

חיים ויסמונסקי

חקירה פלילית במרחב הסייבר

נבו

תוכן עניינים

| | |
|---------|--|
| 15..... | הקדמה, השופט ניל הנדל..... |
| 21..... | פרק א – מבוא..... |
| 21..... | א. הצגת הנושא..... |
| 24..... | 1. התפישה הטריטוריאלית בדבר איסוף ראיות דיגיטליות במרחב הסייבר..... |
| 25..... | 2. התפישה הפיזית בדבר איסוף ראיות דיגיטליות במרחב הסייבר..... |
| 26..... | 3. על מטאפורות ואנלוגיות בשירות התפישה הטריטוריאלית והתפישה הפיזית..... |
| 27..... | 4. ההחמצה הדו-כיוונית הנובעת מהתפישה הטריטוריאלית ומהתפישה הפיזית..... |
| 30..... | ב. הגדרתה של סמכות איסוף ראיות במסגרת חקירה פלילית במרחב הסייבר..... |
| 32..... | ג. סיווג עברות פליליות במרחב הסייבר..... |
| 35..... | ד. שיבוץ הדיון במסגרת הפרדיגמה המחקרית המתהווה של משפט וטכנולוגיות מידע..... |
| 41..... | ה. כתיבה מוקדמת על דיני החקירה הפלילית במרחב הסייבר..... |
| 42..... | ו. מתווה הדיון..... |
| 45..... | פרק ב – חלופות לאכיפה הפלילית המדינתית במרחב הסייבר..... |
| 45..... | א. הקדמה..... |
| 46..... | ב. על תפקיד המדינה בכיצוע חקירות פליליות..... |
| 47..... | 1. אחריות המדינה לחקירה הפלילית..... |
| 49..... | 2. החקירה הפלילית נערכת בדיעבד, לאחר ביצוע העברה..... |
| 51..... | ג. קשיי החקירה הפלילית במרחב הסייבר..... |
| 55..... | 1. טעמים ארכיטקטוניים-טכנולוגיים..... |
| 59..... | 2. טעמים משפטיים..... |
| 60..... | 3. טעמים מוסדיים..... |
| 64..... | ד. הצעות לאכיפה לא-פלילית במרחב הסייבר..... |
| 64..... | 1. אי-אכיפה..... |
| 64..... | א) הצגת החלופה..... |
| 65..... | ב) הערכת החלופה..... |
| 66..... | 2. אכיפה מגננתית-וולונטרית..... |
| 66..... | א) הצגת החלופה..... |
| 68..... | ב) הערכת החלופה..... |
| 71..... | 3. אכיפה קהילתית..... |
| 71..... | א) הצגת החלופה..... |
| 74..... | ב) הערכת החלופה..... |

| | |
|----------|---|
| 76..... | 4. אכיפה מגנתית-כופה |
| 76..... | (א) הצגת החלופה |
| 82..... | (ב) הערכת החלופה |
| 84..... | 5. אכיפה התקפית |
| 84..... | (א) הצגת החלופה |
| 86..... | (ב) הערכת החלופה |
| 88..... | 6. אכיפה כלכלית – סיכול אמצעי התשלום |
| 88..... | (א) הצגת החלופה |
| 91..... | (ב) הערכת החלופה |
| 91..... | 7. המודל המניעתי המשולב של קוזלובסקי |
| 91..... | (א) הצגת החלופה |
| 92..... | (ב) הערכת החלופה |
| 94..... | 8. סיכום ביניים |
| 94..... | ה. הצעות לאכיפה לא-מדינתית במרחב הסייבר |
| 94..... | 1. העברת חובות החקירה מהמדינות לספקיות השירות |
| 94..... | (א) הצגת החלופה |
| 100..... | (ב) הערכת החלופה |
| 103..... | 2. החלופה הבין-לאומית |
| 103..... | (א) הצגת החלופה |
| 111..... | (ב) הערכת החלופה |
| 113..... | ו. מסקנת הדיון |

