

הרב נחמיה טיילור
ר"מ במכון הגבוה לתורה, אונ' בר-אילן
הרב הראל ברגר
המחלקה למחשבים אונ' בר-אילן ואריאל

חיובי מזיק בתוכנות נזקה

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. נושאי הדיון
- ג. החפץ הניזוק
- ד. הדיון ההלכתי
- ה. מוכר/נותן שטר חוב וחזר ומחלו
- ו. הגדרת המזיק
- ז. אחריות השומרים
- ח. סיכום

א. הקדמה

אחת הבעיות המתעוררות בעולם של תקשורת מחשבים הוא מקרה שבו אדם שולח תוכנת נזקה (malware) למשתמש אחר. תוכנת נזקה הינה תוכנה אשר באה לפגוע בצורה כזו או אחרת במערכת המחשב אליו היא נשלחת. אנו נתעסק ספציפית בתוכנה המגיעה אל המחשב הניזוק ופוגעת בקבצים ומשנה אותם או מוחקת אותם. התוכנה עצמה עוברת דרך רשת האינטרנט בצורה לא ישירה כי ישנן תחנות ממסר בדרך. כמו כן, ישנן מערכות סינון, קבצים שיושבים ב"אמצע הדרך" שתפקידם להגן על המחשב המותקף, אך מסיבות שונות הם לא פעלו כנדרש והמחשב הותקף ונמחקו קבצים שווה ערך. השאלה העומדת לדיון היא האם לבעל המחשב המותקף יש תביעת נזיקין כנגד התוקף.

נציין שהדיון בנושא זה הוא במקרים בהם הניזוק אינו מודע לסכנות הטמונות בפתיחת הקובץ הנשלח אליו, או במקרה בו התוכנה המזיקה אינה מצריכה פתיחה/פעולה מצד הניזוק, אלא פועלת בצורה אוטומטית. במקרה והניזוק מודע לסכנה הטמונה בפתיחת הקובץ, ברור הדבר שאין לו תביעה כנגד התוקף כי הוא בבחינת 'אזיק אנפשיה' (ב"ק כז, ב).

ב. נושאי הדיון

לכאורה יש להעלות שלוש שאלות:

1. מה החפץ הניזוק ואיך אפשר להגדירו?
2. האם ההלכה מכירה את התוקף כמזיק לעניין תביעת נזיקין?
3. האם חלים דיני שומרים לגבי האחריות של תוכנות אנטי וירוס בתשלום ולמסננים בתוך ארגונים?

ג. החפץ הניזוק

ראשית כל, יש צורך להבדיל בין שני מושגים:

- א. חומרה- החלק הפיזי של המחשב, כולל המעבד, לוח האם, הזיכרונות השונים וכדומה.
- ב. תוכנה- החלקים שאינם פיזיים אלא מאוחסנים בזיכרון ומבצעים פעולות שונות על הזיכרון של המחשב, ומציגים אותו על המסך.

הקבצים המוצגים לנו על המסך הינם חלק מהתוכנה. קבצי המערכת השונים של מערכת ההפעלה (השמישות שבהן הן windows ו linux), הינם קבצים שמוצגים לנו על המסך בצורה מסוימת, אך בפועל, הם שמורים בזיכרון של המחשב בצורת רצפים של אפסים ואחדות, הנקראים "ביטים". כלומר, אין דמיון בין צורת ההצגה על המסך לבין מה שבפועל שמור בזיכרון כי ישנו תהליך של תרגום הביטים לאותיות, מספרים וצורות נוספות המוצגות על גבי המסך.

כאשר אנחנו מדברים על פגיעה בקובץ, יש להבדיל בין שלושה סוגי קבצים:

- א. קבצי מערכת: אם ישנה פגיעה רצינית בהם, מערכת ההפעלה לא תעבוד והמחשב לא יתפקד. במקרה כזה, מחיקת מערכת ההפעלה והתקנה מחדש תגרום לחזרה לתפקוד של המחשב (אך קבצים שהשתמש יצר ולא נשמרו בגיבוי, יתכן ויאבדו). דוגמא לכך הוא, מנהל האתחול של מערכת ההפעלה,

שגורם לה לעלות לאחר שמדליקים את המחשב. במידה והוא לא קיים, למשתמש יהיה קשה עד מאוד להשתמש במחשב, מה שיצריך בדרך כלל התקנה מחדש של המערכת (העלולה להסב נזק כלכלי).

