

על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט

מאת

ד"ר אברהם נ. טננבוים*

חוק המחשבים ומשפט האינטרנט בכללותו הם יצירים חדשים בשדה המשפט, שגרמו לבעיות משפטיות חדשניות שאיש לא שיערם בעבר. טבע הדברים והאופי האנושי גורמים לנו תמיד לנסות לפתור בעיות באמצעים המוכרים לנו היטב. לשם כך, יש שימוש לא רק בכלי חשיבה ידועים אלא גם במטאפורות מהעולם אותו אנו מכירים ובו אנו בטוחים. אשר לכן נעשה שימוש מסיבי במטאפורות, על מנת להבין את עולם המחשבים ולהתאים לו את הכלים המשפטיים המקובלים.

התיזה המרכזית של מאמר זה, היא כי המטאפורות המקובלות כיום לטיפול בבעיות המשפט של המחשבים והאינטרנט לקויות מהותית ואינן מתאימות. אלא שבגלל חוסר ההכרה בכך, הכלים המשפטיים בהם נעשה שימוש לא רק שאינם תורמים ועוזרים לפיתוח, אלא פוגעים בתשתית הטכנולוגית ובקידום האינטרנט לטובת החברה.

כדי לא להישאר בתחום התיאורטי גרידא, מוצגות במאמר כמה דוגמאות הממחישות בבירור את כשלי המטאפורות המקובלות, את בעיותיהן, וכן מוצג ניסיון לשרטוט מטאפורות טובות יותר.

הטענה היא, כי הדרך הנכונה אינה לנסות למצוא מטאפורות אמיתיות ונכונות יותר, שכן ייתכן שהללו אינן קיימות. הדרך הנכונה לדעתנו היא, להתרכז בדרכים להגיע אל מטאפורות מדויקות יותר, מתוך ידיעה וענווה כי בכל מקרה לא נוכל לקלוע באופן מוחלט למטרה. דרכים אלו כוללות, בראש ובראשונה, הבנה טובה ומעמיקה של החומר הטכני, וניסיון לפיתוח כיווני חשיבה טובים יותר. אין אנו מתיימרים לפתור את בעיית המטאפורות אך הצבעה עליה היא צעד בכיוון הנכון.

* ד"ר אברהם טננבוים הוא שופט בבית משפט השלום (תעבורה) בירושלים ומרצה במכללת שערי משפט. המחבר מבקש להודות ליוסי ריבלין, למיכאל בירנהק, לעופר רוניק, לגיר סטרלוביץ ולחברי מערכת "שערי משפט" על הערותיהם לגרסה מוקדמת של מאמר זה. האחריות היא כמוכן כולה של המחבר.

- א. מבוא
- ב. מטאפורות והשפעתן על החשיבה והפעולה
- ג. מן הכלל אל הפרט – המטאפורות בחוק המחשבים ובמשפט האינטרנט
1. תפישת האינטרנט כ"מקום וירטואלי" – השלכותיה והנזקים שבה
2. המטאפורות המשמשות לפרטיות באינטרנט – אורול, קפא והחשיפה לאור השמש
3. תוכנות מחשב פוגעניות כ"וירוס"
4. קובץ המחשב כחפץ פיסי
- ד. כיצד ניתן לבחור מטאפורות נכונות יותר?
1. השימוש הטוב ביותר במטאפורה הוא לא להשתמש בה
2. יש צורך בידע טכני נרחב
3. השימוש במטאפורות כמשקף השקפת עולם ומדיניות ציבורית מודעת ולא-מודעת
- ה. סוף דבר

א. מבוא

בקרב המלומדים העוסקים במשפט ובמחשבים ישנן שתי גישות קוטביות באשר להשפעתם של המחשב והאינטרנט על המשפט.¹ יש האומרים, כי מה שהיה הוא שיהיה ואין חדש תחת השמש. לידים של אלו, טכנולוגיות חדשות וחדשניות יכולות להיכלל או להיבלע בעולם המשפט הישן והעכשווי. לשיטתם, המשפט משתמש בהגדרות שלוטשו במהלך מאות או לעתים אלפי שנים בהן נעשה בהן שימוש. די בהן כדי לחול ולהשתלט על המציאות הטכנולוגית החדשה.

הגישה הקוטבית השנייה גורסת, כי נדרשים אנו לכלים משפטיים חדשים בתכלית על מנת להתמודד עם המציאות המשתנה. לשיטתם של אלו, ניסיונות למתיחת החבל או ניפוח הבלון כדי להכיל מה שאין בו, יגיעו לידי פיצוץ.

אלה ואלה מחזיקים דוגמאות בידיהם. החדשנים מעידים עליהם את המכוניות ואת המטוסים. המכוניות הראשונות עוצבו כ"כרכרות ללא סוסים". מכך נגזר המבנה שלהן, טבען, ואפילו צבען. רק משהתנתקו הממציאים הראשונים והבינו כי מדובר בברייה חדשה, החלה המכוננית להתפתח במהירות. דוגמה נוספת היא האווירון. אלפי שנים ניסו בני אדם לעופף באוויר תוך כדי חיקוי כנפי הציפורים. רק משנטשו רעיון זה והחלו להבין כי דרך התעופה של בני אנוש תהיה לא באמצעות כנפיים נעות, אלא בכוח עילוי

1 כרקע כללי להשפעת האינטרנט על המשפט ראו: א' טננבוים "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" **שערי משפט** א(2) (התשנ"ח) 135-154. <http://www.mishpat.ac.il/objects/ktav2-1.pdf> (כל האתרים והדפים באינטרנט המאזכרים במאמר זה נצפו במאי 2006).

ומדחפים, צלחה הטיסה בידם. בקצרה, הקידום האנושי נדחה בגלל מטאפורות חשיבתיות מוטעות שהיו בידי הממציאים הראשונים.

השמרנים יותר טוענים, כי למרות שינויי הטכנולוגיה, הרי אופי האדם נותר בעינו. אותם מניעים ראשוניים של אהבה, קנאה, שנאה ותחרות, לא השתנו מאז ימי קין והבל ועד ימינו. ממילא, עקרונות משפטיים יסודיים של בעלות, משפחה, ענישה וכיוצא בכך, יישארו רלוונטיים בעולם החדש. השינוי הטכנולוגי אינו מהותי להנחות היסוד של עולם המשפט.²

שתי השקפות קיצוניות אלו מרחפות בחלל המשפט. הגישה השמרנית טוענת, כי מה שהיה הוא שיהיה. ייתכן שיהיה צורך בשינויים לא-משמעותיים, אך לא יותר מכך. תיקונים קלים בדיני החוזים, שיפוצים בזכויות יוצרים, התאמות בנזיקין, וכו'. הקיצוניות השנייה גורסת, לעומת זאת, כי ההווה המשפטית תהפך ללא היכר בשנים הקרובות ממש.

את העתיד כידוע קשה לחזות, ולא ניתנה נבואה אלא לשוטים.³ אולם, תהיה דעתנו אשר תהיה, ואין זה משנה באיזו אסכולה מהשתיים הקיצוניות שהזכרנו נבחר, נחוץ לפעול. קיים צורך משפטי ברור להתייחס לשינויים הטכנולוגיים, ובעיקר למחשב ולאיינטרנט. אין כמעט מחוקק בעולם המודרני שלא התייחס לכך, וכך גם המחוקק הישראלי. מחוקקים ובתי משפט התלבטו כיצד לטפל בטכנולוגיה החדשה. יש שסברו שהדרך הנכונה היא לתקן את החוקים, כל חוק במקומו, בהתייחסות למחשבים. קרי, להוסיף תיקונים בדיני הנזיקין, הקניין, העונשין, וכו'. היו שסברו שמן הראוי לחוקק חוקים מיוחדים למחשבים ולאיינטרנט. מטבע הדברים יש נימוקים לכאן ולכאן, ולא ברור שניתן לנקוט דרך אחת בלבד.

החקיקה הישראלית לא הייתה אחידה ופסחה על שני הסעיפים. מצד אחד, חוקק חוק המחשבים שכולו התייחסות למחשבים,⁴ אך מצד שני נעשו גם תיקונים בחוקים בודדים, כגון בדיני זכויות יוצרים, בחוק הגנת הפרטיות, בחוק חתימה אלקטרונית, ועוד.⁵ אלא שכמו תמיד המשפט רודף אחרי הטכנולוגיה ואינו מצליח להשיגה. כעשר

2 J. H. Sommer "Against Cyberlaw" 15 *Berkeley Tech L.J.* (2000) 1145, 1150-1151

3 ראו עוד בעניין זה: א' טננבוים וא' שיינמן "ההליך השיפוטי בעידן האינטרנט" **הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל** 31 (התשס"א) 94-112.

4 חוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: "חוק המחשבים").

5 התפרסויות אלו של ענייני המחשבים על מגוון חוקים אינה מסודרת על פי קריטריונים ברורים. כך למשל חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001, קובע את הכללים על פיהם לעיתים חתימה אלקטרונית על מסר אלקטרוני תחייב כחתימה על מסמך מודפס. בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, נכלל סימן א' בפרק ב' העוסק בכללי ניהולם של מאגרי מידע. תקנות ניירות ערך (חתימה ודיווח אלקטרוני), התשס"ג-2003, מסדירות את אופן הגשתם של דיווחים לרשות לניירות ערך באמצעות מסר אלקטרוני. ככלל, נראה, שכל אלה ואחרים תוקנו כפתרון מקומי ולא כחלק מתוכנית ארוכת טווח.

שנים התלבט המחוקק הישראלי בדבר חוק המחשבים וכשסיים אותו לבסוף, התברר, שרשת האינטרנט דווקא היא המשמעותית ביותר, ובה כלל לא טיפל המחוקק, אם כי ניתן לפרש את חוק המחשבים כך שיתאים גם לאינטרנט, או לפחות להיבטים מסוימים של הרשת.⁶

החיסרון אינו רק במה שלא כתוב, אלא גם בפרשנות של מה שכתוב. הטענה העיקרית במאמרנו מבוססת על ההנחה שיש צורך לא רק במשפט חדש, אלא במונחים חדשים ובדרכי חשיבה והתבוננות.⁷ הטענה היא, כי המונחים והפרשנויות שניתנו להם בחקיקה ובפסיקה, מתבססים על מטאפורות שאינן מתאימות. הסיבה לכך היא החדשנות של השינויים הדרושים. דווקא משום שיש צורך ביצירת יש מאין התגלתה בעיה למחוקקים ולפרשנים. כדי להתמודד עם בעיה זו, השתמשו הללו במטאפורות שהקלו לכאורה את הבנת הסוגיה, אולם, בפועל גרמו לקשיים ניכרים.

במילים פשוטות יותר, למרות הניסיון הכן ליצור משפט מתאים למציאות החדשה, הרי שהשימוש במטאפורות הישנות, מוריד את הניסיון לטמיון ויוצר נזקים קשים לטווח ארוך. אין אנו משוכנעים כי ניתן לפתור לגמרי בעיה זו, אולם אנו מציעים לפחות להכיר בה.

ומכאן ואילך ינסה המאמר לפתח תיזה זו שהצגנו. בפרק השני נסביר ונפרט את חשיבותה של המטאפורה לחשיבה ולפתרון בעיות בכלל, ובעולם המשפט בפרט. בפרק השלישי נראה דוגמאות למטאפורות שולטות בחוקי המחשבים ונדגים כיצד השימוש במטאפורות אלה דווקא, ולא באחרות נכונות יותר, מביא לתוצאות שליליות. בפרק הרביעי ננסה לבדוק כיצד ניתן להשתמש במטאפורות נכונות יותר. הפרק האחרון יסכם את שהגענו אליו וימליץ על הפרשנויות הנכונות לעתיד לבוא.

ב. מטאפורות והשפעתן על החשיבה והפעולה

תפישתנו באשר להגדרת המטאפורה וחשיבותה, עברה מהפך של ממש. בעבר, נחשבה המטאפורה כצירוף מילולי הקשור לשפה, ובעיקר לשירה. המתעניינים בה היו בעיקר בלשנים ואוהבי שירה, וזאת, בתחום מקצועי מצומצם. רק לאחרונה, ובעיקר בשלושים השנים האחרונות, החל המחקר להכיר בחשיבותה של המטאפורה. לא עוד רואים אנו במטאפורה מונח המתייחס לתחום השירה/אמנות בלבד. כיום מכירים אנו בכך כי מטאפורות משפיעות על הדרך בה אנו מכירים את העולם, חושבים עליו, מקטלגים

6 על חקיקת חוק המחשבים הישראלי ראו: M. Deutch "Computer Legislation: Israel's new codified approach" Vol. 14 No. 3 *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* (1996) 461-482.

7 ראו גם י' זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" **משפט וממשל** ו (התשס"ג) 337.

אותו, שופטים אותו ומגיעים בהכרח להחלטות לגביו. הטענה היא, כי אנו פועלים במעשינו היומיומיים על סמך מטאפורות שאינן בהכרח מודעות לנו. כדי להסביר השקפה זו ואת השלכותיה, נפתח בהגדרה המילונית המקובלת, המתבססת על היות המטאפורה פיגורה לשונית:⁸

מטאפורה היא פיגורה לשונית שנעשה בה שימוש על מנת להאיר מושג אחד בתכונותיו של מושג אחר. פירוש המשפט "X הוא מטאפורה ל-Y" הוא ש-Y מתואר על ידי תכונותיו של X.⁹

באופן דומה ניתן לומר, כי מטאפורה היא "פיגורת לשון הממזגת מרכיבים הבאים מתחומים רחוקים זה מזה, והיא עושה כן על יסוד האנלוגיה (דמיון חד תכונתי) האובייקטיבית או הסובייקטיבית שבין מרכיבים אלה".¹⁰ ההגדרה המקובלת לכן מתייחסת לכך שמדובר בהסבר מתחום אחד, על תחום שונה לחלוטין, ובעיקר – בשירה ובאמנות.

נסתכל לדוגמה על המטאפורה "שוכה ה' את שכותנו כאפיקים בנגב".¹¹ במקרה זה מתכוון משורר התהילים לכך ששיבת ציון מהגלות תהיה "כאפיקים בנגב". התופעה מוכרת, נחלים יבשים לחלוטין בנגב עולים אחרי גשמים קצרים על גדותיהם ולפתע מתמלאים בזרם גדול ובשיטפון אימתני. מקומות צחיחים ויבשים זוכים פתאום לשטף מים רבים הזורמים בעוז ובמהירות. המים סוחפים ובוועים בשצף קצף כל הבא בדרכם, עד שערוצי הוואדיות והנחלים צרים מלהכילם. כוונת המטאפורה היא שכך גם תהיה שיבת ציון; באופן מפתיע, סוחף בכמותו, וללא התראה מוקדמת כלשהי. מבחינה טכנית אנו משתמשים במונח הידוע "אפיקים בנגב" השייך לתחום אחד (גיאוגרפיה) על מנת להסביר את המושג "שיבת ציון" השייך לתחום שונה לחלוטין. מטאפורה זו מבטאת את הכמיהה לגאולה מיידית ומהירה ללא צורך בהכנות ארוכות. וזאת, על ידי שימוש במונחים "גיאוגרפיים" שהיו כנראה מוכרים היטב לאנשי אותה תקופה. המקרא עצמו מלא מטאפורות כרימון.¹² היחס בין האל לישראל מוסבר לעיתים כיחסי הורים ובנים – "הבן יקיר לי אפרים אם ילד שעשועים";¹³ כיחסי בעל ואישה (בתקופה טובה) – "זכרתי לך חסד נעוריך אהבת כלולותיך";¹⁴ כיחסי רועה ועדרו –

8 בדברנו על "פיגורה לשונית" מתכוונים אנו למשפט לשוני אשר אינו אמור להיתפש כפשוטו וברור לנו שקיימת משמעות מעבר לתיאור המילולי הפשוט.

9 מתוך הערך "מטאפורה" בוויקיפדיה, האנציקלופדיה החופשית. <http://wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%95%D7%A8%D7%94%D7%9E%D7%98%D7%90%D7%A4%D7%95%D7%A8%D7%94>

10 זוהי, למשל, הגדרתו של לנדאו <http://www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?idi=1173>

11 תהילים, קכ"ו, ד'.

12 ואפילו הביטוי "מלא כרימון" מהווה כמובן מטאפורה.

13 ירמיהו, לא, יט'.

14 ירמיהו, ב', ב'.

"כבקרת רועה עדרו"¹⁵ שוב, בכל מקרה, רוצה המחבר ללמוד על תחום אחד (יחסי ישראל ואלוקיו) תוך כדי שימוש במונחים ידועים מתחום שני (הורים וילדים, בני זוג, או רועה ועדר).

