

# שינויים בהרגלי הצריכה

## בעקבות תיקון מס' 118 לחוק העונשין - הפללת צרכני טכנים פדופיליים

חיים ויסמונסקי<sup>1</sup>

האיסורים שבסעיף 214 לחוק העונשין. תיקון החקיקה האחרון, על אף לשונו הנייטרלית לטכנולוגיה, נועד למעשה לגשר על הפער המשפטי-טכנולוגי שנוצר.

המקרה של תיקון מס' 118 לחוק העונשין מדגים באופן מובהק את סוגיית הפער - שלא לומר הפיגור - המתמיד בין המשפט לבין הטכנולוגיה. רבות נכתב על פיגור זה.<sup>3</sup> על חלק מהפיגור מגשר בית המשפט, אולם לגבי חלק אחר - אין מנוס מלהידרש לתיקוני חקיקה.<sup>4</sup> מרדף סיזיפי זה, של המשפט אחר הטכנולוגיה, מחייב תהליך מעמיק של מירוק ערכי היסוד

במהלך העשור האחרון חל שינוי באופן שבו נצרכים טכנים באינטרנט. בעבר, תהליך הצריכה של התכנים היה דו-שלבי: הורדה (Download) אל מחשב הקצה של המשתמש ורק לאחר מכן טעינה של המידע מתוך מחשב הקצה. טכנולוגיית ה-Streaming (סטרימינג), אשר הלכה והתפתחה בעשור האחרון, מאפשרת למשתמש האינטרנט לצרוך את התכנים על-ידי צפייה ישירה, מבלי להוריד תחילה את התכנים למחשבו האישי. טכנולוגיית הסטרימינג התפתחה בזכות שיפור הולך ומתמיד במה שמכונה "רוחב הפס", קרי קצב הורדת הנתונים באמצעות האינטרנט. אם בראשית ימי האינטרנט נהוג היה להמתין זמן רב עד להשלמת ההורדה של קובץ ממוצע, כיום, נוכח הכפלת קצב ההורדה באילפי אחוזים, הופכת הצפייה הישירה ליעילה וכדאית מבחינת משתמש הקצה. זאת כיוון שאינו נאלץ להסתמך עוד על שטחי אחסון גדולים במחשבו האישי לצורך צריכת התכנים.

עבור צרכני התכנים הפדופיליים- החוששים מטבע הדברים מחשיפה, הן על-ידי סביבתם, הן על-ידי רשויות אכיפת החוק - טכנולוגיית הסטרימינג מזמנת אפשרות לשפר את הסוואת פעילותם המקוונת. צריכת התכנים, על דרך של הורדתם אל המחשב וצפייה מתוכו, סיכנה את הצרכנים, שכן התכנים האסורים הוחזקו במחשביהם. לעומת זאת, צפייה ישירה מותירה מעט שרידים ראייתיים במחשב הקצה, וקל יותר לטשטשם או להעליםם. מכאן, שהתמריץ לצרכני התכנים הפדופיליים לשנות את הרגלי הצריכה שלהם, מהורדת התכנים לצפייה ישירה בהם - גבר.

ביום 25.11.2014 נכנס לתוקף תיקון מס' 118 לחוק העונשין, המתקן את סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - "חוק העונשין"), על דרך של הוספת איסור על צריכת פרסומים פדופיליים, לצד האיסורים הקיימים על פרסום, החזקה, הצגה, ארגון, הפקה או ייצור של תכנים אלה.<sup>2</sup> תיקון זה נולד, למעשה, כתוצאה משינויים בהרגלי הצריכה של תכנים פדופיליים במרחב הסייבר, כפי שתוארה לעיל. כתוצאה מן השינויים האמורים נוצר מצב, שההתנהגות החדשה לא נכללה בגדר

