

חוק המחשבים ודואר זבל – טיפול מקומי בתופעה גלובלית

מאת

ד"ר יובל קרניאל*

התופעה של הודעות המופצות באופן המוני באמצעות רשתות התקשורת השונות, ובעיקר באמצעות דואר אלקטרוני, מלווה את רשת האינטרנט מאז לידתה.

ישראל, מדינה קטנה של כ-7 מיליון תושבים וכ-3 מיליון משתמשי אינטרנט, הפכה גם היא כר לפעולתם של מפיצי דואר זבל. הנושא הפך בחודשים האחרונים לאחד הנושאים המשפטיים והציבוריים החמים ביותר בישראל, כאשר בעת ובעונה אחת עלו שתי הצעות שונות לחקיקה מיוחדת, שמטרתן להלחם בתופעה. הצעה אחת מאמצת את המודל האירופי, הצעה אחרת הולכת בעקבות המודל האמריקני. כמו כן, הוגשה לאחרונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב תביעת ענק במושגים ישראליים של חברת מיקרוסופט העולמית נגד מפיץ דואר זבל מקומי. תביעה זו שמה את ישראל על המפה הבינלאומית של התופעה, ומעוררת באופן מעשי וקונקרטי את הדילמה העיקרית הנוגעת לדואר הזבל. ישראל נמצאת בצומת דרכים, אך דומה כי אין בידה אפשרות אחרת אלא להצטרף למגמות העולמיות המקובלות.

השאלה המעניינת את המשפטנים בישראל היא מהו המצב המשפטי הנוכחי. האם בית המשפט יקבע בדרך של פרשנות שיפוטית כי אסור להפיץ דואר זבל מסחרי, או שמא יימנע מפסיקה וישאיר את הזירה המשפטית לכנסת, שתיאלץ לבחור בין שתי הצעות החוק המונחות לפנייה? המאמר מציע את הפרשנות, לפיה החוק הנוכחי אוסר רק הפצה של דואר זבל בעל תוכן פלילי או דואר זבל הגורם נזק של ממש לציד, ואינו אוסר הפצה של דואר מסחרי לא מוזמן. מי שאינם משפטנים מתעניינים פחות בשאלה אם יהיה זה בית משפט, או שמא הכנסת, ומתמקדים בעיקר בשאלה אם יאומץ ההסדר האירופי או שמא ההסדר האמריקני. המאמר מציע את העמדה, שלפיה בנושא זה, כמו בנושאים דומים שמשמעותם גלובלית, רצוי היה לגבש הסדר בינלאומי אחיד, משותף לשני הגושים הגדולים, ולא להשאיר למדינות קטנות, כמו ישראל, את הבחירה.

* ד"ר יובל קרניאל הוא מרצה בכיר בבית הספר לחקשורת ובבית הספר למשפטים במסלול האקדמי, המכללה למנהל. מנהל אקדמי (משותף) של התכנית המשולבת למשפטים ותקשורת.

- א. **מבוא**
 ב. **דואר זבל – הגדרת המושג ומשמעותו במשפט הישראלי הקיים**
 ג. **שתי הצעות החוק והערכת יעילותן וסיכוייהן**
 ד. **מקרה מבחן: תביעת מיקרוסופט וכתב ההגנה של הספאמר הישראלי**
 ה. **דיון – פתרונות מקומיים לבעיה גלובלית**
 ו. **סיכום**

א. מבוא

חוק המחשבים, התשנ"ה-1995, מציין עשור לחקיקתו. זוהי הזדמנות ראויה להעריך את משמעותו ואת קוצר ידו, בנוגע לאחת התופעות המטרידות והחמורות ביותר של עידן תקשורת המחשבים המודרני. חוק המחשבים נועד להסדיר את התחום החדש של דיני מחשבים, אבל לא התיימר לכסות את כל הנושאים המחייבים הסדרה, אלא את הנושאים שנראו אז, לפני כעשור, כנושאים בוערים המחייבים טיפול דחוף. נושא דואר הזבל לא היה אז בראש סולם העדיפויות, אולם הפך מאז לאחד הנושאים המרכזיים והמשפיעים על תחום המחשבים בכלל, ועל תקשורת המחשבים בפרט בעולם כולו.¹ התופעה של הודעות המופצות באופן המוני באמצעות רשתות התקשורת השונות, ובעיקר באמצעות דואר אלקטרוני, מלווה את רשת האינטרנט מאז שהפכה לרשת המשרתת המונים.²

הערכות שונות גורסות, כי לפחות 65% מכלל תעבורת הדואר האלקטרוני בעולם היום יכולים להיחשב דואר זבל,³ והם בעצם הודעות פרסומת למוצרים או לשירותים שונים המופנים למשתמשי האינטרנט.

ישראל, מדינה קטנה של כ-7 מיליון תושבים וכ-3 מיליון משתמשי אינטרנט, הפכה גם היא כר לפעולתם של מפיצי דואר הזבל.⁴ הנושא הפך בשנה האחרונה לאחד

- 1 לתיאור עדכני של התופעה, היקפה וההתייחסות המשפטית אליה בארצות הברית וברחבי העולם ראו: E. Alongi "Has the U.S Canned Spam" 46 *Arizona. L. Rev.* (2004) 263.
- 2 את תחילת התופעה נוהגים לייחס לדואר שנשלח כבר בשנת 1978 ברשת ה-ArpaNet לכל המינויים בחוף המערבי של ארה"ב.
- 3 הנתון של 65% נלקח מנתוני חברת האבטחה סימנטק, כפי שפורסמו ב-YNET. סימנטק-ברייטמייל: שיעור הספאם עומד על 65% (מיום 10.8.04). <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2961195,00.html>. נתונים דומים מופיעים גם במאמרה של אלונגי **לעיל** הערה 1, בע' 263.
- 4 ההערכות הן שבישראל כ-55% מהודעות המייל הם בגדר דואר זבל, מתוך כך רק 5% בעברית. לסקירות עיתונאיות של המצב בישראל ראו ש' סמוכה "שמישהו יוריד את הזבל" **הארץ** 22.8.05; ע' אמין "השנה בה העולם קיבל את הסעיף" **גלובס** 10.1.05.

הנושאים המשפטיים והציבוריים החמים ביותר בישראל, כאשר בעת ובעונה אחת עלו שתי הצעות שונות לחקיקה מיוחדת שמטרתה להילחם בתופעה. כמו כן, הוגשה לאחרונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב תביעת ענק במושגים ישראליים של חברת מיקרוסופט העולמית נגד מפיץ דואר זבל מקומי. תביעה זו שמה את ישראל על המפה הבינלאומית של התופעה ומעוררת באופן מעשי וקונקרטי את הדילמה העיקרית הנוגעת לתופעת דואר הזבל. כוונתי לדילמה הנוגעת לאופי הגלובלי והבינלאומי של תופעת⁵ דואר הזבל, העומדת בניגוד לכלים המשפטיים המקומיים העוסקים בתופעה. הצעות החקיקה השונות בפרלמנט הישראלי והתביעה של חברת מיקרוסופט בבית משפט ישראלי מקומי הופכות את ישראל למקרה מבחן מרתק לבדיקת השאלות העיקריות המעסיקות את המשפטן בעידן האינטרנט, הנוגעות ליחס בין התופעה הגלובלית למשפט המקומי.

בחיבור זה אנסה להציג את המצב המשפטי בישראל בנושא דואר הזבל, לרבות תרומתו הצנועה של חוק המחשבים לנושא, ואת הליכי החקיקה וגיבוש המדיניות המתנהלים בכנסת ובבתי המשפט בישראל. השאלה העיקרית בה אני עוסק היא אם ניתן להתמודד עם התופעה הגלובלית של דואר זבל באינטרנט באמצעות חקיקה או משפט מקומיים, בעיקר, כאשר מדובר במדינה קטנה כמו מדינת ישראל.