גם ביקורת מטאפורית לא חסרה במקרא, ולעיתים בוטה. "שמעו הדבר הזה פרות הבשן אשר בהר שומרון"¹⁶; "שמעו דבר ה' קציני סדום, האזינו תורת אלוהינו עם עמורה"¹⁷; "מצח אשה זונה"¹⁸ ומשמעות המטאפורות ברורה.

השימוש במטאפורות וההתייחסות אליהן אינם חדשים. כבר אריסטו התייחס למטאפורות וכמו רבים אחריו ניסה לקטלגן בדרך זו או אחרת.¹⁹ אלא שעד לעת החדשה ממש ראו במטאפורה בעיקר יצירה ספרותית. חלק מהיופי שבמטאפורה נתפש גם בכך שמדובר בצירוף מפתיע וחדשני.

ראו למשל את ההגדרה הבאה:

המטאפורה היא צירוף מילולי שנוצר על ידי המשורר בדרך חדשה בכדי לבטא נתון בדרך שאינה מקובלת. מטאפורה היא צירוף שבו לפחות מילה אחת מופיעה בשינוי מובנו או משמעותו הליטרלית, מילונית.²⁰

כך קטע מתוך שירו של פנחס שדה "המְלֶאךָן"²¹:

הַמְנוֹת רוֹכֵב עַל סוּס בְּשָׁמַיִם בְּתַכְלֵת, בְּדַמְמָה.
פְּגִי נַעֲרָה לוֹ לֵה פְּפוֹת רְגָלִים לְבָנוֹת כְּחַבְצֵלוֹת
גֹן עֵינֶיהָ קָעִין הַעֲנָבֵר, הִיא מְחַכֵּת
לְרַגְלֶיהָ הַתְּגִין וְהַמְגִפּוֹת וְהַדָּם וְכֹס הַתְּרַעְלָה,

לְרַגְלֶיהָ הַמְסַפֵּד וְהַבְּלָהָה וְהַתְּהוּם אֲשֶׁר אֵין לָהּ תַכְלָה,

15 יחזקאל, לד', יב'.

16 עמוס, ד', א'.

17 ישעיהו, א', י'.

18 ירמיהו, ג', ג'.

19 "The greatest thing by far is to be a master of metaphor. It is the one thing that cannot be learned from others; it is also a sign of genius, since a good metaphor implies an eye for resemblance" Aristotle, De Poetica 322 BCE
הציטוט לקוח מתוך האתר <http://encyclopedia.laborlawtalk.com/Metaphor> המכיל הגדרה מפורטת של מטאפורה.

20 מופיע כחלק מהגדרה רחבה של מטאפורה באתר מט"ח בחלק שדן במושגים עיקריים בתחום השירה והספרות <http://lib.cet.ac.il/Pages/item.asp?item=7487>.

21 מתוך שירה צעירה – אנתולוגיה מורחבת ומעודכנת (הוצאת עקד, התשמ"א-1980) 214.

אַבְּל רְגֵלִיהָ לְכָנוּת פְּחָבְצָלוֹת וּפְנִיָה פְּנִי בְּתוֹלָה

ניתן לראות כבר בתחילה כי המשורר משתמש בשתי מטאפורות מפתיעות ביותר. את המוות הוא מכנה "המלאך", כינוי ששמור בדרך כלל למלאכי השרת ולמלאכי עליון. קרי, מהויות הנחשבות כחיוביות ורצויות לאדם. אמנם, כל שעשה היה לקצר את הכינוי "מלאך המוות" ולהשמיט את המילה השנייה, אך בכך כבר יצר את התהודה המפתיעה. את המוות עצמו תיאר בתור נערה צעירה, יפה ומושכת. את איברי גופה (עיניים, רגליים ופנים) המשיל לפרחים ולשרף עץ (חבצלות וענבר). יחד עם זאת, לא שכח לציין את תחומי "אחריותה" (מספד ובלהה, דם ומגפות). המטאפורות הלא צפויות של תיאור המוות כנערה צעירה וחמודה, "מלאכית", מכה את הקורא בתימהון ויוצרת את ההשפעה הרצויה. חלקיו האחרים של השיר (שאינו קצר) מחזקות ומאששות תחושה זו. מטאפורה ספרותית זו היא מה שאנו רגילים לכנות "מטאפורה".

מטאפורה אינה חייבת להיות לשונית דווקא, היא יכולה להיות גם ויזואלית. פרסומות רבות מציגות מוצרים יחד עם דוגמנים/ות צעירים/ות ומושכים/ות. המעין מטאפורה שמתחת לפני השטח מנסה לקשר בין המוצר לבין הדוגמן/ית. אם תקנה/תשתמש במוצר זה, הרי גם אתה תהיה צעיר/יפה וכו'. שוב, ניסיון (לא מתוחכם במיוחד) לגרום לנו לחשוב על תחום X (המוצר), במונחים מתחום Y (הדוגמן/ית).

עולם המחשב הביתי מספק כמה דוגמאות. "שולחן עבודה", "סל מחזור", "תיקיות", "ספריות", תוכנת משרד (office), כל אלה הם מונחים מוכרים לנו מעולם המשרד שנלקחו ממנו על מנת להקל על השימוש במחשב הביתי ולהסדיר אותו, וזאת, למרות השוני הברור ביניהם (וחלק מכך נדגים מאוחר יותר).

בשנים האחרונות נטען כי יש למטאפורה חשיבות רבה הרבה יותר. הבולטים בהשקפה זו הם לאקוף וג'ונסון (George Lakoff & Mark Johnson), ונסביר בקצרה.²² טענתם היא, כי מטאפורה אינה רק מכשיר לשוני בשירות הדמיון הספרותי ואינה רק מפגן של יכולת נאום. בניגוד לאמונה הרווחת, כי השימוש במטאפורות הוא היוצא דופן, הם טוענים כי היא נוכחת במעשי היום-יום. מערכת התפישה הקוגניטיבית הרגילה, הדרך בה אנו תופשים את העולם ומתייחסים אליו, היא כולה מבוססת על מטאפורות. המונחים שבעזרתם אנו מכירים את המציאות, מתייחסים אליה, חושבים עימם, ופועלים לפיהם, כולם מבוססים על מטאפורות. מטאפורות אלה הן בדרך כלל "מטאפורות על" (או "מטאפורות עומק") שאין אנו מודעים להשפעתן עלינו, אך הן שולטות בנו בלא ידיעתנו.

כדי להבהיר נקודה זו, נתחיל בהדגמות ואחר כך נחזור שוב לתיאוריה. דוגמה מפורסמת של לאקוף וג'ונסון מתייחסת לטענה כי "ויכוח=מלחמה". דהיינו, כשאנו מתייחסים לוויכוח הרי אנו משתמשים בתת-מודע במטאפורה הרואה

G. Lakoff & M. Johnson *Metaphors We Live By* (Chicago: University of Chicago Press, 1980) 22

בוויכוח מעין מלחמה. הביטוי של מטאפורת-עומק זו מתבטא בהתנסחויות לשוניות רבות, כגון "העמדות שלך הן חסרות הגנה"; "תקפנו כל נקודה חלשה בטיעוניו"; "הביקורות היו ישירות למטרה"; "אתה לא מסכים עמי? קדימה, התחל לירות (shoot)"; "האסטרטגיה שלו היא למחוץ את הצד השני"; "אל תיתן לו הזדמנות להתקיף"; "ההגנה הטובה ביותר היא ההתקפה", ועוד כהנה וכהנה.

אין אנו רק מדברים על ויכוח במונחים של מלחמה, אנו גם רואים את הצד השני כיריב. אנו מנצחים או מפסידים בוויכוח, אנו תוקפים השקפות ודעות ומגנים על אלו שלנו, אנו מתכננים ומשתמשים באסטרטגיות שונות. שוב, אנו משתמשים במושג-מטאפורה של מלחמה על מנת לפעול במהלך הוויכוח. אין כמוכן כל קרב פיסי, אך באופן מילולי אנו משתמשים במבנה המחשבתי הידוע לנו ממשכבות על קרב על מנת לפעול. כל המונחים הקיימים בעימות אלים מופיעים גם פה.

ננסה לדמיין לעצמנו תרבות אחרת, בה תפישת הוויכוח אינה דומה דווקא לקרב אלא לריקוד. המשתתפים תופשים את עצמם, לא כלוחמים בדרכים לניצחון אלא כאמני בימה, המנסים ליצור הופעה יפה ומושכת לצופים אחרים. בתרבות כזו לא יהיה טעם למאבק ולהתקפה, אין תועלת לנסות להכניע את היריב. הדגש יהיה על אופן הפעולה, על השילוב בין הטענות ועוד. ברור, כי הצורה שבה יתנהל הוויכוח תהיה שונה לחלוטין. ריקוד הוא רק מטאפורה אחת. ניתן לחשוב על ויכוח כמסע ארוך, כדרך להכיר אנשים אחרים, כתצוגת אופנה, כהפגנת כוח ועוד. ברור שכל מטאפורה-על-עומק כזו, תגרום לכך שנתייחס באופן שונה לחלוטין לויכוח. לא רק שנתייחס אליו אחרת, אלא גם נפעל אחרת, וזאת אפילו מבלי לשים לב לכך.

ניתוח דוגמה זו מסביר לנו את דעתם של לאקוף וג'ונסון. ויכוח אינו תת-מין של מלחמה. מלחמה היא מאבק פיסי מזוין וויכוח הוא עימות מילולי. מדובר בשני דברים שונים לחלוטין, אלא שאנו רגילים להתייחס אל אחד מהם (אל ויכוח) תוך כדי שימוש במונחים השייכים למושג אחר לחלוטין (מלחמה).

מערכת תפישתית זו אינה תופעה שאנו שמים לב אליה. כמו רוב מעשינו ומחשבותינו היומיומיים, אנו חושבים ופועלים באופן אוטומטי, פחות או יותר, לאורך קווי התנהגויות טיפוסיים שהוטבעו בנו מימים ימימה. לדעתם, דרך החשיבה שלנו, תפישת המציאות, הבנת היחסים עם האחרים, וכלל ההתנהגות היומיומית מבוססת בעיקרה על מטאפורות.

ניטול דוגמה אחרת הקשורה למערכות יחסים. אחת המטאפורות הברורות של מערכת יחסים קשורה לדרך ולמסע. נבחן כמה ביטויים מקובלים: "יחסינו הגיעו לסוף דרכם"; "היחסים כעת הם על סף פרשת דרכים"; "היחסים אינם מובילים לשום מקום"; "היחסים בנסיגה", וכדומה. גם קונצפציה זו משפיעה על מחשבתנו כי יחסים הם תופעה משתנית עם הזמן, הם צריכים להוביל למקום כלשהו, וכי אין טעם ביחסים שאינם מובילים "למשהו".

נבחן דוגמה נוספת הקשורה לביטוי (האמריקני) הנפוץ "זמן הוא כסף" (time is money). תפישה זו מביאה בעקבותיה ביטויים רבים המתייחסים לכך. "אתה מבזבז את

זמני"; "מוצר זה יוכל לחסוך לך זמן רב"; "זמנו יקר"; "איני יכול להשקיע בכך זמן", ועוד כהנה וכהנה. אלא שברור שזמן שונה מכסף. לא ניתן לחסוך זמן לעת סגריר, קצב השימוש בזמן הוא קבוע ואינו ניתן לשינוי, ואין כמוכן "בנק" שממנו ניתן "ללוות" זמן. אולם, אנו רגילים לחשוב על זמן באמצעות מונחים המתאימים לניתוח המושג "כסף".

נסתכל על ביטוי מקובל אחר כלפי עבריין שריצה את עונשו. בעברית אנו נוהגים לומר על עבריין כזה "שילם את חובו לחברה", ביטויים דומים רווחים גם בשפות אחרות. אבל, מה בדיוק הוא שילם? הוא גרם נזק לחברה ובתגובה נגרם לו נזק. החברה לא יצאה נשכרת והעבריין בוודאי לא יצא מתוקן יותר. יש הוגים מרקסיסטים הגורסים כי הסיבה לביטוי נובעת ממטאפורה הבנויה בתוך מערכת המשפט הקפיטליסטית. כמו כל מוסדות הקפיטליזם, גם מערכת זו בנויה לשיטתם על היגיון "השוק" הקשור לעסקאות חליפין הנעשות בהסכמה. הענישה גם היא מעין עסקת חליפין סבירה. אזרח, שהוא בעל רצון חופשי ואחריות, מחליט מיוזמתו ועל סיכונו לקחת חלק "בעסקה" זו של פשע. המדינה מצידה רק ממלאת את חלקה בהענישה אותו. לדעת הרדיקלים, רק הסתכלות זו של מערכת המשפט יכולה להעלים עין מבעיות מעשיות של אי-שוויון, חוסר חופש, עוני וניצול. רק הסתכלות כזו, המבוססת על מטאפורה שגויה, יכולה לצדד בגרימת סבל כתגובה על גרימת סבל, ועוד לטעון כי זו התגובה הצודקת!²³

ג'ורג' לאקוף עצמו עשה שימוש בתיאוריה שהגה כדי להסביר את הפוליטיקה העכשווית. הוא אף טען, כי היציאה האמריקנית למלחמת המפרץ הראשונה הוצדקה על ידי משטרו של בוש האב תוך כדי שימוש במטאפורות לא מדויקות. הוא הציג ניתוח פרובוקטיבי למדי של המטאפורות שבהן נעשה שימוש בתקשורת האמריקנית, ובעיקר על ידי בכירי הממשל. מטאפורות כגון "ניצחון", "קורבן", "אונס כוונת", "גבורה" וכן הלאה. לשיטתו, רק על ידי כך הצליח הממשל להתעלם מהמטאפורות המדויקות יותר (הקשורות לאינטרס נפט), ולשכנע את הציבור בנכונות המהלך. אפשר להתווכח על כך, אולם הדבר מגלה את דעתם של מלומדים לא מועטים אודות חשיבותן של המטאפורות.²⁴

23 ההוגה החשוב בתחום זה הוא הוגה רוסי בשם Pashukanis, שתיקף כתביו הם משנות העשרים של המאה העשרים. נעיר רק כי הוא עצמו לא האריך ימים אחרי ספריו והוצא להורג בשנת 1937 באשמת היותו "סוכן פשיסטי של טרוצקי" והאשמות דומות אחרות. ראו בעניין זה א' טננבוים "הגישה הסוציולוגית היסטורית לענישה פלילית", בתוך הספר **עבריינות וסטייה חברתית, תיאוריה ויישום** (עורכים: משה אדר ויובל וולף, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, התשס"ב) 173 – 213, בע' 190-191.

24 G. Lakoff "Metaphor and War: The Metaphor System Used to Justify War in the Gulf" V3 N3 **Generation Journal & Newsletter** (1991)
http://lists.village.virginia.edu/sixties/HTML_docs/Texts/Scholarly/Lakoff_Gulf_Metaphor_1.html

לסיכום, מטאפורה אינה עניין טכני של שפה; תהליך החשיבה האנושי עצמו הוא בעיקרו מטאפורי. ממילא, ברורה חשיבותה של המטאפורה לכל השקפה רציונלית ולכל תפישה של המציאות. אנו חושבים, פועלים ומתנהגים בהתאם לאותן מטאפורות-על, וזאת, באופן אוטומטי ומבלי לשים לב לכך.

למותר לציין, כי סקירה זו על המטאפורה אינה מתיימרת להיות מושלמת ואפילו לא קרובה לכך. הספרות העוסקת במסתרי המטאפורה רחבה מיני ים ומתפתחת מדי יום ביומו.²⁵ ישנן ביקורות לא מעטות על תפישתם של לאקוף וג'ונסון וישנן גם תיאוריות רבות אחרות.²⁶ לא ניסינו לקבוע מסמרות בשאלות יסוד, כגון: האם מטאפורה היא תופעה לשונית או מושגית? האם קיימות ומהן הפונקציות היסודיות של מטאפורה? האם העיסוק במטאפורה קשור יותר לתחומם של הפילוסופים, הבלשנים, או דווקא לעוסקים בפסיכולוגיה קוגניטיבית? ועוד שאלות רבות ומעניינות אחרות.

כל שניסינו להראות הוא, כי יש חשיבות רבה למטאפורות בצורה בה אנו תופשים את המציאות. אנו חושבים באמצעותן ומושפעים על ידיהן. לא זו אלא שבדרך כלל אין אנו מודעים כלל למטאפורות השולטות בנו במסתרים, ויש לעיתים צורך להתאמץ כדי לגלות את השלכותיהן. אנו מקווים כי בכך לפחות שכנענו את הקוראים.