ב. קבצים שיושבים במחשב, אשר המשתמש לא הכניס בהם תוכן ייחודי (ועל כן אין להם גדר של "קניין רוחני") ואינם חלק מקבצי המערכת של מערכת ההפעלה. לכן, שיבוש או נזק לקבצים הללו לא יגרום למחשב לשינוי בתפקודו, אלא אך ורק לאיבוד המידע השמור בהם. דוגמא לכך היא קובץ סיסמאות שנוצר ע"י המשתמש, על מנת לאחסן סיסמאות לחשבונות שונים או אתרים שונים.

ג. קבצים שהמשתמש יצר במחשב, אשר יש בהם תוכן משמעותי וייחודי למשתמש. דוגמא לכך היא ספר אלקטרוני שהמשתמש כתב באמצעות המחשב.

לא הזכרנו עד כה את המצב בו תוקף מסוים גורם לתקורה של שימוש במשאבי המחשב עד לכדי פגיעה בחומרה של המחשב. דבר כזה הוא נדיר יותר, ולכן רק נזכיר זאת בקציר האומר במאמר זה. במקרה שכזה, ישנה משמעות מעשית לפגיעה, ונראה לומר כי פגיעה שכזו תהיה ככל פגיעה ברכוש האדם (כגון ביתו, שורו או חמורו).

ד. הדיון ההלכתי

התוספות בב"ק (צח,א) מתייחסים למקרה בו האדון גורם חרשות לעבדו וכך הם כותבים:

...וא"ת ואמאי עבד יוצא בהן לחירות הא בעינן מומין שבגלוי דומיא דשן ועין ובחרשו היכי הוי בגלוי וי"ל נהי שאין ניכר בו כלום כשהוא ישן או עומד במקום אחד ושותק, מכ"מ כיון דלפי מנהגו שמתנהג והולך ניכר שהוא חרש חשיב מום שבגלוי ועי"ל דאין צריך שיהא קלקול בגלוי אלא שהאבר שיש בו קלקול יהא בגלוי...

שאלת התוספות היא למה עבד יוצא לחירות במקרה שאדונו גורם חרשות לעבדו, הלא חרשות אינה מום גלוי לכל ועל שאלה זו הם עונים שתי תשובות.

לפי התירוץ הראשון אנו מתייחסים למום הניכר גם כתוצאה מהילוכו של החרש, מאופי התנהלותו, על אף שהנזק לא ניכר בגופו של העבד. מאידך,

התירוץ השני מדגיש את העיקרון שהחפץ הניזוק יהיה גלוי לכל והאוזן ניכר לכל, אל אף שהנזק עצמו לא ניכר בו.

ניתן מכאן לומר, כי התוספות בכיוון הראשון סוברים שגם נזק הנגרם להתנהלות האדם במקרה של חרשות נחשב לנזק, למרות שפיזית האדם נראה כביום אתמול. לעומת זאת, לפי התירוץ השני, הנזק נחשב אך ורק אם החפץ הניזוק גלוי לכל. לפי התירוץ הראשון של התוספות, פגיעה בקבצי מערכת אכן מוגדרת כפעולת נזק כי נפגעה התנהלות המחשב. לעומת זאת, לפי התירוץ השני, רק פגיעה הנראית בגוף המחשב נחשבת כנזק ולכן פגיעה בתוכנות המחשב שאינן נראות לעין אינה נחשבת כפעולת נזק. לפי תירוץ זה רק פגיעה בגוף המחשב תחשב כפעולת נזק.

במילים אחרות, אם נשתמש במושגים הפילוסופיים של חומר וצורה, אזי פגיעה בתוכנה היא פגיעה בצורה, בעוד פגיעה בחומרה היא פגיעה בחומר.