פרק ג – התפישה הטריטוריאלית באשר לאיסוף ראיות בחקירה פלילית

| | |
|----------|--|
| 115..... | במרחב הסייבר |
| 115..... | א. הקדמה |
| 115..... | ב. התפישה הטריטוריאלית באשר לסמכות המדינה לאיסוף ראיות במרחב הפיזי |
| 123..... | ג. איתור התפישה הטריטוריאלית באשר למרחב הסייבר |
| 123..... | 1. סמכות תחיקה ושיפוט |
| 127..... | 2. סמכות אכיפה |
| 130..... | ד. מיקוד העדשה בתפישה הטריטוריאלית באשר לדיני איסוף ראיות במרחב הסייבר |
| 130..... | 1. פירוק התפישה הטריטוריאלית ליסודות |
| 131..... | 2. מרחב הסייבר כ"מקום" |
| 137..... | 3. על איזה "מקום" מדובר? |
| 139..... | 4. מבחן מקום הימצא הראיה ככלל וטו בחקירות פליליות במרחב הסייבר |
| | ה. פריצות מעשיות של התפישה הטריטוריאלית באשר לדיני איסוף ראיות במרחב |
| 143..... | הסייבר |
| 144..... | 1. הסכמה בין-לאומית על חדירות אקסטר-טריטוריאליות |
| 145..... | 2. דין מדינתי המתיר חדירה אקסטר-טריטוריאלית במצבים מסוימים |

| | |
|----------|---|
| 145..... | א) גישה לחומר מחשב הנגיש לכלל הציבור |
| 146..... | ב) גישה לחומר מחשב האגור בשרתים בחו"ל בהסכמה כדין של המחזיק בו |
| 147..... | ג) הפעלת סוכנים וירטואליים באתרים ה"יושבים" בשרתים בחו"ל |
| 149..... | ד) חדירה למחשבים בחו"ל במסגרת חיפוש ברשת (Network search) |
| 150..... | ה) צווים פרסונליים אקסטרטריטוריאליים |
| 153..... | 3. התפישה הטריטוריאלית והצעת חוק החיפוש |
| 153..... | א) איתור התפישה הטריטוריאלית בהצעת חוק החיפוש |
| 154..... | ב) החריגות שהותרו בהצעת חוק החיפוש |
| 155..... | 4. סיכום |
| 156..... | ו. פריצת גבולות התפישה הטריטוריאלית באשר למרחב הסייבר – דיון נורמטיבי |
| 156..... | 1. ביקורת אפיסטמולוגית |
| 159..... | 2. ביקורת ארכיטקטונית וטכנולוגית |
| 164..... | 3. ביקורת במישור תאוריות של ריבונות |
| 169..... | ז. סיכום |
| 171..... | פרק ד – התפישה הפיזית באשר לאיסוף ראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר |
| 171..... | א. הקדמה |
| 172..... | ב. אבחון התפישה הפיזית |
| 172..... | 1. התפישה הפיזית בדיני המחשבים הכלליים |
| 175..... | 2. התפישה הפיזית באשר לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר |
| 178..... | א) התפישה הכפולה – חיפוש והמצאה |
| 182..... | ב) מתפישה כפולה לתפישה משולשת – חיפוש, המצאה והאזנה |
| 184..... | ג) כשלי סיווג הנובעים מהתפישה המשולשת |
| 185..... | 1) מעמדן של גלישות באינטרנט |
| 185..... | 2) מעמדן של פעולות אוטומטיות של תקשורת בין-מחשבים |
| 186..... | 3) מעמדה של תקשורת א-סינכרונית |
| 196..... | 4) סיכום ומסקנות |
| 197..... | ג. פריצת גבולות התפישה הפיזית – דיון נורמטיבי |
| 197..... | 1. ביקורת ארכיטקטונית וטכנולוגית על התפישה הפיזית |
| 200..... | 2. התפישה הפיזית מדגישה את שלבי הלוואי של הליך איסוף הראיות הדיגיטליות |
| 203..... | 3. התפישה הפיזית וצמצומה של קשת פעולות איסוף הראיות הדיגיטליות במרחב הסייבר |
| 203..... | א) המצאה עתידית של מידע דיגיטלי |
| 204..... | ב) הוראות שמירה מכאן ולהבא (Preservation) |
| 206..... | ג) הוראות שימור דרך קבע (Retention) |
| 208..... | ד) הוראות ליצירת תשתית המאפשרת לרשות לאסוף ראיות דיגיטליות |
| 209..... | ה) חדירה סמויה לחומר מחשב והעתקת המידע ממנו |
| 213..... | ו) תיעוד סמוי של הפעילות במחשב הקצה |