ג. מן הכלל אל הפרט – המטאפורות בחוק המחשבים ובמשפט האינטרנט

ומן הכלל לנושא מאמרנו – המטאפורות בתחום משפט המחשבים והאינטרנט. לטענתנו, המחוקקים, הפרשנים והמלומדים שעסקו בכך, לא יכלו להימנע מלהשתמש במטאפורות, אך לא בהכרח בחרו בנכונות.

25 אין כמובן כל אפשרות לצטט אפילו חלק קטן מהספרות הרחבה. כמה ספרים הם:

B. Indurkha **Metaphor and Cognition: An Interactionist Approach** (1992) Dordrecht: Kluwer Academic Publishers (Studies in Cognitive Systems, edited by James H. Fetzer, Volume 13); Zdravko Radman, Editor **From a Metaphorical Point of View: A Multidisciplinary Approach to the Cognitive Content of Metaphor** (Philosophie Und Wissenschaft, Bd 7, 1995) Walter de Gruyter; Max Black **Models and Metaphors: Studies in Language and Philosophy** (Cornell Univ. Press, 1962); Sheldon Sacks (editor) **On Metaphor** (Chicago: University of Chicago Press, 1979). ישנם אתרים שלמים המכילים חומר רב והמיועדים בעיקרם למחקר המטאפורה ועניינים נלווים. ראו למשל: <http://zakros.ucsd.edu/~trohrer/metaphor/metaphor.htm>. בעברית ראו למשל: ת' סוברן "המטאפורה בעברית החדשה" **לשוננו לעם לשנת ה'לשון – עלון שבועי** לב (האקדמיה ללשון עברית 1990) 2; ת' סוברן "האם מצייתים ביטויים מטאפוריים לכללי משמעות?" **עיון** לו (תשמ"ז – תשמ"ח) 235-255; ע' צור "מטאפורה: בין מסורת לחידוש" <http://www.e-mago.co.il/e-magazine/metaphor.html>

26 ראו לדוגמה ביקורתו של Lawler בסקירה שערך על הספר בשנת 1983 שהופיעה ב: **Language** .Vol. 59 No. 1 p. 201-207

נראה, למשל, שתי מטאפורות שונות שבהן נעשה שימוש נרחב בשנים האחרונות, "אוטוסטרדת המידע" (information super highway) מול "אזור הספר האלקטרוני" (the electronic frontier). שני המונחים הללו מוכרים, אך באופן לא מפתיע השימוש בהם מוליך להתייחסות שונה מאוד לאינטרנט. אם חושבים אנו על האינטרנט כמונחים של אוטוסטרדה, הרי שאין מנוס מלפקח על פעולת האינטרנט ולהסדירה. בכל אוטוסטרדה יש סדר וחוק. מישהו צריך להיות אחראי ולתחזק את הדרכים. על המכוניות לנסוע בצד ימין (ברוב הארצות), המהירות המרבית מוגבלת וידועה, קיימים שוטרים ותמרורים וכדומה. מי שרואה את האינטרנט כאוטוסטרדה גם תומך בהגדרה ברגולציה של האינטרנט על ידי כוח חיצוני ובכפייה, בדרך כלל – הממשלה.

מי שרואה, לעומת זאת, את האינטרנט כ"אזור הספר המודרני", אינו רואה בו את דרך המלך בה נוסעות מכוניות. הוא רואה בו אזור בלתי מוסדר שאינו מפותח, בעל אפשרויות רבות לעתיד, אך כרגע פרוץ; אזור המחכה להרפתקנים בעלי מרץ וחזון, אזור שהממשל אינו יכול להשתלט עליו, ואין תחליף ליוזמה פרטית. מי שדוגל בגישה זו יסבור שמן הראוי שהממשלה תשמור את תלפיה רחוק ככל האפשר ועצם התערבותה תגרום נזק.

אין זה מפתיע שמלומדים שדגלו בהתערבות ממשלתית העדיפו את מטאפורת "אוטוסטרדת המידע", בעוד אלה שתמכו במתן עצמאות לאינטרנט, השתמשו תמיד במטאפורת "הספר האלקטרוני".²⁷

נעיר רק כהערת אגב, ששתי המטאפורות הללו, הן של האינטרנט כ"אוטוסטרדת המידע" והן של האינטרנט כ"אזור הספר האלקטרוני", איבדו לאחרונה מחשיבותן ומשתמשים בהן פחות ופחות. עובדה, המעידה כנראה על חוסר שביעות הרצון משתייהן, שאינן מצליחות לבטא כראוי את רשת האינטרנט על שלל מרכיביה. אולם, מעבר למטאפורות כלליות כמו אלו שהראינו, נעשו ניסיונות צנועים יותר. מטבע הדברים, המטאפורות השימושיות נלקחו מתוך ענפים ידועים של המשפט, קרי, נעשה ניסיון להשתמש בקונספציות משפטיות מוכרות וותיקות. לעיתים נעשה שימוש זה אפילו באופן תת-הכרתי וללא מודעות לכך, אלא שמטאפורות אלו אינן מתאימות תמיד והן גורמות נזק כפי שנראה בהמשך.

פרק זה יעסוק בכמה דוגמאות אשר קשורות לתפישת האינטרנט כ"מקום וירטואלי", להגנת הפרטיות, לתוכנות מזיקות ולמהותו של קובץ מחשב. בכל דוגמה נציג את המטאפורה השולטת ונראה את הבעיות הלא פשוטות הקשורות אליה.

1. תפישת האינטרנט כ"מקום וירטואלי" – השלכותיה והנזקים שבה

27 ראו למשל: A. W. Branscomb "Common Law for the Electronic Frontier in the Computer in the 21st Century" *Special Issue of Scientific American* (1995) 160-163.

אחת המטאפורות, שנעשה בה שימוש מסיבי בעולם המשפט, היא תפישת האינטרנט כמעין חלל וירטואלי הדומה לחלל מוחשי במציאות הפיסית. הביטוי הידוע Cyberspace כבר הפך מזמן להגדרה מוכרת ומפורסמת לאינטרנט. לא רק בספרות פופולרית אלא גם במאמרים אקדמיים מכובדים.²⁸ עצם המילה שנבחרה בעברית "אתר", גורם אינטואיטיבית למחשבה על אתר גיאוגרפי. תפישת האתר כ"מקום" גורמת לנו לומר "להיכנס לאתר", "לצאת מהאתר" וביטויים מעין אלו.²⁹

אלא שתפישה כזו מוליכה מיד לחשיבה על האינטרנט באותם מונחים בהם אנו משתמשים בעולם האמיתי. דהיינו, אנו חושבים על האינטרנט כעל "מקום" שבו נמצאים אתרים שונים, כאשר לכל אדם יש את "ביתו-מבצרו שלו", והדגש הוא על קנייניותו של בעל האתר.

שופטים, למשל, משתמשים במטאפורה זו ללא מחשבה עליה אפילו. כך, למשל, בעניין "האנגלייזר", שנאשם בחדירה למחשבים רבים בארץ ובעולם, נאמר ללא כחל ושרק:

לציבור פוטנציאלי זה של עבריינים צריך להבהיר, חד משמעית, כי חדירה למחשב היא פריצה לכל דבר ועניין. אין הבדל בין מי שמטפס כדי לפרוץ לבנין, לבין מי שמוצא את הדרך לפרוץ למחשב.³⁰

ברור לגמרי שההשוואה בין פריצה לבית לבין חדירה למחשב לא הייתה עולה כלל על הפרק לולא המטאפורה (הבעייתית) של אתר אינטרנט כמקום פרטי שלמפעילו יש זכות "קניינית" בו.

אלא שגישה "קניינית" זו עומדת בניגוד גמור לדרך שבה נבנה האינטרנט, כשייך לקהילה כולה וללא בעלות פרטית או שליטה על משאביו. קיימת ביקורת קשה בעולם המשפט על עצם המטאפורה של האתר כמקום. מלומדים רבים טוענים, כי המטאפורה גורמת לשאיבת הנחות משפטיות מהעולם המוחשי. התחלנו לראות את האינטרנט כמרחב שבו לכל אתר ואתר קיים מקום פרטי משלו השייך רק לו.

אחד המבקרים החריפים ביותר של גישה זו הוא דן הנטר (Dan Hunter).³¹ לטענתו, דימויים שגויים אלו גורמים למה שהוא מכנה – התנועה לסגירת הרשת (Cyber Enclosure Movement). התפישה של האינטרנט כ"מקום" גורמת לנו להתייחס

28 מקובל לומר כי הביטוי cyberspace נוסח לראשונה על ידי ויליאם גיבסון (William Gibson) בשנת 1984 בספרו Neuromancer (בעברית יצא הספר בהוצאת מעריב). חיפוש מהיר ב-google (בנובמבר 2004) העלה קרוב ל-24 מיליון תוצאות (!) המתייחסות ל-cyberspace.

29 גם באנגלית מקובל לומר "I entered the site" למרות שבשתי השפות מדויק יותר היה לומר "צפיתי באתר".

30 ע"פ (ת"א) 71227/01 מדינת ישראל נ' טננבאום, תק-מח 2002(2) 1540, ע' 1544.

31 D. Hunter "Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons" 91 Calif. L. Rev. (2003) 439.

אליו כאל מקום בעולם הפיסי, ולנסות לחלק אותו לנתחים הנמצאים בבעלות פרטית, כשמטרת הבעלים היא רווח בעיקרה. אולם, לטענת הנטר, מגמה זו סותרת לחלוטין את העקרונות עליהם נבנתה רשת האינטרנט. הרשת נבנתה בידי מאות ואלפי מהנדסים ומדענים שללא תמורה ושכר ולשם שמיים בלבד יצרו פרוטוקולים ושיתפו פעולה למען הצלחתה. מגמה זו ממשיכה חלקית גם כיום. ישנם אתרים רבים ברשת שבעליהם העלו עליהם חומר רב, שאותו הם מציגים לראווה לכל דיכפין, וזאת, אך ורק לטובת הטוב הכללי. מידע חופשי זה הוא רב ומגוון. החל מאלפי יצירות ספרות נגישות לכל בפוריקט גוטנברג³² ועד למפות עתיקות של ירושלים³³ ועוד עשרות אלפי אתרים הקיימים אך ורק בהתנדבות וללא תמורה. ביניהם כמובן האנציקלופדיה החופשית "ויקיפדיה" שיש הרואים בה את האנציקלופדיה של העתיד, שכבר כיום היא המלאה ביותר.³⁴

על פי הנטר, הרשת היא הרבה יותר מאשר כל חלקיה. התנועה לסגירת הרשת עלולה לגרום לכך שמשאבים ציבוריים שכיום הם מובנים מאליהם, יסגרו, היות שכלכלית לא יהיה זה רווחי לשום אדם פרטי להחזיקם. הבעלות "הקניינית" החלקית מאוד של אנשים, תגרום לחוסר אפשרות מובנה להשתמש ביתרונות הרשת לטובת כלל המשתמשים בו.

הנטר הסתמך על התיאוריה של מייקל הלר המכונה "הטרגדיה של הרכוש הלא-ציבורי" או "המאגר המפוצל" (The Tragedy of the Anticommons).³⁵ זו מוגדרת כמצב שבו זכות קניין נחלקת בין רבים, ולכל אחד מהם יש זכות למנוע מהאחרים את השימוש במשאב. התוצאה הסופית היא קיפאון וחוסר שימוש במשאב. הטרגדיה היא, שבודדים הפועלים באופן רציונלי, אך כל אחד לחוד, גורמים בפעולתם המשותפת לחוסר שימוש בו.³⁶ לטענת הנטר, המשך הגדרת האינטרנט כ"מרחב הניתן לחלוקה

32 זהו אתר כבן שלושים שנה המכיל את הטקסט המלא של אלפי יצירות ובאמצעות מתנדבים מעלה לרשת עוד ועוד יצירות ספרותיות. כתובתו היא: <http://www.gutenberg.net/index.shtml>.

33 ישנן כמובן מספר אתרים המציגים מפות עתיקות של ירושלים, ראו למשל: <http://maps-of-jerusalem.huji.ac.il/>.

34 ראו האתר www.wikipedia.org המסביר את הרעיון שמאחוריה, בעברית ראו האתר http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A2%D7%9E%D7%95%D7%93_%D7%A8%D7%90%D7%A9%D7%99.

35 ראו http://en.wikipedia.org/wiki/Tragedy_of_the_anticommons#Copyrights.

36 תיאוריה זו הוצגה לראשונה על ידי פרופ' מיכאל הלר במאמר משנת 1998 שכבר הפך לקלאסי. פרופ' הלר תיאר תופעה כלכלית בה חזה כאשר עבד ברוסיה בשנת 1990 כנציג הבנק הבינלאומי. הלר שם לב, כי חנויות גדולות שהיו שייכות למדינה במסגרת המשטר הסובייטי לפני נפילתו, עמדו ריקות תקופה ארוכה. לעומת זאת, "קיוסקים" קטנים, שבהם נמכר מכל טוב, צמחו ברחובות מוסקבה כפטריות אחרי הגשם. החנויות הגדולות היו מרווחות ויפות לעומת הקיוסקים. הבעיה לא הייתה נעוצה בבעלות, שכן החנויות הופרטו לכאורה, אך למרות זאת עמדו שוממות מול הקיוסקים הפרימיטיביים בחוצות העיר.

לבודדים", יגרום לנזק חסר תקנה לאחד המשאבים החשובים ביותר לאנושות בעת המודרנית.

תפישת אתר אינטרנט כ"מקום", שלבעליו יש זכויות אחרות, מביאה בהכרח לרעיון, כי רק בעליו הם אלו שיקבעו כיצד ינהלו את האתר וישתמשו בו. כשם שזכותו של אדם לעשות בנכסיו כרצונו, ואפילו להשמידם אם ירצה בכך, כך גם זכותו של בעל האתר בקניינו. בעולם הקניין מקובל שאיש אינו רשאי לומר לבעל דירה אילו אמצעי הגנה עליו לנקוט, באיזה גדרות להקיף את שדהו, אלו מנעולים להציב על הדלתות, איזו חברת אבטחה לשכור או לא לשכור, וכן הלאה. כך גם לכאורה איש אינו יכול לומר לבעל אתר האינטרנט מה לעשות ב"מבצרו". כל מי שדוגל בחשיבות הקניין הפרטי, ורואה באתר אינטרנט "מקום", יסכים לטענה זו.³⁷

אלא שטענה זו, שנכונה בעולם האמיתי, אינה רלוונטית כלל בעולם הווירטואלי. כל האתרים באינטרנט מקושרים זה לזה ופגיעותו של אחד פוגעת גם באחר. נסביר זאת

חקירתו של הלר העלתה, כי זכויות הבעלות על החנויות אמנם הופרטו, אך חולקו לחלקים שונים ופוזרו בין גופים שונים. לדוגמה, "ועדת נכסים" ברשות המקומית יכלה באופן עקרוני להחזיק את הבניין ולהיות בעלת הזכות למכור אותו. לעומת זאת, ייתכן כי מוסד או חברה של המדינה החזיקו בזכות גבוהה כסף עבור השכרת הבניין. במקביל, יכלו ארגוני עובדים שעבדו במקום בעבר, להיות בעלי זכות להשתמש בבניין בדרך זו או אחרת. ואלו היו רק חלק מבעלי הזכויות בנכס. התוצאה הסופית הייתה, שכל מי שרצה לעשות שימוש אפקטיבי בחנות היה צריך לתמרן בלוליינות בין כל בעלי הזכויות השונים, ובפועל היה הדבר כמעט בלתי אפשרי. ממילא, כל מי שביקש להשתמש בנכסים אלה התייאש על נקלה.

לעומת זאת, הקיוסקים ברחובות העיר היו פחות או יותר "שייכים" לקבוצות מאפיה מקומיות. מי שרצה לשכור קיוסק היה צריך רק לברר מי בעל האגרוף המקומי השולט באזור. לאחר זיהויו של "בעל הבית" היה צורך לנהל איתו משא ומתן מהיר על המחיר בלא צורך ברישיונות/אישורים מאיש. ברגע שהוסכם על התנאים, יכול היה "השוכר" להיכנס מיד למקום ולפתוח את העסק בו חפץ.

דוגמה זו שימשה להלר כאב-טיפוס למודל שבו ריבוי הבעלות על חלקים מהשלם גורם לחוסר אפשרות להשתמש בו. ראו מאמרו: M. A. Heller "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets" 111 *Harvard Law Review* 3 (1995) 622-688.