השיטה מקובצת בב"ק (צא,א) מצטט את דברי היד רמה וז"ל:

... כתב הרמ"ה ז"ל בפריטיו וזה לשונו: תניא הכהו על עינו וסמאה על אזנו וחרשה עבד יוצא בהן לחירות וכנגדו בבן חורין חייב כנגד עינו ואינו רואה כנגד אזנו ואינו שומע אין עבד יוצא בהן לחירות וכנגדו בבן חורין פטור מאי טעמא איהו הוא דקא מבעית נפשיה שהיה לו להרכין ראשו לצד אחר ולא הרכין אבל ודאי אם לא היה יכול להרכין ראשו לצד אחר ולא להציל את עצמו מן ההיזק גירי דידיה אהנו ביה כדתניא המבעית את חברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים כיצד תקע לו באזנו וחרשו פטור אחזו ותקע באזנו חייב והני מילי בגרמא בעלמא אבל היכא דעביד מעשה בגופיה אף על גב דהוה יכול לאצולי נפשיה ולא הציל המזיק חייב כדתנן האומר קטע את ידי ושבר את רגלי על מנת לפטור חייב ואף על גב דקא עביד ברשות וכל שכן היכא דשתיק ליה משתק. ע"כ...

במיצוי דבריו נראה לומר שישנה חלוקה ברורה בין מזיק גוף האדם ("החומר") בידיים, שעל אף שהניזק היה יכול להציל את עצמו עדיין מתחייב המזיק על הנזק שנעשה. משא"כ במקרה של פגיעות פנימיות כמו חרשות בלי פגיעה באזניים ("צורה" בלבד) אם אין הניזק יכול להציל את עצמו אזי המזיק חייב כי אין כאן טענה של "איהו אבעית אנפשיה".

מכאן אנו למדים שכל פגיעה פנימית באדם נחשבת כנזק אלא יש פטור מיוחד של "איהו אבעית אנפשיה" שהניזק במידה מסוימת נחשב כשותף בנזק. אך במקרה שאינה קיימת הטענה של "איהו אבעית אנפשיה" חוזר החיוב המקורי למקומו.¹ פגיעה בגוף - "בחומר" מחייב תשלומי נזק, אך פגיעה בנפש-ב"צורה" - בתוכנה אינו נחשב כנזק ממשי בכדי להחיל על המזיק תשלומי נזק.

לאור זאת, יש צורך לדון בכל הנושאים הקשורים לנזק גופני פנימי או פסיכולוגי לאדם. כדאי לציין כאן את דברי רב חיים פלאג'י בספרו רוח חיים על חו"מ סימן תכ שהעיר על מה שכתב השו"ע שם "השקהו סם" – שאם אדם השקה את חברו סם הגורם לשולים חזקים וסגר אותו בחדר בכדי להתל בו ונתלכלך בפני אחרים במכנסים, חייב בבושת וצער בלבד, אך אינו חייב תשלומי נזק כי לא הייתה פגיעה בגוף האדם.

יש לנושא הזה חשיבות מרובה בדורנו לאור הידיעות על נזק פסיכולוגי וכו', אך, מפאת קוצר היריעה, נותר זאת לדיון מיוחד בפני עצמו ואכמ"ל.

אך יש מקום לטעון שכל מה שנכתב נוגע רק לנזקי אדם באדם, מנין לנו להרחיב חלוקה זו בין חומר לצורה גם בנזקי ממון? כתשובה לעניין זה ניתן לדמות את הדיון הנ"ל למקרה של מוכר או נותן שטר חוב לחברו וחזר ומחלו.

ה. מוכר/נותן שטר חוב וחזר ומחלו

המתבר בחושן משפט (סו, לב) כותב:

"כשמחל המוכר, או יורשיו, צריכים לשלם כל מה שכתוב בשטר החוב, מהיפה שבנכסים, שהרי גרם לו לאבד השטר, והרי הוא כמו ששרפו".

הלכה זו מופיעה גם כן בסימן שפ"ו העוסק בדינא דגרמי ושם המתבר מצרף את הדין של מוכר שטר חוב לדין שורף שטר חוב, ובלשונו בסעיף א:

והמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, דקי"ל שהוא מחול, צריך לשלם ללוקח, כמו שנתבאר בסימן סו.

בסעיף ב מוסיף:

וכן השורף שטר חוב של חברו, חייב לשלם יד כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון.

¹ עיין עוד בדברות משה, קידושין סימן מב, הערה יט. כמו כן, עיין חזון יחזקאל ב"ק פרק ו הלכה ה להרחבת העניין.