<sup>3</sup> ראו, להמחשה בלבד: בג"ץ 5785/03 גדנאן נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(1) 29, 99 פס' 10 לפסק דינו של השופט חשין (2003): "המשפט משתרך-הולך לו בעקבות חידושי המדע והטכנולוגיה. כך היה בעבר, כך הוא בימינו וכך יהיה בימים יבוא. פיגור זה שבזמן טבוע במהותם של דברים"; עע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל-אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, 99 פס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 24.3.2013) (להלן: "פרשת איגוד האינטרנט הישראלי"); "ידוע, כי המשפט מדדה בעצלותיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע ויישומיו [...] זו אקסיומה". ראו, גם: רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, 99 פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 9.1.2014); "בשל הקצב המואץ של ההתפתחויות הטכנולוגיות, לעיתים מתקשה החקיקה להדביק את הפער"; ראו, עוד: תב"מ 16/01 סיעת ש"ס - התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' ח"כ פינס-פז, פ"ד נה(3) 159, 165 (2001); דני"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd, 99 פס' 31 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 16.6.2004); רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, 99 פס' ט' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.3.2010); ע"א 1622/09 נוגל ישראל בע"מ נ' ברוקטוב, פסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 1.7.2010); נמרוד קוזלובסקי המחשב וההליך המשפטי: ראיות אלקטרוניות וסדרי דין (2000), דברי ההקדמה לספר של השופט מישראל חשין.

<sup>4</sup> ביחס לסינוי החשיפה של מעוולים אנונימיים באינטרנט, ראו, למשל: עניין מור, שם; נקבע כי אין סמכות בתקנות סדר הדין האזרחי להורות בצו על חשיפת זהותו של מפרסם לשון הרע לכאורה אשר הסווא את זהותו; ראו, גם: עניין ברוקטוב, שם, בו הוחלה הלכת מור גם ביחס לחשיפת פרטי מעוול בתחום הקניין הרוחני; להסדרת הנושא פורסם תזכיר חוק חשיפת פרטי מידע של משתמש ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"א-2011; כן הוגשה הצעת חוק פרטית של ח"כ זבולון אורלב: הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון - חשיפת פרטי מעוול), התשע"ב-2010, 9/2476/18/9 סוגיה נוספת, משפטית-טכנולוגית באופייה, שבה נוצר הצורך בתיקון חקיקה, היא סוגיית החסימה של גישה לאתרים הכוללים הימורים, הגרלות או משחקים אסורים. ראו: פרשת איגוד האינטרנט הישראלי, שם, בית המשפט העליון פסק, ברוב דעות, כי הוראת סעיף 229(א) לחוק העונשין, המתירה למפקד מחוז במשטרת ישראל להורות על סגירתו של מקום משחקים אסורים או מקום לעריכת הגרלות או הימורים, אינה יכולה לכלול גם סמכות להורות לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום גישה לאתרי הימורים, הגרלות או משחקים אסורים. הנישא גרוניס כתב במפורש, כי בסוגיה זו "למחוקק הפיתרונים", ואכן, זמן קצר קודם לפרסום פסק-הדין של בית-המשפט העליון, פורסם תזכיר חוק הגבלת שימוש במקום למינע ביצוע עבירות, התשע"ג-2012. התזכיר הבשיל לכדי הצעת חוק [הצעת חוק הגבלת שימוש במקום לשם מינע ביצוע עבירות (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 338], אשר עברה קריאה ראשונה והחל דיון בה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הכנה לקריאה שנייה ושלישית טרם פיזור הכנסת ה-19.

<sup>1</sup> דוקטור למשפטים, ראש תחום ידע, חקיקה, משפט וטכנולוגיה בפרקליטות המדינה. האמור במאמר מבטא את עמדתו האישית של הכותב. תודה לעו"ד שירי רום מפרקליטות מחוז תל-אביב (פלילי) ולסטודנטית גב' מור שחר על הערותיהן המועילות למאמר.