בעברית ראו המאמר הבא שדן במודל בנושא שונה לחלוטין (רישיון במקרקעין במשפט הישראלי) אך מסביר בהרחבה מודל זה. א' טננבוים וחי' טוקר "רישיון במקרקעין לאור פסק דין אלוני – בין התיאוריה למעשה" **מקרקעין** ד(1) (2005).

³⁷ ישנם מלומדים הסוברים, כי למרות שאין לראות באינטרנט מקום כפשוטו, יש עדיין מקום להגנה מעין קניינית על האתרים. כך למשל סוברת Bellia, כי אם לא תינתן הגנה כזו, יפנו בעלי האתרים להגנה טכנית שתהיה קשיחה וחסינה יותר ונוזקיה יעלו על ההגנה המשפטית. ראו בעניין זה: P. L. Bellia "Defending Cyberproperty" Vol. 79 Number 6 *New York University Law Review* (2004) pp. 2165-2273.

בקצרה. אין גולש שלא נפגע מתופעת "דואר הזבל" (spam או junk mail), וישנן התלבטויות רבות כיצד להתמודד עם תופעה זו.³⁸ על פי הערכות, כ-60% של דואר הזבל מקורם במחשבים שעליהם השתלטו האקרים למיניהם. הללו מכונים מחשבי "זומבי" (zombie) והרבה מהם הם מחשבים ביתיים שעליהם השתלטו ההאקרים ללא ידיעת בעליהם.³⁹

אין מדובר על דואר זבל בלבד. אחת ההתקפות הידועות ביותר על מחשבים מכונה Denial of Services (DOS) ובנויה על "הפגזת" שרתים בבקשות שירות מזויפות עד שהללו קורסים. אולם, לצורך כך, צריכים המתקיפים להשתלט על שרתים שאינם שייכים להם כדי שהללו גם כן ישלחו בקשות שירות באופן מופרז. דהיינו, התוקף מחפש ברשת מחשבים פגיעים כך שיוכל להשתלט עליהם חלקית ולגרום להם לבקש שירות מהשרת המותקף. כל מחשב פגיע ברשת מהווה איום לא רק לבעליו ולתוכנו, אלא גם למחשבים אחרים המוגנים היטב, זאת, משום שניתן להיעזר בו על מנת לתקוף אתרים ושרתים מוגנים. במילים אחרות, מחשב פגיע מהווה סיכון לכל רשת האינטרנט. העובדה, שבעל המחשב אינו מאובטח אינה משנה כהוא זה מסיכנון לרשת כולה. דוגמאות אלו מראות כי כל המשתמשים באינטרנט תלויים זה בזה וערכים זה לזה. כמאמר חז"ל בנושא שונה במקצת:

אמר רבי שמעון בר יוחאי: משל לבני אדם שהיו יושבין בספינה נטל אחד מהן מקרח והתחיל קודח תחתיו. אמרו לו חבריו מה אתה יושב ועושה? אמר להם מה אכפת לכם? לא תחתי אני קודח? אמרו לו שהמים עולין ומציפין עלינו את הספינה.⁴⁰

כל מי שבקיא בתחום יודע ומבין כי ספינת האינטרנט תלויה בכל גולשיה ובכל המחברים אליה. רשת האינטרנט נוסדה, התפתחה וקיימת כיום בזכות כל אותם פרטים התומכים, עוזרים ודואגים לשלמותה. מדיניות ציבורית נכונה ונאותה חייבת להתבסס על כך ולעזור במגמה זו. אם נחזור למטאפורות, הרי שבמקום לראות באינטרנט "חלל" המחולק "לשטחים" נפרדים, האם לא יהיה זה נכון יותר לראותו כספינה? ספינה המתקדמת למטרה שאינה מוגדרת לגמרי כיום, אך לכל הדעות כל רכיביה תלויים זה בזה? ספינה שיש בה מלחים ונוסעים רבים והיא פתוחה לקלוט אף יותר, אך על כולם לשתף פעולה במידה זו או אחרת?

ואם כבר משתמשים אנו במטאפורה של "ספינה", הרי החוק הימי שונה לחלוטין. על פי החוק הימי, רב החובל הוא הסמכות העליונה בספינה והוראותיו הן החוק. בעבר, יכול היה רב החובל אף להוציא להורג מלחים שהמרו את פיו או להותירם לנפשם על אי בודד. אם נסתכל על האינטרנט כ"ספינה", ועל בעלי אתרים וגולשים כ"מלחים"

38 ראו למשל מאמרו של ד"ר יובל קרניאל (בחוברת זו).

39 Newsweek (international edition) 7.11.2005 p. 9.

40 ויקרא רבה (וילנא) פרשה ד, ד"ה ותני חזקיה.

ו"נוסעים" בהתאמה, ההשלכות המשפטיות תהיינה שונות לחלוטין. המטאפורה תדרוש מכל בעל אתר וגולש לעמוד בתנאי סף, לשמור על ביטחון האתר ולהתנהג כИАות ועל פי חוקים. ולא, ייתכן שייזרק מהספינה כיונה ויבלע בבטנו של הלווייתן... מדוע להתייחס לאינטרנט כ"חלל וירטואלי" דווקא ולא כ"ספינה וירטואלית"?

מטאפורת "המקום" גם גורמת לניתוח בעייתי של החוק, וניקח לדוגמה את עבירת החדירה למחשב שלא כדין. מי שנכנס לאתר ללא רשות הרי שלכאורה חדר אליו. דינו של החודר למחשב כדין מי שנכנס לבית חברו ללא רשותו, אלא שמבחינה מהותית גרידא, אין קשר בין המטאפורה למציאות. שעצם המושג "חדירה" הוא מושג הכרוך בעולם הגופני שבו יש לדברים נפח ומשקל. חדירה בעולם הפיסי פירושה מעבר גבול/גדר/ קיר/ מחסום ו/או כל תחום מוחשי אחר. כדי לחדור צריך שיהיו גבולות שאותם יש לעקוף ולעבור. אולם, למה הכוונה ב"חדירה" כשמדובר במחשב? "אתר" אינטרנט אינו מקום. בפועל, "אתר" אינו אלא מחשב שבתוכו תוכנה המתקשרת באופן רצוף עם מחשבים רבים אחרים. בדרך כלל, שרת אחד מכיל בתוכו הרבה מאוד אתרים שכולם פעילים.

אם כבר מבקשים אנו להשתמש במטאפורת "המקום", הרי שהמטאפורה המתאימה היא לאדם המוזמן לבית חברו, מסתובב שם באופן חופשי, כאשר ישנן מספר פעולות שחברו אינו רוצה שיעשה, והוא דווקא כן רוצה לבצען. יש הבדל מהותי בין תפישה זו לבין תפישת "הפורץ", שאליה מתייחסים אנו.

קושי זה מביא למצב בעייתי בעבירת החדירה למחשב. מצד אחד, כמעט שאין מדינה בעולם ללא חוקים האוסרים חדירה שלא כדין למחשב. מצד שני, קיימת מבוכה רבה ואי בהירות בהגדרה המשפטית המדויקת של המונח "חדירה שלא כדין למחשב". עד היום לא התגבשה דעה ברורה בדבר אותה חדירה למחשב ומאפייניה הבולטים. יש הטוענים שכיום כל המחשבים "חודרים" זה לזה כל הזמן ואת הדגש יש לשים דווקא על היסוד של "שלא כדין".⁴¹ גישה זו נתונה לוויכוח, ובמיוחד ההצעה לוותר על יסוד

O. S. Kerr "Cybercrime's Scope: Interpreting "Access" and "Authorization" in 41 Computer Misuse Statute" Vol. 78 No. 5 **New York University Law Review** (2003) pp. 1596-1668.

קר עצמו הציע הצעה מעניינת המבוססת במקצת על הסיבות לחקיקת רוב חוקי המחשבים כיום. לדעתו, חוק המחשבים חוקק בתקופה בה הייתה סביבת העבודה שונה. בתקופה הטרור-אינטרנטית ואף מעט אחריה, כל התקשרות עם מחשב נעשתה באמצעות הכנסת שם משתמש כלשהו שגובה בסיסמת כניסה. כדי להתחבר היה צורך להתקשר, להזין שם וסיסמא ואז ורק אז הופעל החיבור. בתקופה זו, היה ברור מהי חדירה. חדירה הייתה בעצם עקיפה של הצורך בשם ובסיסמא, בדרך כלל, על ידי שימוש בשמות ובסיסמאות של אחרים. לא היה לכן כל צורך מיוחד להסביר את המונח "חדירה". אלא שמאז השתנה פלאים המצב הטכנולוגי. מחשבים מקושרים ומתקשרים ביניהם כיום בדרכים משונות. דואר אלקטרוני, החלפת תכנים אוטומטית, קבצי מוזיקה המוצעים לכל, שידורי רדיו וטלוויזיה דרך האינטרנט, מצלמות רשת בזמן חי, ויישומים שונים ורבים אחרים, זמינים לשימוש. חלקם אף פועל באופן אוטומטי כמעט ובשוקף למשתמש. במצב מעין זה, של פעילות

החדירה כליל וניתן להתרכז בשאלת חוקיות המעשה ("כדין" או "לא כדין"? זו השאלה). אולם, זוהי הוכחה נוספת לבעייתיות המטאפורה. אם העבירה המרכזית והבולטת בעבירות מחשב, העבירה של "חדירה למחשב שלא כדין", מעלה ספקות כה רבים, מה נאמר על העבירות הצדדיות יותר?

סיכום מטאפורת האינטרנט "כמקום": המסקנה הברורה היא, כי מטאפורת האינטרנט כ-cyberspace (האינטרנט כ"חלל וירטואלי") גורמת יותר נזק מאשר תועלת; היא אינה מתאימה כלל למציאות הפיסית, היא אינה מסייעת לנו בהגדרה של עבירות החדירה למחשב, היא מונעת הטלת אחריות משפטית על בעלי אתרים שאינם מוגנים, ולטווח הארוך (לפחות לדעת הנטר) היא עלולה לגרום לפגיעה חמורה ברשת האינטרנט.

2. המטאפורות המשמשות לפרטיות באינטרנט – אורול, קפקא והחשיפה לאור השמש

כיום, במאה העשרים ואחת, אין חולק על הזכות לפרטיות. אך יש לזכור, כי זכות זו במובנה המשפטי היא חדשה יחסית. ניצנים של זכות זו קיימים גם במשפטים קדמונים יחסית. כך, למשל, במשפט העברי קיים המושג של "היזק ראייה", המתבסס על זכות האדם שלא להיראות על ידי אחרים בזמן שאין רצונו בכך.⁴² כבר לפני יותר מאלף שנה נקבעה ההלכה שאין לפתוח ולעיין במכתבי אחר (במסגרת מה שמכונה חדר"ג – חרם דרבנו גרשום).⁴³ אולם, למרות סנוניות אלו, ההכרה המקיפה בזכות ובהשלכותיה החלה רק בעידן המודרני.

מתמדת, רוחשת ושוקקת, לא ברור תמיד מהי חדירה מותרת, מהי חדירה חצופה ומהי חדירה שלא כדין.

לדעת פרופ' קר, במצב הקיים כיום של אינטראקציה בין מחשבים, הרי שהחדירה קיימת כמעט תמיד. את ההבדל בין חדירה מותרת לאסורה יש למצוא ביסוד של "שלא כדין". הצעתו היא להבדיל בין חדירות "שלא כדין", הנובעות מיחסים חזויים שבין הצדדים, לבין חדירות שעקפו סיסמאות והגנות המבוססות על קוד המחשב (ובביטוי: "Regulation by Code Versus "Regulation by Contract"). לגישתו, העובדה שבעל מחשב אינו שש למעשי החודר אליו, אינה מספקת. העובדה, שבעל האתר אינו מעוניין במעשי אחרים אין לה דבר עם ההליך הפלילי. רק אם החדירה הצליחה לעקוף אמצעי אבטחה ברורים כלשהם, ומטרתה הייתה לעקוף אמצעים אלו, אז ורק אז מדובר בחדירה שלא כדין.

42 על היזק ראייה במשפט העברי ראו: ג' קלוגמן "על 'היזק הראייה'" **עיני משפט** ה (התשל"ו-התשל"ז) 425-439; אנציקלופדיה תלמודית, ערך "היזק ראייה", כרך ח, ע' תרנט; ראו א' שיינפלד, נזיקין (בסדרה חוק לישראל, בעריכת נ' רקובר, ירושלים, התשנ"ב) במפתח, ערך "היזק ראייה".

43 על רבנו גרשום, חייו ותקנותיו ראו ד"ר ש' אידלברג "רגמ"ה המתקן, המשיב והפייתן" **סיני** לו (תשט"ו) (מופיע גם באתר <http://www.daat.ac.il/daat/kitveyet/sinay/ragma-4.htm>). על

במשפט המודרני האנגלו-סקסי מקובל לראות במאמרם של וורן וברנדייס את הסנונית הראשונה לפיתוח המשפטי של הזכות לפרטיות.⁴⁴ מקריאתו של המאמר עולה בבירור, כי המחברים מודעים לחידוש שהם מחדשים בזכות לפרטיות, ורואים ביכולת פיתוח זאת של זכויות את אחד מיתרונותיו של ה-Common Law. יושם לב שמאמר זה ועד ימינו חלפו רק כמאה וחמש עשרה שנה. פרק זמן זה נחשב אולי ארוך, אולם יחסית לזמן הרב שבו פותחו דוקטרינות משפטיות בסיסיות, כגון זכות הקניין, הזכות לגוף, חופש הביטוי, זכויות ילדים וכו', מדובר בפרק זמן קצר למדי. אין פלא שעד היום קיימות מחלוקות, אי הסכמות וחוסר בהירויות לגבי טיבה, היקפה והצדקותיה השונות של הזכות לפרטיות.

דווקא בגלל הערפול שמסביבה, קיימת חשיבות יתירה למטאפורות שבהן משתמשים אנו בדיוננו בפרטיות. שימוש במטאפורה שגויה בנסיבות אלה, עלול להביא לתוצאות בעייתיות, כפי שנדגים.

נתחיל בתיאור קצר של ניתוחו של פרופ' דניאל סולוב. מדובר בתיאוריה מעניינת הטוענת נגד מטאפורת "האח הגדול" של אורוול ובעד שימוש במטאפורה הקוחה מ"המשפט" של קפקא.⁴⁵ על פי סולוב, רוב הדיון היום אודות הפרטיות, משתמש במטאפורה של "האח הגדול". כזכור, "האח הגדול" הוא אחד "מגיבורי" ספרו המפורסם "1984" של אורוול.⁴⁶ הספר עצמו הוא אלגוריה על המצב ברוסיה בשנת 1984, והאח הגדול הוא כמובן סטאלין, אולם הספר הפך למשל לכל משטר טוטליטארי כאשר יהיה. במשטר מעין זה, מטרת השלטון היא להשיג ציות ומשמעת מושלמים. אחת הדרכים לעשות זאת היא באמצעות מעקב אינטנסיבי וקבוע אחרי כל אזרח ואזרח. המטרה היא למחוק את החיים הפרטיים ולהגיע לשליטה על המחשבות עצמן ולא רק על המעשים. כדי להיפטר מהפרטיות, קיימים שומרים ברחובות, מסוקים באוויר, דרכים ממוסדות של פיקוח, תרבות של הלשנה הדדית ועוד. אחד מכלי הפיקוח הראשיים הוא מכשיר הנקרא "טלסקרין" (טלוויזיה דו צדדית) הנמצא בכל בית ואשר

הגנת הפרטיות במשפט העברי ראו נ' רקובר "הגנה על צנעת הפרט, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי" **משרד המשפטים** ד (תש"ל).

44 S. Warren & L. D. Brandeis "The right to privacy" 4 **Harvard Law Review** (1890) 193.

המאמר מופיע גם באינספור אתרים. ראו למשל: <http://www.louisville.edu/library/law/brandeis/privacy.html>.

45 D. J. Solove "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy" Vol. 53 **Stanford Law Review** (2001) p. 1393-1462; D. J. Solove "The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age" **New York University Press**, (2004) pp.283.

46 הספר יצא לאור ותורגם לעברית יותר מפעם אחת. בשנת 1953 תרגמה: יהודית אביטל, ת"א: הוצאת פלס. ובשנת 1971 תרגם ג' אריין, ת"א: הוצאת עם עובד.

ניתן באמצעותו לפקח על הנוכחים. יושם לב, כי איש אינו יודע מי ומתי מפקח עליו, אך החשש לביקורת קיים כל הזמן.