מקורה של הלכה זו נמצא ברמב"ם הלכות חובל ומזיק (ז, ט):

וכן השורף שטרותיו של חברו חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון הרי גרם לאבד הממון, ובלבד שיודה לו המזיק שהשטר מקוים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא שאינו יכול לגבות החוב אבל אם לא האמינו אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד.

ובהלכה הבאה מוסיף הרמב"ם:

...וכן ראובן שהיה נושה בשמעון ומכר השטר ללוי וחזר אחר שמכרו ומחלו לשמעון, הרי נפטר שמעון כמו שיתבאר במקומו ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה ששטר, שהרי גרם לו לאבד השטר והרי הוא כמי ששרפו.

הלכה זו מוסברת יפה בלבוש מרדכי (ב"ק סי' לג) שסיבת החיוב בשריפת השטר היא שהשורף שרף שעבודו של חברו, והיינו השטר הוא השעבוד והרמב"ם סבור שהשעבודים נמצאים בשטר. אם היינו סוברים דלא דנים דינא דגרמי לא היינו מחייבים השורף בעד שריפת השטר כיון דאין גופו ממון אלא רק גורם לממון. אך מכיוון שאנו דנים דינא דגרמי, יש לומר שהזיק דבר שהוא גורם לממון לכל העולם לכן השורף שטר של חברו מחויב לשלם.

ממשיך הלבוש מרדכי וטוען, כי לפי זה אדרבה בשורף שטרות ניחא שיתחייב השורף, אך במחילת שט"ח שמכר, הרי בגוף השטר שהוא של פלוני לא נגע מאומה, ורק מחל החוב ועל גוף החוב לא שייך קנינים אלא דתקון רבנן שמי שקונה השטר והשעבוד שבתוך השטר הוא גובה את החוב. נמצא שהוא קנה רק השטר והשעבוד, והמוכר במחילתו לא נגע בגוף השטר שמכר אלא רק בחוב. נמצא דרך "נעל דלת", המוחל מנע את האפשרות שלא יוכל הקונה לילך לגבות החוב אבל לא הזיק דבר השייך לו.

לכן דקדק הרמב"ם בלשונו הזהב וכתב גבי מוכר שטר חוב וחזר ומחלו שחייב לשלם שהרי גרם לאבד השטר, פירוש קודם מחילתו היה לשטר שביד הלוקח תורת שטר והיה בו שעבודים ועתה במחילתו נפקע השעבוד מהשטר והשטר נהפך להיות חתיכת נייר, והרי זה דומה לשורף השטר והוא מחויב לשלם כי ע"י מחילתו הוא הפקיע השעבודים מן השטר.

בדיון זה קיימת מחלוקת בין השולחן ערוך והרמ"א (סו, לב) לגבי גובה התשלום, באם משלם את דמי השטר או גובה החוב כולו. אך, מוסכם לפי

כולם כי יש חיוב רק מדינא דגרמי ולא מזיק בידיים לאור העובדה שלא ניזוק חפץ ממשי.

הפתחי חושן (נזיקין ודיני שכנים דף צ) דן לגבי שאלת מוכר שטר חוב וחזר ומחלו שאולי יש מקום לפטרו מדין היזק שאינו ניכר. כתשובה לשאלה זו הוא הוא מסביר עפ"י המנחת פתים כי במקרה של מוכר שטר חוב יש מחילת שעבוד ומשום כך יש היזק ניכר בעצם הפסד השעבוד.

הסבר זה מתאים למה שכתבנו לעיל, יש כאן נזק ל "צורה" בלי פגיעה ב"חומר". במקרה של מוחל שטר חוב, השטר-הנייר "החומר" קיים, לא נעשה נזק פיזי לשטר, אך נעשה נזק ל"צורה"- לתוכן הפנימי של השטר והתחדש החידוש שיש מושג של נזק לתוכן בלי פגיעה בחומר.

במקרה דנן פשוט הדבר שהקבצים עצמם היושבים במחשב הניזוק, ניכרים כניזוקים באחת משלוש צורות:

- א. על מסך המחשב אנו רואים את הנזק שנוצר לקבצים, באם מדובר שהקבצים נמחקו או ששוננו וא"א לגשת אליהם כמקודם.
- ב. בדיסק עליו שמורים הקבצים, ניתן לראות כי המידע שנשאר עבר שינוי.
- ג. במערכת הקבצים (תוכנה), במקרה של מחיקת הקבצים, יש איבוד קישוריות לקובץ.

