוצים להפליל. הניסוח צריך לייצר התאמה מרבית בין משמעותו הלשונית המקובלת לבין תכליתו.⁶⁹

אך המלאכה האמורה קשה מאוד, ואולי בלתי-אפשרית: אין לנו שפה עשירה דייה לתאר את מלוא מורכבותו של העולם, ואף בשפה שיש לנו אנו רחוקים מלשוט באופן מושלם: אין שלמות באדם וביצירותיו. גם בהנחה המוקשה שניתן לנסח איסור מושלם, אין די בכך להותירו מושלם לאורך זמן. העולם סביבנו משתנה, וכך גם אנו. הנורמות החברתיות, הטכנולוגיה והכלכלה מתפתחות וצומחות, וכך גם המשפט. שינויים בנורמות החברתיות ובמשפט עשויים להוביל למתן משמעות חדשה לשאלות של דמיון ושוני,⁷⁰ וגם השפה היא יצור חי המשתנה בהתמדה.⁷¹ עם הזמן ייפער סדקים או תהומות בין תכלית העברה ללשוניה; הלשון

68 השוו שחר אלדר על הרזולוציה של המשפט הפלילי (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, 2003).

69 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 71 (2013).

70 השוו: Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943, 951 (1995).

71 לקשר שבין משמעותו של כלל משפטי לבין השפה והרקע של הנוף החברתי ראו: Frederick Schauer, *Exceptions*, 58 U. CHI. L. REV. 871, 872 (1991).

עלולה לאבד מחדותה ומדיוקה, ואפילו התכלית עשויה להשתנות עם העיתים, בין היתר משום שערכי החברה משתנים, מקבלים תוכן חדש ומדירים ישן.

תחת חוק ישן ומציאות אנושית חדשה, האם חירות הפרט מוגנת מפני הדין הפלילי? במקרים מסוימים, בוודאי. למשל, ייתכן שהרשות האוכפת התקשתה לגבש ראיות שלדעתה מקיימות את יסודותיו של איסור נתון, ולפיכך נמנעה מהעמדה לדין. על הגנתה של חירות זו לא נדע כלל, משום שהתביעה אינה חושפת את פרטי התיק שנסגר ומלוא נימוקיו. זהו "סיפור שלא סופר".⁷² סיפורים כאלה, שאינם נדירים מן הסתם, פירושם שחירות הפרט ניצחה כבר בתחנת המשטרה או במשרדי התביעה. זהו אולי הניצחון הגדול ביותר שהפרט יכול להשיג, שכן הוא אפילו לא הועמד לדין.⁷³ הגנה סמויה זו על חירות הפרט, להבדיל מהגנה שיפוטית שקופה ובת-אחזור, לעולם לא תיוודע לציבור הרחב.⁷⁴ לפיכך קשה מאוד למדוד את כוחה ואת גבולותיה.

אך קיימים גם סיפורים אחרים, רבים מספור, שעליהם אנו שומעים כל אימת שהתביעה מציגה בבית-המשפט תרחיש עובדתי ומבקשת ממנו להרשיע ולנסוך משמעויות חדשות בחקיקה ישנה, כמפורט בתת-פרק הבא. כיצד זה מתרחש? לעיתים קרובות התהוויות חדשות מזכירות ברובד כלשהו התהוויות מסוימות שהמחוקק אסר בעבר, וקווי הדמיון הללו מעודדים את גורמי האכיפה לקשר ביניהן. בהעדר הפללה חקיקתית ישירה וחדשה, רשויות האכיפה ניגשות לחקיקה ותיקה ועקיפה ככלי חלופי, אשר מבחינה מעשית מספיק להשגת יעדיהן: "כיסוי" פלילי של זווית חדשה של התהוות חברתית. בית-המשפט משתף עימן פעולה ברגיל, אולי משום שלפחות בהקשרים רבים מאוד של הדין הפלילי המהותי יעדיהן הן יעדו: האינטרס הציבורי. תפיסת בית-המשפט כגורם שנוטה בעד זכויות הפרט ומבכרן על האינטרס הציבורי הינה תמימה, בלתי-מציאותית ואפילו מטעה בזירה הפלילית. בלשונו הגלויה והכנה של השופט המלומד קלברזי (Calabresi), לשופטים אין עניין בזיכוי נאשמים בגין כשלים טכניים; אם כבר, יש להם עניין

72 אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 55-56, 84 (2014).

73 מאידך גיסא, איני בטוח שסגירת התיק תנומק ב"העדר אשמה" – נימוק שיביא לידי מחיקת התיק מרישומי המשטרה בהתאם לס' 62 לחסד"פ. תובע המפקפק אם בית-המשפט יקבע כי חשוד פלוני קיים את יסודות העברה יעדיף בוודאי לתייג את עילת הסגירה כ"חוסר ראיות", מה שיותר את החשוד ברישומי המשטרה ויאפשר את העברת המידע לגביו מתוקף חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.

74 אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ (עתיד להתפרסם ב-2018).

במניעת זיכוי אשמים על בסיס טכני.⁷⁵ אף שדברים אלה נכתבו בהקשר דיוני ראייתי, ואף שפרשנות הדין המהותי אינה נתפסת כעניין טכני, הדברים משקפים בעיניי חלק גדול ממיהות השיפוט, שמתקשר לפרשנות גמישה של הדין במגמה להגיע לתוצאה הצודקת בעיני בית-המשפט ולהימנע מזיכוי אדם שעשה מעשה מכוער ופוגעני.⁷⁶ קביעת הדין בבית-המשפט אינה אובייקטיבית ואינה מתעלמת מן ההקשר שלפניו.⁷⁷ חוש הצדק השיפוטי אינו מבחין בהכרח בין דיני הראיות, סדר הדין והדין המהותי. בהקשר המהותי, מגמת ההפללה הפרשנית הינה רחבה ושלטת בישראל. היא עולה גם מפסיקתם של שופטים שנתפסים כ"לא-אקטיביסטים". הדוגמאות יוצגו מיד.

3. אי-חקיקה והפללה פרשנית – המחשות ישנות וחדשות

כל שנחוץ לשם הפללה פרשנית הוא הקשר חדש שהמחוקק לא העלה על דעתו, במפורש לפחות, שיש לו דמיון לתרחיש ישן שהמחוקק אסר. התעלמות מלשון החוק המפורשת אינה נדירה, אפילו בעברות חמורות.

כדי להרשיע באינוס תחת חקיקה ישנה ולא-מתאימה, לא היסס הנשיא שמגר לקבוע כי אצבע היא "חפץ", אפילו כאשר לנגד עיניו עמד תיקון חוק מפורש בנוגע לתרחיש זה, אשר נכנס לתוקף לאחר מעשהו של הנאשם ולפני סיום ההליך.⁷⁸ כדי להרשיע ברצח חרף הקביעה השיפוטית כי הנאשם חווה התגרות מבחינה סובייקטיבית, פירש הנשיא (בדימוס) ברק את הרכיב "היעדר התגרות" ככולל פירוש אובייקטיבי, הגם שהרכיב מוגדר בחוק כחלק מהיסוד הנפשי. ברק הכיר בבעייתיותה של הקביעה, והסביר כי הכרעתו מנוגדת אומנם ללשון החוק, אך נובעת מצורך חברתי חיוני: "אין זה ראוי להשיג תיקון אנליטי על חשבון תקלה חברתית. תיאוריה או חברה – חברה עדיפה."⁷⁹ במקרה אחר הרשיע בית-המשפט

Guido Calabresi, *The Exclusionary Rule*, 26 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 111, 75
112-113 (2003).

Tonja Jacobi, *The Law and Economics of the Exclusionary Rule*, 87 NOTRE 76
DAME L. REV. 585, 657 (2013).

Robert E. Belanger, *Judicial Decision Making and the Exclusionary Rule*, 21 77
TEX. REV. L. & POL. 69, 90 (2016).

78 ע"פ 3907/92 סמחאת נגד מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 104, 106-108 (1992).

79 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646, פס' 62-65 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (2006). הנשיאה ביניש הצטרפה לברק וציינה כי הצעתו להותיר את הדין הקיים והמלצתו למחוקק לבחון מחדש את דיני ההמתה הן המוצא הראוי היחיד מהסבך שנוצר מהגדרת עברת הרצח בחוק ומן ההלכה שהשתרשה במשך עשרות שנים. לביקורת על

העליון, פה אחד, אדם שישב מעולף מאלכוהול ליד ההגה בנהיגה בשכרות, תוך שהוא מסביר בפירוט מדוע ניתן לכנות ישיבה מעולפת כזו "נהיגה"⁸⁰. יצירת אחריות פלילית חדשה מחוץ לבית-המחוקקים אינה שעונה רק על פרשנות רחבה של עברות, אלא גם על פרשנות רחבה של מבנים משפטיים, כגון דיני השותפות. למשל, המחוקק אסר על נהג להפקיר נפגע תאונה שבה היה מעורב, אלא שהרשות האוכפת העלתה טיעון שלפיו הנוסעים "סייעו" לנהג בכך שקראו "סע" או אפילו בכך ששתקו, בית-המשפט העליון קיבל את הטענות, והנהג נולדה עברה חדשה דה-פקטו.⁸¹ בחלוף השנים אף נכתב בבית-המשפט העליון כי חובת הפעולה של הנוסע, שהיא תנאי להפללתו, נקבעה למעשה בפסיקה.⁸² רק מאוחר יותר נהפכה ההפללה הפסיקתית להפללה ישירה בחוק מפורש.⁸³ מה שנכון לגבי עולם שלא עבר שינויים מרחיקי-לכת נכון ביתר שאת לגבי עולם שעובר שינויים כאלה מבחינה טכנולוגית, כלכלית וחברתית. מימרה מוכרת היטב היא שהמשפט מפגר אחר הטכנולוגיה.⁸⁴ בעוד החקיקה היא תהליך איטי ומעייף, הטכנולוגיה משתנה במהירות אדירה. הפער מקדם חוסר ודאות בקשר לזכויות ומחויבויות משפטיות, וייתכן אף שרפורמה משפטית לא תתאים

- פסק-הדין ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה'כוונה תחילה' בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 547 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).
- 80 רע"פ 5166/14 קרופצקי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 5.5.2015).
- 81 רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187 (2002).
- 82 ע"פ 2247/01 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(2) 666 (2011). באותו עניין הרהיבה המדינה עוז וטענה כי גם הנוסע שליד הנהג הינו "נהג", אולם טיעון זה נדחה על-ידי בית-המשפט.
- 83 חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101), התשע"ב-2011, החמיר בעונשו של נהג שהיה מעורב בתאונה חמורה ולא עצר או הזעיק עזרה, והטיל על נוסע אשר מעורב בתאונה שבה נפגע אדם חובה פלילית להזעיק את גופי ההצלה, אלא אם כן כבר עשה זאת הנהג, שאם לא כן יוטל עליו מחצית מעונשו המרבי של הנהג.
- 84 Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 586 (1998); Michael L. Rustad, *Private Enforcement of Cybercrime on the Electronic Frontier*, 11 S. CAL. INTERDISC. L.J. 63, 86, 97 (2001); Douglas Lichtman, *How the Law Responds to Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 215 (2005). סומר טוען כי פרקטיקות חברתיות מטמיעות טכנולוגיה ואז המשפט מטמיע את הפרקטיקות החברתיות, וכי מכאן נגזר קושי רב בחיזוי השפעתה של הטכנולוגיה על המשפט, רב אף מהקושי בחיזוי השפעתה על השווקים או על פרקטיקות חברתיות אחרות: Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 1145, 1149, 1161 (2000).

לטכנולוגיה עתידית.⁸⁵ מה שנכון באופן כללי לגבי טכנולוגיה נכון ביתר שאת לגבי המרשתת – טכנולוגיה מורכבת ודינמית במיוחד, המייצרת ודוחפת גם דינמיות חברתית וכלכלית, אשר בהקשרים מסוימים מאתגרת בוודאי את המשפט.

בית-המשפט העליון הישראלי כתב כי "המשפט רודף אחר ההתקדמות הטכנולוגית והבעיות המשפטיות שהיא מציבה, רודף ואינו משיג".⁸⁶ אין חולק שהחוק הישראלי אינו משיג את הטכנולוגיה, אך מדויק יותר לומר שהחוק אינו רודף אחר הטכנולוגיה כלל. חרף הצעות חוק מגוונות שעלו בהקשרים שונים, המחוקק הישראלי לא נגע כמעט בחקיקה הפלילית בזווית המקוונת, ונמנע מליצור עברות חדשות או לתקן עברות ישנות. ארגז הכלים של רשויות האכיפה נותר ככלל כשהיה (גם משום שהן עצמן אינן דורשות להרחיבו, כמפורט בהמשך), ולכן הן נאלצות לפנות אליו בשלל הקשרים פוגעניים שהמחוקק לא דמיין ובוודאי לא אסר במפורש. מגמה זו רחבה מאוד, ומקיפה שפע עברות מוכרות שזכו בנרטיב תביעתי חדשני ושונה מאוד מהנרטיב המוכר.

הדוגמאות לכך רבות מספור, ולהלן אציג אך חלק. בגיר פונה לילדה באמצעות המרשתת, משקר לגבי זהותו ומשכנעה לחדור לעצמה. בהעדר איסור ישיר ומפורש של הוויות חברתיות כאלה, כינתה זאת הפרקליטות "אונס",⁸⁷ ובית-המשפט הרשיע חשודים כאלה במסגרת הסדר-טיעון.⁸⁸ במקרים אחרים, שלא כללו חדירה, פנתה הפרקליטות לעברת המעשה המגונה בפני אדם⁸⁹ או באדם.⁹⁰ באין איסור

Arthur J. Cockfield, *Towards a Law and Technology Theory*, 30 MANITOBA L.J. 383, 403 (2004)

86 בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פס' יד לפסק-דין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 12.11.2015).

87 תפ"ח (מחוזי מר') 40230-12-11 מדינת ישראל נ' סבה (כתב אישום מיום 21.12.2011); תפ"ח (מחוזי חי') 54911-03-12 מדינת ישראל נ' דנינו; בש"פ 7873/12 פלוני נגד מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 20.11.2012). מגמה זו זכתה ברוח גבית בהחלטת מעצר בעניין דנינו ובדחיית טענה מקדמית בעניין מורובטי: תפ"ח (מחוזי ת"א) 41309-12-14 מדינת ישראל נ' מורובטי (פורסם בנבו, 16.3.2015).

88 תפ"ח (מחוזי מר') 28225-06-12 מדינת ישראל נ' ע.פ. (פורסם בנבו, 13.3.2013); ע"פ 707/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.7.2015); תפ"ח (מחוזי חי') 9232-07-15 מדינת ישראל נ' טמסוט (פורסם בנבו, 28.3.2016); תפ"ח (מחוזי מר') 34838-04-15 מדינת ישראל נ' גברילוב (פורסם בנבו, 11.4.2016). לביקורת ראו אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65 (2016).

89 ע"פ (מחוזי ת"א) 7476/09 חיים נ' מדינת ישראל, תק"מח 17517 (1)2010; ת"פ (שלום פ"ת) 13384-02-09 מדינת ישראל נ' אדלר, פדאור 2011 (7) 625.

90 ת"פ (שלום ראשל"צ) 2225/07 מדינת ישראל נ' ליאור (לא פורסם, 25.6.2008). לביקורת

ישיר של תקשורת מינית מקוונת עם ילדים בהסכמתם, הובילו שיחות מיניות עם תחקירנים שהתחזו לילדות לאישומים רבים בניסיון להטרדה מינית, לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.⁹¹ עברות התועבה נלקחו למחוזות חדשניים, הן באשר לתפיסת המונח "תועבה"⁹² והן באשר לתפיסת המונח "פרסום",⁹³ לעיתים בניגוד גמור להצעת החוק.⁹⁴

ההפלה הפרשנית בהקשר המקוון אינה נחלתן של עברות המין בלבד. כך, באין איסור ישיר של העברת כספים מחשבון בנק מקוון ששייך לאדם אחר, פנתה התביעה לעברת הגנבה,⁹⁵ אף שמדובר בעברה המבוססת מילה-במילה על חוק אנגלי משנת 1916,⁹⁶ אשר שיקף כמובן מציאות שונה ותפיסת פוגענות אחרת לחלוטין, שאנגליה התנתקה ממנה לפני יותר מיובל שנים.⁹⁷ באופן דומה, אף שהסדר הפלילי לגבי הימורים נולד ונוסח בעבור מציאות פיזית, לא מנע הדבר העמדה לדין והרשעה בגין הימורים מקוונים,⁹⁸ ולא עצר את הפרקליטות מלטעון כי הסמכות לסגור בית-הימורים כוללת בחובה גם את הסמכות לחסום אתרי הימורים.⁹⁹ בית-המשפט העליון קיבל את עמדת הפרקליטות כי המרשתת היא "מקום" וכי

על המחוקק ובית-המשפט בקשר לעברת המעשה המגונה ראו הרדוף, לעיל ה"ש 72, בעמ' 92-96; הרדוף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 112-121.