מטאפורה זו של ה"אח הגדול" שולטת בשיח הנוגע לפרטיות, ובעיקר ביחס למאגרי מידע גדולים הנמצאים בידי השלטונות. על פי מטאפורת "האח הגדול", החשש הוא כי ייעשה שימוש בידע זה על מנת לשלוט, לפקח, לבקר ואף להשפיע ולהפעיל את האזרח. זכות הפרטיות נתפשת במסגרת יחסי כוח בין האזרח לשלטון. השלטון רוצה להחזיק את המידע כדי לדעת על האזרח ככל שניתן. המטרה היא, כמובן, שימוש במידע לצורך שליטה ובקרה על התנהגות האזרח. השלטון רוצה לדעת כדי לפעול, לדעת מה חושב האזרח על השלטון, כיצד הוא מבלה את זמנו הפנוי, מי הם חבריו, ועוד כהנה וכהנה.

יש הרבה היגיון בשימוש במטאפורה זו וקשה להתעלם ממנה. נכון לתחילת המאה העשרים ואחת, היא משמשת בפועל משטרים רבים. בסין, לדוגמה, קיימת משטרת אינטרנט, שלה קרוב לארבעים אלף שוטרים.⁴⁷ הללו לא רק עוקבים אחרי גולשים באינטרנט אלא אף מביעים את דעתם (אנונימית כמובן). כך, למשל, התלונן גולש באחד הפורומים על כך שניידות המשטרה החולפות ברחוב בו הוא מתגורר גורמות לרעש. השוטר הגיב מיד בטענה שהשוטרים ודאי היו בתפקיד בשעת חירום וכי הם מסכנים את חייהם מדי יום למען הציבור, ויש לעודדם (כמובן, בלא להזדהות כשוטר). במקרה אחר בו ניסו גולשים להשיג מידע על הפגנה ספונטנית, שבה נהרגו מפגינים סינים, גילו כי לא ניתן להשיג ברשת הסינית מידע על אירוע זה וכי נחסמו הקישורים לאתרים מחוץ לסין.⁴⁸ המגמה המפורשת בסין היא כנראה לא רק לבקר את תעבורת האינטרנט, אלא אף להשפיע על החשיבה עצמה. המטרה היא לנסות להפנים את דעות המשטר בקרב הגולשים בלא שהללו יהיו ערים להשפעה זו. דוגמה נוספת היא השקתו של מנוע החיפוש "גוגל" בגרסה סינית, אשר עד כה הגישה אליו נתקלה בקשיים רבים מצד הגולשים בסין. השקתה של הגרסה כאמור הוסכמה רק אחרי דיון ממושך שבו נאלצה חברת "גוגל" להסכים להשיק שירות חיפוש מצונזר ומנוטר. "גוגל" מאמינה כי היא הגיעה ל"איזון" סביר בין החוקים הסיניים לבין מטרת החברה "להפוך את כל המידע בעולם לזמין".⁴⁹ מגמות מעין אלו יש לא רק בסין, דו"חות שונים מפרסמים

47 מטבע הדברים, המספר המדויק אינו ידוע בבירור. ראו ידיעות שונות באתרים הבאים העוסקים ב"משטרה" זו: <http://home.netvision.net.il/Article/?ArticleID=112485&sod=10>; <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2611193,00.html>.

48 על צנזורת האינטרנט בסין ראו האתרים הבאים: <http://www.hrw.org/back-grounder/asia/>; <http://www.opennetinitiative.net/studies/china/>; china-bck-0701.htm.

49 ראו בעניין זה: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3206052,00.html>.

מדינות המכונות "אויבות האינטרנט". בחלקן לא ניתן כלל להתחבר לרשת, בחלקן יש צנזורה קשה, בחלקן נחסמים אתרי אופוזיציה, והדברים ידועים.⁵⁰ מגמות מעין אלו קיימות גם במדינות הנחשבות לנאורות. בבריטניה קיימות זה כמה שנים מצלמות המצלמות בשטחים ציבוריים. בכמה מקומות קיימות תוכנות משוכללות העוסקות בזיהוי פרצופים והמבקשות להשוות בין פנים אלו לבין פניהם של עבריינים לשעבר הנמצאים במאגרי המידע. לאחרונה התברר, כי קיימת תוכנית בבריטניה להציב מערכת מצלמות כביש שינטרו ויזהו לוחות זיהוי של מכוניות על הכביש. המטרה המוצהרת היא לדעת אלו עבריינים מורשעים נמצאים היכן, אלו חשודים היו אתמול בלילה והיכן, איזו מכונית גנובה נוסעת קרוב למכונית של עבריין ידוע וכדומה. לפי הדיווחים, מערכת זו אף תדע אם יש לבעל הרכב ביטוח ורישיון בתוקף, וכמובן תהיה מקושרת ותעביר נתונים למחשבי מס הכנסה והביטוח הלאומי.⁵¹ גם בישראל השתמשה הפסיקה במטאפורה של "האח הגדול" לא אחת, בעיקר במקרים של עובדי מדינה שהעבירו מידע ממאגרי מידע, וכדי להחמיר בעונשם. כדברי השופטת ביניש:

ההישגים הטכנולוגיים של העידן המודרני הביאו עמם כתוצאת לוואי אפשרויות נרחבות לפגיעה בפרטיות. מאגרי המידע המצויים בידי הרשויות, בכלל, ובידי מס הכנסה, בפרט, נותנים בידי עובדי הציבור שיש להם גישה אליהם יכולת ועוצמה לאסוף מידע רב על כל אדם מהציבור בישראל בכל היבט מתחומי חיו. חזונו האפוקליפטי של ג'ורג' אורוול בדבר 'האח הגדול' עלול על נקלה להפוך למציאות חיים אם לא ייושמו הגבולות לנגישות למאגרים ולשימוש בהם מעבר למטרה המוגבלת שלשמה ניתנה הסמכות למופקדים על מאגרי המידע.⁵²

השימוש במטאפורת "האח הגדול" מופיע כמעט בכל שיח הדין בפרטיות. כמעט כל כתבה עיתונאית ו/או אינטרנטית הדנה בנושא, מזכירה את "האח הגדול" בדרך זו או אחרת. ניתן לומר בבירור כי זוהי המטאפורה השולטת בכל דין ודברים על פרטיות.⁵³

50 ראו בעניין זה האתרים הבאים: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340, L-3172033,00.html>

[#n](http://www.rsf.org/rubrique.php?id_rubrique=273).

51 ראו האתרים הבאים: http://www.theregister.co.uk/2005/11/15/vehicle_movement_

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3188721,00.html> ; database/

52 עש"מ 7789/02, נציבות שירות המדינה נ' אשואל, פ"ד נו(1) 920, ע' 928-929. זהו ציטוט מפסק דין של השופטת ביניש בעניין דומה (עש"מ 6843/01 בן דוד נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נו(2) 918, ע' 924-925).

53 ראו לדוגמה הרשימות הבאות שבכולן מופיע מוטיב "האח הגדול" כמוטיב עיקרי בעניינים הקשורים לפרטיות: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=265008>;

אולם, למרות הנטייה הטבעית להתבונן בפרטיות במסגרת זו, אין היא נכונה לדעת סולוב. כיום, נאסף רוב המידע בצורה מכאנית בידי מחשבים ומכונות הרחוקים מקביעות ערכיות. הוא נאסף בצורה מבוזרת בידי גופים שונים שמטרתם היא כלכלית בעיקרה. הם מעוניינים לדעת על האדם ואולי להבין מה יגרום לו לרכוש את מוצריהם, אך הם רחוקים מניסיון שליטה בו, כדוגמת "האח הגדול".

קיימת, לדעת סולוב, מטאפורה ספרותית מתאימה יותר והיא לקוחה מהספר "המשפט" של קפקא.⁵⁴ הספר עצמו הוא תיאור עלילתי של האזרח יוסף ק. שמתעורר יום אחד ומגלה כי קבוצת פקידים הגיעה לביתו לצורך מעצר. ליוסף ק. אין כל ידיעה מדוע ואיך נעצר, אלא שהוא מגלה להפתעתו כי איש אינו יודע זאת, כולל פקידי מערכת המשפט עצמם. יתרת הספר עוסקת במאמציו הנואשים של יוסף ק. להבין את מצבו בסבך הבירוקרטיה. העובדה החמורה במצבו של יוסף ק. היא העובדה שהמערכת המשפטית כלל אינה מתעניינת בו עוד. אין לו מושג אם יפתח נגדו משפט, אם יעמוד לדין, מה האשמות ואם מאן דהוא יפנה אליו אי פעם או לאו. יוסף ק. מסיים את חייו, אך לתשובות בדבר עניינו המשפטי עדיין לא הגיע.

קפקא מתאר אדם חסר אוניס שאין לו ידיעה ברורה על המתרחש ואין לו יכולת אמיתית להגיב ולפעול. הוא בוודאי אינו מסוגל לשנות את מצבו מהסיבה הפשוטה שמצבו אינו ידוע לו, ולא ברור אם מאן דהוא יודע אותו. אלא שעל סמך אותו מידע נעשות החלטות לגביו, החלטות העלולות להגיע עד מעצרו, החרמת נכסיו ועוד. גם אם אין בו כל פגיעה ישירה, עצם ידיעתו על אותו מידע שנאגר אודותיו פוגעת בו. אין לו התנגדות לאגירה העשויה להיות מוצדקת ונכונה, אלא לכך שאין לו, אישית, כל ידע על מידע הקשור אליו. בעיקר מציקה העובדה שאין הוא יכול לשנות דבר, או לערער על נכונות אינפורמציה זו.

לדעת סולוב, מאגרי המידע הממוחשבים הקיימים כיום מתאימים למודל של קפקא ולא למודל של אורוול. נגד כל אחד מאיתנו מצטברים מאגרי מידע אימתניים במקומות מבוזרים שאין לנו ידיעה עליהם. מידע זה נאגר באופן אוטומטי ובלא שיש לנו שליטה ובקרה על כמותו, היקפו ודיוקו. התחושה היא של פגיעות וחוסר אוניס שנגדה יש להיאבק.⁵⁵

<http://www.hagada.org.il/hagada/html/modules.php?name=News&file=article&sid=>

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-7,00.html270445;1791>

54 פ' קאפקא המשפט (תרגום ישורון קשת, הוצאת "שוקן", ירושלים-תל-אביב, 1977).

55 תחושה זו של חוסר אוניס מול תופעות שאין שליטה עליהן היא ידועה. כך, למשל, בסוף 2004 נגרמה היסטריית-מה עקב לוויין שנראה בגבול לבנון, וצוללת מסתורית שחמקה מחופי הארץ. היו שהסבירו זאת לא מסכנה שלא הייתה כנראה, אלא מתחושת חוסר האונים שמישהו מצלמך בעת שאינך מוכן וללא הסכמתך (גם אם דבר לא יקרה). ראו בעניין זה ' אידלסון, "דבר העורך" פופולר סינס (מהדורה עברית 2004) ע' 4.

אם מקבלים אנו מטאפורה זו של פגיעה בפרטיות, הרי שהפעולה שיש לנקוט אותה שונה לחלוטין מהמטאפורה האורוליאנית. לפי מטאפורת "האח הגדול", עלינו להיאבק ככל האפשר נגד צבירת מידע, ובעיקר – על ידי הממשלה. לפי מטאפורת "המשפט", עלינו להיאבק בעיקר על זכות האנשים לשלוט על הליך צבירת המידע, על זכותם לדעת את שנאגר ועל זכותם לתקן מידע שגוי בהליך פשוט ומהיר. סולוב אכן מציע רעיונות לפעול בדרך זו.⁵⁶

היו כאלה שביקרו את רעיונותיו של סולוב בנקודה זו או אחרת,⁵⁷ אולם, לדעתנו, אין מדובר בהכרח בסתירה בוטה בין שתי המטאפורות השונות. יש היגיון בשתייהן, אולם השאלה היא היכן יש לשים את הדגש. האם במניעת הצטברותו של מידע אישי ובהרמת קשיים בשימוש בו, כדרישת מטאפורת "האח הגדול", או שמא יש לשים את הדגש דווקא על אפשרות מושא המידע לשלוט על המידע? המחלוקת העיקרית היא, כמובן, על נקודת האיזון, וזאת תלויה בדעתנו על המטאפורה המתאימה יותר.

טענתו של סולוב מתחזקת לנוכח הטענות, כי אנו מתקרבים למצב שבו כמעט כל מידע שנאגר יהיה נגיש לכל אחד, ונסביר. ישנם מלומדים הגורסים, כי החברה של ימינו עוברת לכיוון מה שמכונה "חברת המידע הפתוח".⁵⁸ אין חולק שחברתנו היא חברת המידע בה מצטברת כמות עצומה של מידע על כל אדם ואדם. מידע זה נוגע לכל צדדי אישיותו וכולל פרטים על רכוש, גופו, העדפותיו, נטיותיו, הוצאותיו ועוד. ריבוי מידע זה אינו מצטמצם, כמובן, לבני אדם דווקא אלא מתפרש גם על תאגידים, גופים ממשלתיים ומדינות שלמות. כמעט כל מידע משמעותי כיום נמצא בדרך זו או אחרת בקבצי מחשב שונים המקושרים בדרך כלשהי לאינטרנט.

מידע זה, שחלקו מסווג וסודי וחלקו עוסק בצנעת הפרט של רבים, נמצא דרך קבע תחת התקפתם של האקרים רבים. עברייני מחשב רבים מנסים להגיע אל מידע זה ולהשתמש בו. משחקי תחול ועכבר מתקיימים בין אלו המנסים להגן על המידע לבין אלו המנסים לחדור אליו או לפגוע בו.

התיזה הבסיסית של מלומדים אלו פשוטה. מחיר ההגנה על הנתונים יתייקר כל כך עד אשר אבטחתם לא תשתלם. בודדים, חברות, ארגונים ומדינות יבחרו לפתוח את הנתונים לכל דיכפין. ממילא יהיה רוב המידע בעולם פתוח וגלוי לכל, וזאת, אף מידע

56 מעבר לכתביו למעלה (הערות שוליים 45), ראו גם מאמרו: "A D. J. Solove & C. J. Hoofnagle Model Regime of Privacy Protection" (Version 1.1) **The George Washington University Law School and Electronic Privacy Information Center – West Coast Office** (2005) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=681902

57 ראו למשל ביקורתו של Jim Harper ב-Cato Journal, הטוען כי סולוב לא התייחס די הצורך לאפקטיביות של מנגנון השוק החופשי על הגנת הפרטיות. <http://www.cato.org/pubs/journal/cj25n3/cj25n3-18.pdf>

58 ראו למשל ספרו של נ' אחיטוב "עולם ללא סודות – על חברת המידע הפתוח" (סדרת עתידות – הוצאת עם עובד, התשס"ב).

שכיום נחשב לאישי או למסווג. כולנו ניאלץ להתרגל לחיות בעולם אמיץ, חדש ופתוח, שבו כולם יודעים הכל על כולם. עולם שאותו הוא מכנה "חברת המידע הפתוח". השיטתם, דוקטרינת הפרטיות הקיימת כיום ברוב העולם המערבי תיאלץ להיעלם. החשיבות שמייחסים כיום להגנת הפרטיות לא תאבד לחלוטין, אולם היא תאבד רבות מחשיבותה. אם אכן נכונות טענות אלו, הרי ברור שעיקר הדגש צריך להיות על אפשרות הגישה למידע של מושא המידע, ובעיקר – האפשרות לשינוי/עדכון או ירצה בכך.

אין מדובר רק במחלוקת תיאורטית, יש לכך תוצאות מעשיות רבות ונדגים זאת בפסק דין שזכה להתעניינות ציבורית רבה בזמנו. אין זה המקום להיכנס לעומק פסק הדין, אך נתארו בקצרה.⁵⁹ האגודה לזכויות האזרח הגישה בג"ץ נגד משרד הפנים, נציבות מס ההכנסה, הביטוח הלאומי, רשות השידור ונגד כל הבנקים המסחריים. העילה לבג"ץ הייתה חיבור ישיר של קובץ מרשם האוכלוסין, השייך למשרד הפנים, למחשבי הביטוח הלאומי ונציבות מס ההכנסה. לשיטתה של האגודה לזכויות האזרח, קיימת כאן פגיעה בפרטיות, שכן המידע נחשף לפני פקידים רבים ללא כל בקרה. מן הראוי לכן כי כל בקשת מידע כזו תעשה באופן אינדיווידואלי.