<sup>2</sup> ראו, הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 118) (איסור על צריכת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין), ה"ח הממשלה התשע"ד 384. יצוין כי מדובר בתיקון חקיקה, פרי יזומה של פרקליטות המדינה, אשר הובאה בפני מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי) וקודמה יחדיו לכדי הצעת חוק ממשלתית.

**”במהלך העשור האחרון חל שינוי באופן שבו נצרכים תכנים באינטרנט. בעבר, תהליך הצריכה של התכנים היה דו-שלבי: הורדה (Download) אל מחשב הקצה של המשתמש ורק לאחר מכן טעינה של המידע מתוך מחשב הקצה. טכנולוגיית ה-Streaming (סטרימינג), אשר הלכה והתפתחה בעשור האחרון, מאפשרת למשתמש האינטרנט לצרוך את התכנים על-ידי צפייה ישירה, מבלי להוריד תחילה את התכנים למחשבו האישי”**

**”ביום 25.11.2014 נכנס לתוקף תיקון מס’ 118 לחוק העונשין, המתקן את סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, התשל”ז-1977, על דרך של הוספת איסור על צריכת פרסומים פדופיליים, לצד האיסורים הקיימים על פרסום, החזקה, הצגה, ארגון, הפקה או ייצור של תכנים אלה. תיקון זה נולד, למעשה, כתוצאה משינויים בהרגלי הצריכה של תכנים פדופיליים במרחב הסייבר”**

הקטטה-טכנולוגיים וניסוח מחדש של הוראות החוק בהתאם לאותם ערכים,<sup>5</sup> באופן ש”כסה” את כלל המופעים הטכנולוגיים של ההתנהגות, שאותה מבקש המשפט להסדיר מחד גיסא, אך יימנע מהכללת יתר של התנהגויות מותרות מאידך גיסא. מקרה המבחן של תיקון מס’ 118 לחוק העונשין מדגים את התהליך האמור היטב, כפי שאפרט להלן ברשימה קצרה זו. כמו כן, אציג כמה שיקולים נדרשים ביחס להעמדה לדין וענישה בעבירה זו.

### **אילו ערכים נועד לשרת האיסור על צריכת תכנים פדופיליים?**

האיסור על צריכת תכנים פדופיליים הוא חלק מקבוצה של איסורים, הבאים להתמודד עם התנהגויות, שבהן יש שני צדדים המעורבים בעסקת העבירה: מצד אחד ניצבים הגורמים המספקים את ההיצע, ומצד שני ניצבים הצרכנים המייצרים את הביקוש. כאלה הן עבירות הסמים, הזנות, הנימורים, ההגרלות והמשחקים האסורים, עבירת פרסומי התועבה, עבירות המסחר בנשק, המסחר ברכוש גנוב ועוד. ביחס לכל העבירות האלה, הפועלים בצד ההיצע מופללים תמיד, ואילו הפועלים בצד הביקוש אינם מופללים תמיד. כך, למשל, צרכני הסמים מופללים,<sup>6</sup> אך

צרכני הזנות, להוציא צריכת שירותי זנות קטינים, אינם מופללים.<sup>7</sup> בכל הנוגע לפרסומי תועבה, קיימת הבחנה בין פרסומי תועבה בהשתתפות בגירים ובין פרסומי תועבה ובהם דמויות של קטינים (קרי פרסומים פדופיליים). לגבי פרסומי תועבה בהשתתפות בגירים, רק הפועלים בצד ההיצע הופללו, ואילו צרכני הפרסומים הללו - התנהגותם אינה מקימה עבירה.<sup>8</sup> לעומת זאת, האינטרסים שבבסיס ההפלה של תעשיית הפרסומים הפדופיליים מובילים לצורך בהפלת הצרכנים ולא רק בהפלת הפועלים בצד ההיצע. קודם לתיקון מס’ 118 לחוק העונשין הופללו, בצד הצרכנים, מחזיקי התכנים הפדופיליים בלבד.<sup>9</sup> הפללת המחזיק אינה הפלה ישירה של הצרכן, זאת כיוון שה”מחזיק” נחלק לשניים: מחזיק לצריכה עצמית ומחזיק שלא לצריכה עצמית. עתה, תיקון מס’ 118 מגלם את ההכרה בכך, שצרכני התכנים הפדופיליים ראויים להפלה, במנותק משאלת ההחזקה של התכנים, ובכך הוא קולע במישרין לסוגיית ההפלה של הצרכנים, מתוך הכרה בחשיבותה. מה הן התכליות המצדיקות הפלה של צרכני התכנים הפדופיליים? אמנה להלן ארבע תכליות:

1. הגנה על קטינים המנוצלים מינית לצורך תעשיית הפרסומים

7 ראו: הצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התשס”ח-2008, 3992/17/פ. הצעה בנוסח דומה הונחה על שולחן הכנסת ה-18. ראו: הצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התש”ע-2010, 2580/18/פ. הצעה זזה הוגשה מחדש על שולחן הכנסת ה-19, הצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התשע”ג-2013, 893/19/פ. להפלת לקוחות של זנות קטינים בד”ן הקיים, ראו: ס’ 214ג לחוק העונשין.

8 ראו: ס’ 214(א) לחוק העונשין.  
9 ראו: ס’ 214(ב3) לחוק העונשין.

5 ראו, עויד: Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 Berkeley Tech. L.J. 1145, (2000) 1159.

6 ראו: ס’ 7(א) ביחד עם ס’ 7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל”ג-1973.

**”האיסור על צריכת תכנים פדופיליים הוא חלק מקבוצה של איסורים, הבאים להתמודד עם התנהגויות, שבהן יש שני צדדים המעורבים בעסקת העבירה: מצד אחד ניצבים הגורמים המספקים את ההיצע, ומצד שני ניצבים הצרכנים המייצרים את הביקוש. כאלה הן עבירות הסמים, הזנות, ההימורים, ההגרות והמשחקים האסורים, עבירת פרסומי התועבה, עבירות המסחר בנשק, המסחר ברכוש גנוב ועוד. ביחס לכל העבירות האלה, הפועלים בצד ההיצע מופללים תמיד, ואילו הפועלים בצד הביקוש אינם מופללים תמיד.**

**האינטרסים שבבסיס ההפללה של תעשיית הפרסומים הפדופיליים מובילים לצורך בהפלת הצרכנים ולא רק בהפלת הפועלים בצד ההיצע.**

**תיקון מס' 118 מגלם את ההכרה בכך, שצרכני התכנים הפדופיליים ראויים להפלה, במנותק משאלת ההחזקה של התכנים, ובכך הוא קולע במישרין לסוגיית ההפלה של הצרכנים, מתוך הכרה בחשיבותה”**

לתקוף מינית קטינים.<sup>13</sup> עם זאת, בכל הנוגע לטיעון בדבר שימוש בתכנים כאמצעי לשכנוע ועידוד קטין לקיים עמו מגע מיני (על-ידי יצירת לגיטימציה, כביכול, לקיום יחסי מין בין בגיר לבין קטין), נראה כי הטענה מקובלת וזוכה לקונצנזוס רחב יותר.

3. הגנה על כבודם ומעמדם של קטינים כקבוצה בחברה. על-פי טיעון זה, החפצת הקטינים במסגרת המיצג המתועב מטמיעה בקרב קהל הצרכנים יחס משפיל ומבזה כלפי ציבור הקטינים בכללותו.
4. הגנה על פרטיותם של הקטינים המשתתפים במיצג המתועב. על-פי

הפדופיליים.<sup>10</sup> על-פי טעם זה, האיסור על צריכת תכנים פדופיליים מגן באופן עקיף מפני הפגיעה הנגרמת לקטינים, שכן הצריכה היא שמעודדת את יצירתם של התכנים האמורים והפצתם, המגלמים עבירות מין חמורות המבוצעות בקטינים המופיעים במיצגים המתועבים.