91 למשל, ת"פ (שלום ת"א) 8308/07 מדינת ישראל נ' דורה (פורסם בנבו, 9.7.2008); ת"פ (שלום ת"א) 8467/07 פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' פיטשון (פורסם בנבו, 4.1.2009); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1137/07 מדינת ישראל נ' בן גיא, פס' 21 (פורסם בנבו, 21.10.2009); רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.1.2014).

92 ת"פ (שלום ת"א) 6136/07 מדינת ישראל נ' קורידו (פורסם בנבו, 8.1.2008).

93 פמ"ם (שלום פ"ת) 3555/05 מדינת ישראל נ' פוקסמן (פורסם בנבו, 8.1.2007); ת"פ (שלום ח"י) 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי, תק-של 2011(4) 54257. לביקורת ראו הרדוף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 90-112; אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפלה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י 209 (2015).

94 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997, ה"ח 464, 466.

95 ת"פ (שלום י-ם) 31579-11-11 מדינת ישראל נ' עזרא, פס' 10 (פורסם בנבו, 27.5.2013); ע"פ (מחוזי י-ם) 34851-03-14 עזרא נ' מדינת ישראל, פס' 49 (פורסם בנבו, 28.10.2014).

96 על חוק זה ראו: Edward Griew, *The Theft Acts 1* (7th ed. 1995).

97 A.T.H. Smith, *Property Offences: The Protection of Property Through the Criminal Law 1* (1994). לביקורת ראו הרדוף, לעיל ה"ש 26, פרקים 4-5.

98 ע"פ 6889/11 מדינת ישראל נ' עובד (פורסם באר"ש, 14.5.2012).

99 עת"ם (מנהליים ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' ניצב מפקד מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 2.4.2012).

"סגירה" כוללת גם חסימה.¹⁰⁰ הפללה פרשנית עלתה גם בעברת החדירה לחומר מחשב לפי סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995. התביעה לא היססה לשכתב את החוק ולהרחיבו כך שיקיף את מי שביקשה להקיף. בית-משפט השלום¹⁰¹ ובית-המשפט המחוזי¹⁰² אמנם מנעו זאת בעדה בשם עקרון החוקיות ועקרונות-יסוד במשפט הפלילי, אולם בית-המשפט העליון גיבה אותה בנחרצות ובקלות, והלכה למעשה יצר הפללה חדשה, שונה וכנראה גם רחבה מזו שניסח המחוקק.¹⁰³

4. אי-חקיקה והפללה פרשנית – חסרונות וסיכונים

מן הדיון עד כה עולה כי העדר הפללה חקיקתית חדשה אין פירושו חירות והעדר הפללה. תהליך ההפללה הפרשנית, שבו איסור פלילי לובש צורה חדשה וזוכה בנרטיב אכיפתי ושיפוטי חדש, רחוק מלהיות נדיר: המגמה רחבה ומשקפת תפיסה שלטת, שמקובלת על כל השחקנים החזקים של המשפט הפלילי, ואיש אינו מנופף בדגל-נגד. המחוקק יוצר איסור, ולעיתים לא-רחוקות זונח אותו ומאבד בו עניין לאחר השגת התגמול הפוליטי-התקשורתית. המציאות מתחדשת מבחינות רבות – חברתית, כלכלית, טכנולוגית וכדומה – ובתוך כך צץ לו מדי פעם מעשה מכוער שניתן לכנותו בשם חדש ולאפיינו כייחודי. אולם הרשות האוכפת ובעקבותיה הרשות השופטת אינן זקוקות לחוק מפליל חדש כדי להפעיל את המשפט הפלילי נגד אותו יצור; די להן בארגז הכלים הקיים, שהוא עמוק ורחב במיוחד, ובהשקפה המשפטית הרווחת שהשפה הברורה אינה קו גבול שאין לחצותו. באין הפללה חדשה, פונים להפללות ישנות: מתאימים אותן, מרחיבים

100 עם זאת, ברוב דעות נקבע כי אין למשטרה סמכות להורות לאחרים (ספקי שירות) לחסום כאמור. ראו ע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי (פורסם באר"ש, 24.3.2013) (להלן: עניין איגוד האינטרנט). לביקורת על הסדר ההימורים בישראל ראו עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" המשפט ז 9 (2002); אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי על הדיכוטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" משפט וממשל יח 157 (2017); אסף הרדוף "יותר מזל משכל: הפער בין תכליותיהם של איסורי ההימורים לבין גופם" משפט ועסקים כא 33 (2018).

101 ת"פ (שלום י-ם) 40102-06-10 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 12.2.2012).

102 ע"פ (מחוזי י-ם) 34851-03-14 עזרא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.10.2014).

103 רע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם באר"ש, 15.12.2015). לביקורת ראו אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים" הסנגור 228, 4 (2016) (להלן: הרדוף "מסע בין רשויות"); אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 651 (סדרת משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך, 2018).

אותן, משכתבים אותן. אומנות הפרשנות גמישה דייה להגיע אל היעד שהרשות האוכפת והרשות השופטת מבקשות להגיע אליו.

יוצא שאי-חקיקה אינה אי-הפללה. פסיביזם חקיקתי אינו מגן באופן מעשי על חירות הפרט, אלא פשוט סולל דרך אחרת לנטילתה, אשר במובנים מסוימים מטרידה יותר, ולעיתים, כאמור בהמשך, אפילו פוגענית יותר לפרט. הדרך מטרידה יותר משום שלא נבחרו העם עומדים מאחורי ההפללה, אלא רשויות האכיפה ובית-המשפט. מעבר לכך שהפללה פרשנית פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, הפללה כזו לא עברה תהליך שקילה רציני כיאה לחקיקה חדשה, ובוודאי לא נעשתה בתהליך שקוף. ההפללה הישירה מתחילה בבית-המחוקקים, על מגרעותיו.¹⁰⁴ ההפללה העקיפה מתחילה ברשות האוכפת ומסתיימת ברשות השופטת. היא אינה שקופה, ובוודאי אינה ברורה – לא רק במובן התהליך שיצר אותה, אלא גם במובן הנראות החברתית שלה. דרישת הפומביות של החוק מבקשת לייצר רף הגינות מינימלי בעבור הפרט,¹⁰⁵ שאמור להיות מסוגל לקרוא את האיסור ולהבינו.¹⁰⁶ איני טוען כי האזרח הטיפוסי קורא חקיקה בעוד מועד, אך היא לפחות נגישה לו. החוק נגיש, קצר וקל לאיתור מבחינת האזרח יותר מאשר הפסיקה, שבה אדם מן היישוב בוודאי אינו מצופה לשלוט. כאשר ההפללה היא פרשנית וחדשנית, משהו באיסור אינו נגיש עוד לאזרח. שפת האיסור אינה יכולה עוד ללמד את האזרח מה אסור לו לעשות. כאשר התופעה נהפכת לשיטה, שפת האיסור אפילו חדלה מימרתה ללמד כאמור.

פרט לכך, תשומת-לב ציבורית להפללה חדשה עשויה להוביל גם לתשומת-לב שיפוטית ביקורתית: חוק חדש מושך ביקורתיות רבה יותר מחוק ישן במחוז חדש, משום שבמקרה האחרון ליבת החוק כבר מוכרת ומקובלת. הפללה חקיקתית חדשה צריכה לעמוד במבחנים חוקתיים, שעשויים להוביל לתשומת-לב שיפוטית ביקורתית, ואפילו לפסילת האיסור.¹⁰⁷ לעומת זאת, כאשר בית-המשפט מפרש בהרחבה מבנים חוקיים ותיקים, ייתכן – ואולי אף סביר – שהוא מאבד חלק מהביקורתיות שהייתה עשויה להתעורר אצלו אילו היה ברור ומוצהר שמדובר

104 ראו שקד, לעיל ה"ש 1.

105 בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480 (1951).

106 בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים!?" עלי משפט ג 165, 167, 181 (2003). כן ראו את דעת היחיד של השופט גרוניס בדנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פס' 2 לפסק-דינו (2009).

107 בית-המשפט העליון בקנדה פסל חוק שביקש למנוע בריונות ברשת לנוכח פגיעתו בחופש הביטוי: Crouch v. Snell, 2015 NSSC 340.

באיסור חדש, ולא בלקיחת איסור ישן למחוז חדש. לשון אחר, בהפללה חקיקתית חדשה הביקורתיות מכוונת למחוקק; בהפללה פרשנית הביקורת צריכה לכוון לבית-המשפט עצמו. אולם למבקר – הוא בית-המשפט – קל יותר לבקר גוף אחר מאשר לבקר את עצמו.

הפללה פרשנית לא רק פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות וביכולתו של הפרט לקרוא ולהבין את גבולות חירותו; היא גם שוללת את חירות הפרט לא פחות מחקיקה מפלילה חדשה, ואף למעלה הימנה. לעיתים שיבוץ הפרט לעברה ותיקה עושה לו עוול מיוחד, בכורכו לו תווית משפטית וחברתית חמורה מזו שהמחוקק היה מייחס לו בהפללה ישירה.

על עברות לתאר במדויק את ההתהוות האסורה, כדי לשקף את מידת העוול או הנזק הכרוכים בה, כדי לשדר את ההבדל במידת החומרה בין התהוויות שונות,¹⁰⁸ וכדי לייצג בהגינות את אופייה של הפרת החוק ועוצמתה.¹⁰⁹ כאשר המחוקק אינו יוצר עברות חדשות, סוגי התהוות שהם חדשים במובן מסוים אינם נותרים במישור החירות; פניהם מועדות דווקא לשיבוץ תביעת-שיפוטי במסגרת ישנה, בתוך עברות קיימות. הימנעות חקיקתית מיצירת תווית חדשה וסולם עונשי חדש מונעת את הדיוק האמור, שחשוב הן לנאשם והן לציבור. כלומר, במקום שהמחוקק יבוא וייצר עברה חדשה, שכותרתה "שכנוע קטינים לזנות או לקיום פעילות מינית",¹¹⁰ "פיתוי קטין באמצעות מחשב",¹¹¹ "פיתוי ילד דרך המרשתת או מתקן תקשורת אחר"¹¹² או שפע אפשרויות אחרות שמצטיירות כחמורות פחות מ"אונס", רשויות האכיפה – ובהמשך גם הרשות השופטת – הן שבאות ואוסרות הלכה למעשה את אותה התהוות חדשה, תוך שיבוצה הפרשני במסגרת

C.M.V. Clarkson, *Theft and Fair Labelling*, 56 MOD. L. REV. 554, 554–555 108 (1993).

Stuart P. Green & Matthew B. Kugler, *Community Perceptions of Theft Seriousness: A Challenge to Model Penal Code and English Theft Act Consolidation*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 511, 515–516, 520 (2010)

18 U.S.C. § 2422(b)

111 La. R.S. 14:81 (האיסור הכללי) ו-14:81.3 La. R.S. (האיסור הממוחשב). להעמדה לדין לפי האיסור הממוחשב ראו: STATE of Louisiana, Appellee v. Joel Rene WHITMORE, Appellant. Nos. 46,120-KA, 46,121-KA, 46,122-KA, 46,123-KA, 46,124-KA, 46,125-KA (2011)

112 Idaho Code § 18-1509A. להעמדה לדין לפי האיסור ראו: STATE of Idaho Plaintiff-Respondent, v. Jimmy Thomas GLASS, Defendant-Appellant. No. 31422 (2008)

ותיקה וחמורה. בתוך כך עברת האונס נפגעת באובדן גבולותיה, ואילו הנאשם נפגע הן בתיג השלילי הייחודי של עברה כה חמורה והן בפוטנציאל הענישה הגבוה. לא רק ששתיקת המחוקק לא הועילה לו ולחירותו; היא דווקא הזיקה להם מאוד.

יצירת עברה חדשה עשויה במקרים מסוימים לתרום לחירות הפרט לא רק בהפחתת החומרה המיוחסת למעשהו, אלא גם בהבהרה חקיקתית של גבולות האיסור. במבט דוקטרינרי ומהותי, כל איסור חדש הוא לא רק מסר נגד החירות, אלא גם מסר בעדה: כל שלא נאסר – אמור להיות מותר, וככל שה"הן" ברור יותר, כך גם ה"לאו"; ככל שהחקיקה חדה יותר, מרחב הפרשנות המפלילה מצטמצם. למשל, איסור נטילת רכוש מבעלו לא בהסכמתו בכוונה לשלילת-קבע פירושו שנטילה כאמור שאינה בכוונה לשלילת-קבע עברת גנבה, אף אם אין היא ראויה בעיני רבים; איסור מעשה מגונה בפני אדם בפומבי פירושו שמעשה מגונה בפני אדם לא בפומבי אינו כלול באיסור; איסור צילום אדם ברשות היחיד, כעולה מסעיף 2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, פירושו המשתמע הוא שצילום אדם ברשות הרבים אינו פגיעה בפרטיות. כל רכיב עברה הינו מסנת המוצבת בפני רשויות התביעה. המסנת המהותית לא רק מייצרת את האשמה, אלא גם משרטטת את החירות. כמובן, כדי שלאיסור תהיה משמעות מאפשרת חירות, ולא רק משמעות שוללת חירות, נחוצים איסורים עמומים פחות והשקפה פרשנית מתאימה.¹¹³

5. אי-חקיקה והפללה פרשנית – שתיקת הפוליטיקאים וקפאון החוק

ההפללה הפרשנית אינה תופעה חדשה, ואינה נחלתו של זרם מסוים ברשות השופטת. ככל שניתן לאפיין את השופטים לפי חלוקות שונות (יהודים-ערבים, גברים-נשים, חילונים-דתיים, שיוך פוליטי, רקע מעשי-אקדמי וכדומה), התופעה היא כלל-מערכתית, ואינה נתפסת כבעיה כלל, בוודאי לא כבעיה פוליטית. פרשנות היא מתפקידו העיקריים של בית-המשפט, והכוח לפרש כולל גם את האפשרות לקבוע את גבולות האיסור הפלילי במקרים מסוימים. אולם

113 לא מעטים המקרים שבהם בית-המשפט העליון מפרש איסור בהתעלם מאיסורים קשורים שאמורים לכאורה לתחום אותו. למשל, הוא פירש את עברת המעשה המגונה באדם כמתייחסת לאדם קונקרטי גם בהעדר מגע, והתעלם מכך שעברת המעשה בפני אדם מתווה לכאורה את הגבולות של התהוות שלילית כזו. ראו ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 24.1.2013). כן ראו אסף הרדוף "מעשה מגונה במשפט פלילי" (טרם פורסם), נגיש בכתובת https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113599.

קביעת גבולותיו של האיסור הפלילי מעבר ללשון הברורה אינה פוגעת בפרט פחות מהפללה חקיקתית חדשה, ולעיתים היא פוגעת בו יותר, ופוגעת גם בערכים נוספים.

מדוע הפוליטיקה אינה מתקוממת נגד הרחבת איסורים פרשנית? מדוע היא אינה יוצאת נגד אלה המכופפים את לשון החוק או מתעלמים ממנה? אני משער שהדבר נובע מהעדר רווח פוליטי בביקורת כזו. המחוקק מתעניין בעיקר במה שקשור לפוליטיקה ולבוחריו כעניין מערכתי. דיני העונשין, ככל ענף משפטי, נולדים ברשות המחוקקת, אך למעט בהקשרים מיוחדים, כגון ענישה על רקע בטחוני, הם אינם נתפסים כפוליטיים. כאשר הרשות האוכפת והרשות השופטת מרחיבות את עברות הרצח, האונס והגנבה – לא כלפי נאשם בעל מטען פוליטי כמובן – אין אביר פוליטי שיצא נגד התופעה, משום ששום פוליטיקאי לא יבקש לקשור את עצמו לאלה שהוקעו כרוצחים, כאנסים וכגנבים. הנטייה הפוליטית בהקשר זה תואמת את הנטייה הציבורית והתקשורתית, שמצידה תואמת את הנטייה האכיפתית והשיפוטית: בעד הרשעת מנוולים.¹¹⁴ אין יוצא נגד האקטיביזם האכיפתי והשיפוטית הפלילי משום שהמפסידים ממנו הם הדחויים והשנואים עלי-כל.