| | |
|----------|--|
| 214..... | ז) פיצוח הצפנות והתגברות על סמאות..... |
| 218..... | ח) סיכום..... |
| 220..... | ד. התפישה הפיזית והצעת חוק החיפוש..... |
| 222..... | ה. סיכום..... |
| 223..... | פרק ה – הזכויות החוקתיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר..... |
| 223..... | א. הקדמה..... |
| 224..... | ב. ה"שחקנים" הטוענים לזכויות חוקתיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר..... |
| 225..... | 1. צדדים שלישיים הבאים במגע עם בעל חומר המחשב..... |
| 226..... | 2. ספקיות השירות..... |
| 229..... | 3. ציבור משתמשי המחשב והאינטרנט..... |
| 229..... | ג. התפישה הטריטוריאלית ופרישת הזכויות החוקתיות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר..... |
| 230..... | 1. התוויית השאלות בדבר פרישת הזכויות החוקתיות במסגרת חקירה פלילית..... |
| 233..... | 2. פרישת הזכויות החוקתיות כנגד הפעלת סמכות אקסטרה-טריטוריאלית במרחב הפיזי..... |
| 233..... | 3. פרישת הזכויות החוקתיות כנגד הפעלת סמכות אקסטרה-טריטוריאלית במרחב הסייבר..... |
| 240..... | 4. הצדקות לפרישה אקסטרה-טריטוריאלית של ההגנות החוקתיות בחקירה הפלילית במרחב הסייבר..... |
| 242..... | א) פרישת דיני החוקה של המדינה החוקרת בעת פעולתה לאיסוף ראיות האגורות מחוץ לטריטוריה..... |
| 243..... | ב) פרישת דיני החוקה של מדינות אחרות על פעולתה של המדינה החוקרת במרחב הסייבר..... |
| 249..... | ג) סיכום..... |
| 250..... | ד. התפישה הפיזית בחקירה הפלילית והשפעתה על טיב הפגיעה בזכויות החוקתיות..... |
| 251..... | 1. הזכות לפרטיות..... |
| 253..... | א) השלכת ההתפתחויות הטכנולוגיות על הזכות לפרטיות..... |
| 259..... | ב) סמכויות איסוף הראיות והשלכתן על הזכות לפרטיות..... |
| 266..... | 2. הזכות לקניין במידע..... |
| 273..... | 3. חופש העיסוק..... |
| 274..... | 4. הזכות לאנונימיות או לפסידונימיות ברשת..... |
| 277..... | 5. הזכות להליך הוגן..... |
| 283..... | 6. סיכום..... |
| 284..... | ה. מסקנות..... |
| 285..... | פרק ו – המודל הפרסונלי לחקירה פלילית במרחב הסייבר..... |
| 285..... | א. הצגת המודל הפרסונלי..... |

| | |
|-------------|---|
| 287..... | ב. פריצת הכבלים התפישיים במסגרת המודל הפרסונלי |
| 288..... | 1. פריצת גבולות התפישה הטריטוריאלית |
| 297..... | 2. פריצת גבולות התפישה הפיזית |
| 298..... | א) חקירת חשוד אנונימי |
| 299..... | ב) האפשרות לחזות מראש את כל הפגיעות המגולמות בפעולת האיסוף |
| 301..... | ג) מעמדן של פעולות איסוף שאינן תלויות בחשד קונקרטי |
| 304..... | ג. הצדקות נורמטיביות למודל הפרסונלי |
| 304... 1. | גישה ראליסטית-משפטית לדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר |
| 307..... 2. | התפישה הפרסונלית בראי הפרדיגמה של משפט וטכנולוגיות מידע |
| 308..... | ד. ביקורות נגד המודל הפרסונלי |
| 308..... 1. | המודל הפרסונלי עלול לשרת את הערך של חקר האמת חלקית בלבד |
| 310..... 2. | אפשרות השלמת החסרים בחלופות לאכיפה הפלילית המדינתית |
| 312..... 3. | מהפכניות המודל ופגיעה באפשרות יישומו |
| 315..... | ה. יישום התפישה הפרסונלית בדיני איסוף הראיות בחקירה פלילית במרחב הסייבר |
| 316..... 1. | איזונים עקרוניים לעומת איזונים קונקרטיים |
| 318..... 2. | הסמכה שיפוטית ולא מנהלית ובקרה פנימית מקדימה |
| 321..... 3. | הבניית שיקול הדעת השיפוטי |
| 325..... 4. | חקיקה ניטרלית לטכנולוגיה |
| 326..... 5. | הטלת חובות תיעוד |
| 328..... | ו. המודל הפרסונלי והצעת חוק החיפוש |
| 330..... | ז. סיכום |
| 333..... | פרק ז – סיכום |
| 337..... | נספח – רקע על ארכיטקטורת האינטרנט |
| 341..... | מפתחות |
| 343..... | חקיקה |
| 357..... | פסיקה |
| 373..... | ספרים |
| 379..... | מאמרים |
| 399..... | מחקרים אקדמיים |
| 401..... | שונות |
| 407..... | עיתונות |
| 409..... | אתרי אינטרנט |
| 411..... | עניינים ונושאים |