ב. דואר זבל – הגדרת המושג ומשמעותו במשפט הישראלי הקיים

בישראל אין עדיין חקיקה מרכזית חדשה העוסקת בתופעה של דואר זבל. לכן, קשה עד מאוד לתאר נכונה את המצב המשפטי הנוגע לתופעה, הידועה כמורכבת וכקשה להגדרה. תופעת דואר הזבל מתייחסת הן לעניינים קשים וחמורים, כמו הודעות דואר מזויפות שהן חלק מתרמית וגניבה באמצעות האינטרנט, הפצה של וירוסים המשבשים את פעולת המחשב או מעבירים את השליטה בו לידיים זרות, והן לעניינים קלי ערך יותר כמו פרסום מסחרי או כל הודעה לא מוזמנת, לא רצויה, שאינה מועילה ואינה דרושה למקבל. החיבור של מעשים חמורים ופוגעניים עם מעשים קלי ערך, שהם בעיקרם מטריד או בזבוז זמן, מקשה על ההתייחסות הציבורית והמשפטית אל התופעה, וגורם לבלבול רב בציבור הרחב, גם אצל מקבלי ההחלטות ומעצבי הדינים. ההגדרה הרחבה המקובלת היום כוללת כל הודעת דואר שאינה מוזמנת ואינה רצויה למקבל. הגדרות צרות יותר תוחמות את התחום הפרסומי מסחרי בלבד.

5 על אופייה הבינלאומי של התופעה ועל ההסדרה בארצות הברית ובאירופה ראו: O. T. Ayodele "Regulating Unsolicited Commercial Electronic Mail in the U.S and the European Union: Challenges and Prospects" 7 *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* (2005) 113-166

חוק המחשבים מטפל, כידוע, במקרים החמורים יותר בלבד וכולל עבירות של הפצת נגיף מחשב,⁶ חדירה שלא כדין לחומר מחשב,⁷ העברת מידע כוזב⁸ ושיבוש או הפרעה למחשב.⁹ עבירות אלה מכסות רק מקרים חמורים וקיצוניים של הפצת דואר זבל. "דואר זבל" הוא מושג חמקמק וקשה להגדרה, הכולל תופעות מגוונות. בית משפט השלום בתל אביב, שעסק בנושא,¹⁰ הציג את ההגדרה הזו: "דואר אלקטרוני הנשלח שלא על בסיס תקשורת קודמת בין הצדדים, נשלח למטרות מסחריות ובדרך כלל לקבוצה גדולה של מכותבים". אחרים נוטים להגדיר את התופעה סביב הנוק או התועלת לנמען. לפי גישה זו, כל פנייה שגורמת נזק או שאינה מביאה תועלת ישירה לנמען, עשויה להיחשב כדואר זבל. השופט טננבוים התייחס אל תופעת דואר הזבל כ: "הודעות זבל" שאיש לא ביקש לקבלם והן מגיעות לציבור בעל כורחו".¹¹ במאמר זה אנו מאמצים הגדרה רחבה לתופעה וכוללים בה כל הודעה שאינה רצויה ושאינה מוזמנת על ידי הנמען. ברור, כי חקיקה מגבילה תיכונות להגדרות צרות ומדויקות יותר לתופעה.

מסקנת הבדיקה המקיפה של המשפט הישראלי בנושא זה מעלה, כי החקיקה הקיימת מתמודדת רק עם המקרים הקשים והחריפים של התופעה, ואין בדין הישראלי איסור גורף על משלוח הודעת דואר פרסומית, בלתי מוזמנת לצרכן.

1. דואר זבל לעומת דיוור ישיר

החוק הישראלי עוסק באופן מפורש ומסדיר את המעשים המהווים "דיוור ישיר". הדיוור הישיר מוגדר ומוסדר בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. החוק קובע כי העוסקים בדיוור ישיר חייבים לרשום את מאגר המידע המשמש אותם בפנקס מאגרי המידע (המתנהל במשרד המשפטים), וכי בפנייה לנמען, גם בדרך ממוחשבת, עליהם להזהות באופן מלא, לציין את מקור המידע, את העובדה שמדובר בפנייה בדיוור ישיר וכן להודיע לנמען על זכותו להימחק מהרשימה. לכאורה, זהו הסדר טוב שנועד לאפשר לכל אדם את מימוש הזכות להימחק מהמאגר. אולם, ההסדר לא נועד לטפל בתופעה החדשה יחסית של דואר זבל וקיים ספק רב אם ההגדרות הקיימות בחוק הגנת הפרטיות

6 סעיף 6 לחוק, וראו ת"פ 5467/03 **מדינת ישראל נ' אורן ואח'**.

7 סעיף 4 לחוק, וראו ת"פ 3813/99 **מדינת ישראל נ' רפאלי**; ת"פ (כ"ס) 1394/99 **מדינת ישראל נ' טננבאום ואח'**.

8 סעיף 3 לחוק.

9 סעיף 2 לחוק, וראו **לעיל פרשת רפאלי**.

10 ת"ק 6000/03 **אבן חן נ' סויסה** (ניתן ביום 15.9.03) דינים שלום, כרך כ"ד, 925. השופט נטל את ההגדרה מהספרות האמריקנית בנושא, ומפנה ל: D. E. Sorkin "Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail" 35 **U.S.F.L Rev.** (2001) 325.

11 ת"פ (י-ם) 3047/03 **מדינת ישראל נ' מורחי** (ניתן ביום 2.9.04).

מאפשרות להחיל את ההסדר החוקי הזה על מפיצי דואר הזבל. כך, למשל, ההגדרה של "דיוור ישיר" בחוק היא: "פנייה אישית לאדם, בהתבסס על השתייכותו לקבוצת אוכלוסין, שנקבעה על פי איפיון אחד או יותר של בני אדם ששמותיהם כלולים במאגר מידע".¹² הגדרה זו אינה מתאימה לחלק גדול מדואר הזבל. דואר זבל אינו בהכרח "פנייה אישית" ואינו מבוסס בדרך כלל על איפיון אחד או יותר, ולא על השתייכות לקבוצה. יתרה מזאת, במקרים רבים נשלח דואר הזבל על סמך רשימה של דואר אלקטרוני בלבד. רשימה כזו, בהיותה כתובת בלבד, אינה מהווה "מאגר מידע" לפי הגדרתו בחוק הגנת הפרטיות.¹³ אם אין מדובר במאגר מידע, אין חלות כאן כלל החובות הנזכרות לעיל. הסיכום של נושא זה הוא, שחלק ניכר מדואר הזבל המופץ באינטרנט אינו יכול להיחשב "דיוור ישיר" לפי חוק הגנת הפרטיות ולכן אינו מוסדר או מטופל על ידי ההסדר הנוכחי.

2. חוק הגנת הפרטיות – אסור להטריד ואסור להשתמש במידע שלא למטרה שלשמה נמסר

חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, הוא חוק חשוב ורחב היקף, שעדיין אינו מיושם באופן מלא בפרקטיקה ובפסיקה בישראל. החוק קובע הגדרה רחבה ביותר למושג "פגיעה בפרטיות", הגדרה העשויה לכלול, במקרים מסוימים, גם את השימוש בדואר זבל.

סעיף 2(1) לחוק קובע, כי "פגיעה בפרטיות" היא: "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרידה אחרת". איסוף דואר אלקטרוני של אדם ומשלוח דואר בלתי רצוי לאותו אדם, עלולים להוות סוג של מעקב והטרדה כלפי אותו אדם, באופן שיהווה פגיעה בפרטיות לפי סעיף זה.

לדעתי, גם כאן ניתן לעשות שימוש בסעיף זה רק במקרים נדירים וחמורים של הפצת דואר זבל אלקטרוני. הכוונה היא לאותם מקרים בהם שולח הדואר אוסף ביודעין כתובת דואר של אדם מסוים ושולח לו באופן קבוע הודעות לא רצויות. דומה, שגם פרשנות רחבה למושג "הטרדה אחרת" אינה יכולה ואינה צריכה לכלול, כל הודעת דואר לא רצויה שמגיעה לתיבת הדואר האלקטרוני שלנו.

סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות קובע, כי יש פגיעה בפרטיות גם במקרים בהם נעשה "שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם, שלא למטרה שלשמה נמסרה". יש הטוענים, כי השימוש בכתובת דואר אלקטרוני, כדי לשלוח דואר זבל, הוא סוג של שימוש כזה, שהרי אף אדם אינו מוסר מידע זה על מנת לקבל דואר בלתי רצוי. כאן עולה השאלה, האמנם כתובת דואר אלקטרוני יכולה להיחשב "ענייניו הפרטיים של

12 סעיף 17 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

13 סעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי אוסף הכולל רק שם, מען ודרכי התקשרות, אינו מהווה בהכרח מאגר מידע.

אדם", שהרי מדובר במידע טריוויאלי. בעבר נפסק בבית המשפט העליון¹⁴ כי גם מידע כזה, כמו כתובת ומספר טלפון, נחשב עניין פרטי, אך אין פסיקה ישירה הנוגעת לכתובת דואר אלקטרוני.

פסק הדין היחיד המוכר לי העוסק בדואר זבל בישראל, הוא פסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב.¹⁵ פסק דין זה הוא ערעור על החלטה של בית משפט השלום ביושבו כבית משפט לתביעות קטנות.¹⁶ במקרה זה קבע בית המשפט בערכאה ראשונה, כי קצירת כתובות דואר אלקטרוני מאתר אינטרנט ומפורום גולשים המתנהל באתר, מהווה פגיעה בפרטיות והסגת גבול. בערעור נהפכה ההחלטה על פיה. בית המשפט קבע, כי איסוף של כתובות דואר אלקטרוני, שמשמשי הפורומים פרסום מרצונם, ושליחת דואר אלקטרוני אליהם מטעם גורם חיצוני, אינה אסורה בנסיבות העניין. עם זאת, הדגיש בית המשפט כי החלטה זו נוגעת רק ליחסים בין בעל אתר האינטרנט לבין מי שעושה שימוש בכתובות הדואר, וכי: "אין בפסק הדין משום הבעת דעה באשר לחוקיות שליחתה, בפן הפלילי, של הודעת פרסומת בלתי רצויה (SPAM) באמצעות הדואר האלקטרוני".¹⁷ אמנם, בית המשפט משתדל שלא לתת משמעות רחבה לפסיקתו, אך לדעתי, לא ניתן שלא לקרוא בפסק הדין את הגישה המקלה, שאינה רואה את התופעה של דואר זבל, כשלעצמה, כתופעה חמורה.

3. חוק התקשורת – אסור לשלוח הודעות פקסימיליה בלי הסכמה מראש ואסור להטריד

חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, קובע הסדר מיוחד הנוגע למשלוח דבר פרסומת באמצעות מכשיר פקסימיליה. סעיף זה קובע במפורש, על בסיס המודל של הסכמה מראש (opt-in), איסור על משלוח הודעה בפקס ללא קבלת הסכמה מראש ובכתב של הנמען. הסעיף קובע, כי הודעה חד פעמית, ובה הצעה להסכים לקבלת דבר הפרסומת בפקס, לא תהווה עבירה. בבסיס חקיקה זו עמדה הטענה כי קבלת הודעה פרסומית ללא הסכמה במכשיר הפקס גורמת למקבל הוצאה כספית ובזבוז משאבים, בדמות הנייר, הדיו והזמן בו המכשיר מושבת ותפוס. הוראת חוק זו חלה באופן מפורש רק על משלוח באמצעות פקסימיליה וקשה מאוד להחיל אותה על דואר אלקטרוני שמאפייניו שונים.¹⁸

14 ע"א 439/88 מדינת ישראל נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808.

15 בר"ע (ת"א) 2542/03 סויסה נ' בן חיים (ניתן ביום 9.10.05) על ידי השופטת יהודית שטופמן.

16 ת"ק (ת"א) 6000/03 אבן חן נ' סויסה (ניתן ביום 15.9.03) (לא פורסם). על ידי השופט ד' ארנסט.

17 בר"ע (ת"א) 2542/03, בע' 20 לפסק הדין המודפס.

18 אמנם, יש הטוענים לדמיון בין פקסימיליה לבין דואר אלקטרוני, שהרי בשני המקרים עושה השולח שימוש, בין היתר, במשאבים של הנמען. אולם, לדעתי, ההבדלים בין שתי הטכנולוגיות עולים על הרמיון ולא ניתן להחיל את הסעיף העוסק בפקסימיליה על הודעת דואר אלקטרוני, שאינה מונעת

חוק התקשורת כולל גם סעיף כללי, סעיף 30, האוסר על שימוש במתקן בזק (טלקומוניקציה) באופן שיש בו כדי "לפגוע, להפחיד, להטרד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין". סעיף זה נועד לטפל בהטרדות טלפוניות באישון ליל. לפי הגדרות חוק התקשורת, עושה הדואר האלקטרוני שימוש במתקני בזק,¹⁹ ולכן סעיף 30 חל גם על דואר אלקטרוני. השאלה המשפטית, הפרשנית, שאין לה מענה מוסמך היא, אם ניתן לעשות שימוש בסעיף 30 על מנת לטפל בתופעה הרחבה של דואר זבל אלקטרוני; במילים אחרות, האם הודעת דואר אלקטרוני לא רצויה ולא מוזמנת מהווה הטרדה ופגיעה לצורך סעיף 30 לחוק התקשורת?

שאלה פרשנית זו טרם נדונה והוכרעה בבית המשפט העליון, אך נדונה באופן מקיף בבית המשפט המחוזי בתל אביב.²⁰ בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי, כי הכוונה בסעיף 30 היא לשימוש פיסי וטכני במתקן בזק, באופן שיש בו כדי לפגוע, ולא לתכנים העוברים במתקן. לפי גישה זו, סעיף 30 אינו עוסק כלל בתוכן ולא נועד להגביל את חופש הביטוי. לפי גישה זו, הודעה לא מוזמנת, יהיה תוכנה אשר יהיה, אינה יכולה להיות פגיעה והטרדה כאמור בסעיף 30. אולם, חשוב להבחין, כי גם לפי גישה פרשנית זו, המדגישה את חופש הביטוי, ייתכן כי דואר זבל אלקטרוני הגורם נזק טכני או פיסי למחשב, וכן דואר הנשלח במספר עותקים רב לאותו נמען, יכול שייחשב להפרה של סעיף 30. יש להדגיש, כי סעיף 30 קובע עבירה שדינה מאסר בן שלוש שנים, כלומר, מדובר בעבירה חמורה למדי. גם חומרה זו עשויה ללמד שסעיף 30 נועד לטפל בתופעות קשות, ולא דווקא בהטרדה הקלה יחסית הטמונה בדואר אלקטרוני שאינו רצוי.

4. חוק המחשבים – אסור לשבש או להפריע לשימוש במחשב

חוק המחשבים, התשנ"ה-1995, הוא כאמור, החוק הישראלי הקרוב ביותר לתחום הנדון. החוק חוקק בתחילתה של מהפכת האינטרנט ועוד לפני שתופעת דואר הזבל הפכה למשמעותית. החוק עוסק בהסדרת כמה עניינים שנראו אז, לפני כעשור, כחשובים ביותר, והוא נוגע בעיקר לעבירות ולעוולות מחשב חמורות, כמו הפצת וירוסים, חדירה שלא כדין למחשב, מידע כוזב וכן בתיקונים לדיני ראיות הנוגעים לפלט מחשב ולחיפוש ולתפיסה של חומר מחשב. בחוק אין נזכרת כלל התופעה של דואר זבל. עם זאת, ניתן להחיל את הוראות החוק על חלק מהמקרים החמורים של דואר זבל אלקטרוני.