את הדברים האמורים יש לחדד. להבדיל מבג"ץ, אשר מושך תשומת-לב פוליטית בהקשרים רבים ומאפשר לפוליטיקאים לצאת למתקפה נגדו ולגזור רווח תקשורתי מכך, בית-משפט שעוסק במשפט הפלילי, ואשר עמל כדי להרשיע מנוולים גם כאשר החוק מקשה עליו לעשות כן, אינו מושך תשומת-לב פוליטית ואינו מייצר קופון תקשורתי למתקפה עתידית כלפיו. כאשר המשפט הפלילי מסתיים בהרשעה, נדמה בהתבוננות מהצד שהוא פועל היטב. גם במקרה הלא-תדיר שבו המשפט הפלילי מסתיים בזיכוי, אין לרוב קופון תקשורתי למתקפה פוליטית, בהעדר עניין ציבורי מספיק או הבנה מה בדיוק כשל. הגורם שיכול לזהות כשלי חקיקה שהובילו לזיכוי ולעודד תיקון אינו הפוליטיקאים, אלא משרד המשפטים, הכולל בעלי-מקצוע מומחים. אף שגם הסנגוריה הציבורית מסונפת למשרד, ואף שקולה נשמע בו, לא יהא זה מופרז להעריך שהיוזמות לשינוי בזירה הפלילית באות בעיקרן מצידם ולטובתם של השחקנים החזקים במשרד המשפטים, הלא הם נציגי התביעה והיועץ המשפטי לממשלה, כמו-גם מצד שחקן נוסף מהמשרד לבטחון פנים – המשטרה. כל אלה יוצרים יחדיו את "התלכיד המאשים", שמעוניין באישומים ובהרשעות. כדי שהתלכיד המאשים

114 אסף הרדוף "הרומן שאינו נגמר והנרטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב" מאזני משפט יא 271, 287–295 (2016).

יניע שינוי, על שחקניו לחוש צורך בו. זיכוי משפטי כואב שולח מסר מופשט, להבדיל מזיכוי מחמת הספק. מסר זה מאפשר לנציגי המדינה לזהות את הכשל החוקי ולמצוא לו פתרון, אשר בהמשך ייתרגם לשינוי בחקיקה. למשל, בעבר השיפוטי הרחוק זיכה בית-המשפט העליון בישראל נאשמים שהוא עצמו תפס כאשמים מעבר לספק סביר, וזאת בגלל המגבלה של דיות הראיות. בית-המשפט הביע מורת-רוח מכך, וקרא למחוקק להתערב ולבטל את ההלכה (אפילו לא חוק) שעסקה בדרישת סיוע לעדות שותף.¹¹⁵ המחוקק שמע את הקריאה ויצר דרישת חיזוק.¹¹⁶ באופן דומה, הנשיא לנדוי הוטרד מהאיסור הגורף החל על האזנת-סתר לעורכי-דין, גם במצב שבו הם שותפים לעבירה, וקרא לכנסת לחשוב מחדש על הסוגיה, תוך שהוא דוחה את בקשת המדינה בלית בררה.¹¹⁷ המחוקק נענה לקריאה ותיקן את החוק כך שיאפשר האזנה כאמור במקרים חריגים.¹¹⁸

הצורך בכלי חוקי חדש – איסור במקרה זה – נולד לכאורה בהעדר חוק מתאים. אולם, כמובהר במאמר, אין זה תנאי מספיק ללידתו של איסור חדש, משום שבמצב כזה יפנו הרשויות לחוק ותיק וינסו להתאימו. רק אם ייכשלו בכך, ניתן לצפות ללידת חוק חדש; אולם הן אינן נכשלות. כאשר בית-המשפט פותר בעבור המדינה את הכשל וסוגר את הפרצה בפרשנות, ההניעה של התלכיד המאשים ליזום הליך חקיקה ולהשקיע משאבים באפיק זה נסוגה בשני מובנים

115 "ההלכה בדבר הצורך בסיוע לעדות שותף מושרשת אצלנו בפסיקה של עשרות שנים, ונראה לי שלא נצליח להשתחרר ממנה, אלא אם המחוקק יתן את דעתו על כך וימצא שמן הראוי לבטלה, ולעניות דעתי – יפה לשם כך שעה אחת קודם. אולם בכל זה אין כדי לשנות את תוצאות ערעור זה." ע"פ 389/73 בן-לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489, פס' 4 לפסק-דינו של השופט י' כהן (1974).

116 ראו ס' 54א(א) לפקודת הראיות, התשל"א-1971.

117 "הצעות אלה יכולות לשמש אצלנו חומר למחשבה ולחקיקה נוספת, אך אין הן יכולות להתבצע במסגרת החוק הקיים, על האיסור המוחלט שבו... אין ספק שהחוק שלנו טעון תיקון... הנושא חשוב, ומוטב שהכנסת תתן עליו את דעתה באורח מעמיק יותר מאשר עשתה... [אולם] את הערעור הזה עלי לדחות, ואני דוחה אותו." עחה"ס 1/81 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד לו(1) 614, 616 (1981).

118 ראו ס' 9א(א) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. כמובן, לא כל קריאה שיפוטית לשינוי נענית, בעיקר כאשר היא מגיעה במישור האזרחי, שבו אין תלכיד מאשים שידחף לשינוי. ראו, למשל, את קריאתו של בית-המשפט העליון לכנסת להסדיר חשיפת מעוולים במרשתת: רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בוק, תק-על 2010(1) 10230. לתמיכה בחקיקה שיפוטית בסוגיה ראו אמל ג'בארין ויצחק כהן "חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית" מחקרי משפט כח 7, 32–37 (2012); יצחק כהן ואמל ג'בארין "חקיקה שיפוטית במישור הדיוני: תביעה נגד נתבע אנונימי, בעקבות פרשת מור" עלי משפט יג 135, 149–164 (2016).

חשובים – במובן הקונקרטי ובמובן המופשט. במובן הקונקרטי, הבעיה החקיקתית נפתרה בבית-המשפט, ואין סיבה לפתור אותה גם בספר החוקים אם שני הפתרונות מובילים לאותה תוצאה מפלילה-מרשיעה. כלומר, דרושה מהלומה כדי לעורר את התלכיד המאשים להניע מהלך של שינוי – מהלומה של זיכוי עקרוני או סירוב עקרוני להיעתר לבקשת המדינה בהליך הפלילי.¹¹⁹ במובן המופשט, ואולי המטריד במיוחד, התלכיד המאשים מבין שהפתרון הפרשני אינו נקודתי, אלא שיטה; ולא רק שיטה, אלא ה-שיטה. בית-המשפט אינו מסוגל לרסן את עצמו ולהימנע מהרשעת מנוולים, ואם כך, כל שצריך הוא לשכנעו שהנאשם עשה מעשה מכוער דיו, ובית-המשפט כבר ידאג להתאים את החוק הקיים – תהא לשונו אשר תהא – להפללת מעשהו. במובן זה, המהלומה שדרושה חזקה במיוחד, משום שאין מדובר עוד בעניין נקודתי, אלא בשיטה; והשיטה של פרשנות גמישה במשפט הפלילי לרעת הנאשם הינה ותיקה, רחבה ועמוקה. מי שמבקש לעוצרה צריך להכיר בעוצמתה ולהניע מהלך נגדי עצום. אולם במציאות הישראלית אין כמעט מי שיוצא נגד השיטה, מכיר בה כבעייתית או אפילו מזהה אותה כמופע סמוי חשוב של תופעה רחבה ומוכרת, שמעוררת ביקורת פוליטית קשה – האקטיביזם השיפוטי.

6. אי-חקיקה והפללה פרשנית – רוחב התופעה ועומקה

הבעיה האמורה – שתיקת המחוקק ודיבור הפרשן (המשטרתי, התביעתי והשיפוטי) – אינה ייחודית לשאלת ההפללה, ואינה ייחודית אף למשפט הפלילי המהותי. איני מתכוון לאקטיביזם במובן של מעורבות שיפוטית בהזמנת עדים ובחקירתם בהליך הפלילי, שהוא אקטיביזם בקביעת עובדות,¹²⁰ אלא לאקטיביזם יוצר דין. כל שצריך לשם יצירה פרשנית הוא גורם בעל הניעה ואמצעים שייטול חוק מחוץ להקשרו, לעיתים הרחק ממנו, ויבקש מבית-המשפט להתאימו, להרחיבו, לצמצמו, לשכתבו, ולעיתים להתעלם ממנו.

כאן חשוב להדגיש שני דברים הקשורים לעומק התופעה ולרוחבה. באשר למימד העומק, האקטיביזם השיפוטי אינו צומח מעצמו. בית-המשפט אינו יוזם דיונים, אלא מכריע בסוגיות ובטיעונים שהוצגו לפניו. לאקטיביזם השיפוטי קודם אקטיביזם ליטיגטורי. כאשר האקטיביזם הליטיגטורי מגיע מפוליטיקאים, למשל בעתירה של גורם פוליטי לבג"ץ, סביר שאקטיביזם שיפוטי אשר יגבה אותו ייתקל

119 הרדוף "מסע בין רשויות", לעיל ה"ש 103, בעמ' 9.

120 עמנואל גרוס "שיטת הדין האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" עיוני משפט יז 867, 887–894 (1993).

בהמשך בתגובת-נגד פוליטית קשה. לעומת זאת, כאשר האקטיביזם הליטיגטורי מגיע בהקשרים לא-פוליטיים, כגון דיני העונשין ודיני החוזים, סביר שהפוליטיקה לא תתעניין, אלא תשמור את אנרגיית העימות שלה עם הרשות השופטת לשעת כושר. בהקשר הפלילי האקטיביזם הליטיגטורי מגיע כאמור מהשחקנים החזקים ביותר במשפט הפלילי – התלכיד המאשים.¹²¹ זו סיבה חשובה נוספת לא לצאת נגדו: הכוח העצום שמניע אותו.

באשר למימד הרוחב, ראוי לשוב ולהדגיש כי אין מדובר בתופעה חדשה או בתופעה שניתן לקשר רק לזרם שיפוטי מסוים. למשל, בית-המשפט העליון בדן יחיד יצר חיסיון עיתונאי, אף שהמחוקק יצר רשימת בעלי-מקצוע שזכו בחיסיון, ומקצוע העיתונות נשקל אך נותר בחוץ;¹²² בהסכמת פרקליטות המדינה שש בית-המשפט העליון להתעלם מלשון החוק הברורה ולפרוש חסיון עורך-דין-לקוח גם על משרד הלקוח;¹²³ ברוב של שתיים נגד אחד הסמיך בית-המשפט העליון במשתמע את משטרת ישראל לערוך חיפוש על גופו של אדם שאינו חשוד, הגם שהמחוקק נמנע מלהסמיך כאמור;¹²⁴ בדן יחיד החליט בית-המשפט העליון כי חרף נוסחו המנדטורי ולשונו הברורה של סעיף 17(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ניתן להאריך מעצר של קטין באמצעות פרשנות תכליתית.¹²⁵

לאקטיביזם השיפוטי בישראל, במובן של יצירה שיפוטית שאינה מבוססת בכירור על לשון החוק, יש היסטוריה ותיקה כמו זו של מדינת-ישראל עצמה. הנכונות לסטות מהמשפט הפורמלי עולה כבר בערעור הראשון והמפורסם בעניין

121 Stuntz, לעיל ה"ש 14, בעמ' 506-507; Husak, *Is the Criminal Law Important?*; לעיל ה"ש 28, בעמ' 266.

122 הנשיא שמגר, בדן יחיד, לא נדרש למאמץ רב כדי להסמיך את עצמו ליצור חיסיון עיתונאי, אלא כתב בפשטות כי חרף התזה שפרק ג לפקודת הראיות מתווה הסדר שלילי, שממצה את הזכאים לחיסיון, אין להסיק זאת מהחוק החרות, בפרט שממילא בית-המשפט מרבה ליצור כללי ראיות. ראו ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, פס' 9 (1987). לזיהוי פסק-הדין כאקטיביזם ראו לוי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 864. לביקורת על המהלך ראו אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חסיון עורך-דין וירטואלי" משפט ועסקים יט 305, 346-351 (2015).

123 רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.1.2011). לביקורת ראו הרדוף, לעיל ה"ש 122, בעמ' 318 ואילך.

124 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.3.2012). לביקורת ראו הרדוף, לעיל ה"ש 72, בעמ' 52-56.

125 ב"ש"פ 4829/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 8.7.2014).

סילוסטר, כאשר הנשיא זמורה מסביר כי המשפט הפלילי אינו משחק אשקוקי, וכי בית-המשפט לא יפעיל את הכללים גרידא בהתעלם מהצדק ומהתפיסה הציבורית לגבי התנהלותו.¹²⁶ האקטיביזם האמור עולה בכל אפיק משפטי ושיפוטי, ומתבטא בהתאמת הכללים "לעקרונות-יסוד, למציאות של חיי יומיום ולמגמה להגיע, במסגרת הכללים הקיימים, לתוצאות צודקות ומועילות יותר".¹²⁷ מקרים שבהם בית-המשפט הרשה לעצמו ליצור הרחק מגבולות החוק אינם נדירים, ומי שיחפש – ימצא. ברגיל הדברים נעשים לחובת הנאשם; אולם במקרים מסוימים, אם כי נדירים, התעלמות מלשון החוק הברורה משרתת מטרה של זיכוי הנאשם.¹²⁸

7. אי-חקיקה והפללה פרשנית – אחריות המחוקק

האפשרות המעשית להתעלם מחקיקה לא-נוחה או לשכתבה פירושה שהבעיה קשה מכפי שתוארה. הקושי אינו רק שהמחוקק אינו מחדש, אלא שהמשפט אינו אובייקטיבי ואינו קשיח. דיני העונשין מתיימרים להגביל מאוד את קשת הטיעונים הלגיטימיים לפתרון הבעיות המשפטיות.¹²⁹ אולם הלכה למעשה השפה גמישה, ויכולה להכיל פרשנויות רבות.¹³⁰ ניתן להמשיג בצורה משפטית כמעט כל דבר, ודי בחקיקה הנוכחית לייצר המשגות חדשות אין-ספור, במיוחד בשיטת משפט שבה הלשון אינה כלי פרשני יחיד, ואף לא הכלי המרכזי. בעיניי, סיפורו של האקטיביזם השיפוטי אינו סיפורם של שופטים המבקשים להתעמת עם הרשות המחוקקת או לקבל הכרעות פוליטיות חשובות. זהו סיפורו של המשפט הקיים, אשר עמוס לעיפה בחקיקה ובפסיקה מנחה ישנות, שבאמצעותן ניתן להמשיג בעיות חדשות ופתרונות מוצעים חדשים אין-ספור. המשפט אינו מחדש (רק) כי הוא רוצה; הוא מחדש כי הוא מוכרח. חרף המסה הגדולה של חוקים ופסקי-דין, בתי-המשפט מעומתים בהתמדה עם נסיבות וסוגיות משפטיות חדשות: מצעד

126 ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 18 (1949).

127 לוי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 866.

128 למשל, בעניין אקסלרוד התעלם הנשיא ברק מלשונו הברורה של ס' 5 לחוק העונשין כאשר קיבל את בקשתו של אקסלרוד לקיום משפט חוזר בגין שינוי שחל לאחר משפטו בפרשנותו של האיסור, בקובעו את הקביעה הבעייתית מאוד כי בהרשעתו של המבקש גלום חשש "לעיוות דין". ראו מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (2) 607 (2005).

129 שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי", בתוך מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 518 (אלי דרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

130 ידלין, לעיל ה"ש 56, בעמ' 666.