רשימת תרשימים וטבלאות

| | |
|-----|---|
| 35 | תרשים 1.1 – סיווג עברות פליליות במרחב הסייבר |
| 161 | טבלה 3.1 – ספקטרום הסיטואציות האקסטרה-טריטוריאליות בהאזנת סתר |
| 187 | תרשים 4.1 – מעברה של הודעת דוא"ל |
| 188 | תרשים 4.2 – מעברה של הודעת SMS/MMS |
| 189 | תרשים 4.3 – מעברה של הודעה כתא קולי |
| 219 | טבלה 4.4 – מיון פעולות איסוף הראיות החסרות בשל התפישה הפיזית |
| | טבלה 5.1 – ספקטרום הסיטואציות האקסטרה-טריטוריאליות בחקירה פלילית במרחב הסייבר |
| 241 | |

תודה מקרב לב לפרופ' מיכאל בירנהק, מנחה עבודת הדוקטורט שלי, אשר שימשה כנקודת המוצא לכתיבת ספר זה.
תודה לענת זקון ולטלי פלד מהוצאת "נבו", למעצבת סימה בן חיים ולעורכת הלשון, יהודית ידלין, על העבודה המשותפת, היעילה והמלמדת.

חיים ויסמונסקי

הקדמה

מאת

השופט ניל הנדל*

האנתרופולוגית האמריקאית המפורסמת מרגרט מיד (Margaret Mead, 1901–1978), אשר עבודותיה בשנות העשרים והשלושים של המאה הקודמת פרצו דרך בתחום האנתרופולוגיה התרבותית, עסקה במחקר השוואתי בין תרבויות שונות באסיה, באיים שונים באוקיינוס השקט ועוד. בין היתר חקרה את המשפט הטבעי של תרבויות נידחות. היא הצביעה על שלוש קטגוריות פליליות אוניברסליות המשותפות לכל התרבויות הידועות כיום – עברות הרצח, גילוי העריות ועברות נגד רכוש הפרטי של אדם (ראו Margaret Mead, *Some Anthropological Considerations Concerning Natural Law*, 6 NATURAL L. FORUM (1961) 51, 52–53). תוכנן של עברות אלה עשוי להשתנות מתרבות אחת לרעותה, אולם האיסור על מעשי המתה מסוימים, על גנבה במצבים מסוימים או על קיום יחסי אישות בין קרובי משפחה מסוימים – משותף לכולן. דוגמא לכך ניתן למצוא בהיסטוריה של המשפט העברי. האחרון מכיר בכמה קטגוריות משפטיות המחייבות את כל באי עולם – שבע מצוות בני נח. בכלל מצוות אלה האיסור על רצח, גילוי עריות וגזל. ניתן לסווג עברות אלה באופן הבא: רצח הוא עברה נגד הגוף, גילוי עריות הוא עברה נגד המוסר, וגזל הוא עברה נגד הרכוש. הדיונים שעורכים חז"ל סביב עברות אלה מדגימים את הדמיון האוניברסלי לצד השוני בתוכן העברות עצמן. בעיקרו של דבר, הדגש הוא על הממד האנושי, דהיינו על העבריין ולא על העברה. דוגמא יפה לכך ניתן למצוא במדרש:

“איזה הוא גזל? אמר רבי חנינא: ... גזל [הוא רק בדבר שלכל הפחות] שוה פרוטה. וכך היו אנשי המבול [האנשים שחיו בדור המבול, שבגין מעשיהם מתו כולם מלבד נוח, ודינם כדין בני נוח] עושים: היה אחד מהם מוציא קופתו מליאה תורמוסים [כדי למכור אותם בשוק]. והיה זה בא ונוטל פחות משוה פרוטה, וזה בא ונוטל פחות משוה פרוטה – עד מקום שאינו יכול להוציאו ממנו בדין [שכן כל אחד גנב לבעל הדוכן כמות קטנה ביותר]” (מדרש רבה, נח לה, א).

שיטת אנשי המבול הייתה לגנוב כמות קטנה בכל פעם, כדי להתחמק מתחולת דין הגזל. ניתן לראות שאין הכחשה של עצם האיסור לפגוע ברכוש הזולת. קו ההגנה נוגע לתוכנו. אז כמו היום – עבריין הרכוש יוצר כביש עוקף כדי להתעשר, תוך יצירת מנגנון שיעניק לו הגנה

* שופט בית המשפט העליון.