קבלת הודעה אחרת באותו זמן, ואינה עושה שימוש מסיבי בנייר או בדיו של הנמען, שהם משאבים

יקרים ומתכלים. כלומר, הדיו והנייר יכולים להיגמר כך שהודעה חשובה יותר לא תגיע לנמען.

19 ראו הגדרות "מתקן בזק" בחוק התקשורת בסעיף 1 לחוק.

20 ע"פ (ת"א) 70868/00 מדינת ישראל נ' אלעד ברוך (ניתן ביום 27.5.02) פדאור (3)02 416 (2002).

סעיף 2 לחוק המחשבים קובע עבירה²¹ רחבה של מי שמשבשש שלא כדין את פעולתו התקינה של מחשב או מפריע לשימוש בו. ניתן לטעון כי העמסת יתר על המחשב, לרבות בדרך של משלוח הודעות דואר זבל רבות, או משלוח הודעות גדולות וכבדות במיוחד, מהווה הפרעה לשימוש במחשב. סעיף זה עוסק לכן רק במקרים נדירים וחמורים של דואר זבל, שיש בהם כדי להפריע ולשבשש את פעולתו התקינה של המחשב. הודעה רגילה, גם אם אין היא רצויה, אינה יכולה להיות עבירה לפי סעיף זה בפרט, ולפי חוק המחשבים בכלל.

5. סיכום הדין הישראלי הקיים

סיכום הסקירה התמציתית, שערכתי לעיל, מעלה כי הדין הישראלי אינו מטפל היום באופן ישיר בתופעה של דואר זבל. הדין הקיים אוסר על הפצת דואר זבל רק כאשר מדובר במקרים חמורים וקשים במיוחד. בין המקרים הקשים ניתן למנות: איסוף מכוון של כתובת דואר אלקטרוני של אדם מסוים כדי להטריד אותו, מקרים של דואר זבל הכולל וירוס מחשב או הונאות וכן מקרים בהם מדובר ב"הפצצה" של דואר זבל בכמות רבה מאותו מקור לאותו נמען, או בדואר זבל כבד במיוחד המשבשש את פעולת המחשב. רק במקרים אלה ניתן להשתמש בחקיקה הקיימת היום, האוסרת על פעולות חמורות אלה, בעיקר בחוק המחשבים. עם זאת, בשום מקום אין איסור מפורש על משלוח הודעת דואר אלקטרוני פרסומית ולא רצויה, גם כאשר היא נשלחת או מכוונת לאלפים או למיליונים של נמענים.

על רקע זה מתנהלים היום כמה תהליכים בעולם המשפט הישראלי שיש בהם סיכוי לשנות את המצב הקיים ולקבוע דין חדש בנושא. תהליך אחד מתבטא בהגשת כמה הצעות חוק בנושא דואר אלקטרוני. הצעות אלה מושפעות בעליל מהנעשה בתחום זה בארה"ב²² ובאירופה.²³ תהליך אחר נמצא בדיון בבית משפט. זוהי תביעת נזיקין שהגישה חברת מיקרוסופט העולמית נגד מפיץ דואר זבל ישראלי. בשני אלה אדון בפרקים הבאים.

21 סעיף 7 לאותו חוק קובע את העוולה האזרחית המקבילה כדלקמן: "הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב". גם הגדרה זו עשויה לחול על מקרים חמורים של דואר זבל כבד במיוחד המאט או עוצר את עבודת המחשב.

22 בארה"ב חוקק לאחרונה, ונכנס לתוקפו בתחילת שנת 2004, חוק מיוחד לטיפול בתופעה של דואר זבל אלקטרוני: CAN-SPAM Act, 2003, 47 U.S.C. 1037 (2003).

23 באירופה הגורם המשפיע ביותר הוא הדיקטיבה בנושא עיבוד מידע אישי והגנת הפרטיות, הכוללת התייחסות מפורטת ומפורשת גם לדואר זבל, ודורשת הסכמה מראש של הנמען: Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications sec. 13(3).

ג. שתי הצעות החוק והערכת יעילותן וסיכוייהן

בשנתיים האחרונות הוגשו בכנסת ישראל שתי הצעות חוק²⁴ בנושא דואר זבל. הצעות אלה מבטאות את הגישות השונות המקובלות היום בעולם לטיפול בנושא.

1. הצעה לתיקון חוק הגנת הפרטיות

ביולי 2004, הגיש חבר הכנסת רומן ברונפמן הצעת חוק שהוכנה יחד עם המועצה הישראלית לצרכנות²⁵. הצעת חוק זו מבוססת בעיקרה על המודל האמריקני הנהוג לגבי טלמרקטינג. לפי ההצעה, מותר לשלוח דואר אלקטרוני לכל אדם, אלא אם כן אותו אדם הודיע שאינו מעוניין לקבל דואר אלקטרוני בלתי מוזמן (מודל זה מכונה: Opt-Out). המודל האמריקני המוצע כאן הולך בעקבות המגמה בארצות הברית, בעקבות החקיקה הפדרלית שנכנסה לתוקף ב-1 בינואר 2004, ה-AN-SPAM ACT²⁶, ובעקבות הגישה המחמירה שנוקטים בתי משפט שונים בארצות הברית בניסיון להילחם בתופעה שהולכת וגדלה.²⁷

הצעת החוק קובעת איסור על פנייה בלתי מוזמנת של אדם לאדם אחר, אם הנמען ביקש שלא לקבל פניות כאלה ונרשם בפנקס. הצעת החוק קובעת, כי פנייה כזו מהווה פגיעה בפרטיות. אדם המבקש שלא לקבל פניות כאלה צריך להירשם מראש בפנקס למניעת פניות בלתי מוזמנות שינוהל על ידי רשם מאגרי המידע, שהוא פקיד במשרד המשפטים. אדם שאינו טורח להודיע לרשם מאגרי המידע על רצונו, ולכן אינו רשום בפנקס, אינו מוגן כלל וניתן לפנות אליו בפנייה בלתי מוזמנת ללא הגבלה. מודל זה נועד, לדברי מציעו, להגן על חופש העיסוק ועל חופש הביטוי של הפונים והמפרסמים, ולכן יש בו איזון בין הזכויות שלהם לשלוח הודעות, לבין זכותו של הפרט לבחור אם לקבל או לא לקבל פניות בלתי מוזמנות.

הצעת החוק מגדירה באופן רחב מהי "פנייה בלתי מוזמנת" הכוללת גם הודעות טלפון, פקס, דואר אלקטרוני ותקשורת אינטראקטיבית, אך קובעת שני חריגים חשובים. חריגים אלה קובעים מקרים שלא ייחשבו בגדר דואר זבל, ואלה הם: (1) כאשר הנמען

24 הצעה שלישית שלא הגיעה לכנסת היא הצעה מוקדמת של המועצה הישראלית לצרכנות, הצעה לתיקון חוק הגנת הפרטיות (מניעת פניות בלתי מוזמנות), התשס"ג-2003. הצעת החוק של ח"כ ברונפמן מבוססת במידה רבה על הצעה זו.

25 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – מניעת פניות בלתי מוזמנות), התשס"ד-2004, פ/2757.

26 15 U.S.C, 7701-7713 (2004).

see: Comment "Is Spam the Rock of Sisyphus? Whether the Can Spam Act and Its Global Counterparts Will Delete Your E-mail" 32 **Pepp. L.Rev.** (2005) 1021.

27 בתי משפט בארה"ב החלו להתייחס בחומרה רבה לתופעה עוד לפני חקיקת החוק הפדרלי, וזאת בעילות משפטיות שונות. לפירוט והרחבה ראו **שם**, בע' 1029 ואילך. ולדוגמא ראו פסיקת פיצויים של 16,409,630 דולר ב: **Earthlink Inc v. Carmack** (2003) U.S. Dist Lexis 9963.

ביקש את המידע מהעסק, או שהוא זכאי לקבלו מכוח חוק או חוזה, באופן מפורש (2) כאשר הפנייה אינה פרסומת שמטרתה מסירת מוצר או שירות.