קבוע של שינויים טכנולוגיים וחברתיים מבטיח זרם קבוע של סוגיות חדשות. המשפט ממשיך להתחדש גם משום שהחוק עצמו מניע התנהגות ומניע טיעונים משפטיים לעבר אזורים חדשים; שביל המשפט יוביל באופן בלתי-נמנע אל החדש.¹³¹ במילים אחרות, בהינתן פערים במקורות המשפט הפוזיטיביסטיים, בתי-המשפט נדרשים להכריע בעצמם כיצד להמשיך לספר את הסיפור שהרשות המחוקקת כבר החלה לספר, באופן שנראה להם הראוי ביותר.¹³²

בית-המשפט אינו מזמין תיקים וטיעונים, אלא דן בעזרת הכלים הידועים לו בתיקים ובטיעונים שמוצגים לפניו. פרדיגמת אינוס חדשה או לחלופין טענה נגד חוקיות של מתווה גז או של מאחז כלשהו בשטחים מציבות את בית-המשפט בהקשרים פוליטיים שונים מאוד אך בהקשר שיפוטי דומה: פרשנות העובדות לאור הדין הקיים. המחוקק מביע עניין וזעם לנוכח הכרעה שיפוטית שנתפסת כמפריעה לעבודת הממשלה וכהתערבות בחקיקה, אך מתעלם לחלוטין מהכרעות שיפוטיות אשר הלכה למעשה מתערבות ומשנות חקיקה במשפט הפלילי המהותי. הבעיה היא אותה בעיה, אך הבקרה והביקורת אינן אותן בקרה וביקורת. המחוקק תוקף בחריפות את בית-המשפט האקטיביסטי, אך יש לו אחריות עצומה לגישתו של האחרון, וזאת משתי סיבות חשובות, הקשורות למילוי תפקידו.

הסיבה הראשונה היא כאמור אפס מעשיו והתעלמותו או העלמת-העין שלו משכתובים שיפוטיים ומהתעלמות שיפוטית מלשון חקיקתית ברורה. הכוח השיפוטי במישורים אלה אינו מאיים על המחוקק ועל מבניו, אלא מופעל בצורה שמובילה לתוצאות שמוסכמות עליו במקרה הטוב או אינן מעניינות אותו במקרה הרע. אלא שבכך המחוקק מעודד את בית-המשפט לגישה פרשנית שבה הלשון היא גבול חלש. כלומר, המחוקק אחראי לאקטיביזם השיפוטי משום שהוא עצמו אינו ממלא את תפקידו כראוי.

לשיטת ההפללה הפרשנית בפרט ולאקטיביזם השיפוטי בכלל יש מחיר כבד, הכולל, בין היתר, פגיעה בחירות, בשקיפות, בצדק ובוודאות המשפטית. לנוכח הצלחתן של הרשויות בשיטה זו, המחיר כולל גם אפקט של מעגל שוטה קשה לקטיעה, שמוביל לקיפאון חקיקתי:

המחוקק אינו מייצר הפללה חדשה ← הרשות האוכפת נתקלת

131 פלדמן הציעה שהבעיות העמוקות ביותר באות דווקא מאופיו המשתנה של המשפט, שהוא מתפתח וסתגלן מטבעו. אומנות הדין היא להסתגל לנסיבות המשתנות במסגרת של מה שהיה בעבר: Robin Feldman, *Historic Perspectives on Law & Science*, 2009, STAN. TECH. L. REV. 1, secs. 4-5, 84-90.

132 רונלד דבורקין "תפקידו החדש של השופט" מאזני משפט ו 11, 12 (2007).

בבעיה חדשה ← הרשות האוכפת מכנה אותה בכינוי ישן ← בית-
 המשפט מאמץ את הכינוי הישן, מרחיבו או משכתב את גבולותיו ←
 המחוקק אינו מזהה בעיה שעליו לפתור ← המחוקק אינו מייצר
 הפללה חדשה

במילים אחרות, במקום חוק חדש שיבחן בקפידה תופעה חדשה או מתחדשת – חוק שישקול ברצינות אם וכיצד לרתום את המשפט הפלילי כדי לדכא את התופעה או חלקה – המדינה סותמת פרצות של כיעור חברתי בשיטת טלאי על טלאי. בדרך זו לא מתקיים דיון רציני סביב הפללה חדשה, שעשוי לכלול הזמנת מומחים ופולמוס חברתי וציבורי חשוב, ובמקומו מתקיים דיון במשרדיהן של רשויות האכיפה תחילה ובין כותלי בית-המשפט בהמשך. להתנהלות זו יש מחיר שאת חלקו לא נדע, בהעדר זקורים ציבוריים ובהעדר שקיפות.

הסיבה השנייה שבגינה יש להכיר באחריותו של המחוקק לאקטיביזם השיפוטי קשורה לאחריותו של המחוקק לאופן ניסוחן של העבירות ולעיצובם של כלים פרשניים מחייבים. ככל שהמחוקק מנסח עברה ברורה, מרחב הלהטוטנות הפרשנית של המשטרה, של התביעה ושל בית-המשפט מצטמצם. ככל שהמחוקק מנסח עברה שאיש אינו מבין (ורבות כאלה בנמצא) או מנסח מכשיר משפטי עמום בעליל (ורבים כאלה בנמצא), הוא מוותר על כוחו להגדיר את האסור והמותר, ומאציל אותו הלכה למעשה לבית-המשפט. כאשר אסר המחוקק גרימת מוות ברשלנות (כיום סעיף 304 לחוק העונשין), הוא הסמיך את בית-המשפט להחיל מבנה משפטי עמום ביותר על קשת אפשרויות אינסופית של התהוויות אנושיות, ולמעשה הסמיכו להגדיר בעצמו את האיסור בהתאם לערכיו, ולקבוע, למשל, שהותרת מקרר בחוץ, שאליו נכנסו ילדים ונחנקו למוות, הינה אסורה,¹³³ וכמוה גם התפרצות אלימה של גבר שהובילה בהמשך להתאבדות האשה.¹³⁴ במקרה הטוב מבחינת הנאשם, יזכה אותו בית-המשפט, אך לא יתקומם על עמימותו ורוחבו של האיסור או על עצם העמדתו של הנאשם לדין.¹³⁵ כאשר המחוקק מגדיר ניסיון, בסעיף 25 לחוק העונשין, כמשהו שהוא יותר מהכנה אך פחות מהעברה המושלמת, מבלי להגדיר הכנה מהי, הוא מסמיך את בית-המשפט – בעקבות רשויות האכיפה כמובן – להגדיר בעצמו את המותר והאסור בהקשרים אין-ספור.¹³⁶ גם כאן

133 ע"פ 196/64 היועץ המשפטי נ' בש, פ"ד יח(4) 568, 569–573 (1964).

134 ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534, פס' 1–3, 14–16 (2002).

135 ע"פ 47/56 מלכה נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1543 (1956).

136 ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ברואיר, פס' 6–9 (פורסם באר"ש, 23.11.2006).

התוצאה הטובה ביותר שהנאשם יכול לקוות לה היא זיכוי; וכאשר זה יזדמן סוף-סוף,¹³⁷ לא תופיע לצידו ביקורת שיפוטית חריפה על עצם היצירה החקיקתית של מכשיר עמום ורחב, שמעביר את כוח ההכרעה מבית-המחוקקים אל הרשות האוכפת ובהמשך לה אל הרשות השופטת.

יודגש בהקשר זה כי מאמרי אינו מציג קריאה נגד עברות עמומות ובעד יצירת קודקס פלילי. עניין זה מצריך דיון עצמאי נרחב. עברות עמומות נותנות כלים למימוש האינטרס הציבורי על-חשבון ודאות, אך כנראה גם על-חשבון זכויות הפרט, ושאלת הרזולוציה של הדין הפלילי מעניינת וסבוכה.¹³⁸ קשה למדוד איזו שיטה יעילה ומוצלחת יותר, ובשלב זה אסתפק בהדגשה שיצירת עברות עמומות במיוחד הינה מהלך של ויתור רחב על כוח המחוקק והאצלתו לבית-המשפט, על כל הטוב והפחות-טוב הנובעים מכך; זהו מהלך שמייצר אקטיביזם.

כלומר, כאשר המחוקק מפסיק לעקוב אחר העברות שיצר, או כאשר דרכו היחידה להתמודד עם בעיה היא ליצור מכשיר שמעביר את שיקול-הדעת בתהליך ההפלה אל בית-המשפט, אין לו להלין אחר כך אלא על עצמו. נורמות משפטיות שכוללות מושגי-שסתום מציבות מסגרות רחבות וגמישות, וקונקרטיזציה שלהן היא מלאכה פרשנית יצירתית שמאפשרת לשופט – ואף מחייבת אותו – לתת להן משמעות.¹³⁹ זהו אקטיביזם שיפוטי חוקי, אקטיביזם שיפוטי הכרחי. המחוקק אחראי לאקטיביזם השיפוטי משום שהוא ממלא את תפקידו בצורה בעייתית המעבירה את שיקול-הדעת המפליל לבית-המשפט.

כך כאשר לניסוח איסורים, כך כאשר לניסוח מכשירים נלווים להגדרת אחריות פלילית, וכך כאשר לניסוח סטנדרטים פרשניים. כלל הפרשנות המצמצמת שבסעיף 34 ככא לחוק העונשין כולל את המילים "לפי תכליתו", אשר נוספו להצעת החוק המקורית במהלך היסטורי מעורר מחלוקת.¹⁴⁰ תוספת זו מגבירה בהכרח את כוחו של בית-המשפט, ומעודדת אותו ואף מחייבת אותו ליצירה שיפוטית, כאשר תכליתו של איסור היא דבר עמום. מחוקק המבקש לתחום את מלאכת הפרשנות של בית-המשפט שומה עליו לייצר חקיקה טובה ומפורטת יותר, שבה הפרשן אינו יכול, אינו מוסמך וכמובן אינו נדרש לפרש את החוק

137 ע"פ 9511/01 קובקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 687, פס' 5-6 (2002).

138 אלדר, לעיל ה"ש 68, בעמ' 3 ו-48.

139 ברק, לעיל ה"ש 50, בעמ' 492.

140 על המהלך החקיקתי, אשר נעשה בעידוד השופט ברק בעודו מכהן אך לא במסגרת פסיקה, אלא בהיוועצות בלתי-שגרתית בין המחוקק לשופט עליון, ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 106, בעמ' 176-179.

כראות עיניו. כאשר המחוקק נוטל חלק מרכזי ביצירת מציאות שבה כללי הפרשנות הם כמעט תמיד ליטיגטוריים ושיפוטיים ואינם עולים מהחוק,¹⁴¹ אל ייפלא מבינתו שכללים אלה משרתים ליטיגטורים, ובהמשך להם שופטים רבים, להשגת התוצאה הצודקת בעיניהם בהתאם להשקפת-עולמם, ולא דווקא לפי לשון החוק.

ג. אי-חקיקת חוק חדש והסדרה לא-משפטית

1. מבוא

בפרק הקודם הבהרתי כי העדר חקיקה חדשה אינו העדר משפט חדש. בפרק זה אעסוק בצורות הסדרה לא-משפטיות של התהוויות אנושיות. אטען כי גם בזירות הסדרה לא-משפטיות העדר חקיקה חדשה והעדר משפט חדש אינם מיטיבים בהכרח עם הפרט – לא עם חירותו, לא עם זכויותיו ולא עם ערכיו. אפתח ואציג בתמצית-התמצית היבטים בהסדרה לא-משפטית בעזרת מודל המסדירים של לסיג. אתקדם ואגרוס כי גם בשדות המסדירים הלא-משפטיים אי-משפט אינו מתכון קבוע להטבה עם הפרט. הגם שלעיתים שדות אלה לוקים במשפוט-יתר, הם לוקים גם במשפוט-חסר, והעדרו של המשפט מותיר את הזירות הללו להסדרה עצמית, אשר לא תמיד משקפת ערכים ששיטת המשפט מוקירה. במילים אחרות, אף שאי-אמון מוחלט במסדירים אחרים אינו ראוי ואינו אפשרי, גם אמון מוחלט בהם שיגיעו להסדרה צודקת וטובה אינו במקומו: אי-משפט אינו חופף צדק, חירות וזכויות. מאידך גיסא, לעיתים קיימים בשדות ההסדרה הללו גורמים המבקשים לחתור להסדרה צודקת וטובה, אולם המשפט הקיים מגביל ומונע אותם מלעשות כן.

2. מודל המסדירים של לסיג

קצרה היריעה מלספק תיאור ממצה או אפילו ראשיתו של תיאור כזה בנוגע לשדות אחרים של הסדרה אנושית. מדובר בשדות עצומים, רחבי-היקף ועמוקים, אשר המשפט – ברובד הפרקטיקה וברובד האקדמיה – אינו שולט במלואם, ואף רחוק מכך. איעזר במודל המסדירים שהציע המשפטן לסיג (Lessig) ככלי לחשיבה על גבולות המשפט וגבולות ההסדרה.

לסיג כתב רבות על ארבעה גורמים מסדירים (modalities/regulators) שקיימים באופן כללי ובמרשתת בפרט: המשפט, הנורמות החברתיות, השוק

141 ברק, לעיל ה"ש 50, בעמ' 489.

והארכיטקטורה.¹⁴² הוא תיאר את המשפט כמגבלה המסדירה הברורה ביותר, זו שנדמה כי שליטתנו בה היא הרבה ביותר: פקודה המגובה באיום של סנקציה.¹⁴³ את הנורמות החברתיות תיאר לסיג כהבנות או ציפיות בנוגע לשאלה כיצד יש לנהוג, אשר נאכפות לא על-ידי גורם מרכזי, אלא באמצעות החברים בקהילה מסוימת: במקרה של הפרה מוטלות סנקציות חברתיות על מי שסטה מן המקובל, בהתאם למשמעות החברתית של פעולתו.¹⁴⁴ השוק מסדיר התנהגות באמצעות מחיר עלות, שהוא הנקודה שבה ניתן להעביר משאב מאחד לאחר.¹⁴⁵ המסדיר האחרון הוא הארכיטקטורה, המבטאת מגבלות מעשה ידי הטבע ומגבלות מעשה ידי האדם.¹⁴⁶ חלק מצורות ההסדרה כרוכות בבחירה מצד הפרט, וחלק מהן אינן כרוכות בה; חלקן נחוות כאובייקטיביות, וחלקן – כסובייקטיביות.¹⁴⁷ מבחינה אובייקטיבית, החוק והנורמות החברתיות נותנים קודם לאדם לפעול, ואילו השוק והארכיטקטורה מגבילים אותו מראש; מבחינה סובייקטיבית, אדם עשוי לחוש את איום החוק לפני העברה.¹⁴⁸ החוק והנורמות החברתיות חייבים מידת-סף של

142 ראו: Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661, 662-689 (1998) (להלן: לסיג "אסכולת שיקגו החדשה"); LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 87, 235-239 (1999) (להלן: לסיג הקוד); Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, 507 (1999) (להלן: לסיג "דיני הסוס"). בתחילה כתב לסיג על שלושה סוגי מגבלות: המשפט, הנורמות החברתיות ו"הטבע". ראו: Lawrence Lessig, *Constitution and Code*, 27 CUMB. L. REV. 1, 1-2 (1997) (להלן: לסיג "החוקה והקוד"); Lawrence Lessig, *The Constitution of Code: Limitations on Choice-Based Critiques of Cyberspace Regulation*, 5 COMM-LAW CONSPECTUS 181, 181 (1997) (להלן: לסיג "החוקה של הקוד"); LAWRENCE LESSIG, CODE - VERSION 2.0 (2006) (להלן: לסיג קוד 2.0). הטיעון המזוקק של לסיג מתייחס לארבעת הגורמים שבטקסט.

143 נוסף על האיום, אשר טומן בחובו את עיקר ההגבלה, החוק מבקש גם לשקף את ערכי הקהילה, להסדיר מבני ממשלה ולבסס זכויות שיחידים יכולים להשתמש בהן מול השלטון. לסיג קוד, לעיל ה"ש 142, בעמ' 235; לסיג קוד 2.0, לעיל ה"ש 142, בעמ' 340; לסיג "החוקה והקוד", לעיל ה"ש 142, בעמ' 1-2; לסיג "החוקה של הקוד", לעיל ה"ש 142, בעמ' 181.