בדין. כאשר לעברות של רצח וגילוי עריות – כאשר העובדות מוכחות, העבריינין עמל למצוא צידוק למעשיו באופן שתוקנה לו הגנה. קשה למצוא ניסיון לערער על עצם האיסור. עולה כי פשעים בוצעו ומבוצעים בכל חברה ובכל זמן. ובמקום שבו מבוצע פשע יש צורך להביא את האשם לדין. לשם כך נדרש לחקור ולברר את העובדות. ואכן, כפי שעולה מסיפורי התנ"ך, החקירה הפלילית תולדותיה כתולדות האנושות. החקירה הראשונה בוצעה על ידי האל, בעת שהאדם הראשון הפר את האיסור לאכול מעץ הדעת אשר בגן העדן. על פי התיאור, הוצגו לאדם הראשון בעת חקירתו ראיות נסיבתיות נגדו: "ויאמר [ה'] : 'מי הגיד לך כי עירום אתה? המן העץ אשר ציויתך לבלתי אכול ממנו אכלת?'". ודוק: בטרם השאלה אם עבר האדם את העברה, מציג האל את הראיה נגדו – יכולתו החדשה להבחין כי עירום הוא. לנוכח ראיה זו מודה האדם: "ויאמר האדם: 'האשה אשר נתת עימדי – היא נתנה לי מן העץ ואוכל'". (בראשית ג, יא–יב).

תפקידו של האל כחוקר נמשך בעת ביצוע הרצח הראשון בידי קין (ראו בראשית ד, ג–י). אולם במשך השנים ניתן לראות מגמה של מעבר מחקירה אלוהית לחקירה אנושית. ניתן לראות שהחקירה האנושית, בראשית דרכה, אינה צולחת. כך, למשל, לבן הארמי מנסה לגלות מיהו שגנב מביתו את תרפיו – פסלי האלילים שלהם סגד. יעקב, שאינו מודע לכך שרחל אשתו גנבה את התרפים, מצטרף אף הוא לחקירה. ברם, רחל מצליחה להערים על שניהם. חקירתם נכשלת (בראשית לא, יט–ג). בפרשה אחרת מערים יוסף על אחיו בהפלילו את אחד מהם – בנימין – בגנבת גביעו. האחים אינם מצליחים לחשוף את זהות ה"גנב" האמתי עד שיוסף מגלה זאת מיזמתו (בראשית מד, א–לד). דומה כי על מעבר מוצלח מחקירה אלוהית לאנושית להתבצע בשלבים. דוגמא לחקירה "מעורבת" ניתנת בעת כיבושה של ארץ ישראל בידי בני ישראל, בהנהגתו של יהושע בן-נון. על העם נאסר לקחת את הרכוש מן העיר הראשונה שאותה יכבשו, יריחו. עכן בן כרמי מפר איסור זה ושולח ידו בחלק מן הרכוש. האל מגלה ליהושע כי מאן דהו נטל חלק משלל העיר יריחו, אולם אין הוא חושף את זהות המועל. לשם כך מבצע יהושע מעין הגרלה, אשר בה נלכד עכן, המתוודה על חטאו. אמנם ההגרלה מצליחה בסיוע שמימי, אך ההליך מבוצע בידי אדם (יהושע ז, א–כא). נדלג מאות שנים קדימה. שתי נשים באות לפני שלמה המלך וטוענות כל אחת לאימהות על תינוק הנמצא בכיתן ולאשמת האישה האחרת בחטיפת ילדה. בהיעדר ראיות מצליח שלמה המלך, באמצעות תרגיל פסיכולוגי, לבדוק מי מן הנשים מגלה חמלה אימהית כלפי העולל. לא עוד נערכת פנייה אל האל במסגרת החקירה (ראו מלכים א' ג, טז–כח). וכן ראו דניאל פרידמן הרצחת וגם ירשת – משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא 21–47 (2000).