בהצעת החוק הזו ניתן לאתר כמה בעיות וקשיים,²⁸ חלקם נוגעים לניסוח וחלקם מהותיים. כך, למשל, החריג השני, המתיר פנייה שאינה פרסומת, יכול להכשיר ולעודד דואר זבל מסוגים אחרים, העלולים להטריד לא פחות, כגון: תעמולה פוליטית, בקשות לעזרה ולתרומה, מיסיונריות דתית וכו'. כמו כן, אין בהצעה התייחסות מפורשת הכוללת באיסור גם את מי ששולח באופן טכני את ההודעה, למשל – קבלן משנה או חברת הפצה של דואר זבל (שיכולים להיות מפיצים זרים מחוץ לארץ שהחוק אינו חל עליהם), וגם את מי שאחראי לתוכן וצפוי להפיק תועלת מהתגובות, כלומר המפרסם עצמו. אלה הם נושאים פשוטים יחסית שניתן לפתור אותם בשלב החקיקה. פגם נוסף טמון בכך שאין בהצעה איסור מפורש על זיוף או הסתרת מקור המסר. איסור כזה חשוב במיוחד כדי להילחם בתופעה של זיוף והסתרה שמקשה על איתור השולחים של דואר זבל, בעיקר – כאשר הם פועלים בעזרת שרתי מחשב מחוץ לארץ.

אולם, הבעיה העיקרית בהצעת החוק נוגעת לשאלת היסוד העקרונית, והיא, אם דואר זבל הוא אכן פגיעה בפרטיות. לכאורה, הצעת החוק נוקטת עמדה ברורה, שלפיה דואר זבל פוגע בפרטיות. הצעת החוק היא לתיקון חוק הגנת הפרטיות והיא קובעת באופן מפורש כי הפנייה הבלתי מוזמנת היא בגדר פגיעה בפרטיות. אולם, בדיקה של פרטי ההצעה מעלה כי ההצעה מבחינה בין סוגים שונים של דואר זבל, לפי תוכנם. פרסומת היא אסורה, אך פנייה אחרת, גם אם אין היא רצויה ואינה מוזמנת, אינה אסורה.²⁹ יתרה מזו, הצעת החוק מטילה את הנטל של התמודדות מפני הפגיעות על הנמען. דומה, שאם אכן מדובר בפגיעה בפרטיות, אין מקום להעביר את נטל ההתגוננות אל הנמען ויש לאסור כל פגיעה בפרטיות שאינה בהסכמה של הנמען.

מכל אלה עולה כי הצעת החוק, למרות שהיא נוקטת לשון של הגנת הפרטיות, אינה רואה בתופעת דואר הזבל פגיעה בפרטיות דווקא, אלא מטרד מסוג אחר הקשור בשימוש התקין במתקני הטלקומוניקציה שלנו. הצעת החוק נועדה להבטיח שהשימוש במתקנים שלנו ייעשה לפי הצרכים שלנו ולתועלת המשתמש. יש כאן הגנה על זכות הקניין של הפרט במכשירי התקשורת שלו, טלפון, פקס, ומחשב, וכן הגנה על יעילותם כאמצעי תקשורת נקיים ויעילים.

28 'דרוקמן ואח' דואר זבל – ההסדרה של דואר אלקטרוני לא רצוי (עורכים: נ' אלקין קורן ומ' בירנהק, 2004) 42.

29 ההבחנה נובעת כמוכח ממעמדו החזק של עקרון חופש הביטוי בארצות הברית המעוגן בתיקון הראשון לחוקה. על חופש הביטוי המסחרי, השונה מחופש הביטוי הפוליטי, ועל ההגבלות שניתן להטיל על דואר זבל לפי החוקה, ראו: *Cyber Promotions Inc. v. Am. Online, Inc.* 948 F. Supp. 436 (E.D.Pa. 1996).

2. הצעה לתיקון חוק התקשורת

באותה תקופה, ביוני 2004, הוכן גם תזכיר הצעת חוק מטעם הממשלה.³⁰ הצעת חוק זו נועדה לתקן את חוק התקשורת (בזק ושידורים), והיא נוקטת את המודל המקובל באיחוד האירופי, שלפיו אסור לשלוח הודעות זבל אלקטרוני לאדם אחר, אלא אם כן התקבלה מראש הסכמה של אותו אדם.³¹ מודל זה מוכר בשם Opt-In. הצעת החוק נוגעת לתיקון סעיף 30א לחוק התקשורת. לפי ההצעה, יורחב האיסור הקיים היום בסעיף 30א, העוסק במשלוח פרסומת בפקסימיליה, והוא יחול גם על טלמרקטינג באמצעות חיוג אוטומטי, דואר אלקטרוני והודעות מסר קצר (sms). הצעת החוק דורשת קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען. זאת, לאחר פנייה חד פעמית, המותרת לפי ההצעה, שבה ניתן להציע לנמען להסכים לקבל הודעות מטעם השולח. הצעת החוק כוללת חריג המאפשר לשלוח דבר פרסומת ללא הסכמה מפורשת במקרים בהם קיים קשר בין שולח ההודעה לנמען, וזאת, בתנאים מיוחדים המפורטים בהצעה שעיקרם: הנמען מסר את פרטיו לשולח, ניתנה לו הזדמנות להודיע שהוא מסרב לקבל הודעות, הוא לא סירב, הפרסומת מתייחסת למוצר או לשירות דומה למוצר או לשירות אותו רכש הנמען מהשולח, או לפחות ניהל איתו משא ומתן בקשר אליו. נוסף לכך, מרחיבה הצעת החוק של הממשלה וקובעת את התנאים ואת הדברים שיש לכלול בפרסומת הנשלחת באמצעים האוטומטיים הנזכרים, וזאת, גם כאשר ניתנה לכך הסכמת הנמען. כן קובעת ההצעה כי בכל פרסומת הנשלחת בדואר אלקטרוני יש לציין שמדובר בפרסומת, לפרט את זהותו של משגר ההודעה וכתובתו, ולמסור כתובת אלקטרונית תקפה שאליה רשאי הנמען לשלוח הודעת סירוב לקבלת הודעות נוספות. הצעת החוק של הממשלה משלבת את העוולה והעבירה של שיגור דואר זבל בלי הסכמה בחוק התקשורת, אך גם קובעת, כי המעשה מהווה "הטרדה" לפי סעיף 1(2) לחוק הגנת הפרטיות. בכך היא נוקטת עמדה דומה להצעה האחרת, ורואה במעשים של הפצת דואר זבל פגיעה בפרטיות.³² גם כאן, למרות ההפניה לחוק הגנת הפרטיות והשימוש במושגים של פגיעה בפרטיות, הדגש של הצעת החוק הוא על ההטרדה של הנמענים ולא על הפרה ישירה של פרטיותם. אמנם, היקפו של האיסור במודל זה הוא רחב יותר ותואם את הגישה המקובלת של הגנה על הפרטיות (כלומר, הכל אסור, אלא

30 תזכיר חוק לתיקון חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מספר 31), התשס"ד-2004. התזכיר אושר במאי 2005 בוועדת שרים לחקיקה.

31 המודל האירופי מבוסס ונשען על הדיקטיבה האירופית בנושא פרטיות ותקשורת אלקטרונית משנת 2002/2002: Council Directive on Privacy and Electronic Communications 2002/58/EC. בעקבות הדיקטיבה חוקקו מדינות רבות באיחוד חקיקה מתאימה. בין המדינות שחוקקו לפי הוראות האיחוד: אוסטריה, דנמרק, פינלנד, גרמניה, יוון ואיטליה. מדינות אחרות באירופה בחרו במודל האמריקני דווקא, ביניהן: בלגיה וספרד.

32 להוראה זו יש גם היבט מעשי חשוב הואיל ולפי חוק הגנת הפרטיות ניתן לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק.