144 לסיג "החוקה והקוד", לעיל ה"ש 142, בעמ' 2; לסיג קוד 2.0, לעיל ה"ש 142, בעמ' 340-341.

145 לסיג הקוד, לעיל ה"ש 142, בעמ' 236; לסיג קוד 2.0, לעיל ה"ש 142, בעמ' 341.

146 לסיג "החוקה והקוד", לעיל ה"ש 142, בעמ' 2; לסיג "החוקה של הקוד", לעיל ה"ש 142, בעמ' 181-182.

147 לסיג "אסכולת שיקגו החדשה", לעיל ה"ש 142, בעמ' 677; לסיג קוד 2.0, לעיל ה"ש 142, בעמ' 340-341.

148 לסיג "אסכולת שיקגו החדשה", לעיל ה"ש 142, בעמ' 664.

סובייקטיביות והפנמה כדי להיות יעילים; לא כן הארכיטקטורה, שיכולה להגביל בלי סובייקטיביות.¹⁴⁹

ארבעת המסדירים פועלים יחדיו באופן מרושת, בשיתוף-פעולה או בתחרות, מתכתבים זה עם זה ומשפיעים זה על זה, תלויים זה בזה, לעיתים תומכים זה בזה ולעיתים חותרים זה תחת זה.¹⁵⁰ למשל, מערכת אזעקה היא לכאורה מגבלה ארכיטקטונית, אלא שהיא תלויה לחלוטין בשני מסדירים אחרים – הנורמות החברתיות והמשפט. פריצת דלת או חלון עשויה להוביל להשמעת צלילי אזעקה, אך אלה אינם מונעים את הפורץ מלהמשיך במעשהו, אלא מבקשים להבריחו על-ידי עירור חשש בליבו מהמשפט או מהנורמות החברתיות, שהוא חשש חוץ-ארכיטקטוני. כאשר מתייחסים למסדיר, יש להבחין אם כן בין פעולתו הישירה לבין זו העקיפה.¹⁵¹ בשעת פעולתו כמגבלה ארכיטקטונית, אין המנעול זקוק ליד אנושית, אולם יד אנושית הנדסה אותו, ייצרה אותו, התקינה אותו והפעילה אותו. המנעול עולה כסף ומתקשר במובן זה לשוק; נורמות חברתיות קובעות היכן אפשר לשים אותו והיכן אין להתקינו (למשל, בכניסה לשטח שמיועד לשימוש הציבור הרחב), ומכתיבות יחס חברתי אליו – מעין תמרור "שטח פרטי"; וגם המשפט עשוי להשפיע על מיקומו ואופן פעולתו של מנעול – לקבוע היכן אסור להציבו (למשל, בשטח ציבורי), והיכן פריצת מנעול, גם אם היא אפשרית מבחינה ארכיטקטונית, תוביל לתגובה משפטית.

מודל המסדירים של לסיג אינו מושלם, אך מאיר את הנושא של הסדרת התנהגות הפרט, מצד אחד, ואת מוגבלות המשפט בהסדרה כמו-גם את מוגבלות מומחיותו של המשפטן בהסדרה, מצד אחר.

המשפט מסדיר התהוויות אנושיות בכל השדות הללו, ולעיתים מסדיר במישרין את המסדירים עצמם. למשל, המשפט עשוי להסדיר את הארכיטקטורה כדי לצמצם פשיעה באמצעות יצירת סטנדרטים סביבתיים (כגון התקנת תאורה במקומות מסוימים שתקל "מעקב טבעי" על-ידי תושבים, שכנים ועוברי-אורח ותגביר את

149 לסיג הקוד, לעיל ה"ש 142, בעמ' 237–238; לסיג קוד 2.0, לעיל ה"ש 142, בעמ' 344–345. 150 ראו לסיג הקוד, לעיל ה"ש 142, בעמ' 236; לסיג קוד 2.0, לעיל ה"ש 142, בעמ' 124 ו-341; לסיג "דיני הסוס", לעיל ה"ש 142, בעמ' 508 ו-510–513; לסיג "אסכולת שיקגו החדשה", לעיל ה"ש 142, בעמ' 663–664.

151 השוו לדייונים בהבדלים בין הסדרה ישירה לעקיפה אצל: Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J.L. & TECH. 6 (2003); Michael D. Birnhack & Jacob H. Rowbottom, *Shielding Children: The European Way*, 79 CHI.-KENT L. REV. 175, 199 (2004).

חששם של הפושעים מלפשוץ מול עדי-ראייה), באמצעות עידוד קהילתיות ועוד.¹⁵² המשפט יכול לתמרן נורמות חברתיות.¹⁵³ תמרן הנורמה במשפט הינו דבר סבוך,¹⁵⁴ אך הוא אפשרי בהקשרים מסוימים.¹⁵⁵ גם תמרן השוק הינו דבר שהמשפט עושה.¹⁵⁶ קיימות אפשרויות משפטיות מגוונות להניע תאגידים בכיוון הרצוי.¹⁵⁷ כאשר המשפט אינו מסדיר פעולה הנעשית בשדה הסדרה לא-משפטי ואינו מסדיר גם את השדה בהקשר המדובר, הפרט אומנם יחווה חירות במובן של אי-חשש מתגובה משפטית,¹⁵⁸ אך אין זו הדרך היחידה לתפוס את המונח "חירות".

Ronald V. Clarke, *Introduction*, in SITUATIONAL CRIME PREVENTION – לפירוט ראו: 152 SUCCESSFUL CASE STUDIES 3, 4, 12–20 (Ronald V. Clarke ed., 1992); Ronald V. Clarke, *Situational Crime Prevention*, 19 CRIME & JUST. 91 (1995); Neal Kumar Katyal, *Architecture as Crime Control*, 111 YALE L.J. 1039, 1048–1067 (2002); Adam Crawford, *Crime Prevention and Community Safety*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINOLOGY 866, 872–874 (Mike Maguire, Rod Morgan & Robert Reiner eds., 4th ed. 2007)

Robert C. Ellickson, *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the* 153 *Legal Academy*, in SOCIAL NORMS 35, 36 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001)

Michael S. Kirsch, *Alternative Sanctions and the Federal Tax Law: Symbols,* 154 *Shaming, and Social Norm Management as a Substitute for Effective Tax Policy*, 89 IOWA L. REV. 863, 913 (2004)

Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 155 96 MICH. L. REV. 338, 355–363 (1997); Eric A. Posner, *Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance*, 86 VA. L. REV. 1781, 1788–1790 (2000); Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2035 (1996); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537, 550 (1998); Robert E. Scott, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*, 86 VA. L. REV. 1603, 1625 (2000); Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 342, 349–350 (2000)

JACK GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? ILLUSIONS OF A 156 BORDERLESS WORLD 68–75 (2006); CASS R. SUNSTEIN, REPUBLIC.COM 2.0 153–162 (2007)

Robert A. Kagan, Neil Gunningham & Dorothy Thornton, *Explaining* 157 *Corporate Environmental Performance: How Does Regulation Matter?*, 37 LAW & SOC'Y REV. 51, 52, 84 (2003); Stephen D. Sugarman & Nirit Sandman, *Fighting Childhood Obesity Through Performance-Based Regulation of the Food Industry*, 56 DUKE L.J. 1403 (2007)

FEINBERG 158, לעיל ה"ש 20, בעמ' 7–9.

מונח זה הינו נזיל, חשיל ובר-תמרון, והוצעו לו פרשנויות מגוונות.¹⁵⁹ ניתן להציע, ברוח המודל של לסיג, כי האדם חופשי לפעול (או חופשי לא לפעול) אם יש לו יכולת אובייקטיבית לפעול (או לא לפעול), מצד אחד,¹⁶⁰ ואם לפעולתו (או למחדלו) לא יהיו השלכות שליליות, מצד אחר (עניין שמצריך כמובן ידיעה והבנה מסוימות מצידו).¹⁶¹ כלומר, תפיסת חירות רחבה היא חירות כהעדר מעצורים¹⁶² – משפטיים, חברתיים, שוקיים וארכיטקטוניים – שמונעים פעולה או מקשים אותה.¹⁶³ תחת השקפה רחבה זו של חירות, אין זה משנה שהמשפט אינו אוסר מעשה שהפרט ממילא אינו יכול לעשות או שהפרט יכול לעשות אך אינו עושה מפאת חששו מסנקציה לא-משפטית שתכה בו. אנו מעריכים את החופש לפעול, וחופש זה מתרחב ומצטמצם בהתאם למגבלות החלות על היכולת וההינעיה שלנו לפעול – מגבלות שהן הרבה יותר ממשפט, אשר אינו המסדיר הבלעדי בחברה, וכנראה גם לא המסדיר המרכזי.

למשל, בהקשר של השוק, רבים אינם מפיקים תועלת לחירותם מכך שהמשפט אינו שולל מהם את האפשרות להחזיק ברכב פרטי, לרכוש מחשב משוכלל או מזון בריא, לגור בסביבה נקייה מזיהום ומפשע וכדומה, שכן ממילא אין להם משאבים כלכליים הולמים לכך. קיומם של משאבים כאלה ניתן להמשגה כחירות כלכלית.¹⁶⁴ אכן, תיאוריות ליברליות מסוימות תופסות רכוש ככלי להגברת חירותו

Peter Westen, "Freedom" and "Coercion" – *Virtue Words and Vice Words*, 159
1985 DUKE L.J. 541, 546–548

160 פיינברג כתב כי לאדם יש אפשרות פתוחה לגבי פעולה א כאשר דבר בנסיבות האובייקטיביות אינו מונע אותו מלעשות א אם כך יבחר, מצד אחד, וגם דבר בנסיבות האובייקטיביות אינו מחייבו לעשות א, מן הצד האחר. רצונו, אמונתו ומודעותו של הפרט לאפשרויות אינם רלוונטיים לשאלה מהן האפשרויות שפתוחות לפניו למעשה. שאלת האפשרויות הקיימות תלויה לגמרי בקיום מכשולים ומחסומים חיצוניים ובמיקומם: JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF 64 (1986)

161 ברהם וברהם הציגו את תיאוריית ההיגב (Reactance Theory), וטענו כי יסוד החירות כולל תמיד ידע (knowledge) וכשירות (competence), שהם תנאים מוקדמים לחירות התנהגותית. לגישתם, תפיסה סובייקטיבית של חירות היא תנאי הכרחי ומספיק לחירות; כל כוח, חיצוני או פנימי, שמקשה על אדם ליישם את חירותו מהווה איום עליה. ראו: SHARON S. BREHM & JACK W. BREHM, PSYCHOLOGICAL REACTANCE – A THEORY OF FREEDOM AND CONTROL 12–13, 16, 20–22, 30, 35, 38 (1981)

162 תומס הובס ליתן 121 (יוסף אור מתרגם, 1962).

163 Westen, לעיל ה"ש 159, בעמ' 550; Hill, *The Five Faces of Freedom in American Political and Constitutional Thought*, 45 B.C. L. REV. 499, 500 (2004).

164 Hill, שם, בעמ' 542–543.

של הפרט לפעול.¹⁶⁵ משפט שנוקט גישה של אי-התערבות ואי-הסדרה ביחס לשוק מותיר את השוק על כנו, והגם שהוא מחזק בכך את חירותם של שחקנים חזקים בשוק, הוא משמר את אי-חירותם של שחקנים חלשים. באופן דומה, כאשר המשפט אינו מסדיר את הארכיטקטורה, גורמים חלשים בשוק נאלצים להסתדר עם תשתיות דלות יותר – למשל, של מים, חשמל, כבישים ומרשתת. מישור הנורמות החברתיות בולט כמסדיר חזק במיוחד שמצמצם את חירות הפרט באופן דרמטי. כך, המשפט אינו אוסר על האדם ללבוש בגדים שונים, אך פרופסור שיגיע לקורס או לכנס בשמלה מהודרת עלול לספוג סנקציה חברתית קשה, שתתורגם בהמשך גם לסנקציה כלכלית; המשפט אינו אוסר קיום מערכות יחסים מגוונות, כגון ערבייה-יהודי, גבר-גבר או מבוגרת-צעיר, אך החברה אוכפת את כלליה וחורצת דין גם בלעדיו. בהקשרים רבים, אף שהמשפט אינו כובל אותו, האדם אינו חופשי לפעול, לממש את רצונותיו ולהגשים את עצמו,¹⁶⁶ משום שככלי הארכיטקטורה, השוק והחברה מונחים על רגליו, על ידיו ובעיקר עמוק בתוך ראשו ואף בנשמתו. המשפט אינו כובל את הפרט בהקשרים אלה, אך גם נמנע מלכבול את כובלי הפרט, ולפיכך נמנע מלהגן על חירות הפרט; הוא מותיר על כנה מציאות של חירות מבחינת הכובלים אך בה-בעת מותיר על כנה מציאות של אי-חירות לגבי הנכבלים. כמובן, תחת השקפה כזו של חירות, לפרטים שונים יש חופש שונה. אין זה מפתיע: החופש הכלכלי של בעל הממון גבוה מהחופש הכלכלי של העני; והחופש החברתי של אדם פופולרי מאוד שונה מהחופש החברתי של חברו הפחות-פופולרי – מצד אחד, הפופולריות יוצרת מחויבויות חברתיות שונות, ומצד אחר, היא משחררת מאחרות. במבט על כלל המסדירים, האדם חווה שני סוגי מעצורים, ולשניהם יש נקודות חולשה. חולשתו של המעצור המציאותי-האובייקטיבי היא שלעיתים האדם מפתח דרך להתגבר עליו – למשל, טכנולוגיה חדשה: למנעולים רבים ניתן להנדס מפתח או כלי חיתוך.¹⁶⁷ חולשתו של המעצור הקוגניטיבי היא שהוא מצריך בחירה הכרתית: לא לכולם יש מחויבות חברתית דומה, ואנשים רבים בוחרים להפר נורמות חברתיות, כשם שהם בוחרים להפר נורמות משפטיות.

Yochai Benkler, *The Wealth of Networks – How Social Production Transforms Market and Freedom* 165 (2006).

Hill 166, לעיל ה"ש 163, בעמ' 561–562.

167 ראו, למשל: Amitai Etzioni, *Implications of Select New Technologies for Individual Rights and Public Safety*, 15 HARV. J. LAW & TECH. 257, 261 (2002).

3. הסדרה לא-משפטית ברשת

תפיסת חירות כחופש לפעול או לחדול ללא חשש מהשלכה שלילית מזכירה לנו עד כמה האדם אינו חופשי, מצד אחד, ועד כמה המשפט אינו גורם מרכזי בהסדרת חייו, מצד אחר. מסדירים אחרים ממלאים תפקיד מכריע בחיי הפרט, ובהקשרים רבים הם אינם מוסדרים משפטית.

ברגיל, נורמות חברתיות נולדות, חיות ומתות מחוץ לשדה המשפט. הן קובעות את המותר והאסור, את הצריך והרצוי, וכרוכות בסנקציות מגוונות, אישיות וקהילתיות, לעיתים חריפות ולעיתים מתונות, כלפי אלה שאינם מציינים להן. הן מצריכות גורם שיאכוף אותן, ויש עלות חברתית לאכיפתן.¹⁶⁸ יש להן דמיון רב לחקיקה,¹⁶⁹ בין היתר מבחינת עמימותן והתנאים המורכבים לקיומן.¹⁷⁰ כוחן ההסדרתי רב מאוד, והן יוצרות לפרט שיקולי עלות. הן קובעות מה לעשות ומה לא: מה ללבוש, מה לאכול וכיצד, כיצד להפעיל את הגוף, במה להביט ומתי, כיצד לדבר ועם מי, במי לגעת וכיצד, עם מי להתחיל קשרים חברתיים וכיצד, כיצד לנהלם ומתי לסיימם, היכן לבלות, עם מי, מתי וכיצד, כיצד לתקשר עם

168 ראו: Richard Deridder, Sandra G.L. Schrujijer & Rama C. Tripathi, *Norm Violation as a Precipitating Factor of Negative Intergroup Relations*, in *NORM VIOLATION AND INTERGROUP RELATIONS* 3, 23 (Richard Deridder & Rama C. Tripathi eds., 1992); Christine Horne, *Sociological Perspectives on the Emergence of Norms*, in *SOCIAL NORMS* 3, 4–6, 14–19 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001); Thrainn Eggertsson, *Norms in Economics, with Special Reference to Economic Development*, in *SOCIAL NORMS* 76, 76 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001); Karl-Dieter Opp, *Social Networks and the Emergence of Protest Norms*, in *SOCIAL NORMS* 234, 235 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001); Satoshi Kanazawa & Mary C. Still, *The Emergence of Marriage Norms: An Evolutionary Psychological Perspective*, in *SOCIAL NORMS* 274, 278 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001); Christine Horne, *Sex and Sanctioning: Evaluating Two Theories of Norm Emergence*, in *SOCIAL NORMS* 305, 306 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001); CRISTINA BICCHIERI, *THE GRAMMAR OF SOCIETY – THE NATURE AND DYNAMICS OF SOCIAL NORMS* 1–8, 22–42 (2006).