המשיבים התנגדו ותיארו את הקשיים הלוגיסטיים לבקש כל בקשה פרטנית. נוסף לכך, הקובץ מכיל פרטי זיהוי בסיסיים של כל אדם המופיעים בתעודת הזהות. כך, למשל, השתמשו בכך הבנקים על מנת לאמת את פרטי הזיהוי בתעודת זהות שהציג לפנייהם האדם, ולפתוח לו חשבון באותו יום (שכן דרישת החוק היא שחשבון בנק ייפתח רק אחרי אימות תעודת הזהות). אם לא יוכלו לעשות כן, ייתכן שהאדם יאלץ לבוא יותר מפעם אחת ובימים נפרדים. ברור שהדרישה, שכל בקשה תהיה פרטנית, תגרום לעלויות רבות ולטרדה לכלל הציבור.

בדעת רוב (השופטים דורנר וריבלין) כנגד המיעוט (גרונים), הוחלט לקבל את העתירה, תוך התעלמות מהשאלה הכלכלית, בנימוק של הגנת הפרטיות.⁶⁰ נראה בבירור, כי ברקע החלטה זו עומדת דווקא המטאפורה של "האח הגדול", שאינה אוהדת שימוש יתר של הרשויות במידע על האדם.⁶¹ לפי המטאפורה של "המשפט", הרי אין לאדם התנגדות לעצם קיומו של המידע, אלא שברצונו לפקח עליו ולשלוט בו. מטעמים אלו דווקא עדיף היה לקשר את קובץ מרשם האוכלוסין לגופים אחרים. במקרה כזה יוכל כל אזרח לגלות בקלות אי התאמה בין תעודת הזהות שלו לבין קובץ מרשם

59 בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ. משרד הפנים ואח', פ"ד נח(4) 842, שניתן ביום 10.5.2004.

60 למען הדיוק נעיר, כי לגבי העברת המידע לגופי שלטון אחרים, פסק הדין ניתן פה אחד, רק לעניין ההעברה לבנקים היה השופט גרונים במיעוט.

61 גם בדיוני ועדת החוקה על תקנות שאמורות להיתקן בעקבות פסק הדין, נראה שישנה התייחסות לא מודעת למודל "האח הגדול". ראו הדיונים באתר: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2004-11-15.html>.

האוכלוסין. מעבר לכך, כידוע לכל, קובץ מרשם האוכלוסין נפרץ מזמן והוא מופץ לכל הרוצה בכך. נפיצותו של קובץ זה בגרסאות שונות היא אולי אחת ההוכחות הטובות לנכונות הסברה שאנו מתקדמים לכיוון חברת "המידע הפתוח". על פי הדיווחים, בלשים פרטיים מחזיקים בקובץ על מנת לאתר כתובות במהירות, חברות סקרים משתמשות בו לבניית מדגמים, עורכי דין משתמשים בו לאיתור חייבים, עמותות מסתמכות עליו להתקשרות לתורמים פוטנציאלים, ואפילו שדכנים במגזר החרדי משתמשים בו לבדיקת גילם האמיתי של בני זוג פוטנציאלים. בקצרה, הקובץ ניתן להשגה במחיר השווה לכל נפש (בין אלף לאלפיים נח ואפילו פחות, נכון לינואר 2006), על ידי כל אחד הרוצה בכך.⁶²

האם במצב עניינים כזה יש טעם וצורך להטיל עלויות וקשיים דווקא על הגופים שמטבעם מציינים יותר לחוק? אכן, ישנו סיכוי כי המידע יתגלגל מגופים אלו הלאה, אולם סביר שנציבות המס, הביטוח הלאומי והבנקים המסחריים יקפידו וישמרו על הכללים יותר מאחרים, שקובץ זה ממילא נמצא בידיהם. שוב, אם המטאפורה המודגשת הייתה של "המשפט", הרי לא היה מקום וטעם להחלטה מעין זו. הדגש היה צריך להיות על נגישות האזרח למידע שעליו או יכול להשפיע עליו, כפי שהסברנו קודם.

שתי המטאפורות שהצגנו עשויות לעיתים גם להוביל למסקנות מנוגדות. אם הדגש הוא על החשש מ"האח הגדול", הרי יש לעודד צעדים מסוימים להגנה על האזרח מפני השלטון שיתכן שיפגעו בפרטיות. כך, למשל, יש אולי מקום לשמור על אנונימיות של אזרח המפרסם ביקורת אינטרנטית על משרד ממשלתי שהוא אחד מעובדיו, ביקורת שלעיתים הוא חושש לפרסמה שמא יבולע לו.⁶³ יש אף הטוענים שצריך לחזק אנונימיות זאת המהווה חלק מזכויותיו של האזרח הקטן, ופגיעה בה מהווה פגיעה בפרטיות של אותו מתלונן/רוטן.⁶⁴ מאידך גיסא, אין ספק שאנונימיות זאת יכולה להביא להשמצות פרוצדורות וקשות נגד עובדי מדינה תמימים או נגד סתם אזרחים מן השורה. הללו אף לא יוכלו להגיב או לפעול נגד הפוגע בהם, אם אכן יהיה אנונימי. אלו שרואים את המטאפורה המרכזית כמטאפורה "המשפט", יתנגדו כמובן לאנונימיות. הדגש יהיה על פרטיותו של האזרח שעלולה להיפגע על ידי השמצות חסרות רסן עליו.

62 על פי השמועות, ניתן גם להשיגו חינם אין כסף באתרי שיתוף קבצים, וישנם גם קבצים "מעודכנים" יותר הכוללים גם מספרי טלפון ופרטים אחרים. ראו, למשל, ידיעה העוסקת בכך באתר הבא: http://www.bambili.com/bambili_news/katava_main.asp?news_id=11593&sivug_id=3

63 ואין אנו מדברים על מדינות כאיראן, סין וסוריה, ששם המדיום האינטרנטי הוא הכרחי לשם ביקורת על המדינה.

64 ראו בעניין זה מאמרו של מיכאל בירנהק: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,> L-3195031,00.html

שתי מטאפורות אלו, המשמשות להגנת הפרטיות אינן היחידות. במקביל אליהן קיימות אחרות שלא כולן מגינות על הפרטיות. נדגים אחת שאנו מכנים מטאפורת "העוקץ" או "החשיפה לאור השמש". בניגוד לשתי הקודמות, הרי זו דווקא מאפשרת באופן מובלע פגיעה בפרטיות של אנשים. ההנחה המסתתרת מאחורי גישה זו היא, כי ישנם נוכלים שמטרתם היא להשיג רווחים באינטראקציה חד פעמית, ואחר כך להיעלם ולחפש קרבנות אחרים (ומכאן הכינוי "העוקץ"). הדרך הטובה ביותר להילחם באלו, היא חשיפתם לכלל הקרבנות הפוטנציאליים. זאת, בעקבות הטענה הידועה כי "אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר", קרי, פרסום ברבים מונע נוכלויות, שחיתויות ומעשים בלתי כשרים אחרים. השימוש באור השמש כ"מחטא" הוא שימוש במטאפורה מעולם הרפואה, ולאור השמש יש קונוטציה חיובית בדרך כלל.⁶⁵

אשר על כן, קיימים אתרים רבים שבהם יכולים המעורבים באינטראקציה להעיר ולחשוף את התנהגות הצד השני. "החשיפה" משתרעת על פני תחומים מגוונים. אתר e-bay למשל, שהוא אתר המכירות הפומביות הגדול בעולם, מכיל רשימת "מוניטין" לגבי כל מוכר וקונה הנמצאים באתר.⁶⁶ ברשימה זו ניתן לראות את הדירוג של כל משתתף, שהעניקו לו כל המעורבים באינטראקציה הקודמת. גם בישראל קיים אתר המדרג בעלי מקצוע על פי ציונים שנתנו להם לקוחות קודמים.⁶⁷ לפעמים הדירוג הוא בנושאים אישיים ממש. לאחרונה נפתח אתר ישראלי המיועד לנשים בלבד, שבו מחליפות המשתתפות אינפורמציה ומדרגות גברים המופיעים באתר היכרות באינטרנט.⁶⁸ המטרה המוצהרת של האתר היא לתת מידע אמין על אותם גברים שאולי מציגים את עצמם באור שונה מהאמיתי (כגון כרווקים בעודם נשואים). אלו הן רק דוגמאות לשלל אתרים הנותנים מידע על שירותים, עסקים, אנשים, ועוד כהנה וכהנה.

אין ספק, שדירוג ברשימה כזו מהווה מניע מהותי לשיפור התנהגות, אך לא ברור אם המדורגים בעל כורחם מאושרים מכך. ברור שקיימת כאן פגיעה ברורה בפרטיות. בחלק גדול מהמקרים מושאי המידע בוודאי אינם מסכימים שפרטים אודות עברם (שיכולים להיות בדויים) יפורסמו לכל דיכפין באינטרנט (או לכל דיכפין המשלם את דמי הרישום). על אף זאת, נראה שאין התמרמרות ציבורית כנגדם, למרות שהנזק שהם עלולים לגרום ברור. אם כבר, ישנה אולי דרישה שהפרטים יהיו מדויקים יחסית.

הסיבה להסכמה לפגיעה בפרטיות היא ההנחה המונחת ברקע אותם אתרים, ההנחה כי יש המנצלים את הפרטיות לרעה, ומכים בציבור שוב ושוב. המטאפורה השולטת כאן

65 מידע ידוע מראש יוכל להקל על יישוב סכסוכים בין המעורבים אם יהיו כאלה. על יישוב סכסוכים באינטרנט ראו: א' טננבוים וא' ליבר "יישוב סכסוכים מקוון – ההווה והעתיד" **שערי משפט** ג(1) (תשס"ב) 75-88, באתר: <http://www.mishpat.ac.il/objects/ktav7-6.pdf>.

<http://www.ebay.com/> 66

<http://www.midrag.co.il/> 67

<http://www.gossip.co.il/> 68

היא החשש מאותו נוכל-עוקץ הפוגע בקרבן, בורח – ומכה שנית. כדי להיאבק בתופעות אלו מסכים הציבור לפגיעה, לעיתים בלי שים לב כי מדובר בפגיעה של ממש. אותה חשיפה לובשת לפעמים מימדים מהותיים. לאחרונה עוסקת מערכת המשפט בהעברת כל התיקים והפרוטוקולים לרשת האינטרנט. במקרה כזה, גם כל תביעות הנזיקין וענייני עבודה יופיעו ברשת, כולל שמות הצדדים ופרטיהם. חלק מהתביעות מתייחס למחלות נפשיות, לקשיים בתפקוד מיני ולסתם פגיעות גופניות שתובע רגיל אינו מעוניין שיפורסמו ברבים. אמנם, ניתן לבקש כי המשפט יתנהל בדלתיים סגורות או שלא יפורסמו פרטים על המשפט, אך הנחת היסוד היא שאלה יפורסמו, ולא ברור שבקשת איסור פרסום תתקבל. ביקורת נמתחה על תופעה זו מצד ארגוני נכים שונים, במיוחד חולים שלמחלותיהם ישנה סטיגמה מסוימת, אך לא נראה כי התנגדויות אלו ישנו את המדיניות.⁶⁹

סיכום מטאפורות המשמשות לפרטיות: פרטיות היא נושא מורכב המוסבר באמצעות מטאפורות שונות. הצגנו בקצרה את מטאפורות "האח הגדול" ו"המשפט" המשמשות להגנתה, ואת מטאפורת "אור השמש המחטא" המשמשת לפגיעה בה. כל אחת מהמטאפורות היא סבירה והגיונית כשלעצמה, ככל שהשימוש בה הוא במידה המתאימה ובמקום הראוי, מה שאינו קורה בהכרח. כיום, מושלת בכיפה מטאפורת "האח הגדול" בעוד האחרות חוסות בצילה. דומיננטיות זו אינה בריאה וגורמת לתקלות, כפי שכבר הראינו.

3. תוכנות מחשב פוגעניות כ"וירוס"

מטאפורת "הוורוס" ידועה לשמצה ואין כמעט גולש אינטרנט שלא שמע עליה בדרך כלשהי. המטאפורה ברורה: כמו וירוסים הנכנסים לתא החי, משתלטים עליו, גורמים לו לייצר וירוסים חדשים ונוספים ובסופו של דבר משמידים את התא החי, כך קיימות תוכנות המשתלטות בדרך זו או אחרת על המחשב וגורמות לו נזקים.⁷⁰ מטאפורה זו אף קיבלה ביטוי משפטי למהדרין בעברית בכינוי "נגיף מחשב" המופיע ברוב תפארתו

69 **להלן הכותרת באתר עמותת על"ה (עמותת לחולי המופיליה):** "שערוייה בארץ: עקב פרצה בחוק ניתן לחשוף מידע רפואי רגיש על חולים, ללא הסכמתם. הדברים מתרחשים באופן חופשי באינטרנט ובכל מקום ללא פיקוח ע"י פרסום פסקי דין. הבעיה תחמיר בקרוב עקב החלטת מנהל בתי המשפט, כבוד השופט בעז אוקון, על פרסום שיטתי ויסודי באתר בתי המשפט של פרוטוקולים ותצהירים של דיונים כולל בתי הדין לעבודה, שם מתנהלים דיונים של מבוסחים, המתדיינים מול המוסד לביטוח לאומי." ראו אתרם ובו ביקורת קשה ותלונות על מצב זה: <http://www.hemophilia.org.il/scandal.htm>

70 אתרים רבים מחזיקים "אנציקלופדיית" (וגם זו מטאפורה) של וירוסים ותוכנות מזיקות שונות. ראו למשל: <http://www.sophos.com/virusinfo/analyses/>

בחוק המחשבים.⁷¹ נעיר שמטאפורת "הווירוס" אינה יחידה וישנו צרור מטאפורות שונות ומשונות בעלות כינויים מתוחכמים להפליא; מדברים היום על "סוס טרויאני", "תולעת", "קוד זדוני", "רוגלה" (spyware), ועוד כהנה וכהנה, כיד הדמיון הטובה על כתבי המשפט.⁷²

דא עקא, שיש הבדל ממשי בין וירוס אמיתי לבין "ווירוס מחשב" וההבדל העיקרי הוא גם הפשוט והברור מכל. וירוס אמיתי לא נוצר (בדרך כלל) על ידי בני-אדם, לא נוצר בכוונת יצור תמותה, ובדברנו על וירוס מדברים אנו על וירוסים שאין בהם תועלת. הביטוי "יש לי/לו וירוס" משמש תמיד להורות על מחלה לא נעימה.

עובדה זו היא הפוכה לחלוטין לתוכנות מחשב שונות הידועות בכינוי "ווירוסים", שנוצרו אך ורק על ידי בני אדם ובכוונה תחילה. אשר על כן, אין כל מניעה כי תוכנות מחשב הפועלות ומתפשטות בדרכם של הווירוסים יהיו חיוביות דווקא. מה רע בתוכניות אשר באופן עצמאי יסרקו את המחשב, יתקנו את הטעון תיקון, ישדרגו את הדרוש שדרוג, וכן הלאה? מדוע לא תשכפל תוכנה כזו את עצמה ותגרום רק לטוב?

אלא, שכה רגילים אנו עם המטאפורה "ווירוס" שאפילו המחשבה בכיוון זה מפתיעה. דומה, שכל משתמש מחשב שהיה חשוף לבהלת "הווירוסים" יחשוש מאוד מלתת לכל תוכנה להתעסק במחשבו (כולל כמובן כותב מאמר זה). אפילו מחשבה בכיוון זה נראית לנו מופרכת. שוב, לנו נדמה שאחת הסיבות להתנהגות כמעט אינסטינקטיבית זו נובעת משימוש במטאפורת הווירוס, שבמפורש אין היא המתאימה ביותר להגדרת תוכנות מזיקות למיניהן.⁷³

אולי דווקא כדי להימנע מכך, יש כאלה המשתמשים במונח "סוכן" (agent) ויש שתרגמו זאת לעברית כ"סוכנה". מטאפורת "הסוכן" היא נייטרלית משום שיכולים להיות "סוכנים טובים" ויכולים להיות גם "סוכנים רעים", אך אין ספק שמטאפורת הווירוס פופולרית הרבה יותר.

71 סעיף 6(א) לחוק המחשבים, שכותרתו היא "נגיף מחשב", קובע כי (א) העורך תוכנה באופן שהוא מסגלה לגרום נזק או שיבוש למחשב או לחומר מחשב בלתי מסוימים, כדי לגרום שלא כדין נזק או שיבוש למחשב או לחומר מחשב, מסוימים או בלתי מסוימים, דינו – מאסר שלוש שנים. יושם לב כי אין כל הגדרה לנגיף מחשב מלבד המופיע בסעיף זה, כך שבוודאי אין מדובר בהגדרה ברורה.