כיום, לצערנו, אין בידינו אורים ותומים המאפשרים לגלות עובדות באופן נסי. החקירה הפלילית מוטלת לפתחן של רשויות החקירה. אולם גם בהליך חקירה זה ניתן לראות מעין פלא. המידע המצוי בידי המשטרה בראשית החקירה הוא כי בוצעה עברה. מנקודת מוצא זו עליה לגלות ראיות יש מאין. מדובר בהליך קשה ומורכב. יש צורך ביצירתיות שגבולותיה מי יתחמם. שוני זה בולט לעומת ההליך השיפוטי, שבעת עריכתו כבר קיימות ראיות, ויש להודיע עליהן מראש. לא יפלא אפוא כי הליך החקירה דורש תשומת לב רבה ויצירתיות מתחכמת. במיוחד נכונים הדברים בשיטת משפט חוקתית. בזו האחרונה נוספת לחקירה מורכבות יתרה, שכן היא כפופה למגבלות נוספות שעומדות בליבת השיטה ומהוות בחינה

של מסירותה לעקרונותיה. זאת, בדמות האיסור לפגוע בזכויותיהם של נחקרים. הקושי בהליך החקירה נובע גם מכך שהוא אינו מתבצע בבית המשפט. שופט אינו מפקח על כל צעד ומהלך של הרשות החוקרת. דיני החקירה הקיימים מנסים לתת מענה לצרכים ולקשיים אלה.

עד עתה דיברנו על האוניברסליות של האיסור הפלילי ושל החקירה הפלילית, למן ערש התרבות ועד לימינו אנו. כעת נפנה אל השינויים שבין תקופות אלה. התרבות שבה אנו חיים משתנה ללא הרף. כך היה מראשית הזמן. אך השינוי אינו אחיד. בעשורים האחרונים השינויים עצמם משתנים. הדגש הוא על ממדי הזמן והמקום. בעבר הייתה התרבות משתנה לאטה. חייו של איכר לפני כאלף שנים לא היו שונים בהרבה מחייו של סב-סבו, לפני כאלף ומאה שנים. מנגד, השינוי על פני ממד המקום היה קיצוני. אורח חייהם של אנשי הצפון היה רחוק מאורח חייהם של אנשי הדרום, כרחוק מזרח ממערב. אחד מהם כי נקלע לעירו של רעהו כאילו עבר בעד שער ליקום אחר. כך היה בעבר.

כיום – והדברים נכונים יותר ככל שקרבים אנו להווה – התמונה היא הפוכה במידה רבה. ילד דהאידינא כי ישוגר במכונת זמן לילדותו של אביו ישתומם עד למאוד. ואילו היה האב משוגר בדרך ההפוכה, מן העבר להווה, תדהמתו הייתה בוודאי גדולה עשרות מונים. ידועה התחזית המיוחסת למנכ"ל חברת IBM המנוח באמצע המאה העשרים, תומאס ווטסון, שלפיה "יש שוק עולמי לחמישה מחשבים, פחות או יותר". עוד ניתן להצביע על מהפכת הטלפונים החכמים, אשר מי שיערה לפני כמה עשורים. מנגד, הריחוק הגאוגרפי אינו עוד טומן בחובו חומה תרבותית בצורה. העולם הפך במידה רבה לעיר גלובלית, בעלת שפה אחת ודברים אחידים. ניתן להניח כי צעיר החי בתל-אביב יזדהה, במובנים שונים, עם אורח חייו של חברו המתגורר בניו יורק הרבה יותר מאשר עם אורח חייו של אביו, בעת שהיה בגילו של בנו. אחד הקטליזטורים המרכזיים לתופעות אלה, אם לא המרכזי שבהם, הוא הטכנולוגיה וקצב התפתחותה. ויוזכר כי הטכנולוגיה משפיעה לא רק על המדע ועל הנוחות אלא על חיי החברה. די להפנות לעניין זה לתופעת הפייסבוק. השינוי בשינויי העתים אינו פוסח אף על המשפט – איבר בגופה של התרבות, המשפיע עליה ומושפע ממנה. קצב השינויים מחייב התאמה מהירה ומתמדת של המשפט לעולם שאותו הוא מבקש להסדיר. השינויים הם מהירים. הטכנולוגיה אינה ניתנת להכלה בכלים הקיימים. על קצב השינוי של המשפט להדביק ככל האפשר את רעהו הטכנולוגי. הדברים נכונים גם באשר לממד המקום. העולם החדש מאתגר תפישות ישנות של סמכות מקומית, של טריטוריה מוגדרת או של מיקום פיזי. נוצר מרחב חדש נטול אדמה ואוויר. הניסיון מלמד שההתמודדות עם הסוגיות או הקשיים החדשים נערכת תוך שימוש בכלים ישנים ופיתוח כלים חדשים. לעתים יש חיקוק חדש ולעתים הפסיקה חייבת להביע עמדה על סמך הדין הקיים. כך או כך, פיתוח זה ראוי שיעשה בזהירות. לשם ההמחשה נבחן את השימוש באנלוגיות בין התופעות החדשות למקרים מוכרים. מן העובדה שכלי מסוים מונח על שולחנו של הנגר אין להסיק כי זהו הכלי המתאים לביצוע המלאכה שלפניו. אפס, יש להיזהר גם מזהירות יתר. מכאן הצורך בפיתוח כלים משפטיים חדשים. למעשה, המציאות אינה מותירה אפשרות אחרת.