169 Gary Alan Fine, *Enacting Norms: Mushrooming and the Culture of Expectations and Explanations*, in *SOCIAL NORMS* 139, 139 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001).

170 Michael Hechter & Karl-Dieter Opp, *What Have We Learned About the Emergence of Social Norms*, in *SOCIAL NORMS* 394, 405–406, 411 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001).

זרים, וכיוצא בהם היבטים של מגוון ההוויה האדיר. קשת ההסדרה של הנורמות החברתיות עצומה, רחבה ועמוקה.

כך בחלל הפיזי, וכך גם במרשתת – מדיום המאפשר רכיבי תקשורת מסוימים ומצמצם אחרים. כך, האובדן הטיפוסי של קשר-עין בתקשורת מסיר מהשולחן סנקציות ותגמולים חברתיים שמתבטאים בתנועות גוף; והאובדן האפשרי של סינכרוניות בתקשורת מונע אפשרות להסדרה מיידית, ועשוי להקהות מעוקצן של סנקציות חברתיות.¹⁷¹ אפשרויות ההתחזות קלות מאוד, ומאפשרות הקמת פרופיל פיקטיבי בדרך למערכות יחסים.¹⁷² קהילות מקוונות מגבשות נורמות חברתיות, השונות מאלה של הקהילה המקומית והמשפחה.¹⁷³ לצד זאת, חלק מהפעולות המקוונות נחוות על-ידי המשתמש כאנונימיות, מה שמוביל לאובדן עכבות, ולאובדן כוחן של הנורמות להסדיר התנהגות. מצב זה מעודד סקרנות וחקר עצמי, אך גם סטיות ותוקפנות.¹⁷⁴

גם השוק הינו מסדיר עוצמתי. השוק מסדיר התנהגות בדרכים שונות, שאחת הבולטות מביניהן היא המחיר.¹⁷⁵ המחיר מאפשר לפרט להחליף משאבים עם אחרים כדי לקדם את האינטרסים שלו.¹⁷⁶ בכלכלת כסף, לכל הטובין והשירותים יש מחיר, שמובע באמצעות יחידת מדידה מופשטת משותפת.¹⁷⁷ מחיר וכסף הם

Azy Barak, *Phantom Emotions – Psychological Determinants of Emotional Experiences on the Internet*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNET PSYCHOLOGY 303, 305–308 (Adam Joinson at el. eds., 2007)

Andrea Chester & Di Bretherton, *Impression Management and Identity Online*, 172 in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNET PSYCHOLOGY 223, 223–225 (Adam Joinson at el. eds., 2007)

Matthew Williams, *Policing and Cybersociety: The Maturation of Regulation Within an Online Community*, 17 POLICING & SOC'Y 59, 61 (2007)

John Suler, *The Online Disinhibition Effect*, 7 CYBERPSYCHOL. & BEHAV. 321 (2004); Neil Malamuth, Daniel Linz & Mike Yao, *The Internet and Aggression: Motivation, Disinhibitory, and Opportunity Aspects*, in THE SOCIAL NET – HUMAN BEHAVIOR IN CYBERSPACE 163, 167–169, 174 (Yair Amichai-Hamburger ed., 2005)

.KARL E. CASE & RAY C. FAIR, PRINCIPLES OF ECONOMICS 41 (8th ed., 2007) 175

176 מילטון ורוז פרידמן כתבו כי למחיר יש שלושה תפקידים בארגון הפעילות הכלכלית: הפצת מידע, תמריץ לשימוש בשיטות הייצור היעילות ביותר לנוכח המידע, וקביעת חלוקת ההכנסות – מי יקבל כמה מהתוצר הלאומי. ראו מילטון פרידמן ורוז פרידמן החופש לבחור – עיקרי הכלכלה החופשית 33–39 (2004).

.JOHN J. KLEIN, MONEY AND THE ECONOMY 5 (1982) 177

דרך בולטת שמסדירה את הפרט באמצעות שלילת האפשרות לרכישות מסוימות (מגבלה) או באמצעות צינון ההניעה להן (שיקול עלות). במקרים מסוימים הפרט אינו משלם במישרין, אלא מקבל את המוצר באמצעות "כלכלת מתנה",¹⁷⁸ שהיא מודל עסקי חזק מאוד.¹⁷⁹ לצרכנים וליצרנים יש מתווכים שמאפשרים שירותים חינוכיים – למשל, בעזרת מודל עסקי של פרסומות. מודל זה קיים בחלל הפיזי ובולט במיוחד במרשתת.

המידע וההיצע הכלכלי במרשתת עשירים באופן אינסופי ממש.¹⁸⁰ מוצרים ושירותים שלא היו זמינים בסביבת הצרכן מצויים כעת בהישג-ידו; מוצרים ושירותים שעלו כסף בחלל הפיזי זמינים לו במרשתת בחינם או בזול. לגבי היצרן, השוק גלובלי ומגוון, מאפשר לצרכן יכולת להגיע אליו בקלות, ומאפשר סחר גם במוצרים שאין להם ביקוש רב מקומי.¹⁸¹ סחר במרשתת מצריך מערכות שונות להעברת כספים, שהופכות את תהליך המסחר למכני ולמקודד.¹⁸² מכאן נובע שתהליך הסחר ניתן לתמרון באותו אופן שבו מגבלות ארכיטקטוניות ניתנות לתמרון.

הארכיטקטורה היא מסדיר חמקמק לזיהוי בהקשרים מסוימים, אך כוחה רב. איתני הטבע מגבילים את הפרט בשפע הקשרים, והבנייה האנושית מגבילה אותו בהקשרים נוספים. המרשתת, על מגוון רבדיה, משקפת בחירות הנדסיות אנושיות אשר יוצרות לפרט מגבלות ושיקולי עלות. הארכיטקטורה של המרשתת בנויה מטכנולוגיה,¹⁸³ והטכנולוגיה ניצבת במרכז הבמה בנוגע למרשתת,¹⁸⁴ הרבה יותר

CHRISTIAN FUCHS, INTERNET AND SOCIETY – SOCIAL THEORY IN THE INFORMATION AGE 178 (2008).

MICHAEL STRANGELOVE, THE EMPIRE OF MIND – DIGITAL PIRACY AND THE ANTI-CAPITALIST MOVEMENT 164–166 (2005).

RICHARD A. LANHAM, THE ECONOMICS OF ATTENTION – STYLE AND SUBSTANCE IN THE AGE OF INFORMATION 6–8, 20 (2006).

KENNETH C. LAUDON & CAROL GUERCIO TRAVER, E-COMMERCE – BUSINESS, TECHNOLOGY, SOCIETY. 13–15 (3rd ed., 2007); סון-יונג צ'ו ואנדרו ווינסטון כלכלת האינטרנט: אסטרטגיה תחרותית לעידן הדיגיטלי 115 (ארי דותן מתרגם, 2003).

EFRAIM TURBAN, DAVID KING, DENNIS VIEHLAND & JAE LEE, ELECTRONIC COMMERCE 182 (2006 – A MANAGERIAL PERSPECTIVE ch. 12 (4th ed. 2006)).

183 ניתן לתפוס טכנולוגיה כתמרון של העולם הפיזי, הביולוגי והלוגי למטרות אנושיות. ראו Sommer, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1156.

184 מיטשל תייג את המרשתת כ"עיר של ביטים", וכתב כי במקום כזה "הקוד הוא החוק": WILLIAM J. MITCHELL, CITY OF BITS: SPACE, PLACE, AND THE INFOBAHN 111 (1995). וגנר כינה זאת "העיקרון המשמעותי ביותר שצמח מן המחקר האקדמי בנושא החוק

מאשר בחלל הפיזי.¹⁸⁵ מבחינה ארכיטקטונית, המשתמש יכול לעשות כל מה שהטכנולוגיה מתירה לו, ורק מה שהיא מתירה לו. כך בהקשרים תמימים, וכך בהקשרים מזיקים.¹⁸⁶ יש בשפע מהראשונים, ולמרכה הצער יש גם מהאחרונים.

4. הסדרה לא-משפטית ברשת – הדוגמה של פייסבוק

צורות ההסדרה הלא-משפטיות בולטות וחזקות במרשתת. מבט בפייסבוק – הרשת החברתית הגדולה בעולם ובישראל בשנים האחרונות – ממחיש זאת. הנורמות החברתיות, השוק והארכיטקטורה מסדירים במשולב את חוויית המשתמש הרבה יותר מכפי שעושה כן המשפט.

הנורמות החברתיות מכתיבות מה לפרסם ומה לא לפרסם, כיצד להגיב וכיצד אין להגיב. התגמול החברתי הצנוע אך כנראה הבולט ביותר בפייסבוק כיום עודנו החיבוב (like). תגמולים חברתיים אחרים הם סמלילים אוהדים, שיתוף, רשימת תגובה אוהדת ואפילו מעקב אחר פרופיל ציבורי. סנקציות חברתיות מצויות אף הן בשפע בפייסבוק: סמלילים שליליים, תגובות לא-אוהדות, הסרת חברות, חסימת פרופיל ועוד. הדברים אינם מצריכים מחקר וסימוכין, וכל משתמש יודע זאת. הנורמות החברתיות בפייסבוק אינן צומחות בהכרח מלמטה. פייסבוק מקדם פיתוח של חלקן ומדכא אחרות בעצם האפשרויות שהוא מציע או אינו מציע למשתמש. הפרסומים הרבים של משתמשים ובחירתם לנדב מידע רב על עצמם – על חזותם, זוגיותם, משפחתם, עבודתם, בילוייהם, הרגליהם הצרכניים, העדפותיהם הפוליטיות וכדומה – אינם דבר שצמח באופן עצמאי לחלוטין. מידע הינו דבר יקר-ערך ואף סחיר.¹⁸⁷ תאגיד פייסבוק מפיק תועלת כלכלית מהמידע האמור – בין בזיהוי צרכנים ובהצעת פרסומות שמתאמות להם, ובין בשימור הפופולריות של הפלטפורמה, שבה מתרחשת הוויה אנושית כה עשירה. תאגיד פייסבוק מנהל את ההוויה העשירה, מקדם היבטים מסוימים בה ומדכא אחרים, והכל כדי לשרת את צרכיו.¹⁸⁸

R. Polk Wagner, *On Software Regulation*, 78 S. CAL. L. REV. 457, במרשתת: 459 (2005).

Graham Greenleaf, *An Endnote on Regulating Cyberspace – Architecture vs. Law?*, 21 UNSW L.J. 593 (1998).

David S. Wall, *The Internet as a Conduit for Criminal Activity*, in INFORMATION TECHNOLOGY AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 77, 80 (April Pattavina ed., 2005).

187 אמל ג'אברין "המסחר במידע האישי: בין המצוי לרצוי" מאזני משפט ז 253, 269–257 (2010).

188 רונית דוניץ-קידר ושלי קרייצר-לוי "אם זה בחינם, אתה המוצר": כנגד הורשה של פרופילים ברשתות חברתיות" (טרם פורסם).

אם כן, השוק והנורמות החברתיות רחוקים מלהיות מנותקים מפייסבוק (ומפלטפורמות אחרות ברשת). פרופיל פופולרי ומרובה עוקבים מתקשר ומתחבר להסדרת שוק, משום שהמפרסמים שמים עיניהם על נקודות מוקד ברשת, ומציעים לבעל הפרופיל כסף והטבות תמורת פרסום המוצר שלהם, בין בפרסום גלוי ובין בפרסום סמוי. פייסבוק עצמו נסמך על פרסום לגולשיו, ואינו גובה מהם תשלום על עצם השימוש בו, להבדיל מקידום דפים באמצעותו. הפרת מדיניות כזו או אחרת של פייסבוק על-ידי משתמש עלולה להוביל לחסימת הפרופיל שלו לזמן קצוב ואף להסרתו.

הארכיטקטורה היא כמובן מסדיר חזק בפייסבוק. המשתמש מסוגל לעשות רק מה שהתאגיד בחר לאפשר לו, ומאחורי הבחירה ניצבים שיקולים שאינם שקופים ובוודאי אינם דמוקרטיים:¹⁸⁹ למשל, ניתן להסיר חבר או לחוסמו ללא הסכמתו, אך אי-אפשר לצרפו ללא הסכמתו; ניתן להסיר תכנים שהגולש פרסם, אך אי-אפשר למחוק ממחשבו של החבר תוכן שהגולש שלח אליו (אפשרות שנוספה לאחרונה בוואטסאפ, שבבעלות פייסבוק); ניתן להעלות קבצים מסוימים בפרופיל, אך לא אחרים; ניתן לצפות בתמונות ציבוריות של משתמשים אחרים, אך משתמש אינו יכול לצפות בתמונות פרטיות של אחרים או לדעת מי צפה בתמונותיו. כל אפשרות כזו ורבות אחרות אינן גזרה טכנולוגית שנכפתה על פייסבוק. אדרבה, גם האפשרויות וגם המגבלות מגלמות לעיתים קרובות בחירה של התאגיד, שקשורה למדיניותו ולרצונו להשיג יעדים כאלה ואחרים.

הנורמות החברתיות, השוק והארכיטקטורה נוכחים ובולטים בכל רשת חברתית, כמובן, אך לעיתים הם פועלים באופן שונה מאוד ברשתות שונות – הן מבחינת האפשר (ארכיטקטורה) והן מבחינת המותר (מדיניות). למשל, בטוויטר ניתן להעלות תכנים מיניים בוטים (מה שאסור בפייסבוק) אך אי-אפשר לכתוב סטטוס ארוך (מה שמותר ואפשרי בפייסבוק); באינסטגרם אי-אפשר להעלות טקסט ללא תמונה (מה שאפשרי בפייסבוק). כל מה שאפשרי וחלק גדול ממה שאינו אפשרי מגלמים בחירה ארכיטקטונית אנושית מכוונת. כאשר המשפט אינו מתערב, הקוד, השוק והנורמות החברתיות מסדירים עולם אנושי מגוון, רחב ועמוק. הסדרה זו משפיעה על חירות הפעולה של הפרט בזירה בעלת חשיבות ותהודה עצומות, ואולי אף מכוונת את חירותו זו. אי-הסדרה משפטית ואי-התערבות מותרות את השחקנים השונים בזירה – החזקים והחלשים – חופשיים

189 דורי בן ישראל "פייסבוק הודיעה למאות ישראלים: 'אינך זכאי להשתמש בפייסבוק'" וואלה tech.walla.co.il/item/3022667 15.12.2016

מאימת המשפט; אך היא אינה מותירה מצב חופש דווקא, משום שהמסדירים הלא-משפטיים מכוננים את כבליהם במהרה. באיזה משטר יושגו החירות הרבה ביותר, הזכויות החשובות ביותר, הערכים המהותיים ביותר – את זאת קשה לדעת ובלתי-אפשרי למדוד. בוודאי איני מציע לחוקק את חיינו לדעת, לא באופן כללי ולא בזירות קונקרטיות, אך ראוי להטעים כי שתיקת המשפט אינה בהכרח דבר החירות.

5. הסדרה משפטית של הסדרה לא-משפטית – אי-חוק, אי-משפט והפקרה משפטית

על רקע צורות ההסדרה שתוארו לעיל, ניתן לבקר את הגישה שלפיה אי-חוקיקה ואי-משפט תורמות לפרט ולחירותו. הימנעות מהסדרה משפטית של יתר המסדירים אינה תורמת בהכרח לזכויות הפרט ולהגשמת ערכים החשובים למשפט, וזאת בשני מובנים משלימים: ראשית, ההימנעות האמורה משלימה עם פגיעות קשות בפרט (ובחברה) ועם מגבלות אחרות המושגות על חירותו; ושנית, ההימנעות מגבילה את הפרט עצמו בכואו לפעול לשינוי, על רקע קיומו של המשפט. כלומר, המובן האחד הוא העדר המשפט החדש ואילו המובן האחר הוא נוכחות המשפט הישן.