נראה לומר כי המציאות של שעבוד מקבילה למציאות של קובץ במחשב. כמו ששעבוד אינו קיים פיזית במציאות אלא יש לו משמעות וירטואלית ממונית לאדם, כך קובץ במחשב לא קיים במציאות כפי שמוצג לנו על המסך אלא היא מציאות וירטואלית, ולכן ניתן להשליך מדין שעבוד על דין קובץ במחשב. על פי מה שלמדנו כעת, מציאות וירטואלית כמו שעבוד בשטר נחשבת כחפץ הניזוק, כך קובץ במחשב נחשבת חפץ הניזוק ולכן יש אפשרות להחיל על המזיק תשלומי נזיקים.

אולם עדיין יש לדון האם התוקף נחשב כמזיק לענייני תשלומי נזיקין.

ו. הגדרת המזיק

מקובלנו שלחיצת כפתור נחשבת מעשה בידיים בכל התורה כולה, בין אם נחשב כמעשה בידיים ובין אם נחשב ככוחו.² לפיכך, אם אדם לוחץ על כפתור במחשבו האישי בכדי לתקוף משתמש אחר, ואין שום מעכב משמעותי על רשת הנתבים, ניתן להתייחס למקרה שכזה בתור מזיק בידיים, כדברי תוספות בב"ק (יז,ב):

נראה דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקדם ושברו דפשיטא דחייב ולא שייך כאן מנא תבירא תבר דאי אזלינן נמי הכא בתר מעיקרא לא משכחת בצרורות ח"נ וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עצמו.

הש"ך בסימן שפ"ח ס"ק כ"ח פוסק כדברי התוספות בעקבות הנמוקי יוסף והב"ח. מכאן למדנו, כי שליחת פקודות דרך האינטרנט כדי לתקוף משתמש אחר נחשבים כחץ שנזרק על כלי שנידון בתר מעיקרא.³

אולם במקרה והתוקף שולח תוכנת נזקה שמבצעת סדרת פעולות על מנת לתקוף מחשב אחר, ובין השאר מייצרת קבצי משנה שפועלים בצורה עצמאית, ולא מבצעת את התקיפה בצורה מיידית, יש לדון זאת בצורה אחרת. הבעיה ההלכתית המתעוררת כאן היא שהחפצא של המזיק (החץ) אינו קיים בשעה שהפקודה נשלחת ע"י התוקף.

במשנה (סנהדרין פ"ט מ"א) העוסקת בחיובי רוצח:

...שיסה בו את הכלב שיסה בו את הנחש פטור השיך בו את הנחש רבי יהודה מחייב וחכמים פוטריין...

ובהמשך הגמרא טוענת (עח,א):

...אמר רב אחא בר יעקב: כשתמצא לומר, לדברי רבי יהודה - ארס נחש בין שיניו הוא עומד, לפיכך: מכיש - בסייף, ונחש - פטור. לדברי חכמים - ארס נחש מעצמו הוא מקיא, לפיכך: נחש - בסקילה, והמכיש - פטור...

וכתב שם רש"י בטעם של חכמים:

² עיין אנציקלופדיה תלמודית ערך חשמל, כרך י"ח עמ' קנ"ה והלאה.

³ עיין קצות החושן, סימן שצ ס"ק א.

" מעצמו מקיא - בנשיכתו, וכשהשיכו זה עדיין אין בו כדי להמית לפיכך גרמא בעלמא הוא, אף על פי שיודע שסופו להקיא מיהו לאו מכחו מיית. " ובלשונו של התוספות בב"ק (נו,א):

....וא"ת ההיא דהשיך בו את הנחש דפטור למ"ד מעצמו הוא מכיש אמאי פטור לפי מה שפירש בשמעתין דפי פרה (כג,ב) ששם ידו לתוך פיו והשיך ליחייב משום אשו דודאי הנחש יזיק האדם וי"ל דשאני התם שאין הארס עדיין בעולם וכו'.