2. הגנה על קטינים העתידים להיפגע מעבירות מין על-ידי צרכני התכנים הפדופיליים. אפשר לחלק טעם זה לטעמי משנה: **האחד**, שימוש בתכנים כאמצעי לשכנוע ועידוד קטין לקיים עמו מגע מיני (על-ידי יצירת לגיטימציה, כביכול, לקיום יחסי מין בין בגיר ובין קטין).<sup>11</sup> **השני**, שימוש בתכנים כאמצעי של הפדופיל לגירוי ולעידוד עצמי בטרם יתקוף מינית קטין.<sup>12</sup> גם כאן אפשר לחדד את הטעם האמור על-ידי הבחנה בין שני טיעונים: **האחד**, טיעון שלפיו צריכה, בוודאי צריכה אינטנסיבית, של תכנים פדופיליים עלולה לגרום להפגמת רצון לנצל קטינים באופן מיני ולהפיכת אדם נורמטיבי לפדופיל אקטיבי. **השני**, טיעון שלפיו צריכה של תכנים פדופיליים תשמש פדופיל פעיל כאמצעי לעידוד עצמי בטרם ביצוע עבירות מין בפועל בקטינים. בכל הנוגע לטיעון בדבר שימוש בתכנים כאמצעי של הפדופיל לגירוי ולעידוד עצמי בטרם יתקוף מינית קטין קיימת מחלוקת ברמה האמפירית בדבר תקפות הטיעון, וכן קיימת טענת נגד, כי צריכת התכנים מהווה למעשה סובלימציה של החוויה המינית הפדופילית המלאה, ויש בה כדי לספק את יצריהם של פדופילים שאינם מעוניינים

10 תכלית זו מופיעה בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997, ה"ח 463, כן, ראו: רע"פ 3890/09 מור נ' מדינת ישראל, תק-על 209 (2) 1797 (2009); ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 מדינת ישראל נ' מיל, תק-של 06 (4) 27461, 27464 (2006). ראו גם ס' 34 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (Convention on the Rights of Children, 1989), שנחתמה ואושררה על-ידי מדינת ישראל.

11 ניתן למצוא עיגון פסיקטי לתכלית זו בפרשת Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990), שם נדרש בית המשפט העליון של ארצות-הברית לשאלת חוקתיותו של איסור על החזקת חומרים פדופיליים, שנקבע במדינת אוהיו. נפסק שם כי - "evidence suggests that pedophiles use child pornography to seduce other children into sexual activity". הדברים אמנם נכתבו ביחס לעבירה של החזקת חומרים פדופיליים, אך נוסחם יפה גם לענייננו בעבירת הצריכה; ראו, גם: עניין מיל, שם.

12 טעם זה מופיע בפרשת (2001) 2 S.C.C. R v. Sharpe, שם פסק בית-המשפט העליון של קנדה - "Laws against publication and distribution of child pornography cannot catch the private viewing of child pornography, yet private viewing may induce attitudes and arousals that increase the risk of offence".

13 ראו, למשל: אסף הרדוף "החזקת פורנוגרפיית ילדים אלקטרונית - האם ניתן להרשיע, והאם ראוי, או: היכן מעדיפה החברה את הפדופילים שלה?" **הסניגור** 149-150, 4, 8-9 (2009); לפירוט סוגים שונים של צרכני תכנים פדופיליים ברשת, המונעים ממוטיבציות שונות, ראו: Tony Krone, *Combating online child pornography in Australia*, in VIEWING CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET: UNDERSTANDING THE OFFENCE, MANAGING THE OFFENDER, HELPING THE VICTIMS 17 (Ethel Quayle & Max Taylor ed., 2005).