ברור שהמשפט יכול ואף צריך לסמוך על צורות ההסדרה האחרות בהקשרים רבים; לא ייתכן שהמשפט יהיה מסדיר בלעדי. אולם ברבדים ובהקשרים רבים אחרים המשפט אינו סומך על הסדרות אחרות שיובילו לתוצאה ראויה או שיעשו כן בדרך ראויה. עצם קיומו של המשפט מאותת על כך. המשפט מסדיר מסדירים אחרים ומשנה איזונים הסדרתיים קיימים כדי להגשים ערכים, אינטרסים וזכויות; המשפט מסדיר אותם משום שאלמלא הסדרתו לא היו המטרות הללו מושגות או לא היה אפשר להשיגן באותה מידה, באותה דרך ועם אותן השלכות.

כלומר, אחד מתפקידיו של המשפט – אולי תפקידו העיקרי – הוא להסדיר את אי-המשפט. כך לגבי השוק, לגבי הנורמות החברתיות ולגבי הארכיטקטורה. אין זה סביר והגיוני לטעון ברצינות שהמשפט צריך להימנע מלהתערב בזירות אחרות, שכן עיקר תפקידו הוא להתערב בזירות אחרות: עצם הצורך במשפט הוא לשנות ולשבור את שיווי-המשקל בזירות ההסדרה האחרות. שבירת שיווי-המשקל ניתנת לביצוע באמצעות המשפט הפלילי, אך לא רק באמצעותו, כי אם גם דרך יתר ענפי המשפט: המשפט המסחרי, דיני הנזיקין, דיני החוזים, דיני העבודה, המשפט המנהלי וכדומה. כל אלה ואחרים מבקשים לשנות את המציאות הקיימת וה"חופשית". דגל החופש המונף על-ידי מתנגדי ההסדרה המשפטית – אותם גורמים שחשים נוח עם שיווי-המשקל שהושג בהסדרה הבלתי-משפטית, שהם

לעיתים לא-רחוקות גורמים חזקים – אינו מרתיע את המשפט, שאם לא כן לא היה בעולם משפט כלל.

אדגים. "שוק חופשי" הינו טיעון כללי נגד הסדרת השוק על-ידי המשפט. אולם המשפט מתערב בשיטתיות בשוק, לרוחבו ולעומקו. למשל, המשפט הפלילי אוסר סחר בשירותים ובמוצרים מסוימים: סמים מסוכנים, הימורים, נשק, זנות, רצח, בעלי-חיים שונים. טיעוני שוק חופשי הושמעו בעבר בעד המשך העבודות, שהוצגה כבסיס המסחר ממש,¹⁹⁰ ובהמשך גם בעד עבודת ילדים.¹⁹¹ טיעונים כאלה נשמעים גם כיום – למשל, בעד החירות לסחור באיברים במצבים מסוימים כדרך להשיג יעילות במישור זה.¹⁹² אולם טיעון השוק החופשי לא עצר, אינו עוצר ולא יעצור את המשפט באופן גורף. גם הסדרה משפטית לא-פלילית של השוק רחוקה מלהיות נדירה, בין היתר כדי לקדם שקיפות ולתקן כשלי שוק – למשל, בדיני הגנת הצרכן.¹⁹³

אומנם, ניתן לגרוס כי אלה מקרים נדירים יחסית של התערבות – התנהגות אנטי-חברתית כבסיס לאיסור פלילי, וכשל שוק כבסיס להתערבות משפטית אחרת. אולם טענה כאמור משכנעת רק כאשר עוצרים ברובד הפשטה גבוהה. ברובד הפשטה מעשי יותר היא קורסת במהרה. שאלת ההפללה, כאמור לעיל, היא נזילה מאוד ובת-תמרון. עקרון הנזק זכה בהצלחה מושגית רבה במשפט האנגלו-אמריקאי, אך במקום להגביל את החקיקה, הוא רק שינה את השיח, שהרי ניתן להציג כמעט כל פעולה כמזיקה.¹⁹⁴ מה שנכון לגבי שיח הנזק נכון בוודאי גם לגבי שיח הערכים. תפיסת התנהגות כאנטי-חברתית מגלמת הצדקה מקובלת להפללה בשיח האקדמי בישראל.¹⁹⁵ אולם רעיון זה אינו מסנן ממשי. קשה מאוד

Jerry L. Anderson, *Protection for the Powerless: Political Economy History 190 Lessons for the Animal Welfare Movement*, 4 STAN. J. ANIMAL L. & POL'Y 1, 30-36 (2011).

191 שם, בעמ' 3, 17 ו-28.

Christopher J. Ryan, *The Anatomical Wealth of Nations: A Free Market Approach to Organ Procurement*, 2009 M.S.U. J. MED. & L. 427, 438.

IAIN RAMSAY, CONSUMER LAW AND POLICY – TEXT AND MATERIALS ON REGULATING CONSUMER MARKETS 47 (3rd ed. 2012); סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א – יסודות ועקרונות 125-120 (2001).

194 Harcourt, לעיל ה"ש 24, בעמ' 113-115.

195 קרמניצר, לעיל ה"ש 40, בעמ' 953; ג'ודי ברודר סייג זוטי-הדברים 9 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, 2001); אלון הראל "פרק יב: משפט פלילי" הגישה הכלכלית למשפט 637, 638 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

להפיק תיאור אובייקטיבי ונחרץ של התנהגות אנטי-חברתית.¹⁹⁶ תיאור התנהגויות רבות מספור כאנטי-חברתיות וכפוגעות בערכים רחוק מלהיות סבוך, ושיח הערכים מגביל הפללה בצורה חדה הרבה פחות לעומת עקרון הנזק.¹⁹⁷ אין קושי לתאר, למשל, הפרת חוזה או אי-תשלום מזונות כהתנהגויות אנטי-חברתיות. במבט רחב ניכר שכל ענפי המשפט באים להגן על ערכים, כאשר מלוא המשפט ערכים.¹⁹⁸

גם המונח "כשל שוק" נראה דרמטי לרגע, מסננת חזקה לכאורה מפני הסדרה. אולם שוב מדובר במונח נזיל, וזאת בשני מובנים מצטברים: האחד הוא שמדובר במונח לא-פורמלי; והאחר הוא שמדובר במונח מחוץ לשדה המשפט, שהמשפט אינו שולט בו. שילוב המובנים פירושו שניתן לתמרן את המונח ולבקש להסדיר תופעת שוק באמתלה שמדובר בכשל. למשל, אם נתפוס אי-יעילות של השוק,¹⁹⁹ השגת משאבים או הקצאת משאבים לא-מיטביות מבחינה חברתית²⁰⁰ או פערי מידע²⁰¹ ככשלי שוק, אזי יוותר פתח רחב מאוד לדיון בשאלת היעילות ובשאלת המיטביות. הקביעה אם התנהגות מסוימת היא יעילה מבחינה כלכלית הינה סבוכה ובת-תמרון.²⁰² ניתן לרתום את הרעיון באופן מגוון, כשם שניתן לפעול בשם השוק החופשי כדי לקדם מגבלות.²⁰³ אומנות התמרון באמצעות טיעון אינה נחלת המשפט בלבד: רבים המישורים שבהם ניתן להמשיג בעיה כפתרון ופתרון כבעיה, בהתאם לנקודת-המבט הרצויה.

196 הראל, שם, בעמ' 643.

197 PERŠAK, לעיל ה"ש 10, בעמ' 137–139.

198 הרדוף, לעיל ה"ש 26, בעמ' 109.

199 CASE & FAIR, לעיל ה"ש 175, בעמ' 16.

Meredith Johnson Harbach, *Childcare Market Failure*, 2015 UTAH L. REV. 200, 659, 678 (2015).

201 עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "פרק ד: חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 158 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

202 הניסיון לחבר בין כשלי שוק ואי-יעילות כלכלית לבין המשפט הפלילי הינו אמיץ וסבוך מאוד, ומצריך דיון מורכב בשאלת היעילות, לקראת חיבורה אל המוסר: Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193, 1195–1196 (1985); Alon Harel, *Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault*, 82 CAL. L. REV. 1181, 1183 (1994); Omri Ben-Shahar & Alon Harel, *The Economics of the Law of Criminal Attempts: A Victim-Centered Perspective*, 145 U. Pa. L. REV. 299, 300–301 (1996); הראל, לעיל ה"ש 195, בעמ' 643–645; קרניאל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 262–267.

203 STRANGELOVE, לעיל ה"ש 179, בעמ' 95.

אולם המשפט אינו צריך להרחיק לכת לאנטי-חברתיות ולכשל שוק כעילה לצמצום חופשיות השוק. כל הסדרה משפטית מגבילה את השוק והופכת אותו לחופשי פחות. דיני החוזים מסדירים את השוק, וכמוהם דיני העבודה, דיני התאגידים, דיני המיסים, דיני הנזיקין ואפילו המשפט החוקתי. הרי היה אפשר, בשם השוק החופשי, להימנע מכל הסדרה משפטית ולהניח ששיווי-המשקל שאליו יגיע השוק יהיה צודק, נכון וחופשי. במצב כזה היה מעביד יכול להחליט על שכר-מינימום, על הבחנה חותכת ובוטה בתנאי ההעסקה בין גברים לנשים או בין יהודים לערבים, באילו ימים ושעות לפתוח את העסק, מה למכור, למי, כיצד ובאיזו עלות, מתי לפטר וכיצד, ועוד ועוד. כל הסדרה משפטית לגבי אחת השאלות הללו מבטאת חוסר סובלנות לחופשיות השוק והעדפת ערכים אחרים, לעיתים באמצעות הסדרה נגטיבית ויצירת השלכות שליליות לפעולות מסוימות, ולעיתים באמצעות הסדרה פוזיטיבית, דוגמת סבסוד ומענקים. אין צורך להמתין לכשל שוק דרמטי כדי להתערב ולהסדיר משפטית. השוק החופשי הוא במידה רבה יצור פיקטיבי, משום שהמשפט מסדיר אותו לעומקו ולרוחבו, כסטנדרט. השוק היחיד שפועל ללא הסדרה משפטית הוא כנראה השוק השחור,²⁰⁴ אך גם אותו המשפט מבקש להסדיר ולדכא.²⁰⁵

כך, טיעון בעד חופשיות השוק ונגד הסדרת שוק מכוון לכל-היותר לסוג מסוים של הסדרה משפטית – להיקפה, לעומקה, לרוחבה, לרזולוציה שלה – ולא לעצם קיומה. כבררת-מחדל השוק מוסדר משפטית. המשפט, המתיימר לייצר או לשמר סטנדרטים נורמטיביים מינימליים, אינו רוצה ואינו יכול לאמץ גישה כללית של התעלמות מהשוק, החרד למוסר, לזכויות ולערכים הרבה פחות ממנו. אומנם, גישת ריסון אינה משקפת בהכרח התעלמות, אולם העדר חקיקה חדשה כשיטה או כבררת-מחדל רווחת מותיר שוק חדש, חזק ועצום במיוחד, לייצר עולם משל עצמו.

מעבר לכך, אי-הסדרה של השוק אינה מקדמת תמיד את זכויות הפרט. למשל, לפייסבוק ולרשתות חברתיות אחרות (וכן לפלטפורמות מקוונות אחרות, דוגמת ג'ימייל) יש עניין כלכלי לעיין בתוכן תכתובות של משתמשים (אם כי איני טוען שכך נעשה), כדי להציע להם בהמשך מוצרי צריכה המותאמים להם. התעלמות

204 Case & Fair, לעיל ה"ש 175, בעמ' 81.

205 השוו Packer, לעיל ה"ש 7, בעמ' 277-282; Schonsheck, לעיל ה"ש 9, בעמ' 73; William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1886-1887 (2000); Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 530 (2005).

משפטית עיונית או מעשית מגדילה את הסיכוי לעיון כאמור, כמו-גם לפרקטיקות אחרות שתאגיד ענקי עשוי להפעיל לטובתו שלו.

מה שנכון לגבי השוק נכון גם לגבי הנורמות החברתיות. בנוגע לתאגיד עצמו, התעלמות משפטית מגדילה את הסיכוי שהנורמות שהשוק יפתח או יצנן ישקפו אינטרס כלכלי של התאגיד. אינטרס זה אינו עולה בהכרח בקנה אחד עם אינטרסים, זכויות וערכים שהמשפט מבקש לקדם ולהגן עליהם. הנטייה הרחבה של משתמשים לנדב מידע אישי רב אינה בהכרח מדעת, תוך הבנת ההשלכות השליליות האפשריות שיש לפרסום תמונות ומידע. בעיה זו מחריפה אצל משתמשים צעירים, וכאלה קיימים בשפע בפייסבוק ובאינסטגרם. הנורמות החברתיות ברשתות – ואת זאת חש כל משתמש ותיק – מעודדות את הפרט לחשוף את עצמו בשני מובנים: לגלות מידע אישי על עצמו, ולפרסם את תמונותיו. בעל פרופיל אישי שאינו מייצר תוכן יתקשה לייצר פופולריות. לעיתים נדמה שפוסט אישי נוטה לעורר אהדה ועניין יותר מפוסט הגותי; ושתמונה חושפנית נוטה לעורר תגובות כאלה יותר מתמונה צנועה. כאשר המשפט שותק, אנו ממשיכים לתעד את עצמנו לדעת ולהתפשט לקול החיבוב המקוון – אנו וילדינו כמונו.

לא רק ההתפשטות רווחת ברשת. השקר, המרמה וההתחזות פורחים גם הם, במרשתת בכלל וברשתות החברתיות בפרט, ואולי אף מהווים נורמה רווחת או למצער היחלשות ניכרת של הנורמה נגד שקרים. התחזות של גבר לאישה, של גבר לילדה, של יהודי לערבי, של חילוני לחרדי וכדומה – פשוטה וקלה יותר במרשתת ולפיכך גם נעשית הרבה יותר. כאשר חקיקה חדשה אינה מגיבה ואוסרת זאת במישרין, וכאשר מסדירים אחרים אינם נלחמים בכך ביעילות, כיעור חברתי הולך וגדל, וערך היושר הולך ומתמסמס – בוודאי במרשתת, אך אולי גם מחוץ לה. האם שתיקת המחוקק מגינה עלינו ועל חירותנו או דווקא מפקירה אותנו?

גם ביוש (shaming) הינו תופעה חברתית שפורחת בפייסבוק ללא הסדרה משפטית ברורה.²⁰⁶ לעיתים הוא מוביל לחשיפת התהוות חברתית מכוערת לקראת תיקונה הראוי או לקראת ליטיגציה משפטית. אולם בפעמים אחרות הוא נראה כמשפט-שדה הנערך ללא סנגור, ללא שופט ומאחורי גבו של הנאשם – משפט שתוצאותיו הרעות נעות מפגיעה קשה בשם הטוב עד התאבדות אפילו, אצל בגירים ואצל ילדים, בישראל ובעולם.²⁰⁷ איש מאיתנו אינו חסין בפני השפעות המרשתת ונוזקיה.

206 כתב-העת משפט ועסקים צפוי להקדיש גיליון לסוגיית הביוש ולעסוק בתוך כך גם בזירה המקוונת ובשאלת הסדרתו של הנושא בה.

207 למשל: גלעד מורג "האישה על המנהל שהתאבד: מצטערת בכל מאודי" ynet 24.5.2015

תופעות מכוערות נוספות שמוכרות בחלל הפיזי מתפשטות ברשתות החברתיות ובמרשתת בכללותה. לדוגמה, קללות ואיחולי רע אינם אסורים ככלל, חרף פגיעתם הקשה במקרים רבים. השיח המקוון האנונימי מתאפיין בהם, ולעיתים גם במעשים אסורים כאיומים; ואף השיח המקוון הגלוי מלא בהם, למשל במסגרת יכוח על קיר פייסבוק, שנימתו החריפה והתכערה.