אם כן יש הסכמה של הפרט). אך גם כאן, יש הבנה שמותר לפנות לאדם בהצעות מסחריות בדרכי תקשורת מגוונים, והאיסור חל רק על הטורדה חוזרת במקרים בהם אין בין הצדדים התקשרות קודמת. תנאים אלה מעידים שגם כאן הדגש הוא על ההטרדה ועל כמות הפניות, ולא על עצם הפנייה הלא מוזמנת.

אמנם, אין בהצעת החוק של הממשלה התייחסות מפורשת לבעיה של דואר זבל הנשלח מחוץ לתחום השיפוט של ישראל, אבל ההגדרה הרחבה של הביטוי "משגר" כוללת גם מקרים בהם מי ששלח בפועל את ההודעה נמצא בחו"ל, שעה שתוכנו של הפרסום מפרסם ומקדם את עניינו של עסק בישראל. במקרים אלה תחול אחריות על העסק הנמצא בישראל, אלא אם כן הוא הוכיח כי ההודעה נשלחה שלא בידיעתו והוא נקט אמצעים סבירים כדי למנוע את שיגורה.

שתי הצעות החוק אינן יכולות לפתור את הנושא של דואר זבל הנשלח מארצות אחרות אל נמענים בישראל ומתייחס לעסקים בחו"ל. לפיכך, אין בהן פתרון של ממש לחלק ניכר מהבעיה שמעיקה על המשתמשים בישראל. הצעות החוק נותנות פתרון חלקי, או לפחות ניסיון להתמודדות, עם התופעה של דואר זבל הנשלח מישראל. בעיקר יש כאן סיכוי להתמודד עם דואר זבל שנשלח בעברית על ידי גורמים מוכרים המבקשים לשמור על לגיטימיות ופעולה במסגרת החוק. התמודדות זו עשויה להפחית את כמות דואר הזבל ממנה סובל הגולש הישראלי.³³ כמו כן, יש בכך כדי להפחית את כמות דואר הזבל היוצאת מישראל גם כאשר הוא מיועד לנמענים בארצות אחרות.³⁴ נראה, שזו המטרה המרכזית והצנועה של הצעות החקיקה הישראליות.³⁵

ד. מקרה מבחן: תביעת מיקרוסופט וכתב ההגנה של הספאמר הישראלי

דואר זבל הנשלח מישראל אל נמענים בארצות אחרות, וגם בישראל, הוא בדיוק הנושא של תביעת המיליונים שהגישה חברת מיקרוסופט בתחילת שנת 2005, נגד מר אמיר גנס וחברת ניו אפרוצ' העוסקים בפרסום באמצעות דואר אלקטרוני שאותו הם שולחים מישראל. התביעה בישראל היא חלק ממאבקה העולמי של מיקרוסופט בתופעת דואר הזבל. התביעה טוענת לנזקים של 5 דולר לכל הודעת דואר שנשלחת. החברה מעריכה,

33 אם כי קיימות הערכות של מומחים, לפיהן רוב המפיצים הישראלים של דואר הזבל יעברו במהירות לשרתים אחרים בעולם, והתופעה תישאר בערך באותו היקף.

34 גם כאן ההשפעה היא בעיקר על דואר זבל שנשלח על ידי עסקים ומפרסמים הפועלים באופן גלוי ובמסגרת החוק. אין בהוראות אלה כדי להשפיע על חלק ניכר מהתופעה של דואר זבל הנשלח על ידי גורמים עבריינים ובלתי מזהים.

35 לביקורת ספקנית דומה לגבי החקיקה בארצות הברית ויכולתה המוגבלת להשפיע על היקף התופעה, ראו לעיל אלונגי הערה 1, בע' 286-290.

כי גנס הפיץ לפחות 10 מיליון הודעות דואר זבל בקשר לשירותי Hotmail (אלה הם שירותי דואר אלקטרוני אותם מפעילה מיקרוסופט ברחבי העולם). מכאן הגיעה התביעה להערכת נזק בהיקף של 50 מיליון דולר.³⁶ חברת מיקרוסופט מפרטת בכתב התביעה המקיף שהגישה את הנזק הרב הנגרם לה ולמשתמשים בדואר אלקטרוני בשל תופעת דואר הזבל. להערכתה, הודעות דואר זבל מהוות 60%-80% מכלל תעבורת הדואר והן מעמיסות על ספקי התקשורת ועל המשתמשים. החברה טוענת, כי 0.78% (מקום 16 בעולם) מכלל דואר הזבל העולמי, מקורו בישראל.

לפי כתב התביעה של מיקרוסופט, התעשייה של הפצת דואר זבל, או ספאם, כפי שהיא מכונה בספרות, היא תעשייה מקצועית לחלוטין אך בלתי חוקית, וזאת, גם אם טרם נחקקו חוקים מיוחדים לטיפול בתופעה. כתב התביעה טוען לכן, כי הספאם מפר את סעיפים 29, 30, 31 לחוק התקשורת ואת סעיף 31 לחוק הגנת הפרטיות, שאותם הזכרנו לעיל, וכן הוראות חוק כלליות אחרות מחוק המחשבים, חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, הסגת גבול במיטלטלין, עוולת רשלנות, הפרת הסכם השירות של הוטמייל ואפילו חוק העונשין האוסר על קבלת דבר במרמה. כתב התביעה הרחב מזמין, למעשה, את בית המשפט הישראלי למצוא בעצמו את העיגון המשפטי המתאים על מנת לקבוע, בדרך של פרשנות שיפוטית, כי דואר זבל הוא בלתי חוקי בישראל, גם בהיעדר חקיקה מיוחדת.

נוסף להגשת התביעה המשפטית מנסה חברת מיקרוסופט לקדם בישראל את היוזמה הגלובלית שלה המכונה: "Spam in a Box". מטרתה של יוזמה זו היא ליצור מאגר מידע מרוכז של תלונות משתמשים מרחבי העולם, שיאפשר הגשת תביעות, למשל תביעות ייצוגיות, בשם הנפגעים. היוזמה נועדה לעודד את המשתמשים בישראל להגיש תביעות ייצוגיות במדינות שונות בעולם, וזאת, בין היתר, משום שעל פי נתונייה של מיקרוסופט כמחצית מדואר הזבל, הנשלח לישראלים, מקורו מחוץ לישראל.

בכתב הגנה חריף שהגישו הנתבעים הם טוענים כי חברת מיקרוסופט ושירותי ה-msn שלה, הם למעשה מתחרים עסקיים, הואיל והם בעצמם מפיצים דואר זבל למנויים שלהם. על כן, מטרתם היא להפחית את התחרות ולסלק מדרכם את המתחרים הקטנים במדינות הקטנות, על מנת לשמור על המונופול שלהם ביכולת גישה חופשית למשתמשים. מהבחינה המשפטית טוענים הנתבעים, כי אין בישראל חוק האוסר הפצה של דואר אלקטרוני מסחרי, וכי הם אינם מפיצים הודעות בלתי חוקיות, כמו וירוסים או הונאות, וגם לא הודעות העלולות לפגוע או לשבש את פעילות המחשב.

כתב ההגנה של מפיצי הדואר הישראליים הופך בהמשך לכתב תביעה, בו הם מאשימים את מיקרוסופט בשני מעשים חמורים ובלתי חוקיים. טענה ראשונה היא, כי פעולת מיקרוסופט נגד הודעות הדואר האלקטרוני המסחרי שהם מפיצים, היא פעולה

36 למרות זאת, הועמדה התביעה על סך של 2.5 מיליון \$ בלבד, לטענת התובעת, בגלל סיכויי הגבייה מהנתבעים.