בשו"ת להורות נתן (ח"ט קונטרס וחי בהם פ"א סי' לה), מבאר עניין זה וכך הוא כותב:

...ומבואר, דהא דמחייב רבי יהודה הוא משום דסובר דארס נחש בין שיניו עומד, ועל כן כשמכניס שיני הנחש לתוך בשר חבירו הוי כתוקע סכין בבטנו, דהרי הארס המוכן ועומד בין שיני הנחש הוי כמו חרב ממש, ונמצא שהוא עשה מעשה הריגה בידי. ולחכמים פטור דסבירא להו דאין הארס עומד מוכן בין שיני הנחש, אלא שגם אחרי שהכניס את שיני הנחש לתוך בשר חבירו עדיין אין בו כדי להמית, דליכא מיתה אלא אם הנחש יקיא את הארס שבגופו, וכיון דליכא הריגה אלא ע"י הקאת הנחש, והנה הקאת הנחש אינו מעשה שלו ולכן פטור דהוי רק כגרמא....

מתברר מכאן שלשיטת חכמים הפוטרים את המכיש נראה שישנם שני סוגים שונים של מעשים. המעשה הרגיל הוא כשאדם יורה חץ או מבעיר, והאש נמצאת בעולם, אז חיוב הרוצח הוא מדין אשו משום חציו. המעשה השני הוא כשיש משהו שמפסיק את התהליך בדרך. בשעה שהמזיק מדליק את האש או יורה את החץ, יש מחסום שגורם לכך שהפעולה איננה ישירה. זוהי הדוגמא של "אין הארס בעולם" בדברי התוספות.

נראה לומר שהפטור הזה של "אין ארס בעולם" קיים רק בדיני רוצח, אך בדיני ממונות יש מקום לחייב מדין אש ('אשו משום ממונו').

הוכחה לחלוקה זו נמצאת בדברי הר"ן (סנהדרין עז,ב) המחלק בין רציחה לבין ממונות שברציחה יש קולא שחז"ל לא עשו שוגג במזיד ואונס כרצון, ולכן דרשו שיעשה מעשה בפועל ושההיזק יהיה ברור ומידי. מה שאין כן בממונות שחז"ל קבעו שמתחייב השורף שטרותיו של חברו, ובלשונו: "...ואלו דכוותי לענין נזקין אלו הניח חפצי חבירו בקרקע ואשקיל עליה בדקא דמיא ונאבדו

אפילו בכח שני משמע דחייב דכח שני זה בריא הזיקי' והוי דינא דגרמי ממש ולא גרע משורף שטרותיו של חבירו דחייב...".⁴

לאור הדברים הללו, נראה לומר שיש להבדיל בין שני מקרים בהם התוקף שולח קובץ הרסני למחשב אחר. במקרה אחד בו התוקף שולח קובץ שעושה את כל פעולות בעצמו בלבד, יש לדמות פעולה זו לירי החץ (אין בעיה עם זרם החשמל במקלדת משום שהוא קיים שם תמיד) וזהו פעולה בידיים. במקרה אחר, בו התוקף שולח קובץ שמייצר קבצים אחרים שעושים פעולות, הרי זה דומה לדין של "אין הארס בעולם" ולכן החיוב נובע מדין 'אשו משום ממונו' בדין אש כנ"ל.⁵

ז. אחריות השומרים

לגבי אחריות חברת השמירה (חברות אנטי – וירוס וכדומה) יש לדון בכמה שאלות:

- א. איך מוגדרת השמירה כנגד המזיק?
- ב. האם מוגדרת השמירה לפי הנורמה של שירותי סינון/הגנה, או שמא על פי מקסימום המידע על תוכנות הנוזקה הידוע כיום?
- ג. כמו כן, כשיש מידע חדש על תוכנת נוזקה, כמה זמן ניתן לשומר לעדכן את תוכנת ההגנה/הסינון?

יש להדגיש, כי במקרה ומדובר בשירות הגנה/סינון חנימני, אין למשתמש שום זכות תביעה משום שהחברה לא התחייבה לשמור והרי זה דומה למקרה שהשומר אומר "הנח לפניך" (ב"מ פא, ב). בדרך כלל, מוצר שכזה, אינו מוגדר כסוג של שמירה, אלא כסוג של פרסומת למוצר נוסף של החברה שדורש תשלום (לדוגמא, AVG antivirus).