מעניין שהתעלמות המשפט מעולם שלם של הוויה אנושית הייתה משאלת-לב שהועלתה בעברה הרחוק של המרשתת, בדמות קריאות להדיר מעולם המרשתת את המשפט המדינתי – הכללי²⁰⁸ או הפלילי²⁰⁹. אולם לנעשה בזירה המקוונת יש השפעה על האדם, לעיתים אף השפעה קשה ופוגענית, ולפיכך נדחו קריאות כאלה בזירה האקדמית²¹⁰ והמעשית: "השימוש באינטרנט... אינו יכול לשבור את ה'מצור' הרגיל של הדין";²¹¹ "...ועולמנו זה לא יסכון ולא יסבול את פריקת עול המשפט מן המרחב הוירטואלי".²¹² המשפט הפורמלי מסרב להכיר ברעיון נסיגתו מזירת המרשתת, ובונה מכשירים דוקטרינריים כדי לאפשר את החלתו בכל מצב ומצב.²¹³

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4660655,00.html; ברהנו טגניה "התאבד – בגלל פוסט בפייסבוק" mako 21.6.2016 www.mako.co.il/news-israel/local-q2_2016/Article-64405bc78df6551004.htm

David R. Johnson & David Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367, 1368–1369, 1372 (1996); Edward M. Wise, *Sex, Crime, and Cyberspace*, 43 WAYNE L. REV. 137, 145–146 (1996); John T. Delacourt, *The International Impact of Internet Regulation*, 38 HARV. INT'L L.J. 207, 217–218, 224 (1997); Llewellyn Joseph Gibbons, *No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace*, 6 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 475, 501–502 (1997)

Susan W. Brenner, *Distributed Security: Moving Away from Reactive Law Enforcement*, 9 INT'L J. COMM. L. & POL'Y 11 (2005); NIMROD KOZLOVSKI, A PARADIGM SHIFT IN ONLINE POLICING – DESIGNING ACCOUNTABLE POLICING 108 (JSD Dissertation, submitted to Yale Law School, 2005)

Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199, 1202, 210 1208, 1215, 1250 (1998)

211 ה"פ (מחוזי י-ם) AHAVA (USA) Inc. 3137/04 נ' ג'.דבליו.ג'י. בע"מ, פס' 20 (פורסם בנבו, 10.10.2004).

212 עניין איגוד האינטרנט, לעיל ה"ש 100, פס' 24 לפסק-דינו של השופט סולברג.

213 אסף הרדוף "תפסת מקצת, תפסת הכל: עולם ללא גבולות, משפט ללא גבולות – תחולת המשפט הפלילי הישראלי על פעילות מקוונת, בשום מקום ובכל מקום" (טרם פורסם), נגיש בכתובת https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2988554

כמודגש לעיל בתת-פרק ב3, המשפט מסדיר ומגביל את הנעשה בהקשר המקוון גם ללא חקיקה חדשה. אולם העדר חקיקה חדשה והעדר מבט שיטתי של המחוקק על העולם המקוון מפקירים את הזירה המקוונת למסדירים האחרים, אשר אינם מחזיקים בהכרח בערכים שיקרים למשפט. משאלת-הלב הרומנטית, אשר הועלתה מצד גולשים בעבר ונדחתה בכוחנות המשפט, זוכה הלכה למעשה בהגשמה רחבה לגבי גופים ענקיים כפייסבוק וגוגל, בזירות מרכזיות של הוויה אנושית עשירה ומגוונת. החירות המקוונת נשמרת, אולם זו חירותם של הגופים הגדולים לנהל את זירותיהם ומשתמשיהם כפי שהם מוצאים לנכון.

זווית הביקורת האחת היא כאמור שהימנעות מהסדרה משפטית חדשה מותירה זירות חשובות בחיים האנושיים להסדרה לא-משפטית, אשר מאפשרת מצידה – ולעיתים אף מעודדת – פגיעות קשות בפרט. זווית הביקורת המשלימה היא שקיומו של המשפט ברקע נותן גיבוי למסדירים הלא-משפטיים, אשר מותאמים היטב למשפט הישן על מעלותיו וחולשותיו, ובכך מונע ומצמצם אפשרויות לשינוי המצב. למשל, גורמים המבקשים לשנות את החברה ולהיטיב עם גורמים שאינם זוכים בשוויון, במקרה הטוב, או מנוצלים בשיטתיות, במקרה הרע, אינם פועלים בעולם של ריק משפטי. העדר חקיקה חדשה מותיר את הגיבוי המשפטי לכוחות קיימים, שמפיקים תועלת מהסטטוס-קוו. בהמשך לכתוב בפרק ב, אי-הסדרה משפטית חדשה אין פירושה אי-הסדרה משפטית והותרת זירה להסדרה אחרת, משום שהמשפט כבר אמר כה הרבה בעבר, שרק צריך למצוא בו את המלל המתאים כדי לנסח טיעון משפטי: "מלוא כל הארץ משפט", ולמשפט הקיים יש מה לומר על הכל, לרבות על מה שנראה כשייך לזירה אחרת.²¹⁴ כך בעולם הישן, וכך בעולם החדש – במרשתת. אישה המתקוממת על גברים המקדמים תרבות שמעודדת להבנתה פגיעה קשה בנשים, ואפילו תקיפות מיניות, אינה יכולה להתבטא בעניין בחופשיות וללא מורא הדין, משום שהדין הישן קיים וישים לגביה, ולשם הלבשתו על התהוות חדשה כזו נדרשים אך הַגְיֵעָה ואמצעים.²¹⁵ פעיל טבעוני אינו יכול להתבטא בחריפות נגד רפתן שנכנס לפורום טבעוני ולהניח שהמשפט יותיר את העניין לשיפוט החברה גרידא.²¹⁶ המשפט מוקיר את חופש הביטוי, אך לא בהכרח ביטויים בלתי-מרוסנים.

214 ברק, לעיל ה"ש 50, בעמ' 477, 485 ו-487.

215 תא"מ (שלום נת') 42103-12-01 מילמן נ' פרז'ון (פורסם בנבו, 4.11.2014).

216 ת"א (שלום ת"א) 11289-09-13 אשרי נ' קורן (פורסם בנבו, 27.10.2014).

בהקשרים רבים המשפט אינו חוסם באופן גורף שינויים חברתיים, אלא שהוא מגבה כוחות שמבקשים לחסום שינויים באמצעות מבנים משפטיים קיימים, דוגמת לשון הרע ונזיקין. גם מחוץ למרשתת פעיל חברתי למען בעלי-חיים, אשר מבקש לחשוף את מצבם במוסדות ניסוי או במשחטות, מוגבל על-ידי המשפט בכל הקשור לכניסה למקומות אלה, לתיעוד המתרחש בהם ולחשיפת אחרים לנעשה בהם במובן חזותי: דיני הקניין הקיימים עוצרים אותו מלהציג את האמת הקשה ולחולל באמצעותה שינוי חברתי. בדומה לו, פעיל חברתי נגד ריכוזיות הבנקים מוגבל מבחינה משפטית בכל הנוגע במעקב אחר גורמים בכירים בתעשייה: דיני הגנת הפרטיות חוסמים אותו. פעילה חברתית למען מהגרים מנועה משפטית מלסייע למהגרים במצבים מסוימים, מכוח דיני ההגירה, המשפט המנהלי והמשפט הפלילי. העדר התייחסות לפעילות המבקשת לייצר שינוי חברתי בחקיקה חדשה אין פירושו שהמשפט אינו מתייחס אליה או אינו מגביל אותה, לעיתים אף באופן ניכר. גם את השוק החדש המשפט עשוי להגביל ולבלום בו שינוי חברתי – למשל, כאשר החוק הישן אוסר הונאה בכשרות, והמשפט החדש קובע כי גם תליית תעודות כשרות סופקו לא על-ידי הרבנות, אלא על-ידי בעלי עסקים פרטיים שדיני הכשרות יקרים לליבם, הינה אסורה.²¹⁷ כאשר המחוקק מציע לא להתערב, הצעתו זו לא רק מותירה פגיעות קשות שנעשות בזירות הסדרה אחרות, אלא גם חוסמת אפשרויות חברתיות וכלכליות להתמודד עם הפגיעות הללו. אי-ההתערבות בהווה חברתית-כלכלית באמצעות חקיקה חדשה היא למעשה הנצחה של התערבות חקיקתית קודמת, ומעורבות עמוקה – בענף משפטי שכבר נסך משמעות בחקיקה – בהנצחה ובגיבוי חזק של הסטטוס-קוו. כאשר המשפט כבר יצר מציאות, גם אי-חקיקה ואי-משפט הם משפט.

סיכום

חקיקת-יתר ומשפוט-יתר קיימים בעולם ובישראל. יש להם השלכות שליליות על הפרט, על החברה, על השוק ועל גורמים נוספים: הם מצרים את צעדיהם בשפע הקשרים, ומאותתים בכך ששיווי-המשקל שהושג בזירות אחרות אינו רצוי ואינו ראוי. תהליך החקיקה אינו רציני דיו תמיד, ובוודאי אינו שיטתי, ועל המחוקק לשקול היטב אם חוק חדש אכן רצוי, ואם ראוי לשבור את שיווי-המשקל בזירות אחרות באמצעות כוח המשפט בכלל וכוח המשפט הפלילי בפרט. אף

217 בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (פורסם באר"ש, 6.6.2016). קביעה זו צומצמה מאוד בהמשך – ראו דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (פורסם באר"ש, 12.9.2017).

שחקיקת-יתר והתערבות-יתר משפטית בתחומי החיים אינה רצויה לחברה ולחירות, גם אי-חקיקה ואי-התערבות משפטית כשיטה אינן רצויות, ולעיתים אף אינן מקדמות את החירות והזכויות, אלא דווקא מפקירות אותן לזירות שהגיעו לשיווי-משקל פוגעני מבחינה ערכית. מציאת האיזון הראוי בין היתר לבין החסר היא מורכבת וקשה, אך אין להניח באופן גורף שאי-התערבות משפטית הינה מתכון לחירות ולזכויות.

אם כן, הרצון הראוי להימנע מחקיקת-יתר אינו חזות הכל, וזאת בשני מובנים שהמאמר מדגיש. במובן האחד, שבירת שיווי-המשקל הלא-משפטי נעשית לא רק בחקיקה חדשה, אלא גם – ואולי בעיקר – באמצעות חקיקה ישנה שנלקחת למחוזות חדשים, כגון עולם המרשתת. אם חקיקה חדשה אינה מכבדת את חירות הפרט או צורות הסדרה אחרות כאשר היא ממשפטת הוויה אנושית, אזי גם משפוט הוויה אנושית באמצעות תזה פרשנית לחקיקה ישנה אינו מפגין כבוד כאמור. מעבר לאי-הכיבוד, לעיתים פגיעתה של הפרשנות בחירות גדולה יותר, לעיתים נלווית אליה גם פגיעה בחברה, וכמעט תמיד כרוך בה אקטיביזם שיפוטי, שבמסגרתו רשויות האכיפה ובית-המשפט – בעידוד המחוקק או תוך הסתמכות על אדישותו – מרשות לעצמן ליצור משפט חדש, ואף תופסות זאת כתפקידן.

מי שאינו חי בשלום עם אקטיביזם שיפוטי בהקשרים פוליטיים ראוי שירחיב את מבטו ויגלה אולי כי מלוא המשפט אקטיביזם – אקטיביזם ליטיגטורי תחילה, אקטיביזם שיפוטי בהמשך. לעיתים זהו אקטיביזם שמקדם את זכויות הפרט על-חשבון האינטרס הציבורי, ולפיכך הוא זוכה בתדמית ליברלית ובתמיכה אקדמית רחבה, מצד אחד, ונתקל במתקפות פוליטיות תקשורתיות, מצד אחר. אולם במשפט הפלילי זהו אקטיביזם שפועל בעיקר לקידום האינטרס הציבורי על-חשבון זכויות הפרט. זה אינו אקטיביזם ליברלי, אלא אקטיביזם שמרני, אקטיביזם מרשיע, אקטיביזם פופולרי, אשר אינו מייצר מתקפות פוליטיות ותקשורתיות ולפיכך אף אינו מזוהה על-ידי הציבור כאקטיביזם.

מי שתוקף בית-משפט שמרשה לעצמו להתרחק מלשון החוק כדי להגן על זכויות הפרט מפני יוזמה פוליטית ישית נא את ליבו לכך שבית-המשפט מתרחק מלשון החוק גם בהקשרים פליליים. מי שתומך בשיטה גמישה ובהתרחקות מעקרון החוקיות בשם ההגנה על זכויות ישית נא את ליבו לכך שאותה גמישות משמשת – בהקשרים רבים וחשובים – גם כדי לממש את האינטרס הציבורי על-חשבון זכויות הפרט.

הן לגבי זכויות הפרט והן לגבי האינטרס הציבורי עקרון החוקיות הינו חרב-פיפיות – הפעלתו בעקיבות פירושה שלעיתים זכויות הפרט גוברות, לעיתים

האינטרס הציבורי גובר ולעיתים הצדק מפסיד, אך החוק מנצח תמיד. האקטיביזם השיפוטי גם הוא חרב-פיפיות – הפעלתו בעקיבות פירושה שלעיתים זכויות הפרט גוברות ולעיתים האינטרס הציבורי גובר, אך חוש הצדק השיפוטי בא על סיפוקו כמעט תמיד. הפורמליסט יבכר את הראשונה מבין שתי האפשרויות, אך זהו יצור נדיר בישראל, כמעט כמו מתקפה ליברלית על האקטיביזם השיפוטי.

שיקול הריסון החקיקתי אינו חזות הכל בשני מובנים. במובן האחד, כאמור, שיווי-המשקל שמושג בזירות האחרות ממילא נשבר. במובן הנוסף, שיווי-המשקל שמושג בזירות האחרות אינו קדוש, ואינו משקף בהכרח את הרצוי. לעיתים הוא משקף מציאות פוגענית, וראוי לשוברו כדי לשנותה. בעולם המרשתת, למשל, קיימות תופעות פוגעניות רבות, ואף שאחדות מהן זוכות במענה משפטי פרשני, ההסדרה הלא-משפטית – המתקיימת על רקע אפסות החקיקה בתחום זה בישראל – מייצרת מציאות קשה, ושתיקת המחוקק מנציחה אותה בשני אפיקים: האפיק האחד הוא שחקיקה חדשה הייתה עשויה לצמצם את פוגענותה של המציאות; והאפיק האחר הוא שחקיקה ישנה משרתת לעיתים קרובות גורמים חזקים, ומגבילה נסיונות פרטיים, חברתיים וכלכליים, לשנות את המציאות. העדר חקיקה חדשה אינו אי-התערבות משפטית ואינו אי-משפוט. עולם ההווה האנושית ממושפט בצורה יסודית, עמוקה ורחבה, והגם שהמשפט רחוק מלמצות את ההסדרה האנושית ורחוק אף מלהיות מסדיר ראשי, הנחות-היסוד של מצויות ברקע ובבסיס של כל מקרה כמעט. המחוקק אינו צריך לומר דברים חדשים כדי שהמשפט יאמר דברים חדשים; והמשפט אינו צריך לומר דברים חדשים כדי שמה שכבר אמר יכריע התהוויות אנושיות רבות מספור. גם כאשר הוא אינו מסדיר במפורש, הוא מסדיר; וגם כאשר הוא אינו מסדיר כלל, הוא מסדיר. הוא תמיד מסדיר. במובן זה, גם הפורמליסט יתקשה לא להסכים: מלוא העולם משפט.

באותה נשימה, כשם שהמשפט מחדש תמיד ומסדיר תמיד, ולו ברקע, נראה שכך עושה כל צורת הסדרה. גם השוק, הנורמות החברתיות והארכיטקטורה תמיד שם, וגם הם מחדשים תמיד, משום שגם הם נתקלים בלי הרף לא רק בישן, אלא גם בחדש, בהוויות אנושיות חדשות. עליהם להסתגל, להתרחב ולהשתנות, וכך הם עושים, ללא הכרזות דרמטיות ולעיתים גם ללא שקיפות. הנה כי כן, בשדה המשפט ומחוץ לו, חיים חדשים מולידים הסדרה חדשה. במובן זה, גם האקטיביסט יתקשה לא להסכים: מלוא העולם משפט, שוק, נורמות חברתיות וארכיטקטורה, ואולי הרבה יותר מכך – מלוא העולם הסדרה.