בלתי חוקית הואיל והיא מהווה האזנת סתר אסורה,³⁷ וכך כי הסינון של ההודעות מהווה הפרה של סעיף 29 לחוק התקשורת האוסר על הפרעה, מניעה או עיכוב של מסר אלקטרוני בכל דרך שהיא. הטענה השנייה אותה הגיש אמיר גנס בתביעה נפרדת היא, כי ההשמצות והטענות של מיקרוסופט כלפיו, לרבות הטענה כי הוא עבריין הפועל בניגוד לחוק, מהוות לשון הרע נגדו. כתב תביעה הוגש על ידו בנושא זה נגד גב' שירלי שפיגלמן, העובדת כיועצת משפטית במיקרוסופט ישראל, ואשר התבטאה בכלי התקשורת נגד מעשיו של הספאמר הישראלי. בית המשפט טרם החל לדון בתביעות אלה.

ה. דיון – פתרונות מקומיים לבעיה גלובלית

התופעה של דואר זבל היא תופעה עולמית הנמצאת בעלייה חדה ומציבה אתגר בפני מפעילי תקשורת, עסקים ומשתמשים פרטיים. במאמר זה אנו עוסקים בדואר אלקטרוני לא מוזמן, שאינו כולל וירוסים או הונאות, ולכן אינו מהווה עבירה מוכרת אחרת לפי חוק העונשין או לפי חוק המחשבים. התופעה של דואר זבל מכבידה על תשתיות, מעמיסה עלויות מיותרות ויש בה כדי להטריד את המשתמש הפרטי ולגזול ממשאבי הזמן והמחשב שלו. הואיל ומדובר בתופעה עולמית³⁸ הכוללת באופן רגיל שימוש בתשתיות במקום אחד, כדי לשלוח דואר זבל למקומות רבים אחרים, דומה שקשה, ואולי לא ניתן כלל, לפתור לחלוטין את הבעיה באמצעות הדינים ומנגנוני האכיפה של המדינה. הנושא מחייב, והדבר מוסכם על רבים, שיתוף פעולה בינלאומי וגיבוש של אמנה בינלאומית שתחול על רוב רובן של מדינות העולם. מובן שפתרון זה אורך זמן רב, וגזול משאבים בינלאומיים ניכרים, ולכן פתרון הביניים של מדינות רבות הוא אימוצה של חקיקה מקומית.

כאשר מדינה קטנה, כמו ישראל, מתמודדת עם תופעה בינלאומית וגלובלית, כמו דואר זבל, ברור לכל כי אין ביכולתה לפתור, או אפילו להתמודד, באופן יעיל עם עיקר התופעה, שהיא חלק גדול, ולמעשה רוב רובו של דואר הזבל המופץ בישראל, מקורו בעולם הרחב. בעיה דומה ניצבת בפני מדינה קטנה כמו ישראל גם כאשר היא ניגשת להתמודד עם סוגיות ושאלות אחרות הנוגעות למשפט האינטרנט.³⁹ עם זאת, מדינה

37 לפי סעיפים 2 ו-3 לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979.

38 על היקפה של התופעה בעולם, ועל פרטי הפתרונות והדינים שאומצו בנושא באיחוד האירופי, באנגליה, ביפן, בדרום קוריאה, באוסטרליה, בקנדה, ובארה"ב, ראו בהרחבה אצל אלונגי, לעיל הערה 1, בע' 266-278.

39 הבעיה קיימת בנושאים אחרים הנוגעים למשפט האינטרנט, כגון: סמכויות השיפוט וכללי המשפט הבינ"ל הפרטי בסכסוכים הנובעים מהאינטרנט, תוקפם של חוזים אלקטרוניים, התייחסות

קטנה יכולה וצריכה להתמודד עם השאלה מהו מקומה בכפר הגלובלי. כך, למשל, היעדרה של חקיקה מקומית כלשהי, או היעדרה של אכיפה, יכול להפוך כל מדינה קטנה, וגם את ישראל, למקור להפצת דואר זבל, לעולם כולו.⁴⁰ על כן, מדינות קטנות רבות, וגם ישראל, נדרשות לגבש מדיניות המתחשבת לא רק בצרכים ובאינטרסים של אזרחי המדינה ותושביה, אלא גם במקומה של המדינה בקרב העמים וביחסיה עם אומות העולם.

ישראל נמצאת היום בדיוק בנקודה בה היא נדרשת לחבור למדינות רבות אחרות, ולומר את דברה, באשר למקומה בין המדינות המפותחות החברות ברשת האינטרנט הבינלאומית. על רקע זה אנו בוחנים את הצעות החוק השונות המונחות בפני הפרלמנט הישראלי. על רקע זה ניתן גם להבין את התביעה הגדולה של חברת מיקרוסופט העולמית. דומה, כי חברת מיקרוסופט, המייצגת אינטרסים של גורמים זרים לחברה הישראלית, מנסה להתערב במשפט הישראלי ולדחוף אותו למציאת פתרון לבעיה של דואר זבל היוצא מישראל ומפריע גם לה ולמשתמשיה בעולם כולו. את התביעה של מיקרוסופט ניתן לראות כהפעלת לחץ על מערכות המשפט והחקיקה בישראל להתגייס למאבק נגד התופעה של דואר זבל. חברת מיקרוסופט יודעת היטב כי בישראל אין עדיין חקיקה מיוחדת לנושא וכי לפי החוק הקיים אין איסור גורף על שליחת דואר פרסומי, כל עוד אין הוא כולל וירוסים, הונאות ואינו מהווה עבירה אחרת. התביעה מצד מיקרוסופט היא חלק ממאבקה העולמי של החברה בתופעה של דואר זבל, במהלכו השתתפה החברה ביותר מ-120 תביעות ברחבי העולם.⁴¹ המטרה היא, אם כן, לא רק תביעה משפטית, אלא שינוי המצב המשפטי, תוך גיוס המחוקק, או בתי המשפט, לפרשנות חדשה של חוקים קיימים, על מנת לשרת את האינטרסים של החברה הזרה. אך גם בלי תביעתה של החברה הזרה נדרשת מדינת ישראל לגבש את עמדתה ולבחור לעצמה את מקומה בכפר הגלובלי. הבחירה היא לא רק בין שתי הצעות חוק, המבטאות את הגישה האירופית מול הגישה האמריקנית, אלא גם, ואולי בעיקר, את

לויורוסים, הגנת הפרטיות ברשת וכד'. על חלק מהבעיות ופתרונן האפשרי ראו הוועדה לביקורת בעיות משפטיות הכרוכות בסחר אלקטרוני, משרד המשפטים, מאי 2004.

40 נתונים מעניינים על שינויים בהפצת דואר הזבל בעולם פורסמו לאחרונה על ידי חברת אבטחת התוכנה סופוס. <http://www.sophos.com/pressoffice/pressrel/us/dirtydozoct05.html>. לפי הנתונים שאספה החברה, החקיקה והפסיקה המחמירים בארצות הברית גרמו לירידה של ממש בחלקה של ארצות הברית בהפצת דואר הזבל. ארה"ב ירדה מ-41.5% מכלל הודעות הספאם ברשת בשנת 2004, ל-26.5% בלבד ב-2005. דווקא דרום קוריאה (19.7%) וסין (15.7%) הפכו למקורות החדשים והעיקריים. ראו "ארה"ב היא המדינה בעלת המספר הגבוה ביותר של שולחי הודעות זבל" (16.10.05) אתר דה-מרקר. <http://www.themarket.com/tmc/article.jhtm>.

41 כך, לפי ציטוטים של היועצת המשפטית של מיקרוסופט בישראל, המופעים בכתב ההגנה. ת"א (ת"א) 1262/05 מיקרוסופט חברה זרה נ' גנס, כתב הגנה מטעם הנתבעים, 13 במרס 2005.

הבחירה אם להיות שחקן עולמי חריג בנושא דואר הזבל, או ליישר קו עם המגמות העולמיות הקיימות.