טול לדוגמא את עברת הגנבה. הרב אהרן ליכטנשטיין, ראש ישיבת הר עציון שנפטר בשנה החולפת, התייחס למנגנונים טכנולוגיים המאפשרים לבצע עברות חדשות ואף עברות

ישנות בלבד חדש. כך, למשל, ניתן להשתמש באינטרנט לשם גנבה וגרימת נזקים שונים. אופן הגרימה והאמצעים שבהם נעשה שימוש מעמידים בפני הדין אתגרים חדשים וקשים (ראו חוות דעתי בע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.5.2012)). בדברי החתימה של ספרו קורא הרב ליכטנשטיין להתאים את הדין להתקדמות הזמן ולעולם הנתון למרותו:

"במציאות הטכנולוגית המתפתחת, גוברת בהתמדה היכולת להסב נזקים, פסיים או אפילו וירטואליים, של ממש בלי להתחייב על פי הקריטריונים של [הדין הקיים]....

יוכל גנב למדן ומבריק לתכנן ולבצע שוד מושלם, בעזרת מערכת כלי פריצה של גרמא, מבלי להסתבך, לדוגלים בשיטה זו, בנוק ישיר או גרמי. הנתמיד בפטור תרחיש כזה על יסוד [הדין הקיים]....

הבקשה שטוחה, הסמכות קיימת והעיניים נשואות. במידה ויעלה ביד גדולי הפוסקים לתקן בנידון, הם יצליחו לגדור פירצה חברתית של ממש, ואף ישכילו, בד בבד, להרים קרנה של תורה" (ראו הרב אהרן ליכטנשטיין שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי 200 (התש"ס)).

כך באשר לעברת הגנבה – ולעברות נוספות נגד הרכוש, כגון מרמה או סחיטה – וכך אף באשר לעברות נגד הגוף או המוסר. השימוש באינטרנט יכול להוביל לאופנים שונים של ביצוע עברות מין, כגון ביצוע עברות מין ברשת. העברות נגד הגוף יכולות אף הן לשנות את פניהן בפגשן את הטכנולוגיה, למשל במקרה של שימוש נרחב ברשתות חברתיות לשם הסתה לרצח. כאן שבים אנו למודל של האנתרופולוגית מרגרט מיד. האוניברסלי נותר כזה גם בפגשו את השינוי הטכנולוגי – אולם הוא משנה את פניו ואת אופניו. הקדמה זו נושאת אותנו אל ספו של החיבור הנוכחי. הסוגיה העומדת על המפתן – החקירה הפלילית באינטרנט. המחבר מציג שני כשלים תפישתיים הרובצים לפתחה של רשות חוקרת בעת שהחקירה כרוכה בהשגת ראיות באמצעות רשת האינטרנט – תפישה טריטוריאלית ותפישה פיזית. כך, לדוגמא, כאשר מידע אגור בשרת מחשב הנמצא במדינה זרה. מהם הכללים המסדירים את השגת המידע? האם יש להתייחס לראיה כאל חפץ פיזי? האם המקום שבו מצויה הראיה הוא המקום שבו מצוי השרת שבו היא אגורה? תפישות אלה, כך נטען, אינן הולמות את אופיין של הראיות הדיגיטליות. מעיד על כך שמו של החיבור – "חקירה פלילית במרחב הסייבר". אין מדובר במרחב שבו גדלנו, אשר בו דשאים, גבעות וים. המרחב הוא וירטואלי. לא ניתן לאחוז בו או לגעת בנקודה מסוימת בו. עצם ההכרה בהיותן של ראיות דיגיטליות שונות מראיות "קלאסיות", כגון מסמכי נייר, מצריכה את התאמתן של הדין הקיים למציאות החדשה. יישומו – ולו באמצעים פרשניים ואנלוגיות בין ראיה דיגיטלית לראיה שאינה כזו – מוביל לתוצאות שאינן רצויות. כך באשר ליכולת החקירה של המדינה ולמגבלות החלות עליה; כך באשר לזכויותיהם של הנפגעים הפוטנציאליים והאקטואליים מהליכי החקירה.