72 ראו ההגדרות השונות במילון המונחים של מיקרוסופט בענייני אבטחה: http://www.microsoft.com/israel/security/glossary.aspx#malicious_code.

73 תפישה שלילית זו, והפחד מווירוסים ומצרות אחרות אף הביאו מספר מלומדים לטעון, לא פחות ולא יותר, כי מבנה רשת האינטרנט לקוי מיסודו ויש לנסות לבנות רשת חדשה ושונה. ראו בעניין זה: D. Talbot "The Internet is Broken" http://www.technologyreview.com/infotech/wtr_16051,258.p1.html.

בעברית ראו סקירה קצרה על רעיונות אלו: ש' רפאלי "האינטרנט מקולקל" **מוסף גלובס** 19.1.2006, ע' 30-38.

סיכום מטאפורת תוכנה מזיקה כווירוס: עיקר הבעייתיות שרואים אנו בשימוש במטאפורה זו, היא הרתיעה האינסטינקטיבית שיש לנו משימוש בתוכנות המסוגלות לפעול בדרך זו. הרעיון העומד מאחורי תוכנות אלו יכול היה להיות מפותח ומתועל לצרכים חיוביים, אלא שדומנו שאין כמעט מחשבה לפעולה בדרך זו.

4. קובץ המחשב כחפץ פיסי

אחת המטאפורות שבה נעשה שימוש כמעט בלא מחשבה היא התייחסות לקובץ המחשב כאל חפץ פיסי. שאלה זו קשורה בטבורו של הקניין הרוחני והיא ותיקה לימים, אולם עידן המחשבים והאינטרנט הקצינו את השאלה פלאים.⁷⁴ כידוע, האסכולות האירופית והאמריקנית שונות בתפישתן באשר לדיני הקניין הרוחני. הגישה האירופית מדגישה יותר את הזכות המוסרית של היוצר על יצירתו ומכאן גם השם "זכויות יוצרים וקניין רוחני". שוב, מטאפורה המנסה לראות את הקשר בין יצירה ליוצר כקשר של בעלות, כאילו יצירה זהה לחפץ פיסי. הגישה האמריקנית היא תועלתנית, מדגישה יותר את מטרת דינים אלו שהיא עידוד היצירה והטוב הציבורי בכללותו. הדגש האמריקני הוא על היותם אמצעי לעידוד היצירה, ומכאן הדגש על המהות הטכנית של הזכויות: מתי ואיך מותר להעתיק יצירות אלו, ומכאן גם השם Copyright Laws, דהיינו, הזכות להעתיק.

אלא שאלה ואלה ניסו לעסוק בעיקר במערכת היחסים שבין היוצרים והמפיצים ולא התייחסו במפורש למשחמש הסופי ביצירה. בקצרה, עיקר השאלה היה תמיד כיצד מונע בעל הזכות מאחרים לייצר, להפיץ ולמכור את המוצר של בעל הזכות. מערכת היחסים שנבחנה הייתה בין יצרן אחד בעל זכות לאחרים המבקשים ליטול "טרמפ" על המצאתו ללא השקעה (free ride). כל דיני זכויות היוצרים התפתחו על רקע סכסוכים בין "יצרנים" שונים של יצירות מוגנות, על רקע השאלה זכותו של מי היא לייצר ולהפיץ לרבים.

הפתרון המקובל עד ימינו היה והינו עדיין להגביל את דיני הקניין הרוחני בזמן ולקבוע להם חריגים, הגנות וסייגים. קרי, ליצרן/יוצר הראשוני/המקורי יש תקופה מוגבלת בה הוא בלבד יכול להרשות שימושים מסוימים ביצירה, כמו העתקתה או ביצועה הפומבי, ואחר כך עוברת הזכות לרשות הציבור. נוסף לכך, ישנן הגנות חשובות, כמו הגנת הטיפול ההוגן בדיני זכויות יוצרים, המאפשרת שימושים, כמו ביקורת, סקירה עיתונאית, מחקר ולימוד עצמי.

74 אין זה, כמובן, המקום לפרט בעניין דיני הקניין הרוחני בעידן האינטרנט. ראו לעניין זה: נ' אלקין-קורן "זכויות יוצרים בעידן המידע" **שערי משפט** א(2) (תשנ"ח) 155 <http://www.mishpat.ac.il/objects/ktav2-2.pdf>; נ' אלקין-קורן "קניין רוחני בעידן המידע" **ספרית אוניברסיטה משודרת** משרד הביטחון והוצאה לאור (תשס"ה).

אין חולקים על כך, כי חשיבותו של הקניין הרוחני בשנים האחרונות עלתה פלאים,⁷⁵ אולם, מעולם לא ניצבנו בפני תופעה שבה הצרכן הסופי יכול אישית להעתיק, לייצר ולהפיץ את היצירה לכל העולם. נכון הוא שתמיד ניתן היה להעתיק את הקניין הרוחני בעלויות נמוכות יחסית ליצירתו, אבל רק עתה ניתן לייצר, להעתיק ולהפיץ ללא עלות כלל (או בעלות מזערית ושולית). כל זאת ניתן לעשות כמעט אך ורק באמצעות קבצי מחשב. חידוש זה של קבצי מחשב הוא מהותי.

דיני הקניין הרוחני מתייחסים לעיתים לקובץ מחשב כאל חפץ פיסי ומבקשים להחיל עליו את דיני הקניין הרגילים. הבעיה היא, שהמטאפורה הרואה את קובץ המחשב הדיגיטלי כאילו הוא נכס פיסי טועה ומטעה, אך היא משליכה ומשפיעה רבות על המשפט. קובץ מחשב דיגיטלי אינו זהה לנכס פיסי, לא מצד הבעלים-היוצרים ולא מצד הקונים-המשתמשים, ודוגמת "המחיר הצודק", למשל, תסביר.

כלכלנים, משפטנים ופילוסופים שפכו נהרות של דיו על שאלת המחיר הצודק-הוגן.⁷⁶ יצרן שייצר חפץ, מהו המחיר הצודק? האם קיים מחיר צודק כזה? האם יש דרך לחשבו? רבים ניסו לקבוע כללים לכך. למשל, עלות הייצור פלוס כך וכך אחוזים (למשל 15% או 20% וכדומה), אלא שבפועל כמעט שאין ניתן לחשב זאת. היצרן עלול להיתקע עם מלאי, להתמודד עם מחסור בחומרי גלם, עם שינויים בטעם הקהל, וכו'. התוצאה הסופית הייתה שאין אפשרות לקבוע את המחיר הצודק. רוב הכלכלנים יטענו, כי המחיר "הצודק" הוא מחיר השוק בתנאים אופטימליים של בחירה חופשית. קרי, מה שמוכנים לשלם לך, שלא תחת כפייה או חוסר ברירה, הוא המחיר הצודק שמוותר לך לגבות.

אולם כל זה אינו מתאים לקבצי מחשב. מדובר ב"רכוש" ללא עלויות העתקה, ללא עלויות איחסון וללא עלויות הפצה. העלות היחידה היא הייצור הראשוני שיחסית ניתן לחשבו בקלות יתירה. כידוע, עיקר הזכות הקניינית הוגדרה תמיד במשפט כזכות כלפי "כל העולם". זכות שאומרת "החפץ הוא שלי" ושאר העולם מתבקש לא להשתמש בו אלא בהסכמת הבעלים. לא זאת, אלא שבדרך כלל רק אדם אחד רשאי היה להשתמש בנכס וממילא כל שימוש של אחרים היה פוגע ישירות בבעלים. לעומת זאת, המצב בקובץ מחשב שונה לחלוטין, משום שכל העולם יכול להשתמש כל הזמן בנכס מבלי לפגוע כמלוא הנימה בבעלים.

לא רק זאת, אלא שלעיתים מדובר על שימוש זמני וחלקי. ברור כי כל בן-עשרה המעמיס על מחשבו עשרת אלפים שירים תוך שעתיים לא יהא מסוגל לשמוע אותם בשנה הקרובה (אם בכלל), פשוט לא יהיה לו זמן לכך. ייתכן שישמע את חלקם פעם

75 ראו: א' טננבוים "הרכוש האמיתי יהיה הקניין הרוחני" גלובס 19.4.1996, ע' 51.

76 ראו למשל: R. de Roover "The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy" *The Journal of Economic History* (1958) 18.

אחת,⁷⁷ אך חוקית יצטרך "לרכוש" את השיר בכסף מלא, בין אם ישתמש בו ובין אם לאו (לפחות, על פי דרישת בעלי הזכויות). שוב, המטרה המוצהרת של בעלי הזכויות היא למקסם את רווחיהם. הם עושים פה שימוש במודל שהובא מהעולם הפיסי לשימוש בנכסים ממשיים, לעולם הווירטואלי על "נכסיו" הווירטואליים.

גם מבחינה טכנית, הרי קובץ המחשב אינו "שמור" לבעליו ואינו מועבר רק אחרי קנייה. כל שימוש במחשב משכפל את הקובץ אוטומטית ומשאיר עותק ממנו במחשב. כל העברתו ברשת משאירה עותקים ממנו במקומות אין מספר. לפעמים, הקובץ אף עובר שינויי פורמט באופן לא מודע. אין לפנינו, למעשה "חפץ" אלא ייצוג שיכול להשתנות, והוא משתנה גם עם הזמן והמקום.

הטענה העיקרית לכן היא, שמטאפורת קובץ המחשב כנכס הביאה לניסיון ליישם את דיני הקניין הרגילים על קבצי המחשב. זאת, בניגוד מוחלט לטבעם של קבצי מחשב אלו. אם נשתמש במטאפורה (ושוב, לא מדויקת), יש שיטענו כי הדרישה לרכישת קבצים דומה לדרישה לקניית פרה לשם שתיית כוס חלב, או לדרישה לקניית גנרטור שעה שכל שרוצים אנו הוא חשמל להארת דירה ביתית, וכדומה. לטענת המתנגדים למטאפורה זו (ובעיקר להשלכותיה), יש פה ניסיון של בעלי הזכויות ליישם בכוח את המודלים העסקיים מעולם הקניין הרגיל לעולם האינטרנטי. המודל הרגיל שבו בעל הנכס מייצר אותו, מפרסם אותו ומוכר אותו על פי שיקול דעתו הבלעדי. לא האנטרס הציבורי פועל כאן, כי אם ההגנה על תעשייה ותיקה החוששת מאוד מהשינוי.⁷⁸

עובדה היא, שרוב מוחלט של אלו המשתמשים בתוכנות שיתוף קבצים באינטרנט אינם נחשבים בעיני עצמם כעבריינים. ברובם המוחלט הם אזרחים הגונים שלא יעלו על דעתם למשל לפרוץ ו/או לגנוב, ואם ימצאו ארנק שאבד לאחריים לא יעלו על דעתם לגנובו ולא להחזירו. אלא, שאין הם רואים את עצמם כעבריינים משום שלא פגעו באיש. חלקם אף מצהיר כי לו היה צורך לשלם, היו אלה מוותרים כלל על השימוש מפאת חסרון כיס, כך שאין מדובר פה בגניבת שימוש. חלקם רואה בכך אף מאבק של האזרח הקטן בתאגידים הגדולים, המנסים להפיק רווחים באופן בלתי צודק על חשבוננו.

סיכום מטאפורת קובץ המחשב כנכס: עיקר הוויכוחים סביב הורדות קבצים בהן מעורבות חברות המוזיקה ותעשיית הסרטים מצד אחד, וארגוני אזרחים מצד שני, נעים סביב המטאפורה של קובץ המחשב כנכס. כל פתרון של עימותים אלו, יהיה כרוך

77 בהנחה שאורך שיר ממוצע שלוש דקות והוא מקשיב שעה ביום דווקא לאותם שירים, הרי הוא יודקק חמש מאות יום ברציפות להקשיב לכל שיר פעם אחת.

78 אחד המבקרים הגדולים של דיני זכויות היוצרים הוא Lawrence Lessig. ראו ספריו The Code, The Future of Ideas, ו-Free Culture. כל ספריו ניתנים להורדה באופן חופשי באינטרנט דרך אתרו: <http://www.lessig.org/>. ראו גם ראיון עמו בעניין זה: <http://www.econlib.org/library/Columns/y2003/Lessigcopyright.html>.

לדעתנו, בשינוי מהותי של מטאפורה בעייתית זו. אין זה המקום להיכנס לדין לעומקו, אך נראה כי יש צורך במטאפורות יעילות ומתאימות יותר מאלה שנעשה בהן שימוש.

ד. כיצד ניתן לבחור מטאפורות נכונות יותר?

ארבע הדוגמאות שהצגנו אינן מתיימרות להיות ממצות ואף לא מלאות. אין ספק, כי יהיו כאלה שיחלקו על הפרשנות שנתנו להן, ואולי בצדק, אולם דומנו שהן עשויות לחדד את הבעייתיות. לאחר שהראינו את חשיבותה של המטאפורה, ואת הבעייתיות בשימוש בה בעולם המשפט האינטרנטי, נשאלת מאליה השאלה אם וכיצד ניתן לבחור מונחים טובים יותר. בשאלה זו יטפל החלק האחרון של המאמר. נציין, ראשית, כי אין אנו מתיימרים לנסות להציע מטאפורות אחרות שיהיו ראויות יותר. קיימים ניסיונות כאלו בספרות, אך מלכתחילה הם בעייתיים, ונסביר.

1. השימוש הטוב ביותר במטאפורה הוא לא להשתמש בה

העצה הטובה ביותר לכל מי ששוקל באיזו מטאפורה לבחור, היא להימנע מכל מטאפורה. עלינו לזכור כי מטרות המשפט והספרות שונות לחלוטין. ספרות (ואמנות בכלל) מטבעה היא מעומעמת, ניתנת לפרשנויות רבות ותלויה רבות בעינו של המסתכל. כבר נאמר כי "מיטב השיר, כזבו". לא כל מה שמתאים ליצירה ספרותית מתאים להחלטה שיפוטית. גם כך ישנן טענות כי פסקי דין כתובים באופן שאינו נגיש למי שאינם משפטנים, ומספר מדינות אירופיות אף ביקשו כי פסקי דין יהיו קריאים יותר לאזרחים מן השורה. במצב עניינים כזה, רצוי לא להשתמש במטאפורה כלל. אין חולק, שככל שפסק הדין יהיה בהיר ומובן יותר – כן ייטב. אשר על כן, רצוי להימנע ממנה.

אולם, בפועל, ברור כי יקשה לעשות כן. השימוש במטאפורות נעשה לא רק לתפארת המליצה אלא מהסיבה הפשוטה שקשה להסתדר בלעדיהן.

2. יש צורך בידע טכני נרחב

אם אין מנוס משימוש במטאפורות, הרי שהעצה השנייה היא – להשתמש במטאפורות רק לאחר שנעשתה בדיקה יסודית של הרקע הטכני המדובר. אחרת, קיים חשש של שגיאה. יש לזכור שמטאפורות רבות נבחרות בגלל קלות הבחירה וההסבר האינטואיטיבי שהן נותנות, למרות שבפועל אין הדבר כן.⁷⁹

79 ראו בעניין זה את מאמרו של מ' בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" (בחוברת 13 (תשס"ה) 101, ראו <http://law.haifa.ac.il/faculty/papers/file2.pdf>); מ' בירנהק "חורים ברשת: פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה דיגיטלית" פוליטיקה

הדבר מסוכן שבעתיים בתחום המחשבים, שבו לרוב הציבור אין הבנה מספקת בתחום. מטבע הדברים, הטבע האנושי מנסה להסביר דברים לא מובנים תוך כדי הסתמכות על תופעות מובנות. כל תחום המחשבים מלא מטאפורות חלקיות. כולנו רגילים לראות "סל מיחזור" על מסך המחשב שאמור להיות מקבילו של סל הניירות המשרדי, אולם, אין הנדון דומה לראיה. בעוד שמסמך שהושלך לסל הנייר כאילו נעלם ואיננו, הרי מסמך שנגרר ל"סל הנייר" הווירטואלי רק "עבר מקום". ניתן לגשת אליו והוא קיים-גם-קיים. לא זאת, אלא גם אם יימחק "לגמרי" ניתן לשחזרו, ומומחים מסוגלים לשחזרו גם אם עשה בעליו מאמצים להיפטר ממנו. אם כבר, מטאפורה מתאימה יותר טכנית הייתה מטאפורה "המחסן" (או עליית הגג), שם נזרקים בחוסר סדר כל הדברים שאין להם מקום אחר.