יכול להיות שניתן לקיים מישראל עסקים גלובליים של משלוח דואר זבל לעולם כולו, ויכולה להיות בכך תרומה קטנה להשקעות בישראל ולעסקים בה, אך דומה שהנזקים הגלומים בגישה כזו עולים על היתרונות. הנזק הוא לא רק בחשיפה של אזרחי ישראל ותושביה למתקפות חריפות של דואר זבל, אלא גם, ואולי בעיקר, בתהליך בו מדינות ועסקים גלובליים יראו את מדינת ישראל כמי שהוציאה את עצמה מקהילת המדינות המפותחות, ויפעילו לחצים מסחריים ודיפלומטיים על מנת לשנות את מדיניותה של ישראל ולגרום לה לחוקק ולפעול נגד דואר הזבל. ניתן לראות בנושא זה דמיון רב לנושא הוותיק הרבה יותר של הגנה בינלאומית על קניין רוחני, פטנטים, סימני מסחר וזכויות יוצרים. בנושא הקניין הרוחני, התגבשו אמנות ומופעל במסגרתן כוח שאינו מבוטל על כל מדינות העולם להתיישר לפי החקיקה המקובלת בארה"ב ובאירופה.⁴² דומה כי גם בנושא דואר הזבל, אנו מצויים במסלול דומה. למדינת ישראל לא תהיה הרבה בחירה והיא תחוקק בקרוב חקיקה נגד דואר זבל.

בדרך כלל, ישראל מעדיפה ללכת בנושאים טכנולוגיים בעקבות החקיקה והפסיקה בארה"ב, אולם הפעם, דווקא הממשלה ומשרד המשפטים תומכים בהחלתו בישראל של המודל האירופי המחמיר. בית המשפט יעדיף כנראה להמתין לחקיקה של הכנסת, אך ייתכן שלא תהיה לו אפשרות אחרת והוא יאלץ להקדים את הכנסת ולקבוע בדרך של פרשנות משפטית את המצב המשפטי בישראל בנוגע לדואר זבל.

ו. סיכום

תופעת דואר הזבל היא תופעה עולמית הנמצאת בעלייה חדה ומשפיעה על השימוש בדואר אלקטרוני ובאינטרנט. היקף הבעיה הוא ניכר והאיל ולפחות 65% מכלל תעבורת הדואר הוא דואר זבל בלתי רצוי.

חוק המחשבים, שחוקק לפני כעשור, מתייחס רק למקרים הקיצוניים והחריפים בהם דואר הזבל נוגע גם להפצה של וירוסים, מידע כוזב, או גורם לשיבוש ולהפרעה בפעולתו התקינה של המחשב. עבירות ועוולות אלה, הקיימות בחוק הנוכחי, אינן נותנות מענה של ממש לבעיה המתרחבת של דואר מסחרי בלתי מוזמן ובלתי רצוי.

42 על האמנות הבינלאומיות בתחום זכויות היוצרים וכוחן ראו ט' גרינמן **זכויות יוצרים – מעידן הרפוס אל העידן הדיגיטלי** (2003) 15.

בין הדרכים למאבק בדואר הזבל יש מקום להסדר המשפטי ולאכיפה המשפטית, וזאת, לצד שיטות אחרות, טכנולוגיות, שעיקרן הסדרה פרטית,⁴³ סינון של הודעות הזבל, או אפילו שינוי הארכיטקטורה של הדואר האלקטרוני. בעולם הרחב מוכרים שני מודלים משפטיים של חקיקה. המודל האמריקני שנוקט מדיניות של Opt-Out, נועד לאפשר למשתמש יציאה מרשימת דיוור של השולח. המודל האירופי הנוקט במדיניות של Opt-In, דורש הסכמה מראש לקבלת הדואר האלקטרוני הפרסומי. בשנים האחרונות קיימת חקיקה בנושא דואר זבל במדינות רבות בארה"ב, באירופה ובעולם כולו. כמו כן מתנהלות בנושא תביעות משפטיות רבות ברחבי העולם. בעולם כולו מתקשים להתמודד עם התופעה המחייבת מציאת איזון עדין בין חופש העיסוק, חופש הביטוי והזכות לפרטיות.⁴⁴

גם בישראל הפכה התופעה של דואר זבל לבעיה של ממש. היקף הספאם גדל לממדים המקובלים בעולם, ומתברר כי ישראל מהווה מקור חשוב (מספר 16 בעולם)⁴⁵ להפצה של ספאם. היקף התופעה הביא גם את חברת מיקרוסופט העולמית להגיש תביעה גדולה בישראל נגד הספאמר המוביל. הניתוח שלנו מעלה, כי מטרתה של התביעה היא לשנות את המצב המשפטי בישראל ולצרף את מדינת ישראל למדינות הנלחמות, גם בכלים המשפטיים, בתופעת הספאם.

במקביל הוגשו לכנסת שתי הצעות חוק המבטאות את הגישות המרכזיות המקובלות בעולם לטיפול בתופעה. ייתכן שגם הצעות אלה נתמכות לא מעט על ידי גורמים זרים, כמו חברת מיקרוסופט.⁴⁶

ישראל נמצאת בצומת דרכים, אך דומה כי אין בידיה אפשרות אחרת, אלא להצטרף למגמות העולמיות המקובלות. בנושא זה, כמו בנושאים אחרים הקשורים לעידן המידע הגלובלי ולרשת האינטרנט, מדינה קטנה כמו ישראל אינה יכולה לאמץ מדיניות עצמאית השונה מהמגמות המובילות בעולם המפותח.

השאלה המעניינת את המשפטנים בישראל היא האם יקבע בית המשפט בדרך של פרשנות שיפוטית, כי אסור להפיץ דואר זבל מסחרי, או שמא יימנע מפסיקה וישאיר את הזירה המשפטית לכנסת, שתאלץ לבחור בין שתי הצעות החוק המונחות לפניה. מי

43 על "עקרונות ההסדרה הפרטית" של איגוד האינטרנט הישראלי ראו באתר האינטרנט שלהם: <http://www.isoc.org.il/hasdara/mavo.html>.

44 Oriola, לעיל הערה 5, הסקירה המקיפה של הדין הקיים בארצות הברית ובאירופה, פגמיו וחולשותיו, מביאים למסקנה שנדרש שיתוף פעולה בינלאומי, וכן נדרש שילוב של רגולציה בינלאומית אחידה ואימוץ טכנולוגיה מתאימה. בע' 165-166.

45 כך טוענת מיקרוסופט בכתב התביעה שהגישה נגד אמיר גנס (ת"א 1262/05).

46 על עוצמתה הפוליטית של החברה ושל העומד בראשה ניתן היה ללמוד לאחרונה בביקור שערך ביל גייטס בישראל בתאריך 26.10.05. בביקור שארך יממה אחת נפגש גייטס עם ראש הממשלה, שר האוצר, שרת החינוך, בכירי המשק, והתקבל כראש מעצמה עולמית. ראו גיליון דה-מרקר של עיתון "הארץ" מיום 26.10.05. מביקור זה ניתן ללמוד גם על חשיבותה של מדינת ישראל עבור החברה.

שאינם משפטנים מתעניינים פחות בשאלה אם יהיה זה בית משפט, או שמא הכנסת, ומתמקדים בעיקר בשאלה אם יאומץ ההסדר האירופי או שמא ההסדר האמריקני. דעתי היא, שבנושא זה, כמו בנושאים דומים שמשמעותם גלובלית, רצוי היה לגבש הסדר בינלאומי אחד, משותף לשני הגושים הגדולים, ולא להשאיר למדינות קטנות כמו ישראל את הבחירה.⁴⁷

47 כשלעצמי, אני מעדיף את הגישה האמריקנית, המעדיפה את חופש הביטוי והעיסוק. אולם, מאמר זה אינו מתמקד בהשוואת שתי הגישות ובניתוחן המלא. לכן עמדה זו היא, בשלב זה, יותר נטייה אישית מאשר מסקנה מנומקת ומגובשת של המחקר. עוד על היתרונות והחסרונות של כל אחת מהשיטות הקיימות בעולם ראו לעיל הערה 5 אצל Oriola, בע' 124-165.