טיעון זה, המיצג הפדופילי משעתק את הפגיעה הקשה בקטין, בעת שבוצע בו האקט המיני, על-ידי תיעוד והפצה של דבר עבירת המין שבוצעה בו.

לצד הטיעונים הערכיים התומכים בהפללה של צרכני התכנים הפדופיליים, מן הראוי לציין את אחד הטעמים, אשר מקובל לקשור אותם בהפללה של צרכני תכנים פדופיליים ולשלול אותו. כוונתי לטיעון, שלפיו צרכני התכנים הפדופיליים עלולים להפוך כתוצאה מצריכת התכנים לפדופילים פעילים, אף אם קודם לכן לא היו כאלה.

### הפגת החשש מהכללת יתר של התנהגויות מותרות

בקביעת האיסור החדש במסגרת תיקון מס' 118 לחוק העונשין נקבעו שני גדרים לאיסור, שנועדו למנוע הכללת יתר ו"לכידה" ברשת הפלילית של התנהגויות שאינן ראויות להפללה: ראשית, הפעולה האסורה שנקבעה היא "צריכה" של תכנים פדופיליים ("המחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, או הצורך פרסום כאמור אף בלי להחזיק בו"), ולא רק "צפייה" בהם. המילה "צורך" מגלמת פעולה אקטיבית יותר מאשר "צופה", שכן ב"צופה" מגולמת התנהגות מחדלית יותר, שיכולה להתקיים כמעט באפס מעשה מצד החשוד, בלי תכנון מוקדם ובלי יוזמה. שנית, העבירה כוללת יסוד שלילי, שעל התביעה להוכיח, והוא, שהצריכה נעשתה שלא "באקראי או בתום לב". ודוק, אין לראות בתנאי של "באקראי או בתום לב" משום טענת הגנה, שעל הנאשם נטל הבאת הראיות להוכחתה,

**"בקביעת האיסור החדש במסגרת תיקון מס' 118 לחוק העונשין נקבעו שני גדרים לאיסור, שנועדו למנוע הכללת יתר ו'לכידה' ברשת הפלילית של התנהגויות שאינן ראויות להפללה: ראשית, הפעולה האסורה שנקבעה היא 'צריכה' של תכנים פדופיליים ולא רק 'צפייה' בהם. המילה 'צורך' מגלמת פעולה אקטיבית יותר מאשר 'צופה', שכן ב'צופה' מגולמת התנהגות מחדלית יותר, שיכולה להתקיים כמעט באפס מעשה מצד החשוד, בלי תכנון מוקדם ובלי יוזמה. שנית, העבירה כוללת יסוד שלילי, שעל התביעה להוכיח, והוא, שהצריכה נעשתה שלא 'באקראי או בתום לב'"**

אלא מדובר ביסוד שעל התביעה להוכיח במסגרת האישום. כדי להמחיש את הדברים אביא טענה אפשרית של החשוד, הנשמעת לעתים בתיקים מסוג זה, כי הלה ביקש לצפות בתוכן פורנוגרפי לגיטימי, כאשר בטעות ובתום לב הגיע אל תוכן פדופילי. על התביעה לשלול, ראייתית, טענה פוטנציאלית זו, ואת זאת אפשר להשיג, למשל, באופנים הבאים (רשימה לא ממצה): ראשית, על-ידי שחזור מילות החיפוש שהקליד החשוד בטרם צרך את התכנים הפדופיליים, המעידות על כך שהתכוון לאתר תכנים פדופיליים ולא תכנים פורנוגרפיים רגילים. שנית, על-ידי איתור כמות התכנים הפדופיליים שנצרכה, כאשר כמות גדולה של תכנים שכאלה עשויה לשלול מקריות או תום לב.