לדעתנו, ידע טכני מתאים ימנע מטאפורות שגויות. Ratzan, שבדקה נושא זה, הגיעה למסקנה כי גולשים בעלי ניסיון וידע במחשבים, נוטים פחות להשתמש במטאפורות "המקום". הם אינם רואים את האינטרנט כ-"space" ומעדיפים להשתמש במטאפורות אחרות, בניגוד לגולשים בעלי ידע מינימלי הנוטים דווקא להשתמש במטאפורה זו.⁸⁰

חוסר הידע הטכני הנדרש בא לידי ביטוי בפסיקה. נתאר את הסכסוך המשפטי הבא שזכה להד רב. התובע, הפעיל אתר אינטרנט בשם "ספדי-נט", שסיפק שירותי היכרות, דואר אלקטרוני ופורומים לגולשים מישראל. הנתבע הפעיל אתר פורנוגרפי שכלל תכנים למבוגרים. לטענת התובע, גרם הנתבע להשבתת אתרו לאחר שהפעיל תוכנה אוטומטית לאיתור תיבות הדואר האלקטרוני של מנויי האתר. לטענת התובע, תוכנת הנתבע הציפה את אתרו והשביתה אותו למעשה. הנתבע לא הכחיש שהפעיל תוכנה כזו, אלא שלדבריו נכנס לאתר התובע רק כדי לדלות מתוכו משתמשים פוטנציאליים לאתר האינטרנט שלו עצמו. כיצד ניתן היה להתייחס לכניסה זו? בית המשפט לתביעות קטנות וגם בית המשפט המחוזי השתמשו במטאפורות. בבית המשפט לתביעות קטנות קבע השופט, כי:

באופן אנלוגי ניתן להשוות את הפעילות שעשה הנתבע לכניסה למשרדי עסק מתחרה והוצאת חומר מהתיקים שבמשרד המתחרה, תוך גרימת נזק למשרד עצמו וללא קבלת רשותו של בעל העסק המתחרה, וללא קבלת רשותם של הלקוחות של העסק המתחרה. אומנם הפריצה בוצעה דרך קווי אינטרנט פומביים וציבוריים, אולם אין בכך

80 נציין כי מדובר במחקר ראשוני שהשתמש במדגם לא גדול, כך שיש להתייחס למסקנותיו בזהירות. ראו: L. Ratzan "making sense of the web: A metaphorical approach" Vol. 6 No. 1 : Information Research (2000); <http://informationr.net/ir/6-1/paper85.html> (האתר נצפה בדצמבר 2005).

כדי להכשיר את הפעולה, למרות שלא נעשתה פריצה ממשית למקרקעין.⁸¹

שוב, עשה כאן בית המשפט שימוש במספר מטאפורות ברורות, הרואות את הכניסה לאתר כפריצה ואת קצירת הכתובות כהוצאת חומר ללא רשות. בסיכומו של יום, קיבל בית המשפט את התביעה ופסק הוצאות בסך 13,000 לחובת הנתבע. הנתבע ערער ובית המשפט המחוזי קיבל את הערעור. תוך כדי הערעור אף השתמש בית המשפט המחוזי במטאפורה שונה לחלוטין ובלשונו:

סבורה אני, כי משפרסמו משתתפי הפורום את כתובת הדואר האלקטרוני שלהם, הרי שהיה עליהם לצפות, כי כתובת זו פתוחה לכל הגולשים באינטרנט היכולים להעתיקה, בהעתקה סבירה וחופשית. נראה לי, כי מצב זה דומה למצב בו מפורסמות כתובות בספרי הטלפונים של חברת 'בזק', שבהם יכולים עסקים להשתמש, בהעתקה סבירה וחופשית, על מנת לשלוח הצעות בדיוור ישיר באמצעות הדואר או ישירות לחיבת הדואר.⁸²

יש לנו, אם כן שתי מטאפורות שונות וסותרות לחלוטין. הראשונה סוברת, כי קצירת כתובות היא מעין הסגת גבול ואפילו גניבת חומר, והשנייה סוברת, כי אין מדובר אלא בהעתקת "מספרי טלפון" הפתוחים לכול. אין זה המקום לנתח ולבקר שתי מטאפורות אלו, ששתייהן, לדעתנו, יכלו להיות טובות יותר.⁸³ אלא שנקודה אחת ברורה לנו. לו היו פסקי הדין מתייחסים לפן הטכני, ברי שהמטאפורות היו נכונות יותר (לו בכלל היה

נעשה בהן שימוש). במקום לנסח את שנעשה ולהשוותו למה שמוכר בעולם המשפט הרגיל, רצוי להסביר ולהגדיר מה נעשה בפועל בעולם הווירטואלי. מדיניות פסיקה

81 ת"ק (שלום ת"א) 6000/03 **אבן-חן נ. סויסה** (לא פורסם), ניתן ביום 15.1.2006 על ידי השופט ארנסט, פסקה 11 לפסק הדין.

82 בר"ע (ת"א) 2542/03 **ניר סויסה נ. אורי בן חיים**, תק-מח 2005(4), 314, ניתן על ידי השופטת שטופמן ביום 9.10.2005, פסקה ז' לפסק הדין.

83 נעיר רק בקצרה כי המטאפורה של בית משפט השלום אינה מתאימה משום שאין מדובר בחומר השייך לבעל האתר, אין מדובר בפריצה למקום, אין מדובר בעסקים מתחרים ועוד כהנה וכהנה. מטאפורת בית המשפט המחוזי איננה רלוונטית משום שהאתר איננו פתוח לכולם, ובוודאי שאין המשתתפים מעוניינים בהפצת כתובת הדואר שלהם. אין פלא לכן שביקורת הועברה על שני פסקי הדין. ראו למשל <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3153965,00.html> דיווח על פסק הדין וביקורת הגולשים. ראו גם עו"ד ח' רביה "לזבל או לא לזבל?" <http://www.law.co.il/showarticles.php?d=h&article=255&PHPSESSID=debda756c83d27a4f1f3c3b6751510f3>.

שכזו תהיה יותר רגישה לטעויות וגם תביא לתוצאות מדויקות יותר. אנו ערים לכך שדרישה זו בעייתית מעט, אך האלטרנטיבה גרועה יותר.⁸⁴ אלא שגם ידע טכני והימנעות משימוש במטאפורות לא יוכלו למנוע את המסקנה, כי שימוש במטאפורות מבטא, בראש ובראשונה, השקפת עולם, ונסביר.

3. השימוש במטאפורות כמשקף השקפת עולם ומדיניות ציבורית מודעת ולא מודעת

גם אם נשתדל להימנע משימוש במטאפורות וגם אם כל שימוש ילווה בבסיס טכני רחב, הרי בסופו של דבר יהיו לכל משתמש אפשרויות לבחור בין מטאפורות שונות. הבחירה במטאפורות אלו לא תהיה עניין מובן מאליו, אלא תשקף את תפישותיו ואת ערכיו של הבורח. המציאות כיום ניתנת להתפרש בכמה גוונים וכל מי שירצה להסתכל על האינטרנט בפרספקטיבות משפטיות מקובלות יאלץ לבחור מביניהן. בחירה זו של מטאפורה היא עצמה כבר תקבע מראש את התוצאה המשפטית. המטאפורות שהוצעו לרשת האינטרנט מתפרשות על כל מרחבי הספקטרום. היו שהציעו לראות את האינטרנט כאוסף של מקומות,⁸⁵ כאוטוסטרדה,⁸⁶ כאוסף של הידע הציבורי, כמרחב הפתוח, כחזית, כקהילה וירטואלית, כספרייה, כשיחה המונית⁸⁷ ואפילו כסרט! (ולא סתם סרט, אלא דווקא "קזבלנקה" הזכור לטוב).⁸⁸ אלא שלכל

84 אי התייחסות לצד הטכני יכולה לעיתים לגרום לתוצאות מביכות. כך למשל הועלתה טענה של סמכות שיפוט כאשר נתבע אתר אינטרנט בבית משפט השלום, זאת היות ותקנון האתר קבע סמכות שיפוטית ייחודית. אחת הסיבות לדחיית טענה זו הייתה קביעת בית המשפט כי התקנון אינו מחייב את הצדדים הואיל והוא אינו עומד בדרישות תקנה 3(3) לתקנות הגנת הצרכן (גודל האותיות בחוזה אחיד), התשנ"ה-1995, וממילא תניית השיפוט הייחודית שבו בטלה. אלא שברור שתקנות אלו התייחסו לנייר ולא למסך מחשב, שכן במסך מחשב הצופה הוא זה הקובע את גודל האותיות (בהתחשב גם בסוג וגודל המסך). אין משמעות לתקנות אלו לגבי חוזה המופיע באתר, אך בית המשפט כלל לא התייחס לכך (בש"א 6612/05, 6659/05 **המכרז של המדינה בע"מ נ' אבו חצירה**, תק-של 2005(4), 9259, ניתן ביום 30.11.05).

85 M. A. Lemley "place and Cyberspace" 91 **Cal. L. Rev.** (2003) 521

86 J. C. Ginsburg "putting Cars on the "Information Superhighway" Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace" 95 **Cal. L. R.** (1995) 1466, 1466-1468

87 ראו הכתבה הבאה "הצד הימני במוח של האינטרנט" **the marker**, 16.1.0.2005, ע' 18. בכתבה מתואר מנוע חיפוש חדש שמייסדו דיוויד ספרי טוען, כי הרשת עוברת שינוי, מספריית ענק לשיחה המונית, ורואה במטאפורה זו את ההגדרה הנכונה של רשת האינטרנט.

88 M. J. Madison "The Narratives of Cyberspace Law (or, Learning from Casablanca)" 27 **Columbia Journal of Law & the Arts** (2004) Vol. 27 No. 2. ראו בעיקר ע' 251 בו מצטט המחבר מטאפורות שונות לרשת האינטרנט.

מטאפורה יש השלכה מעשית שונה, ובחירה במטאפורה אחת תקבע למעשה את התוצאה.

אחד המאמרים המופיע בחוברת הנוכחית של "שערי משפט" הוא של עמיתי פרופ' אריה רייך וד"ר שרון אהרוני גולדנברג. מאמרם עוסק בשאלה אם יש צורך להפוך את החדירה למחשבים לעולה נזיקית, אם לאו. אלא שמכל מאמרם נושבת הרוח המטאפורית הרואה את "מחשבו של אדם, מבצרו" (הביטוי בו הם גם מסיימים את מאמרם). אם זוהי המטאפורה, התופשת את המחשב בראייה קניינית-אישית טריטוריאלי, הרי ברורה מאליה המסקנה אף ללא הניסיון הארוך להצדיקה.

באותה חוברת ממש מופיע גם מאמרו של עמיתי ד"ר מיכאל בירנהק; גם הוא עוסק באותה שאלה, אך מציב שאלה של רמות שונות של "אבטחת מידע", כשהוא מבדיל בין מה שהוא מכנה אבטחת מידע פנימית וחיצונית. אם השאלה היא שאלה טכנית בלבד של אבטחת מידע, ברורה גם מסקנתו השוללת את הרחבתה של ההגדרה הפלילית של חדירה למחשב המבקשת להקטינה.

אין זה המקום לקבוע עמדתו של מי עדיפה, ואיני משוכנע כי קיימת דרך טובה לעשות כן. אלו ואלו דברי אלוקים חיים (וגם זו מטאפורה). אולם ברור, שהבחירה במטאפורה "המתאימה" גוררת אחריה את המסקנה המבוקשת. עצם הבחירה בה כבר מניחה מראש את התוצאה הרצויה.

אנו מדגישים, כי אין בכך כל רע, כל עוד ברור לכל משתתפי השיח כי הבחירה במטאפורה נובעת מהרצון המודע לבחור כיוון זה ולא אחר. כל עוד ברור, כי המטאפורה שנעשה בה שימוש נבחרה בשל רצון הבוחר לסייע לעמדתו, הדבר לגיטימי. בכל זאת, יש להיזהר ממצב שבו נטען כי המטאפורה נכונה כשלעצמה מבלי לשים לב לתפישה שהיא מבססת.

בספרות מקובל לדבר לפעמים על האינטואיציה השיפוטית. אינטואיציה שבעטיה

לעיתים חש השופט קשר בין הבעיה לבין פתרונה...לעיתים חש השופט בתוצאה הרצויה, עוד בטרם נתן לעצמו דין וחשבון באשר לדרך הראויה בה עליו ללכת כדי להגיע לתוצאה הראויה.⁸⁹

אולם, חוששנו שברוב המקרים שמדובר בהם על "אינטואיציה", מדובר למעשה על אינטואיציה המבוססת על מטאפורות שאינן מדויקות תמיד.

אשר על כן, על הכיוון להיות הפוך; אין לבחור במטאפורה ואחר כך להסיק ממנה את המדיניות המשפטית הנכונה. להיפך, יש לשאול מהי המדיניות הנכונה ורק אז לנסות להתאים לה את המטאפורות המתאימות. הדבר נכון לתחומי משפט רבים, אך

89 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ו) 196-198.

בעיקר לתחום המחשבים והאינטרנט, שמטבעו משתנה הוא במהירות ועתידו אינו לגמרי ברור.⁹⁰

ה. סוף דבר

מאמרנו חולק לשלושה חלקים. בחלק הראשון הראינו את חשיבותה ותפקידה של המטאפורה בדרך שבה אנו חושבים ומארגנים את חיינו. במיוחד יש לכך ערך כשמבקשים אנו לבחון תופעה חדשה, כגון דיני המחשבים והאינטרנט שחדשים מקרוב באו.

בחלק השני הצגנו מגוון של מטאפורות שבהן נעשה שימוש בשיח המשפטי העכשווי. הללו כללו את "האינטרנט כמקום וירטואלי", תוכנות פוגעניות המוגדרות כ"וירוס", מטאפורות המשמשות להגנת הפרטיות, ותפישת קובץ המחשב כנכס פיסי. בכל הדוגמאות ניסינו להראות כיצד בחירה במטאפורה שאינה מוצלחת, גוררת אחריה מסקנות משפטיות מיידיות שחלקן שנוי מאוד במחלוקת. לא זאת, אלא שיש הטוענים ששימוש בחלקן (ובמסקנותיהן) הוא אסון חברתי. עלינו להדגיש שלא התיימרנו לקלוע לדעת כולם. יהיו כאלה שיסברו שדווקא המטאפורות שביקרנו הן הנכונות והצודקות. תהיינה מלומדות שתאמרנה שגם אלו וגם אלו כושלות. כל שביקשנו להראות הוא, כיצד מטאפורה בלתי מוצלחת עלולה לגרום בעקבותיה החלטות משפטיות שגויות ונזקים כבדים לציבור.

החלק השלישי והבעייתי יותר עסק בשאלה כיצד למזער את נזקי המטאפורות הלקויות. מסקנתנו כוללת, בראש ובראשונה, את העצה להימנע מהן ככל האפשר. אנו ערים לכך שהדבר קשה ואולי בלתי אפשרי כשמדובר בדיני המחשבים והאינטרנט, במיוחד עקב החידושים הרבים בתחום, הנובעים מקצב ההתפתחות הטכנולוגית ההולך וגובר. תמיד עדיף שלא לנסות לנסח מטאפורה אם אפשר להסתדר בלעדיה. אם אין מנוס משימוש במטאפורות, יש לזכור, כי אלו צריכות להסביר את המדיניות, התפישה והערכים שמאחוריהן, ולא להיפך. בעיקר יש להיזהר ממטאפורות אינטואיטיביות וקלות להבנה, העלולות לטשטש ולערפל את השלכותיהן האמיתיות. נסיים ונדגיש, כי לא התיימרנו לקבוע את המטאפורות הנכונות והמתאימות יותר. אין חולק, שיש צורך בשיח ובוויכוח ציבורי לגביהן ולגבי התפישה המשפטית שהן

90 ראו בעניין זה את מאמרם של Blavin ו-Cohen המתארים היסטורית את עלייתם ונפילתם של מספר מטאפורות בשדה משפט האינטרנט:

I. G. Cohen & J. H. Blavin "Gore, Gibson, and Goldsmith: The Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary" Vol. 16 No. 1 **Harvard Journal of Law and Technology**, (2002) 265. <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v16/16HarvJLTech.265.pdf>

מייצגות. נקיטת עמדה ברורה בכיוון זה או אחר תחרוג מגבולותיו של מאמר זה. כל שברצוננו היה הוא להאיר את השימוש במטאפורות ולהתוות דרך ראשונית לבחירתן ולשימוש בהן בתחום משפט האינטרנט, ונקווה שבכך עמדנו.

שערי משפט ד(2) התשס"ו

אברהם נ. טננבוים