האם וכיצד ניתן וראוי להתמודד עם אופיין של הראיות הדיגיטליות? מהם הכללים שיש להחיל על הרשות החוקרת? שאלות אלה, שטרם זכו, מטבע הדברים, לדיון ממצה בחקיקה, בפסיקה ובספרות, מצויות במרכזו של הספר. בכך תרומתו הרבה לתחום של חקירה פלילית באינטרנט. ייחודו – עצם הדיון התיאורי והביקורתי, אשר יוצר משנה סדורה ומאורגנת ומבנה את התחום באופן המאפשר לנתחו באורח שיטתי ומדויק. אך הייחוד אינו מתמצה בכך. בסופו של דיון שוטח המחבר את הגישה הראויה לפי שיטתו. מוצע לעבור למודל "פרסונלי", המתמקד באדם ולא בראיה. זו האחרונה היא אמצעי, או מטרת ביניים, ולא תכלית סופית של המשפט. האדם הוא הניצב במרכזו. בכך נעשה מאמץ לפרוץ את מחסומי הטריטוריאליזם והפיזיות כאשר אין הם הולמים את איזון האינטרסים והזכויות המשמש בעת החקירה הפלילית. הפרק היישומי שופך אור על אופייה המדויק של הפרדיגמה המוצעת, ועל ההסדרים הנגזרים ממנה.

תבנית המחשבה הנפרשת אינה מצמצמת את עצמה לגבולות התחום של חקירה באינטרנט. ניתן להחילה על כל חקירה באשר היא. ככל שעסקינן בראיות "קלאסיות" אין בכך חידוש מהותי, שכן זוהי אך אדרת חדשה לאותה הגברת. דיני הראיות הקיימים משקפים מערכת של איזונים ובלמים בין צורכי החקירה לבין זכויותיהם העלולים להיפגע ממנה. עם זאת, השינוי המונחי יכול לסייע ולהאיר גם את המכרה הוותיקה באור שונה, כאשר מתעוררים מקרים הזוקקים הכרעה.

יש לברך על ניסיונות מעין אלה, אשר יש בהם כדי להעשיר את השיח האקדמי בתחום, כמו גם את הפרקטיקה. וכאשר הניסיון נעשה כבהירות, בכישרון ובתבונה, ועולה יפה כבמקרה שלפנינו – יש לכפול ברכה נוספת. בסיימה של קריאה נפרשת לעיניו של הקורא תמונה מרשימה. המחבר השכיל להתיך בכישרון רב את הידע שצבר במהלך שנות עבודתו בשירות המדינה, כפרקליט וכראש תחום חקיקה, משפט וטכנולוגיה בפרקליטות המדינה, יחד עם משנתו האקדמית הסדורה – המחבר הוא בעל תואר דוקטור למשפטים ומרצה באוניברסיטת תל-אביב ובאוניברסיטת חיפה. החיבור משלב בתוכו ניסיון פרקטי רב-שנים לצד ניתוח תאורטי מעמיק. המשימה שלקח המחבר על עצמו אינה פשוטה כלל ועיקר. אין מדובר בתוספת חדשה לשיח של דיני החקירה. מדובר בשבירת הכלים, ביצירת שיח שונה. תכליות ישנות נחשפות בד בבד עם הגדרת מטרות חדשות, בהתאם לשינויי העתים התכופים. המחבר מבקש מהקורא לסגל לעצמו דפוסי חשיבה חדשים תוך נטישת ההבחנות המסורתיות והשגורות. המצע להצגת התזה הוא אמנם נקודתי – רשת האינטרנט – אולם התזה עצמה מקיפה היא את עולם החקירה הפלילית בכללותו. בכך איני מביע את עמדתי לגופם של דברים בכל סוגיה וסוגיה. אין תמה שבעבודה כה מקיפה תעלינה גם מחלוקות. הדיון בתחום עודנו מתפתח. ברם, מובטח אני כי גם הקורא אשר יחלוק על הצעותיו של המחבר או על מסקנותיו – יצא נשכר מן הניתוח המעמיק והעשיר בנושא החשוב הנדון בספר. יש מקום לעיין בספר ולשקול את הדברים, שיכולים להיות כלי עזר והכוונה במבט הצופה פני עתיד אף אם תעלה הסתייגות ממסקנה או ממודל כאלה או אחרים.

יאה ספר זה לפיתוח המשפט הפלילי במדינת ישראל ולחידושים אשר מביאה בכנפיה המאה העשרים ואחת. יעמוד המחבר על הברכה.