### על שיקולי העמדה לדין וענישה בעבירת הצריכה של תכנים פדופיליים

בכל הנוגע לעבירת הצריכה של תכנים פדופיליים, מן הראוי לשקול - נוסף על השיקולים הכלליים בנוגע למכלול נסיבות העניין המצדיקות העמדה לדין - גם את השיקולים הייחודיים הבאים: (א) כמות התכנים הפדופיליים שנצרכו; (ב) תדירות הצריכה של התכנים הפדופיליים; (ג) סוג התכנים הפדופיליים שנצרכו - אפשר לסמן מדרג של חומרה מבחינת טיב התכנים הפדופיליים (עירום חלקי, עירום מלא, אקט מיני עצמי, אקט מיני עם בגיר, וכך הלאה). ככל שהתוכן הפדופילי "קשה" ופוגעני יותר, כן גובר האינטרס הציבורי בהעמדה לדין; (ד) מידת הקרבה לתנאים של אקראיות ותום לב, גם אם נסיבות המקרה אינן נכנסות במלואן לגדרי המונחים "אקראי" ו"בתום לב". ככל שנסיבות המקרה מתקרבות לתנאים הללו, אך אינן חוצות את סף הכניסה אליהם, כך יש לשקול ביתר שאת האם ראוי להגיש כתב אישום נגד החשוד; (ה) גיל הקטינים המופיעים בחומר המתועב - העבירה הפלילית מתייחסת לפרסום תועבה ובו דמותו של "קטין", כאשר ההגדרה הכללית של "קטין" חלה על כל גיל למן הלידה ועד גיל 18. ככל שגיל הקטין המופיע במיצג המתועב נחזה כקרוב יותר לגיל 18, כך הפרסום המיני יתקרב במהותו לפרסום פורנוגרפי רגיל, אשר אינו אסור בפרסום או בהחזקה. מנגד, ככל שגיל הקטין המופיע במיצג המתועב צעיר יותר, כך אפשר לראות מימד מוגבר של חומרה בהחזקה או בפרסום של התכנים הפדופיליים. עוד בהקשר של העמדה לדין בגין העבירה החדשה, מן הראוי להבהיר את היחס בינה ובין העבירה של החזקת התכנים הפדופיליים. העבירה

מין, הערכת המסוכנות לא תתייחס לסיכון להישנות עבירה של החזקה או צריכה של תכנים פדופיליים, אלא לביצוען של עבירות מין אחרות. זאת מתוך ההכרה, כי אין לראות באופן מיידי כל צרכן של תכנים פדופיליים כפדופיל אקטיבי, אלא יש לראות בתופעת הצריכה של תכנים פדופיליים משום אינדיקטור לגבי הפוטנציאל לתקיפה מינית של קטינים. מכאן הצורך בהערכת מסוכנות מינית, אך זו תתמקד בפוטנציאל הפגיעה הממשית בקטינים בלבד.

על בסיס הערכת המסוכנות המינית, נכון לגבש את עמדתה העונשית של המדינה על יסוד כלל הנסיבות הרלוונטיות ובשים לב, בין היתר, לנתונים אלה: מניעי הנאשם לביצוע העבירה, ככל שהם ידועים; מידת התמכרותו לתכנים פדופיליים (על-סמך הערכות שירות המבחן ועל-סמך ממצאי הכרעת הדין בדבר כמות התכנים הפדופיליים שצרך הנאשם ותדירות הצריכה); האפשרות לקיומה של סטייה מינית פדופילית (בכפוף למגבלות יכולת האבחון של שירות המבחן בעניין זה); ומידת הפנמתו את חומרת העבירה.