לעומת זאת, במידה והמשתמש קנה שירות הגנה/סינון כחלק ממערכת הפעלה רשמית, יש לדון זאת כקבלת שמירה אלמנטרית של החברה המייצרת את מערכת ההפעלה. כמו כן, תוכנת הגנה הדורשת תשלום, ניתן לראות בקניה שלה כקבלת שמירה של אותה חברה (לדוגמא, Kaspersky Antivirus).

בעל תרומת הדשן כותב בתשובה (שלג):

⁴ עיין בקונטרס שיעורים על מסכת בבא קמא דף 222 והלאה כהרחבה לנושא זה.

⁵ ניתן בצורה דומה לדמות את ההבדל בין קובץ יחיד לקובץ שייצר קבצים אחרים, להבדל בין כוח ראשון לכוח שני. בכל מקרה, על פי הרי"ן נחייב בשני המקרים.

... אבל כתב ראבי"ה דגם לעניין כספים וכיוצא בהן הכל תלוי במנהג המקום והזמן האיך נוהגין לשמור, כדאמרינן האידנא דשכיחי גשושאי והאידנא דשכיחי פרומאי. אלמא דלפי העניין משתנה השמירה ולכך האידנא אם נתנה בכיפת האבנים דמנטרא מנורא ומגנבים אין צריך לטומנם בקרקע ופטור בכך. ובשם ר"ת וספר החכמה כתב במרדכי, דדוקא בימיהם שהיו להם בתים רעועים בשדה בעינן שמירה בקרקע אבל לדין שיש לנו בתים טובים בעירות לא צריכים. וכעין זה כתב אשירי בשם ר"י הברצלוני שכך קבלה מרבותיו דדוקא בימיהם דהוי שכיחי גנבים ורמאים שהיו מחפשים, אבל בזמנינו אם נתנם במקום הראוי לשמירה במקום שנוהג לשמור את שלו די בכך ופטור, והסכים אשירי לזה וכתב שראוי לסמוך על דא.

בדומה לכך, מביא הפתחי תשובה (רצא, ו) את תשובת זכרון יוסף:

... וכן המפקיד על דעת המנהג בזמנו הוא מפקיד...

לפי הנ"ל נראה שחובת השמירה מתייחסת למנהג הזמן והמקום. כלומר, לפי הנורמה הנהוגה באותו מקום, נקבעת חובת השומר לשמור את החפץ הניתן לו לשמירה.

אם כן, יש לנו לדון גם בנידון דידן, באשר לחובת חברת השמירה/שירותי הסינון, להגן על המשתמש הפרטי. יש על חברת שירותי הסינון/ההגנה, חובה להגן על המשתמש מפני פגיעות חיצוניות וכן לעדכן את המידע המצוי בידם על פי הנהוגה. במידה והחברה לא מעדכנת מזמן לזמן, באם מדובר על טווח זמנים של כמה שעות, או כמה ימים, הרי היא פושעת בשמירתה ונראה כי ניתן לתבוע אותה על כך.

הנורמה הנקבעת לצורך העניין, תקבע ככל הנראה לפי הזמן והמקום, "מנהג המדינה" (שאולי נקבע כחוק), במידה ונחקק באזור מסוים. כלל זה יקבע גם כן את הזמן הניתן לחברה על מנת לעדכן את המערכת הכללית, וכן את המערכת המגנה על המשתמש.

ח. סיכום

א. בנוגע לשאלה הראשונה התברר שיש מקום לומר שתוכנה וירטואלית מוגדרת כחפץ הניזוק על אף שהוא אינו חפץ ממשי.

- ב. בנוגע לשאלה השניה, האם התוקף נחשב כמזיק נמצאנו למדים שיש לחלק בין צורת התקיפה. במידה והתוקף שולח קובץ שעושה את כל פעולות בעצמו בלבד, יש לדמות פעולה זו לירי החץ נחשב כמזיק בידים וחיובו מדין אדם המזיק... במידה והתוקף שולח קובץ שמייצר קבצים אחרים היוצרות את הנזק, הרי זה דומה לדין של "אין הארס בעולם" וחיוב המזיק נובע מההלכה של אשו משום ממונו.
- ג. בנוגע לשאלה השלישית האם יש מקום לחייב את חברות האנט-וירוסים על שלא שמרו כראוי על מחשב הנתקף, נראה לומר שהכול תלוי בהתחייבויות הקיימות בין המשתמש לבין החברות ויחול על התביעה דיני "הכול כמנהג המדינה".