### סיכום - מה מלמדנו מקרה המבחן של תיקון מס' 118 לחוק העונשין?

מרחב הסייבר גדל ומתפתח, וקצב ההשתנות שלו אף הוא גובר. המשפט מנסה למשול במרחב על-ידי החלת הדין הקיים על הסיטואציות המקוונות. יכולת המתיחה של לשון החוק, בוודאי כשעסקינן במשפט פלילי, מוגבלת. על כן נדרש לזהות את ה"אתרים" שבהם נוצר פער בין הדין הקיים ובין ההתנהגויות שאותן ראוי שהדין הפלילי יפליל, ואשר הדין כיוון להפלילן בתצורתן הלא-מקוונת. בתהליך ההמרה של האיסור מהתצורה הפיזית לתצורה המקוונת תתחייב עלייה מסוימת ברמת ההפשטה, אל ליבת הערכים המוגנים שבבסיס האיסור הפלילי הנדון, והתהליך יוביל להשחזת הערכים המוגנים וחיידודם כתנאי לניסוח האיסור העדכני יותר. דומה שתהליך זה התבצע במסגרת תיקון מס' 118 לחוק העונשין. הצורך באיסור נבע משינוי טכנולוגי, שהוביל לזניחת פעולת ה"החזקה" ומעבר, תחתיה, לפעולה של "צפייה" ישירה. שינוי זה חייב התמודדות ישירה עם השאלה, האם נכון וראוי להפליל את צופי התכנים הפדופיליים על עצם הצפייה, והוביל לתוצאה, שפעולת הצריכה היא הפעולה שראוי להפלילה, כחלק מן המאבק למיגור תופעת הפדופיליה המקוונת.

**"מרחב הסייבר גדל ומתפתח, וקצב ההשתנות שלו אף הוא גובר. המשפט מנסה למשול במרחב על-ידי החלת הדין הקיים על הסיטואציות המקוונות. יכולת המתיחה של לשון החוק, בוודאי כשעסקינן במשפט פלילי, מוגבלת. על כן נדרש לזהות את ה'אתרים' שבהם נוצר פער בין הדין הקיים ובין ההתנהגויות שאותן ראוי שהדין הפלילי יפליל, ואשר הדין כיוון להפלילן בתצורתן הלא-מקוונת. בתהליך ההמרה של האיסור מהתצורה הפיזית לתצורה המקוונת תתחייב עלייה מסוימת ברמת ההפשטה, אל ליבת הערכים המוגנים שבבסיס האיסור הפלילי הנדון, והתהליך יוביל להשחזת הערכים המוגנים וחיידודם כתנאי לניסוח האיסור העדכני יותר. דומה שתהליך זה התבצע במסגרת תיקון מס' 118 לחוק העונשין"**

של החזקת תכנים פדופיליים תיכלל בכתב האישום, כשהיא לעצמה, בנסיבות שבהן תוכח החזקת הקבצים הפדופיליים שלא באקראי או בתום לב, ולא תוכח הצפייה בקבצים בפועל. העבירה של צריכת התכנים הפדופיליים תיכלל בכתב האישום, כשהיא לעצמה, בנסיבות שבהן תוכח הצריכה של התכנים שלא באקראי או בתום לב, אך לא יימצאו הקבצים הפדופיליים במחשב ולא תהיה ראייה מספקת אחרת לכך שהקבצים הוחזקו בפועל במחשב על-ידי הנאשם. ייתכן, כמובן, גם מצב של העמדה לדין הן בגין החזקת התכנים הפדופיליים והן בגין צריכתם, וזאת כאשר תוכח גם ההחזקה בפועל וגם הצריכה בפועל, שניהם שלא באקראי או בתום לב. מכאן, שחרף הקרבה בין שני האיסורים, המשרתים ערכים דומים, ניתן להעמיד לדין בגין עבירה על שניהם בנסיבות המתאימות.

אשר לענישת הנאשמים בעבירות של צריכת התכנים הפדופיליים, יש לזכור, כי על בית המשפט לקבל הערכת מסוכנות מינית עובר לשלב הטיעונים לעונש. זאת, לנוכח העובדה, שעבירות אלה נכללות בגדר "עבירת מין" כהגדרתה לאחר תיקון מס' 2 (משנת 2011) לחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006. יש לשים לב לכך, שעל-פי הגדרת "הערכת מסוכנות" בסעיף 1 לחוק הגנה על הציבור מפני עברייני